
Ciencia Jurídica

Tendencias actuales del pensamiento jurídico

ERNESTO EDUARDO BORGA

NACIDO EN LA PLATA en 1913. En la Universidad de La Plata se graduó de abogado en 1934 y de doctor en ciencias jurídicas y sociales en 1941. Actualmente es profesor titular de filosofía del derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de introducción filosófica a la economía en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de La Plata. Director del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología en la misma universidad. En 1957-58 viajó a los Estados Unidos de Norteamérica en plan de intercambio cultural, dictando conferencias en las universidades de Columbia y Nueva York, visitando otras. Vicedecano de la Facultad de Derecho (1958) y consejero académico de la misma (1959-61). *Obras:* CIENCIA JURÍDICA O JURISPRUDENCIA TÉCNICA (1943), PRINCIPIOS MATERIALES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO (1943), EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE MERCANTIL (1948) entre otros muchos libros y artículos.

EL pensamiento científico es la verificación más acabada de que el espíritu del hombre constantemente hace y deshace para reconstruir las formas de vida siempre superadas, para alcanzar en la Verdad el mayor y mejor horizonte para la libertad.

La crisis de nuestro tiempo es, por sobre todas las cosas, perspectiva de cambio intenso y hondo, venturosa enfermedad de crecimiento —como expresara Ortega y Gasset— que al mundo le ha sobrevenido ante la dimensión estrecha de principios que no alcanzan a comprender en su vigencia instancias ensanchadas de la experiencia. Enormemente dilatada ésta, tanto en lo físico —microfísica— como en la integral y plenaria manifestación concreta de lo humano, extendido a lo largo de una superposición muchas veces milenaria de culturas, y auscultando en profundidad, nunca tanto como ahora, en una filosofía que se empeña en mantenerse asida con el máximo de fidelidad a la consigna socrático-agustiniana: “conócete a ti mismo”, porque *veritas habitat interiori homine*.

La crisis de principios en la ciencia es resquebrajadura de la unidad arquitectónica de una estructura hecha para que la contradicción no sea posible. Pero como no hay sistema sin fisura, el desarrollo de toda teoría, que no es más que interpretación de la realidad, torna muchas veces en grieta amenazadora lo que apenas era imperceptible poro, en tanto se cuele una manifiesta incompatibilidad en afirmaciones dispares.

Por ello la crisis en la ciencia, aunque parezca paradójico, implica su más halagadora madurez ya que ella supone que la ciencia se siente tan segura de sí misma que, volviendo la reflexión sobre sí, somete rudamente a revisión sus principios, exigiéndoles mayor vigor y firmeza para que su articulación en unidad sistemática muestre el mayor grado de coherencia lógica.

Porque la ciencia no es un conjunto heteróclito de materiales dispersos, sino sistemática ordenación en estructura sintética de principios, que comprenden toda experiencia posible para que lo real, como un caso particular y concreto, encuentre allí un lugar en correspondencia estrecha con las formas de la razón.

De ahí que al científico se le haga inexcusable e imperioso, en nuestros días, la revisión de todos aquellos supuestos cuya vigencia ha mostrado el límite de su dimensión y fuera de su ámbito el horizonte dilatado de la nueva experiencia que reclama así una nueva articulación de la razón, desde abajo hacia arriba.

Los supuestos del pensamiento científico constituyen el subsuelo de la ciencia, y en ellos está apoyado el suelo de la misma, que no es sino red de principios lógicamente encadenados, y que al entrar en crisis, perdiendo su coherencia lógica, empujan al científico desde el límite o confín de su ciencia —directa reflexión sobre la realidad que conoce— hacia una autoreflexión sobre su propio saber, y con ello se ve proyectado a una filosofía de su Ciencia. Esta tarea preocupa contemporáneamente a todo científico, aun a aquellos que fueron más reacios, negándose a realizarla, temerosos de metafísica —los físicos—; ello denota su unánime y pacífica aceptación —tal cual resulta reflejado en las obras de Pierre Rousseau: *LA CONQUISTA DE LA CIENCIA* y de Hans Reichenbach: *LA FILOSOFÍA CIENTÍFICA*, para no mencionar sino alguna de las tantas—, y que el espíritu del hombre ha entrado en una etapa segura de madurez, comparable con la edad adulta de su propio desarrollo.

CIENCIA JURIDICA

Esta conclusión se verifica en los hechos del presente y tiene antecedentes de similar expresión en el pasado, no menos venturoso, si se adecúa a las épocas vividas, en crisis de crecimiento, que fueron superadas con el esfuerzo mancomunado de la filosofía y de la ciencia; tal se advierte en el siglo xvii, en circunstancias en que florece precisamente la ciencia físico-matemática de la Edad Moderna, según lo advierte Rickert al decirnos en su obra CIENCIA CULTURAL Y CIENCIA NATURAL: "En la obra de Kepler, de Galileo, de Newton, la investigación empírica se da la mano con el afán de adquirir clara conciencia de lo que será íntimamente la actividad propia. Este esfuerzo fue coronado por el éxito más lisonjero. La filosofía de la época en que florece la ciencia natural apenas si puede separarse de la ciencia natural misma. Trabaja con idéntico buen éxito —recuérdese a Descartes o a Leibnitz— para exponer claramente el método de la ciencia natural". Y en ello está toda la preocupación por esclarecer el objeto y su adecuada vía de acceso: el método.

La explicación referida a la ciencia y su crisis la hemos traído para mostrar lo que cuenta cuando se quieren exponer las tendencias o corrientes contemporáneas de un pensamiento científico, no siendo sino su filosofía donde está concentrado, en la última instancia del saber, la médula de su articulación fundamental; instancia que no es otra que la de la filosofía de la ciencia, y en el caso particular que nos preocupa en este trabajo de la ciencia jurídica.

EL PROBLEMA EN EL ÁMBITO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.

Se ha trabajado con intensidad creciente en el campo del pensamiento jurídico, en lo que ha transcurrido del siglo xx, tematizando problemas abandonados por el positivismo finisecular. Este, inconsecuente consigo mismo, redujo toda realidad a realidad sensible, exigió a las cosas un modo único de presencia, y lo *positum*, desfigurado y forzado, agotaba las jornadas del intelecto ávido siempre de conocimiento del hombre y de sus históricas concreciones, en las cuales se encuentra imbricado el Derecho mismo.

Esto de por sí destaca que esta profícua realidad que es el quehacer del hombre no puede ser exhibida, en tanto jurídico, con mayor detalle, en el marco de un artículo ceñido a dimensiones presta-

blecidas. Obliga a la síntesis, a la visión acelerada, que abarque el conjunto dentro de líneas prietas, restándose la posibilidad de realizar el examen óptico de las teorías; pero en cambio compensaremos esa falta con una exposición referida a la mención de los más conspicuos representantes de las grandes corrientes, con expresa mención de sus ideas.

Casi sin discrepancias, ninguna explicación del pensamiento jurídico contemporáneo deja de iniciar su labor desde el comienzo del siglo y ello no es coincidencia meramente cronológica. Obedece a un cambio profundo, que se opera para salirse de una diversificación superficializada de teoría y realidad, provocada por la aplicación inadecuada de la deducción, o la generalización inductiva, a hechos irreductibles a tales vías metódicas; o por excesivo apego a su contingente manifestación, perdiendo la visión del conjunto de lo real, como ocurre con la corriente historicista.

Nace por ello mismo una nueva dirección del pensamiento jurídico, que abandona el jusnaturalismo impregnado de espíritu deductivo y al positivismo materialista y empirista, lastrado de inconsecuencias, en cuanto limitó el horizonte de la experiencia jurídica a la mera expresión de intereses o de la fuerza. En idéntica forma, a la dirección muy particular del empirismo histórico, que aunque con acierto señaló donde estaba la auténtica realidad jurídica desvió ulteriormente la atención a expresiones no vivientes de la misma, y además como todo el historicismo cayó en la impotencia teórica.

LA RENOVACIÓN FILOSÓFICA: EL NEOKANTISMO.

Al conjuro de la renovación filosófica, se opera el cambio en el pensamiento jurídico. La vuelta a Kant, preconizada con el mayor acento por filósofos como Riehl y Liebman, influyó ya en las postrimerías del siglo pasado en conspicuos pensadores del Derecho. Bajo la inspiración del egregio pensador de Koenisberg afloran diversas direcciones del pensamiento jurídico y cabe mencionar cuatro altos exponentes cuyas teorías se muestran transidas de conceptos e ideas que la filosofía crítica de Kant ha expuesto sistemáticamente. Son ellos: Rodolfo Stammler, Giorgio Del Vecchio, Gustavo Radbruch y Hans Kelsen. Muchos otros se ubican también en este plano neokantiano común, como Emilio Lask, Mayer y Fritz Münch.

Muy brevemente nos referiremos a los cuatro primeros, pues de ellos han quedado aportaciones perdurables que jalonan un tramo re-

CIENCIA JURIDICA

corrido con acierto y por lo demás el inmediato anterior a las tendencias del momento en el pensamiento jurídico.

LOS FILÓSOFOS NEOKANTIANOS.

Rodolfo Stammler en sus obras *DERECHO Y ECONOMÍA, SEGÚN LA CONCEPCIÓN MATERIALISTA DE LA HISTORIA*, de 1896, y *MANUAL DE FILOSOFÍA DEL DERECHO*, de 1922, se enrola en la corriente de la escuela de Marburgo y para su concepción jurídica, ligada a los temas *Concepto del derecho e Idea del Derecho*, revela que la especulación epistemológica se reduce a las categorías "a priori", formales, que no son innatas sino que se manifiestan en los hechos concretos de la vida jurídica, condicionando su articulación. Acentúa así la dirección logísta, con trasplante puro y simple a la ciencia jurídica, de la *CRÍTICA DE LA RAZÓN PURA*, lo cual restó a su obra lozanía, ya que la superación reclamaba atenerse a la viviente expresión de la realidad jurídica irreductible a la física, y cuya conceptualización no se satisface a través de un mero formalismo.

Giorgio Del Vecchio, Gustavo Radbruch y Hans Kelsen, moviéndose asimismo dentro del idealismo trascendental, mostraron con todo acierto a través de su pensamiento aspectos imperecederos del Derecho y la ciencia respectiva.

El primero —Del Vecchio— no se dejó tentar por el mero formalismo y, persiguiendo la determinación universal del Derecho, si bien dentro del marco del método crítico trascendental, y por ello mismo en lo que sería su concepto lógico, formuló una auténtica explicitación ontológica, referida a la conducta humana hasta cuyo reducto más íntimo penetra, aferrándose a la naturaleza del hombre, expresando lo que en ella hay de constante e inmutable en su articulación. Rebeló al derecho en la coordinación de las acciones humanas, y con ello aseguró a su pensamiento perdurable mocedad, que verifica la filosofía de nuestro tiempo, preocupada de más en más en calar con profundidad en la insondable existencia humana, cuyo valor reconoció Del Vecchio en el derecho natural, fundado en la personalidad del Hombre, eterno elemento integrador del derecho, subordinado a transformaciones sociales que es preciso operar para que pueda realizarse la idea del derecho, que es la Justicia.

Separado el *concepto* de la *idea*, como expresión universal com-

prensiva de todo derecho, cualquiera fuere la idea que lo inspira y la contingente manifestación en que se concreta, definió al Derecho distinguiéndolo de la Moral, en cuanto intersubjetivo —por oposición a lo subjetivo— como “coordinación objetiva de acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, con exclusión de todo impedimento”. Con lo cual se destacan elementos esenciales suyos: la libertad como fuente de experiencia, distinta a la de la naturaleza; las acciones humanas entre varios sujetos, coordinadas objetivamente, separando así el Derecho de la Moral, aunque emplazados ambos modos de coordinación en el plano normativo y el principio ético que las inspira y determina, como valoración imbricada en el sentido que las crea y les da su ser.

La obra de Del Vecchio es muy abundante pero se encuentra sistematizada en sus LECCIONES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO, publicadas en 1930, y de las cuales hay numerosas ediciones. Su mérito fué puesto de relieve destacándose que era un clásico en vida. Lo verificamos al advertir que, no obstante moverse dentro de las limitaciones de un método, alcanzó a enlazar sus resultados a la filosofía de la existencia por la humana personalidad y a la sociología del derecho respecto de su mutabilidad.

En Gustavo Radbruch encuentra la jusfilosofía al teórico de la axiología jurídica. Inclinado por ello mismo a la dirección neokantiana de la escuela de Baden, considera al derecho como un hecho del hombre, fenómeno cultural cuya inteligibilidad se hace posible sólo a través del valor, que es su condición —a priori— para que el hecho cobre su ser jurídico.

Señala como error del positivismo haber pretendido reducir todo a los hechos, prescindiendo de la idea, porque el jurista no alcanzará el conocimiento de los preceptos del *deber ser* fundándose inductivamente en los hechos. Ello sólo será posible por el *deber ser* axiológico, cuya captación queda librada a la intuición. El autor ve el *valor* en la realidad como superestructura ideológica de una estructura empírica que la realidad social en situación y circunstancia determinada hacen que sea válido, colocándose así en lugar equidistante de todo absolutismo o psicologismo axiológico.

Referida toda la experiencia jurídica al *valor* y siendo la idea del derecho —la Justicia— el derecho mismo, éste no es sino la realidad que tiene el sentido de servir a la justicia, que da la forma de lo jurí-

CIENCIA JURIDICA

dico. Radbruch asienta ésta en la dimensión de igualdad, en el trato que jurídicamente debe ser y define el derecho como "el conjunto de ordenaciones generales para la vida humana en sociedad", cuyo contenido prescribe el derecho como adecuación a fines valorados. Ello distingue esta idea de la de Stammler, en la que a pesar de la distinción entre causa-efecto y medio-fin, ambas relaciones se identifican en la primera (causa-efecto) por ausencia de toda idea de valor en la segunda (medio-fin).

Según los fines del derecho, éste puede caracterizarse como individual, social y cultural, de donde a su vez surgen posiciones personalistas y transpersonalistas, que originan instituciones diversas y contradictorias, antagónicas y hasta hostiles, y por lo que según un criterio elegido se impone éste como un *orden* que, en cuanto aceptado, reporta a su vez la seguridad.

Su relativismo axiológico es sólo expresión de la elección de ese ordenamiento jurídico como necesidad de paz, orden y seguridad social, impuestos por el derecho y expresión de un sistema político —el democrático— abierto a la discusión y al progresivo esclarecimiento de los valores para la mejor consecución de un Estado de Derecho. Relativismo que no hace a la íntima y peculiar convicción del individuo sobre lo justo, que regela al plano de lo irracional ligado como está a problemas de fe, sobre concepciones del mundo y horizonte de ultimitades del Hombre.

Dos son las obras principales de Radbruch: *FILOSOFÍA DEL DERECHO* e *INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO*.

Por último debemos referirnos a Hans Kelsen, autor de *LA TEORÍA PURA DEL DERECHO*, cuya versión ha sido muy difundida en nuestro medio no sólo por sus seguidores, sino también por el propio autor, que nos visitara, y que inclusive dictó una conferencia en la Universidad Nacional de La Plata.

Kelsen comparte con Radbruch su posición respecto del problema de la Justicia, en cuanto no admite la posibilidad de acceso a ella por vía racional; pero se encuentra en manifiesta contraposición sobre el problema axiológico-jurídico que, en la depuración metódica, inicialmente resultará excluido en su teoría para ser admitido sólo en cuanto hace al valor de legalidad, o sea el que está insertado positivamente en el ordenamiento jurídico en una complementación ulterior de su teoría.

La pretensión del autor es realizar una teoría del derecho positi-

vo a secas, vale decir desligada de todo intento de justificación de sus preceptos, de sus orígenes, de su finalidad, y así, en cuanto “pura”, una descripción *formal* del derecho positivo.

La pureza cala en el método y en el objeto para excluir de este último todo ingrediente extraño, tarea que es llevada a cabo a través de una doble purificación. La primera, para ver el derecho como es, sin plantearse cuestión alguna de cómo debe ser; porque se trata de conocer el Derecho y no aludir a su formación. Lo separa así de la Política, de la Moral y de toda otra ideología, incluso de toda especulación en torno a la Justicia; porque —recalca— se circunscribe al derecho positivo.

En la segunda purificación apunta Kelsen a la significación del hecho, que por un lado es naturaleza y por otro, en aquella significación específica es derecho, según un modo de enlace conceptual distinto ya que, en tanto la que se articula con la cópula del *ser*, alude al comportamiento que efectivamente tienen los hombres —ingredientes naturales y sociológicos— que obedecen a un conocimiento casual explicativo, la conceptualización jurídica en cambio se articula con la cópula del *deber ser*; y destaca que es éste un mero enlace conceptual lógico, que en modo alguno tiene nada que ver con el *deber ser* axiológico.

De este modo quedan separadas las categorías irreductibles *ser* y *deber ser* —copulación entitativa e imputativa— y a su vez *deber ser* lógico y *deber ser* axiológico, donde el primero sólo establece una relación formal de imputación de un consecuente a un antecedente.

Revelado como último residuo, para la Ciencia, la estructura de la norma, se advierte que el ordenamiento jurídico es un conjunto sistematizado de normas: coordinadas, subordinadas y supraordenadas, cuyo principio unificador trata de revelar el autor partiendo de la existencia de una norma individual, dándonos a través de su exposición una estructura piramidal del ordenamiento jurídico.

La sentencia, por ejemplo, es una norma individual cuya validez se deriva de una norma superior general que motiva su creación, la cual a su vez la toma de otra superior más general y así sucesivamente hasta llegar a la norma constitucional, y de ésta la constitución que le precedió y así hasta la primera constitución, que se debe al hecho del legislador originario primer constituyente, como punto de partida de un orden jurídico. Asíéntase como primado de validez, que no constituye ya norma positiva alguna, la norma hipotética fundamen-

CIENCIA JURIDICA

tal, supuesto del entendimiento jurídico, con carácter de categoría gnoseológico-trascendental, el principio; "obedece al legislador originario", pero entendiendo éste con carácter formal y no material, pues es punto de partida de una cadena de órganos y delegaciones sucesivas que con mayor explicitación se formularía así: "Debe realizarse la coacción bajo las condiciones y la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación".

Esto remarca una diferencia en la derivación normativa, que no se opera como en la moral en forma deductiva estática, en coincidencias de contenido entre la norma general y la individual derivada, sino por su creación dinámica, toda vez que en el derecho la norma inferior ha sido establecida en la forma determinada por la superior. Es dable destacar que este punto de vista ha puesto de relieve ese aspecto creador —voluntad— en el proceso de producción del derecho.

La teoría de Kelsen ha traído al campo de la ciencia del Derecho el extraordinario aporte de su purificación metódica y de su lógica jurídica, acierto imperecedero que ha tenerse siempre presente en toda concepción jurídica, sea consciente o no de él, ya que como categoría lógico-trascendental del conocimiento jurídico éste la lleva imbricada y no es dable prescindir de la misma a menos que se renuncie a pensar jurídicamente.

La reducción de todo el mérito de Kelsen a mera lógica jurídica ha dado lugar a polémica, aun con el propio autor que desconoce a ésta como legítima, punto de vista que es necesario tener presente para no incurrir en unilateralización al estudiar su teoría. La obra en que el autor exhibe polémicamente su teoría es **TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO**.

BALANCE SUMARÍSIMO DEL NEOKANTISMO

Al pensamiento jurídico de raíz neokantiana no se le pueden imputar los desbordes en que incurrió el idealismo jurídico poskantiano, particularmente el de Guillermo Federico Hegel, de evidente carácter constructivista, tal cual se advierte en su **FILOSOFÍA DEL DERECHO**.

Antes bien cabe mostrar, según podrá apreciarse después, las limitaciones de que padeció, propias del método crítico trascendental dentro del cual se movía, que algunos pensadores salvaron, como ocurrió con Del Vecchio, por su perspicacia genial.

Lo evidente es que el materialismo, el empirismo y el positivismo como expresiones de una línea común, aunque con variedad de matices, resultan superados en su impotencia teórica para aprehender la realidad, por la dirección neokantiana. Aquéllos se pierden en generalizaciones inadecuadas de tipo inductivo o en individualizaciones de carácter historicista, todas ellas con marcada preponderancia de concepción naturalística, frente a la cual el neokantismo opera una clara delimitación con carácter universal de la experiencia jurídica, señalando las condiciones de su objetividad y destacando a la vez, frente a todo racionalismo jus-naturalista, un claro deslinde entre *concepto e idea* del derecho.

Por ello cabe mencionar como grandes aportaciones suyas, la ontologización del Derecho por Del Vecchio, la lógica adecuada descubierta por Kelsen, y la índole axiológica de la realidad jurídica que puso tan de relieve Radbruch.

La contraposición de dos etapas revela que la filosofía jurídica de raíz neokantiana fue plenamente consciente del problema del conocimiento de los hechos del hombre que en la etapa anterior se ignoraba o tergiversaba. Muestra como ingredientes inescindibles suyos: de un lado lo teórico-general y de otro lo histórico-individual, como realidad por conocer, que se muestra a la intuición en fluyente, continua y multitudinaria manifestación heterogénea, de la cual y en un estrecho contacto, a través de la observación, ha de lograrse fiel aprehensión para no caer en los excesos del racionalismo ni en las actitudes constructivistas del intelectualismo.

Pero ese apego no ha de ligarnos necesariamente al caos de su multitudinaria heterogeneidad, abrumándonos el cúmulo de su infinita fluencia y hundiéndonos en el fárrago de la condicionalidad temporal que torna inadecuada toda teoría; por lo que habrá que adquirir la estructura teórico-general que anticipe la visión del conjunto, estableciendo la relación de parte a todo y con ello responder a la doble exigencia de todo conocimiento: aprehender lo histórico-individual de la realidad conforme a las exigencias teórico-generales de su conceptualización.

El empirismo padece de impotencia teórica, porque la sola reunión de materiales y la observación de los hechos, no puede revelar el sentido que aflora allí donde se plantean determinados problemas surgidos precisamente de la interrogación dirigida a la realidad. No en

CIENCIA JURIDICA

vano nos decía Aristóteles que la pregunta prejuzga sobre la categoría en que se mueve la respuesta, y Heidegger: "Todo preguntar es un buscar. Todo buscar tiene su dirección previa que le viene de lo buscado"; porque en ello se revela que la materia de conocimiento es determinada, en el juicio, según el sentido de la interrogación, que precisamente articula la problemática de la ciencia en correspondencia inescindible con el menester vital.

Toda tendencia que desconozca el valor de la teoría, disminuye la capacidad para el análisis, y condena al científico a un pensar fragmentario y al mismo tiempo "no realista", porque no puede aprehender la relación en que se desarrolla todo acontecer.

La superación de esa antinomia que se muestra en la divergencia anotada, y que el neokantismo advirtió superándola dentro del marco del método crítico trascendental —lo histórico individual de la realidad y la exigencia teórico-general de la conceptualización—, constituye el problema de la jus-filosofía, cuya solución pretende alcanzar una conciencia de lo jurídico, en unidad sintética, que revele en su estructura un núcleo fundamental de principios homogéneos que constituyan, por decirlo así, la teoría general del Derecho.

En el campo de la investigación epistemológica referida a lo jurídico, esa contraposición sobreviene, desde el propio dato a conceptualizar, según se lo vea como *hecho* o como *norma*.

En este sentido resulta incuestionable la distancia puesta por el idealismo neokantiano, respecto de todo cuanto pudo ser inadecuada conceptualización racionalista, intelectualista, positivista o empirista; pero a su turno cabe mostrar también que la superación del propio neokantismo sobreviene a través de la fenomenología, sea de la esencia, de la cultura o de la existencia humana, como una exigencia para alcanzar lo que el marco del método crítico-trascendental no podía rendir.

LAS DIRECCIONES FENOMENOLÓGICAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO.

La fenomenología que fundara Edmundo Husserl desplazó al neokantismo, y también como éste hace sentir su influencia en el pensamiento jurídico.

Adolfo Reinach, discípulo del mismo Husserl, en su obra *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, limita la investigación a las esencias que atribuyen a los productos conceptuales que se

designan como jurídicos un ser objetivo, como lo tienen todas las cosas, y que consiste en algo independiente de que el hombre lo conciba o no, y por ello mismo independiente de todo Derecho y anterior a él.

A su turno la fenomenología de la cultura se efectúa en el pensamiento de Luis Recasens Siches en *VIDA HUMANA, SOCIEDAD Y DERECHO*, aunque sin base existencial, lo que lo lleva a afirmar que el Derecho es vida humana objetivada. Ha caído en racionalismo, toda vez que en cierto modo lo desliga de la viviente expresión de la vida humana, para mostrarlo como algo ya codificado, distante de quien lo ha producido.

De ahí que Carlos Cossio le imputa dicho racionalismo, tomando una dirección fenomenológica referida a la existencial fenomenología de la cultura, evitándose así la eliminación del hombre, porque siendo que la cultura está permanentemente haciéndose, ni aun en el caso de los objetos mundanales cuyo sustrato no es la conducta misma, pueden quedar como objetos extraños a la vida humana. Por lo tanto sus conceptos no padecerían del racionalismo que destaca en Recasens Siches, y que repugna a la experiencia, cuya mutabilidad no encuentra explicación, viendo impulsar el movimiento de la cultura del hombre, ubicado fuera de ella, sino ensamblado a ésta, como un producto de su vida plenaria y por ende como un modo de la vida misma.

Cossio expuso su pensamiento en numerosas obras de las cuales, como expresión integral de la programática de su teoría, tenemos *LA TEORÍA EGOLÓGICA Y EL CONCEPTO JURÍDICO DE LIBERTAD*. Constituye la obra fundamental, aunque deben mencionarse con gran significación para ello: *LA VALORACIÓN JURÍDICA Y LA CIENCIA DEL DERECHO*, *EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL*, *TEORÍA DE LA VERDAD JURÍDICA*, *EL CONCEPTO PURO DE REVOLUCIÓN*, *LA PLENITUD HERMÉTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO*, y muchos trabajos en los que ha explicitado ampliamente su pensamiento.

Partiendo de Del Vecchio ha encontrado al Derecho en las acciones interferidas intersubjetivamente viéndolo como conducta, que es conocida a través de normas, que no son sino conceptos; de ahí que la ciencia jurídica sea una ciencia normativa.

Respecto de Del Vecchio, afirma Cossio que ubica al valor como algo trascendente al derecho, en tanto que fenomenológicamente lo muestra como algo inmanente. Y así son temas de la jusfilosofía: la ontología y la axiología jurídica, a los cuales en el orden del pensa-

CIENCIA JURIDICA

miento deben agregarse: la lógica jurídica y la lógica trascendental, vinculada la primera a la validez del derecho y la segunda a la positividad.

EL PENSAMIENTO JURÍDICO ANGLO-SAJÓN.

En la antinomia *hecho-norma*, en que se debate el pensamiento jurídico, ha gravitado sin duda la presencia del pensamiento jurídico anglo-sajón.

La extraordinaria influencia de Kelsen hizo culminar el acento del pensamiento jurídico europeo continental: su normatividad, de la cual el autor rindió la construcción sistemática más acabada, para no considerar sino al derecho a través de esta estructura esencial.

Pero una corriente no menos significativa, que no encuentra su raigambre ni en el neokantismo ni en la fenomenología, es el pensamiento jurídico anglo-sajón, cuya inspiración es el empirismo inglés, fuertemente informado en Norteamérica por el pragmatismo de William James y John Dewey. No es que todo pensamiento anglo-sajón lo sea, pero es la corriente dominante, recibida en lo jurídico a través de la escuela analítica de jurisprudencia de Austin —que perteneció a la escuela de Jeremías Bentham y James Mill— y que atenido al positivismo trató de teorizar en torno al derecho creado y vivido por la comunidad, despreocupado de toda especulación metafísica jus-naturalista; pero sometió sus elucubraciones a la fuerza del poder inductivo de la razón, mediante la cual creía lograr la independencia de la ciencia jurídica de las contingentes expresiones de los hechos particulares por generalizaciones que destacaran los ingredientes comunes a todo sistema de derecho.

Ligados al precedente y la costumbre y a través del Common Law, donde el juez, como lo hacía el pretor romano, procura, al decidir con equidad, adecuar el derecho a las circunstancias y exigencias de la época, los norteamericanos se inclinaron hacia la jurisprudencia sociológica, entregada por entero a las cuestiones de carácter práctico de orden legal y despreocupados del problema de la normatividad.

De ahí, teniendo en cuenta la influencia de esta corriente, se desprende esa antinomia señalada por Ross para la ciencia jurídica, es decir la contraposición hecho-norma, cuya superación precisamente es la preocupación de la jusfilosofía de nuestro tiempo.

Roscoe Pound fué quien substituyó la *analytical jurisprudence* por la *sociological jurisprudence*, y le atribuye a ésta como objeto los efectos sociales de las doctrinas e instituciones jurídicas y los medios más eficaces para alcanzar resultados socialmente justos. Su teoría de los intereses sociales, es una conjugación de la de los intereses de Bentham e Ihering.

La corriente sociológica ha tenido numerosos cultores. Benjamín Cardoso desarrolló sus principios desde el punto de vista procesal, enderezando su atención hacia las manifestaciones de la vida misma en su realidad social. N. S. Timasheff destaca como elementos del derecho: poder y convicción moral colectiva, conjugando así el poder y la ética y viéndolo en definitiva como coordinación ético-imperativa de la conducta en la sociedad, para concluir que donde impera sólo el poder político, sin consideración a las convicciones morales del grupo, no existe derecho ni orden jurídico en el grupo social, pues en éste las relaciones están exclusivamente regidas por principios morales, religiosos.

En esta corriente, que como podemos advertir apoya al máximo el derecho en el hecho de la conducta (las costumbres, las manifestaciones sociales, etc.) pueden señalarse otros autores, como Oliver Wendell Holmes y J. C. Gray, pero no todos los norteamericanos siguen su inspiración, aunque de un modo u otro todos están influidos por la misma base filosófica.

Cabe anotar el "Legal Realism", que ve el derecho en el derecho judicial y son representantes suyos Arnold Thurman, Jerome Frank, Max Radim, etc.

Por su parte una corriente axiológica, la de Jerome Hall, trata de comprender al derecho como hecho y como valor, con inclinaciones al derecho natural, siendo partidarios de este último Lon L. Fuller, de Harvard, y también Anton Hermann Chroust, que establece las relaciones entre derecho positivo y derecho natural.

Por último, Alexander H. Pekelis, haciéndose cargo de la variedad de escuelas: "jurisprudencia sociológica" o "experimental", "realismo jurídico", "derecho social", "investigación jurídica de los hechos", "funcionamiento jurídico", "institucionalismo", "pragmatismo", que estudia, advierte una tendencia a destacar tres características fundamentales a saber: 1º) insistencia sobre el abismo que existe entre la norma jurídica como aparece en los textos y lo que es en la

CIENCIA JURIDICA

realidad; 2º) percepción de falta de correspondencia entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos; y 3º) conciencia de la naturaleza creadora, de la función judicial.

Ha podido advertirse a través de la reseña cómo el pensamiento jurídico se escinde en *hecho y norma*, reproduciéndose aquella antinomia: lo histórico individual y lo teórico general; ya que en tanto en el pensamiento de Kelsen queda anclado en la normatividad, en el de los norteamericanos lo es en el hecho de la conducta humana. Kelsen en su obra *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO* ha puesto de relieve la diferencia y mérito de la jurisprudencia sociológica y la jurisprudencia normativa.

OTRAS CORRIENTES.

En la preocupación por resolver problemas vinculados a la ciencia jurídica, puede señalarse una tarea realizada con intensa preocupación en los más diversos países. Nos limitaremos a mencionar algunos y de ellos sólo a autores con alusión, en su caso, al nombre de alguna de sus obras.

En Francia se destacan François Geny, cuyas obras repercutieron mucho entre nosotros, particularmente *MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN Y FUENTES DE DERECHO PRIVADO POSITIVO*; Leon Duguit, que reprobó el excesivo individualismo y preconizó una concepción social del Derecho, que explicitó en conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1912, publicadas con el título *LAS TRANSFORMACIONES GENERALES DEL DERECHO PRIVADO DESDE EL CÓDIGO NAPOLEÓN*; Maurice Hauriou con George Renard fundó la Teoría de la Institución; y son nombres de particular resonancia: Georges Ripert, Luis Josserand, Jean Cruet, Gaston Morin, Louis Erasme Le Fur, etc.

En Alemania, como reacción al estrecho marco de la ley, nace el movimiento del derecho libre, que alcanzó consagración legislativa en el Código Suizo autorizando al juez a hacer de legislador a falta de norma expresa. Además la jusfilosofía tuvo conspicuos representantes en Eugen Erlich, Herman Kantorowicz, y en la dirección fenomenológica en Schapp, Kauffmann, Schreier y otros.

Italia bajo la influencia del positivismo exhibe a Vanni, Groppali y Micheli, que recibieron también influencia de los neohegelianos Croce y Gentili. También cabe mencionar a Battaglia, Sforza y Mag-

giority en dirección axiológica a Norberto Bobbio. Respecto de la experiencia jurídica, a Giuseppe Capograssi.

El pensamiento jurídico en Rusia está totalmente influido por la consigna de no apartarse en lo más mínimo de la ideología marxista, y por ende elevada así a la categoría de dogma, que sirve a los intereses del proletariado organizado en clase dominante. Sostiene Kelsen en su *TEORÍA COMUNISTA DEL DERECHO Y DEL ESTADO*, que la teoría jurídica soviética se halla dominada casi exclusivamente por factores políticos, adaptándose sumisamente a todos los cambios políticos del gobierno soviético, lo cual llama la atención del autor en cuanto siendo que el poder del Estado va en aumento en todas partes "hay que considerar muy en serio el hecho de que en la Unión Soviética la operación de degradar la ciencia al papel de cómplice del poder se lleve a cabo bajo la dirección de eruditos intelectualmente sobresalientes."

Son representantes del pensamiento soviético P. L. Stuchka y M. A. Reisner; éste, en contraposición con el primero, desarrolla una teoría con enfoque psicológico, bajo la influencia de Petrazhitskii, combinados con principios de interpretación económica de la sociedad.

En un segundo período A. Y. Vyshinsky desarrolló, en discurso pronunciado en el Primer Congreso de Problemas de las Ciencias del Estado y el Derecho Soviéticos, en Moscú, en 1938, una teoría que fundamentalmente asignaba al Derecho el papel, según nos lo expresa Kelsen, de "un instrumento eficaz de la política del gobierno soviético". Pueden mencionarse los nombres de S. A. Golunskii y M. S. Strogovich, y en derecho internacional a E. Korovin.

En cuanto se refiere a Latinoamérica, tiene muchos cultores del pensamiento jurídico y merecen nombrarse como figuras destacadas entre otras, además de Cossio que ya hemos visto, Pontes de Miranda, Francisco Campos, Miguel Reale, Eduardo García Maynez, Carlos Campos, Rafael Preciado Hernández, Miguel Herrera Figueroa, Enrique Aftalión, Julio Cueto Rúa, Martínez Paz, Sebastián Soler, Luis Nieto Arteta, Alfredo Fragueiro, Tomás Casares y muchos otros, que no traemos a colación en homenaje a la brevedad de este trabajo, pero que al frente de cátedras de Filosofía del Derecho fecundan con su labor a la filosofía de la ciencia jurídica.

Con esta reseña ponemos punto final a este trabajo, que está muy distante de haber mostrado detalles del pensamiento jurídico de nuestro tiempo y haber agotado la lista de cultores de la jusfilosofía. Sólo

CIENCIA JURIDICA

ha querido identificar algunas corrientes, las más significativas, y mostrar el estado actual del problema, en la antinomia *hecho-norma*, cuya superación se ve impulsada por el afán de salvar la contradicción y poner unidad en el sistema concluso de la Teoría General del Derecho.