

OBLIGACIONES, PERMISIONES Y NORMAS.

REFLEXIONES SOBRE EL FUNDAMENTO METAFISICO DEL DERECHO

Por Dr. Georges Kalinowski
Director de Investigaciones del
Consell Nationale de Recherche Scientifique de France

A guisa de introducción

El problema del fundamento del Derecho no preocupa verdaderamente a muchos prácticos del Derecho. Pero interesa, sin lugar a dudas, a numerosos teóricos, por lo menos a aquellos que permanecen abiertos a los problemas filosóficos. Porque esto es, aún para ciertas filosofías del Derecho, lo más importante.

Nos atenemos a las normas Jurídicas en vigor y, si lo están, como todo parece indicar, ¿de dónde les viene su fuerza obligatoria? La respuesta exige que nos atengamos, ante todo, a las normas específicamente jurídicas. ¿Qué son ellas? ¿Son productos de la voluntad, mandatos imperativos, órdenes del tipo de: “¡haga esto!”, cuya fórmula: “Yo ordeno que tú hagas esto”, explícita una fuerza locucionaria, para retomar el término de J. Austin y J. R. Learle? ¿O son productos del intelecto en su función de conocimiento práctico?

No se puede responder a estas preguntas sino en función de alguna filosofía, por la cual nos pronunciamos, ya sea implícita o explícitamente. Porque, después que las ciencias llamadas particulares se han apartado y separado progresivamente de la ciencia general (que se 11a-

* Traducción de ESTELA R. L. DE MASSTNI CORREAS
Supervisión técnica de CARDOS IGNACIO MASSIMI.

maba en la Antigüedad, en la Edad Media y aún a principios de los tiempos modernos: “filosofía”), aquello que subsiste bajo ese vocablo merece el nombre de “metafísica”, si nos está permitido adoptar esta expresión de tradición aristotélica, para decir que uno se sitúa más allá de las ciencias particulares; esto no quiere decir, necesariamente, que nos encontremos más allá de todo saber intersubjetivamente comunicable y controlable.

El fundamento del derecho a que nos referimos, es el fundamento que aparece en el transcurso de una reflexión metafísica sobre las normas jurídicas, en el sentido que acaba de ser indicado. Es lo que está destinado a indicar la expresión: “fundamento metafísico del derecho”, que figura en el subtítulo de este trabajo. En cuanto al título, éste se justifica por la necesidad de dilucidar (al develar el fundamento del derecho) la relación que existe entre las normas, por una parte, y las obligaciones y permisiones por otra. ¿En qué medida las normas, dictadas por el legislador humano, constituyen medios de *constatación* de las obligaciones y permisiones y, en qué otra medida *las crean*? Antes de intentar la respuesta a esta pregunta, situemos a la Filosofía del Derecho sobre el terreno en el cual nos ubicamos; confrontemos el interrogante sobre el deber ser con el interrogante sobre el ser y expliquémonos acerca de la existencia de las normas jurídicas.

I.- *Sobre la Filosofía del Derecho*

En 1962, los “Archives de Philosophie du Droit” abrieron una encuesta; su redactor, M. Villey, dirigió a los interesados la siguiente pregunta: “¿Qué es la Filosofía del Derecho?” Que nos sea permitido, para comenzar, hacer presente la parte esencial de nuestra respuesta.

Visto el carácter convencional de la lengua y de la terminología, nada impide, “a priori”, que el término “Filosofía”, empleado en la expresión “Filosofía del Derecho”, tenga un sentido diferente de aquel que posee cuando éste figura solo. Pero está también justificado unir las dos expresiones cuando se ve a la Filosofía del Derecho como una parte de la Filosofía. En ese caso (que es el nuestro), aquello que es propio a la Filosofía lo es también, “mutatis mutandis”, a la Filosofía del Derecho. Por consiguiente, la pregunta: “¿Qué es la Filosofía del Derecho?” nos lleva hacia la pregunta: “¿Qué es la filosofía?”, pregunta que ha sido constantemente repetida desde la antigüedad. Se sabe que Ammonius, en su comentario del “Isagoge” de Porfirio, ha reunido seis definiciones, las más célebres de la antigüedad griega, comenzando por las de Pitágoras y de Platón. En nuestros días, en 1955 para ser precisos. M. Heidegger ha consagrado a la definición de la filosofía, su

célebre conferencia de Cerisy: “¿Was ist das - die Philosophie?”. Es evidente que nosotros no podemos entrar en esta discusión sin cambiar nuestro tema. Es por eso que recordaremos solamente que el Círculo de Viena y, en particular, uno de sus más eminentes representantes, R. Carnap, veían en la filosofía, bajo la influencia de L. Wittgenstein, un intento de dilucidación de conceptos, con ayuda del análisis lógico del lenguaje; R. Carnap creía poder vencer así a la metafísica. El título de uno de sus artículos, aparecido en 1932 en “Erkenntnis”. “Überwindung der Metaphysik durch die logische analyse der Sprache”, es, a este respecto, muy significativo. Es importante, sin embargo, precisar que R. Carnap no negaba ni la realidad ni aún la utilidad de la metafísica. Afirmaba solamente que la metafísica no pertenece al dominio del saber sino al dominio del arte. Porque ella trata de expresar, con ayuda de los medios propios de la poesía, lo indecible, mientras que el saber no enuncia sino lo decible, según las palabras de Wittgenstein.

A propósito de esto, conviene hacer notar que no es el análisis lógico del lenguaje, en tanto que tal, el que condena a la metafísica. Esta ha sido juzgada de entrada por la teoría empirista del conocimiento, sobreentendida por el análisis carnapiano. Una teoría del conocimiento adecuada, teoría que no peque ni por exceso de empirismo, ni por exceso de racionalismo, permite elaborar un saber-metafísico, que el análisis lógico del lenguaje no desbarata sino que, por el contrario, sirve, tal como tendremos ocasión de entrever.

Nos es nuevamente imposible desarrollar de antemano este tema. Contentémonos con destacar que la filosofía, tal como nosotros la concebimos, es un saber intersubjetivamente controlable, aunque, por la fuerza de las cosas, es diferente del saber científico. Su especificidad le viene de lo que ella constituye: la búsqueda de una explicación última de lo que está dado en nuestra experiencia. Es cierto que cada una de las ciencias particulares se ocupa de explicar los fenómenos que ella estudia. Pero teniendo en cuenta el punto de vista en que ellas se sitúan y, partiendo de los medios con que cuentan, no pretenden llegar a una explicación última. Es por eso que la ciencia y la filosofía no sólo difieren una de otra, sino que se complementan.

Entre los seres dados en nuestra experiencia está el hombre y su comportamiento. Hay también diversas reglas humanas, como las reglas jurídicas, encuadre de toda nuestra existencia. En realidad ¿qué hacemos durante las veinticuatro horas del día sino aplicar o transgredir las reglas de derecho? En cuanto a su estudio, no es suficiente constatarlas o describirlas, clasificarlas, comprenderlas o sacar en consecuencia una teoría. Como en el caso de todo ser dado en nuestra experiencia, nuestra curiosidad

intelectual no está enteramente satisfecha (aún dentro de los límites de nuestras posibilidades naturales, ¡ay! modestas) si no conocemos, además, su última razón de ser.

Todo el mundo conoce la serie sin fin, retomada también por la publicidad de la televisión: “¿De dónde viene esa gallina?”. “De un huevo”. “¿Y ese huevo?”. “De una gallina”. “¿Y esa gallina?”. “De un huevo”. Y así sucesivamente. Es verdaderamente interesante saber que la gallina viene del huevo y el huevo de la gallina y también, sobre todo, de qué manera una procede del otro. Pero, aún cuando lo hayamos aprendido en sus mínimos detalles, nuestra sed de saber no se encuentra aún totalmente satisfecha. Porque queda intacta la cuestión de saber cómo sucede que exista una serie tal de procedencias de huevos a gallinas. ¿Hay alguna razón para que esto suceda, y cuál es?. ¿Hasta dónde podremos remontarnos en la búsqueda de una explicación?. ¿No hay, a fin de cuentas, una razón última? ¿Cuál es?

En esta perspectiva, el pasar desde el punto de vista no evolutivo al punto de vista evolutivo, cualquier progreso del conocimiento, que esto represente en sí mismo, no nos hará avanzar ni una pulgada: continuamos sobre el terreno de la ciencia y no arribamos aún al nivel de la interrogación filosófica. Tomemos dos sabios, tan diferentes uno del otro como el Padre Theillard de Chardin y J. Monod y analicemos sus obras respectivas: “Le phénomène humain”, por ejemplo y “Le hasard et la Nécessité”¹. Abstracción hecha de la cuestión de saber quién de los dos tiene la razón y en qué medida, uno y otro nos dejan con nuestras ganas, sin que se les pueda reprochar que se limiten a hablar como sabios y no como filósofos. Porque es precisamente sobre el plano filosófico y no sobre el plano científico que nosotros nos interrogamos acerca de la razón última de aquello que es y evoluciona, de cualquier manera que se conciban la evolución y sus factores. ¿Cuál es la razón de ser de la materia sometida a la evolución?. Si son el azar y la necesidad los que determinan a ésta ¿cuál es la razón última, tanto del azar como de la necesidad, como de la materia misma, de su capacidad de evolucionar y del movimiento que constituye la evolución? Brevemente, ¿por qué existe algo, en vez de nada? He aquí la cuestión filosófica, metafísica, que de vez en cuando explicita algún espíritu eminente. En los tiempos modernos. Leibniz, Bergson, Ingarden y Heidegger, nos aportan cada uno su versión. Pero cualquiera que sea la formulación, ella alcanza siempre, de una manera o de otra, la preocupación existencial de la metafísica bíblica, según la expresión de C. Tresmontant y de la metafísica llamada cristiana, que

1 “El Fenómeno Humano” y “El Azar y la Necesidad”, (N. del T.).

ha culminado con Santo Tomás de Aquino, y que han continuado en nuestros días J. Maritain y E. Gilson.

La interrogación filosófica es universal. Ella conduce hacia el ser y el deber ser. Nosotros nos preguntamos cuál es la razón de ser última, no sólo de los seres dados en nuestra experiencia, sino también de las normas jurídicas dadas en nuestra experiencia.

Alguien las ha formulado, enunciado y promulgado. Se dice que son válidas, que poseen fuerza obligatoria y que están en vigencia. Esta validez, esta fuerza obligatoria, esta vigencia ¿de dónde les viene, en última instancia?; cuando constatamos, al adoptar otro lenguaje, que las normas jurídicas existen y preguntamos por su razón última, nos encontramos en presencia de una de las particularizaciones posibles de la interrogación filosófica evocada más arriba.

II. La existencia de las normas

Pero, ¿en qué consiste la existencia de una norma? ¿Cuándo es que una norma existe? A fin de responder, tomemos una norma y compáremosla con una proposición de constatación. Aunque sea el art. 612 del Código Civil francés, que no recordaremos aquí, para ser breves, sino en lo esencial: “El usufructuario (...) debe contribuir (...) con el propietario al pago de las deudas (...)”. Confrontemos este enunciado con la constatación: “El usufructuario contribuye con el propietario en el pago de las deudas”. Esta constatación existe desde el momento en que ella es formulada, por cualquiera que sea y en cualquier situación. Es una expresión lingüística compuesta, ya sea simplemente pensada, ya sea, además, pronunciada o escrita. Ella significa un juicio y designa un estado de cosas, de lo cual se da cuenta toda persona que conozca el francés. Si el estado de cosas designado es real y actual, la proposición que lo constata es verdadera. En el caso contrario es falsa.

Y ¿qué sucede con el art. 612, nuestro ejemplo de norma? Es también una expresión existente desde su formulación, como la constatación de que acabamos de hablar y es igualmente una expresión compuesta. Tal como la encontramos en el Código Civil francés, ella está escrita, pero podría ser pronunciada o simplemente pensada. No se destaca, basta aquí, ninguna diferencia entre el art. 612 y la proposición de constatación con la cual la confrontamos. Pero su semejanza va aún más lejos. La norma, el art. 612, significa un juicio, tanto como la proposición de la constatación correspondiente; que el juicio significado por el art. 612, sea un juicio normativo y que el juicio significado por: “El usufructuario contribuye con el propietario al pago de las deudas” no lo sea, no cambia nada la cuestión.

Pero el problema que se plantea es el de saber si la semejanza entre las dos expresiones es total, lo que tendría lugar si cada una de ellas designara un estado de cosas. A nuestro parecer, tanto un enunciado normativo como un enunciado constataivo designa un estado de cosas. En realidad, todo enunciado normativo jurídico (limitamos nuestra reflexión a esta especie de enunciados, para no sobrepasar el dominio del derecho, hacia el cual se dirige el presente estudio) designa una relación específica, a saber, la relación normativa que une un agente (sujeto de acción), o un conjunto de agentes, con una acción o un conjunto de acciones. Porque la relación de obligación o de permiso, de cumplir o/y no cumplir una acción determinada, es un estado de cosas real, aún si la relación no existe sino en potencia. El ente ¿no se subdivide en actual y posible? y el deber ser ¿no es uno de los géneros del ente, tomando el término “ente” en su acepción más amplia? Pensamos que tanto un deber ser como un ente, es o no es (el término “ente” está tomado, esta vez, en un sentido estricto, en cuyo caso el ente y el deber ser se oponen uno al otro). Porque cuando esto o aquello debe-ser, ello “es” de modo que esto o aquello debe-ser. Es por esto que si el deber-ser “es” en tanto que tal, el enunciado normativo que lo designa es verdadero y, en el caso contrario, es falso. Por consiguiente, la analogía entre los enunciados normativos y constataivos es total. Si nosotros decimos “llueve” y llueve, existiendo el estado de cosas, nuestro enunciado constataivo es verdadero. Si nosotros decimos “llueve” y no llueve, no existiendo el estado de cosas designado, nuestro enunciado constataivo es falso. Similarmente, si decimos “el comprador debe pagar al vendedor” y la relación normativa designada existe, nuestro enunciado normativo es verdadero; si por el contrario no lo es (no existe), entonces es falso.

La única diferencia que hay que notar es ésta: en el caso de los enunciados constataivos, cuando el estado designado existe, hablamos de su verdad y no de su existencia. No obstante, no se habla muy a menudo, a propósito de los enunciados normativos y sobretudo jurídicos, al menos en nuestra época, de la verdad de las normas sino de su validez (vigencia, fuerza obligatoria) o de su existencia, identificando, por lo tanto, a ésta con aquella. Quienes tienen ese lenguaje, no están preocupados por la existencia o inexistencia de la relación normativa evocada más arriba. Situados desde su punto de vista filosófico, simplemente no la ven ni, por tanto, se interesan por la exactitud o inexactitud de su constatación. No se interesan, por el contrario, sino en la edicción de las normas jurídicas y en la cuestión de saber si esta edicción, comprendida la promulgación, es obra de un legislador competente ejerciendo su función conforme al procedimiento legal en vigor.

Si se prefiriera solamente el término “validez” o uno de sus sinónimos, “vigencia”, por ejemplo, o “fuerza obligatoria”, al término “verdad”, no habría nada o casi nada que decir. Convendría solamente sacar la conclusión que se impone, a saber, que la expresión “existencia de las normas” tendría dos significados, uno-débil, el otro-fuerte. En el sentido *débil*, los enunciados normativos existirían, como los enunciados constata-tivos, desde su formulación, ya sea que estuvieran pronunciados o escritos o únicamente pensados. En el sentido *fuerte* no existirían sino fueran verdaderos. Si se prefiriera decir: “si fueran válidos”, “si estuvieran en vigencia” o “si poseyeran la fuerza obligatoria” no tendría, en esa perspectiva, importancia, porque cada una de esas expresiones querría decir que la relación normativa, afirmada por el enunciado normativo correspondiente, *existe*.

En realidad, la diferencia de lenguaje que ha retenido nuestra atención, no es casi nunca puramente terminológica, sino que, por sobre todo, es filosófica. Se habla, efectivamente, de la validez y de la existencia de las normas y no de su veracidad, porque se tiene a las normas por mandatos, productos de la voluntad, y no por constataciones del deber-ser, es decir, por productos del intelecto, comprensivos de las relaciones normativas a las que nos hemos referido más arriba. Por lo tanto, este punto de vista de las cosas no es sino la consecuencia de ciertos presupuestos filosóficos. Existe una, no obstante, entre las filosofías que se enfrentan, a la luz de la cual las normas aparecen como productos del intelecto, del intelecto práctico, es decir, del intelecto que conoce para dirigir directamente la acción, pero del intelecto “poder cognitivo” propio al hombre y no de la voluntad, cualquiera que sea, por lo demás, la parte de ésta en el cumplimiento de cualquier operación humana, cognitiva o no; nadie trata de negarlo, por jugar la voluntad, por su naturaleza, un doble rol: ella es, no sólo una potencia apetitiva, sino también una potencia motriz.

No es el lugar de exponer aquí esa filosofía y demostrar su buen fundamento. Es por eso que sólo indicamos aquello que se ve, en el campo de nuestra investigación, cuando uno se sitúa en el punto de vista filosófico mencionado.

III. La interrogación filosófica a propósito de las normas jurídicas

Este árbol existe. ¿Por qué existe? Hay en esta pregunta una ambigüedad. Ella es vaga en el sentido de que, tal cual e3tá formulada, no manifiesta su carácter. ¿Es una interrogación científica o filosófica? Si la planteamos en cuantos filósofos, es evidente que no podremos responder: “Viene de una semilla”. Porque tal respuesta no pretende resolver

el problema de la causa última de la existencia del árbol en cuestión, mientras que en filosofía planteamos precisamente ese problema (sin juzgar naturalmente su solución).

No sucede de otra manera con las normas jurídicas. El art. 612 del Código Civil francés, para atenernos a nuestro ejemplo, existe, o si se prefiere esta otra fórmula: está en vigencia. ¿De dónde le viene su fuerza obligatoria? ¿Por qué existe, en el sentido *fuerte* precedentemente definido? Otra vez la pregunta es ambigua. Ella podría ser tomada por una interrogación científica. Pero si la consideramos como una cuestión filosófica, nuestra respuesta no puede ser en este caso: "Ese artículo ha sido dictado, al mismo tiempo que el Código Civil del cual forma parte, por el legislador francés, conforme a las leyes en vigencia y no ha sido abrogado después". Ello constituiría una "ignoratio elenchi", un desconocimiento del verdadero problema, que es en filosofía aquel de la causa última. Se podría responder, si estuviera racionalmente justificado, que el art. 612 no tiene causa última o que no estamos en condiciones de saber si la tiene o no. Se podría agregar, suponiendo que existiera una causa última, que no estamos en condiciones de saberlo y no lo estaremos jamás: "ignoramus et ignorabimus". Se podría decir, en consecuencia, que no sabemos o que ni lo sabemos ni lo sabremos jamás cuál es la causa última, si es que existe alguna. Todas esas respuestas, verdaderas o falsas, justificadas o no, serían filosóficas.

Algunos sostienen que la causa de la validez de las normas jurídicas, causa más allá de la cual es imposible remontarse, es el hombre que las dicta y que las impone a los demás, al ser más fuerte que ellos. Pero esta opinión plantea por lo menos dos problemas, uno filosófico y el otro lógico.

El problema filosófico es el siguiente: ¿El hombre puede crear normas jurídicas válidas? ¿Puede atar la conciencia de los demás, mientras él no es capaz de atar su propia conciencia? Es cierto, podemos darnos normas de comportamiento. Pero viniendo de nosotros, su fuerza obligatorio, en la medida en que ellas la poseen, depende enteramente de nosotros; tenemos capacidad para cambiarlas o abandonarlas en cualquier momento. ¿Se puede hablar, en ese caso, de validez objetiva de las normas instituidas por nosotros mismos y para nosotros mismos? Si la respuesta debe ser aquí negativa, como lo pensamos, con más razón no se puede hablar de la validez objetiva de las normas que un hombre pretendiera establecer para los demás. El tomar en consideración a la sociedad en lugar del individuo, no cambia en nada las cosas.

El hombre, el individuo o la sociedad, pueden violentar a los demás físicamente o psíquicamente; nada más. El problema filosófico de la causa última de las normas jurídicas queda aún sin resolver.

El problema lógico es bien conocido. Una norma ¿Puede ser la conclusión de una inferencia, al no contener ninguna premisa normativa? en esa circunstancia ¿se puede inferir de la constatación: “a es más fuerte que b”, la norma: “b *debe* obedecer a a”. Se conoce la respuesta de D. Hume, repetida por tantos y tantos filósofos o lógicos; por H. Poincaré entre otros. No existe ninguna regla lógica que permita tal inferencia. J. P. Learle no ha probado lo contrario. Su derivación de una norma a partir de la constatación de un hecho, especialmente de la norma: “a debe mantener su promesa”, es otra cosa, distinta a una inferencia. Es la puesta en evidencia analítica de una norma.

Esto último es no sólo posible, sino también necesario. Si no se pueden inferir las normas de las constataciones de hecho y si no todas las normas pueden ser inferidas, lo que es igualmente claro, entonces es natural que ciertas normas sean primeras. Y si ellas no están admitidas por convención (admitirlas de esta manera no resolvería el problema de la validez de las normas inferidas, porque ellas serían inevitablemente convencionales, tanto como las normas primarias) no pueden ser sino evidentes. Ahora bien, las normas singulares no podrían ser empíricamente evidentes, no siendo las relaciones normativas, sobre las cuales versan, algo sensible. Se trata por lo tanto de normas primeras, las cuales, en tanto que tales, son universales. Son, por lo tanto, analíticamente evidentes. Pero todo enunciado analíticamente evidente, no lo es sino para aquel que posee los conocimientos necesarios, conocimientos que constituyen proposiciones de constatación que llevan, en tanto que tales, hacia los hechos, para aprehender su evidencia. Hemos tenido ocasión de abordar este tema en muchas oportunidades, entre otras en “Le problème de la vérité en morale et en droit” y en “Querelle de la science normative”. Es por eso que, en lugar de volver hacia atrás, repetimos muy brevemente que la derivación de J. R. Learle, evocada más arriba, es precisamente la puesta en evidencia de una norma y no su inferencia a partir de una constatación, cosa lógicamente imposible.

En resumen, no es posible ni inferir de una constatación, ni considerar como analíticamente evidente, la norma que obliga a obedecer al más fuerte.

H. Kelsen ha creído salvar la dificultad al poner en la cima del sistema normativo jurídico, la norma fundamental. Pero si aquello resolviera el problema lógico (a partir de la norma primera, que es la norma fundamental, admitida por convenio, se pueden inferir normas derivadas), el problema filosófico permanece intacto. Cuando la norma fundamental está planteada a la manera de un axioma lógico o matemático, el sistema normativo jurídico se vuelve, “*ipso facto*”, un sistema “Hipoté-

tico - deductivo sui generis”, a semejanza de los sistemas lógicos o matemáticos. Por lo cual, en tal sistema, la validez de los teoremas, heredada de la validez del o de los axiomas, no es sino convencional. No sucede de otra manera en el sistema jurídico Kelseniano. Al ser convencional la validez de su único axioma, la norma fundamental, la validez de todas las demás normas, fundadas sobre ella, no sería diferente. Es suficiente no admitir la convención propuesta por H. Kelsen, para que ninguna norma sea válida. Por lo tanto, admitirla no nos haría avanzar, porque tanto las normas derivadas como la norma primaria, no serían válidas sino subjetivamente, a saber, para aquel que aceptara el convenio. Aún él sería capaz de cambiar de manera de pensar en cualquier momento y desdecirse. Abreviando, si pensamos que las normas jurídicas, dadas en nuestra experiencia, existen *ere el sentido fuerte*; dicho de otra manera, son objetivamente válidas, la norma fundamental, inventada por H. Kelsen, no puede pretender explicar su existencia o su validez.

Llegados a este punto de nuestra reflexión hagamos una pausa. Hemos partido de las normas jurídicas dadas en nuestra experiencia y tenidas por objetivamente existentes, en el sentido fuerte definido más arriba, a fin de descubrir su causa última. Al término de la primera etapa de nuestra investigación, comenzamos a dudar de la existencia misma de las normas en cuestión. Porque si ninguna cosa puede ser tenida en cuenta como su causa eventual, ellas no existen en realidad y, al tenerlas por objetivamente válidas, somos solamente víctimas de una ilusión. Esta conclusión se impone, porque la validez objetiva de una norma es, a su manera, absoluta. Dentro de los límites que la circundan en cuanto al tiempo, en cuanto al espacio y en cuanto al círculo de destinatarios, se impone a cada uno de ellos, siempre y donde quiera que sea, si las condiciones de su aplicación están cumplimentadas. Pero el hombre no es un absoluto y no es capaz de crearlo, aún dentro de los límites indicados. No obstante, *decir* que alguna cosa es obligatoria, prohibida o permitida, es reconocer que alguna cosa es buena, mala o axiológicamente neutra. Decirlo es estimar y estimar es medir, lo que implica el empleo de una medida. Por lo tanto, ésta no puede ser sino absoluta. Una medida relativa no es una verdadera medida y medir sin medida es simplemente una “*contradictio in adiecto*”. Dostoiewski tenía razón; guardando el espíritu de la frase célebre de “Los Hermanos Karamazov” y corrigiendo su letra, es preciso decir que si Dios no existe, nada es obligatorio, prohibido o permitido, porque nada es bueno, malo ni neutro, aún siendo la neutralidad un valor axiológico. La admisión de la norma fundamental de H. Kelsen no cambia nada.

Así nos encontramos frente a una alternativa: o bien las normas jurídicas, dadas en nuestra experiencia, son objetivamente válidas y enton-

ces existe un bien absoluto que es su causa última o tal bien no existe y entonces no hay normas jurídicas objetivamente válidas. El segundo término de esta alternativa se separa hasta tal punto de la vida y del buen sentido que la gobierna, que el primer término se impone como verdadero. A propósito, es oportuno recordar la frase siguiente de W. M. Elsasser: “En el análisis filosófico, cuando todo está dicho, su resultado final no debería diferir demasiado abruptamente, de las soluciones del sentido común; de otra manera sería la filosofía, más que el sentido común, la que se volvería sospechosa”².

Por lo tanto, en la perspectiva teísta (y por lo tanto creacionista, por la cual nos hemos pronunciado), los seres dados en nuestra experiencia tienen cada uno su esencia, lo que permite decir que tienen también, cada uno, su naturaleza, al no ser la naturaleza otra cosa que la esencia en tanto que fundamento de los comportamientos propios del ser dado. (Es únicamente en una hipótesis atea que se puede decir, con el J. P. Sartre del “Existencialismo es un humanismo”, que no existe una esencia anterior a la existencia, porque no hay nadie para pensarla antes de que la existencia no la produzca). Si es así, el hombre tiene, también él, una esencia determinada, la cual, en tanto que fundamento de sus comportamientos, lo orienta hacia un fin, hacia su último fin. Con relación a este fin, algunos comportamientos son buenos: lo aproximan a su fin; aquellos otros son malos: lo alejan de su fin; tales otros son neutros en sí mismos: cuando se los considera “in abstracto”, no son ni buenos ni malos y solamente en el contexto de una situación concreta es que se transforman en lo uno o lo otro. Al mismo tiempo, se vuelven manifiestas las relaciones normativas de obligación o de permisión, de cumplir o/y no cumplir tal o cual acción. Las constataciones de esas relaciones, de esas obligaciones de hacer o de no hacer, o de esas permisiones de hacer o no hacer, son precisamente las normas de comportamiento, las normas morales en primer lugar, las normas jurídicas en segundo lugar; éstas reproduciendo, concretizando o completando a aquéllas.

Esto dicho, resta aún una objeción por analizar. Aún aquel que hubiera aprobado todo lo que precede, podría preguntar, a justo título, cómo se concilia la constatación de las relaciones normativas con la actividad creadora del legislador. Porque, aun si se admite la existencia de una ley natural, se está obligado a reconocer que el legislador humano no se limita a reproducir las normas naturales concretándolas, tal

2 ELSASSER, Walter M., “Atom and organism, a new approach to Theoretical Biology”, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1.986. P. 21-Cit. por E. Gilson, “Linguistique et philosophie”, Paris, 1909, p. 103.

como ya lo hemos dejado entrever; por el contrario, él las completa y en esto es creador. Es cierto que su poder creador no carece de límites. No obstante es real y, dentro de una zona delimitada pero basta, puede elegir libremente. Libremente no quiere decir arbitrariamente; la elección del legislador debería ser siempre razonable, en virtud de la naturaleza del hombre, que es la de un animal razonable. Teniendo en cuenta lo que es el hombre, en tanto que tal, las normas instituidas por los hombres y para los hombres, deberían ser racionales. Es de deplorar que no lo sean siempre. Al ser el hombre, en cierta medida, creador del derecho —que lo sea por delegación no cambia nada— conviene demostrar que el carácter constatativo de las normas jurídicas es compatible con el poder creador del legislador humano.

IV. La creación del derecho y la constatación de las relaciones normativas.

Si se admite, aunque sea sólo a título de hipótesis, lo que se acaba de decir, se estará de acuerdo con el hecho de que las normas naturales (unas analíticamente evidentes y las otras conclusiones de tales normas), constatan relaciones normativas. En consecuencia, las normas jurídicas dictadas por el legislador, que simplemente las dirigen a los sujetos de derecho a los cuales se extiende su poder, poseen, ellas también, carácter constatativo; lo heredan de las normas naturales, de las cuales son conclusiones. Esta afirmación no debería ser objetada si se han aceptado sus presupuestos de una manera o de otra, “dato non concessio”, aunque no por convicción. Sólo las normas que provienen del legislador y que completan las precedentes, plantean el problema señalado más arriba. Conviene enfrentarlo, ya que las normas jurídicas que completan la ley natural, son extremadamente numerosas, sobre todo en nuestra época. Su número se incrementa a tal ritmo que, para conocerlas, es necesario recurrir cada vez más a las computadoras.

El legislador humano (es esta la misión que constituye su razón de ser) debe, ya sea recordar a aquellos para quienes legisla las reglas naturales cuya vigencia está exigida por el bien común de la sociedad, que el legislador tiene a su cargo, ya sea el completar esas reglas, siempre según las exigencias del bien común. En una palabra, la ley positiva debe contener todo aquello sin lo cual la existencia y el desarrollo de la sociedad no es posible, en las circunstancias dadas. Es evidente que al legislador le incumbe un rol creador, en la medida en que él completa la ley natural. ¿Es compatible con el carácter constatativo de las normas jurídicas, puesto en relieve más arriba? No lo dudamos. Pero, para demostrar su compatibilidad, conviene recordar que ciertos comportamien-

tos son intrínsecamente buenos, es decir, que llevan al hombre a su fin, que es la plenitud de su humanidad y otros comportamientos son intrínsecamente malos, disminuyen al hombre en lugar de planificarlo; otros, todavía, son neutros, ni buenos ni malos en sí mismos, pero pueden llegar a ser buenos o malos en alguna situación concreta, en razón de las circunstancias en que se los adopte. Por lo tanto —y esto es de una importancia capital para nuestro tema— el legislador no tiene poder de prescribir aquello que es intrínsecamente malo ni de prohibir aquello que es intrínsecamente bueno —si lo hace, abusa de su poder—. En consecuencia, las normas así dictadas carecen de validez objetiva. El legislador no puede, entonces, sino hacer obligatorios o prohibidos —no arbitrariamente, sino por una razón válida— tales o cuales comportamientos axiológicamente indiferentes en sí mismos y que su elección transforma en buenos, según las circunstancias; esto, a menos que él prefiera dejar a los gobernados —implícitamente o explícitamente— la libertad de adoptarlos o no adoptarlos (Permisión bilateral). En verdad, la vida social, dicho de otra manera, exigiendo del bien común que tales o cuales comportamientos puedan regularse de una manera o de otra, no los deja sin regular, porque su no regulación sería socialmente perjudicial, es decir, contraria al bien común, la opción racional del legislador por alguna de las reglamentaciones posible, hace al comportamiento elegido bueno y, por lo tanto, obligatorio. Los valores fundan las normas: aquello que es bueno hay que hacerlo, aquello que es malo hay que evitarlo y aquello que es, “in abstracto”, axiológicamente indiferente, puede o ser llevado a cabo o no ser llevado a cabo. Veamos esto más de cerca, con un ejemplo.

La declaración de sus réditos por el contribuyente (régimen fiscal adoptado en Francia, por ejemplo) y la declaración de los réditos del contribuyente por su empleador —que descuenta al mismo tiempo el impuesto al capital y lo vuelca al fisco —régimen fiscal adoptado en la República Popular de Polonia—, son actos axiológicamente indiferentes hasta tanto uno de ellos sea preferido por el legislador. La opción de éste hace a uno de esos dos actos bueno; no bueno en sí, bien entendido, sino bueno en razón de las circunstancias y en razón de la elección realizada (es en esa elección donde participa la voluntad) ³. Así, el legislador crea un valor, fundamento de la relación normativa que la norma promulgada por él constata (como cualquier otra, esta constatación es

3 A propósito del rol de la voluntad en el acto humano, ver P. Pieper, “Die Wirklichkeit und das Gute nach Thomas von Aquin”, Münster i. Westf.-Helios-Verlag, 1931, Cf. nuestra “Initiation à la philosophie morale”, (Paris, Société d’Editions Internationales, 1096, p. 92-97.

obra del intelecto). Suponiendo una opción, correspondiente al legislador, tenemos la siguiente alternativa:

1º) La declaración de los réditos por el contribuyente es un acto bueno o la declaración de los réditos por su empleador es un acto bueno.

El legislador no puede, bajo pena de volver incoherente su sistema jurídico, tomar simultáneamente varias opciones opuestas; si elige el primer término rechaza por eso mismo la segunda, lo que nos autoriza a admitir, relativamente al régimen francés:

2º) No es así que la declaración de los réditos del contribuyente por el empleador sea un acto bueno.

De 1º) a 2º) inferimos, según la regla “modus tollendo ponens”:

3º) La declaración de los réditos por el contribuyente es un acto bueno.

Los valores fundamentan las normas: lo que está bien debe hacerse, lo que está mal no debe hacerse y aquello que no es —“in abstracto”— ni bueno ni malo, puede hacerse o puede no hacerse. Nosotros podemos, por consiguiente, pasar del plano axiológico al plano normativo e inferir:

4º) La declaración de los réditos debe hacerse por el contribuyente o la declaración de los réditos debe ser hecha por su empleador.

Por lo tanto, no siendo que la declaración de los réditos deba ser hecha por el empleador, por ello, la declaración de los réditos debe ser hecha por el contribuyente.

La conclusión del número 4º es una norma verdadera, porque constata una relación normativa objetiva, realmente existente, creada por el legislador, que prefiere la declaración del contribuyente a aquella de su empleador.

Conclusión

Al considerar a la Filosofía como la búsqueda de la explicación última de aquello que está dado en nuestra experiencia y a la Filosofía del Derecho como una parte de la Filosofía, nos hemos interrogado acerca de la causa última de la validez objetiva de las normas jurídicas, marco permanente de nuestra vida cotidiana. Hemos constatado que en cuanto tal el hombre no es capaz de ser su fuente, aún si es más fuerte que aquellos a quienes él quisiera reglamentar el comportamiento. Hemos visto también que la norma fundamental de H. Kelsen no aporta la respuesta a nuestra interrogación filosófica. También hemos acabado por

darle la razón a Dostoieswki: fuera de la perspectiva teísta no hay validez objetiva de las normas.

Si, por el contrario, se las mira desde esta perspectiva, ellas aparecen como constataciones de relaciones normativas de obligación o de permisión. En tanto que tales, son juicios del intelecto práctico, a la vez normativos y constatativos, porque norman la conducta al constatar el deber-ser. Entre paréntesis, que ellas provengan del intelecto, no significa que la voluntad no juegue un rol en su elaboración.

Considerado desde este ángulo, el fundamento del derecho presenta un doble aspecto, ontológico y noético. De donde surgen dos interrogantes. Primero: ¿cuál es la razón de ser última de las relaciones normativas constatadas por las normas? Y, en segundo lugar: ¿qué es lo que funda su conocimiento? o, si se prefiere esta otra fórmula, ¿cómo llegamos a conocerlas?

Como todos los demás seres dados en nuestra existencia, las relaciones normativas tienen su entidad, (tanto en aquello que son, como en su existencia misma) que les viene del Creador, que da a todo ente su esencia y su existencia. Puesto que le debemos a la metafísica el saberlo, el fundamento del derecho así develado, merece bien el calificativo de metafísico.

En cuanto al conocimiento de la validez objetiva de las normas, éste se escalamona como el mismo sistema de las normas de comportamiento. La validez de las normas derivadas tiene su causa en la validez de las normas primeras. Estas son analíticamente evidentes, a la luz de la metafísica evocada recientemente.

Agreguemos, para terminar, que las normas primeras y sus consecuencias próximas, constituyen la ley llamada "natural": la naturaleza del hombre es el factor que permite asir directa o indirectamente su verdad. El carácter moral de esta ley no excluye su carácter parcialmente jurídico, porque el comportamiento jurídico, no obstante su especificidad, no es menos moral, al realizar el hombre su último fin por medio de la participación en la vida social, cuya dimensión jurídica es un aspecto esencial. Considerado desde este ángulo, el fundamento del derecho aparece como anclado en el carácter moral del hombre.