

LA NOCIÓN DEL DERECHO

1. *Presupuestos.*

El derecho existe en una comunidad, supone pluralidad de sujetos. Esta es la razón por la cual la noción de derecho supone la de lo social. Pero admitiendo que el hombre forma parte de un conglomerado social, cabe preguntarse: ¿qué es lo primero en el orden de valores, el hombre considerado como persona o la comunidad? La contraposición tiene como extremos la comunidad y la persona y no la comunidad y el individuo. Nosotros creemos que la persona es antes que la comunidad (personalismo). Es decir, la persona humana portadora de una serie de valores es presupuesto previo de la comunidad.

Además la noción de derecho debe extenderse a toda clase de normas, ya éstas estén plasmadas en la ley o en la conciencia de los hombres. Frente a una herencia histórica decantada a lo largo de los siglos surge el imperativo de buscar un patrón o medida que nos haga comprender el por qué del movimiento fluctuante de la humanidad. Entonces, esta consideración nos lleva al problema del fin del Derecho, para el principal problema de averiguar la noción del Derecho.

Todos estos presupuestos —lo social, la persona, el fin— nos llevan al basamento esencial de la noción: la naturaleza humana. Como la historia se desenvuelve no de acuerdo con leyes matemáticas sino evoluciona dando margen a un flujo variable de posibilidades y aconteceres, es lógico buscar al Derecho una base que no sea variable sino constante, inmutable y universal.

Este basamento inmutable es la naturaleza humana, ya que el derecho aspira a regular toda la actividad humana ya sea jurídica o moral. El derecho implica la personalidad humana que lleva el sello de lo espiritual y por tanto es lo más noble y lo más digno.

2. Idea del Derecho.

Según Luis Legaz y Lecambra (1) “la idea del Derecho es la unidad armónica de todos los valores jurídicos. Pero su realización puede hacerse a través de distintos criterios, según las distintas finalidades o, mejor, según sea el valor que el hombre considera ser el más alto. Nosotros afirmamos que sólo en la finalidad personalista, es decir, allí donde los valores personales son dados como más altos, se realiza “Derecho Justo”. El Derecho opera con una serie de valores, pero su material de trabajo reside en las acciones humanas ya sean internas o externas. Ahora bien, como se basa en la naturaleza humana y analiza las acciones humanas, es lógico que su contenido sea “espiritual”, que repudie “el derecho del más fuerte” y que trate de perseguir “el bien común de la comunidad”. El derecho implica la armonía de lo personal con lo social, buscando la justa medida de todas las cosas.

El contenido del derecho implica la existencia de un orden “ético” y de un orden “espiritual” y toda una escala de “valores”. En este sentido el Derecho es “la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento” según definición de Giorgio Del Vecchio (2).

Nosotros agregamos que el Derecho implica la existencia de la libertad humana y del respeto por sus fueros inalienables. El derecho tiene basamentos espirituales y no puede existir donde la persona humana es irrespetada y donde los fueros de esta están suprimidos por el despotismo institucionalizado. El derecho implica un orden y un respeto por la vida humana y por eso el derecho nunca estará en conturbenio con los totalitarismos ni bendecirá las revoluciones. El derecho por ser un “orden” es la antítesis de la “revolución”. El derecho como regulador de conductas, se opone al anarquismo y busca establecer un orden institucionalizado y una jerarquía de valores.

(1) Luis Legaz y Lecambra - *Horizontes del Pensamiento Jurídico*. Barcelona 1947 pag. 63 y ss.

(2) Giorgio Del Vecchio - *Filosofía del Derecho*. Barcelona 1953 pag. 342.

Resumiendo la idea del derecho sólo podemos repetir la famosa definición de Celso: “Jus est ars boni et equi” o sea el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo.

3. El derecho como ciencia.

Al respecto dice Abel Naranjo Villegas (3): “Ciñéndonos a nuestro tema, diremos que existe una ciencia del Derecho, como existe una filosofía del derecho, que, sin oponerse son distintas. La ciencia del Derecho establece las nociones jurídicas más generales, por lo cual puede hablarse de ciencia del derecho civil, del penal, del comercial, en tanto que la jurislogía o filosofía de lo jurídico sólo intenta plantearse más radicalmente, el sentido y la esencia de lo justo y de lo jurídico, sin entrar en ninguna particularidad, que sería objeto de introducciones a esas particularidades, con el civil, penal, internacional etc”.

El derecho es una ciencia del espíritu. Pero en el siglo en que vivimos caracterizado por la automatización, la mecanización y la tecnificación, se ha querido negar al derecho su carácter de ciencia. Se dice que está en crisis, que no es operante, que entraba el progreso y que nunca se puede comparar con las ciencias naturales. Nada tan erróneo como vamos a demostrarlo.

Hay una técnica jurídica que fija los conceptos, su alcance, su comprensión y se vale de terminología propia. Ahora bien, la técnica jurídica y su sistematización obedecen a reglas y de esto deducimos con Carnelutti (4) que: “si hay técnica del derecho debe haber ciencia de él. En efecto la técnica es obrar según las reglas y éstas sólo la ciencia puede encontrarlas...” La ciencia jurídica establece las nociones fundamentales, con las cuales opera la técnica jurídica. La ciencia jurídica puede analizar los diversos ordenamientos jurídicos y tendremos la ciencia peculiar del Derecho Germánico, Italiano etc. También puede considerar las diversas ramas del derecho y tendremos las ciencias especializadas como las de Derecho Civil, Derecho Comercial etc.

El derecho como ciencia observa los fenómenos y los acaeceres sociales, para lo cual toma la valiosa ayuda que le brinda la sociología y de esta observación deduce una serie de caracteres, conceptos e ideas que convierte en normas de validez jurídica.

(3) Abel Naranjo Villegas. *Filosofía del Derecho*. 1959.

(4) Francesco Carnelutti. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires 1952 Traducción de Santiago Sentís Melendo pag. 15 ss.

Este proceso —que comienza con la observación del hecho social, que sigue con el análisis del medio geográfico e histórico y que se plasma en norma jurídica— es tan científico como la desintegración del átomo o la electrolisis del agua.

La materia jurídica está constituida por las normas jurídicas. Depurando más el análisis podemos decir que el Derecho estudia las acciones humanas (internas o externas). Es obligación del jurista descubrir las leyes que rigen esa vida jurídica. Como lo observa Carnelutti (5): “La regla jurídica no es verdaderamente el dato que observar sino el resultado de la elaboración de un dato distinto. Lo que caer, o mejor, puede caer bajo los sentidos del jurista son los actos, de los cuales se derivan las reglas”. El Derecho o mejor el jurista debe observar los hechos sociales y la conducta de los hombres para que pueda ser un científico del derecho. Es lo que denomina Carnelutti el “realismo jurídico”. El jurista debe indagar las leyes que rigen la ciencia del Derecho y su método de interpretación y formación. Como lo observa Carnelutti (6): “también el jurista como el astrónomo escruta el firmamento para descubrir las leyes que guían el movimiento eterno. También los del jurista como los del astrónomo, del físico, del químico, del biólogo, son descubrimientos. También la ciencia del Derecho tiene sus santos e inclusive sus mártires. Pero la gente no se dá cuenta de ello. Todos hablan de los descubrimientos de Pasteur, pero, ¿quién considera como descubridor, no digo a César Beccaria, sino a Pedro Bonfante o José Chioventa?”.

La ciencia del Derecho busca las leyes que deben regir el obrar jurídico en todas sus manifestaciones y para esto se vale del hecho social, de la experiencia y de las circunstancias que rodean un determinado medio social. Todas estas leyes las indaga el científico del Derecho, en orden a construir un “orden” jurídico, una “armonía social” y una “necesidad espiritual”.

El científico del Derecho observa la naturaleza de las cosas, se fundamenta en la naturaleza humana y establece las leyes o reglas que deben regir la conducta de la persona humana en un orden jurídico.

Pero la ciencia tiene sus etapas. Esas etapas nos llevan a una auténtica ciencia del Derecho. Las etapas según Carnelutti son: observación, comparación, clasificación, formación de conceptos. El jurista debe observar los hechos sociales, las conductas humanas. Luego

(5) Francesco Carnelutti. *Metodología del Derecho*. México 1940 pag 31.

(6) Francesco Carnelutti, ob cit, pág 30.

debe comparar los objetos y al observar que algunos tienen cierta cualidad idéntica o común, los divide en clases homogéneas. Por eso es de vital importancia el estudio del Derecho Comparado, que nos dá una visión general, y nos abre nuevos caminos y nos muestra nuevas instituciones, con lo cual podemos contribuir al progreso de la ciencia del Derecho.

Con los datos de nuestra observación formamos imágenes que se transforman en conceptos o en ideas. Formados los conceptos vienen las fases de expresión del concepto que son la definición y la denominación. Una vez recorridas todas estas etapas tenemos que los conceptos se traducen en vocablos técnicos y estos se resumen después de un análisis severo a “leyes” o “reglas jurídicas”.

En todo este proceso no hay que perder de vista que el científico del Derecho debe tener en mira que el derecho es orden primordialmente ético y por tanto con contenido espiritual, lo cual debe animar su indagación científica.

La formación de la terminología jurídica es de importancia para la técnica jurídica. Cada vocablo jurídico debe usarse técnicamente y definirse claramente, para delimitarlo y comprender su contenido. La técnica, pues, por un proceso escalonado elabora los conceptos jurídicos. La ciencia busca las reglas que deben regir el obrar jurídico y estudia o mejor tiene como materia prima las normas jurídicas. Pero es de anotar, que si la ciencia jurídica busca el patrón o guía del obrar jurídico, no se basta a sí misma, ni se agota en su indagación científica. Esto, debido a que existen ciertos principios generales e inmutables que rigen o condicionan las demás leyes jurídicas. Estos primeros principios permanecen firmes a través de los tiempos porque se hallan escritos en el fondo mismo del corazón humano y porque la razón los impone como norma superior e inderogable. La ciencia parte de esos supuestos, principios éticos que se basan en la naturaleza humana y se imponen a la razón como algo impreso en la conciencia de los hombres y en el trasfondo de los pueblos.

Nos queda por decir, que el derecho es una ciencia del espíritu. No es una ciencia natural pues se mueve en el mundo de la cultura y se basa en la naturaleza humana. El derecho busca una finalidad y no se basa en la causalidad. Recasens Siches (7) dice que el derecho “no pertenece ni al mundo de la naturaleza física, química ni

(7) Luis Recasens Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Edit. Porrúa S. A. México 1959.

orgánica”, no es tampoco un proceso psíquico ni un ser ideal, “pertenece al mundo de los valores, pero no es un valor puro, contiene elementos de realidad histórica”.

En resumen podemos decir que la ciencia del Derecho comprende el hecho social (escuela sociológica), la norma jurídica (escuela positiva) y los valores espirituales (Escuela del Derecho Natural).

4. *El Derecho y la Moral.*

Es de anotar que la ciencia del Derecho no puede ser ajena a la moral. La moral vivifica las instituciones jurídicas, las limita y las plasma a través de normas jurídicas. Tenemos unos principios fundamentales, una norma jurídica elaborada científicamente y la moral que preside todo ese “orden jurídico”.

De lo anterior se deduce que la norma jurídica no se agota ni se confunde con la norma jurídica positiva, sino que es superior a ella y de un ámbito más extenso.

Ahora bien, como la ciencia del derecho es ciencia del espíritu, no ha alcanzado la exactitud de las ciencias naturales ni sus descubrimientos son tan ostensibles como en estas. Esto debido a que la ciencia jurídica debe regular “conductas” de personas humanas y regir “comportamientos sociales”.

El derecho no es la ley escrita. Es algo más. El derecho busca la ley que guíe el destino de la persona humana, como ser trascendente a la vez que indaga la ley que debe regir sus acciones en sociedad. El mundo físico obedece a la ley de la causalidad y el mundo del espíritu obedece a la ley de la finalidad. Ihering (8) dice que: “El hombre que obra, no obra porque, sino a fin de, a fin de conseguir tal o cual objeto. Este a fin de, rige de un modo ineludible la acción de la voluntad, como el porque determina el movimiento de la piedra que cae”. El derecho obedece a diversos fines como la armonía social, la realización de la personalidad humana en su integridad, el bien de los asociados etc. Pero el derecho está dominado por la moral. El derecho se diferencia de la moral, en cuanto al primero es obligatorio y tiene una sanción por su violación, pero como lo dice Ripert (9): “En realidad no hay entre la regla moral y la regla jurídica ninguna diferencia de campo de aplicación, ni de naturaleza, ni de fin. No puede haberla, porque el derecho debe realizar la jus-

(8) Ihering. *El fin en el Derecho*. Trad. Cast. Buenos Aires 1946 pág 8.

(9) Jorge Ripert. *La regla moral en las obligaciones civiles*. 3ª Edición. Trad. de Carlos Julio Latorre 1941 U. N. pág 9.

ticia y la idea de lo justo es una idea moral”. Ripert, en su ya famoso estudio, ha demostrado científicamente que el derecho, en especial la materia de las obligaciones, se fundamenta en la moral. El campo de aplicación de la moral lo sitúa Ripert en las siguientes líneas que resumen su influencia en la vida del Derecho: “La regla moral puede estudiarse primero en su función normativa, cuando impide el abuso de la forma jurídica, que vendría a utilizarse con fines que la moral reprueba. Contra el principio de la autonomía de la voluntad, la regla moral eleva la necesidad en que están las partes de respetar la ley moral, la necesaria protección debida al contratante que se encuentra en estado de inferioridad y que es explotado por la otra parte. Enseña también que la justicia debe reinar en el contrato y que la desigualdad de las prestaciones puede ser reveladora de la explotación de los débiles; y siembra la duda en las convenciones que son la expresión de una voluntad muy poderosa que doblega una voluntad debilitada. Contra el ejercicio ilimitado de los derechos, la regla moral advierte que puede haber injusticia en extremar las prerrogativas de una facultad; La moral nos enseña también que es necesario adquirir los sentimientos que hacen obrar a los sujetos de derecho, proteger a los que son de buena fe, herir a los que obran con malicia o con dolo, perseguir el fraude y hasta el pensamiento fraudulento. Aún desde otro punto de vista, la regla moral penetra en el mundo jurídico: cuando trata de encarnarse en una regla obligatoria de conducta y demanda el socorro del brazo laico.

El deber de no perjudicar injustamente a otro es el fundamento del principio de la responsabilidad civil; el deber de no enriquecerse a expensas de otro, la fuente de la acción de enriquecimiento sin causa. ¿El deber de prestar asistencia al prójimo puede esperar su consagración legal?... En fin, cuando la regla moral no llega a tomar forma jurídica, la vemos errar por las fronteras del derecho, pedir que se la considere al menos bajo la forma descolorida de una obligación natural, y este aspecto de la vida jurídica no es menos curioso que el de estos fantasmas de obligaciones no obligatorias, a las cuales no se acomodan nada los espíritus demasiado lógicos (10).

La moral interviene en la elaboración, aplicación e interpretación de la norma jurídica. Frente al materialismo y al positivismo jurídico, la regla moral indica que es la bandera que el jurista debe ostentar en la lucha por el imperio del reinado del derecho. Como observa agudamente Ripert (11) “la moral impone una serie de reglas

(10) Jorge Ripert, ob cit, pág 7.

(11) Jorge Ripert, ob cit, pág 12 y ss.

que no tienden solamente a asegurar el respeto al prójimo, sino también a perfeccionar el alma. Es un código bien preciso de los deberes del hombre para con Dios, para con sus semejantes y para consigo mismo”.

Si el derecho regula conductas de hombres y por tanto no puede prescindir de la ley moral, es hora de inculcar el reinado de la regla moral en todas las legislaciones.

Luchando por la moral se lucha por el derecho. En esta hora de crisis de los valores es necesario que la norma jurídica beba su contenido en la norma moral y se inspire en ella. Hay que plasmar los principios que desde hace milenios residen en la conciencia de los hombres en normas jurídicas positivas.

5. *Ciencia y Técnica del Derecho.*

Es necesario hacer notar que a más de la ciencia jurídica existe la técnica jurídica. La técnica jurídica es la manera de aplicar las reglas jurídicas. Para que la ciencia logre su objetivo debe valerse de una técnica avanzada. La técnica implica un método. El método es el camino para la elaboración técnica de la norma jurídica. El derecho se vale de la inducción y de la deducción. Utiliza la abstracción y la combinación del análisis y de la síntesis. El jurista debe analizar los hechos sociales, su contenido jurídico y su implicación. Debe acercarse al escenario de la vida, tener “vivencias” experimentar los “acaeceres” vitales y reducir a datos sus observaciones. Debe utilizar el jurista el método comparado, para que amplíe su visión jurídica y tenga más datos con los cuales pueda elaborar científicamente la norma jurídica. Observados los hechos, comparados, clasificados y reducidos a datos, se elaboran los conceptos básicos. Con estos conceptos se forma la lexicología jurídica y definidos y denominados se elaboran las leyes jurídicas. Es importante definir bien los conceptos como p. ej. relación jurídica, acto jurídico, situación jurídica etc. En este orden de ideas el derecho tiene una dogmática construida a través de los siglos, tiene un aporte de conceptos y nociones que configuran la “lógica jurídica”. Como el derecho opera en el mundo de la cultura y se basa en valores, da lugar a la estimativa o “deontología jurídica”. Por último como el derecho analiza el fenómeno circunstancial del hecho social y sus incidencias, tenemos la “fenomenología jurídica”.

Por el análisis el jurista pormenoriza y estudia en detalle el contenido de las instituciones jurídicas y por medio de la síntesis formula reglas abstractas, generales y obligatorias para el conglomerado

social. Los estudios históricos y sociológicos son de suma utilidad para conocer la idiosincracia y espíritu de cada pueblo. Al respecto dice Kirchmann (12) que el objeto de la ciencia jurídica es el Derecho conforme vive el pueblo y se realiza en el círculo de cada cual: se podría hablar de Derecho Natural. Según Kirchmann (13) “el objeto de la ciencia jurídica es el estudio de las instituciones jurídicas. Pero como estas son variables y tienen diversas formas, dice que la ciencia jurídica se asemeja al caminante en el desierto. Delante de sí tiene cármenes florecientes, lagos con movido oleaje; pero a pesar de que camina todo el día, todos ellos se hallan por la noche aún tan distantes de él como por la mañana. Las leyes que formula el científico del derecho deben ser interpretadas. Para ello hay varias escuelas (exegética de derecho libre científica). La verdadera interpretación debe basarse en la apreciación de la naturaleza de las cosas, la organización social, y los dictados de la moral. El derecho está técnicamente dividido en público y este subdividido en Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral e Internacional y en privado subdividido en Civil, Comercial y de Minas. Estas divisiones y subdivisiones tienden a regular de manera técnica y especializada el comercio, la propiedad, el trabajo y el subsuelo, a más de los delitos contra la sociedad y la persona humana. Cada una de estas ramas tiene su técnica peculiar y propia.

5. *Método.*

El derecho se vale del análisis para estudiar en detalle y profundizar cada una de las instituciones jurídicas. También pide ayuda a la síntesis y por medio de ella formula reglas abstractas, generales y obligatorias para el conglomerado social.

Utiliza también el método comparado que es de extrema utilidad para buscar la unificación y el progreso del derecho por el conocimiento de los diversos ordenamientos jurídicos. El científico del derecho tiene a veces que inducir y a veces que deducir y por eso es de suma importancia tener la lógica del sentido común, para analizar los hechos en su real sentido.

El estudio de la historia de cada pueblo sirve para conocer el espíritu del pueblo como dice un famoso jurista y la índole propia de cada una de las instituciones que rigen en los diversos países.

(12) Kirchmann. *Carácter científico de la llamada ciencia del Derecho*. México 1940. Monografía.

(13) Kirchmann, ob cit.

El científico del derecho debe como hemos dicho observar los hechos sociales, analizarlos y aplicando la técnica jurídica formular reglas abstractas que deben regir las acciones humanas.

Tampoco se pueden perder de vista los principios generales y las orientaciones filosóficas, para no degenerar en un positivismo materialista.

VII. Conclusión.

Existe una ciencia jurídica y una técnica jurídica, las cuales operan de acuerdo con la deontología y la sociología jurídicas. El derecho no puede reducirse a una colección de leyes positivas, puesto que el espíritu del hombre tiene sed de ideales, de valores y de leyes morales. El derecho es un orden lógico, unitario y ético. El derecho evoluciona. El derecho no se estanca. Es un proceso basado en la vida social. Así en principio predominó la "*jurisprudencia conceptual*" que trataba las proposiciones jurídicas como consecuencia de conceptos jurídicos universales. Luego vino la "*jurisprudencia teológica*" que sostuvo que la ley no contiene solo delegaciones al juez, que hay numerosas lagunas que hay que llenar y que debe buscarse una pauta en la interpretación de la ley. Se habló de que la ley hay que interpretarse según fines teológicos. Posteriormente vino la reacción que inició Rodolf von Ihering, quien subrayó la conexión del derecho con los intereses de la vida y fue seguida por M. Rumelin, Stampe y Philipp Heck, dando origen así a la llamada "*jurisprudencia de intereses*" (14). Esta tendencia utiliza como conceptos metódicos auxiliares el concepto de interés y la serie de nociones que están en conexión con él: estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses etc. Se dice que "interés es cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura". Se dice que toda decisión "debe ser interpretada" como delimitación de intereses contrapuestos y como una estimación de esos intereses". Se insiste en que "todo precepto jurídico debe examinarse desde el punto de vista de su contenido de intereses". (15). Una corriente creó la llamada "*doctrina del derecho libre*" cuyo principal propulsor fue Ehrlich. Se dijo que el derecho libre trataba de que las decisiones no fueran dirigidas por la ley. Era una tendencia a desplazar la tradicional influencia de la ley, de "*lege ferenda*" o de "*lege data*" en favor de la estimación judicial. El juez —se de-

(14) Philipp Heck. *El problema de la creación del Derecho*. Barcelona. Edit. Ariel S. A. 1961. Prólogo de José Puigbruteau. pág. 68.

(15) Philipp Heck, ob cit, pág 62.

cía— debía apreciar cada caso según sus peculiares características. Esta tendencia fue seguida por Fuchs (1907) Schmölder (1907) Smelin y Kulemann. Estas corrientes jurídicas son la muestra de que el derecho evoluciona. Existen las lagunas del derecho. Es cierto. El legislador no ha podido preverlo todo. Pero frente a las lagunas jurídicas se alzan los diversos métodos de interpretación, de complementación; se utilizan los principios generales de derecho, la analogía, la lógica, la jurisprudencia etc. Al respecto hay varias tesis. Una que sostiene que el juez debe crear libremente el derecho. Otra sostiene que debe atenerse matemáticamente a la ley. Una última y es la predominante cree que el juez debe complementar la norma con los elementos vistos (analogía, principios generales etc) y buscar la intención del legislador y el sentido social con que se expidió la correspondiente norma jurídica. Todo lo anterior nos hace ver como dice Heck que "la ciencia jurídica, por su desarrollo histórico y por su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica como la medicina". (16).

El derecho es una ciencia noble y justa. El derecho como método implica un orden y un respeto por la vida humana y por eso nunca aplaudirá los regímenes dictatoriales ni los despotismos. El derecho es la antítesis de la revolución, porque esta es la negación del orden. El derecho regula las relaciones recíprocas de los hombres en sociedad, dirige las actividades estatales y condena los crímenes contra el imperio de la legalidad. Los que atacan el derecho no piensan qué sería del mundo sin la existencia del derecho. Los que atacan al derecho no piensan en los desastres del anarquismo. El derecho es respetable porque se basa en la naturaleza del hombre, por nutrirse del ideal de justicia y por ser producto del espíritu del hombre. Por eso lo más digno es servir al derecho aplicando la ley de acuerdo con los postulados de la justicia. Es una misión sagrada. Por eso una nación que desconfía e irrespeta a sus jueces está al borde del caos y del anarquismo. La ley es respetable y respetables deben ser los encargados de aplicarla. El derecho es una ciencia y un arte. Pero es la más sublime de las ciencias y el más noble de los artes. Por eso nunca fue más cierto que en la actualidad la frase del romano: "El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo".

(16) Philipp Heck pág. 34 ob cit.

POLEMIA