

EL CONTEXTO TEORICO DEL DERECHO MODERNO Y LAS IDEOLOGIAS JURIDICAS

por el

Dr. JOAQUINE MEABE

Prof. Titular de Introducción al Derecho (Cátedra "D")
y Jefe de Trabajos Prácticos de Sociología

1. En el estudio del derecho el punto de partida especulativo se edifica a partir de contextos teóricos, que de ordinario no se determinan ni se precisan, lo que tiende a provocar malentendidos y, a veces, interminables debates. Por lo general, en estos casos, empiezan confundiendo los problemas y terminan oscureciéndose las cuestiones sustantivas objetos de polémica.

Típico ejemplo de esto es la agotadora controversia que enfrenta a iusnaturalistas y positivistas, y que, periódicamente reproduce, con términos nuevos, la misma cuestión sustantiva.

Este problema de la teoría del derecho - relativo a la determinación del contexto teórico que sirve de punto de partida; que no implica, desde ya, compromiso filosófico alguno - no parece haber llamado la atención, quizá, entre otros motivos, por la escasa - por no decir nula - relevancia del asunto de cara al programa de las ideologías jurídicas dominantes tras el ocaso del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII.

Pero a poco que se reflexione sobre el asunto, se percibe un interesante abanico de cuestiones, importantes tanto para la teoría como para la práctica del derecho.

En el plano de la teoría el tema está emparentado con el análisis y la discusión de los principios y de los fundamentos de derecho, aunque no necesariamente se confunde con ellos. Y en el terreno de la práctica la vinculación se percibe tanto en lo que hace al tema de la eficacia interna del derecho positivo como en lo relativo al desempeño de los actores sociales involucrados.

Estos últimos aspectos no serán, sin embargo, materia del presente

trabajo, cuyo propósito estará limitado a bosquejar una perspectiva general muy provisoria por cierto, desde la cual se puede avanzar en la formulación de una teoría crítica del derecho.

2. Antes de continuar conviene dejar establecido que el asunto que nos ocupa no hace cuestión del tema de la idealidad del derecho, ni constituye tampoco un intento de reformulación ontológica del objeto del derecho o cosa parecida. En este terreno son más abundantes los extravíos originados en puntos de partida ajenos al derecho, y generalmente desarrollados por los filósofos, sociólogos y ensayistas de todo tipo que se caracterizan por elaborar sus construcciones a partir de un imaginario del derecho tomado de fuentes indirectas, no sometidas ni al previo examen crítico ni tampoco puestas en la perspectiva real del conjunto de la vida social concreta que contiene y condiciona al derecho.

El principal imaginario del derecho pareciera ser la tradición del **professorenrecht** (1), inaugurado por la Escuela Histórica, que se ramifica luego en la tratadística posterior, y en lo que, después se denominará dogmática, fijando programas, criterios y pautas, que se reproducen y se afirman como la expresión real del derecho, y al que la invocación repetida y la apelación a la autoridad tiende a equiparar en rango al derecho mismo, con lo que se lleva al derecho fuera de la vida social y se produce un duplicado, un artificio que se alimenta de su propia inconsistencia, un auténtico espejismo.

Todo esto, que afecta de modo crucial el examen del derecho, y que resulta en la teoría algo casi imperceptible, dificulta y enreda muchas cuestiones importantes, que desde luego no se salvan ni con el recurso a la lógica o al análisis semántico, ni con apelaciones a compromisos ontológicos u otro tipo de subordinaciones cuya irracionalidad se encubre bajo las más diversas formas de racionalidad material.

3.- Planteada así la cuestión del punto de partida como una cuestión del examen del contexto teórico del derecho desde el derecho mismo surgen de inmediato numerosos interrogantes.

Ante todo surge la pregunta acerca de lo que denominamos el **contexto teórico del derecho**, y asimismo respecto de lo que denominamos **el derecho mismo**. Incluso cabría preguntarse si existe algo parecido a lo que denominamos **el contexto teórico del derecho** ¿No será acaso la antigua cuestión relativa a los fundamentos del derecho? y ese derecho mismo, si no es el derecho racional iusnaturalista ¿qué otra cosa puede ser que no sean los preceptos positivos? O dicho de otro modo, ¿el derecho a que nos referimos, en qué se distingue del derecho positivo? ¿No ocurrirá acaso que bajo distinta terminología estamos planteando las mismas cuestiones que el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII no pudo resolver, y que, de hecho, condujeron al abandono de ese tipo de orientación?

Desde luego que, desde una perspectiva historicista o positivista la respuesta no deja lugar a dudas: cualquiera inspección y cualquier reflexión acerca del derecho no puede sino partir del derecho positivo. Ahora bien, esta respuesta supone un punto de partida que la respuesta misma no lo explicita, y que está dado por la posición del sujeto, o de los sujetos históricos reales, nosotros mismos, que en tanto sujetos egocéntricos construimos la realidad y definimos el programa para la inteligencia y la explicación de la realidad que hemos construido, y que bien puede contener o destacar solo algunos datos del mundo fenoménico en el que estamos insertos.

Bien puede ocurrir entonces que lo relevante y lo decisivo se tome del flujo de acontecimientos que en un ámbito socio-político es asumido y racionalizado como elemento clave y fundamento del resto de la vida social, ya fuere el llamado **Volksggeist**, la dialéctica de la historia, la existencia auténtica, la realidad radical o alguna otra fórmula o colectivo por el estilo, común a la perspectiva historicista.

O, por el contrario, lo relevante puede edificarse desde la racionalidad puramente formal, desde la lógica implícita que se cree o se estipula, hipostasiando el orden como requisito interno del conjunto de reglas, y que es característico de la perspectiva positivista.

Basta pues con poner en cuestión el contexto teórico en el que se edifica el punto de partida especulativo para advertir lo problemático del asunto.

Y apenas avanzamos en el exámen de sus contextos teóricos, como ocurre en el historicismo, y en el positivismo, nos encontramos con presupuestos y fundamentos que no son sino creencias y opiniones, cuya afirmación material encubre un proceso de racionalización que funciona como un verdadero círculo vicioso. Tal por ejemplo en el caso de la idea del conjunto del derecho impuesto por el soberano como un orden con una lógica inmanente que se postula como deducible por la vía de la racionalidad formal. O, también la sublimación de ciertos rasgos culturales deducidos del acontecer temporal, el **Volksggeist**, que se postulan como patrones de identidad de la sociedad y a partir de los cuales se efectúa el deslinde acerca lo pertinente y lo no pertinente del derecho, lo relevante y lo no relevante, lo oportuno y lo inoportuno, lo que es inocuo y lo que es imperioso, en suma lo que se cree que históricamente define al derecho.

4. Considerado el orden como condición de viabilidad del conjunto de preceptos impuestos por el soberano, el punto de partida se traslada al terreno de la creencia en un orden inmanente deducible por vía de una abstracta racionalidad lógica formal, apta para componer, a partir de los preceptos positivos, fórmulas lógicas enlazadas entre sí; del mismo modo que no es sino una creencia el **Volksggeist**, la dialéctica de la historia y colectivos similares sobre las que se sostiene el historicismo jurídico.

La creencia positivista asimila e identifica orden y derecho, y elabora a

partir de la idea de sistema, que no es si no la traducción lógica de la idea de orden, el programa para la inteligencia del derecho. Pero la idea de orden resulta una fórmula vacía, puesto que en si mismo el orden carece de aptitud prescriptiva; y es, poco menos que imposible, para quienes crean que del ser no se puede derivar un deber, demostrar que el orden puede generar una regla. Sin embargo, por medio de un complicado artificio el obstáculo ontológico se postula superado en el terreno puramente epistemológico estipulando una regla lógica metajurídica a partir de la cual se torna inteligible todo el derecho, regla que para algunos se caracteriza como una norma fundamental (kelsen) (2) y para otros como una regla de reconocimiento (Hart) (3). En modelos positivistas menos sofisticados la constitución cumple ese papel..

La pretensión de abarcar todo el derecho no es externa a aquella creencia inicial si no que constituye un requisito esencial que le otorga sustantividad.

En el historicismo el contenido sustantivo de la creencia fija límites al derecho y traslada fuera del derecho cualquier posibilidad de modificación particular. Sumamente ilustrativo en este sentido es por ejemplo el programa expuesto por Savigny en su clásico ensayo acerca **De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho** (4) o la menos conocida aunque más explícita reformulación y deslinde de dicho programa axpuesta por Bachofen (5) en su lección inaugural del 7 de Mayo de 1841 en la Universidad de Basilea al hacerse cargo de la cátedra de Derecho Romano, que luego ocuparían Ihering, Windscheid y von Tuhr.

De esta dificultad, que consiste en colocar fuera del derecho el instrumento de los cambios y adecuaciones funcionales que el derecho exige permanentemente, se hizo cargo el positivismo por medio de sucesivos ajustes representados por el legislador soberano de Austin (6), la norma fundamental de Kelsen (7), la regla de reconocimiento de Hart (8), y más recientemente el sistema normativo autodeducible a partir de una norma cualquiera de Alchourron y Bulygin (9).

De esta manera, a la sustantividad artificial derivada de la creencia que sirve de punto de partida el positivismo le agrega funcionalidad propia. Esa funcionalidad será en verdad una funcionalidad hermética, inherente a aquella regla metajurídica y dependiente de ella.

Se cierra así el círculo vicioso y se oculta, tras el programa teórico, el origen ideológico fundado en creencias no susceptibles de debate, como son la creencia en el **Volksgeist** o la que identifica orden y derecho, creencias sostenidas en valores sustantivos (sublimación del pueblo como pauta de selección de criterios contingentes, o sublimación del orden como pauta de selección epistemológica) a los que se le da la forma de presupuestos y fundamentos de los enunciados empíricos o lógico formales. De este modo cualquier discusión se traslada al interior del programa; donde, por cierto, resulta poco menos que imposible

recusar, en tanto creencias, los presupuestos del programa con las reglas de juego de su propia lógica, que ha transformado creencias y valores sustantivos en fundamentos neutros de carácter epistemológico.

5. Este razonamiento circular tiene, sin embargo, una explicación histórica que se remonta a los orígenes del derecho moderno, y que se vincula a una perspectiva más amplia, que se apoya en el principal punto de quiebre de la cultura occidental, que tiene lugar tras el colapso del realismo clásico y su reemplazo por el idealismo egocéntrico, racionalista y mecanicista durante los siglos XVI y XVII. (10)

Para el realismo clásico la derivación del derecho de una creencia, sostenida a partir de una tradición, de la revelación, o edificada a partir de una opinión racionalizada sostenida en pautas sustantivas como las que identifican el bien con la justicia y la justicia con el derecho, directamente no llegó nunca a constituir ni un obstáculo ni un dilema irresoluble (11), y de allí la constante afirmación de una equivalencia entre justicia y derecho, que no es sino la transposición de una identidad entre creencias y valores que se asumen como fundamento explícito del derecho (12). Esto es lo que explica la localización de los debates en el terreno de la ética normativa, de la virtud, del bien y de la justicia, que son las cuestiones sustantivas predominantes, no solo en los filósofos griegos sino también en los filósofos y jurisconsultos romanos, en los Padres de la Iglesia y en toda la tradición posterior del cristianismo medieval.

La gran reflexión sobre cuestiones sustantivas de la vida social que, bajo la forma de una especie de antropología jurídica de la polis, alumbró la filosofía griega clásica, fijando, además, la mayoría de los temas cruciales del derecho, de la mano de los filósofos estoicos y de los jurisconsultos romanos va a adquirir en el pensamiento cristiano una dimensión ecuménica - sobre todo en San Agustín (13) y Santo Tomás de Aquino (14) - que habla a las claras de la femonemal continuidad que enlaza en este punto a la cultura grecorromana con el cristianismo.

Esos grandes temas estaban referidos a las relaciones entre el bien, la justicia y el derecho; a la distinción entre derecho justo y derecho injusto; a la justificación moral del derecho y a las relaciones entre naturaleza y convención o entre poder derecho y gobierno en el derecho estatuido, nunca considerado plenamente satisfactorio y siempre sujeto al reclamo de excelencia.

La justicia, que sobresale allí como cuestión principal, es más que un valor, puesto que se la concibe como patrón de los repartos de la vida social y elemento interno de la ley, a la que le dá sentido, permitiendo una calificación ética constante, afirmada en una amplia combinación de creencias y tradiciones que no excluían la reflexión racional.

De allí entonces que la definición de la justicia como un reparto, que

presupone el reconocimiento de lo que a cada uno se le debe dar, no resulte una fórmula vacía desde una perspectiva en la que cada uno tenía su lugar, y donde las creencias y los valores sustantivos eran el fundamento de los repartos.

No hace al caso aquí considerar las eventuales ventajas o desventajas, que se derivarían del punto de partida realista en la performance efectiva del derecho, porque la comparación con el punto egocéntrico, racionalista y mecanicista es imposible, al menos para los que siendo tributarios de la cultura de la modernidad, no pueden concebir la realidad sino como producto del sujeto egocéntrico, que hace salir al mundo, y a la totalidad de fenómenos del universo del cogito cartesiano.

Tampoco hace al caso considerar aquí las causas y las razones o motivos que provocaron el colapso y el abandono del realismo clásico. Todas las explicaciones históricas disponibles parecerán siempre algo incompletas para quienes crean posible reivindicar el realismo clásico, y el debate mismo no será sino una polémica con términos incompatibles para el idealismo egocéntrico moderno.

De lo que sí no quedan dudas es de que el reemplazo del realismo clásico por el idealismo egocéntrico dejó al derecho huérfano de fundamentos al restarle toda validez posible a las creencias, a la fuerza de la tradición y a la autoridad de la revelación y, al recusar apriorísticamente todo posible enlace de aquellas con la reflexión racional, salvo como derivación de un acto intelectual previo (15).

El iusnaturalismo racionalista moderno fué consciente de este problema desde el inicio, asumiendo que la imposibilidad de un fundamento autónomo del derecho se salvaba derivando el derecho de una teología secular y profana, en la que la autoridad de la tradición o de la revelación eran reemplazadas por la autoridad de la naturaleza y de la razón.

De ese modo resultaba lógica la preeminencia de las cuestiones de principio, así como la subordinación de los preceptos de los estatutos positivos al derecho racional.

Durante más de dos siglos la teoría iusnaturalista se esforzó, inútilmente, por encontrar una salida al dilema egocéntrico de la imposibilidad de un fundamento autónomo del derecho (16).

Y justamente en ese momento crucial el idealismo egocéntrico sufrió dos notables mutaciones, originadas en un compleja trama de causas sociales y culturales. De una parte se produce la emergencia de lo histórico como categoría contextual (17), y casi al mismo, tiempo bajo la influencia irresistible de la revolución copernicana y de sus secuelas, se insinúa, a un ritmo creciente, una sublimación de las regularidades de la naturaleza, que tienden a proyectarse vicariamente al mundo de la vida social (18). En ambos casos, el criterio y la orientación cultural dominante aparecen marcados con un incontenible sesgo

hacia lo empírico, que, con relevancia y aprobación, se calificará de positivo.

El fracaso de la tentativa iusnaturalista se transformó así en fracaso del programa iusnaturalista y en abandono de todo tipo de derecho permanente racional, en beneficio de las nuevas creencias historicistas y positivistas dominantes, que, aunque antagónicas en sus respectivos programas y reparto de valores y creencias, coincidían en forma más que notable en punto al único material reconocible como objeto de inspección y debate acerca del derecho, que no era otro que el conjunto de preceptos contenidos en los estatutos positivos, a lo que esperaba uniformar por medio de cartas constitucionales, códigos especializados y retórica expositiva.

La emergencia del historicismo y del positivismo es un problema de crítica histórica, de filosofía y sociología de la cultura que excede aquí a nuestros propósitos (19). A los fines de este trabajo basta señalar que la mutación del racionalismo egocéntrico a partir de la segunda mitad del siglo XVIII alcanzó a la teoría del derecho racionalista tanto por efecto de demostración como por las dificultades intrínsecas del derecho racionalista en sí mismo, siendo en este caso el mejor ejemplo la obra de David Hume (20).

Pero, mientras que el derecho racionalista exhibía todavía con transparencia el enlace con sus fundamentos y la explicación de sus principios, más allá de lo problemático de su punto de partida y de lo discutible de su programa, ya no va a ocurrir lo mismo con los relevos teóricos representados por el historicismo y el positivismo, que en nombre de la ciencia y de la práctica secular van a ocultar los valores sustantivos sobre los que edificarán sus creencias tras una proclama de neutralidad no susceptible de debate.

Y aquí no se debe pasar por alto el hecho de que el abandono de la tentativa iusnaturalista significa no solo un desplazamiento del problema -que en modo alguno aparece resuelto-, sino, y por sobre todo, una profunda mutación sustantiva del derecho mismo.

Este proceso de ocultamiento de creencias y valores sustantivos combinado con una decidida mistificación de lo empírico, que se transforma en objeto de disciplina teórica, significa una radical reformulación del programa teórico del estudio del derecho que importa un verdadero cambio de materia y de ámbito: la materia del derecho se torna neutra, indiferente y ajena a la moral, y al ámbito deja de ser el de las humanidades y las disciplinas morales y pasar - o pretende pasar-, con un éxito más que discutible, al terreno de la ciencia positiva.

Reformulado de este modo ideológico (21) el estudio del derecho no podía presentarse de una forma distinta a las demás ciencias a pesar de que su materia en nada resultaba similar a las de aquellas disciplinas que dieron forma y sentido al paradigma científico moderno. Así pues las creencias y valores sustantivos se transformaron en presupuestos epistemológicos. En el historicismo original la

creencia establecida como verdad material y evidente, y elevada al rango de valor sustantivo supremo, fué el *Volkgeist* que se asumió como fundamento y principio básico para la explicación del derecho. En el positivismo la creencia inicial fue asignada externamente al derecho. El positivismo postuló la posibilidad de explicación lógico formal del derecho y trasladó al derecho las condiciones lógico formales del conocimiento extrayendo del derecho un orden del que el derecho mismo carece, y confirmó su petición de principio con la evidencia contingente del orden aparente que exhibe el moderno estado constitucional de derecho.

Las diferencias entre el historicismo y positivismo son demasiado notorias, pero, a pesar de ello comparten vínculos históricos en extremo significativos, como por ejemplo el hecho de que la creencia básica del positivismo jurídico inicial, representado por Austin -la creencia en un orden lógico inmanente en los preceptos jurídicos positivos, y deducible por la vía del razonamiento-, va a ser tomada de Savigny y de la escuela histórica (23), lo que señala una profunda identidad en el punto de partida y en el contexto teórico a partir del cual ambas ideologías jurídicas edifican sus programas.

6. Esta transformación ideológica en la teoría del derecho presenta así dos etapas reconocibles.

En un primer momento la transformación ideológica aparece comandada por el historicismo, y no es una casualidad que Hegel, (24) el último exponente del iusnaturalismo, sea, asimismo, el primer gran representante del historicismo.

El historicismo ejecuta en la historia de la moderna teoría del derecho la tarea negativa de liquidación del derecho puramente racional. Esta tarea monumental y devastadora en cuanto a la integridad real del derecho no fué, sin embargo, el fruto de la indiferencia o de la *akrasia* intelectual, sino el resultado de una apasionada búsqueda del mejor y más adecuado sistema de legislación efectivo, maduro y coherente, en medio de un generalizado derrumbe de las instituciones sociales y políticas vigentes, las del llamado antiguo régimen, que se hundían tras el triunfo arrollador de la burguesía liberal con su programa de economía capitalista, estado constitucional y gobierno representativo.

Pero en este contexto el historicismo quedará, a pesar suyo, a mitad de camino, en la difícil tarea de proporcionar una nueva y eficaz teoría del derecho al orden sociopolítico triunfante, poco propenso de por sí al romanticismo ingenuo de la escuela de Savigny y Puchta.

Los valores sustantivos ya no llevaban al hombre del bien a la virtud, y de la virtud a la justicia y a la felicidad; sino más bien la felicidad era una consecuencia del trabajo continuado, duro y exitoso, que llevaba a la riqueza material y a la realización individual con independencia de cualquier calificación sustantiva de la idea de bien o de virtud. La justicia no era ya por cierto un ideal inherente al derecho, sino a lo sumo un problema externo al derecho; y la moral

misma ya había dejado de ser la moral de la aspiración, tal como la hallamos por ejemplo en los grandes filósofos griegos según la feliz expresión de Lon Fuller, para transformarse en la moral del deber positivo (25).

Era poco menos que imposible menospreciar este profundo proceso en el que los cambios contribuyeron en forma decisiva a la emancipación de la mayoría de los hombres de los yugos de la servidumbre y de la ignorancia, multiplicando las oportunidades y generalizando los derechos individuales y las libertades públicas; pero tampoco resultaba fácil identificar una situación histórica contingente con la etapa definitiva de la vida social, o incluso, con el mejor y más perfecto régimen de convivencia humana.

Incapaz de asumir semejante valoración de cara al futuro, el historicismo no pudo sino profundizar su compromiso ideológico, tal como lo registra por un lado la obra de Von Stein y por el otro la de Marx y Engels, donde el componente ideológico es asumido sin retaceos, aunque la forma de una ciencia redentora cuyo programa de reconciliación completa de la vida social permitiría, según Paschukanis -casi con seguridad el más alto exponente de la teoría marxista-leninista del derecho (26)-, la paulatina extinción del derecho bajo el socialismo hasta la desaparición total del momento jurídico de las relaciones humanas en el utópico estado de reconciliación social definitiva (27). Esta extraordinaria fantasía, fué sistemáticamente contradicha por la evidencia histórica del socialismo real, que en lugar de extinguir paulatinamente el derecho lo conservó y hasta pretendió utilizarlo para una función más amplia que la estrictamente jurídica como lo prueban por ejemplo los famosos procesos de Moscú impulsados por el gobierno soviético en los años treinta.

Pero el ocaso de la Escuela Histórica, antes que la confesión del fracaso en el terreno de las disciplinas morales, es producto de una singular entereza y una notable contradicción en la inteligencia de la vida social, orientada a búsqueda del mejor derecho en un orden sociopolítico que, antes que eso, reclamaba el derecho más eficaz.

Desde ya que esa eficacia, que era antes que nada una eficacia inherente a los preceptos positivos y que perseguía el propósito de justificarlos, al punto de hacerlos autosuficientes, no podía reivindicarse por si sola, y de hecho no podía sostenerse si no en los nuevos valores sustantivos del individuo, principalmente el de la felicidad individual, el del trabajo y el éxito individual, todo ello absolutamente alejado de cualquier colectivo o fórmula supraindividual como el **Volkgeist** o la dialéctica histórica de la lucha de clases.

El individuo abstracto, el ciudadano universal en tanto proyección de los valores sustantivos vigentes requería de una fundamentación acorde a su rango contextual en el terreno de derecho, y esta última tarea, ya totalmente fuera del alcance del historicismo, solo era posible en términos del paradigma científico de

la ciencia positiva. Ya estaban fijadas las reglas del nuevo juego de la vida social, y solo faltaba que se ocuparan de explicar dichas reglas sin discutir ni su origen ni sus presuestos. Esa será la tarea del positivismo, que comandará así exclusivamente la segunda y última etapa de radicalización ideológica de la teoría del derecho, terminando de cerrar el círculo vicioso.

Con las formas más radicales de positivismo la neutralidad del derecho respecto de la moral y la independencia del derecho de cualquier idea de justicia, lo mismo entre el derecho y el derecho positivo será absoluta, lo mismo que la identidad y equivalencia entre derecho y estado de derecho, o entre derecho y estado, dándose, además, como fundamento adicional del derecho los principios del estado de derecho constitucional moderno, con lo que se enreda aún más la cuestión, ya que resulta que un conjunto de creencias contingentes se equipara a los fundamentos epistemológicos y se transforma en principio y fundamento necesario de todo derecho. Si esto fuera explícito no dejaría de plantear dificultades a la teoría del derecho, pero haría el debate más abierto y menos complicado. Como en verdad no solo no es explícito, si no que además oculta el aspecto principal de la cuestión, o sea el cuerpo de creencias y valores sustantivos que son su cimiento, la teoría crítica del derecho que pretenda escapar a este auténtico cepo ideológico debe, necesariamente empezar por la crítica del contexto teórico, poniendo en el centro del debate las creencias y valores sustantivos del historicismo y del positivismo.

7. Si se admite la reformulación contextual de la teoría del derecho propuesta más arriba, de inmediato se cae en la cuenta, por ejemplo, de que el principal malentendido de la secular controversia entre iusnaturalistas y positivistas se origina en puntos de partida inasimilables, donde no hay equivalencia respecto a la dimensión de la materia del derecho, y donde la renuncia al punto de partida implica nada menos que la renuncia a los fundamentos de la propia argumentación. Cuando esto ocurre toda la controversia se derrumba y el debate se torna insustancial, ya que las cuestiones accesorias como la eventual entre aspecto normativo y descriptivo del derecho vigente solo reformula lo secundario del asunto y en modo alguno colma el abismo teórico que separa al iusnaturalismo del positivismo. Salvo que, eliminando totalmente el contexto teórico de las ideologías jurídicas, se defina al iusnaturalismo y al positivismo por estimulación, según rasgos programáticos asignados por el interprete como, por ejemplo, lo hace Nino (28). Pero, así la controversia quedaría reducida a un puro malentendido verbal, lo que, además de inexacto -como parece haberlo demostrado Carrió (29)- continúa ocultando el auténtico problema sustantivo que señalamos más arriba.

Ahora bien, la dificultad que deja en evidencia la descontextualización del debate entre iusnaturalistas y positivistas, y que hace a un importante problema de la teoría del derecho, se agudiza en punto a la consideración del derecho mismo.

La apariencia de orden -apariencia más bien tenue en sociedades altamente inestables como la nuestra-, que es común al derecho moderno y que se asocia al moderno estado de derecho con constituciones liberales crea un efecto de atmósfera que favorece las interpretaciones positivistas, siempre que las cuestiones que se susciten se refieran a casos claros y típicos. Pero apenas se desdibujan los límites del caso la neutralidad que se ha estipulado para el derecho se esfuma y los criterios de moralidad, los intereses en juego o los detentadores de poder social, económico, confesional, corporativo o político se introducen fijando pautas que definen la performance efectiva del derecho, más allá de la integridad que reclamen para sí los actores individuales.

La respuesta ideológica positivista en estos casos exhibe entonces el verdadero límite de su eficacia, negándose a incursionar más allá de la neutralidad que los sostiene, dejando sentada su protesta formal por la que entiende una desnaturalización del derecho (30). De este modo, la reivindicación sistemática de una excusa ideológica torna irresoluble todo lo oscuro, complicado y marginal que de ordinario se somete a su consideración.

Quizá esto explique, al menos en parte, la baja performance del derecho moderno en relación con los enormes recursos materiales del nuevo mundo industrial, y el reclamo de un derecho suprallegal cuando la exigencia de resolución son tan imperiosas como necesarias, como por ejemplo ocurrió con los vencedores de la segunda guerra mundial que en nombre del derecho tuvieron que desplazar un derecho injusto (el derecho nazi alemán) que era innegablemente derecho positivo, alegando algo parecido a un derecho suprallegal (31) asociado a la idea de justicia.

Fuera de esas situaciones excepcionales -donde además el recurso a un derecho suprallegal no tiene sino una función justificatoria- la rutina de la interpretación positivista del derecho se torna un ejercicio de formalidades y un ajuste a esas formalidades que hace de la práctica cotidiana un verdadero lecho de Procusto en el que depositan los entuertos y conflictos de la vida social con asombrosa indiferencia. El funcionamiento del derecho adquiere así una gran disfuncionalidad respecto al resto de la vida real, disfuncionalidad que los estudios empíricos podrán medir sin mucho esfuerzo y con la más elemental de las técnicas de investigación social.

Desde luego que la teoría del derecho no ha pasado por alto estos problemas, y hasta los más fervientes devotos del positivismo se han ocupado a veces de estos asuntos, pero con una marcada inclinación a tratarlos como cuestiones externas al derecho mismo, en razón de su condicionamiento ideológico.

Así pues, la crítica del historicismo y del positivismo en tanto ideologías jurídicas no debe entenderse como un juicio de valor negativo respecto de las

teorías historicistas y positivistas del derecho (32), sino más bien como parte de una tarea crítica (33) de clarificación y deslinde en la que se recuperen para el derecho y para la teoría del derecho las cuestiones sustantivas de la vida social -aquellas que conforman el inmortal legado del realismo clásico- en su dimensión concreta, contingente y problemática. Y aquí la futura teoría crítica del derecho no debiera pasar por alto las obras de los grandes autores historicistas y positivistas, pues, a pesar de que colocaron los problemas sustantivos fuera del derecho, casi todos se ocuparon de sus principales cuestiones, con agudeza, y a veces hasta con inusitada insistencia.

Corrientes, 6 de junio de 1992.

NOTAS

(1) La expresión **Professorenrecht** procede de Pablo Koschaker que la introdujo como categoría teórica en su obra **Europa y el Derecho Romano**. Acerca de este derecho profesoral dice Koschaker "El error de Savigny comienza en el momento en que este autor sitúa la teoría del derecho y la práctica jurídica, bajo el concepto superior del Derecho científico, siendo así que en realidad, se trata de dos actividades muy distintas. Advuértase que el planteamiento de esta cuestión no supone en manera alguna preterisión o desestima de ninguna de las dos actividades. Insistimos sobre este punto. Debemos consignar aquí que que el práctico del derecho ya desida una cuestión jurídica, halle una nueva fórmula para el negocio de esta especie o emita un dictamen relativo a un proceso que resulta aceptado por el Tribunal, necesita de una autoridad. El teórico del derecho busca en cambio solamente adquirir conocimientos, despliega una actividad puramente cognitiva y únicamente puede aspirar a servir de estímulo a la práctica. Es dudoso que esta actividad del teórico del derecho pueda ser en puridad considerada como científica, dando a la palabra ciencia el sentido moderno que esta tiene de indagación o búsqueda de la verdad, ya que el teórico del derecho trabaja con verdades que le han sido ya dadas autoritariamente, esforzándose por hacerlas comprensibles y por ordenarlas en un sistema. El lenguaje románico usual es en este punto muy claro, pues evita el empleo de la palabra ciencia y habla solamente de teoría del Derecho y de doctrina, a las cuales contapone la jurisprudencia, subsumiendo en esta palabra la práctica del Derecho y el Derecho elaborado por la juricatura. La expresión "Ciencia del Derecho" fue hallada por la escuela histórica alemana, es **made in Germany** y fuente de muchas confusiones y oscuridades. En Francia, Italia e Inglaterra, no es usual tal denominación, y cuando en estos países oímos hablar de **science de droit, scienza del diritto o legal science**, no se hace en realidad otra cosa que traducir del alemán. La expresión alemana se explica únicamente por la tendencia de Savigny y de escuela a dar a toda actividad que tenga el Derecho por objeto, un carácter científico. Es este un pensamiento profesoral y tal vez específicamente alemán, pues los representantes de la escuela histórica eran en su mayor parte profesores. Por eso no es exacta, El Derecho de Juristas designa el Derecho creado por juristas, esto es, por los prácticos del Derecho. Sucede a veces, en determinadas épocas y bajo ciertas condiciones que son las escuelas del Derecho y los profesores que en las mismas enseñan, los que mayormente se ocupan del Derecho. En tales casos se produce lo que yo llamo un derecho profesoral". **Europa y el Derecho Romano**, trad. cast. de J. Santa Cruz Regueiro, Madrid, Ed. Revista del Dercho Privado, 1955, págs. 301-303. Esta extensa cita de Koschaker se justifica a mi entender por dos motivos. En primer lugar por la fundamentación completa del **professorenrecht** como categoría teórica; y en segundo término por el carácter prácticamente inaccesible de la obra de Koschaker, muy poco difundida y además al parecer, hace tiempo agotada.

(2) "En lo anterior - dice **Kelsen** - repetidas veces se apuntó la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede acceer de manera que una norma sólo prescriba el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo -y hasta cierto grado- también se determine el contenido de la norma producida. Dado que, atento al carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el rendimiento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la

validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción". **Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho**, Trad. Cast. de **R. J. Vernengo**. México. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 1979, pág. 232. Esta traducción co-responde al a nueva edición de la **Reine Rechtslerhe** publicada por **Kelsen** en 1960, y que por las modificaciones introducidas por el autor se considera prácticamente una obra nueva y la expresión madura de suspensamiento.

(3) La teoría de **Hart** es menos rígida que la de **Kelsen**. **Hart** distingue reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias son los preceptos positivos (consuetudinarios o escritos) que se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer y las reglas secundarias explican a las reglas primarias. La falta de certeza respecto del régimen de las reglas primarias lleva la introducción de una o varias reglas secundarias. Esta regla secundaria es la que denomina regla de reconocimiento (**rule of recognition**). Acerca de la regla de reconocimiento dice **Hart**: "Esta regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla última; y cuando, como es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo." **H.L.A. Hart., El concepto de derecho**, trad. cast. de **G.R. Carrió**. Buenos Aires, Ed. Abeledo - Perrot, 1977, pág. 132.

(4) "La síntesis de esta opinión -dice **Savigny**- es que todo derecho tiene su origen en aquellos usos y costumbres, a las cuales por asentimiento universal se suele dar, aunque no con gran exactitud, el nombre de Derecho consuetudinario; esto es, que el derecho se crea primero por las costumbres y las creencias populares, y luego por la jurisprudencia; siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador. **F.K. von Savigny. De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho**, trad. cast. de **Adolfo Posada**, Valparaíso, Ed. EDEVAL, 1978, pág.20. Acerca de la noción del pueblo y del espíritu del pueblo entendida como un conjunto ideal, espiritual y cultural, vd. **Franz Wieacker: Historia del derecho privado de la edad moderna**, trad. bast. de **F. Fernandez Jardon**. Madrid, ed. Aguilar, 1957; y, asimismo, el Estudio preliminar de **Agustín Squella** a la selección de escritos de **Savigny** titulada **Textos Clásicos** (México, Universidad Autónoma de México, 1981). Sobre el lenguaje de **Savigny**, vid: **Martín Laclau: el lenguaje en la concepción del derecho de Savigny**, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, nº 9, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, 1989, donde se vincula el lenguaje del derecho a las ideas vigentes y se señala la relación de **Savigny** con **Kant**, **Herder** y **Humbolt**.

(5) *Das naturrecht und das geschichtliche in ihren Gegensätzen*, vertido al castellano por Felipe González Vicen- el gran traductor de **Kant**, **Austin** y **Wetzel** entre otros, y eminente filósofo del derecho español -bajo el título de **El derecho natural y el derecho histórico**, (Madrid, ed. Instituto de Estudios Políticos, 1955). La introducción de González Vicen a esta pequeña obra constituye una magnífica caracterización de la escuela histórica, apoyada en una enorme solvencia intelectual y erudita. Sobre la historicidad del derecho y la escuela histórica cft.: **Martín Laclau : La historicidad del derecho**, en Anuario de filosofía Jurídica Social, nº 8, Bs.As., ed. Abeledo-Perrot, 1988.

(6) "Todo Derecho positivo -Dice **Austin**-, o lo que es lo mismo, todo derecho simple y estrictamente así llamado, es impuesto directa o indirectamente por una persona o cuerpo soberano a un miembro o miembros de la sociedad política independiente en la cual aquella persona o cuerpo son soberanos o supremos... Y aun cuando proceda directamente de otra fuente, es Derecho positivo, o Derecho estrictamente así llamado, por la sanción que le presta aquel soberano en su condición de superior político". **Lectures on Jurisprudence**. Citado por Felipe González Vicen en su estudio preliminar a la versión castellana de la obra de **John Austin: Sobre Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia**, Madrid, ed. Institutos de Estudios

Políticos, 1951. Sobre **Austin** cft. **Hart: El concepto de derecho** citado más arriba. También: **Felipe González Vicen : El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea, en Revista de Estudios Políticos**, vol. XXXI (1950).

(7) Al respecto, cft. nota (2). Sobre **Kelsen** la literatura es enorme y variada. Vinculando al tema que se trata en el presente trabajo se puede citar: **Norberto Bobbio: La teoría pura del derecho y sus críticos** incluido en **Contribución a la teoría del derecho**, trad. cast. de **A. Ruiz Miguel**, Madrid, ed. Debate, 1990, págs. 117-139; **Eduardo García Máynez, Algunos aspectos de la doctrina Kelseniana**, México ed. Porrúa, 1978; **Martín Laclau : Norma, deber ser y orden jurídico en Hans Kelsen**, en **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, nº 5, Bs.As. ed. Abeledo-Perrot, 1985 **Wolfgang Schild: Las teorías puras del derecho**, trad. cast. de **E. Volkening**, Bogotá, ed. Temis, 1983; y **R. J. Vernengo: Norma Jurídica y esquema referencial, incluido en Derecho, filosofía y lenguaje - Homenaje a Ambrosio L. Gioja**, de AAVV, Bs. As., ed. Astrea, 1976, págs. 213-223.-

(8) AL respecto cft. nota (3). Sobre **Hart**: la edición dirigida por **Agustín Squella** de la **Revista de ciencias sociales** de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso titulada : **H.L.A. Hart y el concepto de derecho**, que incluye contribuciones de **Raz, Nino, Squella, Farrel, Mac Cormick** entre otros. Asimismo el trabajo de **E. Bulygin: Sobre la regla de reconocimiento**: en el ya citado libro de homenaje a Gioja, págs. 31-39.

(9) **Carlos a. Alchourron y E. Bulygin: Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**, Bs.As. ed. Astrea, 1974. Sobre **Alchourron y Bulygin** cft. **C. S. Nino: Introducción al análisis del derecho**. Bs.As. ed. Astrea, 1980.

(10) Aunque no existe acuerdo en la literatura filosófica respecto a una caracterización general del pensamiento antiguo y medieval, lo mismo que respecto de la oposición entre este y el pensamiento moderno, casi todos parecen coincidir en lo radical del punto de ruptura que hace arrancar el pensamiento específicamente moderno de los grandes pensadores de los siglos XVI y XVII, en particular de Descartes. Las mismas nociones de *realismo* y de *idealismo* no dejan de estar cargadas de significaciones históricas confusas, donde a veces lo real se confunde con lo concreto y otras veces con lo contingente, con lo material o con lo puramente empírico o fenoménico; y de igual modo lo ideal se confunde con lo abstracto, lo trascendente, el *eidos*, lo suprasensible. En el presente trabajo la perspectiva realista se caracteriza por el reconocimiento de lo exterior como independiente y anterior al sujeto histórico por oposición al idealismo egocéntrico que hace depender lo exterior de la construcción intelectual del sujeto histórico. Desde ya que esta simplificación resuelve muy poco, aunque quizá lo suficiente para avanzar en nuestro tema.

(11) Para el pensamiento Griego de la época clásica de los debates y los dilemas en torno a la ley no hacían cuestión del carácter derivado de este respecto de las creencias establecidas. cft. al respecto: **Platón: República** 359a/359b; **Leyes**, 644d/645a/b; **Minos**, 318a/321/b (aunque este diálogo no pueda atribuirse propiamente a Platón según **Jaeger**, representa fielmente su pensamiento); y **Aristóteles: Ética a Nicómaco**, 1129b/15-20; **Política**, 1280b/1287a/b. De lo que sí hacía cuestión era de las creencias mismas en tanto generadoras de valores y de sus alcances, y era esto lo que sometían a una profunda inspección racional como se ve en las obras de **Platón y Aristóteles**. Cft. al respecto: **W. Jaeger : Paideia**, trad. cast. de **J. Xirau y W. Roces**, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1985; y **Alabanza de la ley**, trad. cast. de **A. Truyol y Serra**, Madrid, ed. Instituto de Estudios Políticos, 1953.

(12) Lo que se verifica no solo en las obras de los grandes filósofos griegos, como **Platón y Aristóteles**, sino también en **Cicerón**, el más amplio representante de la filosofía jurídica de Roma. Cft. al respecto **Las Leyes**, 6-18/10-28 y **La República**, III-33.

(13) Con el cristianismo la ética va a adquirir una dimensión ecuménica, que se preanuncia en el estoicismo. La consumación de esta nueva perspectiva en relación a la filosofía práctica

va a estar dada en primer lugar por la obra de **San Agustín**. La importancia de **San Agustín** no parece haber sido estudiada -salvo desde la perspectiva católica- suficientemente en relación a los temas cruciales de la filosofía del derecho y del estado, y a la impronta que marcó en sucesivas etapas de la cultura occidental. En los grandes momentos de crisis de occidente el pensamiento de San Agustín ha sido la chispa del conflicto. En su propia época generó el debate sobre el libre albedrío, con **Pelagio**, tema capital del comportamiento humano y frente al cual las respuestas sucesivas han marcado la definición de los límites de la libertad jurídica en los estados históricos, sin ir nunca mucho más lejos de los términos de **San Agustín y de Pelagio**. En épocas posteriores su impacto no fue menor si nos atenemos al hecho de que fue una de las influencias principales en **Calvino**, cuya acción contribuyó a afianzar el mayor cisma religioso de la cristiandad dando base a la moderna ética económica del individualismo ascético, en la que se perfila el cambio de frente en el programa de la ética material que pasa a sostenerse en el individuo aislado, que será el cimiento de la nueva unidad jurídica del derecho moderno, o sea el burgues-ciudadano; y que un siglo después alimentó el más revulsivo movimiento interno en el catolicismo por obra de **Cornelius Jansen**, que a través de sus discípulos franceses sobre todo **Arnauld, Pascal y Racine**, se proyecta en el escepticismo moderno, en el realismo y en el historicismo. Y ni siquiera está determinado hasta que punto la subterránea influencia del agustinismo contribuyó al nominalismo y a la quiebra del realismo clásico al provocar una crisis subterránea con su radical pesimismo y con la sublimación material del sentido interior, en detrimento de la dimensión externa que en el realismo clásico es el constante fiscal de la razón. Desde ya que, desde una perspectiva católica ortodoxa, un examen de este tipo es difícil por la tendencia oficial de la iglesia de compatibilizar lo que se incluyó dentro de la ortodoxia. Un estudio interesante vinculado a estas cuestiones se puede encontrar en el libro de **Barrows Dunham: Héroes y herejes**, en dos volúmenes. trad. cast. de **A. Campos y J. A. Matesanz** Barcelona, Ed. Seix Barral, 1969. Vid. asimismo: **R. Mondolfo: El problema del mal en San Agustín y el agustinismo** en su libro **Momentos del pensamiento griego y cristiano**, Bs. As. ed. Paidós, 1964; **Lucien Goldmann: El hombre y lo absoluto**, trad. cast. de **J. R. Capella**, Barcelona, ed. Península, 1968.-

(14) La obra de **Santo Tomás de Aquino** representa en el terreno de la filosofía jurídica, antes que una novedad, una de las combinaciones más ajustadas de la filosofía griega clásica y el Derecho romano, y uno de los exámenes más amplios de los problemas de ética sustantiva, como lo demuestra, por ejemplo, su **Comentario de la ética a Nicómaco**, o la propia **Suma Teológica**. Pero tiene, a diferencia de griegos y romanos, una perspectiva ecumenica originada en el mensaje de **Jesucristo** y en la teología de **San Pablo**, además de la herencia intelectual de **San Agustín**. Y, asimismo, a diferencia de los grandes filósofos griegos es más restringido en punto a la derivación del derecho, que se uniforma de acuerdo al principio **non est enim potestas nisi a Deo** enunciado por **San Pablo (Romanos,13-1)**.

(15) Este problema se presenta por primera vez en el pensamiento moderno en la obra de **Thomas Hobbes**. Pareciera que donde Hobbes se ocupa con mayor detalle, extensión y minuciosidad es en una de sus obras menos conocidas, el **Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común de Inglaterra**. La obra ha sido recientemente traducida al castellano por **M. A. Rodilla** y publicada, junto a otros escritos breves, por la editorial Tecnos de Madrid en 1992 bajo el título de **Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos**.

(16) Quien llevó el pensamiento iusnaturalista al límite de sus posibilidades teóricas pareciera ser **J.-J. Rousseau**. sobre este punto, Cft. **Rafael Vargas Gomez: Jean-Jacques Rousseau: Política y cultura**, Corrientes, ed. Universidad Nacional del Nordeste, 1989. y , asimismo los estudios del autor de este trabajo, reunidos en el libro de próxima publicación titulado: **Derecho y Filosofía Social en Jean-jacques Rousseau**, Corrientes, Facultad de Derecho. UNNE. El otro gran filósofo iusnaturalista que elabora su complejísima especulación en este límite es **Kant**. La riqueza del pensamiento de Kant excede cualquier simplificación, pero de ello no sigue

la imposibilidad de caracterizar contextualmente su obra, que, más allá de las significaciones posibles, no rebasa nunca los límites del iusnaturalismo.

(17) **Leo Strauss** nos ofrece esta magnífica ilustración de la perspectiva clásica y de la diferencia con la moderna en punto a la función contextual de lo histórico: *“Cuando un filósofo medieval se ponía a estudiar La Política de Aristoteles, por ejemplo, no tenía que llevar a cabo ningún estudio histórico. La política era para él un texto con autoridad propia. Aristoteles era el filósofo, por ende, las enseñanzas contenidas en La Política eran, en principio, la doctrina filosófica auténtica. Aunque nuestro filósofo pudiera apartarse de Aristoteles en algunos detalles con respecto de la aplicación de esa doctrina verdadera a circunstancias que Aristoteles no pudiese haber contemplado, las enseñanzas aristotélicas seguían siendo la base de su pensamiento. Esta base seguía siendo actual para él. Por esta sencilla razón, nuestro filósofo no necesitaba estudios históricos para comprender los fundamentos de su propio pensamiento. Es precisamente esta contemporaneidad entre el pensamiento filosófico y sus fundamentos el elemento que ya no está presente en la filosofía moderna; y su ausencia explica la transformación de esta filosofía en una disciplina intrínsecamente histórica”*. **La Filosofía política y la Historia**. Incluido en el libro de **Strauss ¿Que es la filosofía política?**, Págs. 101-102. trad. cast. de **A. A. de la Cruz**, Madrid, ed. Guadarrama, 1970.

(18) Con **Montesquieu** se inicia el proceso de proyección de las regularidades de la naturaleza a la vida social y al mundo moral aunque todavía de modo parcial e inseguro como se evidencia en su famosa definición de ley (*Del espíritu de las leyes*, I,1), donde conviven los estándares contrapuestos de *necesidad*, que es producto de la idea de regularidad del mundo físico postcopernicano, y de *naturaleza de las cosas* que es herencia del realismo clásico y por ende precartesiano. Esta inestable combinación de lo tradicional y lo moderno, que parece una constante en el pensamiento de Montesquieu no ha sido suficientemente tomada en cuenta y es fuente de muchas confusiones en los estudios de detalle, como ocurre con la llamada *doctrina de la división de poderes*.

(19) Sobre el positivismo una excelente perspectiva de conjunto es la obra de **Leszek Kolakowski: La filosofía positivista**, trad. cast. de **G. Ruiz-Ramón**, Madrid, ed. Catedra, 1979. Sobre el historicismo parece no haber una similar obra de conjunto. Este vacío se puede salvar en parte con la famosa obra de **F. Meinecke: El historicismo y su génesis**.

(20) En su famoso **Tratado de la naturaleza humana** se formula lo que en adelante se conocerá como *Falacia Naturalista*. En Resumen, sostiene HUME que *“En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehacer humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: es y no es, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un debe o un no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que esta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible a saber: como es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución, me atreveré a recomendarla a los lectores: estoy seguro de que una pequeña reflexión sobre esto subvertiría todos los sistemas corrientes de moralidad, haciendonos ver que la distinción entre vicio y virtud no está basada meramente en relaciones de objetos, ni es percibida por la razón(Tratado de la naturaleza humana, trad. cast. de **Felix Duque**, Madrid, ed. nacional tomo II, 1981, págs. 689- 690, que corresponde a las págs. 469-470 de la clásica edición **Selby-Bigge**). Cualquiera que sea la interpretación de la falacia naturalista lo cierto es que a partir de su formulación se hizo evidente para el pensamiento idealista egocéntrico, al mismo tiempo, la imposibilidad de un derecho puramente racionalista y la necesidad de neutralidad absoluta en la materia jurídica sometida a inspección empírica. La*

imposibilidad del derecho racional conduce al nuevo punto de partida: el derecho empírico o positivo, no ya como mero dato sino como principio único e ineludible de todo derecho posible. La racionalización de este derecho empírico impone, a su vez, la neutralidad conforme al ideal de la ciencia empírica.

(21) La transformación de una creencia en el fundamento de un programa teórico, y la derivación de los principios y de todo el desarrollo de ese programa de este fundamento transformado, que bajo la apariencia de un enunciado abstracto metateórico oculta su condición de creencia, es lo que permite caracterizar al conjunto como ideológico. Aquí la noción de ideología en tanto categoría teórica tiene el alcance que por ejemplo le da **Max Horkheimer** en sus trabajos **¿Un nuevo concepto de ideología?** y asimismo **ideología y acción**, ambos incluidos en la selección de **Kurt Lenk El concepto de ideología**, trad. cast. de **J.L. Etcheverry Bs.As.** ed. Amorrortu, 1974.

(22) Tal como lo caracteriza **T. S. Khun** en su famoso libro **la estructura de las revoluciones científicas**, trad. cast. de **A. Contín**, México, ed. Fondo de cultura Económica, 1980.

(23) Sobre este punto cft. los trabajos de **Felipe Gonzalez Vicen** citados en la nota (6).

(24) Sobre **Hegel** y el historicismo jurídico vid. **N. Bobbio : El modelo iusnaturalista y Derecho Privado y Derecho Público en Hegel**, ambos incluidos en su libro : **Estudios de historia de la filosofía : De Hobbes a Gramsci**, trad. cast. de **J.C. Bayón**, Madrid, ed. Debate, 1985. Asimismo el volumen colectivo editado por el Centro de Estudios Constitucionales bajo la dirección de **Gabriel Amengual Coll**, titulado: **Estudios sobre la Filosofía del Derecho de Hegel** (Madrid, 1989) y que incluye trabajos de **Angehrn, Bobbio, Bourgeois, Cesa, Iltting, Marini, Pelczynski, Peperzak, Riedel, Ritter y Siep**.

(25) **Lon I. Fuller: La moralidad del derecho**, trad. cast. de **Francisco Navarro**, México, ed. F. Trillas, 1967. Esta obra es uno de los indispensables puntos de partida para el desarrollo de una teoría crítica del derecho.

(26) Lamentablemente no pareciera existir en castellano traducción alguna de las obras de **Evgenis Paschukanis** o por lo menos de su libro más importante: **La teoría general del derecho y el Marxismo**. Notable es la evolución posterior a este libro efectuada por el propio **Paschukanis**, al ritmo de la evolución de la sociedad soviética desde fines de los años veinte y hasta 1937 cuando desapareció en medio del terror estalinista. Primero se rectificó, con leves correcciones en 1929 de su teoría, dando luego un amplio virage hacia la formación de un *nuevo derecho socialista* que se plasmará en la constitución soviética de 1936, de la que es uno de los principales autores. La nueva doctrina, sin embargo, de bajísimo rango teórico y alta adaptación al régimen estalinista, no le sirvió de mucho a **Paschukanis** frente a las acusaciones de *enemigo del pueblo* que provocaron su destitución, encarcelamiento y probablemente su muerte en manos de la GPU. El otro gran teórico marxista del derecho **Pëtr Ivanovic Stucka**, cuya **teoría general del derecho** es contemporánea de la de **Paschukanis**, aunque coincide en que todo derecho es para los seguidores de **Marx y Engels** un concepto clasista que debería morir con la sociedad de clases, no comparte el excesivo optimismo de la extinción paulatina, y aconseja (en el prefacio a la tercera edición de su obra, de 1924) prepararse para un *proceso bastante largo*. Demás está decir que **Stucka** corrió una suerte casi igual a la de **Paschukanis** a fines de los años veinte. Hoy, que el proceso ya terminó, estamos en condiciones de reexaminar con una perspectiva adecuada la dimensión utópica de estas fantasías historicistas y los elementos teóricos interesantes que fueron ahogados por la ideología. Sobre **Stucka** se puede consultar en castellano su **Teoría general**, incluida en el libro: **La función revolucionaria del derecho y del estado**, trad. esp. de **J.r. Capella**, Barcelona, ed. Península, 1974. Sobre **Paschukanis** se puede consultar en castellano el trabajo de **Norbert Reich** titulado: **Hans Kelsen y Evgeni Paschukanis**, trad. esp. de **E. Volkening**, en el libro de **AAVV : Teoría pura del Derecho y teoría marxista del derecho**, Bogotá, ed. Temis 1984.

(27) Sería interesante confrontar la utopía de la extinción paulatina en la sociedad reconciliada con la utopía platónica de la sustitución de la ley por la educación expuesta en **República**. Pero dicha confrontación, para ser provechosa, debería evitar el tipo de simplificaciones como la practicada por **K. R. Popper** en **La sociedad abierta y sus enemigos**.

(28) La contribución de **Ā.S. Nino**, **la superación de la controversia "positivismo vs. iusnaturalismo" a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin**, publicada originalmente en **Mind** y reproducida luego en su libro **La validez del derecho**, págs. 145-173. Bs.As. ed. Astrea, 1985, es una de las más interesantes y destacadas intervenciones en este largo debate.

(29) **G.R. Carrió: Un intento de superación de controversia entre positivistas y iusnaturalistas. (réplica a Carlos s. Nino)**, Bs.As. ed. Abeledo-Perrot, 1986.

(30) Esto se halla magistralmente escenificado en el fatoso caso imaginario de **Lon L. Fuller** titulado: **El caso de los exploradores de cavernas**, trad. cast. de **G. R. Carrió** y **L. J. Nilus**. Bs.As. ed. Abeledo-Perrot, 1976. Este singular caso imaginario es una pequeña obra maestra que se inscribe en la mejor tradición de los grandes diálogos filosóficos como la **Republica** de **Platon** o **La cena de las cenizas de Bruno**. El mérito de haberlo difundido en nuestro medio, y que parece no haberse destacado lo suficiente, corresponde a **Genaro R. Carrió**.

(31) El término *derecho suprallegal* se a tomado de **G. Radbruch**.

(32) Que parece ser el lugar común de cierto revival iusnaturalista vinculado a algunas corrientes neo escolásticas, por demás muy discutibles.

(33) Esta tarea crítica no puede concebirse al margen de las obras de autores como **T. W. Adorno**, **Lon L. Fuller**, **M. Horkheimer**, **J. Piaget**, y **Leo Strauss**, aunque no se limita necesariamente a ellos.

RESUMEN

A partir de la noción de contexto teórico se examinan los presupuestos que informan al **historicismo** y al **positivismo**, considerados con orientaciones teóricas dominantes en la cultura jurídica moderna. Se sostiene al respecto que ambas orientaciones se fundan en creencias y valores sustantivos que se encubren, de modo ideológico, bajo la forma de presupuestos y principios no sometidos a debate. Y se vinculan ambas orientaciones con el desarrollo general de la cultura jurídica, desglosada en sus dos grandes etapas -el realismo clásico antiguo y medieval y el idealismo egocéntrico moderno-, en cuyo marco se destaca la transformación de la materia y el ámbito del derecho. Por último, se propone un punto de partida crítico que lleve a una reformulación no ideológica de la teoría del derecho.

ABSTRACT

The assumptions of **historicism** and **positivism** being considered as the predominant theoretical trends in modern legal culture are examined -in this paper- from a theoretical standpoint. The writer argues that both said trends are based on misleading beliefs and values that are ideologically covered up under the forms of principles and assumptions that have not been open to discussion. Both trends are linked to the general development of the legal culture divided up into two big periods: Old and Medieval Classic realism and the modern Egocentric Idealism. It is worth noticing the transformation of the subject matter take place in law. Finally, the writer proposes a critical starting point that would lead to a new non-ideological Theory of Law.