

T E S I S

**Para optar al título de Doctor
en Ciencias jurídicas y sociales**

CENCIA JURIDICA O JURISPRUDENCIA TECNICA

**(Ensayo sobre el Derecho como objeto de
consideración científica).-**

Ernesto Eduardo Borge

Facultad de Ciencias jurídicas y sociales

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA CIUDAD DE LA PLATA

1941

I N D I C E S I N T E T I C O

PRIMERA PARTE

CONOCIMIENTO.-CIENCIA.-FILOSOFIA.-

SEGUNDA PARTE

- 1º Historia breve del pensamiento jurídico
- 2º Negación de la Ciencia jurídica
- 3º Esfuerzos para construir la Ciencia jurídica

TERCERA PARTE

LOGICA.-GNOSEOLOGIA.-METODOLOGIA

I N D I C E A N A L I T I C O

P R I M E R A P A R T E

CONOCIMIENTO - CIENCIA - FILOSOFIA

Capítulo I

Página

Sumario: Generalidades.-Conocimiento.-Noción. Caracteres.-Formas
Conocimiento científico, o reflexivo o discursivo-racional.-Co-
nocimiento intuitivo no sensible.-Conocimiento ingenuo o vulgar
intuición sensible.-Ciencia. Generalidades.-Caracteres del pro-
ceder científico.-Definición.-Platón.- Dampier.- Rickert.- Nues-
tra definición.-.....

Capítulo II

Sumario: Caracteres lógicos de la Ciencia.-La certidumbre.-La o
causalidad.-La ley.-El método.-Distinción metodológica de las
ciencias: ciencias naturales y ciencias culturales.-El concepto
y la intuición.-La teleología.-La teleología en Rickert.-....

Capítulo III

Sumario: Los conceptos fundamentales de la Filosofía de Rickert.
Naturaleza y Cultura.-Método de las ciencias naturales y méto-
do de las ciencias culturales.-.-El método histórico en las ci-
encias de la cultura.-La aprehensión de la realidad intuible
en forma inmediata y su mediata transformación en conceptos.-La
selección de lo esencial de la realidad.-El criterio de selece-
ción.-Los valores. Valoración y avaloración.-.....

Capítulo IV

Sumario: La ciencia en la esfera del Derecho.-La cuestión de los
universales.-Platón.-Aristóteles.-El nominalismo.-El conceptua-
lismo.-Kant.-Max Scheler.-Distinción entre la Filosofía del De-
recho y la Ciencia jurídica.-Necesidades recíprocas: ideas de Pa-
gano y Sauer.-Los temas de la Filosofía del Derecho.-Su misión
la ciencia jurídica.-

Barga - Tesis -

Capítulo IX

El Derecho universal comparado

Página

Sumario: La Ciencia del Derecho Universal comparado.-Teoría de Kohler: Filosofía del Derecho e historia del Derecho universal comparado.-El Derecho universal comparado según la exposición de Giorgio del Vecchio.-.....

Capítulo X

La Etnología jurídica

Sumario: La etnología o etnografía jurídica.-Estudio de la organización jurídico-social de los pueblos primitivos.-El método comparativo etnológico.-La organización gentilicia: el parentesco.-Etnología jurídica de Post.-Los consorcios territoriales. La marca.-La organización señorial.-Relaciones entre siervo y señor.-Jefes y Reyes.-La organización superior de la sociedad Los Estados.-.....

Capítulo XI

Otras teorías.-

Sumario: Generalidades.-El concepto social del Derecho en León Duguit.-Las transformaciones del Derecho.-Francisco Geny y la libre investigación científica.-La teoría de Von Ihering: el fin en el Derecho.-La caractereología: ideas de Sternberg y Radbruch.-La ciencia práctica del Derecho en Stammler.-La Nueva Ciencia jurídica de Wilhem Schapp.-.....

T E R C E R A P A R T E

LOGICA GNOSKOLOGIA METODOLOGIA

Página

Capítulo XII

Sumario: Consideraciones generales.-Nuestro tema en las teorías expuestas y en la Filosofía del Derecho.-La Ciencia jurídica como ciencia que ha de aplicarse y de realización del Derecho.-..

Capítulo XIII

Sumario: La Ciencia jurídica y sus relaciones con la Ciencias afines.- La Sociología.- La Economía.- La Psicología.- La Ciencia jurídica y el Arte.....

Índice:

Capítulo XIV

Sumario: El objeto de la Ciencia jurídica: enunciación.-La realización y la aplicación del Derecho.-La finalidad esencial de la Ciencia jurídica.-Los puntos fundamentales a investigar en la tarea que realiza la Ciencia jurídica.-Nuestra orientación según las ideas de Hossen; Rickert; Vierkant; Sauer; Capograssi y Scheler.....

Capítulo XV

Sumario: La intuición .La realidad.-El concepto.-La comprensión.-El modo de revivir la experiencia anímica ajena.-Características fundamentales.-La comprensión como supuesto necesario del conocimiento en las ciencias del espíritu.-La comprensión en la Ciencia jurídica.-Jurislogía.-La intuición en las ciencias culturales y en el arte según Rickert.....

Capítulo XVI

Sumario: El objeto de la Ciencia jurídica.-La experiencia inmediata común y la experiencia jurídica inmediata.-Reconstrucción de la historia interna de la experiencia jurídica, y su sentido o dirección según el análisis de Capograssi.-La unificación de la experiencia jurídica por la Ciencia.-La acción, la voluntad.-La concepción.-El círculo real y construtivo de la acción a la concepción de la acción y de esta a una nueva concepción, según Capograssi.....

Capítulo XVII

Sumario: El concepto frente a la intuición de la experiencia jurídica.-Exigencia del concepto para la constitución lógica de la Ciencia.-El concepto como elemento racional, transferible.-El concepto individualizado y su función de selección frente a la experiencia.-El Derecho se realiza a través de la Ciencia.-Ideas de Capograssi y Rickert.....

Capítulo XVIII

Fágina

Sumario: El conocimiento de la realidad jurídica en el análisis de Capograssi.—Justificación crítica de su posición.—La visión inmediata de la realidad y la visión sistemática.—Necesidad de entender la vida.— La abstracción.....

Capítulo XIX

Sumario: La dinámica jurídica.—La apreciación jurídica.....

F I N

—00++

B I B L I O G R A F I A

- Teoría del conocimiento, J. Hossen.-Editorial Losada.-Año 1938
- Ciencia Natural y Ciencia Cultural.-Enrique Rickert.-Ed. Espasa.-Año 1937
- Introducción a la Ciencia.-Profesor J.A. Thomson.-Tercera Ed.-Labor 1934
- Historia de la Ciencia.-W.C. Dampier-Dampier Whetham.-Ed. Aguilar.-1931
- Lecciones de Filosofía del Derecho.-Dr. Buena Ventura Pessolano.-Curso del titular de la cátedra. Inéditas.-Año 1937.-
- Filosofía del Derecho.-Giorgio Del Vecchio.-Ed. Bosch. 2a ed. Año 1935
- Metodología de las Ciencias.-Felicien Challaye.-Ed. Labor tomo 390.-1935
- Lógica.-A. Pfänder.-traducción de P. Bances. Páginas 33 y siguientes. Ed. Espasa-Calpe. Año 1938.-
- Crítica de la Razón pura.-Manuel Kant.-Traducción de Jose del Ferojo. Ed. Losada. Año 1938; páginas: 220 y 317.-
- Crítica de la razón práctica.-Manuel Kant.-Traducción de V.E. Lollini.-Ed. Librería Perlado. Año 1939.-
- Fundamentación de la metafísica de las costumbres.-Manuel Kant. Traducción de Manuel García Morante.-Ed. Espasa Calpe .Año 1932.-
- Metafísica futura.-Manuel Kant.-Traducción Natal A. Rufino. Ed. For. 1939
- Lógica.-Manuel Kant.-Ed. Araujo. Año 1938.-
- Filosofía de la Sociedad y de la Historia.-Alfredo Vierkandt.-Ed. Colección Teoría de la Universidad Nacional de La Plata.-Año 1934.-
- Principios de Metodología General.-Profesor Angel C. Bassi.-Ed. Claridad Año 1939.-
- El Saber y la Cultura.-Max Scheler.-Traducción Gomez de la Cerna y Favre páginas 49 y siguientes.-Ed. Espasa Calpe 1939.-
- El resentimiento en la moral.-Max Scheler.-Ed. Espasa Calpe. Año 1938.- Traducción de José Gaos.-
- El puesto del hombre en el Cosmos.-Max Scheler. Páginas 98 y 99.-Ed. Losada.-Año 1938
- El problema del conocimiento.-Alfredo Coviello.-Revista "Ideas" de Tucuman.-Año 1938.-
- Filosofía Antigua y medieval.-Augusto Messer.-Ed. Espasa Calpe 1939. Traducción de Javier Zubiri.-
- La Filosofía Moderna: del Renacimiento a Kant.-Augusto Messer.-Ed. Espasa Calpe 1939. Traducción de Emilio Rodríguez Sadía.-
- La Filosofía Moderna de Kant a Hegel.-Augusto Messer. Páginas 95 y siguientes.-Ed. Espasa Calpe. Año 1939. Traducción de José Pérez Bances.-
- La Filosofía en el Siglo XIX.-Augusto Messer. Traducción José Gaos. Ed. Espasa Calpe. Año 1939.-
- La Filosofía actual.-Augusto Messer.-Traducción Joaquín Xirau.-Ed. Espasa Calpe.-Año 1938.-
- Las tendencias actuales de la Filosofía Alemana.-Georges Gurvitch.-Ed. Losada Año 1939
- Análisis del Conocimiento científico.-S.M. Neuschloss.-Ed. Losada. Año 1933
- Diálogos.-Testetes o de la Ciencia.-Platón.-Edición de la Universidad Nacional de México. Año 1922.-Páginas 5 a 184.- Tomo III.-
- La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley Carlos Coasio.-Editorial Losada.-Año 1939
- El substrato filosófico de los métodos interpretativos.-Carlos Coasio. Imprenta de la Universidad Nacional. Santa Fé, 1940
- Metodología del Diritto.-Francesco Carnelutti. Ed. Dott. Antonio Milani ARA 1939.-

La Sociedad primitiva.-Investigaciones en las líneas del progreso humano desde el salvajismo hasta la civilización, a través de la barbarie. de Luis Morgan.-Ed. Colección Teoría de la Universidad Nacional de La Plata.-Año 1935.-Tomo I.-
Introducción a la Filosofía. Aloys Müller.-Ed. Espasa Calpe. Páginas 132 Año 1937.-
El concepto de naturaleza y el principio del Derecho.- Giorgio Del Vecchio.-Ed. Hijos de Reus. Año 1916.-Madrid.-
Filosofía del Derecho.- Guillermo Hegel. Ed. Claridad. Año 1937.-Pág. 46
Revista "Jurídicas y Sociales" Año VII.-Tomo VI Número 2 y 3 Marzo-Junio de 1940.-
Tratado de Filosofía del Derecho. Stammler Rodolfo. Ed. Reus. Año 1930.-
Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho. Giorgio Del Vecchio. Ed. Hijos de Reus, páginas 123 y siguientes. Año 1908.-
De lo eterno en el hombre. Max Scheler.-Ed. Revista de Occidente. Madrid, Año 1940. Página 182 y siguientes.-
Il criteri differenziali della Filosofia del Diritto e della dogmatica giuridica.- Revista Internazionali di Filosofia del Diritto. Página 546.-
Los temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro.- Luis Recasens Siches.-Ed. Bosch. Barcelona.-Año 1934. Páginas 132 y siguientes.-
Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio.- Tomos I y II de Luis Recasens Siches.-Ed. Bosch.-1935.-
Historia de las ideas políticas.- Prof. Raymond Gattell.-Ed. Labor tomos 235 y 236. 2a edición.-Año 1937.-
El contrato social.- J. J. Rousseau.-Ed. Tor. Buenos Aires.-
Introducción a la ciencia del Derecho. Gustavo Radbruch.-Traducción de Luis Recasens Siches.-Ed. Revista de Derecho Privado. Año 1930
Filosofía del Derecho.- Gustavo Radbruch.-Ed. Revista de Derecho Privado
Theorie Générale du Droit.- Mourhounov A. A. Traducción al francés de Tchernoff.-Ed. No Giard et Briere. Paris 1914.-
Enciclopedia Jurídica.- Adolfo Merkel. Traducción de M. Recasens.-Ed. Reus. Madrid 1924.-quinta edición.-
El Derecho.- Carlos Octavio Dunge.-Ed. Espasa Calpe.-Páginas 205 y siguientes.-7a edición. Año 1934.-
Revista Jurídica la Ley.- Tomo 19 Sección Doctrina página 93 y siguientes
Jurisprudencia etnológica. Versión sintética en español de la obra del Profesor A. E. Post por el Doctor José Antonio Torres.-Ed. Librería de Derecho y Jurisprudencia.-Newby & Coeste.-Año 1924.-
La Ciudad Antigua.- Fustel de Coulanges. Traducción de Cigesa Aparicio.-Ed. Daniel Jorro. Año 1931.-Madrid.-
El Estado.- Woodrow Wilson.-Ed. Librería General de Victoriano Suarez. Madrid Año 1922.-Tomo I.-
Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código Napoleón.- León Luguit. Traducción de Carlos G. Posadas.-Segunda Edición corregida y aumentada.-Año 1920.-Ed. Francisco Beltran.-Madrid.-
Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo.- Francisco Gony.-Ed. Reus.-Madrid. Año 1925 Segunda Edición.-
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

La vida del Derecho.-Giuseppe Carlo.-

Antiguo Derecho.-Sumner Maine.-

Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho.- Kohler.-

**El fin en el Derecho.-R.von Ihering.-Ed Rodríguez Serra.-Madrid.-Traducción de Leonardo Rodríguez.-Páginas 8 y siguientes y 270 y siguientes.-
El espíritu del Derecho romano.R.von Ihering.-Traducción de Enrique PríncipeySatorres.-Ed. Bailly-Bailliere**

Introducción a la Ciencia del Derecho.-Theodor Sternberg.-Traducción de la segunda edición alemana por José Novira y Ermengol.-Ed.Labor.Año 1930 páginas 201 y siguientes.-

Economía y Derecho.-R.Stammler.-Traducción de la 4a ed.alemana por W.Roces.-Ed.Rous.-Año 1929.-

La lucha por el Derecho.-R.von Ihering.-Ed.Araujo.-Trad.de A.Posadas.-

La nueva Ciencia ~~jurídica~~ del Derecho.-Wilhelm Schapp.-Revista de Occidente.-Madrid.-Traducción del alemán de J.Pérez Bancos.-

El Hegelismo en Marx.-Dr.B.Ventura Pessolano.-Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la U.Nacional de La Plata.-Ed.Imprenta de la Universidad.-

El juez "Justicia viva" Giorgio del Vecchio.-Extracto de un capítulo de la obra Crisis del Derecho y crisis del Estado"tomado por la Revista Derecho del Trabajo de la Revista "Jurídicas y Sociales.-

El Mundo que nace.-Conde Hermann Keyserling.-Ed.Ociris.-Año 1935.-

Sociología del saber.-Max Scheler.-Ed.Cultura.Año 1936.-

Del Ente y de la Esencia.-Santo Tomás de Aquino.-Editorial Losada.-

Año 1940.-Trad,delatin por Mons Luis Lituma P.y Alberto Wagner de Reyna.

Origen del conocimiento moral.-Francisco Brentano.-Revista de Occidente.-Madrid.-

Psicología.-Francisco Brentano.-Traducción del alemán por Jose Gaos.-Revista de Occidente.-Madrid.-Año 1925.-

Realidad del ~~alma~~ alma.-C.G.Jung.-Ed.Losada.-Año 1940.-

Conocimiento del hombre.-Alfredo Adler.-2a edición.Maspasa Calpe"Traducción de la 3a ed.alemana de Hamberto Bark.-Año 1940e

Freud.Un gran explorador del ~~alma~~ alma.-C.Alberto Seguin.Año 1940.Edi torial Orientación.-

Direcciones contemporaneas del Pensamiento jurídico.-Luis Recasens Siches.-Ed Labor.2a edición 1936.-

PRIMERA PARTE

- I.-Conocimiento
- II.-Ciencia
- III.-Filosofía

...el derecho no estaba en los libros ni en las tablas del edicto tan solo; andaba por las calles, al aire libre, se movía, se le veía ir y venir de la consulta al foro; estaba en el mercado y en los comicios... El rumor que a lo lejos se oía al llegar a Roma era la voz del derecho, era la estipulatio, era el testamento en los comicios, era la forma solemne de la mancipatio, era majestuoso; era el monólogo de la in jure cessio; era el elegante hablar del sabio prudens, conciso y severo; era la gárrula retórica del habil y fogoso orator. Pero el rumor crecía, el tribuno arengaba a los suyos, estallaba la tempestad, el estrépito se hacía horrísono, la plebe se marchaba; no se oía su justa pretensión y se iba... se iba para volver con la justicia. ¡Y también aquellos ruidos formidables del motín y de la revolución eran la voz del derecho!.- (Leopoldo Alas).-

CAPITULO I

SUMARIO.-Generalidades.-Conocimiento.-Noción.-Caracteres.-Formas.-
Conocimiento científico o reflexivo, o discursivo-racional.-Conocimiento
intuitivo no sensible.-Conocimiento ingenuo o vulgar; intuición sensi-
ble.-

Ciencia.-Generalidades.-Caracteres, del proceder científico.-Defini-
ción.-Platon.-Descartes.-Nietzsch.-Nuestra definición.-

1.- Tocamos la investigación del tema elegido, desde el plano filosófi-
co del saber jurídico porque el concepto, la esencia y los principios
fundamentales de las distintas disciplinas científicas, es tarea exclu-
siva de la Filosofía.-Por ello estos problemas concretos, cuya solución
auxilia, la constitución y actividad de las ciencias empíricas, tienen
su raíz y motivación en la teoría general del conocimiento, en la teoría
de la ciencia, y en la metodología científica entendido esto como abare-
cando bajo la mirada más amplia el proceder de cada ciencia, frente a su
objeto; teorías que las ramas de la Filosofía correspondientes atendien-
do al particular objeto y proceder de las distintas ciencias, estudian
e investigan, en la zona especulativa, con el auxilio del contenido de
aquellas, "como un todo general e integral" trasladado a la razón, de mo-
do que con el auxilio de esta, se revele fundada universalmente la unidad
de la experiencia, los principios formales que la condicionan, su concor-
dancia y relación con el conocimiento; y las leyes que rigen las formas
lógicas de nuestros pensamientos.-

Por ello, a poco de obtener una visión de conjunto y primera del
problema cuya solución aspiremos a ensayar en este ensayo, comprendere-
mos que no nos es posible introducirnos en él, sin antes encontrar un
punto de apoyo, en una breve síntesis y noción simple -para no entrar
en temas que no nos hemos propuesto estudiar- de lo que es el conoci-
miento y de las formas que lo caracterizan o han sido estudiadas. Breve
noción que nos será útil, inmediatamente que comencemos a andar, en este
nuestro tema, para alcanzar el concepto de ciencia, fundamental noción
que nos será necesaria para investigar lo que caracteriza la conoci-
ción científica de un objeto determinado.-

Debemos establecer previamente, también, una clara noción de lo que
es conocimiento científico, para poder preparar luego, la consideración
científica de la filosofía de las cosas, lo que también nos facilita-
ra con probabilidad de éxito el ensayo de solución a nuestro tema,
que es de conocimiento estrictamente científico, en sí; indagando sus pe-
culiaridades desde el plano filosófico.-

Elocado así el tema de este capítulo y los subsiguientes de esta
primera parte; adquiriremos los conocimientos y principios fundamen-
tales de la Filosofía, que nos daran la posibilidad del acierto, al tras-
ladarlos a la consideración de nuestro tema estrictamente jurídico

Salta Rojas 2-3, 4

3,

edad.—Una representación inadecuada puede ser por contrario absoluto-
mente verdadera.—Pues aunque sea incompleta, puede ser exacta, si las no-
tas que contiene existen realmente en el objeto.—El concepto de la ver-
dad, que hemos obtenido de la consideración fenomenológica del conoci-
miento, puede designarse como el concepto trascendente de la verdad.—Tie-
ne por supuesto en efecto la trascendencia del objeto.—En el concepto de
de la verdad propio de la conciencia ingenua y de la conciencia cienti-
fica.—Pues ambas entienden por verdad la concordancia del contenido del
pensamiento con el objeto:—

El autor a que nos estamos refiriendo, plantea luego la cuestión de
lo que se denomina criterio de verdad, afirma que no basta que un crite-
rio sea verdadero, es necesario alcanzar la certeza de que lo es; y esta
cuestión del criterio de verdad es lo que ilumina el fenómeno del cono-
cimiento por las partes que lo componen o entran en su proceso de forma-
ción: sujeto, objeto, imagen, el fenómeno del conocimiento, tocan la esfera
psicológica, ontológica y lógica respectivamente pero aún que ellas no
den la solución del problema del fenómeno del conocimiento en el punto
que ello será motivo —afirma— de un estudio especial por constituir un
hecho absolutamente peculiar y autónomo.—Nos expresa que la representa-
ción de fenómeno del conocimiento y su descripción no es su interpre-
tación y explicación filosófica, lo cual partirá de la descripción del
fenómeno del conocimiento pero que para satisfacerse será necesario re-
solver cinco problemas previos que comprenden: 1° La posibilidad del cono-
cimiento humano.—2° El origen del conocimiento. 3° Esencia del conoci-
miento.—4° Las formas del conocimiento humano, y 5° El criterio de verdad.—

El autor ha señalado los puntos capitales que el estudio a conti-
nuación de la exposición que nosotros hemos usado para alcanzar una bre-
ve noción de lo que es el conocimiento. Sin embargo si bien no lo vamos
a seguir en la exposición de su obra, por cuanto excederíamos los lími-
tes de nuestras necesidades y del tema; trataremos en cambio el cuarto
punto o sea, las formas del conocimiento, para poder separar el conoci-
miento científico, del conocimiento ingenuo, vulgar o de hecho; teniendo
en cuenta a la vez que hasta aquí se ha hablado y expuesto siempre del
conocimiento científico y excepcionalmente del vulgar, por lo que tienden
de coincidentes.—

Pero antes de tratar las formas del conocimiento estudiaremos dos
interesantes opiniones; en primer término la de Aloys Müller (1) que di-
ce respecto del conocimiento: "Como conclusión voy a resumir brevemente
nuestra idea de la esencia del conocimiento.—En la teoría aristotélica-
escolástica nos une la idea general de que esta esencia depende en una
estructura óptica total y plenamente independiente de nosotros. En par-
ticular encontramos nosotros esta estructura en la relación óptica entre
los pensamientos y los hechos objetivos y la realidad.—Todo objeto de la
realidad posee necesariamente determinaciones.—La inherencia de una de-
terminación a un objeto, es un hecho objetivo.—Los pensamientos expresan
los hechos objetivo en el modo a ellos peculiar, a la vez que sus elemen-
tos y las significaciones mantienen los miembros de los hechos objetivos.
Todo esto es independiente de nosotros, de naturaleza óptica.—Cuando a-
prehendemos un ensamiento, tenemos un conocimiento.—En este se revela

(1) Müller Aloys: Introducción a la Filosofía. Página 132.—Edición Horacio
Calpe.—Buenos Aires. Año 1937.—

puede legitimamente... nos nos atenemos para el concepto inmanente... de que el conocimiento, no es una reproducción, sino una transformación, y podemos añadirlo - siempre una simplificación, comparado con la realidad. El medio del respectivo pensamiento la estructura de la realidad... todo lo restante, con frecuencia... totalmente, quocubier... y la... del conocimiento... las circunstancias por las cuales... debe existir... conocimiento... la opinión... que se... de... filosofía... en base... estudio... la... conocimiento... tal... y... ciencias; vale... esencial

Ahora veremos en cambio una opinión elaborada en torno al fenómeno del conocimiento en cuanto sea necesario para las ciencias culturales.- Es la opinión de Heinrich Rickert que la exige al tratar el problema de la distinción metodológica de las ciencias en naturales y culturales.-

Parte Rickert de la idea que todo conocimiento es una transformación de la realidad, y no una reproducción o copia fiel de la misma; exponiendo así su teoría: la realidad por conocer se piensa como otro mundo que no es el inmediatamente conocido y experimentable, un mundo trascendente, que está detrás del mundo que percibimos, entonces la teoría de la copia parece tener un buen sentido.- El problema del conocimiento consistirá en tal caso en forma con el material inmediatamente dado, representaciones o conceptos que coincidan con aquel mundo trascendente".- sostiene el autor que la realidad empírica, se manifiesta "como una muchedumbre incalculable para nosotros que parece ir creciendo sin cesar, conforme ahondamos en ella y empezamos a analizarla en sus particularidades".-

De esto deduce que si se tuviera que reproducir esa muchedumbre "incalculable" en conceptos, se hallarían como desconocidas ante un problema radicalmente insoluble.- "Y así si algo ya realizado y cumplido puede legitimamente ostentar la pretensión de ser un conocimiento, habremos de atenemos para el concepto inmanente de la verdad a la afirmación de que el conocimiento, no es una reproducción, sino una transformación, y podemos añadirlo - siempre una simplificación, comparado con la realidad misma".-

Cree el autor que bastaría para lo que se propone explicar la aclaración hecha, pero como lo expuesto deja en pie el problema de que la aprehensión de la realidad "tal cual es" es imposible, conduce a afirmar la irracionalidad de la realidad empírica, y agrega que ello ha sido objeto de serias contradicciones por ello quiere añadir algo en ese sentido y "particularmente decir en que sentido es la realidad irracional y que sentido puede llamarse racional".- Expone el autor que la naturaleza no da saltos que por doquiera hallamos trancitos paulatinos y que todo fluye lo cual lo caracteriza como la "continuidad de todo lo real" y añade a ello otra característica esencial de como se da la realidad la cual y cada realidad tiene un sello peculiar individual "no hay el mundo cosa ni proceso alguno que sea perfectamente igual a otro, sino que es solo más o menos semejante y aún dentro de cada cosa o proceso, distinguese a su vez la más mínima parte de cualquier otra parte ya sea próxima ya lejana en el espacio o en el tiempo.- Y estos podemos formularlo en el principio de la heterogeneidad de todo lo real".-

Respecto de esta forma de concepción de la realidad se ocupa extensamente y con acertada fundamentación Rickert en su obra citada y cuyo sistema podremos apreciar nosotros más adelante cuando hagamos una síntesis de los puntos fundamentales sobre los que estructura él su sistema de Filosofía, bastándonos con decir aquí que esta teoría del conocimiento científico elaborada por Rickert, lo está en concordancia con las necesidades metodológicas de las investigaciones que practican las ciencias culturales, que él separa con tal acierto de las naturales —estudiando incluso las formas mixtas— que fija un deslinde inconfundible y definitivo en los métodos empleados por ambas ciencias.—Se necesita según el autor salir de la ley causal típica del método naturalista y reñir con el proceder de las ciencias culturales, que no trabajan con generalidades, sino que lo hacen con individualidades, cuyas particularidades diferenciales, significativas e importantes destacan, y a las cuales es necesario acoger en la elaboración de un método, ante todo, no natural, y que es necesario objetivar para alcanzar la universalidad de los conceptos científicos— a la manera de como las ciencias naturales elaboran la ley— a un nuevo proceso que no rige ni es aplicable a las ciencias naturales; al proceso avalorativo, que significa referir a valores, pero— no valorar en concreto.—

Nosotros hemos traído expresamente en último término la opinión de Rickert, elaborada y fundada en miras de una sistematización metodológica de las ciencias culturales; por cuanto participa de las características de las mismas el Derecho, que en cuanto ciencia lo es cultural; por cuanto en la investigación de sus posibilidades científicas, será necesario antes que nada indicar si el proceder de la ciencia, es científicamente aceptable, vale decir si la conduce a través de sus movimientos en torno al objeto, a la verdad que en él mismo se encierra como elementos o cualidades transubjetivas que apprehende la imagen del conocimiento; y nuestro tema no debemos olvidar, tiene esto por fundamental, por cuanto este proceder de la ciencia, esta actitud metodológica revelara la verdad que en él lleva la actividad de la ciencia.—

FORMAS DEL CONOCIMIENTO. Hasta aquí en nuestra exposición ha predominado la descripción del conocimiento científico, reflexivo, discursivo-racional; pero existen otras formas como la que también llevamos citada bajo la denominación de conocimiento ingenuo o vulgar, que en cuanto conocimiento tiene en la relación que existe entre sujeto y objeto la coincidencia con el científico que señalara Hensen; pero existe otra forma que si bien se caracteriza por ser intuitiva o intuicional; que no participa de los caracteres de la intuición sensible que caracteriza al conocimiento vulgar; pero diferenciada del mismo en que es algo más profunda y resulta ser la forma por la que el concepto mantiene un estrecho contacto con la realidad.—

Esta forma intuitiva o intuicional ha abierto serias y fecundas discusiones filosóficas en la antigüedad, en cuanto a su aspecto no sensible, pretendiéndose por algunos que debe substituir en último término al conocimiento científico o anteponersele; teoría que perdió su actualidad con la obra de Kant, que no admitía otro conocimiento que el discursivo racional y el ingenuo o vulgar que también llamaba intuición sensible.— Pero actualmente, la escuela fenomenológica que nos habla de esencias, de apprehensión intuicional e emocional de valores, de intuición esencial etc. ha renovado con grandes pretensiones y posibilidades del conocimiento intuitivo, la secular discusión cuyos comienzos desarrollo y estado al presente estudiaremos.

La intuición heesca visto tiene dos formas en filosofía: intuición sensible que es tanto como conocimiento ingenuo vulgar o de hecho e intuición no sensible que es tanto como pretender anteponer al conocimiento científico, una forma de conocimiento emocional, o inmediata de esencias, que podría conducirnos al mismo resultado que el conocimiento racional discursivo. — Tratáremos en primer lugar esta forma de intuición no sensible para adquirir una noción somera; y tan pronto la hayamos alcanzado nos ce pararemos del conocimiento ingenuo o vulgar, que ya habrá quedado muy circunscripto en su territorio propio; después de habernos ocupado del conocimiento científico y de la intuición no sensible. —

CONOCIMIENTO INTUITIVO NO SENSIBLE. — El conocimiento intuitivo — dice Heesen(1) — consiste en conocer vi ndo. — Su peculiar índole consiste en que en él se aprehende inmediatamente el objeto, como ocurre sobre todo en la visión. — No , obra negarse que hay un conocimiento semejante. — Pero agrega inmediatamente "más cuando se habla de la intuición no se piensa en la intuición; sino en una intuición no sensible, espiritual. Tampoco esta puede negarse". —

"En el punto inicial y en el punto final de nuestro conocimiento se halla pues una aprehensión intuitiva. — aprehendemos de un modo inmediato intuitivo, tanto lo inmediatamente dado, de que parte nuestro conocimiento, como los últimos principios que constituyen la base del mismo" Establece Heesen la distinción entre la intuición formal, la cual se refiere a la aprehensión inmediata de la relación entre dos contenidos sensibles y la intuición material en la cual no se trata de una mera aprehensión de relaciones sino del conocimiento de una ~~XXXXXXXXXXXXXX~~ realidad "material" de un objeto o un hecho suprasensible. Y llama a esta intuición material, intuición en sentido propio y riguroso. —

Puede ser de diversa índole, diversidad que f nda "en lo más hondo de la estructura psíquica del hombre, ser espiritual que presenta tres fuerzas fundamentales: el pensamiento, el sentimiento y la voluntad, a la cual corresponden distinguir, tres clases de intuiciones: la racional; la emocional y la volitiva. — Y partiendo del objeto llega a la misma división haciendo coincidir respectivamente los resultados diversos a que llega según se parte del sujeto y del objeto. — Corresponden a los elementos esencia, existencia y valor del objeto las intuiciones de la esencia de la existencia y del valor. — Coincidiendo la de la esencia con la racional, siendo su órgano cognoscente la razón; la de la existencia con la volitiva siendo su órgano cognoscente la voluntad; y la tercera con la emocional, siendo su órgano cognoscente el sentimiento". —

Como dijimos ya el problema del conocimiento intuitivo no sensible ha sido debatido en la filosofía antigua y medioeval; en esta última edad para el intelectualismo, para el racionalismo después, incluso Kant existe un solo conocimiento — aparte de la intuición sensible — el discursivo racional. —

De las corrientes intelectuales que aceptan la intuición no sensible como forma del conocimiento — afirma Heesen — se destacan Bergson y Dilthey y actualmente la fenomenología, en los dos primeros el intuicionismo se presenta como algo irracional como un entrar en contacto con la realidad de un modo esotivo y volitivo. — En la fenomenología la intuición es distinta que en Bergson y en Dilthey; no es su objeto la realidad sino la esencia; mientras Husserl, solo conoce una intuición racional,

la que él llama intuición esencial; Scheler admite además una intuición emocional y ve en ella el órgano de conocimiento de los valores; los que se hallan según él completamente vedados al intelecto.-

Finalmente al fijar su postura respecto del problema contesta Heesen la objeción fundamental que podría hacerse al reconocimiento de la existencia de un conocimiento intuitivo en el sentido que ello significaría el fin de todo conocimiento científico y expresa: "Frente a esta objeción debemos hacer un distinguo.- Es la distinción entre la actividad teórica y práctica.- En la esfera teórica la intuición no puede pretender ser un medio de conocimiento autónomo, con los mismos derechos que el conocimiento racional discursivo.- La razón tiene en este terreno la última palabra.- Toda intuición ha de legitimarse ante el tribunal de la razón.-" Cuando los adversarios del intuicionismo exigen esto, están en su perfecto derecho.- Pero la cosa es distinta en la esfera práctica.- La intuición tiene en esta una significación autónoma. Como seres que sentimos y queremos la intuición es para nosotros el verdadero órgano de conocimiento.- En tanto el intuicionismo no enseña otra cosa que esta, la razón está de su parte".-

Rechaza en consecuencia el concepto de intuición metafísica de Bergson, negándole valor lógico, ya que no puede ser "la base última de la validez de ningún juicio en la esfera teórica ni por ende en la metafísica".- Rechaza también la intuición esencial de Husserl, pues el "reconocimiento de esa intuición esencial privaría a la filosofía de su validez universal y por lo tanto de carácter racional y científico" pues afirma que cuando hacemos teoría del conocimiento ejercitamos una actividad teórica y por tanto es la razón la que tendrá siempre el derecho a pronunciar la última palabra.-

CONOCIMIENTO INGENUO O VULGAR: INTUICIÓN SENSIBLE.- Al hacer la exposición de las ideas y razones que se abonan en pro de la intuición ya se ha expuesto la base y fundamentación científica del reconocimiento de esa forma del conocimiento, en oposición a quienes la niegan en absoluto. Al considerar las formas de la intuición y concretarnos a la no sensible hemos visto la diferencia, de esa intuición sensible, menos resistida por no disputar terreno, como aquella otra, reconocido como de exclusivo dominio de la razón, en la esfera teórica.-

La intuición sensible, no tiene pretensiones de metafísica ni de racionalidad discursiva; es ese "conocer viendo", esa aprehensión inmediata de las cosas y los procesos reales; es el conocimiento real y vulgar de las cosas el conocimiento que todo hombre tiene del mundo exterior, lo que no puede negarse- a pesar del subjetivismo- al decir de Schopenhauer quien observa "que encerraríamos sencillamente en el manicomio a quien quisiera negar la existencia del mundo exterior" y que como expone acertadamente Heesen "quien está por el contrario en contacto con las realidades concretas de la vida, se convence pronto de que el verdadero centro de gravedad del ser humano no reside en las fuerzas intelectuales sino en las emocionales y volitivas" y que confirma Dilthey -a quien cita- según el cual, para esas teorías: "en las venas del sujeto cognoscente no corre verdadera sangre, sino el humor enrarecido de la razón considerada como actividad intelectual".-

Opiniones todas estas coincidentes, en no aceptar la exclusividad de una sola forma de conocimiento, ni aun en la esfera de reflexión; posición que contempla el problema en su verdadera extensión.- La intuición sensible o conocimiento vulgar de las cosas, es el conocimien-

to inmediato de que nos valemos en nuestra primera actividad cognoscitiva precediendo en toda ocasión según la expresión de Felicien Challaye(1) al conocimiento científico cuando dice: "el conocimiento científico es un acrecentamiento prodigioso del conocimiento vulgar" admitiendo en consecuencia esa precedencia y el tránsito ulterior por la ciencia, al conocimiento científico reflexivo.-

Según Challaye "conocimiento vulgar es aquel que teniendo la realidad los seres que no han recibido ninguna cultura científica, el hombre primitivo, el niño etc.- El hombre culto, el sabio, utilizan muy a menudo en su vida cotidiana, datos tomados del conocimiento vulgar".- Afirma que el hombre primitivo, "el hombre sin cultura el niño etc, conocen al agua por ejemplo sin haber estudiado científicamente sus propiedades".- Confirma esta opinión en particular la nuestra, que emitimos antes respecto de esta forma del conocimiento, en especial cuando dijimos que negar este conocimiento importaba negar la existencia del mundo exterior -tomando la frase de Schopenhauer- y aquí con la opinión de Challaye hemos llegado a la conclusión que buscábamos; si no existiera el conocimiento vulgar, estaría vedado al común de los hombres el conocimiento inmediato de las cosas y procesos; permanecerían ajenas al mundo exterior en que viven y actúan lo que es forzado imaginar; y solo aquel sería accesible quien poseyera o alcanzara el conocimiento reflexivo o discursivo.-

El conocimiento vulgar se compone -según Challaye- de percepciones es decir de sensaciones y de imágenes agrupadas en un mismo punto de la extensión, como así mismo de recuerdos.- En este conocimiento como en los demás la memoria desempeña un papel capital, según lo expresa el autor al decir del psicólogo dinamarqués Höffding: el conocimiento es ante todo un reconocimiento; y en el uso del conocimiento de cosas y procesos pasados, admite con el psicólogo inglés Huxley que la previsión "es una memoria que vuelve" y termina afirmando que "el conocimiento aún el vulgar, del mundo exterior, no es meramente una visión; es en cierto modo, previsión.- Y para adaptarnos a los límites de nuestro tema en esta cuestión del conocimiento intuitivo o vulgar, para no volver sobre él más adelante recurrimos a un párrafo de las eruditas lecciones de Filosofía del Derecho del Doctor Passolano(2), para el indicarnos que se entiende por conocimiento vulgar y como es ese conocimiento vulgar del Derecho expresamos: Decimos que tenemos un conocimiento vulgar o de hecho, cuando nos referimos al conocimiento intuitivo del derecho a eso que Kant llama el conocimiento empírico sensible y es el que sirve a todo hombre de conciencia honrada para manejarse honradamente en la vida; es conocimiento intuitivo del derecho el que corresponde a la costumbre porque antes de llegar a la legislación y después que pase o que este madurada en las ciencias jurídicas se hace conciencia en el espíritu de cada hombre.- Corresponde al conocimiento vulgar de las ciencias de la naturaleza, al conocimiento de hecho, conocimiento desoculto dislocado o de facto que puede ser exacto o verdadero, pero que no está conectado con otros conocimientos.- Este conocimiento vulgar, desde luego, influido por reglas que más o menos aspiran a los términos de la ley lógica.- Este conocimiento

(1) Challaye Felicien: Metodología de las ciencias.- Ed. Labor Tomo 390 paginas 19 y siguientes; 24 y siguientes.- Traducción del francés de Emilio y Edith Tech de Haidobro.- Año 1935.-

(2) Passolano Bruno Ventura: Lecciones de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de La Plata.- Insctas. Curso de 1937.-

no dependa de la educación ni del hábito, no depende tampoco de la naturaleza de las cosas sino que innato como ya lo había observado Aristoteles Seneca, San Agustin; cuando decían: El verdadero conocimiento es el que depende de causas; el "Quot sit" de Aristoteles; el conocimiento de derecho de San Agustin; "vero scire per causas est scire" decía Bacon en el Nouva Organum, refiriéndose tanto al conocimiento científico como al vulgar o de hecho, que nos abre el camino a la indagación del conocimiento propiamente científico o lógico de causalidad o finalmente de derecho".-

Concluida esta exposición nuestra sobre la intuición sensible; es interesante dar una visión de conjunto más amplia de este problema de la intuición en general, no obstante no ser tema que nos hubieramos propuesto estudiar profundamente; pero que destacamos a través de la exposición de Hessen, para poner en evidencia las distinciones que se vinieron realizando de antes, a las dos formas fundamentales de la intuición que hemos destacado aquí, y del conocimiento científico, particularmente como se ha discutido el mismo en filosofía de la religión o teología.-En la obra que citamos y tomando una definida posición en la solución del problema dice: "Al exponer la historia del problema de la intuición hemos visto el importante papel que la teoría del conocimiento intuitivo místico de Dios ha representado en la historia de la filosofía y de la teología.-Desde San Agustin que sentó la teoría, continuando a Plotino, y la introdujo en la mística cristiana de la Edad Media, corre una línea casi continua hasta el presente, en que Scheler en su obra "De lo eterno en el hombre", considerara justamente como el fin de sus esfuerzos en Filosofía de la religión presentar de un modo más claro cada vez ese contacto inmediato del alma con Dios, contacto que San Agustin se esforzaba por rastrear siempre en la experiencia de su gran comarón y expresar en palabras con los medios del pensamiento neo-platónico.-"Los defensores del intelectualismo religioso que solo admiten un conocimiento racional discursivo, en la esfera religiosa, como Geysser, Messer y otros, parten de un supuesto falso.-Confunden la religión con la metafísica.-En la esfera metafísica solo hay un último término un conocimiento racional.-Como hemos visto la razón tiene la última palabra.-Pero los filósofos aludidos no ven que Dios, no es objeto de la metafísica es todo todo distinto del Dios de la religión.-Aquel es un ser, este es en primer término un valor.-Y como todos los valores, también el valor de Dios nos es dado exclusivamente en la experiencia interna.-Dios no llega a nuestra presencia en la actitud metafísico racional, sino solo en la experiencia religiosa.-Debemos oponer al intelectualismo religioso el hecho de que la certeza que el hombre religioso posee ^{de Dios} es de una índole completamente distinta de la que se obtiene mediante complicados razonamientos metafísicos.-Si la fé religiosa en Dios reposara en semejantes bases, no poseería esa absoluta invencibilidad, que tiene efectivamente el hombre religioso.-Nadie se ha dejado martirizar hasta ahora por una hipótesis metafísica; pero millones de hombres dentro y fuera del cristianismo, han derramado la última gota de su sangre por su fé en Dios.-Este hecho habla un lenguaje claro para todo el que no tenga prevenciones.-"

Dejamos aquí concluida nuestra exposición, para adquirir una noción de conocimiento y sus formas; si nos hubieramos propuesto adquirir algo más que esta noción simple, la bibliografía que hemos consultado nos lo hubiera permitido, aparte de que cambiando el proposito, la hubieramos ampliado, sin pretender, claro está, agotar la misma, cosa casi imposible en este tema, dado la inmensa cantidad de obras existentes acerca del problema gnoseológico.-

La noción de conocimiento que hemos alcanzado como así sobre sus formas nos facilitara la investigación de tópicos futuros de entre los que el año inmediato cuyo contenido se refiere al concepto de ciencia, veremos en el próximo apartado.-

CONCEPTO GENERAL DE CIENCIA.-Corresponde ahora enunciar o definir; es posible abarcar en una definición o en un concepto general, lo que entendemos por ciencia, como así también para alcanzar una clara comprensión del mismo cuáles son sus caracteres; y las condiciones que debe reunir una investigación científica, incluso las condiciones requeridas por la sistematización de los caracteres de la labor científica, de todo investigador.-

Para no extraviarnos, es tarea previa alejar del camino que vamos a seguir, algunas dificultades, provenientes de prejuicios, falsos supuestos y posturas ficticias de quienes han caído en el olvido que científica puede ser "la más modesta pero minuciosa descripción hasta el descubrimiento de una fórmula" y que el carácter de científico no es un don, patrimonio exclusivo de las gentes que cultivan las ciencias, sino que puede estar en la idiosincrasia, en la personalidad, en el ser de cualquier mortal -habrá quienes no lo posean- y la excepción pone en evidencia que lo general y corriente es lo contrario -la excepción justifica la regla- y puede ponerse a prueba tal carácter en la primera oportunidad brindada para el ejercicio plena de esas cualidades.- Tampoco debemos olvidar que la casualidad y en otros la intuición ha sido un factor importante en muchos descubrimientos científicos, a cuya revelación no científica, siguió claro está, aunque no se hubiese buscado por procedimientos científicos; una explicación científica y una presentación de forma y materia del fenómeno descubierto, rigurosamente científica también.-

Estos principios directores nos servirán para no caer en exclusivismos anticientíficos, y refinos con la más incipiente y elemental cultura a cuyo resentimiento contribuye con singular y triste eficacia, las posturas pedantes y de ignorante engreimiento de quienes hacen de la ciencia una actividad solo accesible a una clase o casta de personas, según tal concepción- privilegiadas por la naturaleza, con dones excepcionales, y a quienes sería necesario rodear de comodidades, para el ejercicio de este ministerio tácitamente impuesto por la naturaleza; olvidan quienes piensan así que los grandes descubrimientos científicos, que la vida de los científicos eminentes con que cuenta la humanidad; esta acompañada siempre de una historia de sacrificios privaciones y hasta persecuciones; como si fuera el alto precio que la cultura o la naturaleza exigen para la revelación de sus innumerables reservas y misterios; y la humanidad para no ser inducida a error o engaño.-

La ciencia no es eso y los científicos tampoco.- La ciencia tiene contacto permanente con la vida, y la vida de ella reside en primer término en su supuesto fundamental y primigenio: la vida humana de la cual recibe en hábito existencial permanente, que retribuye con la eficacia y utilidad de sus resultados; lo cual traduce la profunda aspiración práctica que inspira a la ciencia y a la vida, según el concepto de Capograssi.- "La ciencia para la vida, pero no la vida para la ciencia" es lo que resulta ser el concepto objetivo, verdadero y cierto, de la reciproca penetración de la vida y la ciencia; no obstante la excepción de quienes consagran su vida con exclusividad a la ciencia- aspecto subjetivo- lo que no altera la visión objetiva de este problema.-

Hemos puesto así con mucha facilidad por cierto, algunos jalones en el camino a recorrer, que al marcarnos con caracteres inconfundibles el sentido cultural y humano de una actividad del intelecto, nos asegura la imposibilidad de desviarnos de su auténtica dirección.-

Más difícil ha de resultarnos fijar el concepto de ciencia y antes de tomar algunos ya elaborados debemos prevenir al lector, sobre los defectos que contienen, particularmente la marcada orientación naturalista, de ciencia en el sentido de investigación de lo natural, en que muchos de ellos caen, con exclusión del concepto objetivo de ciencia, que sea comprensivo de todas las ciencias empíricas, culturales y naturales.-

Es sin duda históricamente explicable el vicio de estos conceptos de ciencia, de acentuada corriente naturalista, sin referirse ni insinuar siquiera la posibilidad de ciencias culturales; en razón del extraordinario progreso, fundamentación y estructura metodológica de las ciencias naturales en el siglo XVII y XVIII y de este último en los fines, la obra de Emanuel Kant, que fija con caracteres permanentes inconfundibles el concepto de naturaleza y su ley metodológica: "de la existencia de las cosas en cuanto son determinadas por leyes universales" todo lo cual proyecta un haz de luz tan poderosamente diáfano que no permite ver, hasta que se desborde en conclusiones y consecuencias inverosímiles, que las ciencias naturales y la metodología de la investigación natural, ni tienen con exclusividad el dominio de la ciencia y que la firme y clara concepción de la naturaleza, por Kant, más que asegurarle el dominio con exclusividad del campo científico, lo recluye en sus justos límites, dejando libre y abierto a la elaboración de unas nuevas ciencias con caracteres y metodología propias el vasto campo, que la ciencia natural y su metodología no puede invadir, so pena de fracasar rotundamente; vasto campo este en que con el tiempo transcurrido desde Kant a nuestros días, fecundose con una simiente nueva y vigorosa cuyo crecimiento y producción amenaza incluso en el terreno filosófico y metafísico la soberanía de las concepciones del mundo y de la vida a base de especulaciones netamente naturalistas.-

Pero no solo en los conceptos, sino también en los caracteres del científico predomina en la opinión de ciertos autores esta corriente naturalista que unilateraliza la concepción objetiva de la ciencia y de lo científico; error también explicable, porque si ya está en el concepto en la premisa fundamental, que es la base de la especulación sistemática de sus consecuencias, el error informa la estructura toda, y se reproduce en la conclusión.-

Nosotros hemos de valernos de estos conceptos que aunque unilaterales, nos serán útiles para la elaboración del concepto de ciencia que buscamos; ya que su imperfección, su error o su manifestación incompleta, nos hará resaltar, por oposición, el recto sentido que debemos encontrar.-

Pero antes de entrar directamente a la investigación del concepto de ciencia y los caracteres lógicos de la misma, veamos como se manifiestan como necesarios en el espíritu del hombre, en su voluntad y en su inteligencia, tales caracteres, que van fijando jalones en los grados de su evolución; y que coinciden en lo fundamental con los órganos de conocer que hemos visto, encuentra en el hombre Heussen.-

En el transcurso de la exposición ha de sernos muy útil la distinción fundamental que ha quedado esbozada en parágrafos anteriores entre ciencia natural y ciencia cultural, particularmente la diferenciación me-

totalógica de Likert cuyos rasgos esenciales ya vimos, y cuya sistematizada exposición sobre el particular prometimos hacerle más adelante; con lo cual al finalizar la tarea y abocarnos a la concepción, pura y simple, de nosotros grabada ya en nuestra mente además de todos los caracteres del concepto objetivo de ciencia, la distinción a que aludíamos, lo que nos ayudara a no inclinar el concepto hacia una o hacia otra, vale decir nos permitirá ensayar un concepto objetivo de ciencia.-

Esta investigación nos obliga y nos lleva inconscientemente a estudiar los caracteres de la personalidad humana enunciando en principio los fundamentales partiendo entre ellos podamos extraer el científico y analizarlo en sus notas peculiares.- De estos caracteres cada uno ha tenido una época en la edad del hombre de franco predominio; por lo que remontados en los tiempos pretéritos de la vida humana, destacando la evolución, llegar a la época en que predomina el carácter científico analizando así a sus particularidades esenciales.-

En la edad primitiva se destaca en el hombre su carácter predominantemente práctico -dice Thomson(1)- a través de su vida y sus actividades que al decir de Aguillo vivía en cavernas, sin fuego, sin instrumentos, sin método, sin estaciones climatológicas, sin provisión, una vida de ensueño totalmente ajena a la ciencia, sin principio de manifestación siquiera en él, de los caracteres artísticos, científicos y filosóficos.- Se exterioriza este carácter en una constante actitud de hacer y no de pensar, si bien tiene una percepción exacta de los hechos un desarrollo perceptivo del instinto y un profundo sentido social.- Este carácter práctico lo encontramos también hoy en los hombres y es muy respetable como los demás, pero cuyo predominio en él como en épocas pretéritas solo a esta queda reservado y por excepción cuando se exagera, unilateraliza al hombre materializándolo y aunque pienso que vive en el verdadero mundo real, se encuentra a veces en el más irreal de los mundos y desprovisto de ideales.-

Cuando el hombre alcanza su predominio sobre las demás especies de la tierra -continuamos la exposición de Thomson-, construye su vivienda y dispone de elementos necesarios para la vida; aparece el goce genuino de lo bello; engendrando en él un carácter predominantemente sentimental; llevándolo a materializar en monumentos artísticos, en esculturas rudimentarias y otras manifestaciones de una vida artística en germen sus inclinaciones estéticas.- Al igual que el carácter práctico el sentimental tiene sus indudables virtudes: anima y colorea la vida es manual de simpatías y en el "seno de un mundo turbulento nos ayuda a descubrir la armonía oculta en el corazón de las cosas" Pero si se exagera, si no se admite el dominio del conocimiento científico, y el control de la práctica puede hacerse morboso y llegar a la insensatez. Puede manifestarse igualmente un exceso de sensibilidad como el exceso de acción.-

Por último aparece el carácter científico, la necesidad de penetrar en lo desconocido y que se manifiesta, dicha está, por una actitud cuya primordial finalidad es conocer, más que hacer.- "El carácter científico -dice el autor que seguimos sintetizando sus ideas fundamentales- no nos inclina a realizar directamente la idea de explotar y dominar la naturaleza, la realidad, lo desconocido, lo que ocupa un lugar secundario con la

(1) Thomson J.A.: Introducción a la ciencia.- Edición Labor Tomo 66. 3a ed. 1934.- Sobre el particular puede verse la excelente obra de Morgan Luis E. La sociedad primitiva e incivilización de las líneas del progreso hu-

consecuente finalidad de hacerlo posible; sino más bien nos empuja a con-
 tinuar la labor idealizando y conceptualizando lo que acabamos de cono-
 cer, la realidad que con la experiencia auxiliada de la razón hemos al-
 canzado a aprehender; y una permanente incitación a seguir conociendo,
 investigando porque como dice Compiere Thettham(1): "No parece haber lími-
 tes para la investigación, pues como ya se ha dicho, cuanto mayor es la
 esfera del conocimiento tanto mayor llega a ser la superficie de con-
 tacto con lo desconocido".-

El trabajador científico trata de aprehender la realidad y retener-
 la en la conceptualización o la ley; busca según un punto de apoyo a priori
 que la razón le da, la separación de lo esencial de lo inessential, de esa
 realidad que aprehende, y fija en el complejo de conceptos la esencial
 de esa realidad así seleccionado.- Trata de formar con la sistematiza-
 ción la trama que ofrezca a lo esencial de la realidad la mayor imper-
 seabilidad a fin de que quede aprehendida totalmente por el conociemien-
 to.-

Pero debe cuidarse el científico de las desventajas de la unila-
 teralización de ese carácter en demerito de los anteriormente expuestos,
 pues, puede caer en las desventajas de la descripción que hace Thomson
 (1) de un carácter exclusivamente científico que "puede llegar a antepo-
 ner la ciencia a la vida -como si la ciencia no se propusiera después
 de todo la evolución de la vida- o el de ignorar los buenos sentimien-
 tos -como si el saber no pudiera ser adquirido sino a tan alto pre-
 cio- o el de la pedantería -como si la ciencia fuera simplemente un ador-
 no para el aficionado a los estudios intelectuales, y no una educación
 del ciudadano.- También tiene el inconveniente de formar un espíritu
 desproporcionadamente analítico, que disecciona, más que construye, per-
 diéndose así el sentido de la unidad y de la armonía; o el de la obses-
 sión de torturarse por los hechos como si los hechos, por sí solo consti-
 tuyeran una ciencia.- En el hombre corriente cuando uno de los carac-
 teres se hace predominante sobre los otros, el resultado suele tomar
 aspecto de vicio: inhumanidad, sentimentalismo, pedantería, violencia con-
 tra la vida.- Una vida equilibrada representa el reconocimiento práctic-
 co de la trinidad de saber, sentir y obrar, convicción que produce, salud
 plenitud y alegría, como ha dicho bien Edward Carpenter".-

En un discurso inaugural pronunciado el año 1899 en la Asociación
 Británica, por su Presidente Sir Michael Foster -nos refiere Thomson-
 contestando una pregunta sobre las características que distinguan al
 trabajador científico, llegó a la conclusión de que eran principalmente
 tres a saber: En primer lugar su naturaleza debe vibrar al unísono con
 aquello de que se ocupa.- El buscador de la verdad comenzará por ser
 sincero consigo mismo, sincero con la verdad de la naturaleza, exigencia

(1) Compiere Thettham: Historia de la Ciencia. Edición Aguilar
 Año 1911.-

(2) Cp. cit.-

que es mucho más imperiosa, mucho más terminante que lo que se entiende vulgarmente por sinceridad.—Insegundo, lugar su espíritu debe estar alerta.—La naturaleza siempre nos está diciendo algo, siempre nos está susurrando las iniciaciones de sus secretos.—El trabajador científico debe hallarse siempre vigilante, agil para recoger las insinuaciones de la naturaleza aunque sean insignificantes, y para escuchar los murmullos de las cosas por tenues que sean.—En tercer lugar la investigación científica aunque representa un esfuerzo esencialmente intelectual necesita de la cualidad moral del valor; no tanto del valor que un hombre debe poseer para hacer frente a un dificultad imprevista como de otro más excelso: el de la firme convicción.— Y agrega a renglón seguido: "Insistiré en afirmar que en los hombres de ciencia no poseen ninguna virtud peculiar ni fuerza específica alguna.—Son personas corrientes en carácter es común la ciencia como ha afirmado Huxley, es el sentido común organizado, y los hombres de ciencia son hombres comunes, reclutados a la zona del sentido común".—

Aparece según lo expresado por Foster, como primera nota peculiar del carácter científico una sincera y veraz investigación de los hechos que Thomson describe así: "ante todo cerciorate de los hechos, he aquí un precepto fundamental de la ciencia bastante difícil de cumplir.—Aun en el estudio de problemas sencillos, a menudo es difícil captar los hechos correspondientes.—Hasta con relación a los acontecimientos más simples, es difícil formular una concepción exacta de lo ocurrido.—Ello se debe a la influencia del sentimiento artístico que poseen la mayoría de los hombres.—Debese así mismo a la inexperiencia de nuestros ojos, que solamente ven aquello que tienen facultad de ver —algunas poco ciertamente— y de otra parte a prejuicios, que hacen ver al hombre cosas que no debiera. Es debido también a la carencia de disciplina en el método científico; nada más común que una narración en la que se mezcla la observación directa con deducciones inconscientes de la observación, lo que representa una de las más vulgares faltas".—

La penetración en la trama de los hechos y de las cosas debe hacerse de modo exhaustivo, hasta que el espíritu investigador tenga hasta la plenitud la íntima convicción de haber llevado su tarea hasta el fin; por ello Thomson no deja de insistir en la necesidad también de la exactitud, cuya persecución se revela ya en el carácter científico como una pasión por la verdad.—

La cualidad de exactitud tiene, desde luego —dice Thomson— una gran variedad de expresión con matices muy diferentes, pero es del mismo carácter y tiende hacia el mismo fin.—La disciplina de medir y pensar sin dala alguna es a veces exagerada si se considerara como fin en sí misma, hace científicas fastidiosas por su falta de ilación con los problemas reales; pero quienes son propensos a la impaciencia deben recordar que tal disciplina influye y contribuye a ese entusiasmo "por la verdad, a ese fermento de sinceridad, que es una cualidad más estimable que la de saber mucho".—

Una segunda nota peculiar del carácter científico señala el autor citado, es la cautela que es preciso observar en la emisión de los juicios.—"El carácter científico acostumbra a suspender los juicios cuando los elementos recogidos son incompletos; a dudar de las conclusiones obtenidas con precipitación; a rehuir la aceptación de, que es especialmente atractivo por su simbolismo o por su sinistria.—Esta clase de trabajadores—continúa— son excepciones por naturaleza a la manera que lo fué

el apóstol Santo Tomás, circunstancia que no está en modo alguno en contradicción con la firmeza cuando la demostración es completa.—Una de las fuerzas indispensables de esta cautela y la más difícil de conseguir es la desconfianza con respecto a nuestros juicios personales.—Nuestras interpretaciones se hallan fuertemente coloreadas por experiencias propias y por nuestro medio social nuestras conclusiones pueden surgir de sugerencias sociales pero antes de pasar al campo de acción de la ciencia deben ser impersonalizadas.—Es decir el valor de una conclusión científica, a diferencia de una mera opinión depende de la eliminación del elemento subjetivo.—La clasificación de los hechos, el reconocimiento de sus consecuencias y de su relativa significación es misión privativa de la ciencia y la costumbre de forzar juicios sobre tales hechos sin dejarse guiar por los sentimientos personales, es la característica de lo que puede denominarse, la acción científica del espíritu.—

La tercera nota peculiar—afirma— es el deseo de claridad, la hostilidad hacia las visiones borrosas u oscuras.—Cuando trabajamos largo tiempo en un asunto y llegamos a dominarlo en todos sus extremos, se hace transparente.—Así por ejemplo el cuerpo humano se vuelve transparente para el hábil anatomista y el globo terráqueo para el hábil geólogo.—Del mismo modo y en un plano más elevado que el de la simple claridad óptica, los trabajadores de la ciencia luchan por esclarecer los problemas del mundo.—Lo que la ciencia sabe debe saberlo definitivamente, lo que ve debe verlo con precisión.—Dice un sabio aforismo de Bacon frecuentemente comprobado, por la historia que " la verdad surge más bien del error que de la confusión".—

Dice el autor que comentamos que la cuarta nota peculiar del carácter científico es la idea de interrelación de las cosas; la luz de esta idea se observa la Naturaleza como un sistema vibrante, más sólido y útilmente relacionado y se descubre un mundo de interrelaciones, una larga sucesión de causas, un tejido vital, una afinidad en las consecuencias que aparecen vinculadas por las ferreas cadenas de la causalidad.—

Indudablemente, como lo advertimos al iniciar el comentario de este autor, define este carácter, con una acentuada impresión naturalista, conclusiones referidas a las ciencias empíricas generalizadoras como lo son las ciencias naturales en las cuales el papel preponderante en materia de principios y concatenación de hechos está desempeñado como lo dice por la ley de la causalidad; pero aún así, a pesar de esta impresión de las ciencias generalizadoras en un concepto que se refiere por el autor con exclusividad a ellas al citar la ley que las caracteriza; sirve el concepto para las ciencias culturales, y por lo que pudiera gravitar la ley causal en las cosas y procesos que aquellas someten a su investigación, sino que vale el concepto de esta nota peculiar del carácter científico aún allí donde la investigación exige un estado peculiar de las ciencias culturales; un método histórico, como lo llama Mikert, que se desprecupa de los hechos en cuanto tales y las causas de su normal o anormal acontecer según la ley que los rige, pero se preocupa en cambio de captar su sentido referido a valores, su tenencia, su dirección, con el auxilio de un criterio, que facilita la selección de lo significativo e importante, que la conceptualización plasma en su seno; en cuya oportunidad será preciso auscultar la interrelación de los fines y valoraciones, de los elementos de una época, de un acontecimiento, no menos pasado e histórico aunque sea contemporáneo; de un documento etc. para reconstruir lo esencial de la individualidad que captaremos en el concepto universal por estar referido a valores, objetivos, universales, o absolutos.—

En conclusión confiesa Thomson que no ve en la necesidad de imitar en que no es preciso ver en la ciencia como el monopolio de los sabios, sino patrimonio de todos.—No debemos tener de ella la idea de algo impropio y ponderado, más o menos definitivo, sino de algo que vive en nuestro mundo e influye en nuestro trabajo.—Y tras a colación seguidamente palabras admirables dirigidas a los estudiantes en una disertación por Mr. Sanchera Branford, "la ciencia surge siempre de la voluntad e intención deliberada de cada uno de nosotros, según la cual nos orientamos a meditar sobre los principios de nuestro trabajo de un modo claro lógico y sistemático, cometiendo resueltamente nuestras conclusiones a la prueba de la experimentación; las denominadas ciencias son los estudios recopilados de tales meditaciones, más extensas, claras, sistemáticas, consistentes y adecuados a la realidad, porque ha sido comprobado con experimentos cuidadosos y repetidos ensayos".—

Lo que importa puntualizar —dice— es que el carácter científico no exige necesariamente para su desarrollo aquellos largos viajes por mar que tanto significaron para María Guxley, ni las extensas exploraciones y los largos aislamientos tan importantes para Humbolt y Wallace, ni dramáticas oportunidades como las que acontecieron a Pasteur, ni laboratorios espléndidamente equipados; ni instrumentos costosos.—Lo preciso es adquirir el hábito de certeza respecto de los hechos; lograr posición en su planteamiento y dominar la complejidad de todas las situaciones.—Estas cualidades no pueden adquirirse de un modo pasivo; el reino de la ciencia se ha de ganar por el esfuerzo.—El carácter científico solo puede crearse sintiendo activa y energicamente científicos.—No importa cual sea el problema a tratar, aunque en los comienzos deba ser alguno que exija la disciplina en forma de meditación o comprobación paulatina.—A menudo es útil, también seguir nuestras espontáneas inclinaciones hacia cualquier rama científica que nos atrae de una manera natural; pero es también útil que emprendamos alguna obra o trabajo difícil que fuerce nuestra imaginación".—

Dejamos así concluida la tarea de investigar los caracteres del hombre, más próximos al científico, y que integran en común su personalidad, como así las características que distinguen al investigador científico; correspondiendo que veamos someramente, algunas expresiones sobre la finalidad de la ciencia.—

Es indudable, que esta nueva distinción sobre la finalidad de la ciencia tampoco nos dará el concepto de la misma; pero en cambio como las características descritas anteriormente; pondrá en el ámbito inconmensurable de nuestra imaginación, donde la palabra ciencia produce prima facie una insondable sugerección; límites provechosos y viables jalones que en última instancia nos serán útiles para elaborar un concepto objetivo de la ciencia.—

Quizá la falta de claridad sobre los fines que persigue la ciencia o un errónea formulación dieron lugar en más de una oportunidad a largas controversias que sostuvieron la religión y la ciencia.—Para Thomson deben en longevidad estas discusiones existentes entre la ciencia y la Teología, la ciencia y la filosofía etc a una idea equivocada sobre la finalidad de la ciencia.—

El principal objeto de la ciencia —afirma— es la descripción concisa del mundo observable.—El hombre de carácter científico —continúa— llega a adquirir el conocimiento de determinados hechos que le interesan;

aspira a poseer una certeza íntima de ellos, desea adquirir experiencia sensible sobre los mismos, de un modo tan completo como sea posible.- El primer paso exige una cuidadosa observación crítica.- Esta labor de la ciencia que podemos denominar orientación hacia los hechos es mucho más difícil de conseguir de lo que se imaginan los que no han tratado de haberlo.- Existe una razón muy sencilla para que sea así: la de que las cosas no son siempre lo que parecen ser.- Y aunque la ciencia no plantea el característico problema metafísico de lo que se entiende por realidad tiene por su parte que distinguir lo aparente y lo real.- Si el Sol no sale ni se pone, la Tierra aparentemente fija es una esfera giratoria, el cuerpo inerte puede ser un vortice de móviles corpúsculos y así en muchas otras cosas.- Si la ciencia ha de fundamentarse solidamente debe tener la misión de distinguir lo aparente de lo real.-

Y así consecuente con lo que acabamos de ver, cuando el investigador ha observado los hechos que le interesan, ha distinguido que no hay apariencia sino que se trata de lo real; lo analiza para extraer su individualidad íntima esencial de las peculiaridades que los distinguen de todo otro, y selecciona lo más significativo o importante de su peculiaridad, según resulten de su referencia al valor hacia el cual tiende el sentido original y principal de aquella individualidad; operación que caracteriza a las ciencias de la cultura; no así a las naturales que tratan de ver en cada hecho uno de los demás iguales de la especie, y tratan mediante tal observación de establecer la ley, la generalización que los comprenda a todos.-

Hacemos las cosas más inteligibles -dice Thomson- cuando distinguimos lo general que existe bajo lo particular, la ley permanente que se oculta bajo la circunstancia eventual, y estos del punto de vista natural es exacto más no del cultural, en la que hemos visto la individualidad destacarse en sus diferencias, para acentuarla como tal individualidad y referirla al valor hacia el que está puesta su sentido o dirección, la cual es esta su universal significación que se halla comprendida precisamente en el valor a que va referida.-

Por otra parte -dice Thomson- "que lo que presta carácter científico a un estudio no es desde luego la naturaleza de las cosas que trata sino el método que se aplica para el conocimiento ~~experimental~~ de las mismas y en cuanto al objeto de la ciencia que abarca todos los hechos de la experiencia, es necesario llamar la atención respecto de tres puntos: 1º antes de que la ciencia comience realmente, precisa una selección, a saber es necesario para distinguir los hechos que suponen visto por la mirada inexperta, de los hechos claramente definidos.- 2º Los hechos que admite la ciencia son reales y al decir reales expresamos algo que no se puede hacer sino hallar -diríamos nosotros- aprehender.- 3º Solamente la ciencia se ha impuesto a sí misma una norma estricta en consideración a su objeto.- Según dicha norma, la ciencia debe abarcar solo aquello que pueda ser expresado y comprobado".- "El carácter descriptivo de la ciencia debe tenerse en el sentido técnico de la palabra vale decir, es preciso una descripción genuinamente científica, y afirma adoptar en ese sentido un punto de vista sostenido por autoridades como Kirchhoff, Mach Karl Pearson y Ward cuando exponen que: "la misión de la ciencia es la descripción completa y sólida de los hechos experimentales del modo más sencillo posible".-

Será necesario en la exposición descriptiva reducir la realidad aprehendida a categorías y conceptos para satisfacer el anhelo, la aspiración

ración constante y permanente de la ciencia, la previsión, el dominio de lo esencial de la realidad heterogénea y continua, irracional; hecha por ella racional, discreta y homogénea.-

Por otra parte y respecto del objetivo de las distintas ciencias cabe decir con Thomson que la nota que define a una ciencia no es su materia sino sus puntos de vista y la clase determinada de cuestiones que investiga.- Esta expresión, en una obra de acentuada o exclusiva corriente naturalista, es sin duda de una poderosa sugestión sobre la distinción de las ciencias en naturales y culturales por cuanto ninguna ciencia tiene el exclusivo y total dominio de la realidad, ni no que solo lo alcanza en aquel aspecto en que dirige sus investigaciones.-

Damos por concluida esta parte de los caracteres y finalidad de lo científico; entrando ahora directamente al estudio de algunos conceptos o definiciones de ciencias, para luego esbozar nosotros, uno general, objetivo que sea comprensivo de todas las ciencias empíricas: naturales y culturales.-

Según Platón(1) por conducto del diálogo entre Sócrates y Teetetes, la ciencia sería el juicio verdadero acompañado de su explicación concepto que Teetetes trae a colación cuando Sócrates destruye su anterior supuesto de que la ciencia es sensación. "Recuerda Sócrates -dice Teetetes- una cosa que he oído decir a alguno, y que había olvidado.- Pretendía que el juicio verdadero, acompañado de su explicación, es la ciencia y que el que no puede explicar esta fuera de la ciencia; que los objetos que no son susceptibles de explicación no pueden saberse y que los que son susceptibles de ella son los únicos científicos".- A lo que Sócrates responde después de una larga disertación dentro de su dialéctica habitual, "e hacer que se pronuncien los que con él conversan; "En este sentido el juicio verdadero ira siempre acompañado de explicación en todos aquellos, -he pensado con exactitud sobre cualquier objeto, y jamás se da en el juicio verdadero sin la ciencia" Y si bien al final de diálogo acompaña Sócrates como una definición de lo que es la ciencia, la sensación, el juicio verdadero o este acompañado de su explicación, dejando ascendida en la sutileza de su dialéctica su opinión sobre el problema; nos suministra en cambio elementos de juicio de trascendental importancia para el concepto de ciencia con los cuales podemos alcanzar la noción que buscamos.-

Más antes de esbozar el concepto, busquemos de aclarar el camino a través de otros conceptos por otros entidos tratando de descubrir en ellos lo que hay de error y de cierto.-

Daremos en primer término el concepto naturalista de ciencia de Dampier W. G. -Dampier Whotham (2) que dice: "la ciencia puede ser definida, como un conocimiento ordenado de los fenómenos naturales y de las relaciones entre los conceptos en que se expresan estos fenómenos".-

Platón: Diálogos.- Teetetes o de la Ciencia.- Tomo III. Páginas 5 a 134.- Edición de la Universidad Nacional de México.- Año 1922.-

(2) Op. cit.-

Notamos en su dirección naturalista que el concepto excluye la posibilidad de toda otra ciencia que no sea la natural; más aún cuando en tal definición no entran dos conceptos del autor, que debemos consignar a fin de no hacerle aparecer como desconocido, el aspecto de la realidad reservado a las ciencias culturales; si bien no consigna en la definición persistente en la antinomia de histórica herencia, entre los naturalistas, de tomar a las ciencias naturales como la ciencia misma, y aquellas como seminábricas exclusivas de esta última.-

Así al comienzo del prólogo y buscando en el origen de la palabra ciencia su significado literal y estableciendo además lo que invalucra el término en su significado más próximo en el idioma alemán dice: "la palabra latina scientia (de scire: aprehender, conocer) en su sentido más lato significa sabiduría o conocimiento.- Pero es corriente emplear la palabra ciencia en un sentido restringido a la ciencia natural, si bien el vocablo germano más cercano Wissenschaft, comprende todo estudio sistemático, no solo de lo que nosotros llamamos ciencia, sino también de las disciplinas históricas, filológicas, o filosóficas.-"

El autor, como vemos, ante el concepto y a renglón seguido trasunta la intranquilidad que le trae la falta de comprensión o el uso indebido, de un término común, que se apropia con exclusividad; y hace las aclaraciones que hemos visto, terminando a su vez, después de describir la evolución de la ciencia: "En tales momentos históricos la ciencia física parece ser suprema, por más que toda su grandesa y su poder creciente no bastan para representar el conjunto de la existencia.- La ciencia puede trascender de su propia esfera natural, y ser utilizada para criticar otras modalidades del pensamiento contemporáneo e incluso ciertos dogmas en que los teólogos han expresado sus creencias.- Pero para contemplar la vida invariablemente y observarla en su conjunto, necesitamos no solo de la ciencia, sino de la ética, del arte de la filosofía, necesitamos la percepción de un misterio sagrado, el sentido de la comunión con un Poder Divino que constituye la base de la religión".-

No ha satisfecho al autor citado, sus aspiraciones a una concepción amplia del mundo y de la vida, la investigación que practicara de las ciencias naturales y sus especializaciones en las ciencias físicas; reconoce la necesidad de otros horizontes que a su juicio escapan de los límites de la ciencia, lo que nosotros admitimos también, pero no en la extansión que le da el autor, si no mucho menos, por cuanto mucho de lo que él cree fuera de la ciencia, y patrimonio exclusivo de otras disciplinas, nosotros habremos de encontrarlo en la ciencia misma, aunque no natural, sino cultural.-

Ahora, veremos después de una breve síntesis de los caracteres fundamentales del proceder de las ciencias culturales el concepto de ciencia que esboza Fickert, sostenedor de la distinción metodológica de las ciencias como ya se dijo y uno de los principios sistematizadores de este punto de vista fundamental.-

Hace destacar Fickert que las ciencias naturales proceden por generalización mientras que las ciencias culturales son individualizadoras y se rigen por la referencia a valores para alcanzar la universalidad que exige el saber científico.- Así -dice- es en el fondo una verdad vulgar, el decir que nadie se preocupa de la individualidad de los objetos, si esta no es importante o interesante, esto es si no está en relación alguna con valores.- (1). Científico alguno no puede llamarse una exigencia

científica
 (1) Wissenschaft también afirma: nadie se ocupa de lo que no es valioso.- Filosofía

individualizadora sino cuando los valores que la dirigen son valores universales o valores de cultura.-Si faltan esos valores universales los objetos no tienen significación científica, más que como ejemplares de una especie.-Por último la valoración o referencia a los valores puede establecerse por la idea de una elaboración científica ulterior, y así puede producirse una exposición individualizadora la cual, faltándole, toda relación con los valores universales de cultura, habrá de considerarse solo como una colección de materiales.-Si así, el establecimiento de los hechos no es por sí solo una ciencia.-

Si por -caso-continua Hiebert(1)- se encuentran que este concepto de la ciencia es harto estrecho, piensese que sin un concepto que preceda de las simples labores preparatorias y colecciones de materiales fuera imposible en general una teoría sistemáticamente organizada de la ciencia.-La vida científica es también vida histórica -y justamente según nuestra teoría, no cabe aprehenderla sin dejar residuos, en un sistema de conceptos universales, tan pronto como se tome en consideración toda su multiplicidad.-Que intereses tan extraordinario no tienen muchos hombres en conocer, v.gr. la configuración del Polo Norte? En este interés científico? En la mayor parte de los hombres es seguro que no.- Para los hombres científicos tiene la configuración individual de los polos la consideración exclusivamente de un material para la formación de las teorías universales? La lógica no puede desahucarse a tratar estas cuestiones y ejemplos de esta clase que no debieran utilizarse como argumentos lógicos.-Les falta la significación típica universal, que da a su explicación una utilidad metodológica.-A una teoría de la ciencia que quiere formar un sistema solo le es lícito esperar que podrá ordenar las formas principales y fundamentales de la ciencia.-

Pero aun cuando alguien se resistiese a admitir -dice el autor citado- que sean simples labores preparatorias esas exposiciones individualizadoras, que se presentan acá y allá, y para las cuales no es posible señalar un punto de vista de valores universales directivos, nada podrían demostrar esos casos excepcionales, contra un ensayo que desde un principio, ha declarado que a las líneas que quiere trazar para orientarse, no les corresponde exactamente una realidad, como así mismo le sucede a las líneas que el geógrafo traza sobre el globo terrestre para orientarse en él.-Más no por eso pierden esas líneas todo su valor.-Y especialmente tal o, cual excepción aislada no puede alterar, en manera alguna, nuestro resultado: los conceptos de ciencias naturales generalizadoras y de ciencias culturales individualizadoras caracterizan las dos tendencias principales del trabajo científico empírico, tanto lógica como objetivamente, por más mucho más profundo que la usual contraposición de ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu oposición esta que ha llegado a ser totalmente insignificante desde que la palabra espíritu ha perdido su sentido característico.-

Estamos ya en el punto final de este capítulo, en el que buscamos un concepto de ciencia, y al llegamos después de pasar por los caracteres del científico y la finalidad de la ciencia.-

Debemos esbozar en consecuencia la noción o concepto de ciencia que nos habíamos propuesto encontrar; de modo que no peca de unilateralidad por inclinarse a las ciencias naturales o culturales con exclusividad ni que fuera vacía de contenido como la que nos proporciona Chailley(2) al

Hiebert

(2) Op. cit.-

decir que: "la ciencia es un conocimiento colectivo referente a lo universal" pues nosotros sin caer fuera del aspecto comprensivo del todo que pretende abarcar toda definición, y sin despojarla de la estructura lógica que pudiera tener, podremos esbozar, con el auxilio de las útiles referencias de Sikker, un concepto más amplio y concreto, a la vez que nos da realmente un conocimiento de lo que es la ciencia, y no una noticia en cierta manera vaga y que parecería excluir el conocimiento individual de lo universal o hacer obligatorio el conocimiento universal en forma colectiva lo cual nos demuestra que mucho más lógico es no referir a situaciones de carácter personal ninguno de los elementos que componen el concepto de ciencia.-

Para nosotros, de acuerdo con lo que hemos investigado podría definirse la ciencia como la sistematización en conceptos fundamentales de lo esencial de la realidad, apprehendida inmediatamente, según un principio director, que constituirían un complejo armónico, de alcance universalidad por el valor intrínseco de la ley en lo natural, y por su referencia a valores, absolutos o universales, a lo cultural.-

CAPITULO II

Sumario: Caracteres lógicos de la ciencia.-la certidumbre; la causalidad la ley, y el método.-Distinción metodológica de las ciencias: ciencias naturales ciencias culturales.- El concepto y la intuición.-La teleología.-La teleología en Rickert.-

Al realizar el análisis del carácter científico en el hombre, tocamos muchos puntos de coincidencia con los caracteres lógicos de la ciencia, particularmente incluso cuando se formularon reglas a las que debía ajustarse la labor científica; y no podía ser de otra manera, dada la íntima penetración e influencias recíprocas entre la actividad misma y el que la ejecuta.-

Los caracteres que constituyen la estructura formal de todo contenido científico, o de toda investigación, son puntos de partida, caminos de orientación y puertos de arribo; ya que en el desarrollo de esa actividad habrá que terminar siempre y en cada resultado que se alcance, con la más absoluta certidumbre y para que pueda ofrecer carácter científico habrá que plasmar el resultado en una expresión transferible, para lo que ha de auxiliarnos la lógica, haciéndolo desde el comienzo, paulatinamente hasta alcanzar el resultado; con lo cual se impone la necesidad de un método, que será de los ya concebidos y por diversos usos, usados simplemente o combinados, según lo exija la actividad de la ciencia respectiva; actividad que en conjunto pueda denominarse la metódica firme en que habrá de equilibrarse el valor científico del resultado; metódica que para ser completa ha de ostentar caracteres de pureza para cada ciencia, lo cual no ha de entenderse como acortadamente lo afirma Feuer, como exclusión del resultado, de otras ciencias que puede utilizarse legítimamente para la obtención del propio resultado; lo cual necesariamente deberá contemplarse, mediante la interferencia de métodos.-

Hemos destacado pues los caracteres lógicos primordiales de toda ciencia y habremos de investigar en que consiste cada uno de ellos a saber: la certidumbre, la causalidad, la ley el método y una vez que se haya establecido de modo definitivo la distinción entre ciencias naturales y culturales, estudiaremos los caracteres ~~razonamientos~~ fundamentales siguientes: el concepto; la intuición, la teleología, la referencia a valores, todos cuales constituyen en común los caracteres de la ciencia en la amplia acepción del vocablo, con la significación que le damos en nuestra definición; pero que según los hemos divididos tales caracteres lógicos son utilizados con preferencia por una u otra de las ciencias empíricas.

La Certidumbre.-Es este carácter medio y fin, según se aplique al método o al resultado; pues así como debemos estar seguros de que el procedimiento usado es el más indicado para alcanzar la verdad, debemos igualmente tener la demostración hasta la evidencia de los hechos que constituyen el motivo de nuestra preocupación científica o sea el material de nuestras investigaciones; tan pronto tengamos esta certidumbre se abre una nueva vía, la certidumbre de las reflexiones que nos ha ya sugerido la observación, comparación y análisis del material con el me-

todo empleado y por ultimo necesitamos la certidumbre absoluta de los conceptos o leyes que aspiramos a formular.-

Sobre la forma de alcanzar esta certidumbre, ya hemos visto los consejos de Thomson(1) y a la manera de una rapida enunciación de ellos debemos recordar en primer término la imperiosa exigencia de observar cautela en los juicios, suspendiéndolos mientras no se funden en la absoluta seguridad de los hechos observados y la verdad de lo afirmado; que se excluya todo interes, tendencia o pasión que no sea exclusivamente científico en las conclusiones a que se arriba; por último la absoluta eliminación del elemento subjetivo dejando nuestro espíritu total y plenamente dominado por el aspecto objetivo de la cuestión.-

La CAUSALIDAD.- Dentro de la investigación natural debemos admitir como cierto que la misión de la ciencia consiste en la descripción de los fenómenos de la Naturaleza segun la ley de causas y efectos, como así los procesos que en la misma nacen existen y se suceden.-

"Todos los cambios acontecen segun la ley del enlace de causas y efectos" dice Kant(1), estableciendo esta ley de la causalidad como una categoría, un a priori (de relación), condicionante y formal, fundamento de la experiencia misma y por consiguiente producto exclusivo de la razón.-

Sin embargo Stuart Mill -al decir de Chalaye(2)- ha puesto en duda y ha combatido esta posición de la ley causal como un producto de la razón, sosteniendo en cambio que la conocemos a través de la experiencia que tenemos, del curso uniforme de la naturaleza, que en otros sistemas planetarios pudo realizarse al azar, o en el propio en tiempos que nos son desconocidos: "Solamente la experiencia ha demostrado al hombre, que por lo referente a nuestro sistema, planetario, o en el transcurso de muchos millones de siglos, las mismas causas producen los mismos efectos".

Esta teoría de Stuart Mill, ha sido severamente criticada y contenida lo contrario, en base a la necesaria unidad del pensamiento, y fundándose en la conclusión de Kant.-

Expresa Del Vecchio que "coordinados bajo la ordenación sistemática segun la ley establecida de causalidad, se obtiene una sistematización y elaboración de los datos empíricos, atendiendo a ellos en consecuencia no segun su individualidad y sus características significativas e importantes, sino, en relación con un fenómeno precedente, que necesariamente debe haber determinado aquel; estableciéndose así una sucesiva concatenación de los mismos, de modo que el hecho condicionado es a su vez condicionante del subsiguiente a él, en cuya doble calidad de causa y efecto cada fenómeno participa como elemento del orden universal".-

Bajo esta ley de la causalidad se nos presenta una visión sintética de la naturaleza, ley que no se deriva de la experiencia sino de una necesidad intrínseca de una particular exigencia del pensamiento; por lo cual sabemos de antemano que todo fenómeno ha de tener una causa, y sobre esta certeza a priori descansa la concepción estrictamente científica de la naturaleza; por el valor universalmente aceptado del principio de causalidad.- "En este sentido -dice Del Vecchio- tuvo razón Kant al afir-

(1) Kant Emanuel: Crítica de la razón pura.- Traducción del abate José del Perojo.- Páginas 220 y 317.- Editorial Losada. Año 1933.- En la primera edición de la Crítica de la razón pura, el principio se formulaba así segun el traductor: "Principio de la causalidad.- Todo lo que acontece (que comienza a ser), supone alguna cosa a quien sucede segun una regla.-"

(2) Op. cit.

(3) Del Vecchio: "La causalidad en la naturaleza y el pensamiento".

mar que el intelecto es legislador de la naturaleza, y que sin intelecto no habría naturaleza.—Pero si el principio de causalidad es totalmente legítimo para la ciencia y hasta en el supuesto de toda consideración e investigación científica, sin embargo, de sus mismos caracteres, resulta la limitación de su valor para la interpretación del mundo.—ante todo es evidente que solo se aplica a los fenómenos y solo nos da de estos un conocimiento del todo relativo y externo.—con tal principio no es posible explicar un fenómeno sino mediante la referencia a otro, el cual, a su vez se remite a un tercero y así indefinidamente.—El criterio causal permite pues, una noción de la realidad como serie, pero no da ni el principio ni el fin de esta serie.—No da el principio porque considerado bajo ese aquel criterio, estos es como momento en el orden de la necesidad fenomenica, un principio sería un efecto sin causa; y no da el fin porque bajo la misma consideración, un último dato significaría una causa desaprovechada de efecto.—Por lo tanto, la explicación causal del mundo es necesariamente incompleta, y su radical deficiencia se demuestra también por lo siguiente: la ley de la causalidad no tiene sentido sino con respecto a los modos de ser, o sean las modificaciones que acontecen en la realidad supone, pues, una realidad existente, que es como decir un substrato o una substancia que soporte y produzca las variaciones.—Pero de esta substancia —que en primer aspecto llamamos fuerza o materia y es el segundo fuerza o energía— la ley de la causalidad es incapaz de dar un idea cualquiera, como también es incapaz de explicar su origen: porque precisamente solo sirve para explicar el tránsito de un estado a otro, de uno a otro modo de ser; no el tránsito del no ser al ser, de la nada a algo.—La ley de la causalidad sería seriamente violada y contradicha por un fiat ex nihilo, de donde resulta que para poder aplicarla, nos vemos precisados a integrarla, admitiendo a priori que hay una substancia eterna o indestructible.—El postulado de la indestructibilidad de la materia y de la energía sirve verdaderamente de base a todas las ciencias físicas como la misma ley de la causalidad, mientras igual es por el mismo metafísico, es decir, rebasa el campo propio de aquellas ciencias que tienen por objeto solo los fenómenos.—Por otra parte la ley de causalidad en cuanto toma el fenómeno en una reducción sistemática que solo se preocupa del conseqüente y antecedente, deja un aspecto de la realidad sin caracterizar, un residuo en lo que se refiere a las cualidades y diferencias específicas de los fenómenos en cuanto no participan de la sucesión de antecedente y conseqüente; por tanto se hace imposible una apreciación de los diversos grados y valores de la realidad, y si aceptamos que se realiza en el mundo una evolución progresiva hacia formas más perfectas tanto más inadecuado resultará el principio causal que solo interpreta los grados de la naturaleza que en lo que tienen de homogéneo equivalente y recíproco" inadecuación que el autor sintetiza con el concepto de Petrone cuando dice: "que el principio causal es tanto más inadecuado, cuanto, más se pasa al aplicarlo, de las formas inferiores a las superiores de más la existencia".—

"La naturaleza —continua Del Vecchio(1) en estricto sentido físico,

(1) Del Vecchio Giorgio: El concepto de la Naturaleza y el principio del Derecho.—Traducción de Mariano Costañó.—Editores Hijos de Reus.—Año 1915 Madrid. Páginas 9 y siguientes.—

se manifiesta tal cual lo proyecta el principio de causalidad, aun cuando algo pueda alterar, o un pronunciamiento irregular de aquella uniforme y constante regularidad es sin embargo natural, no menos natural que aquellos fenómenos regulares y uniformes, en cuanto cae en ese acontecer uniforme y regular en el que encuentra su explicación; lo cual "constituye precisamente la naturalidad de todos los fenómenos" "Así la ciencia fundada en tal concepción de la naturaleza rechaza toda forma de valoración y apreciación en la cual se exteriorizaría la pretensión en la mente humana de imponer normas a la realidad e inyectarle criterios que no son del objeto sino del sujeto. — La idea de las causas finales que tanta parte tuvo ya en la Física antigua, sobre todo por obra de Aristoteles, es considerada en la moderna como un elemento perturbador o por lo menos inútil. Así a la circunstancia de apartarse de este concepto finalista de la realidad física es a lo que se debe gran parte del adelanto y progreso de las ciencias naturales, pero aunque unilateralizada tal teoría en algunos es el sentido de despreciarla en todo el ámbito del conocimiento en Bacon se present^{non} aceptadas las dos formas formas cada una a para su respectiva esfera de acción, para el mundo físico la causalidad, para el mundo metafísico la teleología, o sea como expresa el principio de las causas finales aplicable a las acciones humanas, cosa que rechaza Spinoza para quien hay un solo método "para comprender verdaderamente la realidad, y este se aplica a todas las cosas, de cualquier grado y especie; consiste en explicar las cosas según las leyes universales e inmutables de la naturaleza percibiendo así completamente su intrínseca necesidad" aspirando así a encerrar dentro del principio de la causalidad la pura objetividad buscada, tanto del mundo físico como de las concepciones y voliciones del espíritu rechazando no solo "una interpretación final de la naturaleza sino además la repulsa de cualquier criterio de apreciación de los hechos" insistiendo sobre el punto, D'Holbach, aún cuando no con la misma sutileza que Spinoza". —

Con lo expuesto queda demostrada la imposibilidad de cualquier postura finalista o intento valorativo dentro de la concepción causal o mecánica de la naturaleza, con lo cual no se destruye aquel principio, sino que se afirma para su particular función, respecto a los fenómenos que se puede ser considerados, sino por este único método, subordinados a esta única ley, a la que estarán subordinados todos los fenómenos naturales incluso los hechos humanos y sociales; e implica un gran progreso haber eliminado toda consideración arbitraria y accidental por lo natural determinado, admitiendo en consecuencia la explicación causal en cualquier parte de la realidad fenoménica; aceptando Del Vecchio en consecuencia a este respecto la tesis de Spinoza que incluía las acciones humanas — pero en cuanto son partes de esa realidad física — llegando a afirmar con Kant "que las mismas acciones, como fenómenos naturales, se hallan necesariamente determinadas y se podrían prever de la misma manera que los eclipses de luna y de sol cuando fuera posible conocer del todo sus antecedentes. — Pero aquí sobre todo conviene tener presente esta capitalísima verdad: que si la concepción causal es legítima y necesaria para cierta inteligencia de los fenómenos, no es, sin embargo, la única real y lógicamente posible". —

La Ley.—Se define la ley como la expresión de una relación constante. Frecuentemente se afirma que la ciencia en general y las ciencias en particular tienen por objeto establecer leyes.—Pero la ley que es la expresión de una relación constante, o de variaciones constantes y concomitantes, encierra o contiene una generalidad; y hemos visto, y lo veremos luego con mayor profundidad, que la generalización es el método típico aunque no exclusivo de las ciencias naturales; trabajan con leyes, son ciencias de leyes; y están de acuerdo en ello, con la lógica tradicional. Sin embargo hay ciencias que no se proponen establecer leyes, que no generalizan, ni buscan lo universal a la manera de las ciencias naturales; son las ciencias históricas o culturales que se preocupan de lo individual, en que el individuo es lo que interesa, destacar mediante el análisis de sus peculiaridades que lo diferencian de sus similares; peculiaridades que constituyen el material significativo e importante, que traducen el sentido revelante del valor al que esta referido.—

Las leyes de la ciencia natural, generalizadoras, encierran conceptos adquiridos por comparación, de las cosas dadas empíricamente y que pueden alcanzar en su universalización una extensión tan grande que ~~trascienden~~ trascienden lo realmente experimentado.—Pero debemos advertir por ello que esas leyes que recaen sobre los objetos de la experiencia como juicios universales se refieren a territorios de la realidad más o menos extensos, pero que nadie observó totalmente.—

Por otra parte cabe decir de estas generalizaciones que encierran las leyes de la ciencia natural; que han perdido mucho de su rango, por descubrimientos posteriores que vivieron a dar por tierra con muchas de ellas, no obstante la veracidad de sus comprobaciones, y el carácter universal que ostentaban.—Es cierto que esto no destruye su estructura lógica, pero da pie y salva de muchas objeciones a la concepción de la realidad según la metodología de las ciencias de la cultura; ya que se expresó con desden; negándole posibilidades científicas, que la historia por ejemplo debía escribirse de nuevo en cada nueva época; pero según lo que llevamos visto es la suerte que la evolución les depara a todas las ciencias.—Las leyes naturales han perdido mucho del concepto de infalibles en que habitualmente se las tenía antes.—Por eso Thomson trae la opinión del profesor J.H. Foynting que dice: que a las leyes físicas se las definían comúnmente como las leyes inmutables de la Naturaleza, y se las suponía suficientes para gobernar el Universo; solo podemos asignarles el modesto rango de meras descripciones, a menudo erróneas, de observaciones similares, que creemos haber visto.—

Concluye afirmando el profesor Foynting: "que una ley de la naturaleza no explica nada, ni tiene facultad alguna reguladora; no es sino una fórmula descriptiva, que los negligentes han personificado algunas veces. Pueden existir generalizaciones psicológicas y sociales que realmente nos dicen el porque ocurre esto o aquello, pero las generalizaciones propias de la química y de la física conciernen completamente al como, y no al porque.—En otras palabras a la vez que en nuestras concepciones de las leyes físicas, se ha originado el cambio en nuestra concepción de las explicaciones físicas.—El cambio se ha producido en nosotros al recordar que no explicamos un hecho al saber porque ocurrió, sino al saber como ~~se~~ se aparece a un acontecimiento ocurrido, en alguna parte, o de otro modo, cuando realmente podemos incluirlo como un caso definido por alguna ley ya establecida.—Es decir no nos preocupamos por el hecho sino por su comparación con la que ya conocemos.—

Refuerzan las palabras citadas la conclusión de Daupier(1) sobre la disipación de la materia, en moléculas, átomos, protones y electrones los que a su vez fueron separados en manantiales de radiación o en grupos de ondas; en una simple serie de hechos que avanzan desde un centro hacia el exterior.—En cuanto a lo que exista en este centro o al medio portador de las ondas no sabemos nada.—Lo que confirma la opinión de Rickert (2) que la física tiene seguro y describe con certeza "lo penúltimo" más nunca es capaz de "lo último".—

Son muchas las manifestaciones de especialistas respecto de la inevitabilidad de las leyes de la naturaleza, pero es evidente, que definitivas o transitorias, han prestado un eficaz concurso, para la consecución de las altas finalidades de la ciencia, las que han caído por nuevos descubrimientos u observaciones, afirman la existencia de un avance paulatino y cierto sobre lo desconocido, y un progreso por ende evidente de las ciencias, no obstante la observación de Daupier de "que cuanto mayor es la esfera del conocimiento tanto mayor llega a ser la superficie de contacto con lo desconocido".—

Nosotros, con lo expuesto solo hemos querido alcanzar un conocimiento racional de lo que es la ley, o el valor que debemos asignarles a las leyes generalizadoras de las ciencias naturales; según la opinión de los profesores y maestros que hemos transcrito para nuestra orientación.—

El Método.—Como hemos visto preocupa a la filosofía como una de sus actividades primordiales fijar los caracteres de la ciencia, separarla del conocimiento vulgar, establecer sus bases y posibilidades; como así indicar al investigador científico, como lleva a cabo su tarea, es decir si ella es legítima, si el método que usa es el que conduce a la verdad.

Tenemos una referencia de las primeras cuestiones, con el número citado realizado de él en los capítulos precedentes; faltan en cambio estudiar los métodos, que lo haremos enseguida, para luego con la clasificación de las ciencias en naturales y culturales, damos por terminado nuestro estudio sobre la ciencia en general, para ocuparnos de las ciencias culturales en particular y dentro de estas de la ciencia jurídica e jurisprudencia técnica.—

Método, significativamente el modo de hacer o decir una cosa con orden, y también los medios o conjuntos de medios, de que nos valemos para hacer una cosa con orden y medida.—Método científico es el procedimiento o los procedimientos seguidos para alcanzar la verdad sobre el contenido de determinada rama del saber.—

La investigación de los métodos que usan o deben usar las ciencias, es un tema de la Filosofía científica que recibe el nombre de Filosofía científica; pero el nombre de Filosofía científica, para este tema parece ser poco conocido entre nosotros y se le ha substituido por su equivalente real Metodología de las ciencias(3).—

Indudablemente dentro de la Filosofía científica o Metodología de l

(1) Op.cit

(2) Op.cit.

(3) Challayo Felicien, op.cit. pagina:

las Ciencias, la lógica debe ocupar el primer plano.-La lógica estudia los pensamientos, da normas para los juicios y el raciocinio; como manifestaciones, en su objetividad, sin atenderse a tal o cual pensamiento, ni juicio o raciocinio.-Esa es la lógica formal que normativamente, aparta al pensamiento, al juicio y al raciocinio del error y trata de conducirlos a la verdad, es la lógica de todas las ciencias; o mejor expresado la parte de la lógica aplicable a todas las ciencias.

Existe otra parte de la lógica que estudia investiga y normativiza, los pensamientos el juicio y los raciocinios en determinado campo de la ciencia y aplicable a determinado contenido de la misma.-

No es posible que sean investigadas por un único y mismo método la verdad que cada ciencia busca en su propio objeto, o sea en el aspecto de la realidad que investiga según su punto de vista, sus finalidades, y sus exigencias lógicas.-Ya lo hemos visto al pasar, y lo veremos con mayor profundidad más adelante, al entrar de lleno a nuestro tema, como fracasa el método de las ciencias naturales, en las ciencias culturales; como se niega el valor científico a la tarea del jurista, porque fracasa el método naturalista en el derecho, no siendo aplicable a su naturaleza híbrida y variable, como expresan los detractores de valor científico; y en consecuencia que metodología ha de ser la adecuada, o la usada, a fin de que la realidad jurídica, no sea una expresión irracional, inaprensible sino por el contrario racional y transferible.-

La lógica aplicada -nos dice Challaye- se ha definido frecuentemente como el estudio o la ciencia del acuerdo del pensamiento con sus objetivos: la ciencia de la verdad.-El esfuerzo del pensamiento que investiga la verdad sobre un conjunto de problemas claramente planteados crea una ciencia.-La lógica aplicada es la ciencia de las ciencias.-Debido a que ante todo, estudia los procedimientos empleados para descubrir la verdad, es decir los métodos, solo llama generalmente metodología la lógica formal en referencia al hombre a juzgar y razonar sin contradecirse.-La lógica aplicada da al científico un buen método para su investigación.-La lógica es una ciencia normativa, comprueba, aprecia juzga y define un ideal intelectual, de donde nacen para el espíritu, determinadas obligaciones. La lógica da consejos, ordena impone reglas al pensamiento, de la misma manera que el derecho impone normas a la conducta humana que cae en el terreno jurídico, y la moral que obliga en determinado sentido la conducta humana que cae en su esfera.-

Si bien nuestra exposición se ocupara de la lógica aplicada, de los distintos métodos de las ciencias, de la metodología; antes haremos una referencia breve a la, Lógica formal para ubicarnos con claridad en el campo lógico evitando confusiones con otras ramas del saber; para lo cual debemos separar esta lógica de la teoría del conocimiento; y de la fenomenología.-

LOGICA Y TEORIA DEL CONOCIMIENTO. Frecuentemente-dice Flander⁽¹⁾-la lógica se confunde con la teoría del conocimiento, o al menos se considera unida a ella.-Particularmente a fines del siglo XIX reinaba gran oscuridad sobre las relaciones entre la lógica y la teoría del conocimiento.-Pero la lógica es diferente de la teoría del conocimiento, no solo como teoría general de los conocimientos, sino también en su forma tradicional, esta es, como ciencia de los juicios, conceptos y raciocinios.-La diferencia resulta de la breve reflexión siguiente.-La teoría del cono-

(1) Flander, A. Lógica.-Espasa Calpe Argentina S.A. Páginas 33 y siguientes

nocimiento es en opinión unánime, la ciencia del conocimiento. Su problema consiste en investigar la esencia del conocimiento en general, los elementos y estructura, las diversas clases, los últimos fundamentos suficientes, los métodos y límites del conocimiento.—Es cierto que el conocimiento y especialmente el científico se compone de juicios.—Pero no todo juicio por serlo es ya conocimiento.—Los juicios solo son conocimientos efectivos, cuando no solo son verdaderos, sino que su verdad es evidente o esta demostrada.—Emitir un juicio que casualmente resulte verdadero, no supone conocimiento, mientras no se evidencia la verdad del tal juicio.—Pero la verdad de un juicio solo se evidencia en último término, recurriendo a la relación entre los objetos a que se refiere y el juicio mismo.—Por consiguiente una investigación del conocimiento, habrá de considerar necesariamente, los juicios de conocimiento, no en sí, sino solo en relación con su referencia a las cosas que constituyen su objeto.—Por el contrario la lógica considera los juicios puramente en sí mismos sin compararlos con los objetos con quienes quieren coincidir.—Por tanto la teoría del conocimiento ha de ir más allá que la lógica, considerando en el centro de su estudio, la relación de los juicios con los objetos a que se refieren.—

LÓGICA Y FENOMENOLOGÍA.—Modernamente,—continúa Pfänder—aparece la fenomenología como la ciencia filosófica fundamental.—No es idéntica a la teoría del conocimiento, sino que pretende anteceder también a esta, como su fundamento.—No es tampoco idéntica a la lógica.—Es muy general el deseo de ver explicado con brevedad y sin embargo de un modo comprensible, lo que es y lo que quiere la fenomenología; pero esto es todavía hoy muy difícil.—Aquí solo puede tratarse de hacer vislumbrar el objeto y el problema de la fenomenología, caracterizando la posición de la lógica frente a una ciencia así determinada.—Comencemos rememorando la situación que se ofrecía ante nuestros ojos, cuando considerábamos el patrimonio total del pensar.—El sujeto pensante, del cual parte toda la variedad de los actos mentales productores de pensamientos en contraposición consciente con la pluralidad ilimitada de los objetos de todas las esferas posibles desarrolla, toda la abundancia de productos del pensamiento, tan pronto como estos objetos se le presentan en este o el otro género de conciencia; y la desarrolla con/los/objetos singulares que se encuentran en el mundo objetivo que nos rodea.—La fenomenología traslada primero el foco de su atención, al sujeto pensante, y desde este apunta hacia los objetos que se hallan en el mundo de objetos pertenecientes a dicho sujeto; aprehende luego los pensamientos y opiniones de este sujeto pensante sobre los objetos, absteniéndose de tomar posición con respecto a estas opiniones; no considera pues los objetos y mundos de objetos más que como las contrafiguras a que de uno u otro modo se refiere la conciencia pensante, sin permitirle ningún conocimiento de esos objetos, que trascienda más allá de esas figuras.—Pues solo desde el punto de vista de ese sujeto pensante y como contrafiguras intencionales de esa conciencia son para él visible esos objetos.—Por eso deja de un lado todo el saber y ciencia que se tenga de esos objetos; porque en pensamiento se sitúa antes del comienzo de toda ciencia.—Desde este punto de vista; situado en el sujeto, pensante, considera no solo los objetos intencionales y las opiniones de este sujeto, sino sobre todo los actos de conciencia que pertenecen a esos objetos y la manera de pensarse las opiniones.—En cambio prescinde del sujeto en el cual ha fijado su punto de vista.—En esta

actitud de contemplación hace primeramente el inventario de todo cuanto aparece a la vista en el campo visual así descargado. -No se plantea la cuestión de la realidad de lo así visible ni siquiera respecto de los actos de conciencia fijándose tan solo en el quo y en las estructuras, así como en las relaciones mutuas de lo que allí encuentra. -A la descripción escrupulosa y precavida de lo contemplado, agregase primeramente la inquisición de las conexiones esenciales y necesarias en las diversas capas de del todo contemplado, tanto entre los elementos de una misma capa como entre los de capas diferentes. -En particular hay que perseguir con especial cuidado y exactitud la relación en que se hallan ciertos elementos o complejos de elementos con otros que constituyen su cumplimiento o fundamentación última. -De esta manera la fenomenología, recorre incesantemente las diversas esferas: la de los actos del pensar, la de la conciencia del objeto, la de las opiniones, y la de los objetos intencionales. -La lógica tiene en cambio, un campo de objetos mucho más limitado; ha de mantenerse exclusivamente, en la esfera de los productos del pensamiento. -Pero no por eso es una parte de la fenomenología. -Investiga los productos del pensamiento no solo para sí misma, sino para sentar por esos productos mismos, al paso que la fenomenología considera los pensamientos solo como el contenido, ideal de ciertos actos del pensar, enderezando su atención hacia la relación de esencia que existe entre los actos del pensar y otros actos del pensar y la conciencia del objeto y los objetos intencionales de la conciencia. -Por consiguiente -concluye Pfander- la lógica, la teoría del conocimiento, y la fenomenología se relacionan de tal modo que la teoría del conocimiento lleva necesariamente por una parte a la fenomenología y por otra a la lógica. *

Por último también se preocupa Pfander de separar la lógica del psicologismo, lo que veremos sucintamente pues es interesante, por cuanto oportunamente volveremos sobre esta diferenciación, particularmente entre la psicología y el derecho desde el punto de sus ~~objetos~~ respectivos objetos, su método y resultado; según la orientación y la finalidad perseguida por cada una de aquellas ciencias. -

Pfander define la lógica como la ciencia sistemática de los pensamientos, y estos fija la frontera entre lógica y psicología; pero es interesante seguir al autor en las diferenciaciones que establece, particularmente respecto del objeto, cuya parte destacaremos con particularidad. -

"El psicologismo, en general no se refiere solo a la lógica y a los objetos lógicos, sino que abraza también además, la estética, y la ética, y los objetos estéticos y éticos. -Aquí solo nos ocuparemos del psicologismo referido a la lógica. -Por lo demás, cuanto acerca de él se diga puede aplicarse fácilmente a la estética y a la ética. -

El psicologismo contiene ordinariamente mezcladas dos afirmaciones esencialmente distintas, aunque conexas. La primera de esas afirmaciones sostiene que el objeto de la lógica es algo anímico. -Según ella, tanto el pensar como los pensamientos no son sino determinaciones acontecimientos de la vida del alma humana. -La investigación científica de este objeto no es sino una parte de la psicología; por consiguiente, la lógica no puede ser más que una psicología del pensar o, si se quiere, de los pensamientos. La refutación definitiva del psicologismo, en este sentido, se debe a Edmund Husserl, que en primer tomo de sus Investigaciones lógicas ha demostrado que la lógica es esencialmente diferente de la psicología tanto por lo peculiar de su objeto como por sus métodos y resultado. - Esta ~~xx~~

equiparación errónea de la lógica con ^{la} psicología del pensar proviene de una ceguera para lo ideal en general; el no tener el sentido, ~~existente~~ de un cierto más que para realidades lleva a confundir los pensamientos con el pensar. Pero una vez que ha sido comprendida la diferencia esencial que existe entre el pensar y los pensamientos; una vez que se ha visto que los pensamientos aunque son un producto del pensar creador y no se dan más que en el pensar real, se diferencian esencialmente del pensar como acontecimiento anímico real, el psicologismo no puede defenderse más que en aquella segunda afirmación que ordinariamente va mezclada con la primera.—Cab e creer que los pensamientos son distintos del pensar, que los piensa, y que, por lo tanto, la lógica es distinta —en cuanto a su objeto— de la psicología del pensar.—La lógica no es la doctrina del pensar, sino la ciencia de los pensamientos.—

Hemos visto así deslindado a través de la exposición de Plandor el objeto de la lógica formal, de las ciencias que le son afines; y con lo visto antes sobre lo que entienda por Filosofía de la ciencia o Metodología de las ciencias según Challaye; vamos concluyendo con las generalidades previas para entrar al tema de la lógica aplicada, o sean los métodos conocidos de investigación usados por las ciencias.—

Pero antes es interesante que destacamos una importante observación de Thomson, respecto de la actividad científica; observación tomada del acto inmediato o sea la actitud que caracteriza a quien procede científicamente.—

Nunca primero en el fenómeno de la actividad científica, algo previo al método o métodos empleados que será la razón de existencia de aquellos: la actitud científica de donde luego se deduce que esta actitud tiene varios medios de inferencia de carácter lógico denominados métodos científicos.—

Así dice: "La ciencia no se limita a determinado orden de cosas; se caracteriza como una actitud intelectual.—No está sujeta a ningún método especial de investigación, es simplemente pensamiento crítico, que solo admite conclusiones cuando estas se basan en la evidencia; podemos aprehender una buena lección de método científico examinando la forma de obrar de un hombre de negocios al planear algún asunto práctico, de un abogado buscando la evidencia, o de un estadista preparando una ley trascendental.—Entonces la ciencia, en que se diferencia del conocimiento corriente? La ciencia es conocimiento crítico, sistematizado, generalizado.—El Geómetra el estudioso de las ciencias tiene preocupaciones más altas que las que suelen tener el común de las gentes; no se contenta con conocimientos esporádicos, sino que necesita recopilar una serie de hechos tan considerables como sea posible, y sistematizar estos datos y sus inferencias, fundiéndolos en una fórmula general.—En esta labor observa cierto proceso, lógico, cierto orden, a todo lo cual podemos denominar método científico.—

Los modos o procedimientos para inferir la verdad de la realidad u objeto de la ciencia, con la demostración consiguiente tienen tres tipos clásicos que nos vienen de la cultura griega a saber: 1º de lo particular a lo particular (razonamiento analógico); 2º de lo general a lo particular (razonamiento deductivo); 3º de lo particular a lo general (razonamiento inductivo).—

EL RAZONAMIENTO ANALÓGICO.—El método de razonar analógicamente ha resultado útil para la geología y para explicar la evolución de las especies animales particularmente para extraer de ella la explicación de los primeros estadios.—Consiste como se dijo antes en el estudio de algo

particular y desentrañar de la posible semejanza existente en ejemplares idénticos conclusiones que comprenden a ambos.—El razonamiento es usado también en Derecho para la aplicación de la ley a situaciones jurídicas concretas similares; cuando se ha hecho un análisis profundo y minucioso de las peculiaridades del caso jurídico, se conduce a establecer la similitud con el caso anteriormente estudiado en idéntica forma y resuelto según un principio de derecho, que en consecuencia se aplica autoritadamente a la nueva situación jurídica.—También ha sido usado este razonamiento analógico en la etnología o etnografía jurídicas, e investigaciones de carácter social, sirva como ejemplo la etnografía de Post(1) y los trabajos de Morgan(2).—Sin embargo este método debe ser usado con cautela y reservas, cuando se pretende fundar con él la existencia del caso análogo, sin una certeza de todas sus peculiaridades; particularmente muy difícil de conseguir en manifestaciones pretéritas muy remotas, que no es posible analizar profundamente, al escasear los datos adecuados de su época, con lo que algunos elementos pueden, a pesar de ser superficiales dar lugar a establecer una falsa analogía.—

EL MÉTODO DE DEDUCCIÓN.—Se conoce común y corrientemente como el proceso que siguiendo la razón pasa de una proposición general a otra menos general.—Se basa este método en dos principios lógicos fundamentales: el de identidad y el de no contradicción.—Por ejemplo si admitimos que todos los hombres son sujetos de derecho y que Pablo es hombre, debemos admitir de que Pablo es un sujeto de derechos.—Esta manera de razonar tiene el nombre de silogismo.—

La deducción ha sido aplicada en las ciencias como medio de prueba, de explicación y han sido por ese medio conseguidos muchos descubrimientos.—

Se usa particularmente en matemáticas como medio de descubrimiento y de comprobación en cuyas relaciones de igualdad y equivalencia establecen una identidad entre elementos que no muestra en forma inmediata dicha identidad, haciéndose necesario demostrarla por medio de la deducción aplicada a las operaciones que se realizan, partiendo de principios necesarios que llevan a las conclusiones que se buscan.—Los principios necesarios son los axiomas o verdades evidentes por sí mismas, los postulados que sin ser evidentes ni demostrables son necesarios para el desenvolvimiento de la ciencia, y las definiciones que se obtienen por inducciones.—

EL MÉTODO DE INDUCCIÓN.—Consiste en la argumentación que va de lo particular a lo general.—De la observación de un número de casos particulares, llega a comprobarse la identidad de caracteres y circunstancias de dichos casos. formulándose como consecuencia el principio general o ley que comprende a todos los casos, hechos o fenómenos idénticos posibles.—

La inducción —según nos lo dice Challayo(1)—no es un procedimiento especial que se agregue a los procedimientos de la experiencia, la observación, de comprobación de la hipótesis; sino que es el conjunto de ellos. La inducción es el razonamiento mediante el cual el espíritu, apoyándose en la experiencia, pasa de los hechos a la ley.—Pero cuando la hipótesis por su concordanza con todos los datos de la observación y de la experimentación, queda comprobada, se convierte en ley, sin que sea preciso ninguna otra operación intelectual.—La inducción así comprendida plantea un problema de gran importancia filosófica.—Es legítimo semejante caso

(1) Challayo, cit. páginas 88 y siguientes.—

nacimiento?—Si lo es; cual es su justificación y cual su fundamento?—

Tratando de responder a estos tres interrogantes dice el autor que citamos: "Tal problema no se presenta para la deducción.—El espíritu tiene siempre el derecho de sacar de principios anteriormente mentados, consecuencias legitimamente necesarias.—Pero la inducción que se basa sobre la experiencia, rebasa prodigiosamente la experiencia.—Con que derecho? Nuestras observaciones, nuestras experiencias, han sido hechas en un lugar determinado, en un momento determinado.—Como es posible que siendo así nos autoricen para formular una ley válida para todos los lugares y todos los tiempos?—Y compruebo hoy en París, mediante un número limitado de experiencias que el calor dilata los metales: como puedo yo estar cierto que la ley de dilatación de los metales es válida en Tokio y en Sanarés, tanto para el año 1636 como para el año 2027. Como puedo yo estar cierto que lo desconocido, tan inmenso, se parece a lo conocido tan limitado?—Así se plantea el problema del fundamento de la inducción.—Se está de acuerdo en reconocer que la inducción reposa sobre el principio de la uniformidad de la Naturaleza.—Si la naturaleza sigue un curso uniforme, se basta comprobar la existencia de una relación entre fenómenos en un determinado lugar y en un determinado momento para saber que la misma relación se establecerá siempre y en todas partes.—Una de las manifestaciones o aspectos de la uniformidad de la naturaleza es la ley de la causalidad "las mismas causas producen los mismos efectos".—Empiristas y racionalistas han sostenido fecundos debates por demostrar que esta ley de la causalidad no es un principio de la razón —los primeros— ni anterior ni superior a toda experiencia, los segundos en cambio sostienen que la ley de la causalidad es una categoría del intelecto, como lo demostró Kant, y que no será desmentida nunca por la experiencia humana.—

Lo nos interesa seguir los argumentos de unos y otros para demostrar en definitiva que la ley de la causalidad no es desmentida por la experiencia, y que demuestra la uniformidad de la naturaleza, que palpa el individuo en su experiencia; dando fundamento a la inducción.—Mientras la uniformidad de la naturaleza no sea desmentida; la inducción no perderá su valor y rigor lógico, con lo cual alcanza su legitimidad como método científico.—

Las ciencias se caracterizan en su aspecto metodológico por el uso constante con particular preferencia de una de las formas del razonamiento lógico, que hemos visto o que veremos luego, así por ejemplo las matemáticas usan la deducción; las ciencias físico-químicas la inducción aun que utilizan la deducción para verificar las hipótesis y las teorías generales.—Esto es aplicable a todas las ciencias experimentales, las cuales cuando logran deducir de una hipótesis —atención—nos siempre a lo expuesto por Challaye— consecuencias tales que verificadas eliminan todas las hipótesis opuestas, se obtiene la experiencia crucial que demuestra la verdad de la hipótesis propuesta.—Siguiendo siempre al autor que llevamos citado nos dice que la psicología usa los métodos llamados subjetivo y objetivo consistente el primero en la observación interna del propio yo y el segundo en el estudio de la vida interior de otros.—El método subjetivo, se vale para realizar su objeto de la reflexión, vuelta hacia la vida interior, lo que se llama también introspección.—También y bajo la denominación de introspección crítica Satwaler la aplicó como método en sus estudios filosófico-jurídicos.—El método objetivo, impone la tarea de estudiar e investigar seres que se diferencian, profundamente del investigador en rigor es una aplicación del método comparativo

unido a una profunda reflexión.-

En sociología, según el autor que seguimos, se discute sobre la manera de encausar sus estudios e investigaciones; y agregamos de nuestra cuenta que aun los propios sociólogos aun no se han puesto de acuerdo sobre su cual sea el objeto y la misión de esta ciencia, que ha nacido con pretensiones tan vastas, que cree encontrar fragmentos de su objeto en todas las ciencias.-Unos creen que la sociología es una prolongación de la psicología, de la que tratan de deducir concepciones sociológicas, que verifican con ayuda de la historia.-Otros en cambio sostienen que es una ciencia diferente, la oponen a la psicología y le atribuyen un método particular.-Entre los partidarios de la psicología sociológica debe citarse a Tard y Leconte.-Critica la sociología a base de psicología Tur Rhein; y afirma que la sociología investiga con auxilio de la historia, leyes comprobables en sociedades diferentes.-Afirma también Challaye que bajo este método u otro e incluso si se emplea la estadística; la sociología, aspira al igual que las otras ciencias naturales a establecer leyes, es pues una ciencia generalizadora; lo que advertimos pues volveremos sobre el particular cuando distingamos el procedimiento de la ciencia jurídica frente a su objeto, del proceder de la ciencia sociológica.-Respecto de las leyes que establece la sociología, dentro de su verdadera misión; ellas expresan relaciones ~~matemáticas~~ de variaciones concomitantes entre los fenómenos sociales. Y aun cuando no se expresen en términos matemáticos, merecen que se les dé el nombre de ley.-

En las ciencias históricas se diferencia de las demás el método a emplearse por la circunstancia de que el pasado no puede volver a ser presente, escape a toda observación directa; debiendo valer nos de las huellas dejadas por aquellos acontecimientos pasados, para adentrarnos en ellos y explicarlos de la mejor manera posible, vale decir reconstruirlos.-Esas huellas dejadas, se denominan documentos.-Estos documentos a su vez pueden ser clasificados de dos maneras: materiales y psicológicos.-Comprenden los primeros, los edificios -describe el autor que seguimos- los monumentos, muebles vestidos joyas etc y los segundos; recuerdos que se expresan con símbolos visuales, huellas dejadas por el pasado en las conciencias inscripciones, manuscritos, impresos, tradiciones orales etc.-A continuación de la tarea de recopilar estos elementos, se realiza la crítica de los mismos o crítica histórica que tiene por objeto apreciar el valor de estos documentos deducir de ellos verdades sobre el pasado humano.-la crítica histórica comprende la crítica de los documentos materiales la crítica de los documentos psicológicos, que comprende entre otras cosas, la crítica de los testimonios, según nos lo expresa Challaye.-

Esta labor crítica-dice-analítica de los documentos esta orientada en el sentido de buscar las pruebas para demostrar la autenticidad, del documento, todo lo cual constituye la labor previa; vale decir lo que Rickert llama la labor preparatoria, la recolección de materiales; porque luego viene precisamente lo que constituye un valor estrictamente científico, o sea la actitud científica a que no refería Thomson; para llegar a la síntesis, o lo que se llama la construcción histórica, posterior a aquella crítica inexorable como ^{alce} ~~neuschloss~~ de los documentos; pero que es la principal tarea científica; en la cual -continúa- Challaye- el historiador, debe presentar el pasado que estudia de la manera más viva que le sea posible, en cuya circunstancia juegan un rol principal elementos ajenos a los documentos investigados; elementos de la lógica de la ciencia cultural, y de la concepción metodica de la teoría general de la ciencia cultural considerada, y que Challaye presenta como peculiares del

investigador como pueden ser su sabiduría y su intuición porque "el historiador aparte de la veracidad auténtica y sabiduría que debe tener de las cosas pasadas, debe también tener el arte de revivir en sus auténticas manifestaciones las individualidades históricas que investiga, tarea que según Hichert se realiza con cierta "evidencia", y que es la cual este último autor dedica su preferente atención como veremos luego, pues debe ser incorporada a la lógica de la ciencia cultural considerada.

Mientras debese tener en cuenta aquí un aspecto importante, que es el que reside el elemento primordial de aquel revivir la auténticas manifestaciones de la individualidad histórica que Heuschloss explica así: "Es cierto que una crítica inexorable frente a los datos obtenidos y una eliminación sucesiva de las posibles fuentes de error, es tan importante para la investigación histórica, como para las ciencias físicas o biológicas, pero la naturaleza intrínseca de la crítica emplearse es enteramente diferente en ambos casos. - Las cuestiones referentes a los errores de observación que tanta importancia tienen en las ciencias naturales apenas poseen significado para la interpretación de documentos históricos. - El sentido inmediato de estos documentos, en la mayoría de los casos tampoco suele ser dudoso. - Lo que debe ser investigado, es más bien la cuestión hasta que punto pueden aceptarse los datos correspondientes como exacto y fidedignos. - Para poder resolver esta cuestión, es necesario conocer las condiciones en que el documento ha sido confeccionado, la personalidad del autor o autores, su actitud frente a los acontecimientos descriptos, como también las facilidades, que han tenido para informarse acerca de los mismos. - Esta tarea crítica es especialmente importante y difícil, cuando existen relatos contradictorios acerca del mismo acontecimiento y el historiador se encuentra en la necesidad de establecer la veracidad parcial o total de sus diferentes fuentes de información. No es fácil darse cuenta que en tales circunstancias toda crítica aplicada a documentos históricos, involucre un análisis psicológico que debe entenderse, tanto a las intenciones del cronista como a las de los participantes en el acontecimiento estudiado. - La diferencia esencial entre nuestra actitud frente los fenómenos naturales e históricos, es entonces la siguiente. Los acontecimientos naturales nos son conocidos únicamente en su en sus manifestaciones accesibles a nuestros sentidos. - Si, para explicar nuestra experiencia sensorial, nos ponemos a elaborar teorías y a crear nociones abstractas, como fuerza, energía, campo métrico, etc, lo hacemos guiados únicamente por nuestro afán de comprender, sin considerarlo siquiera muy probable, que estas nociones tengan algún significado independiente de nuestro intelecto que las ha producido. - Nuestra situación frente a los acontecimientos históricos sociales, es en cambio, muy distinta. - Aunque aquí también las noticias - directas e indirectas - acerca de los acontecimientos nos son transmitidas por nuestros sentidos, no es en este aspecto sensorial el único que no es dado conocer acerca de los mismos. - Al menos en cuanto se trata de actos humanos, o procesos influenciados por tales, tenemos en nuestra propia conciencia una fuente de información acerca de los posibles motivos que puedan haberlos provocado. Así por ejemplo las causas verdaderas del fenómeno que llamamos atracción universal, no conocemos ni conoceremos jamás a pesar de haber sido establecidas las relaciones funcionales que se refieren a la misma, con todo rigor. - En cambio las causas, porque unas mas hambrientas asaltan una panadería o porque un hombre ultrajado se pone a pelear las comprendemos perfectamente aunque no podamos indicar con seguridad, cuándo se producirá

una u otro de estos acontecimientos.—El determinismo físico de los procesos naturales no puede ser conocido de manera completa pero tan solo en su forma, el determinismo psicológico de los procesos históricos sociales, en cambio, lo conocemos en su esencia intrínseca, aunque sea parcialmente.—

Más para el autor que citamos no juega sino más adelante la distinción que observamos ya respecto de los pensamientos y el acto del pensar cosa que es necesario tener muy en cuenta, en materia de ciencias culturales, por cuanto a estas que son dirigidas por valores, más les preocupa el sentido de tales pensamientos y la dirección de los actos volitivos; que el acto mismo que los produce, el cual es investigado por ciencias generalizadoras como son la psicología, para lo psíquico, la sociología para lo sociológico, o sea lo social escorada desde el punto de vista de su naturaleza; la ley de causas y efectos, que conduce a la previsión que caracteriza a las ciencias naturales; pero respecto de las ciencias culturales lo que preocupa es la comprensión de la esencia del acto esto es, la verdad intrínseca del mismo, en cuanto responde a un sentido, o sea que va referida a un valor, en el que se refleja, como lo subjetivo frente a la objetividad.—

Por eso a riesgo de pecar de extensos en demasiada creemos oportuno transcribir dos interesantes páginas de Neuschloss; y que everemos luego como estas premisas fundamentales que aquí describimos, resultan sintéticas por intentar hacer la síntesis de su filosofía.—Dice el autor que transcribimos: De Gira, y con razón incontestable, que esta diferencia entre determinismo físico y determinismo psicológico, no puede sino aparente.—Si se admite el principio del determinismo en general, debe considerarse subordinados al mismo todos los acontecimientos, tanto físicos como psicológicos representando estos últimos como hemos visto en el capítulo anterior, tan solo otros aspectos de ciertos procesos físicos localizados en nuestra corteza cerebral.—Por esta razón, al estudiar las funciones de los cerebros vivos en su aspecto físico-químico, podemos hacer caso omiso de los fenómenos de la conciencia analizando los procesos cerebrales del hombre de la misma forma, en que se lo hace con los que ocurren en cualquier otro órgano.—En las ciencias culturales en que nos interesan las actividades conscientes del hombre, es en cambio, el aspecto físico-químico de dichas funciones que puede ser descuidado siendo inclinado a operar con la noción del libre albedrío a pesar de encontrarse la misma en pugna con los fundamentos físicos de la biología.—Desde el historiador se refiere a un acto humano —individual o colectivo— como el resultado de la voluntad consciente de sus protagonistas, en realidad no hace otra cosa que describir el estado psicológico de estos, que tan ían con seguridad el convencimiento de obrar con libertad entera en uno u otro sentido.—Y este convencimiento es, por lo menos, una parte de la verdad histórica —en lo jurídico diríamos que es la verdad del acto volitivo consciente, que traduce el sentido del acto mismo; y que el individuo a querido realizarlo así, a pesar o en pro de la influencia del determinismo físico, o psicológico; lo cual traduce el escaso papel que desempeña este último, en la verdad que lleva implícita el hecho jurídico— resultando su estudio por parte del historiador, indispensable para la comprensión del acontecimiento en cuestión.—Las causas verdaderas de los acontecimientos históricos, considerados estos como una cadena de procesos físicos, no quedan necesariamente tan ocultas, como las de cualquier otro suceso en el universo, las causas históricas de los,

nianza, se nos revelan, en cambio, al menos, en parte, a través de los esta-
dos de conciencia de sus actores: en su descontento, en sus ambiciones y
rebeldías, entusiasmos y odios etc.—El hecho de que dichos acontecimi-
 tos se presenten condicionados, también por factores, que escapan a la
 voluntad del hombre, relacionándose en parte con fenómenos naturales (ter-
 rremotos, inundaciones, sequías etc.) y en parte con consecuencias no in-
 tercedidas, ni previstas de acontecimientos anteriores, nada quita enton-
 ces de la verdad que, para su comprensión, el conocimiento de los motivos
 humanos arriba mencionados, resulta indispensable.— Por último el autor
 refiriéndose a ambos grupos de ciencias —naturales y culturales— dice
 "lo que en ambos grupos de ciencias se distingue fundamentalmente, es un
 elemento el rol que desempeña objeto de investigación, desespecialmente en cada uno
de ellos, el hombre.—Para las ciencias naturales, éste es nada más que una
 parte de la naturaleza, regida por las mismas leyes que gobiernan el res-
 to del mundo.—Para las ciencias históricas en cambio, el hombre no es so-
 lamente un producto de la interacción de factores naturales, sino al mismo
 tiempo, el creador consciente de nuevos factores que repercuten sobre la
naturaleza e indirectamente sobre el hombre mismo.—Las relaciones reci-
 procas de acción y reacción que vinculan entre sí, más o menos intimamen-
 te todos los entes del universo, se enriquecen con la aparición del hom-
 bre, en cuanto éste hace valer frente al mundo que lo rodea, su intelligen-
 cia que le permite modular su ambiente, según sus propias necesidades.—
 El hombre es el único ente en la naturaleza que tiene conciencia del lu-
gar que ocupa en el mundo y del papel que le toca desempeñar frente al
mundo.—Esta conciencia le permite distinguir entre acontecimientos que
 mirados desde el punto de vista del individuo, de una colectividad limi-
 tada o de la especie entera, le resultan favorables o desfavorables,
 pudiendo facilitar la producción de los unos e impedir la de los otros.
 Es esta distinción en que se basa en última instancia, el asentamiento de
 los valores, de cuyo significado nos hemos ocupado más arriba y cuya sig-
 nificación constituye el fundamento de toda especie de cultura.—La me-
 todología general de las ciencias histórico-sociales desemboca así en
 la teoría de los valores cuyo estudio, sin embargo, ya no incumbe a la
 epistemología, sino a las ciencias doctrinarias (ética, estética etc.) que
 se ocupan de las manifestaciones especiales de la vida cultural humana.
 Mas además al ocuparnos de Rickert veremos como funciona en la me-
 todología general de las ciencias culturales —históricas sociales— el co-
 nocimiento de la realidad según criterios de selección, en los que juegan
 los valores el papel director máximo, como suprema finalidad puesta por
 la cultura y hacia la cual tiende en su eterna misión, de hacer como dice
 Bauer de una vida valiosa, una vida más valiosa aún.—

DISTINCIÓN METODOLÓGICA DE LAS CIENCIAS: CIENCIAS CULTURALES, CIENCIAS NATURALES.—

Hasta los últimos ^{del} del siglo XIX, en que apareció una clara distinción,
 las ciencias eran clasificadas en un cuadro común donde podían verse co-
 mo sometidas a un mismo método de investigación, la física como la políti-
 ca, la sociología la psicología el derecho, la biología etc sin establecer
 se diferencias fundamentales que separaran atendiendo a la fundamental
 diferencia de sus respectivos objetos, o sea del aspecto de la realidad
 que cada una investiga, a las ciencias culturales de las naturales, y al
 contrario confundiendo y sometidas las primeras a las segundas, que
 caminaban por decirlo así, el panorama, por sus evidentes progresos.—

En efecto; una mirada retrospectiva en la vida de las ciencias de los últimos siglos revela los esfuerzos realizados y los éxitos obtenidos en la fundamentación filosófica de la investigación natural, con solo citar sus constructores más famosos.-

La filosofía -afirma Rickert- se esfuerza dificultosamente al principio por separarse de la ciencia natural misma -siglo XVII- y alcanza éxitos tan elocuentes como los de la ciencia, en la investigación metodológica de las ciencias naturales, son figuras de extraordinaria repercusión, René Descartes (1596-1650) y Gottfried Leibnitz (1646-1716) y a la plenitud esta investigación en Immanuel Kant (1724-1804) que fijó con caracteres definitivos el "concepto de naturaleza que hace ley en la metodología: el de la existencia de las cosas, en cuanto que es determinada por leyes universales" asentando con ello el "concepto universalísimo de ciencia natural".- Pero al mismo tiempo de fijar el concepto de naturaleza, le fija su limitación, recluye a sus propios límites la influencia del concepto al decir "en cuanto que es determinada -la existencia de las cosas- según leyes universales destruyendo así -dice acertadamente Rickert- la dominación exclusiva del concepto de naturaleza, al menos en las ciencias particulares, al menos en la filosofía; es decir que la concepción física del universo, que en el siglo XVIII época de las luces, hubo de sufrir menoscabo prácticamente al aplicarse a la vida histórica de la cultura, fue rebajada por Kant, también en el sentido teórico, pues Kant arruinó su pretensión de ser absoluta y redujo a relatividad su legitimidad, con lo cual recluyó el método naturalista en los límites de la investigación particular".-

No obstante ello, en los tiempos inmediatos a Kant la dominación de las ciencias naturales es evidente, y el método naturalista es aplicado a todas las ciencias, a pesar de la distinción entre ciencias naturales y espirituales, expresión esta última, calificada de "multívoca" por Rickert y que no establece una distinción clara, y usada entonces sin que se admitiera tal distinción fundamental, por cuanto se refería a las ciencias que se ocupaban de la vida anímica como la psicología, pero que operan por método naturalista.-

Sin embargo admite Rickert y con razón que se encuentran en el pasado "rudimentos de una filosofía que labora en conexión con las ciencias culturales empíricas; Kant es el primero que ha ejercido esta influencia; más por haber enterrado la concepción física del universo, que por su fundamentación gnoseológica de las ciencias naturales".- Suscitó Kant con ello corrientes antinaturalistas de forma unilateral, y muchos de sus discípulos se colocaron en frente de las ciencias naturales, sin comprender al maestro, lo cual contribuyó al decrecimiento de esa filosofía "idealista" "pero en cambio al señalar con energía hacia el reverso de la medalla, han tenido una influencia excitativa; y hasta cierto punto proporcionaron ya a las ciencias culturales algunos conceptos básicos".-

De todos se destaca Hegel(1) quien con plena conciencia se propuso fundar la concepción del universo sobre la vida histórica.- "Suscitó el problema de la naturaleza al confrontar el espíritu-expresa el Dr. B.V.

(1) Hegel dice en su Filosofía del Derecho, página 45: Tengo tanta más necesidad de contribuir con mi parte, como capere al conocimiento profundo de la naturaleza del espíritu porque como allí mismo se observa, no se encuentra fácilmente una ciencia filosófica en tan descaída y mala situación como la Ciencia del Espíritu, que comúnmente se llama Psicología". Ciencia Clásica, -1937.-

Fessulano- como una limitación y límite que este se propone; el ser se identifica con el pensar y el no ser.-De decir que todo llega a ser.-Este concepto postula una lógica como ciencia de la idea pura, que es la verdadera metafísica hegeliana.-Idea no condicionada, idea tomada en si, idea en una palabra ontológica.-La idea cuando sale de si se excéntrica, es la naturaleza, es decir, la naturaleza es una idea que sale del espíritu, poniéndosele o apareándosele al espíritu en igualdad de condiciones, pero es una idea en realidad apagada.-Frente a la naturaleza es ta el espíritu que es el creador de si mismo y de su intima comprensión total.-En la naturaleza celebra el espíritu -dicho con palabras de Hegel en viernes santo y su sábado de gloria, entendiéndose decir con esto que es un "fiar" un hacerse constante en vez de ser un "factum" como también diría Gentile, filósofo de la escuela neo-hegeliana".-

Pero Rickert afirma debe tenerse cierta prevención respecto de la ideas de Hegel, que por otra parte señaló en parte inclinadas hacia otros extremos; como Fessulano que considera caduco parte de su sistema, si bien exalta la validez de su lógica.-

A la Escuela Sub-Occidental Alemana denominada de Baden corresponde el honor de haber realizado la investigación más profunda y la sistematización más prolija y acertadamente fundamentada en pro de las ciencias culturales siendo sus más apegados y conscientes representantes: Guillermo Dilthey (1833-1911); Guillermo Windelband (1848-1915); Enrique Rickert (1863-1936).-

Haremos una sintética referencia de como plantea y resuelve cada uno de los autores citados, el problema estudiado, valiéndonos para ello de la exposición de Messer(1).-El primero se opone fundamentalmente a querer explicar causalmente, el sentido naturalista la vida del espíritu humano en su desarrollo histórico; trata de comprenderla reviviéndola con una experiencia viva.-Considera la historia como una corriente, de donde se alza un mundo, en forma lenta, y cuyo contenido y construcción percibiríamos, en los documentos, monumentos, y obras literarias; un mundo que aspira, al mismo tiempo, a algo trascendente, a las divinidades, y aun en ciertos casos aparece colmado de ella"

En Windelband, la concepción del mundo ofrece una feliz alianza de las direcciones fundamentales de Hegel y de Herbart -dice Messer-"Nativa de una parte el desarrollo histórico pero de otra parte busca lo permanente a través de los cambios temporales; lo superhistórico, lo absolutamente válido que es lo único que puede preservarse de caer en el historicismo y el relativismo.-Como neo-kantiano no busca este elemento superhistórico en un mundo trascendente "verdadero" antes al contrario rechaza la metafísica como un "absurdo".-En cambio encuentra lo supratemporal (como su maestro Lotze) en los valores eternamente "válidos" de lo verdadero, lo bello, lo bueno y lo santo.-En la reflexión sistemática sobre estos supuestos necesarios y objetivamente válidos "a priori" de toda cultura, y en el descubrimiento científico de su esencia y de su estructura fundamental, descubrió, Kant, -como Windelband hace notar- el problema de la llamada en amplio sentido "crítica de la razón" o "filosofía trascendental".-Se puede decir que la filosofía trascendental tiene por fin descubrir las "necesidades universales" de la razón".?

(1) Messer Augusto: La filosofía actual.-Mopasa-Calpe.-Ba. de. Año 1938.-

Sentimos que el sistema de Kant no queda desarrollado hasta la plenitud cuando se lo considera como una critica del conocimiento, no así cuando se lo considera como una amplia filosofía de la cultura. — Indolentemente no se limitó a resucitar el sistema de Kant e interpretarlo conforme a su tiempo. — Su lema fue "entender a Kant significa superar a Kant" así venció un exclusivismo de la teoría kantiana del conocimiento, que él explica en virtud de que Kant orientó su reflexión sobre los supuestos, las leyes internas, y el valor del conocimiento humano, en la matemática y en la física matemática, únicas que él creía verdaderas y por medio de las cuales podría determinar claramente la esencia y límite del conocimiento humano en general, así como la posibilidad de la metafísica; prejuicio fácil, de comprender historicamente; ya que desde Platón se buscaba el "verdadero ser" en lo general" a lo que debe agregarse la nueva física fundada por Kepler, Galileo y Newton como posibilidad de dominar a la naturaleza que alcanzó universal estimación en tanto que la historia quedaba relegada a segundo término y en el terreno de las bellas letras. —

Por último Rickert, sistematizador de alto estilo de los principios de su escuela; no presenta una exposición exhaustiva del problema al par que un sistema completo de distinción y clasificación de las ciencias en naturales y culturales, haciéndose ver sus puntos comunes, de coincidencia, sus diferencias metodológicas, sus territorios intermedios, que dan lugar a formas mixtas que participan de ambos caracteres. — No vamos a extendernos aquí en la consideración de la obra de Rickert, al alza a esta altura de nuestro trabajo hemos ut lizado muchos de sus conceptos y conclusiones, hacemos sus señalamientos como lo prometieramos, la síntesis de su labor en su obra Ciencias Naturales y Ciencias Culturales, que aunque no contiene todos el desarrollo de su filosofía, tiene sí los lineamientos fundamentales de la misma, y en ella vemos la clara distinción establecida entre ambas ciencias. —

EL CONCEPTO. — El concepto es un producto elaborado en el pensamiento y dirigido o referido a una realidad determinada, según sea el contenido del concepto; de aquí que podamos afirmar que la ciencia, es conceptualización sistematizada, lo que significa que esta formada por sí no por contenido un complejo de conceptos o de elementos conceptuales dirigidos o referidos al objeto de la ciencia, considerada. —

Para dejarnos en labios del científico de la Lógica la explicación de lo que entendemos por concepto; y a que se refiera. — Valgámonos de la exposición de Maister(1) que dice: Los conceptos son los últimos elementos de todos los pensamientos. — Los pensamientos se componen de conceptos y solo de conceptos. — Por consiguiente la teoría del concepto es fundamental para toda teoría del pensamiento. — La mirada abarca no solo las distintas clases de conceptos de objetos que se han distinguido según la clase de objetos a que se refieren, según su generalidad y según su número, sino también que las clases de conceptos que hemos llamado conceptos sustantivos, conceptos adjetivos, conceptos de acción y conceptos adverbiales y que se diferencian según que hagan o no independientes los objetos a que se refieren y en el último caso, según que los tengan como dependientes en un grado y en reposo o en un grado y en acción, o extendidos en el

(1) Maister A. Lógica. — Espasa-Calpe S. A. Buenos Aires. Año 1938. — Páginas 151 y siguientes. —

tiempo, o como dependientes de dos grados.—La mirada abarca además los conceptos relacionantes, que a su vez pueden clasificarse según la naturaleza de las relaciones postuladas y finalmente los conceptos funcionales puros, que ejercen las diversas funciones lógicas de indicar, ligar, destacar, aversar, o recordar extra mentalmente y también las funciones de interrogar, afirmar, desear, rogar, aconsejar, ordenar, así como las de deducir, fundamentar, probar, desenvolver, implicar, explicar y limitar, conceder o poner y discutir.—Los conceptos de objetos pueden referirse a cualquier objeto de cualquier categoría, en cualquier esfera de los objetos.—

El hecho de que un concepto determinado se refiere juntamente a este objeto determinado es lo que constituye su contenido.—Gracias a los distintos contenidos, difieren los distintos conceptos, distintos objetos.—Por consiguiente lo que forma el contenido del concepto no son solo los objetos mismos a que se refiere, ni algo inherente a estos objetos.—El concepto oro no tiene como contenido ni el oro mismo, ni ninguna de sus cualidades como el ser amarillo o brillante, o tener el peso específico 19,3.—Por consiguiente,—termina Pfander— el objeto a que se refiere el concepto y las cualidades de dicho objeto no deben confundirse con el contenido del concepto y los elementos de este contenido conceptual.—

La aclaración que hace Hickert respecto de la acepción del vocablo concepto y su aplicación nos será útil para fijar el significado de la expresión, en la forma que la usaremos en nuestro trabajo orientado en esta parte por los principios sentados por el autor citado.—

“Antes de todo por concepto —dice Hickert— en correspondencia con nuestra posición del problema, los productos de la ciencia y contra esta acepción no cabe levantar objeciones. Pero al mismo tiempo también el conjunto de todo aquello que la ciencia aprehende de una realidad para concebirla, lo llamamos el concepto de esa realidad; de suerte que no establecemos diferencia alguna entre el contenido de una exposición científica en su general y el contenido del concepto; y esto ni podría decirse que es arbitrario.—Esta arbitrariedad espero sería injustificada si sobre este punto existiera una tradición firme en la terminología.—Pero como es sabido esta falta por completo y precisamente para la voz concepto.—Se aplica esta expresión de concepto no solo a “los últimos elementos” irrefutables de los juicios científicos, sino también a las complejissimas formaciones en las cuales se hacen y juntan muchos de esos elementos.—Designase como concepto el indefinible “azul” o el “dulce”, que son contenidos de la percepción inmediata y asimismo se habla del concepto de la gravitación, que es idéntico a la ley de la gravitación.—Vamos a distinguir aquí, porque esta distinción es importante para la metodología, por una parte, los conceptos “simples” que no pueden definirse y los llamaremos elementos conceptuales, y por otra parte, los conceptos científicos propiamente dichos, que son complejos de aquellos elementos y solo por el trabajo científico se originan.—Pero es evidente que no puede trazarse otra división más, en principio entre el concepto y la exposición por conceptos, y entonces resulta muy consecuente y nada arbitrario el decir que un complejo de conceptos, que encierra el conocimiento científico de una realidad, es el concepto de esa realidad.—Receptemos un término común que comprenda todas las formaciones que tienen por contenido lo que la ciencia recoge de la realidad intuible y admite en las representaciones; para señalar esa oposición a la intuición es muy propia justa ante la palabra concepto.—

En la conceptualización -concluye Rickert- por medio de la cual la realidad es recogida en la ciencia, tiene que residir el carácter formal regulador para el método de la ciencia, por eso para comprender el método de una ciencia tenemos que estudiar los principios que rigen su conceptualización.-

La INTUICIÓN.-Respecto de la intuición nos hemos ocupado de ella extensamente, al comienzo de este trabajo, al tratar las formas del conocimiento, y a cuya exposición nos remitimos.-

Sin embargo diremos algunas palabras a la manera de resumen de aquellas conclusiones en las que se destacaban dos formas de intuición, si bien respecto de su validez frente al conocimiento científico, pueden clasificarse tales formas en tres.-En efecto es admitida la intuición sensible o conocimiento vulgar de las cosas; y además la intuición no sensible, o sea una intuición espiritual como la llama Hessen; sobre esta intuición espiritual es donde se dividen las opiniones sobre su validez; para unos substituye o se antepone al conocimiento científico, por ejemplo Max Scheler, Husserl, también en Bergson; para otros en cambio si bien existe "de lo que se anteponer ante el tribunal de la razón" como dice Hessen.

Debemos consignar en estas breves palabras que el racionalismo, el intelectualismo; y en particular Kant, se oponen a todo reconocimiento de otra intuición que no sea la intuición sensible, que nada tiene que hacer en la investigación científica o en el conocimiento de lo verdadero.-

Nosotros compartimos la opinión de Hessen además de la intuición sensible, existe una intuición espiritual, que no es pura intuición sino que siempre lleva inconscientemente algunos ingredientes del intelecto; pero es la forma de conocimiento, necesaria para que el concepto mantenga permanentemente contacto con la realidad intuible o intuida.-

Particularmente en las ciencias culturales, en todo aquello que este orientado o referido a valores, la intuición juega un papel preponderante; impresiona sobre el particular la afirmación de Scheler de que los valores solo son captados por intuición emocional; y sobre esto ha de haber mucho de cierto ya que la cultura vive se desarrolla y transforma, muchas veces a pesar del intelecto.-

Por otra parte, es tan evidente la intuición, como forma necesaria de conocimiento entre y de un enlace entre la realidad apprehendida y el concepto que la transforma y la simplifica, sacrificando mucho de lo captado por intuición; que pocas veces bajo que otra forma podría reconstruirse en la plenitud de sus manifestaciones un acontecimiento pasado en el que reside una verdad referida a valores o sea que traduce una dirección o sentido determinado, y al cual habrá que atender para determinar su objetividad, y poder formar el concepto.-

Esta reconstrucción en nosotros de este acontecimiento pasado cuyo sentido o dirección en cuanto tiende a un valor que aspira a realizar; implica y es parte fundamental revivir en nosotros, y en esto consiste el hecho de esta intuición, la experiencia anímica ajena, en nuestra propia vida anímica, para poder lograr una comprensión plena; y no puede objetarse que sea esto un mero psicologismo, por cuanto cosa diferente es referirse a lo pensado; que al acto de pensar en sí.-

La TELEOLOGIA.-Con las mismas exigencias y necesidades con que se presenta la consideración causal de la naturaleza, en la mente del hombre se manifiesta también la consideración teleológica, que no se opone a aquella, como se ha pretendido; sino que en cuanto al conocimiento del universo, resultan recíprocamente complementarias; aplicándose como veremos luego la consideración causal a las formas inferiores, y la teleológica a las superiores.-

La realidad ciertamente -dice Del Vecchio⁽¹⁾- por un lado se nos presenta como sujeta al vínculo de las determinaciones causales que liga inseparablemente todos los fenómenos; pero se nos revela además como animada de un poder espontáneo e inagotable que dirige y guía sus procesos y la eleva gradualmente, por sucesivos desenvolvimientos a nuevas formas y metas más altas; concepto de la naturaleza que Comte denominó "estado metafísico" condenándolo.- Sobre el significado de este principio, además lo que vemos aquí, vemos en Rickert⁽²⁾ una exposición clara, objetiva y científica.- En tal sentido la naturaleza continúa el autor que transcribimos "ya no es la unidad mecánica de los fenómenos, la ley de la reductibilidad de los consiguientes a los antecedentes, la fórmula rígida y ciega que Hegel llamo "el cadáver del intelecto" sino que es el principio viviente que agita la mole del universo y se manifiesta en la infinita variedad de su desenvolvimiento; es la substancia que vemos ya immune de las angustias de la causalidad; es la razón interior que da norma a todas las cosas y señala sus propias tendencias, funciones, y fines. Tal concepción de la naturaleza, si bien se considera, no contradice sino que integra y completa la causal.- Porque precisamente de la unión de las secuelas nacen las relaciones y valores finales; y si en el aspecto cuantitativo perdura siempre inflexible el equilibrio entre el prius y el posterius, hay sin embargo en todo natural desenvolvimiento, un incremento cualitativo, por el cual aquel equilibrio se rompe, y el segundo término supera al primero, poniéndose respecto a este en una relación de fin a medio.- La interpretación teleológica del universo, es por lo tanto no solo legítima, sino indeclinable; y el recurrir a ella se revela con tanta mayor necesidad cuanto más elevadas y complejas son las relaciones en que se trata de penetrar.- Los dos conceptos, el físico o mecánico, y el metafísico o teleológico, pueden o deben coexistir como formas de interpretación de la naturaleza aunque sean distintos entre sí⁽³⁾; cada uno de ellos es válido en su propia esfera, estos es en cuanto permite cierta visión de la realidad".-

(1) Del Vecchio op.cit. paginas 22 y siguientes.-

(2) Rickert: op.cit.

(3) Sobre este particular refiriéndose Rickert a la historia dice: Además no debe entenderse bajo el nombre de "historia teleológica" nada que pueda entrar en conflicto con la concepción causal de la realidad.- Por eso es erróneo reducir las cuestiones metodológicas aquí tratadas a la alternativa de causalidad o teleología.- También la historia con su método individualizador y avalorativo, tiene que investigar las conexiones causales que existen entre los procesos, singulares e individuales de que ella se ocupa, y esas conexiones causales no coinciden con las leyes universales de la naturaleza -aunque para la exposición de las relaciones causales individuales, sean precisos los conceptos universales, como elementos conceptuales de los conceptos históricos.- Lo único que aquí importa es que el principio metódico de la selección de lo esencial, en la historia

Deslindadas así las esferas de acción de cada una de ambas maneras de considerar la naturaleza y las relaciones y diferencias que media entre ellas; se ve como debe aceptarse la concepción teleológica; tan necesaria como la causal, en su esfera de acción y mientras permanezca en ella "y sea usada con conciencia de su relatividad".-Errado sería pretender la exclusividad de un solo concepto, en toda interpretación de la naturaleza, lo que resultó frecuente en la antigüedad.-

En la concepción de Aristoteles se denota este error. no en la circunstancia de haber introducido en la concepción de la naturaleza las causas finales, "sino por no haber atemperado y armonizado este concepto teleológico con el mecánico".-Veamos la exposición de la concepción Aristotelica por Del Vecchio: "Es facil advertir como en aquella doctrina la idea de las causas finales perjudica e impide, desde luego la explicación puramente fisica de los fenomenos.-Aristoteles no concebía la realidad como sujeta a leyes naturales inmutables e inviolables, sino como un perpetuo y laborioso contraste entre dos principios, el uno de los cuales se esfuerza por someter al otro.-La forma como causa final, trata previamente de imprimir su ser a la materia, y en esta lucha no siempre sale victoriosa, sino que queda de un modo diverso, segun que encuentre en la materia más o menos resistencia.-Sentado este concepto teleológico se comprende como para Aristoteles no todo lo que existe en la realidad es natural, sino tan solo aquello que corresponde completamente a la intuición de la naturaleza, o bien se halla adecuadamente conformado a su propio fin.-La realidad no es un modo homogéneo, sino que es esencialmente una escala de perfecciones.-Los fenomenos se distinguen en regulares e irregulares, algunas de las cosas existentes, como principalmente los monstruos, lo abortos y otros semejantes son tentativas frustradas de la naturaleza.-En general todo lo que tiene un modo de ser menos complejo y proporcionado, o participa más de lo tosco y amorfo que de lo orgánico o es menos perfecto como organismo, denota una parcial impotencia o imperfección de la naturaleza en la realización de sus designios.-La Filosofía Aristotélica, toma por lo tanto, un caracter más bien valuativo que explicativo; considera más las tendencias que las leyes de la realidad, es en todo caso más bien una Filosofía que una ciencia de la naturaleza como ya observaba Hegel.-En vano se buscaría en aquella aquel vigor de método y de criterios que distingue a la ciencia moderna, ya tanto que sus primeras señales se encuentran en la misma Filosofía griega, por ejemplo, en Demócrito.-Por lo que con respecto a esto no es extraño que Bacon, percibiéndose para la restauración metódica de las ciencias, anteponia la doctrina fisica de Demócrito a las de Aristoteles y Platón, y que en general el moderno resurgimiento especulativo se presentara como ya hemos dicho en antitesis con Aristoteles.-Por lo demás la oposición a la teleología Aristotélica, tuvo todos los caracteres de una reacción, donde no solo fue acogido y aprovechado el concepto mecánico de la naturaleza, entre cuyos defensores más rígidos encontramos tambien al espiritualista Descartes, sino que al mismo concepto se le hizo, valer, la mayor parte de las veces, más que como una interacción, como una negación, del teleológico.-

Solo más tarde con Leibniz y sobre todo con Kant, veremos sentarse las bases para una conciliación racional de los dos criterios.-Pero si debe admitirse sin rodeos que Aristoteles no comprendía adecuadamente la importancia de la explicación causal, si además en la doctrina de los fines frecuentemente incurrió en error por manifiesto antropomorfismo, no por eso debe desconocerse la legitimidad e importancia del criterio fun-

damental por el adoptado para la concepción de la naturaleza.--No dudamos en afirmar que el criterio teleológico se hace tanto más necesario cuanto más rigurosamente se entiende y aplica el causal.--Cuanto más se adelanta en la anatomía de lo real, con aquel proceso analítico que es propio de la causalidad; cuanto más se demuestra la reductibilidad y equivalencia mecánica de los fenómenos, según el principio de la indestructibilidad de la materia y de la energía, tanto más clara aparece la relatividad de tal interpretación y su insuficiencia para comprender en lo intrínseco la real marcha del mundo.--La explicación supone, en efecto, el haber ya imprimido una tendencia y dirección a la realidad; supone en esta una potencia o principio activo, del cual ella toma y coordina, a su modo las sucesivas exteriorizaciones.--He aquí como de la misma noción rigurosa y casi esquemática de la causalidad se obtiene a manera de complemento, la de una substancia activa que el propio sentido a las sucesiones causales y se dirige a través de estas distinciones cualitativas, a formas y tipos cada vez más complejos, los cuales no obstante, es lógico interpretar como ya implícitos en la intención primordial de la naturaleza o sea como fines con respecto a las fases anteriores y más simples de su desenvolvimiento".--

Corresponde en consecuencia admitir una finalidad intrínseca, inmanente e implícita en la naturaleza, para comprender la espontaneidad y el principio absoluto de la misma; que como vemos no reside en la concepción causal que solo abarca uno de sus aspectos, siendo relativa su necesidad entre los fenómenos del devenir, no dando la razón de ser del universo todo, respecto del cual "ninguna causalidad ni necesidad puede afirmarse sino que solo es comprensible más bien en un aspecto final que causal"; esto es en cuanto la misma realidad demuestra un cierto sentido en su marcha y tiende a constituirse en determinadas formas de vida. Por lo tanto aquí se invierte el ángulo visual: lo que es lo último en la producción fenoménica aparece como la razón de lo que es primero, el fundamento de la inteligibilidad no está ya en el cociente sino en el producto, no en lo amorfo y simple sino en lo orgánico y complejo; los superiores grados del desenvolvimiento arrojan luz sobre los inferiores y revelan un nuevo y más profundo significado de los mismos, haciéndolos inteligibles como medios en el sistema de los fines de la naturaleza. Así la interpretación teleológica se sobrepone a la causal o mecánica, pero sin destruirla ni debilitarla en modo alguno; el nexus effectivus subsiste aparte y al lado del nexus finalis, constituyendo como su correlativo empírico o aspecto sensible.--La finalidad se confirma a través del orden de las causas; es en cierto sentido la misma causalidad vista desde dentro.--Teleología y mecanismo son, en fin, diversos modos de tomar y colocar los mismos datos, diversos modos que se encuentran en el absoluto, según la intuición de Leibnitz, o al menos es posible que se encuentren, como también admitía Kant.--Ni se arguya --continúa-- que la interpretación teleológica es subjetiva y la causal tiene a su lado la ventaja de la objetividad, porque sería fácil responder que la explicación causal no es menos subjetiva que la otra, correspondiendo también a una exigencia lógica, a una forma o función apriori del intelecto.--Por otra parte aquí no hay huellas de antropomorfismo en sentido vulgar, esto es de una impropia, asimilación de los hechos externos a los hechos del hombre; por que es manifiesto que cuando se habla de los fines de la naturaleza no se pretende atribuir a esta una deliberación consciente, fundada sobre la representación anticipada del resultado como se verifica en la psiquis

humana, ni se confunde en nada absolutamente la finalidad objetiva, inherente a los productos de la naturaleza, con la accidental y extrínseca utilidad que estos pueden tener para el hombre, sino que tan solo se dota un propio criterio que nos permite descubrir y apreciar adecuadamente las más profundas e íntimas congruencias en el orden de la realidad y en el desenvolvimiento de sus manifestaciones. — En suma tenemos en la intuición de los fines, un principio más para el conocimiento de la naturaleza y este principio conviene que lo tengamos presente sobre todo cuando observamos los caracteres de los entes orgánicos. — En tales entes las partes que componen el organismo no están en un sistema de simple coexistencia y con carácter accidental respecto del todo, sino que todas cooperan a la función de mantener la vida del todo; siendo en consecuencia más que causas medios o instrumentos constituidos naturalmente en relación a cierta finalidad interior, entelequia que se revela no solo en el organismo no se o por la correspondencia entre los órganos y las funciones, sino por un esfuerzo continuo y coordinado de reintegración y adaptación que tiende a conservar aquella correspondencia a través de la variedad de las condiciones y que constituye precisamente la vida. — Un organismo es más que un ser organizado, un ser que se organiza: su formación y reproducción ocurre por propia virtud de tal manera que nos obliga a reconocer un principio animador en la materia, o sea a considerarla como sujeta a una determinación suprasensible (según los fines:), no ya contraria sino superior a la causal. — Porque si se admite (como no hay razón para negar a priori) la posibilidad de que, por una serie de modificaciones sucesivas, las especies orgánicas se transforman, y hasta que surjan de las inorgánicas, tanto más necesario se hace suponer en ellas, y en general en la materia, una espontánea tendencia a la vida, una capacidad intrínseca de coordinación y adaptación, que es como decir una finalidad immanente". —

Destaca Kant que la esfera de la naturaleza en la que se nos aparecen mayor intensidad juicios teleológicos, es en la esfera de los organismos(1); pero a juicio de Del Vecchio, es una forma harto limitada contradicha por la propia ciencia natural moderna que "considera a la naturaleza en los diversos órdenes de la realidad como manifestaciones ascendentes de un mismo principio y no interrumpida relación entre sí(2)

(1) Messer Augusto: Historia de la Filosofía: La Filosofía Moderna: de Kant a Hegel páginas 95 y siguientes. — Espasa — Calpe. — Año 1939. —

(2) Respecto del punto de vista Kantiano sobre las causas finales dice Del Vecchio: Kant ha sostenido que solo verdaderos y propios organismos traen, en rigor, consigo el concepto de las causas finales, puesto que no podemos interpretarlas de otra manera sino mediante ellas, y que una vez establecido este principio, nos vemos inducidos a concebir toda la naturaleza como un sistema ordenado según la regla de los fines. — Por lo demás debe observarse que Kant ha distinguido demasiado terminantemente lo orgánico de lo inorgánico, concediendo a la interpretación teleológica una preponderancia demasiado excesiva en cuanto a los fenómenos de la primera especie, y no admitiéndola en cuanto a los de la segunda sino por razones de analogía y casi de un modo ficticio o hipotético. — Pero conforme con las enseñanzas de la moderna ciencia de la naturaleza, debemos considerar los diversos órdenes de la realidad como manifestaciones ascendentes de un mismo principio, en íntima y no interrumpida relación entre sí. — También en el mundo llamado orgánico inorgánico encontramos una energía que se especifica en varias formas y se resuelve en actitu-

Por ello Del Vecchio que rectifica aquel concepto de Aristoteles en cuanto colocaba en lucha constante a la causalidad con la teleología, rechaza tambien la limitadísima extensión que Kant asigna a esta última, que solo la encuentra en los organismos superiores; y al colocar la concepción causal y teleológica de la naturaleza en el centro y justo equilibrio, asigna individualmente a cada una de ellas su propia esfera de

des para reacciones y combinaciones en determinados sentidos; tambien en él encontramos una serie de crecientes complicaciones; tambien en él encontramos una evolución, y evolución significa tanto como tendencia a algo o sea subordinación a un propio fin.—Ciertamente el caracter teleológico se presenta mucho mejor desarrollado en los organismos, y predomina más todavía en el orden psíquico, donde el fin se dibuja anticipadamente en la conciencia y se hace motivo del obrar; pero con todo esto, se deben admitir las condiciones ~~xxxxx~~ elementales y los síntomas de la finalidad, aún sin desenvolverse y latente, hasta en las formas inferiores de la existencia, bajo pena de desconocer la unidad fundamental de la naturaleza.—Por otra el principio de la causalidad, sirve como para las formas inferiores, tambien para los organismos, de donde no aparece justificada la afirmación de Kant frecuentemente repetida despues, de que jamás se podrá dar de los organismos una explicación mecánica independiente de la teleológica.—Lo cierto es que el principio final y causal coexisten perfectamente, hasta como principios ~~xxurísticos~~, de manera que cuando consideramos un ser orgánico podemos igualmente y debemos preguntarnos cual es la causa y cual el fin de las singulares partes.—Ambas direcciones de la investigación son legítimas, ambas contribuyen a la integridad del conocimiento sin que la una haga superflua la otra; el solo conocimiento del fin de determinado organo no nos dispensa de indagar las leyes y procesos físicos de su formación, así como viceversa, no basta conocer la estructura de una parte cualquiera del organismo si no se sabe indicar tambien su fin y su función con respecto al todo.—Mientras no se alcance este último conocimiento el naturalista, ve ~~xxx~~ en aquella estructura un problema sin resolver, y de cuya solubilidad, por otra parte, no estima lícito dudar.—La máxima la naturaleza no hace nada en vano, tiene aquí aplicación como una guía en la investigación y para complemento de la otra máxima: la naturaleza no hace nada al acaso, puesto que precisamente en el estudio de los organismos la necesidad de la apreciación teleológica, no tiene ciertamente ~~xxxxx~~ menor importancia que la de la explicación causal.—El diverso valor de los dos criterios aparece no menos evidente cuando se atiende a las consecuencias que respectivamente se deducen de ellos.—Segun el criterio de los fines se establece la distinción (inadmisible segun el criterio causal) entre lo anormal y lo anómalo, entre lo fisiológico y lo patológico. Este último o sea aquello que produce una perturbación en las funciones del organismo, se juzga como ~~xx~~ nos naturalx o contrario a la naturaleza, aunque sea explicable causalmente lo mismo que lo primero, esto es, ~~xxxxx~~ aunque quepa tambien el concepto mecánico o físico de la naturaleza.—En tal antinomia precisamente brilla el doble significado de este término que es objeto de nuestra critica que precede.—Teleológicamente considerada la naturaleza, no es principio de identidad, sino de jerarquía; no es aciáfora con respecto al curso del devenir, no se comprueba indiferentemente en todos los fenomenos, sino que nace de ellos en cuanto aspira a determinados tipos y a determinadas condiciones.—La naturaleza de algo en este sentido, es el tipo o se-

acción y su complemento ~~existen~~ recíproco en el sentido que toda consideración unilateral vale decir con predominio exclusivo de ~~maxima~~ causalidad o teleología solo ha de llevarnos a un conocimiento parcial de la naturaleza por cuanto la naturaleza para el autor se integra en una escala ascendente de tipos especies o formas a la cual aspira; y que esta finalidad informa desde sus primeras manifestaciones a toda realidad, a toda naturaleza en la misma forma que la causalidad se cumple en las formas simples o inferiores hasta en todas las partes de los organismos superiores.-

La TELEOLOGIA EN RIKERT.-Anticiparemos aquí algunos conceptos de Rikert respecto de la teleología, que veremos luego en los conceptos fundamentales de su sistema de filosofía.-

El autor usa la expresión que estima multívoca en el sentido de una referencia a valores o lo que él llama avaloración teórica.-

Para entender esto es preciso antes establecer la distinción entre valoración práctica y avaloración teórica.-La primera significa tanto como valorar en concreto alguna cosa o proceso, bajo la forma común de

El fin de su perfección, es lo que todo individuo o caso particular ha de ~~deber~~ ser para corresponder al intento final propio de su especie.-Vivir conforme a la naturaleza (como dice la máxima de los estoicos) significa ~~existencia~~ general, realizar en sí el propio fin, o sea obedecer a la ley que surge para cada ser de su propia constitución interior, aunque las manifestaciones exteriores, descañandose, puedan también en ~~parte~~ parte, alejarse de ella.-Así la misma realidad objetiva, interpretada desde un superior punto de vista, se presta a una apreciación ~~comparativa~~ comparativa, se dispone en un orden de valores, y nosotros adquirimos de ella un conocimiento mucho más profundo que si consideráramos, simplemente la serie de los cambios según el criterio de la causalidad.-Por naturaleza, es en general entendemos, pues, el principio que se desarrolla en el mundo a través del orden ascendente de los tipos, la razón que vivifica la materia y la fuerza a organizarse e individualizarse, tomando propiedades y actitudes cada vez más elevadas, hasta que por último se hace espíritu se hace sujeto que siente y quiere y se refleja como pensamiento sobre sí mismo (notese en esto la influencia de Hegel). La realidad se nos aparece en suma semejante a un cuerpo que poco a poco se anima y se despierta: el ~~espíritu~~ espíritu, primero difuso e ignorante, al fin se levanta y se afirma como sujeto.-Ciertamente esto es un concepto de la naturaleza muy diverso del que tiene cualquier químico o farmacéutico como hubo de decir en ~~su~~ cierta ocasión Schelling, pero es precisamente tal concepto, filosóficamente más elevado, quien nos pone en relación directa e íntima con la realidad de la cual somos parte, (y en parte también autores) este es el concepto que nos da la razón de nuestro infinito y como misterioso amor a la naturaleza porque nos descubre la identidad de nuestro ser con el ser universal".-Del Vecchio: op.cit. paginas 30 y siguientes.-

los valores al calificarla de buena o mala, vale decir exaltandola o censurandola.-Avalorar teóricamente es totalmente diferente a ambas posturas señaladas,avalorar significa tanto como destacar de la realidad multiple continua y heterogenea, lo esencialmente importante, lo significativo historicamente.-Por eso afirma Rickert: "Las valoraciones que serían incientíficas, puede evitarlas la historia individualizadora lo mismo que la investigación natural.-Solo por la avaloración teórica oponese la ciencia historica a la ciencia natural; pero no por eso pelagra el caracter científico de la primera".-

Y es el mismo Rickert quien repara a continuación de esta distinción entre la valoración practica y la avaloración teórica, esta ultima de la teleología, o mejor dicho fija el significado del termino en un sentido, determinado, pues parece tenerlos multiples, por lo menos en su uso.-Y así dice: "Se ha adquirido la costumbre de llamar "teleológicas" a las consideraciones hechas desde puntos de vistas de valor; por lo cual en la historia podría hablarse, de una conceptuación teleológica en lugar de avalorativa.-Pero es mejor, o huir de un vocablo tan multívoco y tan expuesto, por tanto a falsas, interpretaciones, o indicar y limitar exactamente su significación.-En efecto no solo, hay que distinguir estrictamente entre la avaloración teórica y la valoración practica sino tambien hay que evitar se forme la apariencia de que por medio de una conceptuación teleológica en la historia, explicanse las cosas por las finalidades conscientes que se proponen las personas de que se trata.-La cuestión de si esto es o no posible no nos atañe en el actual nexo de nuestra investigación pues que se refiere al contenido de la historia. Aquí lo que tenemos que poner en plena luz de la conciencia es tan solo el punto de vista metódico, desde el cual la historia da forma al continuo heterogeneo de la realidad, por mod tal que demarca en él productos individuales.-En que consiste el contenido de los tales productos? Esto no puede determinarlo la teoría de la ciencia.-Además no debe entenderse bajo el nombre de "historia teleológica" nada que pueda entrar en conflicto con la concepción causal de la realidad. Por eso es erroneo reducir las cuestiones metodológicas aquí tratadas a la alternativa de causalidad o teleología. Tambien la historia con su metodo individualizador y avalorativo, tiene que investigar las conexiones causales que existen entre los procesos singulares, de que ella se ocupa, y esas conexiones causales no coinciden con las leyes universales de la naturaleza, aunque para la exposición de las relaciones causales individuales sean precisos los conceptos universales como elementos conceptuales de los conceptos historicos.-Lo único que aquí importa es que el principio metódico de la selección de lo esencial, en la historia, depende de los valores, aún en el problema o investigación de las causas, en cuanto que solo se toman en consideración aquellas causas que son significativas en su peculiaridad, para la realización de los bienes.-Y esta teleología no puede ponerse en oposición a la causalidad" "Con lo que queda expresado que en el proceso de avaloración teórica, se destaca lo significativo, por el auxilio de esa avaloración, y no con un principio de finalidad excluyente de todo aquello que no sea consecuente con el fin que se investiga como lo postularía una investigación teleológica pura"

Excepto este particular significado que le da el autor de referencia a valores o sea avaloración práctica, vemos que coincide en un todo con Del Vecchio en el sentido que no se oponenteleología y causalidad, sino antes bien se complementan; pero en Rickert las causas del hecho individual tambien se destacan por referencia a valores.-

C A P I T U L O

Sumarío: Los conceptos fundamentales de la filosofía de Rickert. - Naturaleza y cultura. - Método de las ciencias naturales y método de las ciencias culturales. - El método histórico en las ciencias de la cultura. - La aprehensión de la realidad intuible en forma inmediata y su mediata transformación en conceptos. - La selección de lo esencial de la realidad. El criterio de selección. - Los valores. - Valoración y avaloración. -

La obra de Rickert⁽¹⁾ cuya síntesis ofrecemos al lector, ha dejado jalones definitivos e inmovibles en la distinción metodológica de las ciencias naturales y culturales; muchos puntos quedan por completarse en cuanto a esta última se refiere - como lo admite el autor - particularmente respecto de los valores y la estructura lógica de estas ciencias, más en cuanto a la neta separación que establecemos con las ciencias naturales, poco o nada habrá que agregar, ya que el concepto de cultura fijado y delimitado con claridad; unido al concepto de naturaleza que la ciencia posee tradicionalmente; hace que no pueda separar con claridad, de la realidad dada, lo que corresponde como material de labor o de elaboración a una y otra ciencia. -

Si bien, las referencias que tenemos de Dilthey y Windelband nos los presentan como ocupándose de estos mismos temas; también las opiniones coinciden en que Rickert fue más rigurosamente sistemático en el planteamiento del problema y el enfoque de su solución; y así fijó definitivamente el concepto de ciencia cultural, "hasta donde la vista puede abarcar el tiempo futuro" - como decía el autor citado de Kant en cuanto había fijado el concepto de naturaleza. -

Para nuestro trabajo la obra de Rickert es de trascendental importancia; el derecho en cuanto puede ser ciencia, pertenece a la zona de la cultura. - Pero no queremos incurrir en elecciones de sistemas, en forma arbitraria y unilateral como expresión de nuestra voluntad, sin justificar la razón de la elección; nos inclinamos a Rickert, en su acierto filosófico, trasuntado en el comentario de autores de responsabilidad como lo es Messer⁽²⁾ cuya opinión al respecto es una síntesis de todo cuanto se pueda decir en favor de las teorías de Rickert; en efecto dice: Los fundamentos de la Filosofía de Rickert pertenecen al escaso número de las obras filosóficas de primer rango aparecidas en los últimos veinte años. - Sin caer en antivitral veneración del pasado histórico, se enlaza con Kant. - En Rickert revive el espíritu de los mejores tiempos de la filosofía alemana, desde Kant hasta Hegel. -

Después de realizar una breve síntesis biográfica del autor pasaremos al estudio y síntesis de sus conceptos fundamentales, de modo que alcancemos una visión general de su sistema. -

Enrique Rickert nació en Danzig en 1863 ejerció al comienzo la docencia universitaria en Friburgo desde 1891 hasta 1915, fecha en que llamado por la Universidad de Heidelberg ocupó la vacante dejada por la muerte de Windelband. -

(1) Rickert Enrique: Ciencia Natural y ciencia cultural. - Ed. España-Calpe Traducción, del alemán de Manuel García Morente. - Año 1937. -

(2) Messer Augusto: La filosofía actual. - España Calpe. - Año 1938. -

Con el renacer de la Filosofía—después del período positivista y materialista”, que antes que dos formas filosóficas son dos maneras de ignorar la Filosofía”según palabras de Ortega y Gasset—aparece la figura de Rickert á fines del siglo pasado como un filósofo neokantiano; ya que cortada la continuidad de la fecunda producción filosófica, con las escuelas citadas, en el renacer de la misma a fines del siglo pasado, fué necesario remontarse a las escuelas que habían alcanzado la cumbre de la filosofía y que podía orientar las incursiones futuras en este terreno. El neokantismo—que no es la vuelta pura y simple a la filosofía de Kant—busca en el filósofo de Koenigsberg la razón y fundamento de sus especulaciones, pero con distinta orientación, según la expresión de Windelband “interpretar a Kant es superar a Kant”, en contra de los que regresan a Kant, siguiendo una orientación naturalista, los filósofos de la cultura, siguen a Kant pero van hacia el futuro.— Afirman éstos últimos, particularmente Rickert en sus obras, que si bien Kant había estudiado las ciencias naturales marcando los límites de su posibilidad, dejó echadas ciertas bases con hondas sugerencias, particularmente al establecer el límite del saber natural y al afirmar que no era el único saber.—

Continuando a Windelband, Rickert completa el sistema de conocimiento de las ciencias, en la dirección fijada por Kant; llevando al campo de las ciencias culturales el método de sus investigaciones epistemológicas, cerrándose el ciclo de las ciencias que investigan la realidad, con la construcción y sistematización de las ciencias culturales, que superando el saber naturalista, o pasando a primer plano por lo menos, amenaza la soberanía de las concepciones del universo y de la vida en base al saber naturalista, y pretende á su vez elaborar una nueva concepción del mundo y de la vida sobre la orientación de las ciencias culturales.—

Rickert es su principal sistematizador—lo dijimos ya—de esta escuela, preocupase en particular en el análisis y fundamentación del saber histórico como así en la construcción de su método, y de un amplio sistema de filosofía.—

Rickert ha publicado numerosas obras, en el siguiente orden cronológico: Para la teoría de la definición. El objeto del conocimiento. Los límites de la conceptuación naturalista. Ciencia cultural y ciencia natural. La filosofía de la vida. Sistema de filosofía. Problemas capitales de la filosofía. Una serie de publicaciones en volúmenes colectivos, revistas particularmente en Kantstudien y Logos(1).—Enrique Rickert falleció en Heidelberg en 1936.—

Según lo expresa el mismo Rickert las ideas fundamentales de su obra(2) fueron expuestas por él en el año 1898 en la primera sesión de la Sociedad de Ciencias Culturales de Friburgo en Brisgovia. Consta la misma de

(1) Francisco Romero: Prólogo y Biografía a la obra de Rickert.—

(2) Enrique Rickert: op; cit.—

atorce capítulos en los que se estudia sucesivamente la cuestión, desde el planteamiento del problema con sus antecedentes históricos fundados en la metodología usada por las ciencias naturales y los esfuerzos, los pocos esfuerzos realizados por construir las ciencias culturales históricas, llega a la solución, al coronar su sistema en últimos capítulos con consideraciones sobre la individualidad, y la objetividad de la historia de la cultura.-

Al plantear el problema sostiene Rickert que las ciencias particulares se dividen en dos grandes grupos " y que los teólogos y los juristas, los historiadores y los filólogos se hallan unidos por intereses comunes del mismo modo que los físicos y los químicos, los anatómicos y los fisiólogos. Pero a los primeros se plantea la dificultad en cuanto se refiere a la denominación que han de dar a sus actividades comunes, lo que no ocurre con los segundos en la denominación de natural tiene un concepto usual y reconocido.-

Antes de desarrollar la cuestión de que es ciencia cultural y en que relación se halla con la investigación natural, se hace cargo Rickert de un problema previo de carácter lógico. Sostiene que no se va a ocupar del contenido peculiar de las ciencias empíricas naturales y culturales pero que respecto a la investigación de esos contenidos se ve en la necesidad de hacer la distinción, entre la simple colección de materiales, para lo cual cualquier método es lícito, sin pretender fórmulas rígidas y exclusivas, -lo cual cae fuera de la órbita de su trabajo; deteniéndose en cambio, para constituir su tema, en el momento de ordenar y elaborar el material para exponerlo científicamente y cuando ese procesado ha llegado a su término.-

Pero como afirma Rickert esta parte de la labor científica suele llevarse a cabo con cierta " evidencia"; con poca atención por los especialistas; y su clara exposición constituye propiamente el problema filosófico, trasladando el centro de gravedad de la investigación empírica, de donde se halla habitualmente.-

Afirma el rigorismo lógico de la distinción, como el único camino, para establecer límites en la abigarrada multiplicidad de la vida científica. La ventaja de su ensayo estriba en que proporcionara -afirma- un sistema a los investigadores de las ciencias culturales, que todavía no lo tienen, en oposición a los de la ciencia natural, que sí lo poseen, desde hace mucho tiempo. Ya que cuando florece la ciencia natural, la filosofía se esfuerza por construir su método -recuerda a Descartes y Leibnitz- es fuerza que alcanza la plenitud en Kant que sienta el concepto de naturaleza definitivamente: el de la existencia de las cosas, en cuanto que es determinada por las leyes universales, asentando así el concepto universalísimo de ciencia natural. Quedaba excluida del método naturalista toda investigación de la existencia de las cosas " en cuanto que es determinada" destruyó la dominación exclusiva del concepto de naturaleza y la concepción física del universo que sufrió menoscabo en el siglo XVIII al pretender aplicarla a las ciencias naturales; fué rebajada por Kant quien arruinó su pretensión de ser absoluta y redujo a relativa su legitimidad, con lo cual recluyó el método naturalista en los límites

de la investigación particular.-

Sin embargo este trabajo la ventaja de fijar claramente el concepto de naturaleza, y que la ciencia natural ganara una tradición firme; prescindiendo del principio de la evolución que por su origen es totalmente histórico y en la cual la idea de fin enlazada al concepto de organismo sigue ocasionando espinosas interpretaciones de carácter metafísico-teológico.-

No ocurre lo mismo con las ciencias culturales no obstante el notable impulso que les ha dado el siglo XIX y el trabajo ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ ~~xxxxxxxx~~ de algún investigador genial. La investigación metodológica es muy escasa, aunque pueden encontrarse en el pasado "rudimentos de una filosofía que labora en conexión con las ciencias culturales empíricas, recibe inspiraciones de ésta y puede retroactivamente influir en ellas".- Kant es el primero, no tanto por la fundamentación gnoseológica de las ciencias naturales como por haber enterrado la concepción física del universo; suscitó corrientes antinaturalistas que se situaron frente a la ciencia natural, contribuyendo con ello al descrédito del "idealismo" alemán; pero al señalar con energía hacia el reverso de la medalla han tenido influencia excitativa". De todos se destaca Hegel quien con plena conciencia se propuso fundar la concepción del universo sobre la vida histórica; no obstante que la letra de Hegel afirma, no puede galvanizarse. Agregando que provisionalmente no sirven gran cosa los demás valiosos rudimentos, por ello no parte para su sistematización de los hechos del pasado sino de la clasificación de las ciencias para luego exponer su sistema.-

Destaca la oposición capital entre naturaleza y espíritu, que es corriente, significando la multívoca voz de "naturaleza" el ser corporal y la multívoca voz de "espíritu" el ser anímico y de las peculiaridades de la vida corporal y anímica destacándose las diferencias formales entre los dos métodos con que han de proceder las ciencias de la naturaleza y del espíritu. De lo cual se desprende "entre otras consecuencias que junto a la mecánica la más general y fundamental de las ciencias del cuerpo colocase una ciencia general correspondiente de la vida anímica, esto es la psicología como ciencia fundamental del espíritu". Pero la oposición entre naturaleza y espíritu no puede llegar a comprender las verdaderas diferencias que existen entre las ciencias empíricas.-

Afirma que si bien las ciencias naturalistas se ocupan preferentemente de lo psíquico los historiadores y demás representantes de las ciencias del espíritu no se preocupan casi ninguno de la psicología moderna; porque la distinción no es en el ser ya que "la realidad en su totalidad esto es en el conjunto de toda la existencia corporal y espiritual puede y debe considerarse de hecho como un todo unitario o como gustamos decir hoy "monísticamente". De lo que deduce que las ciencias particulares tendrán que investigar cada una, una parte de esa realidad con uno y el mismo método y las ciencias de la vida corporal y la vida anímica tendrán intereses comunes; en consecuencia no se puede poner como fundamento de la clasificación una oposición material de los objetos como no sea que de la realidad total se destaquen un cierto número de cosas y procesos.

que poseen para nosotros una especial significación o importancia y en los cuales veamos por ende algo más que mera naturaleza". En los cuales no bastará la exposición naturalista, "que por lo demás es enteramente legítima", pero que habrá que plantear respecto de ellos otras preguntas muy distintas y que se referirán ante todo a los objetos que se comprenden bajo el nombre de cultura.-

Una división en ciencias naturales y ciencias culturales—afirma—basada en la especial significación de los objetos de la cultura podría manifestar mejor que ninguna otra la oposición de intereses, que separar en dos grupos á los investigadores; por eso la distinción entre ciencia natural y ciencia cultural, le parece al autor más propia para substituir á la división corriente de ciencia de la naturaleza y ciencia del espíritu.-

Luego de este principio material de distinción, plantea Rickert la necesidad de la distinción en lo formal, haciendo presente que la palabra naturaleza tiene varias acepciones y cuando se habla de "método naturalista" se entiende con ello la significación que Kant dió á ésta expresión, vale decir formal, y no en el sentido de "método corporalista" que sería la exacta contraposición al método de las ciencias del espíritu o psicológico. Ahora respecto de una cualquiera de las peculiaridades materiales de esa parte de la realidad que designamos cultura, no puede derivarse la oposición formal, al concepto lógico de naturaleza como existencia de las cosas en cuanto que esta determinada por leyes universales; no puede ser á su vez sino un concepto lógico igualmente.- Tal es a mi parecer—dice—el concepto de historia, en el más amplio sentido formal de la palabra, es decir el concepto del sucedido singular en su peculiaridad e individualidad. Este concepto está en oposición formal con el concepto de ley universal.-

Pero la distinción formal entre naturaleza e historia no viene a substituir la distinción entre naturaleza y espíritu a la cual debe oponerse y substituirse con la oposición que vimos de naturaleza y cultura.- Ahora entre los dos principios de clasificación ve Rickert un nexo por cuanto para todos los objetos de la cultura es una consideración necesaria su exposición según el método histórico; y el concepto de éste método se comprende al mismo tiempo partiendo de un concepto formal de la cultura. También hace presente el autor que el método natural se prolonga dentro de la esfera de la cultura, y no debe decirse que haya solo ciencias históricas, y en cierto sentido puede decirse que hay un proceder histórico en el seno de la ciencia natural, de manera que á la consideración lógica aparecen territorios intermedios en los cuales están estrechamente unidas investigaciones que por una parte son culturales en su contenido y naturalistas en su método, y por otra parte naturalistas en su contenido e históricas en su método. Pero esto no anula la oposición entre ciencias naturales y culturales; y antes bien se ha visto que con ayuda de los conceptos estudiados se puede llegar a la oposición capital no obstante las formas o territorios intermedios, mostrando que se procede principalmente por el método naturalista en la investigación de la existencia natural y en la investigación especializada de la vida cultural se usa principalmente el método histórico.-

Advierte el autor que va a hacer la oposición real de los conceptos naturaleza y cultura, apartándose de las diferencias formales—como lo exigiría la necesidad lógica—pero añadiendo a la explicación algunas diferencias metódicas—exponiendo luego las relaciones existentes entre el principio formal y el principio material de clasificación.—

Las palabras naturaleza y cultura no son unívocas y recurre a la significación originaria: "es naturaleza, el conjunto de los nacido por sí, oriundo de sí y entregado a su propio crecimiento". En frente está la cultura, ya sea como lo producido directamente por un hombre actuando según fines valorados, ya sea si la cosa existe de antes en atención a los valores que en ella presiden. En los procesos culturales—afirma—existe siempre incorporado algún valor y los llama bienes.— Cuando a un objeto cultural se le retira el valor queda reducido a mera naturaleza. Por medio de esa referencia a valores podemos distinguir dos especies de objetos: culturales y naturales. Observa Rickert las acepciones que le han dado los autores a la expresión cultura, ampliando o haciendo más estrecha su verdadera significación, perdiendo el equilibrio objetivo de su auténtica expresión.—

Rebate las consideración de Paul que ve manifestaciones culturales en la vida de ciertos animales, lo que da una amplitud ficticia al término; y la otra tendencia que hace harto estrechos sus límites cuando habla de "cultura ética", "lucha cultural" o entendiendo solo por cultura el movimientos de las masas o las manifestaciones de determinadas masas. Termina exponiendo el concepto de cultura en la acepción auténtica: Entendemos por cultura la totalidad de los ~~xxxx~~ objetos reales en que residen valores universalmente reconocidos y que por esos mismos valores son cultivados.—

A renglón seguido realiza el autor una de sus mejores elucidaciones en torno al problema del conocimiento llevando sus argumentos hasta la raíz de la cuestión, para resolverla exitosamente y en correspondencia con su postura respecto de la distinción metodológica de las ciencias.—

Rechaza la teoría de la copia o reproducción de la realidad y sostiene que para comprender la esencia del conocimiento no cabe sino investigar el proceso de "transformación por medio del cual se elaboran las representaciones o conceptos que coinciden con el mundo trascendente".—

"Por consiguiente el concepto trascendente de verdad tendrá la lógica que considerar el conocer, no como reproducción sino como un proceso que mediante el concepto transforma el material representativo inmediatamente dado, pues tal es el único, proceso directamente asequible a la lógica y por el cual ha de surgir esa copia de la realidad trascendente que se busca". Intentese—dice—solo una vez describir la realidad exactamente y aprehenderla en conceptos tal como ella es con todas sus singularidades, para adquirir una copia, pronto se verá cuán falta de sentido es semejante empresa. La realidad empírica efectivamente se manifiesta como una muchedumbre incalculable, para nosotros, que parece ir creciendo sin cesar, conforme ahondamos en ella y empezamos a analizarla en su particularidad. El más mínimo pedazo contiene más de lo que puede describir un hombre finito.

Afirma, que reproducir la realidad en conceptos es un problema insoluble—

ble para terminar que "si algo ya realizado y cumplido puede legitimamente ostentar la pretensión de ser un conocimiento, habremos de atenernos para el concepto inmanente de la verdad, a la afirmación de que el conocimiento no es una reproducción sino una transformación y -podemos añadirlo- siempre una simplificación, comparado con la realidad. Se hace cargo el autor, de como la realidad que no puede captarse en conceptos tal cual es, puede ser transformada de irracional en racional.-

Manifiesta que en la naturaleza todo fluye en forma continuada da saltos y que nada es absolutamente homogéneo de donde extrae dos principios: el de la continuidad de lo real y el de la heterogeneidad de todo lo real.-

La realidad es, pues, continua y diferente.- Esto hace que la realidad sea irracional y que el concepto no pueda aprehenderla tal cual es.-

"Al conocimiento científico-nos dice-lo que hay que proponerle es como llega a adquirir poder sobre lo real; y la respuesta la tenemos bien pronto: Solo, mediante una separación conceptual de la heterogeneidad y de la continuidad puede la realidad hacerse racional. Lo continuo se deja dominar por el concepto tan pronto como es homogéneo y lo heterogéneo se somete al concepto cuando puede hacer cortes en él, esto es cuando se transforma de continuo en discreto. De esta suerte abrese ante la ciencia dos caminos opuestos para formar sus conceptos. La continuidad heterogénea que reside en toda realidad, es transformada ora en continuidad homogénea otra en discreción heterogénea. En cuanto esto es posible, puede la realidad llamarse racional. Seguirá siendo irracional solo para el conocimiento que quiera reproducirla sin transformarla".-

Las ciencias de la realidad, tienen que contentarse en todo caso con una parte relativamente pequeña de la realidad, su conocimiento no puede ser más que una simplificación, nunca empero una reproducción del contenido real. De aquí deduce la necesidad de un "a priori" o "pre-juicio" para la limitación recíproca de las realidades para transformar la continuidad heterogénea en discreción: "es decir necesitan un principio de selección en que apoyarse para proceder en el material dado como suele decirse, a separar lo esencial de lo inessential. Este principio comparado con el contenido de la realidad tiene un carácter formal, y así el concepto de la "forma" científica resulta ahora claro. El conjunto de lo esencial y no una reproducción del contenido de la realidad, es lo que constituye el conocimiento, por el lado formal. Ese conjunto que con ayuda del principio formal desprendemos de la realidad, podemos llamarse también, la esencia de las cosas, si es que éste término ha de recibir un sentido expresivo para las ciencias empíricas".-

Tenemos así estructurada la teoría del conocimiento de Rickert cuyos rasgos esenciales habíamos visto, antes de ahora en éste mismo trabajo.- Esa manera de concebir al conocimiento-nos lo indicará el autor mismo- á de facilitarnos la tarea de comprender la posibilidad de las ciencias culturales y de entre ellas también al derecho.-

La ciencia según la opinión tradicional-Aristóteles manifestó que no había ciencia sino de lo general-consiste en la formación de conceptos universales; lo esencial en cosas y procesos estará en lo que cae dentro de esa conceptualización universal, y lo que tenga de individual será considerado inessential y por ende despreciable, es para la ciencia generalizadora, el residuo sin importancia.-

El contenido del concepto consiste en lo que llamamos leyes—dice Rickert—esto es” en juicios absolutamente universales” sobre territorios más o menos extensos de la realidad que nadie ha observado en su totalidad”.— El conocimiento de la naturaleza generaliza; tal es su esencia lógica, y aunque se dividen en grupos por tratar diferentes territorios, ya que algunas se refieren a lo corporal y otras a lo anímico ambos sistemas son iguales en lo que se refiere a su estructura lógica.—

Pero”determinadas especies de la vida anímica por la significación que en ellas reside, no pueden tratarse exhaustivamente por método generalizador y ésta posibilidad no la combatimos nosotros”.—

Ese es el problema de la ciencia cultural que Rickert va a tratar más adelante” dejando sentado por ahora que la ciencia que investiga la vida anímica refiriéndose exclusivamente a que es anímica y no corporal, no tiene fundamento alguno para usar otro método que el naturalista esto es generalizador en el sentido lógico. Nos atenemos pues a lo siguiente: toda realidad y la psíquica también puede ser aprehendida por método generalizador como naturaleza y por consiguiente debe ser concebida también por modo naturalista. De otra suerte no sería posible formar un concepto que comprendiese en general la naturaleza psicofísica”.—

Hay ciencias—dice el autor citado—que no se proponen establecer leyes naturales ni conceptos universales, son las ciencias históricas que se ocupan de la realidad, que nunca es general, sino individual; donde fatalmente fracasa el método naturalista, enderezado a lo general; fracasando así también el concepto de Aristóteles, que no hay ciencia de lo particular y con él la lógica de algunos modernos autores e historiadores que no quieren admitir lo individual de la realidad como cosa o proceso esencial

No cabiendo la realidad en ningún concepto y siendo universales los elementos de los conceptos aparece difícil el pensamiento de una conceptualización individualizadora—afirma—pero promete afrontar más adelante éste problema para ocuparse á continuación del método histórico.—Nadie puede negar—expone—que la historia ve su problema en la exposición de lo singular e individual” y es partiendo de ese problema como tendremos que explicar la esencia formal de la historia”. Fues todos los conceptos de ciencias son conceptos de problemas, y su inteligencia lógica es solo posible partiendo del fin que se proponen, para penetrar en la estructura lógica de su método. Este es el camino que conduce al fin. La historia no quiere generalizar al modo como lo hacen las ciencias naturales. Este es el punto decisivo para la lógica.—

Cita Rickert la distinción de Windelband que ratifica como cierta y verdadera entre ciencias nomotéticas e idiográficas y del proceder nomotético de las ciencias naturales y el proceder idiográfico de las ciencias históricas y agrega:”Yo mismo para llegar a dos conceptos puramente lógicos, y por tanto puramente formales, de naturaleza e historia, con los cuales me refiero, no dos realidades distintas, sino a la misma realidad, desde distintos puntos de vista e intentado formular el problema lógico fundamental de una clasificación de las ciencias por sus métodos de la siguiente manera: La realidad se hace naturaleza cuando la consideramos con referencia a lo universal; se hace historia cuando la consideramos con referencia a lo particular e individual. Con ésta distinción poseemos

ya el principio formal que buscábamos para la división de las ciencias y quien quiera trabajar en la teoría de las ciencias con un sentido verdaderamente lógico tiene que partir de ésta distinción formal.-

El concepto de historia y la expresión método histórico para designar el procedimiento científico que se orienta hacia la particularidad y la individualidad de lo real es tan lógico como el uso de la voz naturaleza de acuerdo con la terminología de Kant, de quien recibió su legitimidad histórica-continua-que si se acepta el concepto lógico que da Kant de la naturaleza, es obligado a aceptar también éste concepto lógico de la historia, ~~xxxxxxx~~ y en todo caso solo así se podrá alcanzar un punto de partida utilizable para una investigación lógica de las ciencias empíricas. Opone, luego, la historia a la psicología científica, manifestando que si bien se refiere la historia a realidades de la vida anímica no lo hace en el sentido generalizador de la psicología. Cuando se afirma que un historiador es psicólogo, no se significa que cultive o practique la ciencia de la psicología, sino que hace historia con conocimiento de la psicología humana, o sea comprensión de la vida anímica. Así se explica que hayan existido historiadores psicólogos antes de que existiera como ciencia la psicología, por ejemplo Tucídides. Con esto no se niega el auxilio que la psicología generalizadora puede prestar al conocimiento de hechos pasados pero no para imponer ese método o su orientación, sino como el auxilio que prestan otras ciencias; como por ejemplo cuando el historiador descubre que la batalla se perdió por cansancio o extenuación de los ejércitos de un determinado bando, deberá recurrir para explicar ésta eventualidad a términos, conocimiento y explicaciones de significación universal pre-científicos y que para ser exactos debería investigar en la fisiología de la fatiga o de la nutrición para substituir aquellos términos, conocimiento y explicaciones pre-científicas por otras estrictamente científicas.- Estos conceptos son simples medios para el historiador y bastará con el conocimiento que de ellos tiene por el " estudio pre-científico" sin necesidad de decidarse al estudio profundizado de estas ramas auxiliares.- Deslindeando el terreno exclusivo del método histórico cultural, continúa su exposición Rickert oponiendo la Historia al Arte.-

La necesidad de valerse de la intuición para revivir en su totalidad y esencia un acontecimiento pasado, que tiene el historiador, ha puesto muchas veces a la historia en relación estrechísima con el arte, que han llegado a identificarse, pero agrega Rickert; "Es realmente éste un aspecto de la historia que está emparentada con la actividad artística, por cuanto historia y arte coinciden ambos en excitar nuestra imaginación y producir una intuición; pero también y al mismo tiempo agotarse en este punto la afinidad del arte y de la historia. Esta afinidad no puede significar gran cosa para la esencia de la ciencia histórica, porque en primer lugar la intuición, cuando es puramente artística se distingue en principio de la que el historiador lleva a cabo; y en segundo lugar los elementos intuitivos en la historia, como ciencia, no pueden tener más que una importancia secundaria, si se los considera desde puntos de vista lógicos. Después de demostrar Rickert que la afinidad de la historia y el arte por razones de intuición no influye en nada en el método histórico ya que en esencia lógica aquel universaliza la intuición, mientras ésta va tras los conceptos individuales, termina el autor diciendo: "Para rechazar

de que la historia tiene afinidades con el arte en puntos esenciales para la lógica nos bastará la conclusión siguiente: "Si se piensa que toda realidad es una intuición individual la relación en que las ciencias y el arte están con ella podrá reducirse a la siguiente fórmula: las ciencias generalizadoras aniquilan en sus conceptos no solo la individualidad, sino también la intuición inmediata de sus objetos; la historia en cuanto que es ciencia, excluye así mismo la intuición inmediata y la transforma en concepto pero trata de conservar la individualidad; por último el arte en tanto no pretende ser más que arte, resuélvese en una exposición intuitiva, que suprime la individualidad de la realidad como tal, o la rebaja a algo insencial".-

Al historiador lo separa siempre del artista la circunstancia de que sus intuiciones tienen que ser siempre individuales-y continua-más adelante Rickert-que no puede aceptarse la clasificación de Windelband según la cual la ciencia natural es ciencia de leyes y la historia de figuras, lo cual desplazaría el centro de gravedad de la historia, que no busca figuras y si alguna vez lo hace en las biografías no puede ser eso la base de su inteligencia lógica. Su carácter científico hay que buscarlo en la forma que labora en sus conceptos "que muchas veces son inintuibles y solo desde el punto de vista de la transformación de la intuición en conceptos es como puede ser comprendida en su sentido lógico".-

Manifiesta el autor que "antes de poder comenzar aquella parte de su labor que guarda afinidad con el proceder del artista en el modo ya indicado; antes de revestir sus conceptos en general de intuiciones, para hacernos así revivible el pasado y acercarnos lo más posible a la realidad, tiene la historia que saber: primero innumerables objetos de que consta la realidad son los que ha de presentarnos, y segundo, que partes de la innumerable multiplicidad de cada objeto singular, son para ella las esenciales".-

Y para esto necesita la historia, como la ciencia natural, su "apriori su "pre-juicio".-Solo con éste "apriori" con éste "pre-juicio" conseguirá dominar en conceptos la continuidad heterogénea del suceder real".-

Hasta aquí ha realizado el autor el deslinde de las ciencias culturales con las tradicionalmente llamadas ciencias espirituales, y la separación de la historia y el arte, con las aclaraciones previas del comienzo respecto del concepto de cultura frente al de naturaleza y la aclaración del significado y sentido de ciertos términos.-

Ahora va a enfocar decididamente el problema de la conceptualización de las ciencias históricas, entendiendo por conceptos como lo vimos ya "toda composición o reunión de los elementos científicos esenciales de una realidad" significación más amplia que la corriente que queda justificada tan pronto como se percibe que concebir y generalizar no son coincidentes.-

Trata de buscar el principio director de aquellos conceptos cuyo contenido es particular e individual; principio que dará el conocimiento de carácter formal de la historia, y la justificación de la división realizada, pues si ese concepto es el mismo que sirvió para tal división, y ahora para la conceptualización histórica, se manifiesta la conexión que existe entre el principio material y el principio formal de división, desde el cual se comprenderá la esencia de la ciencia cultural histórica.-

Esa conexión se explica fácilmente-según el autor- del momento

que las realidades en que no residen valores solo tienen para nosotros un interés naturalista, no interesan en su individualidad sino como ejemplares de un concepto universal.-

No ocurre lo mismo con los procesos culturales, en los cuales nuestro interés se dirige á lo particular, á lo individual y a su curso singular. La significación cultural de un objeto al considerarse como un "xxx" "todo" destaca Rickert" no está en lo que ese objeto tiene de común con otros objetos o realidades sino justamente en lo que lo distingue de los demás" por ello hay que mirarlo siempre en su individualidad, en su particularidad. Así queda expuesta-dice-la conexión más universal entre el principio formal y el principio material de división de los métodos científicos particulares". El método histórico individualizador, es el adecuado y único para el proceso cultural. Una exposición naturalista nos conduciría a lo que Goethe expresaba: "deshacer en una universalidad mortal lo que solo en su aislamiento tiene vida; cita oportuna de Rickert que revela la exquisita intuición de su compatriota.-

La conexión establecida permite llevar a cabo una conceptualización individualizadora que de la mera diversidad, imposible de exponer científicamente extrae una individualidad que puede exponerse científicamente, dando así a la historia su carácter de ciencia.-

La ciencia cultural impone al historiador la necesidad de que se refiera a la parte del objeto que constituye el proceso cultural y que es "un individuo" en el sentido de único, peculiar e insustituible. Obtenida esa realidad hay que separar los elementos esenciales e inesenciales esto es "en individualidades que tienen una significación histórica e individualidades que simplemente son expresivas del mero diferenciarse de las demás. Ya se ha adquirido en forma general un principio director de conceptualización histórica para transformar la continuidad heterogénea de lo real conservando la particularidad e individualidad de la realidad. Se pueden así distinguir dos especies de individualidades: la una que es el mero diferenciarse la otra que es la individualidad en sentido estricto".-

La primera no es otra que la de la realidad misma, no entra a formar en la ciencia; la otra si, es una determinada concepción de lo real y puede ser aprehendida en concepto; el concepto de cultura proporcionará el principio de la selección de lo esencial, ya que el historiador habrá de buscar donde reside la significación para el proceso cultural. Del mismo modo que el concepto de naturaleza-dice Rickert-considerado como realidad desde el punto de lo universal proporcionará el principio de selección para las ciencias naturales.-

De donde se deduce: "que son los valores que residen en la cultura y la referencia a ellos lo que constituye el concepto de una individualidad histórica apta para ser expuesta".-

Esta manera de conceptualización -exponer- y la distinción de las dos especies de individualidad son puntos que la lógica no ha tratado hasta ahora. Es más: pudo muy bien pensarse que no había aquí en absoluto principio alguno de selección, sino que la historia se limita á decir lo que ha sido. Y como se admitía, con razón que la mera descripción de lo singular no es ciencia, ocurriose la idea de que la historia no había llegado todavía á merecer el rango de ciencia; y no conociéndose más que un solo principio de conceptualización, recomendóse á la historia el empleo del método generalizador;

de la ciencia natural".-

Si consideráramos cuanto existe-dice-sin darle ninguna significación y ninguna referencia á valores, entonces cada cosa en el mundo tiene su "historia", es decir su curso singular, como igualmente cada cosa tiene su naturaleza" es decir puede incluirse en conceptos universales o leyes. Pero la circunstancia de que no podemos ni queremos escribir la historia casi más que de los hombres, demuestra ya que nos dirigen en esto ciertos valores y que sin ellos no habría ciencia de la historia.-

Los procesos culturales se distinguen en lo que se refiere a su elaboración científica solo por el punto de vista de los valores y son siempre individualidades, caracterizando así el procedimiento individualizador-histórico como un procedimiento avalorativo-de referir a un valor o a valores, pero no de valorar que significa establecer un valor- en oposición a la ciencia natural que "es una investigación encaminada a descubrir las conexiones legales o de conceptos universales, sin preocuparse lo más mínimo de los valores culturales, ni de ninguna referencia de sus objetos a éstos valores".-

Se ve en la necesidad, Rickert, por la confusión reinante y ciertas afirmaciones que la niegan, ha hacer una clara distinción entre la avaloración teórica y la avaloración práctica.-

De ahí que afirme desde el comienzo que "el proceder avalorativo, debe distinguirse con el mayor rigor del proceder valorativo, si ha de expresar bien la esencia de la historia como ciencia teórica". Y agrega "la validez de los valores no es un problema histórico y el historiador no tiene que valorar ni positiva ni negativamente. En esto reside el indudable derecho de la opinión que quiere excluir de las ciencias históricas los puntos de vista valorativos. El proceder avalorativo de que hablamos debe pues distinguirse con el mayor rigor del proceder valorativo, si ha de expresar bien la esencia de la historia como ciencia teórica. Entonces diremos: para la historia los valores no entran en consideración, sino en cuanto que son de hecho valorados por sujetos y por ende en cuanto que hay ciertos objetos que de hecho son considerados como bienes. Así pues aun cuando la historia tiene que ver con los valores, no por eso es una ciencia avalorativa, se limita solo a establecer lo que es. No es exacto que-como objeto Riehl-avalorar algo-referirlo a valores-y valorar algo sean uno y el mismo indivisible acto de juicio. Por el contrario, en la valoración práctica y en la avaloración teórica hay dos actos diferentes en principio, en su esencia lógica pero á éste diferencia, por desgracia, no se ha dedicado hasta ahora la suficiente atención. La avaloración teórica permanece en el terreno de la comprobación de los hechos así la valoración práctica".-

Sostiene más adelante Rickert, que las valoraciones incientíficas puede evitarlas la historia individualizadora, lo mismo que la investigación natural. Solo por la avaloración teórica se opone la ciencia histórica a la ciencia natural, pero no por eso peligra el carácter científico de la primera; y a continuación se hace cargo de la designación de "teleológicas" con que se distinguen a estas ciencias oponiéndose la expresión teleología a causalidad; pero en sentido de que las ciencias teleológicas están reñidas con la causalidad lo que para Rieker no es exacto, puesto que la causalidad juega su rol en el material de la cultura; y la teleología a que se refiere

la avaloración teórica no está refñida con la causalidad. Antes hemos visto ya la explicación del sentido en que debe usarse la expresión teleológica, necesitando de explicación por su acepción multívoca(1).-

Tras a colación Rickert la necesidad de la esencia de la conceptualización avalorativa para exponer los procesos históricos de una serie evolutiva, sin la cual no podría realizarse, la selección de lo importante, la serie de cumbres sobre las cuales se traza la línea jalonada de los distintos estadios, lo cual solo puede realizarse separando lo esencial de lo in-esencial mediante un proceso avalorativo.-

A continuación aclara algunos conceptos, para darles una acepción determinada como ser "eficacia histórica" que no significa lo meramente eficaz sino que "eficaz históricamente" es tan solo el suceso que produce efectos históricamente importantes, lo cual demuestra que un valor cultural es siempre el que da la pauta para la selección de lo históricamente esencial. Distingue luego entre evolución histórica y progreso; progreso significa una exaltación de valores, porque toda afirmación sobre progreso o retroceso es una valoración positiva o negativa; diferenciándose de la evolución histórica que avalora hechos destacando su importancia pero sin abrir juicio sobre sus valores positivos o negativos. El historiador no tiene que preguntar por los valores vigentes que dirigen su exposición, pero no habrá de referir su objeto a un valor cualquiera, sino á aquellos valores que son reconocidos como tales universalmente, por aquellos á quie dedica su exposición histórica como podrían, ser por ejemplo los valores universales de la religión, el Estado el arte, el derecho, la moralidad, la ciencia, etc, con respecto a los cuales lo que en la historia se expone adquiere carácter de esencial. Esta universalidad de los valores culturales es lo que evita el capricho individual en la conceptualización histórica. Sobre ella descansa pues la objetividad de los conceptos históricos. Lo históricamente esencial no ha de ser importante solo para éste o aquel individuo aislado; debe serlo para todos.

Y para terminar la determinación del proceder individualizador de la historia con respecto al concepto de valor cultural-dice Rickert: Si la exposición histórica, que merece el nombre de objetivación en el sentido ya indicado, no puede ser dirigida más que por valores universalmente valorados, parece esto, dar la razón en último término a los que afirman que no hay ciencia propiamente dicha de lo particular e individual, como tal. Y esto es en efecto, exacto, en cuanto que lo particular ha de tener al mismo tiempo un importancia universal, para penetrar en la ciencia, y además que solo se exige científicamente aquel aspecto de lo particular sobre que descansa en su importancia universal. Es más: hay que acentuar esto con insistencia para que no se produzca la ilusión de que la historia consiste en la mera descripción de los hechos singulares.-

Existen territorios intermedios, donde están estrechamente unidas las concepciones naturalistas y las concepciones históricas, principios éstos que permiten ver éste estrecho lazo de ambas en formas mixtas y mantener la división metodológicas de las ciencias.-

Ejemplos claros de éstas formas mixtas es la biología filogenética en la que el hombre vale como la cúspide de la serie, característica que no es independiente de toda avaloración, y desde cuya "cúspide" mirando

para atrás o para abajo puede hacerse la descripción de la prehistoria del hombre y de la cultura. Lo mismo las ciencias culturales trabajan con el método generalizador cuando buscan los primeros estadios de la evolución cultural. En la economía hay una tendencia manifiesta a los conceptos universales y si bien puede haberlos por ejemplo como podría ser la definición de lo que es un aldeano cuyas características serían similares en todos los países del mundo; existe sin embargo un extenso campo en el que se ha pretendido universalizar, tratándose a la historia como exclusivamente descriptiva de la economía y luego como ciencia natural. Esto descansa en cierto principio de separación—según Rickert—de lo esencial y lo inesencial cuya elección es enteramente caprichosa; y es más su adopción se debe originariamente a una posición política partidista que no tiene nada de científico; la historia materialista, no es ya una ciencia empírica avalorativa, sino una filosofía de la historia, constructiva, hecha con violencia y falta de crítica. Más aún: esos valores colocados en primer rango son tan decisivos que lo que para ellos es significativo se ha tornado en el único y verdadero ser, y todo lo demás que no es cultura económica, queda transformado en mero "reflejo". Nace de aquí dice Rickert—una cuestión completamente metafísica, que ostenta en sentido formal la estructura del idealismo platónico, o realismo de los conceptos. Los valores llegan a ser hipostasiados como verdadera y única realidad. Con ésta diferencia tan solo— y podría perdonarse científicamente por su gracia y su verdad la ironía del autor: que en lugar de ideales de la cabeza y del corazón hanse colocado los ideales del estómago.— Esta concepción materialista de la historia es más bien para Rickert, y con razón un producto de política partidista, que de la ciencia.—

En su antepenúltimo capítulo Rickert descarta la individualidad cuantitativa, que se opone a la individualidad de la realidad, y que no se considera como real, son las ciencias que usan la matemática y que están desprovistas de una realidad corporal. La realidad de la historia es siempre cualitativa, y se da en forma continua y heterogénea como toda la realidad, lo que queda demostrado del momento que la física deja siempre residuo y no puede, llegar nunca al término de su labor (1) alcanzando siempre lo penúltimo; lo que no ocurre con las matemáticas, que operan sin dejar residuo con lo cual queda demostrado que no operan con la realidad corporal que se da continua y heterogéneamente, y que siempre al reducirse a conceptos queda necesariamente un residuo.—

Termina Rickert diciendo "no hay progreso imaginable de las ciencias generalizadoras que sea capaz de realizar el tránsito entre la individualidad cuantitativa y la cualitativa, pues tan pronto como abandonamos el reino de las cantidades puras y pasamos a la realidad cualitativa, salimos del continuo homogéneo para entrar en el continuo heterogéneo, con lo cual cesa toda posibilidad de dominar los objetos por medio de conceptos, sin dejar residuos".—

Se pregunta el autor si es posible tratar una realidad por modo in

(1) Ratifica ésta afirmación las consideraciones sobre la disipación de la materia que hemos visto antes, número.....

dividualizador y sin valores culturales. Afirma que como disponemos a una serie de conceptos científicos y vocablos técnicos como ~~xxxxxxx~~ así de significaciones verbales, podemos hacer la descripción de una individualidad formando un concepto, pero ello depende de nuestra voluntad y lo haremos cuando para nosotros sea algo "importante" o "interesante". Pero es el acto de la voluntad el que da importancia. Por ello admite la posibilidad de una descripción de una individualidad sin referirla a valores, pero le niega toda importancia del punto de vista de la división de las ciencias, pues esos conceptos individuales han sido formados por puro capricho y esta formación caprichosa existe no solo en los casos en que hemos expuesto la individualidad única y exclusivamente porque así lo hemos querido, sino también en los casos en que por tratarse de objetos que están en relación con los valores por nosotros valorados, hanse formado sin un propósito explícito de nuestra parte conceptos individuales de los referidos objetos.-

Afirma Rickert que lo que debe preguntarse es si es posible una exposición científica de un objeto, sin que esa exposición esté dirigida por puntos de vista universales de valores culturales. Pero expone a renglón seguido que esa pregunta está poco determinada pues que es lo que entendemos por exposición científica, contestando que solo aquello que por si mismo pueda acabar en una conclusión y no la simple colección de materiales para una elaboración científica ulterior. Y continúa: Ya desde el principio hemos advertido que el proceso por el cual descubrense los materiales debe quebrarse en una clasificación lógica de las ciencias, por lo tanto, debemos tomar aquí el concepto de conclusión científica en un sentido lógicamente estricto. Hay efectivamente investigadores que se satisfacen a veces con resultados que, para, todo trabajo científico que aspire a una conclusión, han de considerarse como materiales necesitados de ulterior elaboración. Y desde luego está claro que la teoría de la ciencia nunca llegará a una clasificación sistemática de las ciencias si otorga igual trato a aquello que solo puede considerarse como colección de materiales y a la conceptualización científica conclusa.-

Y luego de repetirse la pregunta si es posible la conclusión científica sin referencia valores absolutos culturales, afirma que no, pues, si faltan esos valores los objetos carecen de importancia y de significación, y solo conservan interés desde su posición de ejemplares de una especie.

En el capítulo final de su obra analiza Rickert la posible objeción a la objetividad de la historia de la cultura, en el sentido de que no podría eliminarse en su elaboración el capricho. Manifiesta que la conceptualización histórica está orientada por un sistema de valores que no inventa el historiador, y que antes bien todo investigador histórico busca los valores universalmente válidos. Ahora si nos limitáramos -dice- en principio, al reconocimiento efectivo universal de los valores culturales, sin indagar ni poner en cuestión su validez y vigencia, habremos de considerar como posible y los historiadores como verosímil, que el fundamento de la ciencia histórica desaparezca como se presentó, lo cual presta a las exposiciones históricas, que separan lo esencial de lo insencial cierto carácter que hace que no parezca cosa llana y sin dificultad el calificarlas de "verdades". Sin éste supuesto no tiene sentido hablar de verdad. Ahora bien si se prescinde fundamentalmente de la vali

des y vigencia de los valores no queda de verdadero en la historia, que los hechos puros. Entonces los conceptos históricos todos valdrán lo para un determinado tiempo lo cual significa que no valen como verdades en general, puesto que no tienen relación alguna determinada con aquello que en absoluto fuera del tiempo vale y rige. Sin duda también los conceptos de las ciencias naturales generalizadoras, formados por una generación de investigadores, son luego modificados y hasta desechados por la generación siguiente, la cual habrá de resignarse a su vez a ver sustituidos sus conceptos por otros nuevos. No es pues una objeción contra la objetividad de la historia el decir que hay que volverla a escribir de nuevo constantemente, pues tal es la suerte común de todas las ciencias.-

Sostiene Rickert que de no aceptarse la validez y vigencia de valores absolutos y considerar los procesos de cultura como simples procesos cualesquiera, los matices de los pocos miles de años de la humanidad "nos aparecerán tan inesenciales como la diferencia entre los adoquines de una calle o entre las espigas de un campo de trigo".-

Recalca la necesidad de aceptar los valores, no obstante que toda la realidad incluso la cultura pueda ser considerada como naturaleza; pues de la misma manera, pero de manera más comprensiva y por sobre ella, la naturaleza puede ser considerada en sentido lógico formal como un bien cultural y teórico y la ciencia natural es un producto de la humanidad culta y la validez absoluta del valor que en ella reside, una concepción válida, objetivamente valiosa de la realidad por el intelecto humano.

Finaliza el autor reflexionando sobre la posibilidad de construir un sistema de valores y dice: Meditar sobre un sistema comprensivo de los valores objetivos culturales no puede, pues decirse con justicia que sea una actitud absurda. Sin duda no hay filosofía ninguna que se halle en situación de construir tal sistema con simples conceptos. Necesita para la determinación de su contenido estar en el más íntimo contacto con las ciencias culturales mismas y lo más que puede esperar es acercarse en lo histórico a lo superhistórico lo cual significa que un sistema de los valores culturales que aspire a ser válido, no puede establecerse, si no es escudriñando la vida histórica para extraerlo poco a poco de ella, indagando cuáles son los valores universales y formales que yacen en la multiplicidad, continuamente alterada, del contenido de la vida cultural histórica, y en que consisten los supuestos valorativos de la cultura que todos nos esforzamos por conservar y fomentar.-

Dejamos terminada aquí nuestra exposición sobre el sistema de Rickert con profundas sugerencias, acertados principios, y solución para los problemas de nuestra investigación futura, y con una limitación definitiva en el campo de las ciencias al establecer una divergencia fundamental metodológica que limita una y otra rama del saber empírico, en su manera o forma de conocer la realidad.-

CAPITULO

Sumario: La ciencia en la esfera del Derecho.-La cuestión de los universales.-Platon.-Aristoteles.-El nominalismo.-El conceptualismo.-Kant.-Max Scheler.- Distinción entre la Filosofía del Derecho y la Ciencia Jurídica.-Necesidades recíprocas: ideas de Pagano y Bauer.-Los temas de la Filosofía del Derecho.-Su Misión.-La ciencia jurídica: misión, contenido y objeto.-

Así como el hombre considera la realidad por método naturalista de modo que así le es posible someterla a una ordenación sistemática unitaria y condicionante; descubriendo leyes generales que rigen la misma y cuya aprehensión hacen posible el conocimiento general de la realidad en su aspecto natural, o sea desprovisto de valores; así también dentro de esa realidad existe un aspecto para cuyo conocimiento es necesario un tratamiento diverso del indicado para conocer su mera naturaleza; cambio de método que es indispensable para alcanzar de este aspecto también su ordenación metódica, unitaria y condicionante.-

De este aspecto de la realidad, o sea el aspecto cultural; por estar referido o tender a valores; participa el Derecho, como ordenación vital del obrar humano en su aspecto intersubjetivo, lo que ha hecho que Del Vecchio lo llamara Etica intersubjetiva, y colocándolo al lado de la Moral; si bien diferenciándolo por su carácter bilateral y preferentemente exterior al primero, de la segunda subjetiva y preferentemente interior; encierra a ambas formas de determinar el obrar humano, bajo la denominación común de Etica.-

Si estamos contestes en aceptar tal carácter, con que el maestro ha sabido exponer magistralmente y revelarnos en su más pristina pureza el sentido auténtico de lo jurídico, es indudable y debemos admitir como necesario que nuestra ciencia esta informada toda y desemboca en el anchuroso y profundo mar de las valoraciones; siendo necesario para poder gobernar con tanta certeza científica frente al objeto jurídico de una metódica firme, en la que los valores ocupen un lugar rector, ya que forzosamente todo el obrar humano se ve estar referido a ellos;-

Pero la consideración del objeto jurídico según aquella metódica a la que hacemos referencia, dirigida por los valores, ha de estar pre-

(1) Del Vecchio: Revistas Jurídicas y Sociales Año VII. Tomo VI. Numeros 2 y 3. Marzo Junio de 1940.-Buenos Aires.-

esdida de la forma mejor con que puede alcanzarse una amplia y real comprensión de la cultura, desde su expresión mínima actual, individual, hasta la variedad múltiple de producción histórica; comprensión con que será posible captar el sentido de sus significados, ya que al considerarla en sus manifestaciones conocidas, referidas a valores puestos; cobrará siempre un sentido nuevo, a la luz del cual será posible captar el orden de preferencias valorativas.-

La ciencia del Derecho, la jurisprudencia técnica tiene en los puntos fundamentales a que acabamos de referirnos, echadas las bases de esa metódica firme a que aludíamos al comienzo, con que debe operar frente a su objeto si quiere conocerlo científicamente; el desarrollo de esa metódica que veremos al final de este trabajo, responderá a ellos de modo que podamos haber satisfecho las pretensiones de este ensayo que toma a la ciencia en sí, desde el campo filosófico, para decirle al jurista que es lo que hace la ciencia frente a su objeto, con lo cual si bien existen subtemas no menos trascendentales; el tema central se resuelve y circunscribe como dice Stammler(1) a una concepción metódica de la teoría del Derecho en general con carácter fíctico filosófico-jurídico.-

Y no se piense que cuando decimos tal cosa, nos proponemos realizar una construcción nueva, una concepción que estimamos deba seguirse de aquí en adelante; sino que revelamos cual ha sido siempre el trabajo de la ciencia; consciente o inconscientemente realizado por los juristas; como ha ocurrido con todas las ciencias, que han operado muchas veces en sus comienzos sin una conciencia de su manera de conocer.- Con lo cual queremos significar que nuestra investigación va hacia lo que realmente ha hecho siempre la ciencia; y que nos proponemos hacerle adquirir conciencia de tal manera de proceder, desde el campo filosófico, por cuanto a la ciencia no le es posible indagarle ya que ella debe preocuparse de su contenido empírico, tratándolo sistemáticamente, según esta manera de conocer que la filosofía investiga en la zona especulativa de la razón, sus bases y fundamentos esenciales.-

Por ello es que creemos conveniente referirnos a continuación para poner un jalón más en esta primera parte, dedicada a generalidades sobre conocimiento y ciencia, referirnos al problema de los "universales"; y luego separar la Ciencia jurídica de la Filosofía del Derecho; la que teóricamente debe ser estricta y nítida; pero de lo cual no deberá deducirse que entre juristas y filósofos del Derecho debe haber una separación y un divorcio absoluto; sino que por el contrario y como veremos luego, según la opinión de sabios filósofos del Derecho; el jurista ha de ser algo filósofo en Derecho; y el filósofo no ha de perder de vista la práctica; ni es que no quiere perder el contacto con la realidad; de lo que se sigue que también ha de ser un poco jurista.-

(1) Stammler Rudolf. F.: Filosofía del Derecho página 372.- Editorial Reus. Año 1930.-

La CUESTION DE LOS UNIVERSALES.-Nosotros hemos ya todos los elementos que permitiendonos identificar cada conocimiento, nos da la forma del mismo, de lo cual concluimos que en presencia de un conocimiento dislocado, descoñido, sin unidad sistemática, es este vulgar; mientras que la realidad que aprehendemos seleccionadas sus formas esenciales, según principios condicionantes, que traen unidad y sistematización de la misma y en su manera de concurrir; nos revela que este es un conocimiento científico.-También vimos que ante tal conocimiento iba en última instancia a legitimarse, aquella forma del conocimiento, que sin ser la vulgar y sin de intuición sensible; era aquella intuición que el hombre posee de la esencia de las cosas, parcial o totalmente; que esta bastante distanciada de la intuición sensible; porque es algo más que mera percepción; en ella algo hay de intelectual; el intelecto no la deja abandonada a su propia suerte; y esto lo veremos luego en que forma.-Tampoco deberá confundirse con la mera casualidad; por cuanto su veracidad y acierto confirma siempre la ciencia; haciendo transferible; lo que solo se manifiesta como verdad insospechada e intransferible en los primeros contactos del sujeto con el objeto.-

La historia registra una serie de determinaciones conceptuales en las cuales se concentra la síntesis de la realidad selecta, aprehendida y no obstante manifestarse en toda esta experiencia, estos principios condicionantes, ~~apriori~~ apriori; no debe seguirse que ellos han de originarse en ella y que indisolublemente unidos, a su suerte; nacer con ella y perecer con ella, con lo que sería imposible reducir a unidad y sistema la realidad conocida y la manera de conocerla.-Estos conceptos condicionantes, permanentes intemporales e inespaciales, y que como principios de selección; conducen a una transformación y simplificación de la realidad hallada, por cuanto atienden a la esencia que de ellos lleva implícita la realidad; permiten presentarla en una síntesis sistemática de lo que tiene de significativo e importante, de sus aspectos relevantes científicamente; lo cual ha sacrificado ya todos los aspectos dispersos y múltiples que se presentan a la vista simple y al conocimiento vulgar; como a la intuición que revive la ~~realidad~~ realidad en toda su riqueza, ofreciendosela así a la ciencia, que solo traduce de ella la esencia en el concepto.-

Estos conceptos, estos apriori, que nos anticipan lo que es esencial en la realidad que aprehendemos; que determinan y delimitan la actitud selectiva del conocimiento frente a la experiencia; que no se agotan ni se extinguen con ningún contenido; que no nacen con la experiencia, sino que son apriori, pero ^{se} se manifiestan en toda experiencia como necesarios, porque son esenciales; no son necesariamente racionales ni tampoco formales, aún cuando muchos de ellos puedan serlo ~~en~~ aparecen como necesidades, evidencias y universales lógicos.-

El principio de la conceptuación es la gloria excelsa de la Filosofía epónima de los griegos.-"La elevación de lo sensible particular a lo inteligible universal, ya es para Sócrates el proceso dialéctico que caracteriza y hace posible la verdadera ciencia"(1).-

(1)Steinler:op.cit. pagina 23.-

Y en este concepto no se reduce a la captación de estos universales sino que implica el método con que ha de elevarse lo "sensible particular a lo inteligible universal", pero en dicho método es evidente que jugaran un rol fundamental estas verdades evidentes, esencias que condicionan el contenido concreto de toda experiencia y cuyo conocimiento permite reducir a unidad y sistema, la múltiple variedad de la realidad.-

Pero hemos de ocuparnos primero para alcanzar un visión más clara de estas verdades a priori de como se ha tratado el problema de los universales ~~en las teorías filosóficas~~ en las teorías filosóficas de las distintas épocas de modo que su conocimiento nos familiarice con el uso que podamos hacer más adelante de ellos.-

En Derecho, la ciencia jurídica es la que más necesitada esta como lo hemos expresado de una metódica firme, que no podría elaborarse definitivamente sin el aporte de la solución de los temas que tiene como exclusivos la ~~filosofía~~ filosofía jurídica, particularmente del concepto del Derecho, el ser y la idea, hacia los cuales deberá referirse permanentemente tal metódica; y esta tanto más necesitada de ello por cuanto es preciso salvar las dificultades señaladas por Kirchman, completamente desconocido ante el fracaso del método generalizador de las ciencias naturales frente al contenido huido y variable del Derecho, que el Fiscal berlina hacia resaltar frente a la ~~perennidad~~ perennidad y uniformidad del sol, las estrellas, las nubes, los arboles, etc.-

PLATÓN.-Es en Sócrates donde alcanza vida y forma el concepto de ciencia, elaborado no con carácter general, sino en la aplicación a los problemas de la ética, que él le dió; correspondiéndole el honor de la fundación de la Etica como ciencia; pero fué en su discípulo Platón, que a ^{en su} ~~quel~~ principio de la conceptualización, tiene el desenvolvimiento amplio que sirve, ^{de base} constitutiva a todas las ciencias, y a un completo conocimiento del mundo, destacando el lugar y los caracteres de los principios universales.--(1)

"El es para Platón el término subjetivo de una ecuación a la cual se contraponen objetivamente la idea que es la única realidad absoluta.-Hay perfecta correlación entre ambos términos: de modo que el concepto tiene pleno valor objetivo".- "Pero en Platón la idea se esta en un orden trascendente siendo el mundo de los fenomenos una imagen defectuosa de las mismas con lo cual queda expresado que el concepto o los caracteres del concepto no se manifiestan íntegramente en la experiencia(2)"

ARISTÓTELES.-Se opuso a esta separación de las ideas de los fenomenos admitiendo por el contrario la esencia, como immanente a la particular realidad de las cosas; existiendo no obstante la esencia objetiva y correspondiéndole un concepto como término subjetivo adecuado, pero diferentemente ubicado que en el sistema de ~~Platón~~ Platón, ya que en él el concepto se adecua a las cosas, porque es adecuado a la esencia que esta

(1) Del Vecchio Giorgio: Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho page: 123 y siguientes. Ed. Hijos de Reus 1908.-A quien seguimos en esta exposición sobre los universales.-

en las cosas mismas y no como en el de Platón, adecuado a la idea que esta fuera de las cosas. Esta distinta forma de enunciar el problema de los universales por Aristoteles, excita una especulación puramente lógica en el pensamiento y en cuanto se dirige a este aspecto supera a Platón en cuyo sistema se encontraban confundidas Lógica y Metafísica, porque en él el concepto no corresponde tanto a la realidad como al ideal de verdad; realizando Aristoteles el claro deslinde de función propia del concepto en cuanto sintetiza objetivamente lo real, representando la naturaleza esencial y constante con lo cual, el concepto como unidad formal alcanza en Aristoteles perfecta explicación en su forma substancial en cuanto "expresa la unidad inmanente en la multitud de las cosas mientras la materia o sea el contenido, constituye y explica su pluralidad".

La existencia y el valor objetivo de los universales fue reconocida en toda la filosofía griega de la época clásica, pero se discutió la relación entre la "entidad lógica y las cosas particulares sensibles", no solo entonces, sino en la Edad Media donde perduro la cuestión de si los universales eran como expresara Aristoteles in re o como en el sistema de Platón ante rem, pero sin ponerse en tela de juicio su realidad y validez.-

NOMINALISMO y CONCEPTUALISMO.-Sin embargo -dice el autor- a este acuerdo aristotélico-platónico, sobre su realidad y validez se opone la doctrina nominalista que asegura que la existencia de los conceptos universales esta solo en las palabras siendo solo reales los objetos particulares y sensibles.-Atenuando la negación de la existencia de los universales, pero sin atribuirles valor extrasubjetivo el conceptualismo (de Abelardo) les atribuye una existencia psicológica y no simplemente verbal.-Los conceptos serían según esta doctrina que fue pronto la dominante (positivismo) el reflejo mental o la síntesis aposteriori de las cosas sensibles, trocándose la cuestión del ser de los universales en un problema genético apareciendo en la filosofía el problema del origen de las ideas.-

Según nos lo dice con clara exposición Del Vecchio la doctrina de las ideas innatas encontraba en el platonismo un modelo de construcción sistemática; más la circunstancia de haber, centro de la especulación la mente humana; impidió a los nuevos metafísicos de los a priori aceptar el objetivismo absoluto en su forma clásica, por lo cual atribuyeron a las categorías supremas de la razón cierto carácter subjetivo.-

"Para Platón el problema consistía o debía haber consistido en explicar la unión de las ideas (realidad absoluta) a la conciencia; para la filosofía moderna fue precisamente lo contrario: explicar la unión de la conciencia a la realidad.-La indagación psicogenética, desoidada por el platonismo y con tal motivo superada allí por la ontología adquiere en los nuevos tiempos una importancia fundamental.-Ya para ser lógica esta escuela, con el sistema, debió haber perseguido tanto esta indagación cuanto que se propuso probar el origen empirico de las ideas, esto es demostrar como se forman merced a un proceso de acumulación y de reedificación de los datos sensibles.-Tal clase de indagación aunque hábilmente dirigida y cada vez más sutil y refinada en el método, se mostro muchas veces insuficiente para dar una completa explicación de los caracteres lógicos de las ideas, puesto que la necesidad y la universalidad son elementos inseparables de la experiencia, a la vez que están indicados por la razón, y la mente humana no puede prescindir de ellos en ciertas operaciones.-Pero por otra parte el principio de las ideas innatas no se

escapa a muy graves objeciones, y el maravilloso proceso de las ciencias experimentales, más que ningún otro, argumento dialéctico debía estimular a los racionalistas a construir una nueva teoría de la conciencia, tal que admitiera en su seno una síntesis de los elementos del ser con los del devenir.

Este intento encuentra satisfacción en una solución plena de acierto y verdad, en Manuel Kant quien establece las relaciones entre lo necesario y lo contingente, entre lo universal y lo particular, entre lo que se extrae de la razón y lo que solo es testimonio de la experiencia, estableciendo ya que los términos en que se había planteado el problema hasta ahora no permitía ver que lejos de excluirse, vale decir rechazarse y aparentemente contrasictorios, demuestran mediante el proceso crítico que se aceptan uno y otro estableciendo entre ellos un orden jerárquico "permitido e impuesto por la constitución intrínseca de la mente y de su determinada capacidad". -El problema para Kant -dice Del Vecchio- se reduce a concebir en una construcción única los elementos del conocimiento dándole en ella a cada uno el valor que tienen en su propia función por separado, rechazando establecer una relación de sucesión, entre ellos. Así la función gnoseológica de lo apriori, lo universal y necesario fue considerado desde un punto de vista diferente y demostrada de otra manera que hasta entonces. -Para explicar lógicamente la posibilidad del conocimiento, partió del hecho mismo que revela ^{irrefragablemente} en algunas ciencias, y de ahí fue a parar a sus condiciones separando los elementos de forma de los de contenido. -A los elementos formales les atribuye -como ya lo había hecho Aristóteles aunque con índole algo diversa- todo lo que en el conocimiento hay de necesario y universal; mientras que en los elementos materiales o de contenido, que se obtienen de la experiencia, hace consistir lo particular y contingente. -Pero estos mismos elementos empíricos debe sin embargo ser concebidos o encerrados dentro de aquellas formas, llevan pues en sí mismos el sello de algo que les trasciende, en cuanto que la condición de su experiencia, es al mismo tiempo, la condición de la experimentación en general, esto es, la síntesis potencial y el límite apriori. -Tal es el gran principio con el cual el nominalismo y el conceptualismo empírico fueron vencidos para siempre: Todo dato empírico tiene en sí la razón de su trascendencia, y esta consiste en la forma lógica bajo la cual es concebida, la cual comprende además toda la experiencia posible de aquella clase. -

Más conviene que veamos en lo fundamental la opinión de Max Scheler sobre la organización racional, respecto de su constancia, no por lo que hace a lo que acabamos de ver como una solución universal respecto de lo apriori; sino más bien por cuanto se refiere a las categorías de la razón a lo que es en sí la facultad de la razón de separar la experiencia de la esencia apriori. -

Dice Max Scheler(1) "No hay empero una organización racional constante como la que admitía Kant; la organización racional esta sometida en principio al cambio de la historia. -Solo es constante la razón misma, como disposición y facultad de producir y configurar formas siempre nuevas del pensamiento y de la intuición, del amor y de la valoración, poniendo en función esos conocimientos de las esencias. -Esta facultad de separar la existencia y la esencia constituye la nota fundamental del espíritu humano, en la que se basan todas las demás"

Partiendo de esta premisa el autor que citamos sostiene el creci-

(1) Max Scheler: De lo eterno en el hombre. Pags. 182 y siguientes. Revistas de 1931

miento del espíritu, constante e ilimitado en base no a la herencia, sino a la tradición de las esencias que cada generación ha captado; con lo que cual se obtienen de generación en generación un "hacerse y crecer de la razón misma, es decir de lo que posee de leyes selectivas y funcionales apriorísticas" en cuya funcionalización de las intelecciones esenciales se produce o realiza esa "especie de verdadero crecimiento del espíritu humano tanto en la vida individual como en el curso de la historia (por medio no de la herencia sino de la tradición) que es esencialmente distinto de todas las facultades adquiridas simplemente por influencia sobre el organismo humano y sus susceptibles zonas sensibles, y acaso heredadas y también de toda génesis psicológica-inteligible (según leyes asociativas, leyes de ejercicio, leyes vitales psíquicas)".-

Por otra parte los apriori para Max Scheler no son necesariamente formales y racionales, pueden ser apriori de contenido y adquiridos intuitivamente, sin admitir claro esta la circunstancia de que no ser racional sea por adquirirse inductivamente; pues para él lo dado a priori no es independiente de la experiencia e intuición de los objetos en general, sino solo de la cantidad de la experiencia y así dice: "El saber acerca de un contenido dado a priori no es pues ni innato ni tampoco por su contenido un puro engendro del espíritu, sino que es en sí exactamente tan receptio como cualquier saber de algo dado. - El saber acerca del apriori no es en modo alguno también el mismo un saber apriorístico. - Pero ciertamente es un saber que, si bien aposteriori, pero no por eso adquirido inductivamente, tiene validez a priori para todos los objetos (también para los que son ahora o en cualquier estadio de mi saber de experiencia desconocidos para mí incluso eventualmente incognoscibles), en cuanto son únicamente objetos de tal esencia". - De lo cual extrae la importantísima consecuencia de que el conocimiento de toda esencia en la historia no puede luego cuestionarse ni modificarse por toda la experiencia siguiente, a diferencia de los hechos contingentes y variables; pero admite que una esencia adquirida en la historia se pierda y haya que descubrirla nuevamente; de lo cual se deduce una segunda consecuencia de las propiedades de las esencias menos investigadas de los conocimientos esenciales:

"El conocimiento esencial se funcionaliza en una ley de mera "aplicación" del entendimiento dirigido a los hechos contingentes, que aprehende, descompone, intuye, juzga el mundo contingente de los hechos "determinado" "según" conexiones esenciales. - Lo que antes era cosa, se convierte en forma de pensar sobre la cosa; lo que era objeto de amor, se convierte en forma de amor, en la que pueden ser amados ahora un número ilimitado de objetos; lo que era objeto de la voluntad se convierte en forma del querer etc. -"

Consecuente con esta manera de pensar rechaza el autor la famosa opinión de Kant respecto de "que la razón humana posee leyes funcionales absolutamente invariables y tan ~~incapaces~~ incapaces de aumento como de disminución (funciones categoriales, principios etc) negamos afirma luego la eterna estabilidad por decirlo así de la razón humana. - Teoría que apoyada en antecedentes, que se han resistido ha reconocer la inmutabilidad de la organización racional como la teoría del conocimiento dice "positivista-sensualista de Herbert Spencer y en la doctrina racionalista constructiva de Hegel". -

Pero si admite un hacer un crecer del espíritu, admite también que en el proceso hay un verdadero deshacerse y una verdadera disminución del espíritu racional en la historia, lo cual es "fundamentalmente dis-

tinto de la evolución y desarrollo de un contenido positivo de ideas (es decir de una multitud de tales contenidos)".-Todo lo cual lo expresa así "No solo se realiza en la historia del conocimiento humano una reunión creciente del material inductivo y una elevación de la elaboración lógica de ese material (como afirma el positivismo y establece reglas generales para el modo de esa reunión); y tampoco forma esta historia (como enseñan Hegel y H. Cohen y su escuela) un proceso de desarrollo lógico en el que se producen fundamentaciones siempre nuevas del saber de experiencia, sino que el espíritu racional mismo, compendio de los actos, funciones y energías, crece y disminuye, "se hace" y "se deshace" por funcionalización de esas intenciones esenciales enlazadas a determinados puntos del proceso universal concreto y solo posible aquí".-

El saber esencial funciona, para el autor que comentamos, solo como procedimiento de selección (no como acción sintética, no como unir, en la zar) sin sernos dado el mismo. -Hace superfluo para el conocimiento de la existencia contingente todo lo que concuerda con la esencia intuída, es decir, en un caso de posible aplicación para las conexiones y las estructuras esenciales. -"El apriori originario del ser se convierte por esto en apriori subjetivo, lo pensado se convierte en "forma" del pensar, lo amado se convierte en "forma" y modo del amar; todo apriori subjetivo, es pues un modo determinado, no de formación, de unión, sino de selección".-

Termina el autor diciendo: "Segun nuestra hipótesis lo que se descubre en lo dado por la esencia de la realidad del mundo, está también plasmado, formado en sí. -De la multitud de esta formas y figuras que son en sí, que están enlazadas unívocamente con su contenido específico respectivo, hace resaltar nuestro espíritu, según un orden de selección determinado, solo algunas, negando y sofocando, por decirlo así, las demás. -Analiza el mundo según un orden determinado, predeterminado por la historia del conocimiento, y por cierto del conocimiento de esencias. -La obra de la experiencia está en el mundo mismo; como la estatua de mármol puede existir, pero solo el escultor, quitando a martillazos el mármol correspondiente la liberta y la pone a la luz. -Segun la doctrina de Kant por el contrario el espíritu es una fuerza de enlace sintético según leyes y modelos que le pertenecen originariamente, que no soportan ninguna derivación o explicación, que residen en él como un destino".-

Prima como hemos visto en consecuencia en el pensamiento del autor que hemos transcripto la idea de que el conocimiento realiza una tarea fundamental de selección frente a la realidad que se da en una muchedumbre incalculable; de la cual el conocimiento extrae lo esencial, con lo que le es posible reducir a unidad sistemática tal realidad. -

Naturalmente que este problema de los universales cuyos ensayos de evolución hemos visto desde Grecia hasta los últimos tiempos pasando por sus principales teorizadores, por lo menos de la antigüedad; no así del presente en que la multitud de corrientes y direcciones filosóficas nos obligaría, si los consideráramos, a salir de los límites de extensión que nos hemos impuesto; nos obliga, o nos lleva a separar y lo hacemos directamente con la Ciencia que nos ocupa, la consideración Filosófica jurídica y la ciencia jurídica, ya que aquellos pertenecen al campo de la Filosofía, más ha de tenerse presente que las ciencias lo usan o aplican y es necesario ver en que forma; lo cual consideraremos, muy particularmente respecto de la primera en el capítulo siguiente y en breve reseña respecto de la segunda, por cuanto es el tema principal de nuestro trabajo en los capítulos finales. -

Conforme con lo que hemos visto, es evidente que el problema de los universales trasciende en cuanto a su conocimiento, válida forma y contenido; los límites de una determinada ciencia empírica, por cuanto son aplicables por todas en sus respectivas maneras de conocer y aprehender la realidad, pero ninguna investiga sus esencias, tarea esta que es motivo de un ciencia ~~xxx~~ de carácter especulativo o sea la Filosofía, por cuanto su mismo carácter de universalidad, los deja fuera de toda posible investigación atendiendo a lo particular y contenido de la experiencia, a la inducción; porque han de revelarse al espíritu con el auxilio de la intuición y de la razón, en su forma ~~xxxxx~~ objetiva.-

La Filosofía suministra a las ciencias estos elementos que resultan constitutivos para las mismas; en ellos habrán de apoyarse las pretensiones de científicidad ~~xxx~~ a que aspire todo conocimiento de un sector o aspecto de la realidad dada; y debemos señalar en particular estas problemáticas para la ciencia jurídica o jurisprudencia técnica cuyo valor científico fue negado en múltiples oportunidades.-

Sin embargo la distinción metodológica de las ciencias que hemos visto en Rickert; el problema de los universales y los aportes contemporáneos; las ideas de Scheler que acentúan el carácter eminentemente selectivo del conocimiento sobre la realidad, que empobrece la misma retirando o aprehendiendo de la misma lo esencial; y despreciando un residuo desprovisto de importancia según el criterio de selección; la admisión de la intuición en la forma que la aceptamos nosotros, al anteponerse al conocimiento científico; contribuyen a desvirtuar todas las objeciones lanzadas contra la jurisprudencia técnica en cuanto podría constituir un verdadero conocimiento científico.-

Nosotros daremos por supuestos y conocidos los conceptos fundamentales que la Filosofía del Derecho elabora para la ciencia jurídica en cuanto se refiere particularmente al concepto, al ser del derecho y a la idea; sobre el particular nos remitiremos a los mismos en cada oportunidad en que sea necesario aludir a ellos para explicar nuestro tema principal o sea el conocer científico del objeto jurídico y su conceptualización.- Por esta razón no extendemos en los temas de la Filosofía del Derecho en el próximo ~~xxxxxxx~~ ^{separado}, al separarla de la ciencia jurídica.-

DISTINCIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LA CIENCIA JURÍDICA.-

Los caracteres absolutos, los límites y relaciones, la concepción general del todo como algo único organizado sobre bases permanentes y universales y encerrado en una concepción del mundo y de la vida, determinada constituyen el tema de toda Filosofía.-

Nada de estos caracteres habrá de ser considerado por otra ciencia que no sea la citada, ya que sería invadir zonas y jurisdicciones asignadas a otras disciplinas del conocer, por ello de cualquiera carácter que sean, los conceptos universales y absolutos que se tratan de investigar, habrá de ser tarea de carácter estrictamente filosófico, asignando a cada uno de los puntos o temas de valores objetivos universales que hacen a cada una de las ramas del saber científico-empírico, según sea tal rama.- Así la consideración de los conceptos fundamentales y absolutos referentes al Derecho, se le asignan a la rama del saber especulativo, o sea de la Filosofía; denominada Filosofía del Derecho.-

NECESIDADES RECÍPROCAS IDEAS DE PAGANO Y SAUER.-

Esto no significa ni es una necesidad que este deslinde inconfundible y necesario de la ~~xxxxx~~ Filosofía jurídica, se traduzca en una separación absoluta y acaso hostil, con la Ciencia jurídica, lo que tampoco

deberá no ocurrir en quienes hacen objeto de sus estudios el conocimiento del Derecho, en razón de que si bien deberán al considerarlo científicamente, deberán mantenerse dentro de los límites establecido por las respectivas ramas de la ciencia exacta, no trascendiendo de sus problemas respectivos en sus conclusiones generales, pero pensamos con Pagano (1) "que si la confusión de las dos disciplinas es dañosa, de suya la separación es absurda e imposible. -El Filósofo del Derecho puede ser más o menos dogmático; el dogmático puede ser más o menos filósofo; más el primero debe conocer el objeto de la suya filosofía que es la más completa manifestación del dogma; y el segundo no puede enteramente prescindir de la razón del Derecho, que es objeto de investigación filosófica"; y esto está plenamente confirmado por Sauer cuando dice: "En segundo lugar ha de distinguirse Filosofía y ciencia jurídica. -Los intentos de delimitar claramente los respectivos dominios son en parte fracasados y en parte estériles. -En verdad, a la Filosofía le interesa más lo general; a las ciencias, por el contrario, más lo particular. -Pero también la Filosofía ha de tener contacto con lo particular y las ciencias con lo general; de otro modo, la Filosofía carece de exactitud y utilidad, y la Ciencia de fundamento y de una posición segura frente a toda contradicción."

Por ello debemos agregar que no es posible señalar un divorcio absoluto entre juristas y filósofos del Derecho, y su existencia en otros tiempos debe mirarse como una etapa definitivamente superada del pensamiento jurídico, error hacia cuyo abismo empujó con fuerza la era positivista que resultó el Calvario de toda Filosofía. -

El conocimiento de la Filosofía jurídica y la íntima relación o referencia recíproca entre ambas disciplinas del saber jurídico es al jurista una necesidad de suprema existencia; no se alcanza la conciencia jurídica y la sensibilidad permeable a la captación de los más sutiles sentidos y significados de lo jurídico en la consideración científica de del mismo, sino mediante la comprensión previa de las conexiones de su materia con el resto de las actividades del saber y el obrar humano; las diferencias que se recalcan entre una y otra actividad, permiten la perfección del estilo, que se perfila con pureza las formas del pensar jurídico, de su aplicación concreta; y en ambas se realiza el esfuerzo común por separar todo aquello que afin, no sea esencialmente jurídico. -Por lo demás no se actúa con la decisión requerida, la serenidad y la claridad deseada cuando no se sabe que lugar se ocupa en el mundo porque y para que por ello necesariamente una consideración filosófica del Derecho, deberá guardar una estrecha relación, la de parte con el todo con una concepción unitaria y total del Mundo y de la Vida. -

La Filosofía investiga los principios fundamentales autónomos sobre los cuales se erige todo el edificio de la ciencia, por ello con razón ha sido llamada también "estudio de los primeros principios" porque en cuanto autónomos no dependen o se derivan de otros, y al decir de Recaens Siches son autónomos en cuanto en ellos se fundamentan otros conceptos. -

(1) Pagano: Il criteri differenziali della Filosofia del Diritto e della dogmatica giuridica. - Revista Internazionale di Filosofia del Diritto; pagina 548. -

(2) Sauer: Filosofia Juridica y Social. Paginas 109 y 110. -

Segun sean los primeros principios estudiados por la Filosofía; lo que se refieran los mismos, tendremos una clasificación de la Filosofía y así referente al estudio del per y el conocer la Filosofía se clasifica como teórica; si se refiere a los primeros principios del obrar se le califica de práctica(1).-La primera se divide en Ontología o Metafísica (comprendiendo Filosofía de la religión) Gnoseología o Teoría del conocimiento, Lógica, Psicología y Estética; la segunda por referirse al obrar se denomina Ética; comprendiendo dos zonas distintas: la Filosofía Moral y la Filosofía del Derecho.-El uso restringido de la expresión Ética, hace que muchas veces se identifique con Filosofía Moral; más la expresión amplia del vocablo se refiere a todo el obrar en su faz moral y jurídica.-En consecuencia la consideración Filosófica del Derecho corresponde a la parte de la Filosofía denominada Filosofía práctica o del obrar, vale decir que la Filosofía del Derecho es una rama de la Filosofía y de esta de la Filosofía del obrar.-

Si como vimos existen conceptos fundamentales y absolutos, condiciones esenciales del contenido de cada disciplina científica particular, que escapen a la esfera de acción de las mismas, correspondiendo con exclusividad, a la Filosofía jurídica la cual se orientara en su consideración en los principios absolutos universales y permanentes de la Filosofía; corresponde para establecer una clara distinción entre la Filosofía del Derecho y la Ciencia Jurídica, establecer los temas peculiares a cada rama del conocimiento del conocimiento de lo jurídico, para lo cual ha de darnos la pauta esta orientación de la Filosofía hacia los conceptos universales, con lo cual podremos separarlos de la consideración de la manifestación empírica de lo jurídico, contingente y variable; pero tratado por la ciencia, aprehendido por ella con el auxilio de los principios universales, que pondrán unidad a la variedad de su manifestación empírica de lo jurídico.-

La distinción entre Filosofía jurídica y Ciencia jurídica cuyo rasgo fundamental queda establecido con los caracteres diferenciales apuntados; nos lleva sin embargo en cuanto necesitamos concretar tales diferencias en el contenido de los temas, a la temática de la Filosofía del Derecho y de la Ciencia jurídica.-Establecidos los temas de la Filosofía del Derecho, que habrán de darnos los caracteres fundamentales de la realidad jurídica, para aprehenderla y conocerla científicamente; que dara ya circunscripto el campo de acción de la ciencia jurídica la cual ni habra de reducirse ni podrá excederse respecto de esta delimitación establecida.-

Esta delimitación de la realidad jurídica, de lo que es jurídico corresponde a la Filosofía del Derecho, que lo realiza viendo a la ciencia desde un plano superior, debatirse en torno a su objeto, debiéndole suministrarle en consecuencia aquel primer concepto, que lo hara, por cuanto a la ciencia le es imposible percibirlo cuando se lo impide ver su propio objeto, pues la ciencia diríamos así esta toda ella dentro de él.-Es como quien viera fácilmente la ciudad a vuelo de pájaro; lo que le sería difícil a quien tratara de hacerlo desde la intersección de sus calles pues se lo impediría la ciudad misma.-

Así esta tarea primera asignada a la Filosofía jurídica ha de resolverse en un concepto determinante y condicionante de lo jurídico, que sea válido universal y permanentemente para todo derecho, pasado, presente y futuro; que no se mezcle en cuestiones estimativas relativas a los cuales ha de ser indiferente y neutral, con lo cual la ciencia jurídica tiene el elemento primordial determinante y condicionante de la expe-

(1) Del Vecchio: Filosofía del Derecho, pagina 1 y siguientes.-

de la manifestación empírica delo jurídico.~

Lo cual Del Vecchio nos lo explica así: La definición del Derecho in genere, es una investigación que trasciende de la competencia de todas y cada una de las ciencias jurídicas particulares, y constituye precisamente el primer tema de la Filosofía del Derecho.~ Como dijo con gran justeza Kant, las ciencias jurídicas no responden a la cuestión quid ius? (que lo que debe entenderse in genere por Derecho) sino únicamente a la pregunta "quid juris" (que ha sido establecido como derecho por un cierto sistema.~ Si queremos conocer el derecho en su integridad lógica, esto es, saber cuales son los elementos esenciales comunes a todos los sistemas jurídicos, debemos forzosamente superar las particularidades de los ordenes concretos y mirar al concepto universal del Derecho.~ La definición plena de tal concepto implica y supone varias indagaciones a saber: sobre las relaciones entre moral y Derecho, sobre la distribución de los varios aspectos o momentos constitutivos del Derecho (objetivo y subjetivo); sobre varios conceptos empenetrados con él del Derecho o conexos con él, por ejemplo el de la coercibilidad, sobre el concepto de sujeto del Derecho, sobre el de relación jurídica etc. Todos estos temas pertenecen a la Filosofía del Derecho y constituyen una esfera propia de investigación".~

Más si el concepto jurídico universal ha de permitirnos identificar lo jurídico como tal, debemos sin embargo conocer la forma y contenido de del ser jurídico, problema ontológico del derecho que con el del concepto lógico, participan del primer lugar en las investigaciones fundamentales de lo jurídico por cuanto la identificación del ser jurídico y la naturaleza de dicho ser son previas a la estimación del mismo; al juicio que debemos hacer de tal o cual derecho; y que en cuanto a lo universal que pueda existir en esta idea estimativa de lo jurídico, determinado, constituye el tema del contenido trascendental del Derecho, que es tema también de la Filosofía del Derecho, etc.~

Corresponde en consecuencia que determinemos sucintamente para no quedarnos en la simple enunciación algo sobre el problema ontológico del derecho para presentarlo en sus interrogantes fundamentales valiendonos para ello de la exposición del xxx egregio filósofo español Luis Recasens Siches; y que caracteriza el tema como "la averiguación de que clase de ser entraña el Derecho a que región ontica pertenece, en que categorías se aloja; que clase de objeto es el Derecho, a que acepción del ser corresponde el Derecho" (1) problema distinto como señalamos al del concepto fundamental que ha de permitirnos precisamente la identificación de este ser jurídico.~

A juicio del autor "el problema sobre el ser se ha visto enriquecido con respecto a la consideración que mereció en la antigüedad en la que preocupa el ser real en los distintos significados que entraña la expresión ser real en los distintos significados que entraña la expresión ser, como lo anunciara Aristoteles al comienzo de su Metafisica; estableciendo categorías para los distintos significados, pero tratando siempre del ser real, dentro del cual establecía Aristoteles tres categorías: substancia, cualidad y relación.~ Pero el ser real afirma el autor citado

(1) Recasens Siches Luis: Los temas de la Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro, paginas 132 y siguientes.~ Ed. Bosch Barcelona. Año 1934.~ También Adiciones a la Filosofía del Derecho de G. Del Vecchio.~ Ed. Bosch. Año 1935.~

no es el único ser; el panorama ontico se ha enriquecido considerablemente para la Filosofía; no solo hemos de habernos con el ser real, sino con otros tipos de seres, con el ser ideal que es precisamente irreal, y con seres reales que entrañan además, una participación en seres ideales. Y así se confirma la genial intuición de Plotino, de establecer las categorías no en un plano horizontal, sino en arquitectura de varios pisos. — Hay pues que distinguir varias regiones o esferas del ser y las categorías que a cada una de ellas sean propias". —

Establecer y descubrir tales categorías respecto del Derecho, constituyen los problemas que giran en torno a la ontología jurídica y que influyen en el concepto del mismo si bien guardan independencia, por cuanto el concepto debe abarcar los caracteres fundamentales a priori del ser jurídico. — El problema se plantea para el autor frente al Derecho positivo que referido al Derecho lo es a los valores jurídicos, y estos constituyen un capítulo de la Filosofía de los valores y en última instancia de la ontología del ser ideal a la cual corresponden los valores, "como esenciales esencias ideales no como entes reales, y sin embargo tendiendo a cobrar actualización y existencia en la realidad es decir, con dimensión normativa. — Pero el Derecho positivo está constituido — continua el autor — por complejos de significados normativos que no precisan absoluta validez ideal y que sin embargo participan de la consistencia espectral y objetiva de las idealidades; proposiciones en que se vinculan significados normativos; pero la vinculación normativa que determina la entidad del precepto jurídico se debe a un acto de voluntad empírica, a un hecho social histórico. — Y sin embargo una vez que el precepto jurídico ha sido fletado, cobra un ser propio, una entidad en sí una especie de existencia autónoma. — Él es no los actos psíquicos que le dieron forma, no el substrato social que condicionó su establecimiento, no los fenómenos de adecuación de la conducta a que da lugar sino, una entidad especial que participa de las dimensiones características del ser ideal. — No se confunde con los factores y complejos que le dieron figura; de modo parejo a como un pensamiento es algo que es en sí ~~xxxx~~ aparte y distinto de los actos de pensarlo, aunque se trate de un pensamiento sin validez absoluta. — Y sin embargo en cuanto el Derecho positivo está vigente hallase dotado de una dimensión de existencia temporal, pero se trata de una temporalidad abstracta, que no se extiende en momentos sucesivos, de una temporalidad sin duración. — Así pues además de estudiar la determinación ontológica del Derecho, se ofrece pues el tema de las formas de existencia real del Derecho: Derecho vigente; Derecho ya no vigente; Derecho aún no vigente". —

Con lo expuesto queda satisfecho nuestro propósito de exceder en esta reseña de generalidades, la simple enunciación del tema ontológico mostrando los problemas que presenta; y a la vez destacando que por hacer a la esencia de lo jurídico es un tema de la Filosofía del Derecho. —

Hemos visto ya los dos primeros temas fundamentales de la Filosofía jurídica consistentes en la investigación del concepto lógico del Derecho, elemento que en cuanto tal nos permitirá, tan pronto dispongamos de él, determinar o identificar que es de la inmensa realidad que se da en una muchedumbre incalculable, lo jurídico; y la ontología jurídica que debe interiorizarnos en los caracteres, formas, y naturaleza de este ser jurídico del Derecho, vale decir habrá de informarnos sobre su estructura real o ideal o la participación que pudiera tener en ambas substancialidades, su sentido y significación; y la vinculación con otras esferas del saber a las cuales está referido y constituyen el fundamento de su uni-

idad.-

Siguiendo un orden necesario en cuanto es preciso ir por partes, de modo que hemos primero de reconocer, por medio de los elementos necesarios sobre lo que sea jurídico, distinguiéndolo de lo que no sea; y luego su conocimiento en cuanto ser; corresponde en tercer término ocuparse del problema deontológico; o sea el criterio con que habremos de enjuiciar, o estimar, este ser jurídico que hemos determinado y aprehendido de la realidad y que conocemos en sus características fundamentales; problema que nos lleva en última instancia a un tema *ex* al que nunca debe renunciar la Filosofía Jurídica, pues a ella le corresponde gran parte de su determinación: la Justicia.-

Pero antes de ocuparnos de, este tema queremos consignar que a la división y nitida separación de los temas en la teoría no corresponde una idéntica separación en la práctica, en la realidad por cuanto estas esencialidades de lo jurídico que aquí vemos separadamente; se manifiestan simultáneas y hasta mezcladas y confundidas en la realidad inmediata, de la que se extrae, por su reconocimiento en uno de sus aspectos; ya que disponemos de las esencias racionalmente, el objeto jurídico en el cual se manifiestan en la forma que hemos dicho, y hasta incompletas; objeto de la ciencia jurídica, que a través del trabajo de la ciencia—que luego veremos como tema de la Filosofía jurídica en cuanto ciencia en sí; y será el principal tema de nuestro trabajo—viene a enfrentarse en su manifestación subjetiva frente a su objetividad; a la que esta referida, hacia la que tiende; en la misma forma en que (por ser idéntico) tiende hacia la esencia de un valor universal o absoluto; toda realidad que es en alguno de sus aspectos, la manifestación concreta, la forma subjetiva de aquel valor objetivo.-

Ocupemosnos ahora del problema deontológico, tan solo para señalar la necesidad de que sea indagado por la Filosofía jurídica y sus principales características e influencia.-

Al establecer Del Vecchio, que la investigación lógica formal no es la única en la Filosofía jurídica manifiesta que esta debe ser integrada por la noción del contenido; y así al referirse a tal misión se plantea en el tratamiento del mismo el claro deslinde entre el aspecto que corresponde de tal contenido a la ciencia jurídica y a la Filosofía del Derecho en la siguiente forma: (1) "la noción del contenido exige doble indagación una empírica y otra especulativa en cuanto que el contenido de Derecho puede ser empírico o racional (positivo o no positivo).—De donde resulta que la elaboración del contenido del Derecho corresponde en parte a la filosofía (investigación del contenido ideal trascendental) y en parte a la ciencia jurídica (investigación del contenido empírico) experimental, real).—"

(1) Del Vecchio Giorgio: Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho; páginas 193 y siguientes.—Traducción de Mariano Castaño.—Ed. Hijos de Reus. Madrid. Año 1908.—

Respecto del contenido trascendental, ideal, de lo jurídico; de lo que constituye el problema deontológico expresa Del Vecchio a cuya opinión adherimos; "que la mente humana nunca ha permanecido pasiva por completo frente al Derecho; jamás se ha dado por plenamente aquietada con los hechos realizados como si ellos fuesen un límite insuperable. - Todo individuo siente en sí la facultad de juzgar y de valorar el Derecho existente; cada uno tiene el sentimiento de la justicia. - De aquí la posibilidad de una investigación que es distinta de las que llevan a cabo las ciencias jurídicas" (1)

Tiene la virtud el Maestro de haber colocado las bases del problema en una exigencia permanente de la conciencia humana; en una necesidad del espíritu, que el pensamiento científico y popular ha revelado y revela a cada instante, o sea la idea del Derecho, lo justo, frente a lo injusto y lo arbitrario. -

Pero este problema ha sido encarado en muchas épocas con poco acierto, particularmente por haber querido substituir al Derecho en su manifestación empírica, cuyo consiguiente fracaso llevó a la negación de este problema, como tema de la Filosofía jurídica; por ello dice Del Vecchio: "la negación del problema deontológico se debe en parte al abuso de las teorías jurenaturalistas e idealistas que pretendían encerrar en la forma e investigación ideal del Derecho, sin establecer ninguna independencia las investigaciones lógico-formales y ontológicas de lo jurídico de modo que de esta manera no podía establecerse integralmente una conciliación entre las características del Derecho real y del ideal, puesto que el concepto de este último no coincidía integralmente con el de aquel; cosa que no es posible puesto que el concepto del Derecho para ser válido como tal, para satisfacer las exigencias de validez universal de toda forma lógica ha de comprender el derecho real y el derecho ideal; el derecho que fué que es y que puede ser". -

Fue así como el positivismo al substituir la posición filosófica-continua el Maestro que citamos - "abandono los problemas sobre la naturaleza intrínseca de la filosofía se había aplicado, no ciertamente sin frutos positivos, durante todo el curso de su historia, y que continuamente se plantean de un modo natural en la conciencia racional de cada hombre. - De esa manera se pretendió interrumpir la brillante tradición de esta filosofía; el estudio de lo justo en sí que desde el siglo de Sócrates y Platón siempre había constituido su objeto, fue declarado un error de la mente, y las exigencias metafísicas de la razón respecto al bien y a lo justo quedaron de intento sin ser satisfechas. - De donde vino la desproporción y la deficiencia que actualmente se nota entre la Ciencia y la conciencia del Derecho, por lo cual la primera se muestra incapaz o con repugnancia de desenvolverse, ya que no de constituir en sistema, como sería su verdadero oficio, los datos lógicos y éticos de la segunda. - Por haber así rebajado y desnaturalizado su propia existencia, la Filosofía del Derecho hoy está obligada a permanecer casi muda ante las reformas legislativas y políticas que vienen preparándose en nuestro tiempo y a mantenerse casi del todo extraña, como simple espectadora, a la progresiva afirmación de la justicia, que solamente aquella corresponde dirigir". - (2). -

(1) Del Vecchio Giorgio: Filosofía del Derecho. Tomo I páginas 4 y siguientes. - Ed. Bosch. Barcelona. Año 1935. -

(2) Del Vecchio Giorgio: Los supuestos filosóficos... páginas 162 y siguientes. También " Filosofía del Derecho: páginas 6 y siguientes. -

No debemos insistir sobre la existencia de este tema de la Filosofía Jurídica, en cuya investigación deberá la Filosofía asegurar una clara orientación para hacer accesible la idea de justicia y la forma en que dicha idea de justicia ha de realizarse prácticamente.-

De esta tarea deduce Del Vecchio la función práctica de la Filosofía del Derecho: "pues enseña y prepara el reconocimiento positivo del ideal jurídico, facilita la consecución histórica de las exigencias ideales.-En todos los tiempos ha cumplido tal función y las obras de los grandes filósofos del Derecho las vemos ligadas a todos los grandes progresos políticos.-Citemos para destacar algunos ejemplos: la revolución inglesa de 1688 (fundamental para la consagración de algunos principios de Derecho público) la americana de 1774 -1776 y la francesa de 1789 fueron precedidas y acompañadas por escritos filosóficos-jurídicos. Y es bien manifiesta la influencia de los escritos de Alberico Gentile, de Ego Crocio y de otros autores sobre el progreso del Derecho Internacional y la que tuvieron las obras de ~~xxxxxx~~ Beccaria y de otros filósofos humanitarios sobre los progresos del Derecho Penal.-Y así se podrían aducir otros numerosos ejemplos.-La Filosofía del Derecho no es pues un ejercicio estéril y arbitrario, sino que responde a exigencias naturales y constante del espíritu humano a una vocación intrínseca del mismo"

*Desde tiempos remotísimos se han ensayado investigaciones filosófico-jurídicas, singularmente la deontológica, o sea el problema de la Justicia (o fundamento intrínseco del Derecho). La necesidad de investigar si las formas existentes son también las justas, si la autoridad que manda, manda con razón, se manifestó ya entre los pensadores antiguos.-La Filosofía del Derecho se anuncia cabalmente con esta antítesis entre lo justo y lo justo legal (Dykein dikaion y nomo dikaion).-

El problema de la investigación deontológica como tema de la Filosofía del Derecho es aceptado por la mayoría de los filósofos del Derecho; de nuestros tiempos.-

Según la investigación de los temas que llevamos visto, de la Filosofía del Derecho; es posible que obtenido el resultado de tales investigaciones, se constituya sobre bases firmes la Ciencia Jurídica; pero debemos admitir que "la Filosofía del Derecho, le corresponde también tal tarea, la que necesariamente debe completarse con esta última actividad de la Filosofía mirando directamente hacia el trabajo que la ciencia debe realizar en torno a su objeto, es decir al objeto jurídico; y como lo ha realizado, lo realiza y lo realizará.-

Como ya dijimos no importa estos intisar a la ciencia que ha realizado hasta el presente su tarea con una confianza en sí misma, que se traduce en los resultados que ostenta; a que rectifique procedimientos que hasta ahora observa con un recto sentido de su misión; como los realizaron otras ciencias en torno a su objeto; lo que se propone esta tarea filosófica, es la de adquirir conciencia del trabajo científico de modo que aquella confianza que la ciencia jurídica ha demostrado a través de su labor milenaria; este fundamentada en conceptos que le aseguren su eterna estabilidad, y el recto camino de sus investigaciones; evitándole los devios que la historia, nos ha mostrado ocurrieron, por no haberse tenido la conciencia del trabajo a realizar como misión de la misma en torno a su objeto; extravío que por otra parte no ha afectado en lo más íntimo los resultados alcanzados, porque el espíritu científico tiene la intuición de su proceder, lo que explica que inconscientemente se haya realizado del modo con que la ~~xxxxxx~~ teoría filosófica viene luego a de-

mostrarle lo ha realizado sin tener plena conciencia de él, y a evitarle posibles desvíos o errores futuros.-

Aquí solo enunciaremos los aspectos que presenta tal problema para la Filosofía jurídica, comenzando por uno muy particular que se da diríamos así en la manifestación inmediata de la ciencia frente a su objeto o lo que es lo mismo, la actitud que hemos visto se opera en el sujeto frente al objeto en la tarea del conocimiento; manifestación universal de la ciencia, con que se aplica ella misma al conocimiento, antes de toda otra tarea, que le está reservada como previa y que es la base común que reconoce la existencia de todo Derecho positivo, en cuanto este mismo está informado por esta tarea jurídica que el legislador realiza en la esfera amplia de su actividad.-

Sobre este tópico en particular versa este nuestro trabajo; porque el no alcanza a toda la actividad de la ciencia; por cuanto no habrá de preocuparse de la sistematización del contenido del Derecho, ni de los métodos de interpretación de la ley; como no se preocupa tampoco de los conceptos jurídicos fundamentales; a cuyo uso apela dándolos por conocidos y supuestos; todos estos aspectos del problema de la ciencia jurídica, son posteriores al propio objeto de este trabajo, y aunque sobre ellos incida frecuentemente nuestra exposición, no significa que hayan sido tratados con la extensión, que debe serlo; puesto que no nos lo hemos propuesto, ya que demandarían un tiempo que excede los límites del propósito que inspiraron esta nuestra investigación; pero de lo cual no habrá de deducirse que no volvamos sobre ellos en nuestras tareas futuras.-

Esta tarea de la ciencia sobre la cual extendemos nuestra investigación no se reduce a la mera interpretación de las normas de un determinado sistema de Derecho positivo, se refiere al movimiento de la ciencia en torno al aspecto jurídico de la realidad, hecho su objeto de investigación, tarea que se inicia en un conocer inmediato del objeto, y que tras una apariencia sociológica, permanece sin embargo fuera de ella, por cuanto está dirigida de modo fundamentalmente diverso, a la de aquella, y persigue finalidades totalmente distintas.-

Tarea inicial está del conocer de la ciencia que consiste en la comprensión del acto jurídico, determinado en la experiencia común, por la esencia lógica que lo caracteriza como tal, y que lo determina; y que es captado inmediatamente por la ciencia, en su plena individualidad, con la riqueza de matices que caracterizan la realidad, y que la ciencia en una ulterior etapa de su labor, selecciona según criterios de valor, los que estima "jurídicamente relevantes" para aprehenderlos en el concepto.-

De otro lado y de ello no nos ocupamos nosotros, se plantea al científico la necesidad de conocer el derecho que es, el derecho que ha sido establecido, conocimiento que trascendera en la interpretación de la ley hacia los valores puestos por tal derecho como valores rectores del obrar, que debe ser según lo quiere el Estado; ya que el derecho como lo dijo Del Vecchio, es una graduación de valores; y el jurista ha de permanecer atento a su conocimiento, a sus significados, a sus transformaciones; como así al cambio de preferencias valorativas; pero atendiendo siempre al orden jurídico vigente.

Según nos lo expresa Sauer(1) no haberse propuesto la Filosofía jurídica; tratar el problema de la Ciencia, ha sido causa de muchas oscuridades.- Esto nos sugiere la necesidad de una breve reseña histórica

en la que podrá observarse el problema ausente de toda filosofía jurídica; resaca a la que deberá seguir el estudio de los sistemas propuestos para la sistematización del contenido de la ciencia jurídica, pero bajo la influencia del positivismo; indagando sobre puntos o tópicos empíricos, para hacer inducciones; sobre problemas que tienen un fundamento trascendental; al margen de toda experiencia, aun cuando esto no signifique el divorcio con ella; fundamentos que han de buscarse para ostentar la calidad de ser ~~localizables~~ primeros, verdaderos y universales en las exigencias del espíritu humano, en las necesidades de la razón.-

S E G U N D A P A R T E

I.-Historia del pensamiento jurídico

II.-Negación de la Ciencia jurídica

III.-Esfuerzos para construir la Ciencia jurídica

Por las leyes de un Estado puede reconocerse el mundo de los valores que hay en el fondo de este Estado; y a la inversa, de este mundo de valores pueden deducirse las leyes que lo rigen.⊙

La estructura del Derecho comprendiendo su base de valoración, es tan transparente como una construcción matemática.-(W.Schapp)

C A P Í T U L O

Historia del pensamiento jurídico

(Relación breve)

Sumario: Introducción .-Generalidades.-La Jurisprudencia en Oriente.-La filosofía del Derecho en Grecia.-La Ciencia jurídica en Roma.-La Edad Media.-La Escolástica.-El Renacimiento.-La Edad Moderna: especulaciones filosófico jurídicas.-El Derecho racional.-El historicismo.-Historicismo filosófico o idealismo objetivo.-Historicismo político o filosofía de la restauración.-El historicismo jurídico o escuela histórica del Derecho.-

- - - -

No siempre la consideración de los temas señalados como específicos y exclusivos de la Filosofía del derecho, han aparecido deslindados como los presentasen la actualidad ésta disciplina del conocimiento de lo jurídico, o aunque se manifestaran como una necesidad de la razón, fueron tratados de manera que uno se confundía o identificaba con otro, no estableciéndose un claro deslinde entre las particulares exigencias de la investigación de cada uno.-

Por ello para Stammler(1), el concepto y la idea del Derecho, la naturaleza esencial del Derecho y de la Justicia, sus manifestaciones históricas desenvolvimientos y aplicación, constituyen los temas exclusivos de alcance absoluto en materia jurídica, y han sido uno é idéntico en el pasado y " lo serán mientras haya hombre y los hombres reflexionen sobre su existencia.-

Alrededor de éstos temas gira la particular exigencia de un método unitario y condicionante que responda á la necesidad de universalidad de todo conocimiento reflexivo-sin perjuicio del contenido que pueda en la materia ostentar idéntica validez-la extracción de sus conceptos puros, que nos den dominio sobre la realidad, transformándola, simplificándola y presentándonos la síntesis, suprema exigencia de todo conocimiento científico, conceptos condicionantes que la filosofía entrega á la ciencia para su actividad típica, de tratamiento e investigación del contenido real de lo jurídico. Sin ésta especulación filosófica y conceptualización de su manifestación experimental, no es posible la ciencia; son precisamente esos conceptos, esos métodos esos elementos condicionantes los que hacen que el Derecho pueda constituir una ciencia y que rijan su actuación y aplicación práctica.-

Pero como expresamos hace un rato el claro deslinde de los temas, por lo menos en las particulares exigencias de la investigación individual de tales temas, no se dió, siendo absolvida por la especulación de uno de ellos particularmente la idea del Derecho, sobre la cual se indagó con particular obstinación, haciendo tabla rasa de la exigencia lógica de un concepto de lo jurídico que permitiera identificar, aprehender, individualizar la realidad estudiada y hasta se señaló que el concepto iba implícito en la idea, con lo cual se manifestaba la influencia Platónica sobre la cuestión de los universales, en el sentido de que la idea es la realidad absoluta.-

Adolece de éste defecto la larga especulación en torno al derecho natural y en Kant y Hegel, que se esfuerzan el primero por una concepción ideal formalista del derecho y el segundo por un sistema ideal lleno de contenido.-

Pero no todo es error en las diferentes escuelas que se sucedieron sin dar con una solución integral de la consideración científi-

(1) Stammler: Filosofía del Derecho, págs. 20 y siguientes.-

co-filosófica de la realidad jurídica, é su turno cada una unilateralizan do sus investigaciones en torno á determinado aspecto de esa realidad, aportó al proceso de su investigación, precisamente muchos detalles de el aspecto que hacia su principal tesis y preocupación hasta entonces, desconocidos, o por lo menos si conocidos tal investigados y presentados. No obstante la exigencia de universalidad de los elementos buscados, el concepto lógico del derecho permaneció en la vida de la Filosofía jurídica hasta los últimos tiempos, como ignorado confundido y considerado implícito en otras consideraciones que desde distintos puntos por su especial orientación viciaban su validez, en la concepción ideal por ejemplo por la circunstancia de que como elemento lógico para aprehender la realidad, adolecía del defecto de expresar lo que debiera ser y no lo que es por lo cual no se le separó lo necesario, para su validez lógica, formal, apriori y universal; de la idea del Derecho, del problema de la Justicia, de la estimativa jurídica, con la cual como bien expresa Del Vecchio el concepto es indiferente y neutral(1); en otras circunstancias en la investigación positivista o empírica el concepto fué la expresión general extraída de un número, numeroso pero limitado al fin de casos observados, con lo cual quedaba invalidada toda posibilidad de alcanzar validez lógica y universal de los apriori formales, de aquí los serios argumentos esgrimidos para impugnar la validez científica de la Ciencia Jurídica(2).

No obstante, tuvieron todas esas teorías, que veremos sucintamente a continuación, en su unilateralidad, aparte de la ventaja señalada anteriormente sobre la evidencia de determinado aspecto de la realidad jurídica, la ventaja de sus influencias excitativas en la dirección opuesta, ante el conocimiento de sus deficiencias y errores; con lo cual cada una ~~representa~~ una etapa en el largo proceso de investigación de la realidad jurídica y el conocimiento de sus conceptos apriori, proceso que alcanza su culminación en cuanto al conocimiento de la etapa decisiva con la Filosofía jurídica actual, en la cual la separación de los temas tal cual se presentaron en nuestra exposición es evidente y con ello la posibilidad de la Ciencia Jurídica, aunque existan discrepancias sobre particulares direcciones de la misma, lo cual reza también para la propia Filosofía del Derecho sobre la orientación, tesis fundamental sin duda, de algunos de sus temas.-

Por esto es necesario una sucinta visión histórica, de la filosofía jurídica, porque conjuntamente con el declive de los temas y su manera de tratarlos peculiar a cada escuela, típico de cada época, nos fa

(1) Del Vecchio: Los supuestos filosóficos de la noción del Derecho. Págs. 145.-

Del Vecchio: Filosofía del Derecho, pág. 389 y siguientes.-

(2) Como veremos más adelante las argumentaciones de Federico von Logau, y Kirchmann.-

ilitará comprender la esencia y contenido de una consideración estrictamente científica, y los límites de la misma, como así sus métodos.-

En todos los sistemas venenos por separado los caracteres señalados con anterioridad, y plasmados en todos los temas de la actual filosofía jurídica apuntando en la investigación de la idea del derecho toda la especulación realizada en torno al problema de la justicia, de la cual se han obtenido resultados positivos de innegable beneficio para el progreso de la humanidad en el proceso de la historia; en la dirección empirista y en su acentuación positiva inmediata anterior al renacimiento de la actual especulación filosófica del derecho, la necesidad del concepto lógico, formal condicionante y la necesidad de un método de idéntico carácter para la ciencia jurídica estrictamente en cuanto se refiere a la consideración por aquella de su contenido; complemento que no puede extraerse por sí misma porque escapan a su esfera de acción.-

Pero ésta corriente positivista se acentúa en tal forma que pretende ser el sustituto de toda filosofía, ocupando el plano de ésta, interrumpiéndose la investigación de lo justo en sí, que tenía una brillante tradición desde Sócrates y Platón; so pretexto de considerarla un error de la mente, quedando así tronchada la realidad jurídica en su consideración científico-filosófica.-

De este divorcio del derecho empírico positivo, con la consideración de sus exigencias ideales, vino a juicio de Del Vecchio la "disidencia que actualmente se nota entre la Ciencia y la conciencia del Derecho, por lo cual la primera se muestra incapaz o con repugnancia de desenvolverse, ya que no de constituir en sistema, como sería su verdadero oficio, con los datos lógicos y éticos de la segunda. Por haber así rebajado y desnaturalizado su propia existencia, la filosofía del derecho hoy está obligada a permanecer casi muda ante las reformas legislativas y políticas que vienen preparándose en nuestro tiempo, y a mantenerse casi del todo extraña, como simple espectadora, a la progresiva afirmación de la justicia, que solamente a aquella correspondo dirigir"

Todo ello destaca los acentos directivos de esta reseña histórica en la consideración de nuestro tema, la zona que dentro del saber jurídico ocupa, o le es legítimo ocupar, sus funciones, su misión sus fines etc. con lo cual queda dicho que si hubiéramos partidos de los supuestos de nuestra propia ciencia o más que de los supuestos de los contenidos propios de las disciplinas particulares no nos hubiera sido tan visible el conjunto, de la esfera de acción de nuestra ciencia.

Y después del largo proceso, cuya reseña esbozaremos enseguida, en que el pensamiento para evitar Caribdis se estrella contra Scilla, y vice versa en éste continuo viajar de la especulación filosófica científica, queda en el fondo a la manera de sostén invisible pero real de todo lo pensado, a pesar de sus discrepancias fundamentales el último reducto del pensamiento, la vida humana que cuanto a su otro deviene vida humana objetivada, como nos lo expresa Ortega y Gasset(1) y en

ella la razón como suprema directora de esa vida y de ese obrar, con la unidad indestructible de su propia validez universal, frente á la realidad única a considerar, bajo diversos criterios como lo fué antes, como lo es ahora, bajo una fundamentación de sus supuestos fundamentales y necesarios; como una nueva etapa del permanente devenir que Hegel reveló con genial concepción en la lógica de su proceso dialéctico, la demostración casi evidente de que solo nos es revelado por la razón lo penúltimo—como vimos expresar a Dampier Wattmann respecto de las conquistas de las ciencias naturales—porque cuando creamos haber alcanzado lo último, sólo hemos cerrado un ciclo, pero al mismo tiempo abierto otro de ese interminable proceso dialéctico.—

Y como á la tesis del derecho ideal, en la que se identifica con la idea el concepto, sigue la antítesis de una consideración empírico-positiva del derecho en que se pretende extraer el concepto de su contenido y se niega totalmente la idea; sigue una etapa de síntesis de verdadero valor científico en la filosofía jurídica que adopta como necesidad la investigación de ambos temas, pero por separado, considerándolos en las particulares exigencias de cada uno, respecto de la necesidad formal, a priori lógica y universal del concepto; y de la necesidad trascendental de la idea como suprema exigencia del Derecho, consideración que aun no ofrece ni una conquista definitiva ni un acuerdo unánime en sus investigadores respecto de su orientación y esencia, en cuanto á forma o contenido, lo cual revela su naturaleza incipiente y la imposibilidad de la existencia de tales conquistas; pero en cambio ofrece el espectáculo halagador de una atenta y febril actividad del pensamiento en torno á sus problemas con lo cual puede asegurarse dentro de una época próspera para la especulación de tales temas una consideración completa, exhaustiva bajo un método que asegure sin observancias su carácter científico.—

Comenzaremos nuestra reseña histórica partiendo de los pueblos de Oriente, que transplantaron sus instituciones y fundaron la civilización en Occidente, con lo cual se establece una línea sin solución de continuidad entre las manifestaciones originarias del Derecho y su consideración filosófica de todos los tiempos; sin que xxx esto implique inferir agravio por nuestra parte al linaje prehistórico del derecho que Morgan(1) revela en sus investigaciones de los pueblos americanos, australianos, etc, pero que en la consideración filosófica del mismo no juegan el rol de aquellos á que habremos de referirnos inicialmente.

En esta primitiva edad, la confusión es grande los principios de las ciencias no elaboradas aún por mucho tiempo son considerados en forma dogmática, como mandatos de la divinidad, ante la cual nada puede el poder humano, su observancia es una cuestión de fé, su conocimiento relegado á la clase religiosa y dominante que lo impone sin control por detentar la exclusividad de su conocimiento y aplicación.—

Así se manifiesta también el derecho en los pueblos de Oriente; donde comienza por ser para el hombre un modo de ejecutar y de acción, a veces violento y grosero, dictado por los instintos mismos de

su naturaleza y por un sentido preciso y profundo de lo justo; luego estos modos uniformes de obrar originaron en la sociedad ciertos hábitos, ritos y costumbres solemnes, que debieron ser una imitación simbólica de los primitivos modos de hacer, groseros y violentos, y por último el conocimiento y la custodia de estos ritos y costumbres reconocidas como leyes acabaron por dar origen á aquella primitiva prudencia jurídica que fué la primera forma de la ciencia del derecho. El derecho, debió, según esto comenzar a manifestarse como un modus agendi, inspirado en un sentido interno de lo justo (actio); luego éstos primitivos modos del obrar, cambiándose en ritos, en fórmulas y ceremonias, constituyeron las primeras leyes (leges actiones) y por fin el conocimiento de éstos ritos costumbres y fórmulas, en que nada debía mudarse para dársele del propio derecho, constituyó la primera ciencia del derecho; jurisprudencia"(1).

Pero en esta época de los pueblos primitivos orientales no asoma una actitud crítica frente al derecho; no así en materia moral de la cual brindaron valiosas contribuciones á los estudios filosóficos, y en las cuales se trataron muchas cuestiones de derecho y en su origen todas.-

GRECIA.-

Tierra de fecundas investigaciones científicas, y elevadas especulaciones de la razón, Grecia es la patria de la Filosofía, donde la sistematización del conocimiento recibe las armas elementales y necesarias para sus conquistas futuras; de manos de Sócrates que sobre las dudas de los sofistas y el caos del mero subjetivismo pone los elementos de una segura elevación del pensamiento, dándole la liberación a través de un concepto de la ciencia, que en vano se buscara antes, de rígida validez universal a través de su enunciación lógica y formal con lo cual se hace la luz con que la ciencia afronta serena su delicada misión.-

Ya conocemos por haberlo expresado antes, la trayectoria descrita por la crítica, sobre el valor de los universales en Platón Aristóteles, la Escolástica y en Kant; pero las cuales versaron no sobre su validez sino sobre su ubicación, a pesar de las objeciones del nominalismo y el conceptualismo.-

Pero, si bien los griegos alcanzan el concepto de ciencia; los problemas del Derecho y su vigencia, no son el tema principal de sus especulaciones el cual quedó relegado a un segundo plano en la fundamental preocupación que tuvieron por la política y el gobierno del Estado.(4).-

(1)Cicero: La vida del derecho. También Wilson Woodro El Estado. Morgan so ciudades primitivas. Sumner Maine, Antiguo Derecho. Gattel Historia de las ideas políticas. Foret De los Clanes á los Imperios.-

(2)Del Vecchio: Filosofía del Derecho. pág. 78.

(3)Stammler: Filosofía del Derecho.-

(4)Stammler: págs. 23 y siguientes.-

Platón que como vimos cree que la idea es la realidad absoluta, estructura(1) un Estado ideal en el cual á la manera de un organismo, hombre en grande, encarna una perfecta unidad; siendo integrado por los hombres como el cuerpo por los órganos; y la perfección se manifiesta en una suprema armonía a la que se alcanza por la virtud, cuya suprema manifestación es la Justicia, cuya esencia es la relación armónica entre las varias partes.-(2). Este relación armónica que asegura la justicia permite que cada cual haga lo que debe y puede para su último fin, pero cada cual cumpliendo una superior misión desde su clase en el organismo á la manera como en el cuerpo: la razón esclarece y domina, el coraje obra y los sentidos obedecen; para lo cual las clases deben ser tres compuesta una de sabios que domina, la de los guerreros que defienden el organismo y los artesanos y agricultores que nutren el organismo y obedecen á las dos primeras clases.-

El Estado en cuanto ser perfecto lo es todo para el individuo y debe participar en él, porque sus imperfecciones son subsanadas por la perfecta organización del Estado que es universal, comprendiendo la vida de todos los individuos, por cuya felicidad brogará éste organismo máximo con lo cual cumple con su misión de suprema virtud; identificándose como se ve los conceptos de felicidad y virtud. Este Estado concebido por Platón es absoluto totalitario no tiene límites cayendo todo bajo su competencia é intervención. Esta forma absoluta fué una realidad viviente en Roma y también en Grecia, el individuo vivía para el Estado y éste intervenía en todas las manifestaciones de la personalidad individual, bajo la excusa de su suprema misión de asegurar la felicidad conquistar la virtud suprema, con lo cual al son de éste concepción ética y transpersonalista del Estado, el individuo constituía un simple elemento en su constitución.

Ante las exigencias de su suprema misión ética quedan á cargo del Estado cultivar las ciencias, las artes, la filosofía, la cultura en general y la exigencia de su unidad, lleva á Platón á suprimir toda forma intermedia social entre el individuo y el Estado incluso la familia y la propiedad, con lo cual se establecería una forma común que en una gran familia fortalecería aquella unidad, que daría la perfección de este organismo máximo y aseguraría la consecución de su elevado fin: la virtud.-

(1) Del Vecchio. op. cit. págs. 79 y siguientes.-

(2) Platón. La República. Las leyes.-

En esta concepción del Estado de Platón no figura los siervos o esclavos, pues en todas las condiciones formales establecidas con valor absoluto para toda constitución posible de los Estados por Platón, los esclavos resultan excluidos, de la teoría, o no tratados porque si bien están en el Estado no forman parte de él con lo cual resulta acertada la observación de Del Vecchio en el sentido de que se está muy lejos de la idea comunista de hoy; y los que fundan en Platón la primera forma socialista cuando éste solo fué guiado por cuestiones éticas y políticas y no económicas.-

Las líneas fundamentales del Estado descritas en la República, en forma ideal, son completadas con la forma en que el Estado ejercería su misión en Las Leyes, asignándole al Estado una función educativa, el individuo es en principio más reconocido y respetado en éste Diálogo, la propiedad subsiste y la familia también, las clases no aparecen con una distinción tan rigurosa que las pone al borde de las castas, sino que se las presenta movibles y flexibles, la responsabilidad de los magistrados, la elección popular son las mayores concesiones que realiza a la libertad. En razón de su misión educativa el Estado al emitir las leyes debe hacerlo con disertaciones que expliquen su fin. Las leyes de carácter penal tienen una misión curativa, constituyen la medicina del delincuente que es un enfermo, y el medio para curarlo; como consecuencia de la delincuencia la sociedad también se enferma y por la aplicación de las leyes puede curar, más el delincuente incorregible debe ser eliminado en holocausto de la salud social. Observa Del Vecchio que respecto de ésta concepción de Platón y la de la Antropología criminal existe la diferencia de que ésta considera al delincuente como un producto de degeneración física, mientras que Platón los considera deficientes intelectuales, ignorantes de lo verdadero, de la virtud del conocimiento de la verdad.-

En las leyes Platón no idealizó como en la República, si bien se orienta hacia el ideal elaborado en bases a la observación histórica de la Ciudad, y con una acentuación práctica fundada en la observación ~~xxxxxxx~~ de la vida en el Estado griego; en ambas concepciones trasunta la preocupación por el estado desastroso de su patria Atenas, sacudida por el gobierno de las masas; por una democracia corrompida que exigía un cambio y a la cual opone Platón la imagen de su Estado ideal oponiendo a la simple acumulación numérica de los variados intereses, la idea del bien vertido en tres virtudes máximas: la sabiduría, que la funda en el camino para hallar lo justo; el valor virtud de hacer triunfar lo que se ha reconocido como verdadero y la templanza que consiste en el dominio de los propios apetitos y pasiones sometidos a la ley suprema de la justicia.-

En Aristóteles, discípulo de Platón durante veinte años, se continúa en los problemas fundamentales la Filosofía del maestro, pero tiene discrepancias que lo distinguen de aquél, como un observador de los hechos, y no tan especulativo; ya vimos que en el problema de los universales se expide, por su existencia y presencia en la esencia de las

cosas y esto pone ante sus ojos una divergente orientación general de sus concepciones respecto del Estado y del Derecho y la Justicia, - descendiendo a un terreno más práctico y en base á observaciones de los hechos, pero nunca desprovistas de tendencias hacia un ideal de Justicia, de virtud y felicidad. (1)

(1)° A este respecto, dice Del Vecchio-Las obras más importantes son la Política y la Ética. De Esta hay tres redacciones: Ética Nicomachea, Ética Eudemia y la llamada Gran Moral o Ética Magna, las cuales en muchas de sus partes coinciden. Solamente la primera (Nicomachea) es ciertamente obra de Aristóteles, mientras que la Eudemia es probablemente obra de su alumno Eudemo y la Gran Moral, es un extracto de las dos precedentes. La Política en ocho libros no ha llegado completa hasta nosotros. Recientemente se encontró un fragmento de la "constitución de los Atenienses."

Como en Platón en Aristóteles el Estado es una necesidad, una unión orgánica y permanente cuya misión es la virtud y la felicidad universal para alcanzar en comunión la perfección de la vida. El hombre participa de la vida política exigida por su propia naturaleza: es un animal político, y el Estado le precede como el organismo a las partes. Es anterior a la familia, al individuo, a la propiedad. El individuo pertenece al Estado y éste regula su vida mediante leyes cuyo contenido es la justicia, de la cual Aristóteles se ocupa con profundidad.-

Concibe a la Justicia como un problema que surge del Estado mismo, y la divide en distintos aspectos, todos los cuales tienden a la realización del principio de la misma que es la igualdad.-

La distributiva, misión del legislador, en el reparto de los bienes y honores, de manera que cada ciudadano reciba una porción adecuada a sus merecimientos, estableciendo que si las personas no son iguales, las porciones serán necesariamente desiguales, lo que refirmaría el concepto de igualdad, la que estaría violada si a méritos desiguales se le diera trato igual.- "La Justicia distributiva consiste pues en una relación proporcional, que Aristóteles define-algo artificialmente-como una proporción geométrica?(1).-

El segundo aspecto o aplicación de la justicia se manifiesta como justicia correctiva o igualadora, presidida e informada del común principio de igualdad, pero de diversa manera, pues se trata de medir impersonalmente el daño o las ganancias, es decir cosas y acciones en sus valores efectivos, considerándose como iguales los términos personales, medida que "encuentra su propio tipo" en la proporción aritmética".-

Esta aplicación de la justicia consiste en que cada parte esté en condiciones de paridad de modo que nadie de ni reciba más o menos, definiéndose como el punto intermedio entre el daño y la ganancia, entendidas en forma amplia, de modo que ésta justicia se aplica a las relaciones voluntarias y contractuales y también las involuntarias que nacen de los delitos; estableciéndose una equiparación, y recalando la necesidad de una correspondencia exacta entre el delito y la pena. Esta justicia correctiva vale pues para toda clase de cambios o interferencias, tanto en lo penal como en lo civil.-

"En esta materia hace Aristóteles una ulterior sub distinción. La justicia correctiva puede mirarse desde un doble punto de vista; bien en cuanto determina la formación de las relaciones de cambio, según una cierta medida, y entonces se presenta como justicia con-
putativa; o bien en cuanto tiende a hacer prevalecer tal medida en caso de controversia mediante la intervención del juez, y se presenta entonces como justicia judicial. En materia de delitos la justicia co

rectiva se ejercita de un modo necesario e inmediato en la forma judicial, porque se trata cabalmente de reparar, contra la voluntad de unas de las partes, un daño injustamente producido. Y en materia de cambios y contratos, por el contrario, dicha justicia de normas, ante todo a los mismos contratantes; y así puede no ser precisa la actividad rectificadora del juez".-

Se preocupó Aristóteles de encontrar la manera más justa de aplicación de las leyes al caso concreto, haciéndose cargo de la subsunción de éste en las leyes abstractas que el legislador dicta aleccionado por la doctrina, por la técnica y sus experiencias y el deseo de dictar derecho justo, estableciendo esa división de obrar del legislador y el juez la posibilidad de una aplicación de derecho injusto, para lo cual establece como correctivo de la rigidez de la justicia, la equidad, criterio de aplicación que permite adaptar las leyes al caso singular, templando su rigor y hasta puede llegar a modificarlas.-

En dirección diametralmente opuesta a su maestro Aristóteles no suprime los grados intermedios entre el individuo y el Estado, si bien éste es la más alta síntesis de la convivencia, admitiendo la propiedad y la familia y éstas en comunes constituyen el Estado que siendo único posee plena autarquía; constituye el fin de las otras formas sociales y estado por la Naturaleza; estableciendo que el individuo para no necesitar de la sociedad tendría que ser algo menos de lo que es o algo más: un bruto o un dios(1).-

Justificada la esclavitud en razón de que los hombres incapaces de gobernarse a sí mismos debían ser objeto de dominio; habiendo nacido así hombres libres y esclavos, o intenta probar la utilidad de la esclavitud para las tareas materiales a fin de que las clases libres se ocupen de las formas superiores de la vida y la política; éstas razones fueronle inspiradas a Aristóteles por la observación de la esclavitud de su época en el mundo que le rodeaba; y si bien puede admitirse por ésta razón los argumentos como válidos para su época, en cambio resulta "inadmisible y monstruosa su tesis en cuanto trata de justificarla de un modo absoluto" por que por sí misma la esclavitud choca contra el derecho natural de todo hombre a la autonomía; y de ninguna manera puede sostenerse que exista una especie de hombres destinados por la Naturaleza a la servidumbre.-

A Aristóteles corresponde el mérito de haber establecido

(1) Del Vecchio op.cit. pág. 92.-

do en principio la división de los poderes del Estado en legislativo, ejecutivo y judicial, siendo la constitución política la organización de éstos poderes.-Según que el poder supremo sea ejercido por una o varias personas distingue las formas monárquicas, aristocrática y política- ésta última la llamada democrática- las cuales formas son igualmente buenas pero siempre que el que tiene el poder lo ejerza- a su juicio- en bien de todos. Más si lo ejerce en su utilidad propia aquéllas formas degeneran en tiranía oligarquía y en democracia- que quiere significar lo que se llama hoy demagogia.-

De las escuelas post aristotélicas merecen recordarse dos escuelas que realizaron esfuerzos notables por poner en claro la idea del Derecho siendo ellas la de los estoicos y la de los epicúreos.-

La de los estoicos, conecta directamente con la de los cínicos y en la superación de sus ideas, su fundador fué Zenon de Citio (308 antes de Cristo) dándole el nombre a la escuela por el lugar donde practicaba la docencia, estos o pórtico de Atenas.-

Concibieron los partidarios de ésta escuela un ideal del hombre sabio; aquel que venciendo todas las pasiones es liberado de las influencias externas; con lo cual se consigue el acuerdo consigo mismo éstos es la verdadera libertad; ideal que veían personificado particularmente en Sócrates; y es un ideal que les es impuesto al hombre por la recta razón como un aspecto de la ley natural que gobierna el mundo y que se refleja también en la conciencia individual. "El hombre es partícipe por su propia naturaleza de una ley que vale universalmente. Por consiguiente para los estoicos precepto supremo de la Etica es vivir conforme á la naturaleza, por lo cual el hombre está sometido á una ley que vale universalmente.-

Este principio es revolucionario para las concepciones dominantes, en materia política significa un fundamento indispensable para la personalidad humana dentro de la organización del Estado, el cual en tal sentido ya no puede ser tan absoluto debiendo reconocer la autonomía del individuo y establecer para ella una zona de libertad; en éste sentido para la escuela estoica el hombre por sobre los estados particulares deviene ciudadano del mundo; con lo cual se amplian los horizontes de éste en materia política y se prepara bajo los dictados de tal escuela una nueva moral más amplia y humana. Al afirmar un principio de autonomía y libertad absoluta de individuo como consecuencia de su naturaleza, repudia y llena de oprobio toda forma de opresión; dentro de la cual la única que pueda darse es la subjetivista de las propias pasiones de las cuales el hombre lucha por libertarse(1) por ello no hay diferencias entre libres y esclavos; sino que existe "una sociedad del género humano o más allá de los límites señalados por los Estados políticos, fundada sobre la identidad de la naturaleza humana y de la ley racional que corresponde á ésta. Y es un hecho de gran significación el que encontremos entre los más insignes cultivadores y sucesores de la fi-

(1) Progrepane "El hombre nació esclavo y toda su vida constituye una lucha por su emancipación".-

losa filosofía estoica un esclavo como Epicteto y un emperador como Marco Aurelio. En la filosofía estoica se anuncian y desarrollan muchos principios del cristianismo siendo ésta escuela su precursora.-

Sin embargo los estoicos no llegaron a construir un verdadero sistema de su filosofía(1), y en muchos aspectos aparece dudoso lo que ellos entienden por "naturaleza" y en ellos se insinúa la distinción, en germen, entre Derecho natural y Derecho racional, según se tome por base la naturaleza del hombre o la del Derecho.-

A ésta escuela de indudable trascendencia e influjo en el desarrollo ulterior, del derecho, la ética y la cultura en el mundo occidental; se opone la de los epicúreos, la cual continúa los lineamientos de la escuela Cirenaica o Hedonista de Aristipo de Cirene, para la cual el único bien es el placer, del cual se deducen los fundamentos de toda obligación que tiene por fin el placer.-

Epicuro en Atenas parte del mismo concepto fundamental desarrollándolo con mayor amplitud y racionalismo que su escuela precedente. Parte de la idea de que la virtud es sólo un medio para alcanzar la felicidad con lo cual se establece el principio utilitarista, hedonista que se opone a la Moral de la escuela estoica; ambas escuelas son la base y orientación de todas las especulaciones futuras en lucha constante girando alrededor de éstos dos patrones de moral.-

Pero en Epicuro, se da preferencia a los placeres espirituales en oposición a la Escuela Cirenaica que se refería a los placeres físicos; y coloca como el sumo placer espiritual la asistad; advirtiéndose una graduación de placeres inferiores y superiores para lo cual es necesario un criterio de elección cualitativo y no cuantitativo, con lo cual se supera la escuela hedonista que propugnaba el placer por el placer en cantidad mayor posible y sin distinciones.-

Respecto de los fundamentos del estado Epicuro alega en principio que el hombre es sociable por naturaleza, admitiendo que debió encontrarse originariamente el hombre en lucha contra los hombres(2) lo cual como fuente de dolor tratóse de suprimir con la creación del Estado, de donde se deduce que el derecho es solo un pacto entre los hombres por razones de utilidad, que consisten en ahorrarse dolores; pero cuyo pacto podrán romper y por ende el Estado, tan pronto como no encuentren en él la utilidad buscada, con lo cual Epicuro introduce un germen permanente de anarquía, que en estado latente, puede llegar a manifestarse y acarrear la disolución del Estado y la destrucción del derecho. Pero en el fondo ésta doctrina lleva las líneas fundamentales de la teoría contractualista del Estado, por opo-

Stenzler Filosofía del Derecho pág.27.

2)El Estado de naturaleza que describe después Hobbes: *hominis, homine lupus est.*-

sición á la fundación del mismo sobre la naturaleza misma de los hombres; y que fué desarrollada en la Edad Media y Moderna, culminando en Rousseau como el más elevado teorizador de la misma y en la Revolución francesa como su más alta expresión de realización.-

Cuando sobreviene la decadencia general de la Filosofía griega también decaen las teorías del Derecho, el esfuerzo de Epicuro por construir, su teoría sobre la utilidad, es ya un síntoma de decadencia, que se acentúa en los escépticos (200 años antes de Jesu-Cristo) perdiéndose toda fé en cuanto á la posibilidad de hallar la verdad y la justicia.-

ROMA.-

Los romanos no se caracterizaron por su filosofía, como los griegos pues no la tuvieron, porqué la idiosincracia de cada pueblo le señala ó destaca una particular inclinación á temas de la cultura, según sean las particularidades del mismo.-

Así como en Oriente, el hombre contempla atónito la grandeza de la Naturaleza con particular respecto admiración y adoración, la especulación racional se dirige á perfeccionar el sistema de culto y adoración de todo lo que ante sus ojos se presenta como maravilloso, y la conducta, la actitud que el hombre debe adoptar para alcanzar una comunión ó identificación con la Naturaleza que admira ó el Dios que la encarna. Progresan por ello los estudios sobre Religión y Moral.-

En Grecia en cambio el hombre siente ya la sensación de sus fuerzas y pretende un dominio sobre el mundo que los rodea, la concepción científica y la especulación de la razón por hallar los últimos principios y las verdades absolutas con la demostración palpable de éste estado particular de la naturaleza humana en Grecia.-

En Roma, se insinúan los caracteres de un pueblo inclinado á lo práctico dotado de una gran voluntad para la acción, es militar y conquistador, y no tiene preocupación por lo menos fundamentales por cuestiones que no influyan de modo inmediato en la vida práctica; por ello en la cuestión trascendentalísima de la justicia, profundizaron y concretaron en verdades reales y materiales, aquel profundo sentido de lo justo que se insinuaba en los hombres de las edades primitivas de la civilización en los primeros tiempos de Oriente donde el derecho no pasaba de ser aún una simple prudencia jurídica.-

Tuvieron filósofos del derecho pero no originales, seguían más o menos las escuelas griegas y como veremos se le imputa á Cicerón, usarca los principios aún cuando contrapuestos y divergentes, de las distintas escuelas, cayendo en un débil eclecticismo, más que construir una rigurosa y ajustada síntesis científica.-

El Derecho alcanza en Roma el puesto que le corresponde, perfectamente deslindado de toda otra actividad, como modalidad de la voluntad humana, con su misión exclusiva, pero sirviendo en manos de los romanos hábiles en el arte de Gobernar el Estado como un indispensable instrumento político y de gobierno, pero siempre aún en la época de la decadencia con un profundo sentido de lo que "separa el Derecho del poder arbitrario; y los juristas romanos son los que ven claramente que el invocar la boni mores, la sequitur, la bona fides y otras expresiones análogas encierran siempre una invocación de normas jurídicas;

normas jurídicas especiales que se caracterizan por el hecho de reflejar en su contenido concreto, de un modo esencial, la misión fundamental del Derecho, habiendo de ser elejidas en cada caso concreto litigioso e vista de ésta su peculiaridad"(1).-

Pero no teniendo una definida vocación por la especulación filosófica se nota en ellos la ausencia de un análisis del concepto del derecho como forma lógica, de validez universal y condicionante de todo contenido posible, y a su vez para diferenciar el derecho de otras modalidades de la voluntad; en éste sentido el Derecho es para ellos: el arte de lo bueno y de lo justo, definición que no implica el concepto que debe ser como vimos antes indiferente y neutral frente al ideal que se ve en ésta definición en cuanto se refiere á lo justo, y no deñindado de la moral de la cual participa el concepto de bueno; más es sorprendente su capacidad para encontrar la forma fundamentalmente justa en los litigios del Derecho entre ciudadanos, sobre todo en la llamada erca clásica del Derecho romano (siglo II d. de Cristo).- Su rasgo fundamental y característico no está en los comentarios de las leyes sino en la maestría con que manejan el material jurídico para encontrar, y elaborar conceptos jurídicos concretos, dotados de una virtud creadora ponen sistemática ordenación en la masa inmensa y complicada de los fenómenos jurídicos. "Pero lo más y más grandioso de su obra es su talento para encontrar siempre en los casos dudosos la solución que en la situación litigiosa dicta el Derecho justo".-

Así como no investigaron el concepto del Derecho tampoco ~~xxxxxxx~~ especularon en torno á la idea del derecho, ésta clase de actividades de la razón resultaron poco menos que proscriptas de la actividad de los romanos, juristas y políticos prácticos por sobre todas las cosas de ahí el enorme desarrollo en concreto que tuvo en sus bancos el derecho, y la obra codificadora de los Emperadores, particularmente de Justiniano para poner orden en el inmenso material elaborado, como para facilitar su conocimiento (Pandectas) con el deseo de generalizar el conocimiento y el culto del derecho, tenido en un elevadísimo concepto, como así los que se dedican á su enseñanza y aplicación.

De los jurisconsultos romanos fué Ciceron (106-43 a. de Cristo) quien popularizó la filosofía griega en Roma y el mundo latino; jurista y político dotado de elocuencia para la exposición difundió en sus obras los principios fundamentales de las escuelas filosóficas de Grecia

Stamler op. cit. págs. 28. Seguimos también á Del Vecchio op. cit. pág. 99; en cuanto al derecho romano en sí y á su evolución en concreto, como la codificación etc. Masur: Derecho Romano; Fetid: Derecho Romano.-

las usaba sin preocupaciones de pureza metódica, mezclando los principios de las distintas y opuestas escuelas, y adoptando una postura ecléctica(1) pero refiriéndose al buen sentido natural, a la persuasión común de los hombres y sosteniendo la tesis de que el Derecho no es un producto del arbitrio sino que es dado por la naturaleza(2) oponiéndose así al escepticismo, particularmente Carneades, que había perturbado en Roma las persuasiones comunes de lo justo.-

Así en Cicerón aparece, por aquello de que no todo derecho es justo, la distinción entre el derecho natural inmutable y necesario del que da testimonio la conciencia misma del hombre; y el *ius gentium* en relación inmediata (referido á ese derecho Natural) y observado por todos los pueblos por responder á sus necesidades aunque anclado á las circunstancias; distinguiendo finalmente un *ius civile* que es el vigente en particular para cada pueblo; en ésta tres formas no existe contradicción por que son determinaciones graduadas de un mismo principio.-

El Estado, como el derecho es un producto, de la naturaleza, porque al hombre lo lleva un instinto natural hacia la sociedad y la vida política.-

La filosofía estoica fué la que más arraigó en el pueblo romano, ya que los principios fundamentales de dichas escuelas parecían alcanzar positividad por excelencia en el pueblo romano provisto de un carácter templado y austero, y la creencia en la existencia de una ley natural, implícita y sobreentendida, la cual les permitió realizar un desarrollo y elaboración del derecho muy superior á la de todos los pueblos de su época. Encontraron en esa ley natural el fundamento implícito de ese derecho positivo que elaboraban, la naturalis ratio, racionalidad implícita en el órden de las cosas, innata, inmutable y no sujeto al arbitrio humano (*ius naturale est id quod semper bonum et aequum est*). Este concepto del ius naturale se conecta con el de la aequitas(3). La aequitas significa un proceso de equiparación, ésto es un tratar igualmente las cosas y relaciones iguales; es un criterio que obliga a reconocer aquello que es idéntico en el sustrato de las cosas, más allá de lo vario y accidental".-

El Derecho positivo es concebido como elemento de accidentalidad y arbitrio del Derecho Natural; la utilitas, exige normas particulares, pero en el fondo en la existencia de éste Derecho Natural está el arbitrio para reconstruir constantemente el derecho, suprimiendo desigualdades, limando asperezas, estableciendo armonías. La contradicción entre Derecho positivo y Natural no significan dos fuerzas que se repelen sino más bien que se atraen, y en el cual el primero va hacia el segundo; por ello dispusieron de un elemento que constituyó el principio motor de

(1) Stambler op.cit. pág. 30.-

(2) Del Vecchio. op.cit. pág. 99.- "Natura iuris ab hominis repetenda est natura."- Como lo habían enseñado los estoicos.-

(3) Del Vecchio. op.cit. pág. 100. Carlo La Vida del Derecho pág. y etc.

de aquella extraordinaria creación y desarrollo del derecho romano; el edictum, que el magistrado publicaba al hacerse cargo de sus funciones exponiendo los principios fundamentales en que se basarían sus resoluciones las cuales no siempre eran nuevos, sino que repetían alguno o la mayor parte de su antecesor, y así de pretor en pretor, una norma repetida constantemente devenía derecho.-

En éste constante noviciato del derecho positivo, transformado y modificado constantemente, para cuaplr la misión de su supremo fin, que los romanos tuvieron particularmente como noción elemental, el sentido de lo justo, el Derecho Natural, es la forma orientadora, un criterio unitario absoluto y supremo de la cual se deducen verdaderos axiomas de derecho en torno á los cuales gira toda el armazón jurídico hasta en sus detalles así: por naturaleza todos los hombres son iguales y libres; la esclavitud es contraria al derecho natural, pero la justifican en el Derecho de Gentes (ius gentium) por ser costumbre de todos los pueblos como necesidad de la guerra; en ésto fueron más profundos que en la filosofía griega que llegó á establecer, en algunos, el principio absoluto de la esclavitud; como en Platón por ejemplo: la legítima defensa es también un principio de derecho natural (adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere; o también *vim vi repellere licet*).

En Ulpiano el Derecho Natural encuentra un fundamento más explícito y extendido fuera de la esfera de los hombres, que no aparece ni en la filosofía griega ni en muchos de los juristas romanos: derecho natural es "quod natura omnia animalia docuit" con lo cual los animales se encuentran comprendidos dentro del mismo, con lo cual pretende acentuar el principio de naturaleza en que radica el Derecho.-

Merece especial atención a juicio de Del Vecchio a quien seguiremos con sus propias palabras en el texto, el ius gentium por las diversas acepciones que recibió, o significaciones de la vida jurídica á que se aplicó la denominación de ius gentium: "en primer sentido se entiende el ius gentium, aquel complejo de normas que en el Estado Romano son aplicadas al extranjero- éstos es entre extranjeros y extranjeros, entre extranjeros y romanos, puesto que aquéllos quedaban excluidos del ius civiles). Regularmente para éstas relaciones internacionales se estableció un derecho simple o sencillo despojado de aquéllas formalidades solennes de que estaba revestido el derecho propio del pueblo romano. El ius gentium es el modo simple y suficiente para regular las relaciones a las cuales también son admitidos los extranjeros. Al segundo sentido en que se entendió después el ius gentium, es probable que se llegase a través del siguiente proceso: primeramente los romanos no concibieron aquél derecho como superior al civil, sino como inferior, casi como un derecho tosco y rudimentario; pero después, el estudio de la Filosofía griega les hizo reconocer en aquélla misma simplicidad de relaciones, la expresión de la naturaleza, el reflejo de la ley natural; en lo cual tuvo que verse un elemento de superioridad. El ius gentium se consideró entonces, como expresión de las exigencias primordiales y comunes de todos los pueblos, como revelación más directa de la razón universal. Y entonces se entendió por derecho de gentes el "Derecho positivo común á todos los pueblos" (quasi quo iure omnes

gentes utuntur) así continúa Del Vecchio-un hecho de experiencia asume poco a poco un significado filosófico, llegándose a la tricotomía: Derecho Natural (universal, idéntico, perpetuo); Derecho de gentes (elementos comunes que se encuentran en los varios derechos positivos); Derecho civil (con sus particularidades que son determinaciones ulteriores de las, precedentes). Así á menudo aparece confundido el ius gentium con el ius naturale. Pero aquél concepto es esencialmente romano nacido de la experiencia histórica de los romanos, y éste es en cambio, propio de la filosofía griega. Los dos conceptos tienden ciertamente á encontrarse, y á veces parecen coincidir; pero poseen sin embargo, un significado diverso; y hasta alguna vez llegan a contraponerse de modo que no puede aceptarse la tesis de que sean en el fondo una misma cosa. Así por ejemplo, los juristas romanos reconocieron que la esclavitud es contraria al Derecho Natural (según el cual todos los hombres nacen libres) mientras que encontraron una justificación de la misma, en la práctica común de los pueblos, en el ius gentium. Esto basta para demostrar la diversidad de los dos conceptos.-

Por otra parte los principios del ius gentium alcanzaban positividad íntegramente, y en parte eran ciertas instituciones, la extensión de las instituciones del derecho civil o particular de cada pueblo que se presentaban con carácter común, mientras que el Derecho natural era un derecho ideal, no menos válido porqué no alcanzara positividad, más aún podía desvirtuársele en el Derecho positivo, que era siempre una determinación imperfecta de aquél.-

Los juristas romanos fueron el vehículo de progreso del Derecho, sin diluirlo en abstracciones puras, porqué en sus especulaciones tuvieron siempre muy en cuenta la vida concreta y la naturaleza esencial de las cosas, encontrando así un camino seguro en el progreso del desarrollo de lo jurídico que conciliaba las exigencias de la razón y la naturaleza con el positivo desenvolvimiento de la vida del Derecho. Constituye como lo expresa acertadamente Del Vecchio, la Jurisprudencia romana y la Filosofía griega las fuentes clásicas de la Filosofía del Derecho, manifestaciones geniales del espíritu, que se ganaron tan elevada categoría, no solo por su ennoblecido desarrollo y elevado espíritu de perfección sino porque como manifestaciones originarias en la materia en cuanto sistematizaciones integrales de sólida fundamentación, tienen el mérito de que no siendo precedidas de idénticas concepciones- en la materia hemos visto la aridez de su vida en Oriente- sean aún el soporte y punto de partida de muchas especulaciones filosóficas y científicas de la vida moderna.-

LA EDAD MEDIA.-

El advenimiento del cristianismo á la vida moral y religiosa de los pueblos trajo aparejada una transformación profunda en la vida del Derecho y del Estado(1). En la enunciación de sus incommovibles principios morales se reflejan con posterioridad todas las argumenta-

(1) Del Vecchio opo.cit.pág.103.-

ciones, producto y resultados de la filosofía y la filosofía jurídica; no obstante ser toda la doctrina predicada por Jesu-Cristo destinada á la vida moral y religiosa de los pueblos, ya que fué El mismo quien estableció una clara distinción entre esta y la vida jurídico-política del Estado, en su actitud de todo renunciamiento de poder terreno- "No ha venido para ser servido sino para servir"-y mando-"Mi reino de no es de éste mundo"-y en su negativa á toda resistencia al poder político "Dad al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios" Pero en los principios universales de la predicación evangélica, encuentran el baluarte inexpugnable; la libertad y la igualdad, bajo la exigencia universal del amor caridad y la fraternidad; la unidad, de la gran familia humana, de donde se siguen como consecuencias jurídicas, la comunidad del género humano, la sociedad universal, etc, bajo la existencia de vínculos indestructibles establecidos por un común origen, y progenitor único: la creación obra y Gracia de Dios. La influencia fué cada vez más penetrante en el campo de las ciencias culturales y de éstas el Derecho se fusionó y formó parte de la Teología, y el mismo se considera como emanación de la divinidad, cuya voluntad divina no conocemos por la razón sino por la revelación, siendo imposible toda demostración racional(1), debía aceptarse por acto de fé; concepción que predomina durante la Edad Media en la Patrística bajo la preponderante influencia de San Agustín(en su obra la Ciudad de Dios y en la Escolástica por boca de Santo Tomas de Aquino; hasta que en los albores de la Edad Moderna, con el reflorecimiento de las ciencias, artes y filosofía, el Derecho no es concebido como emanación de la Divinidad, sino como creación de los hombres fundado en las exigencias de la naturaleza humana. 0

El Cristianismo, puso una limitación al poder absoluto y absoluto del Estado en sus orígenes, tal cual se le concebía en la Filosofía griega y en Roma, en lo que respecta al ciudadano el cual se debía por entero á éste y era el supremo fin a que debían aspirar los ciudadanos para alcanzar la perfección- excepción hecha de los principios y exigencias universales de la naturaleza humana, predicados por la escuela estoica- como virtudes- y que constituyen una especie de anuncio y prelude de parte de los principios fundamentales del Cristianismo.

De esta concepción nueva, en que el hombre no tiene como supremo fin su vida civil y política, sino la suprema felicidad de la vida eterna, deviene un acontecimiento histórico, la sujeción del Estado a la Iglesia en cuanto aquél debe servir, como poder temporal a la realización de fines de aquella como Poder Espiritual y Eterno, que se erige como poder autónomo frente al Estado, y entre los cuales poderes el ciudadano es objeto de particulares exigencias según los aspectos de su personalidad que se correlacionan directamente con los caracteres de ambos.-

(1)St/ammer op.cit.pág.32.

Veremos á continuación como se fundó en la Patristica y en la Escolástica ésta concepción de la Iglesia en las relaciones del Estado con la misa y el ciudadano con ambos.-

La Patristica.

Es el período en que los Padres de la Iglesia fijan dogmas, artículos de fé, en el tiempo transcurrido desde los orígenes del Cristianismo hasta Carlo Magno distinguiéndose dentro de la misa dos etapas una anterior y otra posterior al Congreso de Nicea (325). Tertuliano, San Clemente de Alejandría, Orígenes, Lactancio, San Ambrosio, son miembros de esa legión de Padres que hacen la obra y desarrollan los temas señalados de la Patristica; pero el principal de todos ellos es San Agustín (354-430) que trata profundamente en su obra la Ciudad de Dios (De civitate Dei) las teorías sobre el Derecho, La Iglesia y el Estado. En éste desarrollo de su tesis el Estado aparece, en fundamental oposición á la filosofía griega, no como una necesidad natural sino como producto del pecado original antes del cual no había señores ni juicios, ni desigualdades etc. Opone a la civitas terrena (que es el Estado) que como vicios lleva en su esencia la mancha del pecado original y la razón que lo engendra, que se manifiesta en las luchas fratricidas que acompañan á su fundación (recuerda a Cain y a Romulo) y sostiene que el Estado subsistirá mientras los nombres permanezcan alejados de la fe, pero como esto es una situación pasajera, triunfará á la larga la civitas Dei o civitas coelestis, que al final predominará exclusivamente, porque la civitas Dei es la comunión de los fieles que forman una ciudad divina predestinados á reinar eternamente con Dios.- Pero no todo ha de ser producto y emanación del pecado original y con tal repudiable o condenado á fracasar, reconoce en los fines del Estado en cuanto á mantener la paz entre los hombres una manera de ayudar á la consecución de las doctrinas de la Iglesia, pero aquel subordinado á ésta, por sus fines superiores y eternos. La obra de San Agustín adolece del defecto fundamental de atribuir reflejos divinos á lo que solo no deja de ser una obra humana, en la que se le hace un mal favor á la pureza de Dios mezclándolo en la imperfección de toda concepción de éste carácter; tal vez influyeron en la mente del Santo jurista los acontecimientos políticos y militares de su época (invasión de los bárbaros) que atribuyó y le dió carácter del preámbulo del Juicio Divino anunciado en las Sagradas Escrituras; con lo que reitera ésta mezcla de la obra humana y los designios divinos, que no han de ser tan visibles á los ojos de los hombres; y que está advertido ya en la frase llena de significaciones, aun cuando solo fuera emitida en oportunidad del pago de los impuestos: "á Dios lo que es de Dios y al Cesar lo que es del Cesar".-

LA ESCOLASTICA.-

En éste período se abandona la postura de San Agustín y se realiza una recepción de las líneas fundamentales de la Filosofía griega, envuelta en los principios del cristianismo, aun cuando se la desvirtuara para la consecución de tal adaptación, lo que sucede con Aristóteles que constituye una de los principales maestros seguidos por la Escolástica, cuya dialéctica no ha sido superada en cuanto á la sutilezas, distinguos y divisiones espirituales en la tarea de conseguir una adaptación de la Filosofía clásica á los dogmas en forma racional

como aparecen en su principal expositor Santo Tomás de Aquino que busca en la razón, lo que San Agustín rastrea en la experiencia de su gran corazón; escribió su mayor obra bajo el título de Summa Theologiae y escribió entre otras según lo expresa del Vecchio(1) De regimine principum; fué el más grande sistematizador del pensamiento cristiano.-

Respecto de las cuestiones del Estado la Iglesia y el Derecho, la orientación principal de San Tomás radica en la distribución de tres órdenes de leyes: lex aeterna, lex naturalis, lex humana. "La lex aeterna es la misma razón divina que gobierna el Mundo y la Voluntad de Dios comunicada por revelación y que debe ser aceptada por la fé. La lex naturalis es cognoscible por los hombres mediante la razón; y es una copia imperfecta y parcial de la lex aeterna que se refiere a la conducta humana y puede ser racionalmente conocida en la conciencia. La lex humana es producto del hombre (lex ab hominibus inventa, secundum quam in particulari disponuntur quae in lege naturae continentur) es o mejor dicho debe ser una aplicación particular de la ley natural. Puede derivar de la ley natural per conclusionem o per determinationem, según que la ley humana represente la resultante de piezas de la lex naturalis, como conclusión de un silogismo, o bien constituya una ulterior especificación de aquello que está afirmado in genere en la ley natural. Se plantea el siguiente problema práctico: debe ser obedecida la ley humana cuando se halle en contradicción con la ley eterna o la ley natural? Estos es, hasta que punto debe el ciudadano obedecer las leyes del Estado) Según la doctrina tomista, la lex humana debe ser obedecida aun cuando vaya contra el bien común, es decir, aunque constituya un daño, por razón de la conservación del orden (propter vitandum scandalum vel turbationem) pero no debe en cambio, ser obedecida cuando implique una violación de la ley divina, (contra Dei mandatum). Tal sería por ejemplo una ley que impusiera un culto falso".-

Existe una oposición fundamental entre San Agustín y Santo Tomás respecto de la concepción del Estado, siendo para éste "un producto natural y necesario" para satisfacer las necesidades humanas, siendo el hombre considerado por naturaleza sociable; y el Estado no tendría un origen derivado del pecado, sino más bien sería reflejo del reino de Dios promovería el bien común entre los hombres; pero en Santo Tomás como en San Agustín debe estar subordinado a la Iglesia, y como vasallo ayudarle en la consecución de sus fines, con lo cual se deriva que el Papa puede castigar á los soberanos y dispensar á los ciudadanos del juramento de fidelidad y obediencia prestado para con el Rey; lo cual tiene gran trascendencia en la historia política de la Edad Media, cuyas bases y estructuras políticas descansan en el concepto de fidelidad jerárquicamente ordenada desde el vasallo, pasando por el Señor al Rey y el Papa.-

(1) Seguimos la exposición del Dr. Del Vecchio y de Stasaler de las obras y páginas citadas, y algunas expresiones sintéticas de las distintas teorías que se mencionan las tomamos al pie de la letra.-

La doctrina tomista fué abandonada particularmente por razones políticas en virtud del sometimiento á la Iglesia del Estado que se pretendía en la misma, respecto de los individuos o ciudadanos tampoco fué muy feliz, pues como nota Del Vecchio se habla en ella mucho más de autoridad que de libertad, y así el hombre deviene solo objeto de las leyes, no siendo desde luego el autor de las mismas no siéndole reconocida su autonomía, ni en el orden teórico (como sujeto de conocimiento) ni en el práctico (como sujeto de acciones). Por el contrario domina la heteronomía.

La subordinación del Estado á la Iglesia también aparece en pasajes del evangelio de San Lucas bajo la forma de las dos espadas instituida por Dios que representaban los dos poderes entre la Cristiandad: temporal y espiritual, las cuales espadas fueron dadas a la Iglesia y ésta é legó en el Estado la del poder temporal, pero que éste le ayudara en su misión reservando la del poder espiritual de la cual no se desprendería nunca, en consecuencia el Estado que recibe el Poder de la Iglesia le es subordinado. Esto fué motivo para la formación de dos partidos políticos del Estado; güelfos y gibelinos, pero á pesar de sus discrepancias sobre la subordinación o equiparación del Estado y la Iglesia, ambos fué debates la dependencia de los poderes de Estado e Iglesia en Dios, para los primeros subordinando el Estado a la Iglesia; para los segundos formando dos poderes paralelos e independientes.-

La división entre güelfos y gibelinos que vió en los últimos párrafos del capítulo anterior puso frente a frente dos bandos cuya lucha por el predominio de sus respectivas teorías, respecto del poder del Estado y de la Iglesia, llenó casi toda la Edad Media, argumentando ambos con las mismas sutilezas, comparaciones metafóricas, símbolos alegóricos, etc. de los Escolásticos; hasta la aparición de la obra de Hugo Grocio que independiza el derecho de las cuestiones políticas en que lo habían confundido los güelfos y gibelinos y destacándolo de la Naturaleza humana construye y sistematiza su teoría en forma amplia y completa, lo que contrasta con la parcialidad de aquellos hacia los temas predominantes políticos.-

Pero de todos modos aunque no hagan a la esencia de nuestra exposición, mantendremos la unidad de la reseña histórica con una brevesísima exposición de los destacados autores y sus principales obras, con lo cual tendremos una visión de conjunto de como fueron considerados los problemas que giraban en torno a cuestiones del Estado, aunque no fueran ni constituyeran propiamente una Filosofía del Derecho.-

De los escritores gibelinos que trataban de independizar al Estado de la influencia directa de la Iglesia, fundándose en el Imperio Romano figura Dante Alighieri (1265-1321) en su obra titulada "De la Monarquía" en la cual con idénticas formas de argumentar que los escolásticos trataba de rebatir sus fundamentaciones; sosteniendo la unidad, la bondad y la necesidad del Estado, la autoridad del Emperador, y la misión del pueblo romano elegida por Dios para mandar el Mundo, de lo cual se sigue que el Emperador, es de pleno derecho soberano Universal. Pero de esto no se sigue una hostilidad o exclusión en las relaciones con la Iglesia, en la teoría del Dante, sino que trata de las mismas estableciendo la relación que existe entre ambos, pero sosteniendo siempre la independencia del Estado en el orden temporal.-

Conjuntamente con Dante sobresalen otros escritores que defienden la tesis gibelina, principalmente Guillermo de Occam (1270-1347) y Marsilio de Padua (1270-1342) (1) distinguiéndose el segundo, por su destacada actuación en las luchas políticas de su tiempo contra el Papa Juan XXII.

Sostiene llevando la tesis gibelina á sus últimas consecuencias, en su obra "Defensor Pacis" (1324) la subordinación de la Iglesia al Estado; partiendo del concepto de que la fuente del poder político es el pueblo; del cual emana el gobierno, por consiguiente el príncipe, "siendo en el Estado" secundaria, quasi instrumentalis seu executiva para "debe gobernar" *justa subditorum suorum voluntatem etc consensus*. Para el autor el príncipe está obligado á obedecer las leyes, pudiéndosele castigar en caso de violarlas y atribuyendo la mayor causa de perturbación entre los hombres al Papado cuya existencia como poder coercitivo se debe a usurpaciones, pero no a adquisiciones legítimas, negándole toda clase de jurisdicción ni siquiera en la observancia de la ley divina por cuanto las penas á los herejes-dice-deben ser impuestas por tribunales civiles.-

En la obra de Marsilio de Padua aparecen los elementos de la teoría del contrato social, que se manifestara en germen en los sofistas y en la Escuela de Epicuro, la cual teoría ocupara un lugar prominente en la Filosofía del Derecho, concebida y desarrollada por los autores en formas diversas, pero manteniendo su base fundamental de que el Estado tiene su origen en un contrato, discutiéndose sobre sus cláusulas y validez pero no poniéndose en duda su existencia, hasta fines del siglo XVIII.-

La teoría del contrato social en torno al cual giran las especulaciones de los escritores se funda ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ con las siguientes argumentaciones fundamentales: se presupone la existencia de una época de la vida de la humanidad, que precede á la formación del Estado en la cual los hombres vivieron sin leyes sin autoridad, sin gobierno, entregados á sí mismos; época que se denomina e califica de status naturae, que cada escritor concibe á su manera como una época de paz y felicidad, como una situación llena de peligros, de acechanzas recíprocas en que los hombres eran dominados por el egoísmo no existiendo ninguna garantía de seguridad ni libertad. De éste estado, sale el hombre o por el pecado original o por la necesidad de salir de un estado peligroso como era el ultimamente descrito; coincidiendo ambas doctrinas en que dicho estado termina para ser substituido por un nuevo orden social, lo cual constituye el paso del status naturae al status societatis, el cual se asegura por medio de un contrato en que los hombres se comprometen á respetarse y vivir pacíficamente (*pactum unionis*) en éste mismo o en uno sucesivo, el ente que se forma como consecuencia del contrato: pueblo, cre-

En

(1) Esta exposición seguimos a Del Vecchio pag. 124 pero hemos ampliado nuestra información con Gettel; "Historia de las Ideas políticas". Pag: 205 y 207. Carle "La vida del Derecho.-"

un gobierno al cual a su vez se subordina. Pero que él designa, contrato político que se designa (*pactum subiectionis*), que puede ser simultáneo o sucesivo del pacto de unión (1).-

La teoría del contrato social fué acogida por escritores amigos de diversas intenciones, como escritores mixtos católicos, protestantes y políticos, usado muchas veces para fortalecer la posición de la Iglesia frente al Estado, o con el solo objeto de disminuir el absolutismo del Monarca.-

Con la teoría del contrato social se afirma en sus comienzos la existencia del pueblo y la determinación de éste en cuanto á la creación y elección de gobierno; después se especuló en torno á las consecuencias del citado contrato respecto á su extensión sobre los derechos que el pueblo había delegado y los que se había reservado, tratándose en que oportunidad y de que manera podría ejercerlos. Aparecen así fundados en él los derechos individuales los cuales constituían aquellos que se destacan como esencialmente importantes en aquel primitivo estado de naturaleza, como la libertad, igualdad y respecto del Estado por la tesis misma se trata de consolidar su autoridad y soberanía; llegándose como dice Del Vecchio al concepto del Estado de Derecho, preanunciado ya por los bills of rights y por las declarations des droits, éstos es, por los principios de las revoluciones inglesa-americana y francesa, que tendían a garantizar los derechos individuales de libertad, dentro de los límites de la soberanía del Estado".-

EL RENACIMIENTO.-

Durante éste período que recalca con la luz y radiación de una producción fecunda e innecesaria en todas las actividades humanas el claro deslinde entre una era que termina y una edad que se inicia; la teoría contractualista puede considerarse un fenómeno de éste período. Comienza a fines del siglo XIV se manifiesta en el XV y se continúa en el XVI siendo su principal característica "la liberación del espíritu crítico" que revela al dogmatismo en que permaneciera sumido durante la Edad Media durante la cual es sujeto pasivo de leyes extrínsecas no reconociéndosele como autor de las mismas; y en idéntica forma en materia científica, dentro de la cual había que atenerse a ciertos textos, dominando una "actitud heteronoma del espíritu, siendo en cambio substituida en éste período por una plena autonomía.-

Entre las causas que provocaron y dieron fisonomía propia y características de una etapa de honda cultura y superación destaca Del Vecchio varios acontecimientos, que nos son conocidos; pero que mencionaremos ligeramente; en el siglo XIV la toma de Constantinopla por los turcos de Mahomed II (1453) derrumba el Imperio de Oriente, siendo una inmigración a Occidente particularmente a Italia

(1) Rousseau: "El contrato social" págs. 15 y sigs. -18 y

que se contaban doctos griegos que conservaban en parte los tesoros de la edad heroica de Grecia y la sabiduría de éstos luminosos tiempos, contribuyendo a revivir el espíritu de la civilización clásica o pagana, haciendo surgir un nuevo humanismo frente al espíritu ascético de la Edad Media. Contribuyó poderosamente también la invención de la imprenta, como rápida proyección y difusión de las ideas, los descubrimientos geográficos, especialmente el de América; la nueva concepción científica del Universo de Copernico que reemplaza al sistema ptolomaico que consideraba á la tierra como centro del Universo, lo que puso en evidencia el error de innumerables mitos dando lugar á varias formas panteistas.

Por fin un acontecimiento que repercuta hondamente en favor del espíritu crítico, es la Reforma; dentro de la cual a juicio de Stammler(1) "se prepara la moderna concepción del Derecho como una manifestación especial de la voluntad humana aunque reconociendo que con él se persigue una misión divina. Se hacen elucubraciones por parte de teólogos y juristas en torno siempre al ius naturale, dentro del cual se encuentra la ley impresa por Dios en el corazón del hombre, tratando de los deberes que esta ley natural impone en la misma forma que los preceptos del Decalogo; pero reconociéndole al Derecho un puesto aparte de éste, una propia independencia y peculiaridad, que á juicio del autor que seguimos debió llevarlos lógicamente a un concepto y una idea del derecho; pero la subordinación del orden jurídico a una ley orientaba estas investigaciones hacia el ideal jurídico, con lo cual el concepto del mismo permanecía en segundo plano, tan en segundo plano que no fué objeto de una investigación crítica que lo separe y diferencie de otras manifestaciones de la voluntad humana y nos de en una enunciación lógica las características de todo Derecho; pero en ésta época á juicio de Stammler y de todos los autores " el límite que lo separa del poder arbitrario á penas trasciende de la política práctica y no se define la distinción del mismo entre moral y los simple usos".-

En ésta época se afirma la necesidad de un orden jurídico, que constituye la opinión preponderante, en los sectores de diversas posiciones destacándose la Epistola de los Romanos. El derecho adquiere así una misión propia pero rebajada en algunos que afirman su necesidad, en cuanto a su categoría como es Intero por ejemplo que los considera necesario por que siró " los hombres malos harían pesar sobre los buenos su perversidad", convenciéndose más tarde la necesidad de un principio fundamental de justicia para decidir, como norma de todo derecho, todo litigio pendiente con arreglo a un criterio de equidad.-

En el campo de la Filosofía se realiza una emancipación espiritual una acentuación de la postura crítica mucho más manifiesta aun que en los órdenes en que nos hemos referido, a juicio de el Vecchio representan autoritariamente al Renacimiento los filósofos Galasio, Bruno y Cassanella; y luego Descartes y Bacon " los dos fundadores de

(1) Del Vecchio op.cit. pág. 127 y sigts.-

la filosofía moderna en sus dos diversas direcciones sistemáticas".-

Descartes se emancipa de la autoridad de los dogmas, se desprende de todas las opiniones recibidas sometiendo metódicamente toda cosa, todo conocimiento á la duda partiendo de la conciencia individual(1) así como primera verdad por medio de éste método establece la existencia de su pensamiento que duda(duda metódica) (cogito, ergo sum) con lo cual parte de la idea de que nada hay en el mundo y que todo debe recobrase de la razón.-Se considera a Descartes como fundador de dirección idealista racionalista y crítica.-

En Bacon se manifiesta una orientación diametralmente opuesta a la de Descartes, quiere restaurar la ciencia mediante la observación de los fenómenos naturales, y substituye en consecuencia la dirección deductiva por la inductiva, "colocando en lugar de los silogismos los experimentos. Las ciencias naturales cuyo método experimental empírico positivo elabora Bacon, hacían grandes progresos en su época, y de los mismos especialistas habían partido serias y exitosas sistematizaciones por la fundamentación de las ciencias naturales, recuérdese, junto a los esfuerzos de los filósofos citados(Descartes y Bacon) los descubrimientos y formulaciones de Kepler, Galileo y Newton. En éste inusitado florecimiento de las ciencias naturales, seguido de éxitos lisonjeros, se debe al abandono en que permanecieron las ciencias culturales, como vimos lo expresara Rickert(2) y antes Hegel (3).-

También debe destacarse para una clara comprensión del fenómeno del Renacimiento, como bien dice Del Vecchio, la mutación política que se va operando en los Estados, hacia una unidad bajo el absolutismo de los Monarcas, substituyendo á la organización de la Edad Media en la cual habían existido multitud de pequeños Estados.-

Destacarse como estudiosos en las cuestiones políticas de su tiempo con el nuevo espíritu crítico de la época, y en una observación histórica y psicológica de los acontecimientos Nicolás Maquiavelo(1469-1527) y Juan Bodin(1530-1596). El primero al retirarse de la vida activa política, escribió numerosas obras mereciendo destacarse las siguientes "Discurso sobre la primera Decada de Tito Livio", "El Príncipe" y "El arte de la guerra". Buena en ellos las causas de estabilidad de un

(1)Descartes:Discurso del Método.-

(2)

(3)Hegel:Filosofía del Derecho pág.46:Tengo tanta más necesidad de contribuir con mi parte, como espero, al conocimiento profundo de la naturaleza del Espíritu, porque como allí mismo se observa(cita su obra Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas)no se encuentra fácilmente una ciencia filosófica en tan descuidada y mala situación como la Ciencia del Espíritu, que comunmente se llama Psicología. Recordemos la evolución de los nombres de las ciencias Culturales, y prontas captaremos el significado que Hegel quiere dar á sus expresiones Ciencias del Espíritu y Psicología.-

gobierno la política que debe seguir el Príncipe, según los dictados de su observación histórica para construir una patria unida, los medios de que debe valerse sin preocupaciones morales de ninguna naturaleza, ya que en resumen su obra es la fórmula "el fin justifica los medios".-

Bodin escribió su obra "De la republique" (1756) en seis libros en la que trata de la organización del Estado como método racional no dogmático, se funda en la observación de los hechos y se propone fines concretos como la consolidación del absolutismo en Francia. Por ello su parte más destacada está en la concepción de la soberanía cuyos caracteres esenciales son absolutismo y perpetuidad; debiendo existir en todo Estado como poder supremo, uno é indivisible; pero excluyendo éste poder que encarna el príncipe, el monarca o el pueblo no se someten por ello al mismo, porque no pueda estar sometido a él quien lo ejerce, sino que solo está sometido, el soberano, a leyes divinas y naturales cuyo imperio reafirma Bodin. Analiza luego una serie de detalles de la soberanía y el Estado llegando al absolutismo del mismo, donde los sometidos solo conocen deberes para con el soberano, sin ningún derecho, ni el de rebelión contra Bodin no opone ninguna limitación; que se reservó para el período constitucional de la época posterior. Identifico la soberanía con el gobierno, ya que como vimos el soberano puede ser el monarca o el pueblo distinguiendo por tanto tres formas de soberanía o de gobierno: Monarquía, Aristocracia y Democracia, sin admitir como algunas formas mixtas, por contradecir el concepto de soberanía la cual es indivisible.-

Bodin es un precursor de la época moderna, por ejemplo en torno al problema de los impuestos, como cultivador de las ciencias modernas de las finanzas, predicó la tolerancia religiosa como consecuencia de las luchas sangrientas entre católicos y protestantes, como así también sus átiles desquiciaciones sobre los caracteres esenciales de la soberanía conservando sin embargo rasgos y caracteres medievales.-

LAS ESPECULACIONES FILOSOFICO JURIDICAS EN LA ÉPOCA MODERNA.-El D^o Natur

Las simples normas del derecho positivo no eran suficientes para resolver dudas y problemas de carácter práctico en las épocas azarosas porque atraviesa el mundo en ésta época conmovida por grandes acontecimientos bélicos, políticos y científicos. En cuanto al Estado se refiere la consolidación del poder incita a profundas reflexiones planteándose las cuestiones capitales que Stammler sintetiza así(1): que significa el concepto del Derecho en relación con el del poder y el de la moral como demostrar de un modo absoluto la legitimidad de su fuerza imperativa? y con arreglo á que criterio se podrá juzgar y justificar fundamentalmente lo que dispone un precepto jurídico? preocupándose se por encontrar una fórmula única para resolver los tres a un tiempo.

(1) Stammler: op cit. págs. 39 y siguientes.-

Lo cual caracteriza a la Filosofía jurídica precisamente hasta el autor que citamos en que aparecen entonces perfectamente deslindados los temas fundamentales de concepto ó idea como problemas independientes que requieren investigación y soluciones particulares o individuales de carácter previo á toda otra especulación en torno al derecho ya que aunque separados en su individualidad el primero es requisito indispensable para el conocimiento de lo jurídico y en cuanto concepto de lo jurídico participa o tienen elementos fundamentales aunque más no sea de referencia, a la idea del derecho, que en cuanto contenido trascendental puede poner de manifiesto la gradación de valores de todo sistema jurídico.-

Los autores de la época que estudiamos recurren á la naturaleza humana como base de sus especulaciones fincando en ella la necesidad y creación de lo jurídico, no como ley suprema, sino como expresión de "deseo y aspiraciones que se creen comunes al género humano. Lo que se halle en armonía con ella es lo que debe tenerse por Derecho, y por Derecho fundamentalmente legítimo en su modo concreto de manifestarse" investigan los filósofos del Derecho" cual es y en que consiste la verdadera naturaleza humana que ha de servir de base á éstas doctrinas".-

En éste sentido merece destacarse en primer término entre otras producciones de la época y algunas precursoras de la misma, pero que no alcanzaron los principios generales y el intento de completa sistematización que le dió Hugo Grocio (1583-1645), por lo que se le considera como el fundador de la Filosofía del Derecho (1).-

Asegura que lo esencial de la naturaleza humana, es el appetitus societatis, lo cual entiende como el deseo del hombre de vivir en sociedad pacíficamente y "bajo reglas sensatas con sus semejantes". Principio que acepta de Aristoteles, como universal para contraponerlo a los intentos desvanecidos de poner como principio el Imperio ó la Iglesia en materia de Derecho, principalmente de Derecho Internacional del que se ocupa en su obra "De iure belli ac pacis". De aquel principio deduce que el Derecho se demuestra racionalmente y no por revelación, para la convivencia social; independizando así el Derecho de Teología. Grocio sostiene que el Derecho natural se conoce por dos métodos: uno a priori, más sutil y filosófico; otro a posteriori, más popular accesible a todos. Se conoce a priori, cuando se halla la necesaria conformidad ó disconformidad de una cierta cosa respecto a la naturaleza racional y social; se conoce a posteriori, cuando se ve que algo es creído como justo por todos los pueblos ó por los pueblos más civilizados; pero éste segundo método, es imperfecto-dice Grocio-y tiene tan solo un valor de probabilidad. Ante todo requeriría ciertamente el conocimiento del derecho positivo de todo los pueblos y además (y esta es la objeción capital) El Derecho Natural debe valer propiamente por sí mismo, aunque sea ignorante ó desconocido" (2).-

(1) Según expresión de Del Vecchio.

(2) Del Vecchio op. cit. pág. 166 y siguientes.-

guir el Derecho de la moral y llegar al concepto de lo jurídico, pero no pasó de ello pues no tuvo continuador en su teoría, y en cuanto á las especulaciones del derecho sobre la "naturaleza humana" cayeron a segundo plano aunque sin desaparecer hasta nuestros días, en que comienzan un refloramiento del derecho natural, en otro sentido, y como contenido trascendental independiente del concepto lógico y formal de lo jurídico; por ejemplo en Del Vecchio que dice (1) "No queda por tanto más que recurrir a la naturaleza humana, o sea buscar en nosotros mismos el fundamento último de Derecho. De modo que hay que enlazar con la tradición clásica de nuestra disciplina, procurando sin embargo revalorarla con dilucidaciones críticas y metodológicas, ya que éste principio es en substancia el mismo que indicó Cicerón "diciendo" *Natura iuris ab hominis repetenda est natura*" orientando la concepción del Derecho Natural, hacia el primado del "yo" y el imperativo ético.-

Los antiguos escritores se equivocaron como acertadamente lo expresa Del Vecchio, en virtud de haberle atribuido al Derecho Natural una verdad física que no le corresponde" o sea identificando el concepto metafísico con el concepto físico de la naturaleza" describen en general el "estado de naturaleza" no como un concepto teórico, sino como un período histórico, remoto del cual en cierta época se sale para cambiarlo por el estado civil, o de sociedad, siendo el primero el ideal del segundo, con lo cual como afirma el autor citado" el problema trascendental entre ideal y realidad viene a transformarse impropia y en una cuestión genética o histórica. No se busca la suprema ley en el carácter absoluto del hombre, sino que se la quiere extraer de aquello que el hombre había sido (o se suponía que había sido) en otro tiempo. Por encima de la historia se acude únicamente a la prehistoria; como norma del orden fenoménico no se pone una verdad superior a los fenómenos sino solamente un fenómeno anterior en el tiempo". Fueron en éste sentido empiristas colocando en lugar de un concepto lógico y universal un hecho histórico contingente variable, convirtiendo "un principio (en sentido lógico), en un primus temporal una ley o arquetipo, en un dato; una relación de jerarquía o subordinación ideal, en una conexión entre objetos de la experiencia. Para afirmar la existencia de un ideal or eyeron tener necesidad de apoyarse sobre la realidad histórica, la cual era después adaptada por ellos á su intención o ideal mediante hipótesis y representaciones artificiosas. Así surgió y se desarrolló aquella mitología del pasado ideal, que es la característica de la escuela del ius a iure y que tanto contribuyó después á un descrédito, del cual se originó el virato favorable hacia los estudios históricos". Al atribuir un valor de norma al pasado respecto del presente, o colocarlo como una exigencia ideal no se puede afirmar la existencia de un derecho sino no se le encuentra ya dado y descubierto en la historia, y es así como para

(1) Del Vecchio. *op.cit.* Tomo II pag. 274.-

(2) " " " " " " " 295 y siguientes.-

justificar un nuevo derecho- continúa Del Vecchio- se llega hasta deformar la realidad histórica, con hipótesis y conjeturas arbitrarias que el autor califica de métodos pseudohistóricos o pseudo empíricos que engendran una poderosa reacción contra la doctrina del Derecho Natural, hasta casi nuestros días, en los cuales el autor de la crítica anterior sostiene la existencia de tal derecho natural con nuevos y sólidos fundamentos.-

Dentro del período que acabamos de describir hubo otros autores que descollaron en sus concepciones, la brevedad de nuestra reseña histórica no nos permite sino referirnos á las características fundamentales del pensamiento de la época y á los detalles de pocos de los autores de la misma, sin embargo citaremos los nombres de los más importantes sin pretender una nómina completa: Benito Spinoza (1632-1677) Samuel Puffendorf (1632-1694); John Locke (1637-1704); Godofredo Guillermo Leibnitz (1646-1716); Cristian Tomasio (1655-1728) etc.

El Derecho racional.-

Trascendida la concepción de un derecho natural fundado en un supuesto estado de naturaleza física é histórico, no decayó por ello la idea de un derecho natural fundado sobre bases totalmente diferentes, es decir abandonando la naturaleza humana, para inquirir, sobre la naturaleza propia del Derecho, especulando sobre el sentido y la importancia del mismo como así, su noción y fin. Esto trae como consecuencia que el concepto y la idea no sean ya dados por un especial estado de la naturaleza humana o elemento de la misma sino por razón, que determina y condiciona según esta condición la experiencia o sus manifestaciones positivas.-

Destacado pensador en su época, y principal representante del dogmatismo en Alemania, en la cual predominó hasta Kant; Cristian Wolf siguiendo los lineamientos de Leibnitz escribió entre muchas una obra en ocho volúmenes: *ius naturae methodo scientifico pertractatum* (1740-48) en la cual predomina un carácter escolástico y dogmático(1).

En dicha obra el principio fundamental de la Filosofía práctica (Moral y Derecho) es la idea de perfeccionamiento que se impone al hombre como un deber de sí mismo y para con los demás, deber que a su vez constituye un derecho que se manifiesta en la facultad de cumplir el propio deber; deduciendo de ello que el derecho permite, mientras que la Moral obliga, con lo cual se hace una confusión entre deber moral y deber jurídico; muchas cosas son permitidas por el derecho y prohibidas por la Moral, no pudiéndose hacer coincidir lo lícito jurídico con la obligación moral; y era errónea la tesis de la naturaleza permisiva de las nor-

(1) Stammler op.cit. pág. 43. Del Vecchio. op.cit. pag. 186; cuyas líneas fundamentales seguimos en la narración histórica de las distintas escuelas y autores, salvo en cuanto a la cita de los autores originales que hemos visto para cada época.-

nes jurídicas que son esencialmente imperativas. Sigue Wolf en su trabajo las líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho tradicional: la sociabilidad del hombre, el contrato social; distingue entre derecho innatos (por naturaleza) y derecho hipotéticos y adquiridos (del estado social) correspondiendo los derechos innatos a los deberes universales que el hombre tiene por su propia naturaleza. Wolf abusa de la dialéctica y del método racional, del cual pretende sacar en conceptos a priori aún los datos empíricos, provocando una reacción contra el racionalismo cuando debió dirigirse a sus abusos y deficiencias como observa atinadamente del Vecchio.-

El principio enunciado por Wolf de la "perfección humana" es motivo de una serie de deberes que se desprenden de él, deberes naturales para consigo mismo, para con sus semejantes y para con Dios; pero como principio de conducta no es objeto de crítica sus posibilidades en cuanto a sus condiciones lógicas y necesarias, y no distinguiendo como vicia, sino más bien mezclando elementos jurídicos y morales, el concepto del derecho nada gana en Wolf en cuanto a su distinción de otras actividades de la voluntad a otras manifestaciones de la conducta humana, del obrar humano.-

En Francia y Alemania existen movimientos racionalistas que pretenden elevar a principio fundamental del derecho la lucha de los individuos sometidos a sus normas, así Jeremías Bentham (1748-1832) considera que una acción es buena cuando procura satisfacción personal, en lo que finca el fin último de todo Derecho vale decir el fundamento de la utilidad de todos o el mayor número posible.-

Mercede destacarse como autor de trascendencia filosófica y política a Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) racionalista, que con el método de su escuela supo poner claridad y forma en el agitado y confuso ambiente de su tiempo, en que se anunciaban los síntomas de un futuro aunque no remoto cambio en la vida política de los Estados, que había alcanzado en las postrimerías del autor que nos ocupa principio de ejecución en la revolución de los Estados Americanos del Norte, de donde se continuó en Francia con la revolución; Rousseau representa las exigencias ideales de su tiempo, como ninguno, en el terreno político.-

La justicia es el supremo ideal que anima y mueve su conciencia, como así una clara visión entre lo que el hombre es y lo que debiera ser, que traduce en su constante invocación al estado de naturaleza perdido hacia el cual habrá de volverse, como destino superior de la humanidad, con el cual no guardan la debida correlación los hechos.-

Escribió entre otras obras Emilio de carácter pedagógico, sobre la reforma de la educación en base a la ideal de retorno a la naturaleza y en cuanto a nuestra materia escribió dos obras fundamentales que sintetizaremos brevemente: "Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres" (1753) y el "Contrato social" (1762) obras que correlativas se integran recíprocamente.-

En la primera describe el estado de naturaleza, en el cual los hombres libres e iguales vivían en los bosques en contacto y según los dictados de la naturaleza sin la influencia perniciosa y corruptora

de la civilización, el hombre era bueno y feliz, más por una corrupción de éste estado de naturaleza se entró en el periodo de civilización que comienza cuando unos hombres más fuertes cercan un campo y dicen: éste es mio con lo cual se enciende el primer factor de la infelicidad humana al que le siguió la dominación política, que en común crearon un estado de diferencias y de dependencias de unos con otros que contrariaba los principios naturales de su ser; constituyéndose una profunda antinomia entre la condición nativa del hombre y su condición social, pintando al final del discurso, los males que se siguieron de éste estado, de cosas.-

Así como en el discurso se limita a contraponer los dos estados presentándolos con toda la fuerza de su nostalgia por el estado de naturaleza perdido, en el Contrato social busca la solución del problema práctico, desechando de entrada una vuelta pura y simple al estado de naturaleza, después de haberse entrado al estado de civilización, pero en un substitutivo a tal retorno encuentra la atenuación á tantos males que se siguieron con el cambio enunciado(1).-

Y en este sentido lo que urge recobrar en virtud de ser la base de la felicidad de aquel estado de naturaleza es la libertad y la igualdad lo cual solo ha de conseguirse en virtud del contrato social, que forma un ideal de asociación en la cual la pertenencia a un cuerpo político no destruya la libertad de los individuos; contrato cuyo contenido es determinado a priori por cuanto es la consagración política de los derechos de libertad e igualdad propios del hombre en estado de naturaleza. No se refiere pues el contrato ni a la genesis del Estado ni á la estructura real de los Estados existentes, es más que es la idealidad á la cual debe referirse la realidad, o tener para salirse de todos los males; con lo cual orientándose en una concepción teleológica del contrato social indico como debía ser un orden jurídico, para conservar el hombre socialmente los derechos que tiene por naturaleza; de lo cual se sigue que para Rousseau el contrato social es " un postulado de la razón, una verdad no histórica sino normativa y reguladora" y el Estado alcanza a ser verdadero Estado o Estado natural cuando su ordenamiento es conforme a la libertad e igualdad, con lo cual no se sigue que " el Estado se haya originado efectivamente por medio de un contrato, sino al contrario debe suponerse como si hubiera tenido su origen en el contrato, para que aquéllos derechos fundamentales sean reconocidos. Con lo cual queda superado el punto de vista empírico: el contrato social ya no es un hecho ni depende del arbitrio de nadie; sino que es el resultado necesario de los términos dados objetivamente y fijado por la naturaleza de las cosas; es la interferencia ideal de los derechos naturales de los individuos. Así pues la máxima del contrato tiene para Rousseau un significado, eminentemente normativo, o sea deontológico el

(1) Rousseau: El Contrato social. Ed. Ser.-

tipo universal de la Constitución política, que la razón revela como conforme con la substancia del hombre y sirve por ésto como criterio para valorar las constituciones existentes"(1).-

En el pacto social los individuos confieren al Estado, por un momento sus derechos el cual luego se los reintegra con otra denominación, pues ya no serán derechos naturales sino civiles, y siendo realizado simultáneamente y por todos no habrá diferencias ni privilegios es decir todos serán iguales, y libres porque cada cual sólo es súbdito del Estado que es la síntesis de las libertades individuales, asegurándose así en la vida social el goce de los derechos naturales por el Estado.-

No consiste el pacto social en una alienación de la libertad porque cualquier contrato en ese sentido sería nulo, sino que es un proceso dialéctico para la formación del Estado hacia el cual convergen y del cual emanan reconfortados y reforzados los derechos individuales; con lo cual aparece una voluntad tuteladora de los derechos que no existían en el estado de naturaleza y de la cual sólo son súbditos los hombres, es la voluntad general que ellos mismos forman.-

De aquí se sigue que la ley es la expresión de la voluntad general en la cual reside la soberanía, que en consecuencia compete al pueblo, no pudiendo ser de un individuo o corporación, y no admite Rousseau la idea representativa, sino el ejercicio directo de la misma; como por ejemplo en la forma del referendun; describe los caracteres de la misma como inalienable, imprescriptible é indivisible. O

Los principios expuestos por Rousseau alcanzaron positividad en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y que fueron agregados á la Constitución de 1891, después informaron las constituciones francesas que se sucedieron, y las de los demás Estados debiendo buccarle en ellos las bases de los Estados constitucionales modernos; como antecedentes de los Derechos del hombre se encuentra el Bill of rights de 1688 y los Bills of rights de las colonias inglesas de América merced á los cuales se realizó la revolución de la independencia de las mismas en 1774. Pero sobre derechos del hombre y libertades ciudadanas el antecedente más remoto que merece destacarse reivindicando el honor de haber dignificado a la humana naturaleza en la legislación y el derecho, a la Hispanidad, figura en las Constituciones de Castilla y Aragon 1166 y tantos.-

Pero la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de los franceses tiene la gloria de alcanzar una forma universal para todos los Estados y ciudadanos, que no ostentaron aquellos antecedentes que citamos y que no salieron del estrecho recinto de la nacionalidad que les dió origen y adaptados á las particularidades de dichos pueblos en oposición a la forma dada fundada en principios de

(1) Del Vecchio op cit. pág. 198.-

Derecho Natural ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ generales y universales, unido á las circunstancias especiales y políticas de la época alcanzaron unánime estimación y aceptación.-

Corresponde destacarse ahora, ocupando una situación análoga en cuanto á sus primordiales resultados, en el respectivo campo de sus actividades, con Rousseau á Manuel Kant, que así como aquél colocó al sujeto como principio fundamental del orden político, el segundo lo eleva a principio en el orden del conocimiento.-

A juicio de "el Vecchio" debe considerársele como un renovador de la filosofía moderna- que reconoce sus fundadores en Descartes y Bacon- abriendo un nuevo período en el cual convergen todas las corrientes filosóficas, idealismo, empirismo, positivismo, creyendo encontrar en él sus fundamentos. Por sobre todo se destaca como innovación fundamental, que trae esa fuerza renovadora á que se refiere "el Vecchio" la posición criticista, rechazando y superando dos formas hasta entonces frecuentes en las corrientes filosóficas el dogmatismo y el escepticismo.-

La filosofía crítica, en la "Crítica de la razón pura" reestablece el método de Sócrates, estableciendo que es necesario antes de afirmar un principio general, es probar su probabilidad intrínseca, y conocer las condiciones necesarias de todo conocimiento científico "las únicas que pueden tener un valor absoluto y un campo de acción ilimitado como criterio formales de eternidad y unidad. La Crítica de la razón práctica destruye el edonismo y su fatal contradicción de reconocer como objetivamente legítimos los simples apetitos subjetivos individuales".

Pero Kant no aplicó con rigurosidad su método crítico al Derecho y en tal sentido como ya lo hacía tradicionalmente el Derecho Natural bajo sus diversas corrientes o distintas fundamentaciones, con fundió el concepto con la idea del Derecho; que sabemos al primero el principio que determina deslinda e identifica lo que debe entenderse por derecho o jurídico, como actividad de la voluntad y expresión de un aspecto de la conducta humana separándola de toda otra actividad del obrar, e independiente, indiferente y neutral con respecto a la idea del Derecho; la cual consiste en una aspiración, en un ideal hacia el cual se dirige la mirada como un punto de llegada un fin propuesto, y que constituye el soporte de la estimativa jurídica, con la cual puede enjuiciarse todo derecho positivo. Pues bien, en Kant éstos dos elementos fundamentales, pero independiente confundidos en uno solo, aparecen en la forma del Derecho ideal, con lo cual no se resuelve ni el uno ni el otro, conduciendo después de éste fracaso, a un segundo error á la razón al pretender enunciar o imaginar una serie de instituciones en su forma ideal, con carácter absoluto y universal. Representa Kant en la Filosofía del Derecho un perfeccionador del Derecho Natural, corrigiendo su método, estableciendo una forma más clara y depurada del antiguo procedimiento usado por aquella escuela, que había encontrado el fundamento del derecho en el hombre, pero fundado en un supuesto estado de su vida, en un período histórico prehistórico mejor y del cual se había pasado a otro peor, o vice versa; con lo cual substituía lo que solo

podía ser un proceso ideológico, por uno empírico.-

Kant fue quien encontró este error y puso las cosas en su sitio, elevando en la teoría del conocimiento el sujeto á principio no podía abandonarse como fin en sí mismo al Estado, y el principio de la escuela del Derecho natural, entendiéndose la idea de partir del hombre para llegar al Estado, síntesis de los derechos individuales, fue mantenida como profunda razón que no es posible rebatir; pero no debe buscarse en lo histórico como a priori, aunque cuando en la historia puede verse como se verifica; sino que debe ser encontrado por método racional, con lo cual en Kant se afirma el valor puramente ideal, regulativo de los principios del Derecho natural; todo lo cual es más acertado, salvando las objeciones apuntadas a la investigación de los conceptos lógicos y la idea en común que su investigación en la historia, y a veces con procedimientos raros con las elementales exigencias de todo conocimiento científico, deformándose hasta la propia base empírica, admitiendo como histórico una serie de hipótesis supuestas y conjeturas que no se habían, probado demostrado ni descubierto nunca.-

Se presenta á Kant muchas veces como el fundador del Derecho racional dice Del Vecchio afirmando que con él termina la escuela del Derecho Natural comenzando aquella de la cual se le presente como fundador; en el sentido de que el Derecho Natural deviene Derecho de razón; pero no es así, pues Kant solo cumple un proceso de corrección metodológica, "que ya se había iniciado desde mucho tiempo atrás y que se había casi perfeccionado por obra de Rousseau". No creemos necesario extendernos sobre la obra de Kant respecto de la Filosofía del Derecho esperadas como todas las de su época y las anteriores á la misma por una etapa de Filosofía jurídica, que tiene en su favor para afirmarlo así, el declive claro y enérgico, del concepto del derecho, de la idea del mismo de lo cual se siguen consecuencias trascendentales, que lo colocan muy por encima de las escuelas que le precedieron, confundiendo estos problemas e investigando su solución en común.-

En los sucesores de Kant, en lo que al Derecho se refiere-aclaración fundamental para nosotros por el acierto y el éxito imperecedero de Kant en Filosofía-se insiste en las direcciones apuntadas por aquél en cuanto á la confusión del concepto y la idea del derecho y la necesidad de un Código elaborado por la razón como ideal.-

Tsa. Tsa es el intento de Pichte Juan Amadeo discípulo de Kant, que sigue en sus comienzos o primeras obras las líneas fundamentales del maestro pero apartándose luego de las mismas. Así respecto del Derecho su posibilidad está en la limitación de la libertad propia como deber subjetivo, mediante el concepto de la posibilidad de la libertad ajena, siempre que los demás hagan lo mismo, en cuanto á la distinción entre Moral y Derecho, sigue la separación realizada por Kant sobre actos internos y externos, prescindiendo o excluyendo como en el maestro de la interioridad de toda acción jurídica, y en cuanto á los derechos individuales noción y fines del

Estado, como expresa Del Vecchio sigue las nociones de su predecesor.

Pero donde ya se aparta de las directivas de la Filosofía jurídica de Kant es en la obra titulada "El Estado comercial cerrado" donde el Estado no es ya una emanación de los derechos individuales sino la representación de la vida perfecta, que debe bastarse así mismo, con una función económica y disponiendo de todos los elementos necesarios y eficiente para asegurar la autarquía, en la forma que lo concebían Platón y Aristóteles; debe regular la vida en todas las manifestaciones, trabajo, ciencia, arte, cultura, el comercio, particularmente restringir hasta prohibir los cambios internacionales; constituyendo un Estado cerrado no solo jurídica sino económicamente. Con lo cual el mismo se había alejado considerablemente del maestro, en cuanto que en el hombre como fin en sí mismo y la libertad que se sigue de ello, eran los puntos fundamentales alrededor de los cuales debía girar toda organización política, jurídica y económica como consecuencia lógica de su elevación á principio fundamental y supremo.-

Las escuelas de Kant y la orientación de Fichte tuvieron numerosos secuaces cuyos nombres citamos, en la imposibilidad de mayor referencia sobre los mismos para no hacer demasiado extensa ésta reseña histórica; merecen destacarse entre ellos los alemanes Krug, Croes Rotteck, los italianos Baroli; Tolomei-Rognini etc.-

En general la escuela gira en torno á la existencia de un derecho ideal sobre el positivo, considerando lo justo y lo injusto anterior al Estado con lo cual éste es considerado dentro de la concepción individualista cuya misión consiste en asegurar y garantizar dichos derechos con la excepción anotada de las últimas obras de Fichte concepción que ~~xxxxxxxxxxxx~~ a juicio de Del Vecchio se torna demasiado rígida en la consideración de los problemas sociales. Esta dirección tuvo el gran mérito de corregir el error común y constante en la Escuela del Derecho natural de la existencia del supuesto período histórico como hecho físico, empírico experimentable y positivo al cual debía dársele la categoría de ideal; y que en la escuela que mencionamos solo aparece como una hipótesis racional.-

EL HISTORICISMO.-

Las Escuelas racionalistas expuestas con anterioridad, se denominaron por su oposición al Derecho Natural con el nombre de historicismo, pero esa denominación común no impide que se destaquen distintas corrientes que Del Vecchio sintetiza en tres: el historicismo filosófico de Schelling y Hegel; el historicismo político de los filósofos de la Restauración que se opone a la Revolución Francesa y el historicismo jurídico o Escuela histórica de los juristas alemanes.-

Del Vecchio op cit. pág. 221 y siguientes. También Stammler op cit. pág. 48 y siguientes; Gettel Historia de las ideas políticas Tomo I pag. 240 y siguientes.-

Historicismo filosófico ó idealismo objetivo.-

La obra de Schelling y Hegel, correspondiendo al primero la idea fundamental original y genérica y á Hegel, su desarrollo, teniendo más importancia para nuestra materia el segundo, porqué se ocupó en una de sus obras principales(1) mientras que Schelling se ocupó poco de Filosofía del Derecho.-

Federico Schelling(1775-1854) publicó un escrito de Filosofía del Derecho denominado Nueva deducción del Derecho Natural, que sigue la filosofía jurídica de Fichte, en 1800 apareció Sistema del idealismo trascendental y en 1803 Lecciones sobre el método del estudio académico en la cual se manifiesta el pensamiento político del autor.-

Hasta la filosofía de Kant y Fichte el espíritu es considerado como algo subjetivo; con Schelling deviene objetivo y es su primera revelación la naturaleza misma, considerada ésta como un principio activo, como un todo animado, como un espíritu que deviene, y no como en Fichte como algo muerto; la evolución de la naturaleza concebida así es una serie de tentativas para producir el yo, siendo el hombre la meta de la naturaleza, el ojo mediante el cual puede la naturaleza mirarse así misma; distinguiendo Schelling entre naturaleza como sujeto y naturaleza como objeto.-* Adviertase- dice Del Vecchio- que esta distinción ya había sido hecha por los Escolásticos y por Spinoza con su terminología particular; pues hablaban ya de natura naturans y de natura naturata (naturaleza en cuanto produce y naturaleza en cuanto es producida). La naturaleza como sujeto es una productividad infinita, a la que Schelling llama también alma del mundo (Weltseele); y considera que se exterioriza primero en el mundo físico (vegetal, animal) y después en el mundo del espíritu. Así como hay un alma del mundo, así también hay un alma del pueblo o nacional (Volkseele), primero inconsciente o subconsciente. Y es éste alma la que determina la constitución política y social. Como se ve Schelling lleva por vez primera el concepto de espíritu popular o colectivo, concepto que había de alcanzar después una influencia formidable entre los juristas alemanes de la Escuela Histórica-especialmente para explicar la costumbre.- Pero éste concepto fué desarrollado, bien que en un sentido diverso, por Hegel. Para ambos pensadores el Estado es la creación más perfecta del espíritu, toda la Filosofía de Schelling (como así mismo la de Hegel) tributa una especie de adoración al Estado, existente y en términos más generales hacia el hecho establecido. Así en sus escritos hallamos fórmulas tan imprecisas como dogmáticas, como son verbigracia las siguientes: el Estado es la unión de lo ideal y de lo real- el Estado es la reunión de la libertad y de la necesidad, etc".-

Federico Guillermo Hegel publicó sus obras principales la Fenomenología del espíritu en 1807 y Filosofía del Derecho en 1821, siendo el pensamiento fundamental del autor, el idealismo absoluto en sentido objetivo, negando todo límite al conocimiento, porque lo absoluto para el

(1) Hegel Federico Guillermo J. Filosofía del Derecho. Ed. Claridad 1937

el también es cognoscible(1) identifica el pensamiento con el ser lo que a juicio de Del Vecchio podría llamarse intelectualismo o panlogismo; todo es pensamiento y nada hay fuera del él; las formas subjetivas del conocimiento son formas objetivas de la realidad, todo cuanto sucede es la idea en movimiento, con lo cual llega a la afirmación de que todo lo que es real es racional y todo lo que es racional es real; no pudiendo existir discrepancia entre el ser y el debe ser. Otra característica es el evolucionismo que se traduce en el concepto del devenir; nada es: todo deviene, en el cual la lucha es el proceso y la ley de todas las cosas.-

La idea, es lo absoluto en Hegel y deviene precisamente en la lucha conociéndose lo absoluto a través de un sistema de conceptos, y no por un solo concepto que sería unilateral porque a su vez pone a su contrario, esto es suscita una contradicción; de una tesis procede una antítesis; lo cual entraña la necesidad de un nuevo concepto (síntesis) que funda en sí los dos conceptos precedentes, los supera y elimina su contradicción. Pero este concepto superior a su vez, cae en su contrario y vuelve a tener tesis, antítesis y síntesis y así sucesivamente (1)° proceso dialéctico que Hegel quiere aplicar a toda realidad procediendo siempre por vía de contradicción y de superación de la contradicción. En cuyo proceso cada nuevo concepto es más rico porque contiene el precedente, el grado superior es la verdad del inferior, se donde se sigue que el primer concepto es el más vacío y abstracto "es el concepto del puro ser el último es el más lleno, el más completo, es la idea que se piensa a sí misma, o sea el pensamiento de lo absoluto".-

La idea en Hegel es el sujeto del proceso mundial o cósmico. Pero en su sistema la razón absoluta no aparece de pronto, si que comienza por existir como ente puro, la idea, apta para tomar todas las formas en cuyo momento es ente en sí o lógico, se manifiesta luego en un segundo momento fuera de sí, se exterioriza se objetiva, se pone en lo exterior frente a sí misma siendo en este aspecto (formas de espacio y tiempo) ente fuera de sí o sea Naturaleza, y en un tercer momento se repliega sobre sí misma conservando los elementos de que nutrió en el desarrollo anterior y así adquiere conciencia de sí en cuyo momento es ente por sí o espíritu encarnación de lo absoluto que comienza antes de todo a existir como espíritu subjetivo concentrado en la individualidad propia que a su vez se objetiva exteriorizándose colocándose frente a sí mismo dando de este modo origen al derecho, a la moral, a las buenas costumbres cuya realización es asunto de la historia del mundo; esta forma objetiva del espíritu subjetivo, desde aquella posición vuelve a sí mismo y en la abstracción

(1) Hegel op. cit. pág:

se eleva á la idealidad, manifestándose luego como espíritu absoluto á cuyas altas cumbres llega en tres formas, Arte, Religión y Filosofía en éstas formas supremas el espíritu se concilia consigo mismo con lo cual se identifican sujeto y objeto. "El arte y la religión son por tanto sólo los precedentes de la Filosofía, con la Filosofía que deviene; y la relación que se da entre éstos tres términos es análoga á la que media entre intuición representación y concepto(1)

Así el espíritu objetivo en cuanto se exterioriza y se crea a sí mismo una ley y un mundo suyo, da origen al derecho, luego á la moralidad y á las buenas costumbres, siendo para Hegel el sistema jurídico que resulta "el reino de la libertad operante" libertad que desenvuelve un mundo de medio y condiciones para ser real y efectiva libertad de lo cual se extrae el supremo principio del derecho: "ser persona y respetar a los demás como persona"; entendiéndose por persona el hombre en cuanto es capaz de derechos y deberes(2)

De este modo el espíritu objetivo se coloca todo en el derecho abstracto (tesis) que es la existencia del querer libre; libre en cuanto es querer y en cuanto querer del hombre, esencialmente libre así se identifica la libertad y el querer; pero en cuanto ésta libertad se realiza en las formas externas del derecho, es defectuosa, por ello se vuelve sobre sí misma y da lugar á la moralidad interna (conciencia moral) o sea el momento subjetivo del deber, el cual es a su vez incierto e insuficiente contradicción que debe llevar a la síntesis siguiendo el método dialéctico; que da en el ethos objetivo que en el lenguaje de Hegel, significa la vida efectiva concreta, como síntesis de las categorías abstractas del Derecho y de la moral.-

Del ethos objetivo extrae Hegel las instituciones jurídicas fundamentales: la familia, la sociedad civil y el Estado; distinguiendo por primera tan nítidamente sociedad de Estado. Éste último es lo más elevado del espíritu objetivo, en cuanto se despierta, y la manifestación suprema de la libertad; espíritu objetivo que en la naturaleza se encuentra adormecido; de ésta concepción del Estado, deduce la paridad de todos los Estados y la imposibilidad de toda otra jurisdicción humana sobre ellos con lo cual se sigue que las dificultades habrán de sanjarse por la guerra, especie de juicio divino ante el tribunal del mundo que es la Historia Universal, expresión que encuentra hecha en Schiller. Los Estados actúan así para alcanzar el espíritu del mundo, y quien lo alcanza es el dominador de su época; describiendo Hegel cuatro tipos de Estado que han representado el devenir progresivo del espíritu del mundo en forma gradual: el oriental, el griego, el romano, y el germánico, encontrando en éste último (prusiano) el ideal último del Estado, especialmente en la Monarquía prusiana(3).-

(1) Del Vecchio po. cit. pag. 225.

(2) Carle: La vida del derecho; págs.

(3) Hegel: Filosofía del Derecho págs. 295 y siguientes.-

El sistema de Hegel, optimista y conservar-como expresa Del Vecchio- presenta una forma idealista, pero en cuanto identifica lo ideal con lo real es "moralmente un realismo" habiendo sido el precursor de sistemas materialistas como el de Marx, que sacó el concepto de la necesidad histórica de Hegel convirtiéndolo en el determinismo económico o materialismo histórico.-

Historicismo político o filosofía de la restauración, historicismo teórico o filosofía de la Contrarrevolución(1) .

Esta escuela se propuso exaltar la tradición histórica, repudiando los conceptos abstractos, dirigiéndose en consecuencia contra la orientación racionalista características de las escuelas precedentes; pues el Derecho Natural constituía la manifestación doctrinaria de ideas revolucionarias que culminan con la Revolución Francesa; contraponiendo el Derecho natural al positivo, de lo cual se seguía una crítica severa a las Instituciones jurídicas imperantes con las consecuencias políticas conocidas. Esta escuela trató de contraponerse reaccionando particularmente contra la teoría y las prácticas de la Revolución Francesa, constituyendo una oposición política y doctrinal en cuya primera manifestación perseguía la Restauración de los tronos derribados por la Revolución y alcanzando positividad en la organización de la Santa Alianza(1815) formada por los Monarcas de Austria, Prusia y Rusia en defensa de sus tronos.-

La doctrina que aparece conjuntamente con aquel intento político desconoce las concepciones abstractas del Derecho y lo considera un hecho histórico, y en consecuencia tiene una tradición larguísima, de donde se desprende que una constitución no puede ser inventada por un pensador o por un grupo de doctrinarios; recurriendo a la Divinidad en apoyo de sus teorías, regresando en éste sentido a formas ya superadas de la Edad Media, con lo cual pretendía reforzar la autoridad del Estado y de la Iglesia, legitimando los gobiernos, de manera que no alcanzara a los mismos las críticas del pueblo. Demás está decir que los autores y escritores de ésta tendencia trataron de suprimir y abolir en todo lo posible los principios supremos y verdaderos alcanzado por la Revolución Francesa en materia política y jurídica, como la libertad de conciencia de religión, de prensa, etc, con el resultado que los acontecimientos inmediatos posteriores y con mayor demostración los meditados, se encargaron de dar cuenta con tan extraviadas teorías.-

El historicismo jurídico o escuela histórica del Derecho.-

Bajo la influencia del historicismo y la " corriente general del Romanticismo que encontró especial acogida en Alemania(2)" en los

(1) Del Vecchio: op. cit. pág 228 y sts.-

(2) Stammler op. cit. pags. 49 y sts.

conciencia del siglo XIX aparece la Escuela histórica del Derecho, sin pretensiones filosóficas ni políticas inmediatas, pero con la legítima aspiración de ser estrictamente científica. Se conecta sin embargo a juicio de Del Vecchio con ciertas premisas filosóficas y por otro lado con el programa de la restauración política; pues su origen fué determinado por la reacción contra la Revolución Francesa, lo que se pone de manifiesto en uno de sus precursores el inglés Burke en su obra Reflexiones sobre la Revolución francesa (1790) en la que "ridiculiza la pretensión revolucionaria de querer derivar de principios ideales y abstractos la constitución de un Estado, y sostiene que ésta solo puede ser producto de un lento desarrollo y de una larga gestación histórica".-

Los verdaderos fundadores que desarrollaron los principios de la Escuela histórica fueron los alemanes Hugo, Savigny y Fuchta.- El primero que sentó algunas de las bases capitales de la escuela en 1790, y el segundo que realizó su formulación sistemática completa.-

En el célebre opúsculo de 1814, contra la tesis sostenida por Thibaut en su obra de la misma fecha titulada "De la necesidad de un Derecho Civil general para Alemania" en la que sostuvo la necesidad de la reunión de las leyes de los distintos Estados en un solo Código, según la influencia que se operara en dicho país por antecedentes propios, en Prusia y Austria y sobre todo por el Código de Napoleón sancionado en Francia en 1804; Federico Carlos Savigny se opuso a ello en el citado opúsculo titulado "De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la Jurisprudencia" en el cual se declara contrario de toda codificación, sino incluso de toda ley general consecuente con su tesis de la formación histórica del derecho con lo cual se seguía que el derecho plasmado en una ley general o un Código permanecía estacionado hasta fosilizarse, deteniéndose así la evolución jurídica del Derecho que vive en la costumbre, expresión inmediata de la conciencia jurídica popular.-

Expresión ésta última característica de la escuela histórica que la derivó a juicio de Del Vecchio del historicismo filosófico de Schelling y Hegel, considerando á la escuela histórica una aplicación de aquel al Derecho.-

Según la escuela que estudiamos todo pueblo tiene un espíritu o alma propia que se manifiesta en el Arte, la Moral, el Derecho, Lengua je, etc, argumentando que así como el lenguaje se forma espontáneamente desarrollándose solo, apareciendo luego la gramática, el Derecho también se manifiesta en forma espontánea en ese espíritu popular y no por obra del legislador apareciendo luego los técnicos que lo elaboran según las exigencias de la ciencia jurídica, a cuya labor sigue la del legislador inspirada en las costumbres preexistentes, en cuyo momento al transformarse en leyes dichas costumbres, se inmovilizan y perma-

(1) Del Vecchio op.cit.pag.230 y siguientes.-

neces estacionarias alejadas del movimiento jurídico que se continúa por obra de la conciencia jurídica popular; de donde se sigue la aversión de Savigny y de toda escuela histórica por la legislación y codificación del Derecho, que son consideradas como dificultades opuestas a la libre evolución de la conciencia jurídica.-

"Esta tendencia doctrinal dice Del Vecchio - que ha sido renovada y exagerada en nuestros tiempos por la Escuela del "Derecho libre" (aunque con sentido diverso) que tendía a hacer converger toda la atención hacia el estudio de la ciencia popular y de sus productos inmediatos renunciando á toda innovación legislativa, fué benéfica en tanto que promovió el estudio del hecho histórico del Derecho, e indujo a considerar su origen en relación con las condiciones particulares de cada pueblo. Por éste lado la escuela histórica representa un progreso frente á aquellas concepciones precedentes (que descuidaban el lado positivo e histórico del Derecho). Pero de otro lado da lugar a numerosas objeciones, harto justificadas, pues cuenta con no pocos defectos que salieron a luz más claramente con el progreso ulterior de la Ciencia jurídica".-

El autor citado, señalada de esos defectos en primer término, el hecho de la exclusión de toda consideración ideal del Derecho, en virtud de la consideración y estudio del derecho positivo propuesto por la Escuela histórica, actitud pasiva frente a todo producto histórico, adoración del hecho consumado que no satisface sino contradice las exigencias críticas de la conciencia, negando el progreso jurídico, cuya posibilidad que trunca ante la identificación de lo ideal con lo real, ya que si lo real es lo ideal no hay un punto de referencia, no hay un fin, un meta a que llegar, vehículo de todo posible progreso; de lo cual resulta el vicio básico del historicismo poniéndose de relieve la excelencia de las escuelas clásicas, según expresión de Del Vecchio. Por otra parte para conocer el hecho jurídico ha observar, es necesario disponer del concepto formal, a priori, que nos permita identificarlo como tal, es decir separarlo de lo no jurídico.-

Apunta Del Vecchio el segundo error en quedarse dicha escuela en las fases originarias de la evolución jurídica respecto de las fuentes del Derecho al solo considerar como tal a la costumbre, sin advertir que ésta fué absolvida gradualmente por la ley, forma superior de la producción jurídica" en cuanto admite y supone una crítica, una discusión, una conciencia desplegada y reflexiva; con lo cual se puede rechazar la pretensión de la Escuela histórica, que dogmatiza la etapa inferior, en cuya circunstancia puede aparecer como valedero su argumento de semejanza con el lenguaje; pero en la etapa superior de la evolución jurídica fracasa frente a la eficacia de la legislación producto de una crítica científica, reflexiva, libre en cuanto se refiere a su creación o reformas.

Un tercer error, anota Del Vecchio, en la concepción romántica del Derecho, en cuanto a su desarrollo "como algo nebuloso, fantástico e idílico" de la conciencia popular llena de misterios y infalibilidad; "esta es una concepción mística que no responde á la realidad es romanticismo es mitología".-

Otro error se destaca en esta escuela por su excesivo culto al Derecho Romano, en contradicción con sus propios principios, del alma popular con particularidades típicas de cada pueblo, y al exhibir tal derecho como prototipo de todo lo jurídico, cerró el camino a las investigaciones históricas, que serían una consecuencia necesaria de sus postulados que se desarrollaron más tarde, y que veremos más adelante; en los últimos años del siglo XIX y comienzos del XX, por la escuela etnográfica o etnológica que investiga el Derecho de todos los pueblos sin restricciones.-

Pero no todos son errores en la Escuela histórica; quedó ya apuntado el mérito de haber hecho resaltar el aspecto histórico del derecho y esto predominó hasta el renacimiento de la especulación filosófica, después del periodo positivista, de la cual existen supervivencias aun en nuestros días, que niegan como tema de la Filosofía Jurídica, cercenándole una de sus más caras actividades, y supremas exigencias; señalándolo como único punto de su atención el Derecho, positivo, rechazando todo Derecho Natural; etapa del pensamiento superada en los inicios de la actual investigación filosófica sobre el derecho y que lo será definitivamente en un futuro no lejano en esta clase de indagaciones.-

Quedan pues de la Escuela histórica dos principios admitidos con generalidad: la historicidad y la relatividad del Derecho; pero del Derecho positivo, lo cual deberá tener muy en cuenta el científico del Derecho el jurista, el intérprete, el juez; pero que en la mente del filósofo del Derecho juegan un papel informativo que les permitirá constatar en la experiencia las manifestaciones de los principios fundamentales a priori que descubre en los amplios horizontes de sus libres indagaciones críticas.-

Por otra parte es interesante, una objeción fundamental apuntada por Stammler y que lleva insensiblemente el Derecho a un terreno donde no puede sino llegar al más profundo fracaso en efecto para éste autor: los principios del romanticismo son místicos y vagos y encierran una grave contradicción, pues si en el espíritu del pueblo, como entidad peculiar y con existencia propia, se ve la causa de todas las demás manifestaciones concretas de la vida de una nación y la fuente de las convicciones comunes sustentadas por sus miembros, debe hallarse sujeto a la ley de la causalidad; según la cual todo fenómeno causal es a su vez efecto de otras causas anteriores. Así concebidas las características nacionales de un pueblo quedan fundamentalmente reducidas a simples coincidencias contingentes, sujetas sin cesar a cambio y transformaciones en el transcurso de los tiempos". Con lo cual no se habrían elaborado las bases ajenas a la ley causal en cuanto a la metodología usada para considerar la realidad, no como naturaleza (otro criterio metodológico de consideración) sino como cultural.-

CAPITULO

**Negación de las posibilidades científicas de la
Ciencia Jurídica.-**

Sumario: Generalidades.- Objeciones fundamentales del fiscal berlinés: Federico Von Kirchman: -Retrazo de la Jurisprudencia. Mutabilidad del Derecho. Efectos del error sobre el objeto. El problema visto á través de la filosofía de Rickert. El ser del Derecho en Luis Recasens Siches. Las Ciencias de la Cultura. Refutación á Von Kirchman y Von Logen. Los intentos de sistematización.-

Conforme á la relación histórica del desarrollo de la consideración filosófico-científica del derecho que veníamos realizando, correspondería ocuparnos en seguida de la escuela empirista del Derecho, en sus diversos matices doctrinarios, pero en su común orientación positivista; pero antes, y nos parece un lugar adecuado para tratar sistemáticamente y en forma ordenada las cuestiones previas a la dilucidación definitiva de nuestro tema; desarrollar aquí los argumentos y conceptos emitidos en el sentido de negar toda posibilidad científica a la jurisprudencia técnica o ciencia jurídica, que en última instancia se resuelve en una cuestión personal o subjetiva en cuanto á tales impugnaciones por cuenta solo se deben a la ausencia de investigadores que hubieran orientado sus especulaciones sobre una ley distinta que la causal, que fuera la ley metodológica de aquellas ciencias que no pertenecen á la consideración natural ó físico matemática de la realidad, sino cultural en cuanto la ley que las rige es teleológica, ley que hemos estudiado ya y que se vea en que relación se encuentra, sin oponerse, con la consideración causal de la realidad.-

Ya veremos al considerar en detalle las objeciones apuntadas á este error fundamental metodológico, particularmente en las impugnaciones dirigidas á la ciencia por el Fiscal Kirchman, las más serias concretas y fundadas entre todas.-

La primera objeción apuntada por Kirchman se funda en el retraso evidente que ha quedado la jurisprudencia respecto de las demás ciencias (1); segundo la constante mutabilidad del derecho, que hace resaltar referencia a la inmutabilidad de los hechos de las ciencias naturales: "El sol, la luna, las estrellas brillan hoy como hacen milenarios de años, la rosa sigue floreciendo hoy como en el paraíso; el Derecho en cambio ha variado con el tiempo. El matrimonio la familia el Estado han pasado por las formas más varias. El Derecho es pues un objeto inestable huido, cambia, pasa por las más diversas formas. Esto trae consigo además otro inconveniente la ciencia solo avanza lentamente y á través de continuados esfuerzos sus leyes son el resultado del trabajo secular y colectivo de sus cultivadores. Ahora bien, las ciencias no su-

(1) Las objeciones de Kirchman las tomamos de R. Siches. Adiciones a la obra Filosófica del Derecho de Del Vecchio páginas.....y sgts.-

fren definitivo perjuicio por la lentitud de su marcha"la tierra gira hoy alrededor del sol del mismo modo que hace miles de años; los arboles crecen y los tiempos de Flinio. Si tras largos esfuerzos se han llegado a descubrir las leyes de su naturaleza y sus fuerzas, esas leyes valen tanto para el presente como para los tiempos primitivos y seguirán siendo verdaderos en todo el porvenir. No suce en cambio lo mismo con la disciplina del Derecho. Cuando tras continuados esfuerzos ha encontrado la comprensión de uno de sus objetos, resulta que éste desapareció ya, se transformó en otro nuevo, y así resulta que para el derecho la ciencia arriba siempre demasiado tarde, jamás puede llegar al presente". Tercero"En las demás ciencias, los errores en que incurre dejan ilesos a sus objetos de conocimiento; diga lo que diga Ptolomeo la tierra gira alrededor del sol; pero en cambio los errores en la Jurisprudencia a veces transforman y adulteran el Derecho mismo. Y cuarto y último"La Jurisprudencia se nutre y vive de las imperfecciones de su objeto; tiene tanto y más importante labor que desarrollar cuanto más fragmentarios confusos y contradictorios sean los materiales legislativos la mayor parte de las páginas de la Jurisprudencia se ocupan de las lagunas, equívocos y contradicciones; los juristas a través de la ley positiva se han convertido en gusanos que solo viven de madera carcomida; y así ocurre que ^{en} tanto ~~xxx~~ la ciencia toma como objeto suyo lo fortuito ella misma se convierte en puro azar; tres palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir una biblioteca entera en basura".-

Son éstas las objeciones más serias lanzadas contra la validez científica de la Jurisprudencia en cuanto á su carácter de Doctrina del Derecho positivo; más profunda aun es la objeción dirigida por Federico Von Logau, según consta en las memorias de Lessing, allá por los tiempos de la Guerra de los treinta años, quien dijo(1): "Es dudoso que la recta razón jurídica haya sido alguna vez conocida por alguien; frente a toda opinión podrá siempre oponerse algo. Ahora bien, aquello que es dudoso, difícilmente pueda constituir una ciencia" .-objeción que como vemos va dirigida al carácter científico de la doctrina del deber ser jurídico, de la deontología jurídica, del Derecho Natural, racional o justo o ideal; diferente a la Kirchman que se dirige al contenido y á la doctrina que considera dicho contenido positivo del Derecho por lo cual habremos de ocuparnos preferentemente de las de éste último por encontrarse vinculadas directamente á nuestro tema.-

Como primera providencia en cuanto a la tarea de rebatir las impugnaciones consignadas respecto de las posibilidades científicas de la ciencia jurídica, corresponde adverte rtir la imposibilidad de encontrarlas en un campo, zona o espacio absolutamente extraño al Derecho, que no es posible considerarlo como mera naturaleza, sometiéndolo a

(1) La objeción de F. von Logau y su ubicación en el tiempo la hemos tomado de Radbruch: Introducción a la Ciencia del Derecho págs.

las exigencias de la ley causal, a la cual no respondería con éxito una investigación de ningún producto cultural.

Nosotros hemos visto ya en la exposición de las líneas fundamentales de la filosofía Rikertiana, la absoluta divergencia metodológica entre naturaleza y cultura, respecto del tratamiento particular á que someten cada una la realidad, y los conceptos expresados allí de cultura y naturaleza nos permiten hacer un claro distingo del material de nuestras observaciones é indagaciones al margen de la naturaleza de " su naturaleza- de todo producto cultural.

Pero entonces sólo distinguimos en general entre ciencias naturales y culturales, compartiendo la distinción metodológica de Riker; mas aquí urge concretar tal distinción en el Derecho, en cuanto producto cultural, o sea establecer las características de su ser; plantear en términos generales el problema ontológico del Derecho; cuyas direcciones generales han de moverse precisamente en la distinción o divergencia metodológica apuntada entre las ciencias naturales, generalizadoras, sometidas a leyes y cuyo principio director de conceptuación es la ley causal; y ciencias culturales, individualizadoras, que destacan lo singularmente importante de la realidad, mediante el concepto avalorativo, como principio de selección en cuya referencia alcanzan la exigencia suprema de todo conocimiento científico, o sea su universalidad y su ordenación metódica absoluta.-

Pero el problema ontológico ha cambiado respecto á la manera de considerarlo la filosofía de la antigüedad aquí; entonces la indagación que preocupaba a la filosofía era la del ser real, y dentro del mismo el ser substancial, que es en si y por si mismo "que es lo que es como substrato de si mismo, to ontos en, y así Aristóteles procedió a fijar en su conocida enumeración las categorías del ser real; que en definitiva según su propia manifestación, pueden reducirse a tres: substancia, cualidad y relación. Pero el ser real no es el único ser: el panorama ontológico se ha enriquecido considerablemente para la Filosofía; no solo hemos de habernosla con el ser real, sino con otros tipos de seres con el ser ideal que es precisamente irreal, -vg. los números los principios lógicos, los valores etc, -y con seres reales que entrañan además una participación en seres ideales. Y así se confirma la genial intuición de Plotino de establecer las categorías, no en un plano horizontal, sino en arquitectura de varios pisos (1) de lo cual se sigue que hay que distinguir varias regiones o estratos del ser.-

Establecer la región o estrato del ser correspondiente al

(1) R. Siches. Ad. op. cit.-

Derecho es la tarea que ha de conducirnos a la ontología del mismo la cual nosotros buscaremos en forma sintética y la orientación amplia y general en que pueda abarcarse esa zona o substrato, sin descender a detalles que no nos corresponde dilucidar, en virtud de no pertenecer al tema que nos hemos propuesto, y que para el mismo; basta con esas generalidades que podamos desarrollar.-

Así conforme a la distinción establecida entre ciencias naturales y culturales, debemos excluir toda posibilidad de encontrar el Derecho en toda manifestación de la realidad regida por la ley causal, o de que se exteriorice ante nuestra vista en virtud de la experiencia realizada con los hechos o fenómenos de la vida natural", en cuanto que es determinada por leyes universales"; pero si éstos resultan claro respecto de los hechos cuya "naturaleza natural" es fácil de reconocer y sobre la cual no ha habido discrepancias en su consideración filosófica o científica no ocurre idéntica situación con fenómenos naturales que han sido ponderados como espirituales durante mucho por la ciencia y tenidos como tales por todo conocimiento, me refiero a los fenómenos psíquicos, habiendo visto en la Filosofía Rikertiana el lugar correspondiente a la Psicología y su perfecta ubicación por razones de contenido y método en las ciencias naturales determinadas por leyes universales; con lo cual podemos afirmar que considerar el Derecho como mera psicología, es idéntico que considerarlo como mera naturaleza, y como tal sometidos a la ley causal, en cuyo caso debe fracasar todo intento de fundamentación científica, por cuanto como objeto cultural, sus sentidos y significados deben ser interpretados teleológicamente, ley que como vimos también en el primer capítulo rige las etapas superiores de manifestación de la realidad, cuya conceptualización permite y con ello la posibilidad de su consideración científica, en la síntesis de conceptos que permiten dominar la realidad.-

Descartado que el Derecho no pertenece, o no es producto meramente natural, ni como naturaleza corporal, ni como naturaleza psíquica, corresponde deslindar si es producto ideal, en cuanto se opone a lo real, en su aspecto distinto de aquel como ser. Pero antes debemos establecer clara y expresamente que lo ideal como ser no se confunde con lo psíquico, no obstante la relación que existe como organo creador del pensamiento y de lo pensado, pero lo pensado como tal tiene un ser, es una entidad autónoma, independiente del acto de pensarla; la idea pensada es intemporal e inespacial, diferente del acto psíquico mediante la cual la pienso, que es un hecho real que realiza durante un determinado tiempo en la mente del sujeto. En cambio la idea con ente autónomo independiente del acto psíquico del pensar, es una y la misma siempre idéntica de ayer a hoy y para mañana, así sea pensada o repensada por uno o varios sujetos en cuanto a su propia estructura óntica, con independencia de sus particulares finalidades o referencias.-

Esta distinción que parece tan clara a la luz de recientes investigaciones resultó durante mucho tiempo confundida identifican

doce la idealidad con el acto psíquico de pensarla, viéndose en ella solo la representación de un sujeto; y así la teoría de los seres ideales. Lógica Moral, etc. se convirtió en mera psicología del pensamiento. Gracias a Husserl se ha conseguido distinguir con precisión los objetos ideales, los que si bien se actualizan en el pensamiento, poseen una especial ser en sí, irreal o ideal. Es pues un error equiparar ser y realidad. Hay seres reales; pero hay además seres irreales o ideales, tan seres y tan objetivos como los reales: ofrecen á todo arbitrio del sujeto, la misma resistencia absoluta que los objetos reales de la percepción; y en esa resistencia se manifiesta su ser objetivo. Ese ser objetivo de los objetos ideales consiste en su validez. Tienen igualmente dimensiones de objetos ideales los principios lógicos, las verdades matemáticas, los valores, etc."-

En éstos últimos, que como hemos visto en la filosofía Rikertiana oficiaron de rectores de todo proceso o producto cultural, hemos de detenernos para seguir, la exposición de Recasens Siches (1) sobre cuya naturaleza habrá de darnos muchas e interesantes observaciones. - "Los valores - dice - pertenecen al reino de los objetos ideales pero constituyendo una como categoría especial. Hay estructuras ideales como las lógicas, las matemáticas - y también otras esencias ontológicas - que además de su consistencia ideal, constituyen también en cierta dimensión estructuras propias del ser real: por ejemplo $2 + 2 = 4$, es una relación matemática ideal, pero a la vez una estructura de lo real, realizada, porque no cabe que dos naranjas más dos naranjas no sean cuatro naranjas. Pero por contrario, los seres ideales llamados valores (morales: como lo bueno, lo justo; intelectuales: como la verdad, la evidencia; útiles: como lo apto etc) no están necesariamente transvasados en el ser real. Algunos valores están en cierta medida realizados, y en otra no; algunos están realizados positivamente, en las cosas otros negados en ellas, o sea hay cosas valiosas, y cosas que en su efectividad niegan éste o aquél valor, que constituyen un desvalor o un antivalor (actos inmorales, cuadros feos, pensamientos erróneos, ensayos inútiles, etc, etc). Mientras que podríamos decir que la realidad es efectivamente dócil á las estructuras ideales matemáticas, en cambio puede ser - y es muchísimas veces - indócil a los valores positivos, á sus exigencias ideales. Los valores son cualidades ideales, susceptibles de ser positivos o negativos: una misma referencia de valores es bidimensional, bipolar: bien-mal; verdad-falsedad; justicia; injusticia

(1) Cuya exposición seguimos á la cual corresponden las citas de las últimas páginas. Recasens Siches. Adiciones á la Filosofía del Derecho de Del Vecchio pags. 456 y siguientes. R. Siches en su exposición y según lo expresa en nota sigue las ideas de Nikolai Hartman, Max Scheler y José Ortega y Gasset. -

apto-inepto; etc, y en la medida en que la realidad encarna la negación del valor, el valor negativo o desvalor—por ejemplo acto inmoral, proposición absurda, sentencia injusta—o no encarna plenamente el valor positivo, parece como si éste clamase por su realización; como si la realidad mostrase en su cualidad antivaliosa o desvalorada una penuria o mutilación de su destino.—

La esencia objetiva de los valores—continúa el autor que transcribimos—es independiente de su realización; pero ésta independencia no significa indiferencia frente a su no realización. Cuando los valores no se dan en una realidad ésta sin dejar de ser la realidad que sea, parece como no justificada, como algo que ciertamente es pero que no debiera ser.—Y así mismo los valores no realizados tienen idealmente una dimensión consiste en una como tendencia o dirección ideal de afirmarse en la realidad. Entiéndese esa tendencia—dicho así en expresión metafórica—no como poder efectivo, como impulso real, sino como mera dimensión ideal de dimensión o referencia, como pretensión de validez imperante.—

Cuando hablamos de realización de los valores—continúa—no queremos decir que éstos se transformen en cosas o en cualidades reales propias de cosas; como es cosa una bola de billar y son cualidades propias de ellas su esfericidad y su color, cualidades que tendría independientemente de su relación con otras cosas, aunque ella estuviese sola en el mundo. Pero es que las cosas además de sus ingredientes reales, y de sus cualidades propias tienen otras cualidades llamadas relativas, a virtud de su comparación con otros objetos. Así, el ser la bola de billar igual a otra bola, es una cualidad tan suya como propia, sino comparada o puesta en relación con otra. De este linaje son los valores realizados en las cosas o cualidades de las cosas: son objetos ideales: son objetos ideales que residen en las cosas, como cualidades sui generis. La belleza de un cuadro, la verdad exacta de una teoría, la virtud moral de un acto, la justicia de una ley, no son ingredientes propios que formen parte del ser de esos objetos; son cualidades ideales que ellos tienen comparados o referidos a ideas de valor. Y aprehendemos los valores mediante una especial intuición no sensible llamada estimación.—

Las cosas en las cuales se da una cualidad de valor positivo—dice el autor siguiendo la orientación de Rikert, que ya vimos; Ortega y Gasset, Max Scheler y Nicolai Hartman—se llaman en ese respecto bienes; aquellas en las que reside un valor negativo, se denominan males. Urge insistir en la distinción entre aquello que la cosa es realmente y su cualidad de valor. Los valores no son la cosa como tal, ni son producto de la percepción de la cosa. Una cosa aparece como un bien, como teniendo un valor positivo, a virtud de una intuición a priori del valor que en ella se da. El que estimemos algo como útil, verdadero, bello, justo supone una intuición a priori de la utilidad, de la verdad, de la belleza, de la justicia.— Se ve que los objetos en cuestión coinciden con una idea de valor. Las cosas no podrían aparecerle al hombre como bienes—o como males—si no hubiera una estimación (independientes de la percepción de su realidad) que le mostrase que tiene valor—o lo tienen negativo. Se estima solo en méritos de una idea de valor intuida primariamente. Resulta también clara

ésta distinción entre la percepción del objeto real y la intuición de su calidad de bien (de su valor), si nos damos cuenta de que ocurre a veces que percibimos el objeto real y estamos ciegos para su valor; y también viceversa, pasa en algunas ocasiones que intuimos un valor en un objeto cuya textura real apenas conocemos, o simplemente pensamos en la idea pura de un valor sin referencia a ningún substrato real: v.g.: la idea de la justicia.-

Pero los valores-dice-no solo son a priori -esto es independientes de la experiencia de los objetos reales-sinó que además son objetivos. Al predicar esa dimensión de objetividad de los valores, queremos decir que no son mera proyección de la subjetividad-de nuestros sentimientos o de nuestros deseos-que no consisten en una especial configuración de nuestros mecanismos psicológicos que no son mera función de nuestra conciencia. Son esencia ideales objetivas, en sí, con validez propia necesaria. Algo vale como valor no porque me agrada o lo deseo o lo estimo; es lo inverso: estimo algo porque es un valor que se me impone objetivamente á mi reconocimiento como un principio lógico o una ley matemática. Los valores se dan inmediata e íntegramente como objetos de una intuición esencial. Los valores son pues susceptibles de un conocimiento riguroso, absoluto, evidente. Y esa ciencia de los valores o Estimativa, descubre una serie de principios, leyes e conexiones a priori con respecto a ellos. Aunque solo a modo de breve mención veamos algunos ejemplos de los principios descubiertos por ese conocimiento de los valores. En primer lugar hay que decir que todos los valores implican cada uno, dos direcciones: hay un valor positivo y un valor negativo (bondad, maldad, justicia-injusticia; verdad error; salud enfermedad; utilidad-inutilidad, etc). Hay además leyes de relación formal del ser real con los valores, como las siguientes: la existencia de un valor positivo es a la vez un valor positivo; la no existencia de un valor positivo es un valor negativo, etc. También la conexión entre valor y deber ser ideal responde a leyes estrictas, como es la siguiente: todo "debe ser" tiene que estar fundado en valores, es decir, el deber (positivo o negativo) solo puede referirse a valoraciones. Así mismo el mundo de los valores hállase regido por las siguientes leyes formales: un mismo valor no puede ser positivo y negativo; todo valor no positivo es negativo. Por otra parte se dan conexiones a priori entre cada clase de valores y sus substratos o soportes: hay valores como los morales que solo pueden darse en las personas realmente existentes y no en las cosas; los jurídicos en una colectividad; otros como los de utilidad, solo en las cosas, otro como los vitales solo en los seres vivos, etc. Finalmente los valores se dan entre sí en una relación de rango esto es, formando una estructura jerárquica regida por leyes objetivas a priori-unos valen más que otros-cada clase está situada en un grado de rango. Además hay valores que sirven de fundamento a otros; estos se fundan en aquellos, es decir, no puede darse el valor fundado sinó sobre la base de que se dé el valor

fundante. Así lo útil está fundado en lo agradable, pues sin lo agradable no existiría lo útil: los valores éticos están fundados en ciertos valores vitales, pues sin la vida en determinadas condiciones no cabe moralidad ni inmoralidad.-

Después de ésta breve disquisición sobre los valores debemos establecer o enfocar de nuevo el punto que nos propusiéramos es decir sobre la ontología de lo jurídico, que habíamos establecido como un producto cultural, que en cuanto lleva implícito la circunstancia de ser un hacerse, participa de los caracteres del obrar humano, y en cuanto como jurídico lo determina su conducta, constituye un criterio de selección entre todas las formas posibles de esa conducta, selección que solo en cuanto quiera ser selección requiere un principio director hacia el cual habrá de referir permanentemente toda conducta, la cual dentro de la cultura se orienta hacia una idea más elevada, hacia un supuesto ideal, hacia un deber ser, que se traduce en última instancia en un valor o en un complejo de valores, de los cuales el derecho resulta ser una expresión graduada.-

Pero la escala graduada de valores que representa el Derecho positivo no se identifica con los entes ideales que son los valores, lleva implícito o no el intento de realizarlos, por lo menos una observación histórica, una reflexión empírica nos permite asegurar con Stammler que todo Derecho positivo es un intento de realizar un Derecho Justo; más aunque no lo realice, aunque no se lo proponga, no afecta la validez y la vigencia del valor o del sistema de valores, hacia el cual debería tender sus intenciones, a cuya imagen y semejanza debiera realizarse; y aun cuando el derecho como nos lo dice la observación histórica se propusiera intencionalmente realizar un derecho justo aun cuando no lo alcanzara, quedaría intacto lo mismo el sistema de valor hacia el cual tiende; y siempre el derecho sería una gradación de valores establecido según un juicio de valor o estimación, determinante de la conducta exigiéndola en una de sus formas posibles; pero siempre, aun cuando fuera el campo de realización de esos valores; no son los valores mismos, es algo que quiere ser o quiere alcanzar a identificarse con esos valores, pero aunque cuando esto fuera posible seguiría independiente de los mismos.-

Pero otra característica que se desprende del derecho en cuanto producto cultural, es lo que caracteriza precisamente a los productos de esta naturaleza, diferenciándolos con los naturales o sea su intencionalidad, su por que y para que, su referencia a valores o su idea final, con lo cual cae dentro del concepto teleológico de la realidad, que ya estudiamos, y concretándose en cuanto teleología a ésta forma particular de la misma en su referencia a valores. En cuanto producto de cultura hemos visto la existencia autónoma del mismo, independiente de los actos psíquicos en que se elabora y aun cuando no alcancen el fin que se propone en su intencionalidad, es pleno e independiente constituye un ente en sí, que se independiza de su creador físico y psicológico, y vive independiente también de

los valores que postula o afirma, aun cuando en su referencia a tales, cobre significados diferentes a traves de su vida como pensamiento pensado, como ente, o ser, autónomo.-

En su existencia autónoma el ser jurídico se destaca en uno de sus aspectos, por una característica común a las categorías que determinan y rigen la vida humana y la cultura, característica que los distingue de las categorías o leyes de lo natural, en cuanto no es una explicación de lo que es, el hecho o fenómeno producido; sino que siempre establece lo que debe ser cumplido, realizado, ejecutado, observado, omitido, etc.-

Es decir que lo característico es la normatividad, el postulado debe ser, en cuanto determinante de una forma de conducta posible, con lo cual queda implícito dentro de su propia enunciación la posibilidad de que no sea, de que no suceda así, con lo cual se afirma la naturaleza de la normatividad que afirma que así debiera ser, y no que es tal cual sucede en el caso de la violación, con lo cual debe afirmarse la permanente y necesaria oposición entre el ser y el deber ser que caracteriza toda manifestación normativa.

Y bien, con el conocimiento que hemos alcanzado de la ontología de lo jurídico, con las características de su ser podremos contestar las argumentaciones aducidas por Kirchman a toda posibilidad de su conocimiento científico.-

A la primera, sobre el evidente retraso de la Jurisprudencia técnica, debemos destacar la mirada aguda y profunda del Fiscal impugnante al destacar un hecho cierto, que el progreso de las ciencias naturales contribuía a poner de relieve, y constituía como una especie de espejismo para todas las indagaciones de lo jurídico, espejismo en el cual cayó el propio Kirchman ya que todas las impugnaciones, diferentes en su expresión concreta, tienen un principio común en que se inspiran, consistentes en negar la posibilidad científica o la imposibilidad de construir una ciencia de lo jurídico a imagen y semejanza de la ciencias físico matemáticas, en las cuales los progresos teóricos y prácticos habían alcanzado éxitos fecundos y ruidosos.-

No podía ser de otra manera, que ésta ciencia jurídica o jurisprudencial técnica se hallara en tan lamentable retraso, cuando aun no se consideraba posible, o si acaso hubieran existido manifestaciones aisladas y de poca influencia no destruían la opinión dominante; de que pudiera construirse otra ciencia que no fuera en base a las leyes generales y metodológicas que gobernaban con cierto en las ciencias físico matemáticas.-

No era pues tal retraso, por otra parte evidente, sino que una consecuencia del descuido(1) en que se hallaban las ciencias cultu-

(1) Sobre este descuido de las ciencias culturales, ya se había expresado Hegel 28 años antes de las impugnaciones de Kirchman a la Jurisprudencia en efecto en la pag. 46 de su Filosofía del Derecho: Tengo tanta más necesidad de contribuir con mi parte, como espero, al conocimiento profundo de la naturaleza del espíritu, por que como allí mismo se observa, no se encuentra fácilmente una ciencia filosófica en tan descuidada y mala situación como la Ciencia del Espíritu, que comunmente se llama Psitología". Ya hemos visto las razones expuestas por Rikert para abandonar tales designaciones y llamarlas culturales.-

rales para entonces ni siquiera conocidas por éste nombre, sino bajo la denominación multívoca de espirituales, cuando no psicológicas, con lo cual se acentuaba la confusión respecto del verdadero problema, ya que éstas últimas no diferían en nada de las demás ciencias culturales, más bien eran una de aquellas, sometidas á las mismas leyes.-

En este sentido pues la Jurisprudencia permanecería tan retrasada, cuanto tiempo más permanecerían descuidadas las ciencias culturales, de las cuales aquella participa debiendo estar sometida a las leyes de su conceptualización científica.-

Mientras no fué resuelto el problema capital de la diferenciación entre ciencias naturales y culturales, al conjuro de las impugnaciones de Kirchman surgieron una serie de teorías con vistas a posibilitar la cientificidad de la Jurisprudencia técnica, pero con orientaciones desviadas del verdadero problema y que se produjeron en última instancia en la necesidad de revivir el Derecho Natural, para unos; buscando así un objeto "firme constante y no arbitrario ni fortuito; otros trataron de substituir la disciplina jurídica por una corriente sociológica, abandonando la interpretación y comprensión del Derecho positivo, buscando los fines y necesidades de la vida social "agente productor del Derecho y su desarrollo.-

Y en nuestro tiempo, en que aun se siente la influencia excitativa de la argumentación de Kirchman, hay autores que ocupándose del problema, insisten en la carencia de toda dimensión científica como Rumpf" y otros buscando diferentes objetos del problema y tratando de solucionarlo con substitutivos como "principalmente Huzar que trata de fundamentar y construir la Jurisprudencia como una disciplina técnica cuyo concepto dibuje como actividad intelectual distinta de la ciencia" o como Max Salomon" que proyecta una nueva ciencia jurídica distinta e independiente de la jurisprudencia dogmática, buscando un nuevo objeto para la ciencia jurídica que esté a cubierto de las objeciones expuestas substraído al arbitrio del legislador; éste objeto lo constituirían no los contenidos de las normas positivas sino los problemas jurídicos constantes de los que los preceptos históricos quieren ser intentos de solución; y la ciencia jurídica se construiría como ciencia jurídica comparada, como ciencia de los problemas jurídicos y de sus ensayos de solución".-

Pero todos estos intentos, tal vez, descubran otros ámbitos de investigación que se relacionan con el problema de jurisprudencia técnica, y a pesar de sus resultados eficaces y ciertos no solucionan con ello el problema planteado sobre si es posible una jurisprudencia técnica estrictamente científica.-

Nosotros, pensamos con insistencia en ésta posibilidad, sobre todo después de haber sido planteado nuevamente y sistematizado en las soluciones encontradas el problema de las ciencias de la cultura por la Escuela de Baden (Windelband y Rickert) y también por Dilthey;

estableciéndose por aquella distinción entre ciencia idiográficas y nomotéticas, y sobre todo en Rikert, que sistematiza en base á ésta distinción los principios lógicos de que se vale el conocimiento científico para aprehender y dominar la realidad, y en que consiste en última instancia ésta operación, como así el método histórico individualizador y la referencia á valores, como elementos característicos de la metodología para las ciencias de la cultura.-

Esto ha de permitirnos captar la misión fundamental de la Jurisprudencia técnica, como así; como corresponde realizarla en forma estrictamente científica, en cuanto se resuelve en un puro conocer, interpretar, entender, comprender las normas de un determinado ordenamiento de Derecho, indagando su sentido hasta la plenitud, y estableciendo luego en consecuencia una sistematización, de los principios jurídicos en el que la coherencia, la coordinación etc de los preceptos jurídicos.-

Así en las argumentaciones de Kirchman puede observarse que las dirige contra la " naturaleza huidiza del Derecho" con lo cual no objetaba el método que se hubiera usado para las ciencias naturales; con lo que consideraba imposible una conceptualización científica del Derecho positivo, por ser vario, mudable, huidizo y depender del arbitrio del legislador. Y esto es exacto, es la especial naturaleza del Derecho, en cuanto producto de cultura, orientado, dirigido, influenciado por valores, cuyas categorías en número imposible de establecer el espíritu humano, que crece constantemente (1) va po-

(1) Max Scheler: El saber y la cultura; Ed. Espasa Calpe. 1939; págs. 49 y siguientes. Donde expone así éste crecer constante del espíritu: " El siglo XVIII, Kant inclusive, se equivocó al no advertir que el espíritu mismo crece realmente en la historia, y que crecen sus formas-llazadas a priori en el idioma filosófico-de pensar, intuir, valorar, preferir, amar, etc.; se equivocó al suponer una constancia histórica de las formas de la razón, y no conocer sino una acumulación de rendimientos históricos, bienes y obras, sobre los cuales se erigía cada generación como sobre una montaña. No, no; existe un crecimiento espiritual-como también claro está un desmedro del espíritu-independiente de los cambios biológicos y nerviosos del hombre. He escrito hace poco: Cambios en las formas del pensamiento y de la intuición, como los que se dan en el tránsito de la mentalité primitiva (según recientemente lo ha descrito Levy-Brühl) al estado civilizado del pensamiento humano, ajustado ya á los principios de contradicción y de identidad; cambios en las formas del ethos, como formas del preferir un valor á otro (no solo de las estimaciones de los bienes, que se producen sobre la base de uno y el mismo ethos, o ley de preferencia valorativa); cambios en el sentimiento del estílo y en la voluntad artística (admitidos desde Riegel); cambios como el de la primitiva concepción organológica del mundo en Occidente (que alcanza hasta el siglo XIII) á la posterior concepción mecánica; cambios como los que se realizan al pasar de las agrupaciones humanas, fundadas predominantemente en vínculos de sangre, sin autoridad de Estado, á la era de la " Sociedad política" y del Estado o

poniendo de relieve, extendiéndose éste constante hacerse que todo transforma en un proceso permanente hacia su propio fin; de donde la verdadera naturaleza ha de encontrarse en esa su variabilidad constante cuyos conceptos inmutables habrá de investigar la razón, encontrando en el desempeño de su misión la filosofía, para darle al Derecho la metodología, en los principios fundamentales en que ha de desarrollarse en concordancia con éste movimiento progresivo del espíritu que encuentra su primera formulación en el proceso dialéctico de Hegel y su concepción de un eterno devenir, que se concreta en la distinción de las ciencias, y una particular consideración metodológica de las ciencias de la cultura en la escuela de Baden, y que en la concepción del espíritu de Max Scheler, abre un nuevo horizonte de alagüeñas perspectivas á las futuras especulaciones de la razón.- Por ello, las impugnaciones de Kirchman han quedado refutadas con el exquisito desarrollo ulterior de las ciencias de la cultura, cuya Filosofía, suministra á todas las ciencias positivas de tal naturale-

de las formas de agrupación construidas sobre " la comunidad vital " á las formas predominantemente " sociales " o de las formas de técnica predominantemente mágicas a las de técnica predominante positiva, son cambios de un orden de magnitudes (no digo de una magnitud) enteramente distinto al de los cambios que tienen lugar, por ejemplo, merced a acumuladas aplicaciones de una inteligencia ya desarrollada (como la que corresponde a la forma occidental de la Lógica), o al de los cambios de la " moralidad práctica " y adaptación de un ethos determinado a las distintas circunstancias históricas; por ejemplo: del ethos cristiano á las condiciones económicas y sociales de la antigüedad posterior, de la Edad Media y de la Moderna, o al de los cambios que se dan solamente dentro del concepto del mundo predominantemente organológico y del predominantemente mecánico. Para la sociología aplicada á la dinámica del saber, nada hay más importante que ésta diferencia: que sean las formas mismas del pensamiento, de la valoración y de la intuición del mundo las que varien, o que se tan solo su aplicación á los materiales de la experiencia sujetos á ampliaciones cuantitativas e inductivas. Habría que desarrollar sobre éste punto una teoría exacta de los criterios para determinar esta diferencia.

como dice Max Scheler(1), respecto de las esencias a priori y con carácter general "los axiomas supremos, que señalan la dirección de una observación, inducción y deducción fecundas, realizadas por la inteligencia y el pensamiento discursivo" y distinguiendo de la misión de éstas mismas esencias de éstas a priori en cuanto a la metafísica filosófica dice "Mas para la metafísica filosófica, cuyo fin último es el conocimiento del ser que es absolutamente, constituyen las „ventanas abiertas sobre lo absoluto como decía exactamente Hegel”.-

Respecto de las ciencias positivas en su aplicación de las intelecciones esenciales, a priori es donde se manifiesta el progreso o la regresión en la porción de historia en que se manifiesta, y que el conocimiento (en la forma de ciencia positiva) ha hecho de ella su objeto principal, de donde habría un doble motivo para explicar la naturaleza variable y huidiza del Derecho, en cuanto que dirigido por axiomas, que la filosofía le entrega en la metodología; axiomas que como tales son indestructibles, invariables y eternos, más no en cuanto a su número, a su cantidad, ya que el crecimiento del espíritu ha revelarnos más y más; con lo que puede producirse una alteración de grado, una nueva escala en el orden de preferencias valorativas y además en la simple aplicación práctica de tales intelecciones en cuya circunstancia, el conocimiento del mundo real contingente convertido en objeto principal del conocimiento "se realiza en la forma de un proceso continuo solo en la porción de historia comprendida en una época, constante en un sistema de intelecciones esenciales (y en su "sistema racional" correspondiente)(2)

Ahora podemos dar por definitivamente refutadas las argumentaciones de Kirchman y de von Logau, conocemos la razón y el motivo de la naturaleza huidiza variable del Derecho positivo, pero en cambio poseemos los elementos para una metodología que en conocimiento de los motivos de la variabilidad puede facilitarnos el instrumento con que habremos de considerar el material, sin alterar esa su variabilidad, en la cual reside uno de sus valores vitales, la razón de su progreso y regreso, que en última instancia constituyen la razón de su crecimiento, de su evolución y desarrollo, de su acercamiento hacia su propio fin; cualquier otra manera de considerarlo lo estancaría, habría de fosilizarse en nombre de la necesidad de que responda a un determinado método, a una doctrina elaborada a un sistema racional que se caracterizaría por constituir no una comprensión e interpretación del mismo, en la multitud de significados que encierra como ente autónomo, de su creador y del acto psicológico que sirvió para su aparición, para su nacimiento; sino en un método apegado a estos actos que, son independientes y ajenos a su naturaleza y vida, y en última instancia, permanecer mediante él aido a

(1) Max Scheler: El puesto del Hombre en el Cosmos. Ed. Lozada 1938 págs. 98 y 99.-
 (2) De lo Eterno en el Hombre (La esencia y los atributos de Dios. Ed. Revista de Occidente 1940. Madrid. pág.: 190.-

uno de los significados que ha alcanzado permanecería inmutable mutilado todos aquellos que pudiera alcanzar en concordancia, y conexión con aquellas formas que en una especulación superior se transforman, aumentan, crecen constantemente y alteran el orden de aplicación de los propios axiomas.

Corresponde antes de entrar directamente a nuestro ensayo sobre una fundamentación científica y una estructura en que a de apoyarse la misma y la posibilidad de una Jurisprudencia técnica, que veamos en conexión directa con la reseña histórica que realizabamos, -

de los intentos realizados bajo la influencia del positivismo, de una construcción de ésta naturaleza, que en razón precisamente de ser positivista, puso, de relieve toda la importancia del contenido jurídico, pero fracasó en cuanto pretendía alcanzar los principios condicionantes del mismo en su propio contenido, con generalizaciones que respondían á un número determinado más o menos grande observaciones del mismo. -

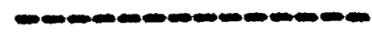
Extraen los empiristas en consecuencia, los conceptos fundamentales de la ciencia del Derecho investigando los contenidos concretos, positivos determinados, que integran un orden jurídico; tendencia que bajo la influencia del positivismo se generaliza formando escuelas; que orientada en éste sistema metodológico, varía en matices doctrinarios u orientación de sus especulaciones en los diferentes autores que veremos como representantes de cada una de estas tendencias. -

Caracterizan sin embargo á parte de su método una actitud común de éstas tendencias frente á los problemas de la filosofía, negados rotundamente, en algunas en tal forma que se llega á declarar la innecesaria existencia de toda filosofía del Derecho, y en otras que se manifiestan en idéntica forma respecto de ésta última más se apropien de sus problemas, para considerarlos mediante el método empirista, como en Merkel conspicuo representante de la Enciclopedia Jurídica, en su forma más completa y desarrollada, el cual en la forma que veremos luego, acepta el problema del concepto y de la idea del Derecho pero ateniéndose para su investigación á determinado órden jurídico y á los resultados de la historia del Derecho de un país determinado. -

CAPITULO

LA ENCICLOPEDIA JURIDICA

Sumario: Antecedentes históricos. Evolución. Varlos científico. La Enciclopedia jurídica de Merkel: el derecho. Sus caracteres. Divisiones atendiendo al sujeto, el objeto, y la génesis. La aplicación del Derecho y la ciencia jurídica. de ésta ultima, por el autor, en la mera interpretación y aplicación de la ley. La Escuela Analítica de Jurisprudencia Inglesa: Austin: principios generales.-



Pero antes de estudiar el autor citado hemos de ver la evolución y desarrollo de la Enciclopedia jurídica, porque es por demás interesante el aporte de la misma a nuestro propio tema, ya que representa así un interesante aporte a la problemática de la Filosofía jurídica en uno de los aspectos que hemos visto abandonado por completo en la reseña histórica que venimos desarrollando; en los cuales poca atención se ha reparado respecto del problema en sí de la ciencia jurídica o jurisprudencia técnica, absolvida la mente en la consideración del concepto y la idea del derecho, conceptos confundidos, identificados durante la Antigüedad, Edad Media y aun en la Edad Moderna después del Renacimiento, hasta la etapa superior de la Enciclopedia Jurídica y el renacer de la Filosofía del Derecho en que se presentan separados y exigiendo cada uno su particular investigación en razón de sus distintos fines.-

Veamos en consecuencia, como aparece se organiza y desarrolla la Enciclopedia Jurídica, cuyos antecedentes se remontan al siglo XIII aun cuando no corresponde hablar propiamente de tal cuando no en el sentido que se le ve entonces como se manifiesta en un desarrollo ulterior en que adquiere la homogeneidad de un conjunto organizado con miras científicas, con una visión propia y fines determinados.

Tal cual es el sentido de la expresión Enciclopedia, no significa una ciencia determinada, una sola ciencia, sino un círculo de ciencias, en éste sentido se empleó al decir enciclopedia de las ciencias de Bacon, de Wolf, de Comte, etc, con lo cual quería decirse una forma particular de clasificar las ciencias. Etimológicamente significa ciencia para niños y de ahí que apareciera usada en la lengua inglesa en la obra de un autor llamado Ringelberg(1) y que contenía estudios de gramática retórica, dialéctica etc; pero el origen etimológico de la palabra está en Grecia que significaba el círculo de ciencias que respondía a un programa de la enseñanza secundaria, de esa época; habiéndose usado en el mismo sentido en roma.-

(1) Kourkunov: N.M. Cours de Théorie Générale du Droit. Traducción al francés de J. Tohernoff. Ed Mo Giard et E. Brierie. Paris 1914. En la exposición de la Enciclopedia jurídica, seguimos al autor ruso Kourkunov.-

La aplicación de ésta palabra á la enciclopedia jurídica se ha realizado con el fin de expresar un resumen general y sucinto de las materias y problemas que comprenden las ciencias jurídicas todas. El primero en usarla con éste significado es Hunnius en 1638, que llama a su libro Enciclopedia jurídica; pero en cuanto á lo que contenía como tal, había sido precedido siglos antes, aún cuando la obra semejante no hubiera llevado dicho nombre, por Durantio, en 1275, primer obra, el Speculum judiciale, que puede considerarse Enciclopedia Jurídica, por el significado de la expresión, aun cuando no llevara aquél nombre; bien tampoco es completa pues solo se refiere al Derecho canónico y romano, no comprendiendo el Derecho feudal; y además en cuanto á sus fines por estar destinado no a la enseñanza del Derecho sino para los jurisconsultos en sus funciones de la vida judicial.-

Por ello á juicio de Kourkunouy es correcto establecer el origen de la literatura enciclopédica del Derecho en el siglo XVI, en cuya época se constata una gran producción de obras con carácter sistemático y metodológico que abarcan todas las disciplinas jurídicas. De esas obras la de un jurista alemán Lagus alcanzó particular estimación, considerándosele como la primera enciclopedia sistemática del derecho. Titulado Lagus methodica, juris utriusque traditio (1543); comprendía no solamente el derecho público y privado sino el derecho positivo y la filosofía jurídica divididas así: Primera parte; filosófica; segunda parte histórica. La primera parte comprendía: el origen del derecho (legislación, costumbres), el comentario y la aplicación de la ley; la teoría de la analogía y de la ficción, y en otra el Derecho Natural. En la segunda parte se ocupa del Derecho positivo, describiendo sus diversas modalidades.-

Pero aún así ha de considerarse que la Enciclopedia jurídica, desarrollada en forma completa y como se la entendió después aparece en Hunnius: Enciclopedia juris universi (1638) reeditada en 1642, 1658 y 1675 a pesar de ser considerado á juicio de Kourkunouy por los historiadores como el primero y el único; afirma el autor citado no ser esto exacto pues en Francfort apareció en 1640 una obra titulada: Enciclopedia juris publici privati, civilis, criminalis, feudalis; cuyo autor se llama Felipe Vorburg; que se compone de dos partes, figurando en la primera una recopilación de reglas jurídicas y en la segunda un diccionario jurídico, y observa así mismo Kourkunouy que existe otra obra de Vorburg de 1675, llamada Paedia jurisprudentiae que no citan los enciclopedistas en cuya obra el autor asigna a la "pedia" entre otros los siguientes fines: Primero: determinación de límites de las diversas ciencias; segundo determinación de fuentes y criterios de veracidad científica; tercero, el método científico y cuarto una tabla de libros y documentos de uso corriente; éste libro fué considerado superior al de Hunnius.-

En el siglo XVIII dos tendencias diametralmente opuestas se manifiestan en la literatura jurídico enciclopédica-dice Kourkunouy-En efecto en este siglo se produjo la ruptura completa entre las ciencias

filosóficas y las ciencias positivas; encontrándose dicho fenómeno también en los enciclopedistas, lo que fueron influenciados por una u otra corriente. La tendencia dogmática y positiva se enrola xxxxx Stephane Pütter, que publica *Entwurf einer juristischen Encyclopedie*, Gotting 1757 quien separa la metodología de la enciclopedia. Otros se enrolan en la corriente filosófica como Nettelbladt, y también Koli que escribió varios manuales enciclopédicos. La corriente filosófica nosotros ya la hemos visto en la reseña histórica anterior hasta Hegel, a partir de entonces la especulación filosófica sufre la depresión conocida, a influjo del positivismo, por lo que nosotros no haremos aquí más que seguir tratando la Enciclopedia Jurídica como nos lo habíamos propuesto, luego las demás orientaciones positivista hasta el renacer de la Filosofía del Derecho, con Stammler, cuyo antecesor inmediato es Merkel a quien nosotros estudiaremos terminada que sea la reseña histórica de la Enciclopedia Jurídica.-

En los comienzos del siglo XIX los caracteres de la Enciclopedia jurídica cambian; bajo nuevas exigencias, más elevadas, que obligan a los enciclopedistas a no contentarse con una sucinta exposición de materias de las disciplinas jurídicas; sino que aspiran a formar con la Enciclopedia una ciencia independiente con sus rasgos característicos y temas propios. Esta nueva tendencia- dice-Kourkounov- que ve en la Enciclopedia no solamente una manera particular de exponer una ciencia, sino también una ciencia distinta e independientes, se forma bajo la influencia inmediata de las doctrinas de Schelling y de Hegel que hablaron de la Enciclopedia como de una ciencia.-

La necesidad de elevar la Enciclopedia al nivel de una ciencia fué una exigencia de su destino, tendiente á obviar el inconveniente de comenzar los estudios sobre el derecho, por las ciencias especiales como el derecho político o el derecho civil por ejemplo; cuyo conocimiento o estudio supone la necesidad de conocer previamente una serie de nociones jurídicas generales o fundamentales, como el sujeto derecho, el derecho subjetivo y objetivo, la capacidad de las personas el concepto de persona etc. La historia misma del Derecho supone la necesidad de éste conocimiento, pues ella es la traducción de los fenómenos históricos jurídicos, en los cuales están dados ya esos principios generales; con lo cual se acentuaba la necesidad de un curso de introducción al estudio del derecho que no coloque en la obligación de comenzar a estudiar alguna parte de la ciencia ignorando el resto.-

Fero si bien existía ésta intención, no fué desenvuelta la idea en una forma eficaz, por haberse incurrido en la deficiencia fundamental de pretender cumplir dicha misión con un estudio superficial de todas las ramas jurídicas; lo que no podía ser de ninguna manera una seria introducción al estudio del Derecho. Un estudio racional del Derecho- dice el autor citado- no consiste únicamente en conocer la significación de los principales términos, división y ramas de la ciencia y las materias que continúe cada una de esas ramas. Ad-

quirir una noción sucinta de los detalles no es adquirir una noción del todo. Reunir las partes en un todo no es una cosa simple y fácil, mismo para aquellos que conocen las partes; con lo que el autor insinúa con razón que no se trata de una mera recopilación de conocimiento aislados correspondiente a cada división y rama de la ciencia sino que son los principios fundamentales, y necesarios de todas las ramas y divisiones de la ciencia porque son o constituyen el esqueleto, la estructura la base etc, de toda la ciencia. Y-continúa Kourkounov-una revista rápida de todas las partes del Derecho constituye una preparación más defectuosa, que un estudio especial y detallado de una rama determinada, estudio especial que suficientemente profundizado, permite estudiar una parte cualquiera en sus relaciones y diferencias con el todo. La riqueza del contenido, de un estudio rigurosamente científico -aun cuando fuere de una rama del Derecho-interesa y atrae, habitúa al método científico de observación y de análisis, en cambio un estudio rápido, resumido como un manual; es incapaz de interesar precisamente por la pobreza de su contenido, de su estudio superficial que no penetra al fondo del sujeto, y en lugar de frutos produce desengaños. Consideraciones que nos son sugeridas-dice el maestro no solo por las condiciones de la enseñanza, ya que los debutantes sienten la necesidad de concebir la ciencia como un todo, sino por las exigencias que siente también el especialista, de cualquier cuestión científica, de esta concepción del todo; porque el desenvolvimiento de una ciencia entraña con ello la especialización cada vez más sentida en mayor escala. En la legislación, como en las demás ciencias, la especialización aumenta sin cesar; y así se ha visto en la mitad del siglo varios autores dedicados a estudiar dos y tres ramas del Derecho, como por ejemplo en Zacharie que trata el Derecho Público y el Derecho privado; Heffter que se ocupa del derecho criminal y del derecho internacional; Bluntchli que escribe el derecho internacional, el derecho público y el derecho privado, notándose luego, por la fuerza de las cosas en el dominio del derecho, la necesidad de restringir el campo de sus investigaciones. Pero esta limitación de los esfuerzos a un dominio determinado de la ciencia esta concentración que exige el desarrollo de la ciencia y la especialización no deben tener por consecuencia restringir el horizonte del jurista; pues si bien estas investigaciones especiales y particulares de una materia determinada, pueden producir resultados considerables no deben alejar, y sin son bien comprendidas deben llevar a una concepción que el hombre se hace del Universo; precisamente, porque la fecundidad de un estudio especializado sobre determinada rama del Derecho, debe llevar la dirección dada por los principios generales, y fundamentales de la ciencia; considerando el desenvolvimiento de las partes no como el fin sino como un medio; considerando el sujeto de tales investigaciones especiales como fin, la ciencia considerado como un todo. Trasuntando su orientación empirista-dice Kourkounov-Para atender a tal fin debe inspirarse en una cierta concepción general resumiendo todos los progresos de la ciencia en un momento dado; pero esta labor puede realizarse sin necesidad de entrar a la especialización de una determinada rama o una visión general de las distintas ramas, menos ésta

última que es incapaz de darnos la noción de conjunto de la ciencia. Una revista rápida-dice-de este género no puede determinar las diferencias y relaciones que existen entre la cuestión particular que es objeto de estudio con las otras cuestiones científicas. Así concluye por afirmar que la enciclopedia en éste sentido no puede satisfacer las exigencias de la enseñanza y de la ciencia. Ella no nos da una noción general de la ciencia concebida como un todo.-

Estos son precisamente-continúa-los defectos de la Enciclopedia como una revista rápida y superficial de las materias, como cualquier manual de otras ciencias; con lo que se nota la necesidad de la idea de hacer de la Enciclopedia una ciencia independiente destinada a mostrar la relación general que existe entre las diversas cuestiones que las ciencias especiales estudian separadamente. Esta idea la ha estudiado Schelling desarrollándola en su "Curso sobre los estudios académicos" conforme a esa concepción del universo de donde cualquier parte está ligada al universo, él la considerando la ciencia como un organismo viviente; donde las ramas no son partes muertas mecánicas, sino partes vivias de un todo viviente; de la misma manera que los órganos de un organismo, cuyo estudio debe realizarse en relación con el organismo entero; de la misma manera no puede estudiarse una rama de la ciencia sino conocer o investigar sus relaciones con la ciencia entera. Es á este fin que debe servir la Enciclopedia-dice el autor-apareciendo no como una ciencia especial sino como las ciencias de las ciencias. La doctrina de Hegel-dice Kourkounov-ofrece una síntesis todavía más armoniosa y suadaz; para quien el universo entero no es más que un desenvolvimiento ininterrumpido, dialéctico, del pensamiento absoluto; y ha entendido en esta visión sintética á las ciencias como fases de ese desenvolvimiento dialéctico, presentado así mismo en las ramas las fases de ese desenvolvimiento dialéctico; de donde demanda la necesidad de que las ciencias sean estudiadas en sus relaciones con el todo pues no entiende por las mismas más que las fases del desenvolvimiento metódico de una ciencia única y una.-

Estas ideas de Schelling y Hegel provocaron un movimiento considerable en la literatura enciclopédica, a tal punto que la mayoría de las enciclopedias jurídicas de la época y segunda mitad del siglo se han realizado bajo la influencia de esas ideas, mereciendo citarse de las escritas así la de Karl Fetter *Der Inergriff der Rechtswissenschaft, oder juristische Encyclopädie und Methodologie* (1846) introduciendo en ella el estudio de la historia general del Derecho; como así Friedlaender: *juristische Encyclopädie oder System der Rechtswissenschaft* (1847) uno de los mejores ensayos á juicio de Kourkounov-por presentar la Enciclopedia como una ciencia particular. Las Enciclopedias que sufrieron la influencia inmediata de Schelling, como la de Rudhart: *Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft* (1823) no brillaron por sus cualidades particulares. Pero la concepción orgánica del universo, que es el punto capital de la doctrina de Schelling dió lugar-dice- a mejores Enciclopedias alemanas como por ejemplo

plo la de Arhens; Warenkönig y de Walter. En la Arhens (Juristische Encyclopädie 1857) la concepción orgánica del Universo aparece con las modificaciones que le introduce Krause, uno de los sucesores de Schelling; en Warenkönig (Juristische Encyclopädie 1853) la tendencia orgánica se aproxima á la tendencia teológica de Sthal. Todas estas Enciclopedias siguen las tendencias filosóficas de la época, pero existieron otras que no lo hicieron así, por ejemplo las Enciclopedias Jurídicas que cita Kourkunov de Falk (1821) y de Bluhme (1847).

En el periodo de 1840 a 1860 se delimita la época del mayor desenvolvimiento de la literatura enciclopédica; y el periodo siguiente comienza a declinar dicha ciencia; excepción hecha del libro de Glöschnit en 1862 que no es una exposición de la enciclopedia sino un resumen de las materias que se enseñan en la Universidad y un bibliografía no aparece en Alemania después de las obras citadas una enciclopedia que pretenda dar la visión de conjunto sino hasta 1889 en la obra de Holtzendorff que no es más que la recolección de artículos de diversos autores en la que en la primera parte aparece una breve exposición de las ciencias jurídicas particulares precedidas de un corto estudio de la historia general del Derecho por Merkel, el segundo volumen es un diccionario jurídico; y en ésta obra no puede verse una enciclopedia tal cual la concibieron Schelling y Hegel.-

Quien en 1885 ensaya un nuevo estudio sistemático de la enciclopedia jurídica es Merkel en su Encyclopédie juridique; quien no sigue la tendencia de la enciclopedia jurídica del periodo de 1850 1860, sino que sin hacer de ella una ciencia independiente, realiza una revista de las ciencias jurídicas especiales; lo que no resta su valor.-

Enciclopedia jurídica de Merkel.

Stammler ve en Merkel una de las corrientes empiristas más serias en virtud de que éste autor no desecha los problemas del concepto y la idea del Derecho sino que sostiene que para resolverlos basta atender a un orden jurídico concreto y á los resultados de la Historia del Derecho de un país determinado". Por ello a los ojos de Kourkunov, si bien se produce un desvío, que está en desacuerdo con su teoría de una ciencia independiente que lo lleva a formular la Teoría General del Derecho, en cambio Merkel se acerca ya, es un precursor, al renacimiento de los modernos estudios de Filosofía del Derecho, apuntando ya en él los problemas fundamentales del concepto y la idea del Derecho; antecesor inmediato de Stammler; si bien como éste último lo dice acertadamente: "Merkel no nos dice como hemos de obtener el método formal de ordenación que exigen los problemas filosóficos, por el simple estudio de los mismos datos concretos y limitados que se trata precisamente de ordenar mediante aquél método ni piensa para nada en ésta modalidad abstracta que condiciona necesariamente nuestros juicios y nuestros conceptos".-

Queda recalcada así la importancia que ocupa Merkel en las investigaciones generales de los jurídicos, que se sucedían bajo la influencia de la Enciclopedia jurídica, y su visión en los problemas que anticipándose a su nacimiento o renacimiento, serían propios y fundamentales á la filosofía jurídica que realiza "su renacimiento" con este nombre con la obra de Stammler: Filosofía del Derecho aparecida en.....-

Corresponde en consecuencia que no ocupemos algo detalladamente de la Enciclopedia Jurídica de Merkel(1) haciendo notar que en ella se estudia en una parte denominada Teoría General del Derecho, aunque previsibles principios fundamentales del mismo, sin llegar naturalmente a una Teoría General del Derecho en la forma que la elaborara Kourkounov, como exigencia planteada por las deficiencias de la Enciclopedia Jurídica.-

Divide su obra Merkel en dos partes; Parte General en la que figura en primer término y como punto de partida; la teoría general del Derecho a la que sigue un capítulo primero dedicado al Derecho, que trata en sus caracteres divisiones y genesis; clasificación que repite como método de estudio en el capítulo segundo aplicándolo a las relaciones jurídicas; el capítulo tercero lo dedica á la aplicación del Derecho y a la ciencia jurídica; despues sigue la parte especial que lleva como título principal y general el de: Las principales disciplinas jurídicas, con una introducción dedicada al Estado, siguiendo luego un capítulo primero dedicado al Derecho constitucional, en una sección y en otra al derecho político alemán; el capítulo segundo está destinado al Derecho privado estudiando en orden sucesivo de secciones, las generalidades del mismo el Derecho privado alemán y sus fuentes; derecho de cosas; derecho de obligaciones; derecho hereditario; el capítulo tercero lo dedica al Derecho penal dividido en generalidades; acciones punibles y punición; el cuarto capítulo trata del Derecho procesal que estudia en sus generalidades; y las relaciones reciprocas entre el proceso civil y criminal. Independientemente despues de ambas partes, estudia por separado el Derecho eclesiástico; que divide en generalidades interno y externo; y por fin el Derecho Internacional.-

No hemos de ocuparnos de su parte especial, sería tarea larga de poca utilidad, pero en cambio resulta interesante conocer las opiniones del autor vertidas en la parte general; no creemos necesario insistir en la orientación empirista del mismo, y en las características de su Enciclopedia, que al presentarla como una revista general y superficial de las ciencias o disciplinas de la ciencia jurídica, cae bajo las críticas que hemos visto dirigirse Kourkounov contra la misma por razones científicas y de enseñanza del Derecho, a las que hemos de agregar todas las que corresponden en cuanto a la consideración en la misma de temas propios de la Filosofía jurídica, que han de ser estudiados a la luz de los métodos críticos y especulativamente, y nunca buscarse en los resultados generales de la inducción, como consecuencia de la observación de los hechos, los cuales caen bajo las leyes a priori de la razón.-

Así este error se manifiesta en la primera página de la Parte general al intentar resolver el interrogante: "¿Qué es el Derecho?" partiendo de la observación de los elementos de una resolución judicial frente a un caso sometido á su decisión del cual desprende; que la decisión en cierra " una declaración en cuanto a los límites de las esferas de competencia respectivas, que para lo sucesivo deberán respetar; y los fundamentos determinantes para una conducta efectiva adecuada" asignando luego que la declaración participa del doble aspecto del deber respetar los límites establecidos; puedes dentro de esos límites atender a tu voluntad a tus intereses; de donde deduce que aparece en la primera parte como precepto en la segunda como una garantía; afirmando a continuación en correspondencia con aquellos aspectos de la decisión su carácter restrictivo y protector, con lo cual el primero, constituye el límite u obstáculo para quien se proponga exceder su propia esfera y el segundo la libertad de acción para que puede moverse dentro de esa esfera. Agrega en seguida, que la relación de vecindad regulada bajo tal actuación y en atención a esa actuación, recibe el nombre de relación jurídica, en la que distingue un aspecto de pasividad o deber y un aspecto correspondiente de poder o facultad. Lejos estamos como podrá apreciarse en éstas generalidades de la formulación del deber ser que informa todo Derecho, como su naturaleza y esencia en razón de su carácter normativo, esencia y carácter que podrá manifestarse en los hechos en la experiencia, como se manifiestan en la misma las formas lógicas, los apriori, pero que no es posible extraer fundados en la simple observación de tales hechos -

A continuación y después de manifestar que el aspecto de poder que se manifiesta en la relación jurídica " vale tanto como un derecho" derecho en sentido subjetivo "trata de la finalidad que el juez debe alcanzar con aquella actuación que lograra una convivencia pacífica y ordenada de los interesados asegurando a su voluntad y a sus intereses una esfera libre acción, apareciendo así el juez como representante de un interés común de las partes, atribuyendo al espíritu imparcial que presida aquella decisión la circunstancia de que pueda satisfacer a ambas partes y que pueda ser reconocida como norma, en razón de no ser una medida arbitraria, por una y otra parte; o lo que es lo mismo en tanto que se muestre justa. Esta actuación judicial - dice - oye pues en un sentido, bajo el prisma de la utilidad, en otro bajo el de la justicia. Se manifiesta por razón del fin a que el Juez sirve; pero solo cumple ese fin en cuanto justa. Tengamos - continua - ya aquel hecho en relación con una vida jurídica avanzada, como la que se nos muestra en los Estados Modernos, y de la que hasta aquí hemos prescindido de propósito. - Adquiere así ese hecho una significación que trasciende del círculo de las relaciones de vecindad, aunque por lo demás esa significación cambia. El juez - dice - aparece aquí no ya simplemente como representante de todos cuantos puedan encontrarse dentro de conflictos semejantes o afectados por ellos. Y ya no será el juez quien erija aquí la medida para su función. Esa medida se la ofrecerá un sistema de preceptos y

reglas, o sea normas jurídicas, a las que deberá someterse. Estos preceptos no adquieren eficacia a través de decisiones judiciales; la muestran también sobre todo de modo directo, en cuanto determinan inmediatamente la conducta de aquellos cuya esfera de acción delimitan. El poder ideológico que se traduce en esa eficacia; es lo que se llama Derecho: Derecho en sentido objetivo, y continúa su esencia propia se manifiesta plenamente, en aquella regulación judicial de límites. Lo que a propósito de ella se ha dicho, puede por tanto aplicarse, en un sentido amplio, al Derecho en general. La esencia propia del derecho manifiesta halla de ordinario en la función judicial, su más clara expresión. Y es esta a la vez históricamente, la primera forma en que llegan a desenvolverse sus elementos específicos. Así afirma podemos distinguir en el derecho como en la resolución judicial referida un elemento teórico y un elemento práctico. Pues cada uno de sus preceptos, ofrece en cierto modo, una declaración sobre los límites de la esfera humana de acción que deben respetarse, y todos ellos tienden a introducir fundamentos determinantes eficaces para una conducta en armonía con aquella declaración. Así el derecho se dirige a nuestro conocimiento y a nuestra voluntad, actua como doctrina y como poder. Aparece en el derecho el doble valor de la fijación judicial de límites aquellas: ofrece en todas sus partes y en un sentido, el valor de precepto en sentido distinto, el de garantía; su eficacia allí es restrictiva, aquí protectora fundamenta en el primer sentido un deber; en el segundo un poder en el primero obligaciones en el segundo facultades. Lo que aquella resolución judicial significa para los vecinos en litigio, es lo que significa el derecho en conjunto frente a todos los miembros de la comunidad y para la vida social que en la comunidad se desenvuelve y éstos bajo condición idéntica. En cuanto restringiéndola, garantiza a los hombres una esfera autónoma de poder y libertad, se identifica con el dios Terminus de los romanos, protector de los límites. Bajo su influjo las relaciones de la vida, dentro de una comunidad, se transforman en relaciones jurídicas. Y el orden de relaciones sociales de esta comunidad que aquí halla su base es lo que se llama orden jurídico.

Termina esta primera exposición dedicada al concepto en esta forma: Los conceptos de Derecho y relación jurídica son los conceptos centrales de nuestra ciencia. Su contenido coincide con las conclusiones de esta ciencia sobre el Derecho como poder observador y sobre las relaciones jurídicas como aquellas relaciones de la vida sometidas a su imperio.

Una amplia filosofía crítica del deber ser proyectaría un haz de luz sobre la consideración de éste problema del concepto del Derecho dejando en claro y descubierto los errores de Merkel, que por cierto no se extienden a todos los elementos por él descubiertos; y aun el deber ser de toda norma reguladora de la conducta en su aspecto jurídico, considerada jurídicamente echaría la misma luz rectificadora sobre aquellos conceptos de Merkel, a que lo lleva la inducción practicada en base a la observación histórica de las primeras manifestaciones jurídicas. Así el aspecto de justicia que exige para su

reconocimiento están reñidos con todo concepto posible de lo jurídico en cuanto que ha de servir para reconocer o conocer cualquier derecho justo o injusto, de idéntica manera, respecto de su aspecto protector.-

Ahora respecto de su conclusión del Derecho como poder ordenador, presenta un anticipo precursor de aquella escuela posterior (Vienesa) que ve el Derecho como un orden coactivo exterior, y es en cierto modo destacar el aspecto de poder y coacción que ya se había manifestado en la teoría de Austin cuando manifestaba: "Lo que el soberano permite lo manda" (1).-

A continuación analiza Merkel el derecho en sus caracteres poniendo de relieve en primer término que el Derecho se caracteriza por su actuación, y en tanto actúa. Se manifiesta primero como doctrina y segundo como poder. Como doctrina desde el momento que informa, determina, establece de que modo han de fijarse los límites de las esferas de acción de los hombres, vale la conducta jurídica que deberán observar; y como poder en cuanto exige y garantiza la observación de tales límites, la observancia de tal conducta jurídica por el predeterminada.

Corresponde según el autor analizar los principios que presiden tales doctrinas, y de que manera se manifiesta tal poder.-

A la primera contesta que debiendo regularse las relaciones entre vecinos, hombres, Estados, Iglesia, etc el contenido de tales relaciones aparece condicionado por el fin a que el Derecho sirve y por las concepciones dominantes en materia de justicia. Así ve en el Derecho un medio para fin "sirve al establecimiento de un orden pacífico y a los intereses que dentro de éste orden hallen la posibilidad de un libre desenvolvimiento, y se dirige a ese fin" pero el contenido, que es influenciado por el fin está bajo otro influjo" en cuanto tiende a establecer o hacer efectiva su armonía con las concepciones éticas dominantes, especialmente con la concepción de la justicia, exigiendo así de un modo general, la cualidad de justicia al lado de la utilidad.-

Afirma que los principios de utilidad y de justicia no se confunden lógicamente; pero existiendo entre ellos una relación entre las condiciones en razón de las cuales el contenido del Derecho cabe bajo uno u otro punto de vista, en virtud de la cual el contenido del mismo en conjunto solo se muestra como útil en tanto que es justo. Estudia luego ambos caracteres en su independencia lógica, y en su conexión causal; y afirmando la relatividad de la justicia del derecho, después de establecer aquella distinción lógica, considera que

(1) zunge O. P. El Derecho; Austin escribió hacia 1833 su obra "Determination of the domains of the Jurisprudence" (Province of Jurisprudence determined) respecto a la frase citada en el texto, si sigue que "El soberano venía a ser aunque indirectamente, el verdadero autor del common law. Si se hubiera opuesto, el derecho vigente hubiera dejado de existir. Con tal doctrina, se conservaba aparentemente incólume el antiguo concepto político del derecho. En último término, ya porque lo impusiera, ya porque lo autorizara, el Estado era siempre la fuente única del Derecho".-

la lucha en que se desarrolla el derecho, por la abtiteeis permanente entre las nuevas condiciones de vida y el derecho antiguo, relación de la personalidad individual y la unidad del Estado, diferencias sociales en razón de los méritos las obras y el valor de cada uno; todas las cuales influyen sobre el contenido del derecho, el cual se inclina a una u otra concepción lo cual le acarrea elemento de parcialidad y de injusticia de lo cual deduce la consecuencia de que el contenido del Derecho ofrezca en gran parte, la naturaleza de una transacción entre intereses y concepciones en conflicto" -transacción siempre sujeta a nuevas modificaciones y revisiones con los cambios constantes del estado social". Rechaza luego el autor las teorías que presentan identificados los principios que ha estudiado separadamente de utilidad y justicia y también aquella que los presenta separados pero sin ningún nexo entre ellos.-

A continuación estudia el segundo aspecto: el Derecho como poder en donde se pone de manifiesto el aspecto preponderante del derecho y se establecen principios donde nosotros vemos el presuncion de la Escuela á que nos refiriéramos antes en cuanto ve en el mismo un órden coactivo exterior. Aquí quizá Merkel ha sido distinguido por un acierto que no alcanzó en el análisis del aspecto anterior, en cuanto se refiere á los conceptos de utilidad y justicia y sus relaciones causales; y en cuyo capítulo los méritos más importantes consisten en destacar la naturaleza teleológica del derecho, su relatividad, y variabilidad como inherente a su naturaleza y su sentido histórico.-

Respecto del Derecho, en éste aspecto de poder destaca el carácter voluntarista del mismo diciendo: "Los preceptos del derecho son declaraciones de voluntad, que pretenden servir de norma a nuestras acciones aun allí donde no alcanzan a dominar nuestro sentir: "stat prout voluntas".-

En los preceptos jurídicos "se manifiesta una voluntad, erigida en poder de la comunidad, que exige de los miembros de ésta la conducta correspondiente a sus instrucciones, aun cuando el contenido de ellos no responda á los intereses individuales".-

Considera que una voluntad y solo una voluntad puede ordenar, permitir, obligar y garantizar; voluntad que será o debe ser distinta a la de aquél a quien se ordena o se permite, de aquel a quien se fijan límites o se procuran garantías. "Mi propia voluntad no podría otorgarme una facultad o un derecho cualquiera frente a otros, ni elevar a deberes jurídicos mis deberes". Una voluntad- en fin según el autor- que dispone de los medios de poder éticos y materiales", una voluntad cuyos imperativos son para aquellos a quienes se dirigen "motivo de una conducta adecuada, correspondase o no el contenido de ellos con sus intereses particulares". Sostiene el autor que ésta voluntad puede determinarse muy diversamente; tan diversamente como las condiciones en que es posible una función del género indicado; no cabe a-su juicio otra caracterización general del sujeto del Derecho- mejor expresado del sujeto en que se da esa voluntad- sino a firmarle como la voluntad que en una esfera cualquiera de la vida social manifiesta u-

na actuación en que se ofrezcan los caracteres estudiados. En una comunidad determinada puede ser ésta la voluntad de un individuo, por ejemplo la ~~xxxxxxx~~ monarquía absoluta—dice el autor que citamos y continúa—la voluntad del Monarca; o la voluntad de un número de personas determinadas, exteriorizable mediante ciertos procedimientos, por ejemplo de los miembros de un colegio o corporación, o la agrupación de los ciudadanos de un Estado en cuanto se manifiesta dentro de ciertas formas, o así mismo la voluntad de una mayoría indeterminada que, espontáneamente, aunque de modo constante y coaccionando a una cierta conducta individual se haga valer. Destaca luego el autor dos aspectos del poder en el Derecho en sentido de protección y de imperio, y aún cuando hace resaltar éste último carácter no llega al último reducto de la imperatividad en el sentido de que ésta se manifiesta sea en la protección sea en la garantía, sea en la orden, en el deber, en la obligación establecidas por el Derecho, que aun cuando confiera facultades, se muestra y manifiesta su imperatividad, y aquellas no es más que una consecuencia de esta última característica. Destaca en la coacción un doble aspecto de deber (en el sentido de poder ético) y una obligación en la necesidad material de una conducta adecuada (poder material del Derecho). En virtud de las cualidades que posee el Derecho encuentra—para el autor—en la conciencia de aquellos a quien se dirige, un apoyo que se traduce en su cumplimiento espontáneo y encuentra éste apoyo "aun respecto de aquellos preceptos que como injustos, lesionan a los sentimientos morales; siempre que el carácter de conjunto de su eficacia se armonice con los sentimientos y concepciones morales de los interesados, siempre que sea Derecho. En esta armonía del Derecho con los factores morales y en la cooperación de éstos factores a la obra de Derecho, se funda el poder ético, o dicho de otro modo " la fuerza vinculadora (1) de los preceptos jurídicos. Al lado del poder ético se manifiesta

(1) Es interesante conocer la conclusión de Merkel respecto de las razones y motivaciones de éste poder ético en sus manifestaciones primitivas y de los pueblos civilizados; por creerlas de tal interés, las transcribo en esta nota: "Los preceptos jurídicos solo pueden mostrar una eficacia vinculadora, es decir, una eficacia de sumisión moral ante ellos, en cuanto presuponen y consagran propiedades que moviéndonos a un sentimiento de solidaridad, ponen a su servicio las fuerzas morales de nuestra naturaleza. De las propiedades a que aquí se hace referencia se ha tratado ya, y así mismo se ha observado, como varían con los distintos pueblos e individuos y aun en los mismos pueblos e individuos con los distintos grados de evolución. Añádase ahora que idénticos factores, al entrar en juego dentro de los diversos pueblos e individuos podrán actuar de modo distinto en la conciencia de cada interesado. De aquí el diferente resultado en individuos y pueblos del juicio sobre el fundamento y condiciones de la fuerza vinculadora de las normas jurídicas. En la primera edad de los pueblos, la coacción

en el Derecho un poder material, frente a aquellos-dice Merkel- que no hallan en sí mismos motivos bastantes, ya morales, ya de egoísmos

moral que lleva a someterse a normas determinadas, la fuerza vinculadora de éstas normas, depende en general del hecho de que emanen de un sujeto determinado, o como tal aparezcan. Se ve en el precepto tal vez una expresión de la voluntad de los dioses o de los órganos e intérpretes legítimos de la voluntad divina: el sacerdote, el jefe impuesto por esta voluntad, o el antepasado objeto de veneración y de ese origen se deriva su obligatoriedad. El respeto que ellos inspiran se comunica a los preceptos real o imaginariamente emanados de ellos. El individuo de estos pueblos, no siente fácilmente la fuerza ni el impulso necesarios para examinar según su propio criterio la verdad moral y de hecho de lo que como Derecho, moralidad, religión, etc, se impone. Como los niños, que refieren la fuerza vinculadora de un precepto á la voluntad de los padres, interponiéndoselos entre el mandato y el criterio objetivo de su valor supliendo á éste la autoridad de una personalidad determinada, así a aquellos pueblos solo podrían responder invocando cualquier autoridad cuando se les preguntasen los fundamentos de su misión a una norma cualquiera. No se ofrecería aquí argumento más sólido que el de aquél cabecilla indio el rechazar la religión cristiana: "Eseria ridículo e infame que yo me eventurase a creer y obrar de modo distinto que mis antepasados".-

En pueblos donde un espíritu de investigación y crítica se muestra vivo, la cosa se presenta ya menos fácil. La indicación de un sujeto determinado, del cual emanan los preceptos jurídicos, no resuelve aquí la cuestión de su obligatoriedad y la de la fuente de éste en general. Se somete a exámen el contenido de estos preceptos, y si el valor que se atribuyen aparece justificado en algun modo, de su contenido mismo, no sería bueno y sabio un contenido inverso por el hecho de aparecer como obra de otro sujeto. Consciente o inconscientemente, llega a erigirse el propio sentimiento y la propia opinión en última instancia de estos juicios. Las nociones que llegan a formarse a propósito de aquel valor y de los factores objetivos que le determinan se condensan en la concepción de un Derecho "natural", distinto del Derecho positivo "vigente, elevándose frente á éste último la idea de justicia con valor substantivo. Se plantea así la cuestión de si es lo justo lo que ordena el Derecho, es decir la autoridad competente. En adelante, el valor ético del Derecho aparece subordinado a las opiniones dominantes en la conciencia del pueblo sobre lo adecuado a las relaciones morales y de hecho, y con éstas opiniones deberá el derecho ponerse en armonía. (Lo que justifica, la autonomía de la ley frente al acto de su creación y a lo pensado por los creadores, y su transformación en la vida jurídica, mediante la interpretación de los distintos significados que adquiere, conforme a los cambios operados en las fuerzas éticas y dominantes que influyen directamente en ella, ~~xxxxx~~ transformación que se opera con el cambio a su vez de valores o preferencias valorativas que informan toda la vida cultural). De aquí que la sin razón (violencia)

determinantes de una conducta en armonía con los preceptos jurídicos en cuya circunstancia el derecho apresta medios físicos de poder por los que impone, en cuanto sea posible, el cumplimiento de sus imperativos.-

pueda surgir Derecho, y a la vez, del Derecho, la sin razón; éste último cuando el Derecho no sigue en su evolución las concepciones éticas que prevalecen en el pueblo, esyendo éstas en oposición hostil con el Derecho, al modo de la frase de Goethe: "La razón se hace absurda, y el bien azota". Y lo dicho puede aplicarse así mismo en lo que se refiere a la posición de las autoridades mismas, a los preceptos jurídicos fundamentales que determinan quien sea el llamado a elaborar Derecho nuevo y reformar el existente. Aparece aquí también desde la trayectoria correspondiente al primer punto de vista. De las autoridades de última categoría se pasa, a través de autoridades superiores hasta elevarse a la voluntad de la divinidad, voluntad definitiva. A estados de civilización más avanzados corresponde ya la exigencia de fundamentos objetivos en justificación de aquellos preceptos fundamentales, de tal modo que a la voluntad que en ellos se manifiesta pueda consagrarse nuestro acatamiento, independientemente del nombre bajo el que esa voluntad aparezca o de la entidad del sujeto a que la autoridad pueda referirse. Porque el precepto fundamental recae: "Respetese como derecho lo que el Rey declare como tal", sería de mentalidad pueril confiarse a la fe de que ese precepto participa de una sanción sobre natural cualquiera, en tanto que un sentido más crítico investigara los fundamentos objetivos para la validez del precepto que podrá hallar acaso en el hecho de que el Rey, como factor neutral substraído a las querellas y partidismos de la vida social ofrece más garantías en cuanto al carácter neutral de normas justas en los preceptos jurídicos que de él emanen. Se ha querido derivar muchas veces la fuerza vinculadora de las normas jurídicas, de un contrato, no de un acto de reconocimiento, con eficacia ejecutiva propia, por parte de aquellos que les deben obediencia (Bierling Kritik). Pero el concepto de fuerza vinculadora implica ya el momento del reconocimiento. Decir "este precepto tiene para mí fuerza de obligar" vale tanto como decir "reconozco en él propiedades que le elevan a norma de mi conducta". Evidentemente, no puede hacerse derivar de éste reconocimiento aquella fuerza vinculadora, como no puede hacerse derivar un fenómeno de ese fenómeno mismo. No es que los individuos sientan una coacción moral a obedecer las normas jurídicas porque las hubiesen reconocidos como válidas, sino que, al contrario, el reconocimiento, esencial a las normas jurídicas, tiene lugar en cuanto por fuente diversa se les atribuye valor y superioridad. De ese reconocimiento deben distinguirse aquellos hechos que podrían determinar pro futuro fuerza vinculadora respecto de reglas que no la tienen todavía. Entre éstas, las declaraciones de voluntad que implican una promesa, expresa o tácita, de sumisión futura a la regla, o si se quiere, un reconocimiento de esta como norma para lo futuro. Pero tales declaraciones de voluntad no son ni los únicos ni los más importantes hechos de éste género. Y suponen, a su vez para nos-

En este sentido el propio Derecho, aun en el caso de la transgresión consumada, trata de evitar o por menos "aminorar" su trascendencia respecto del imperio del Derecho mismo y sus fines, así al que robó, le exige a indemnizar lo robado y a someterse al castigo que se traduce en la imposición de una pena. Consecuencias que reciben el nombre de "consecuencias jurídicas de la transgresión consumada. Son manifestaciones del poder del Derecho, reacciones dirigidas frente a las acciones de transgresión jurídica.

Distingue Merkel en consecuencia en los preceptos jurídicos dos elementos esenciales: el primero que nos dice como en cada relación obraremos en armonía con el Derecho, el segundo a que o consecuencias dará ocasión una conducta contraria; lo que supone un conocimiento de dichos preceptos que se realiza por su publicación. El primero constituye la disposición principal o primaria; el segundo la disposición accesoria secundaria o sanción de la primera. Así explica: "recepto principal: no robaras. Restituirás lo recibido en préstamo. Sanción: El que robe, sufrirá pena de prisión etc.-"

Admite que los preceptos secundarios, tengan a su vez sanciones ante las cuales aparecen como preceptos primarios, y expone por ejemplo la circunstancia de ladrón que debe restituir lo robado, tiene otra sanción si pretende sustraerse á este deber de indemnización, de lo que resulta que la distinción entre norma primaria y secundaria no es absoluta y agrega "La palabra sanción no es absoluto, justa, por cuanto que los preceptos primarios no siempre derivan de ella su eficacia y solo en parte su fuerza psicológica". Y continua que "No ha de negarse el carácter de precepto jurídico a un precepto dado, caracterizado como producto de la voluntad que en la comunidad impera y en relación con las disposiciones a que pertenece, porque carezca de sanción".-

En consecuencia para Merkel el Derecho se manifiesta por una parte como un conjunto de opiniones sobre lo que debe considerarse como útil y justo en las relaciones recíprocas de la vida social, atribuyéndole un carácter teórico á éste aspecto, cuyo sentido se dirige a la posible armonía completa entre tales opiniones. Por otra parte se manifiesta el Derecho como un sistema de declaraciones de voluntad y poder, que no tiende a exponer verdades y hacer valer juicios doctrinales "sino á organizar de un cierto modo la realidad del mundo social, cuya mira y cuyo fundamento está en la esfera práctica y no en el campo de la teoría.-"

trar la eficacia referida, la existencia de preceptos con fuerza de obligar ya. Así solo puede elevarse una regla a regla jurídica vinculadora, mediante contrato, cuando ya tiene eficacia (es decir fuerza de obligar) entre los contratantes el principio de contratación. Y si se pregunta de donde deriva su eficacia éste principio, estaremos de nuevo dentro de la alternativa arriba estudiada. Merkel: Enciclopedia Jurídica 5a. Edición. Traducción de W. Rocca. Ed. R. us 1924.-

Es precisamente en éste último aspecto, particularmente el del poder, pero con una fundamentación vigorosa y lógica que Kelsen desarrolla su Teoría pura del Derecho, que no obstante el acierto lógico en cuanto a la primacía de la voluntad en el Derecho positivo, y la consideración meramente jurídica y positiva del mismo; ha ido tan lejos, que pierde de vista muchas acertadas sugerencias de sus conspicuos y prudentes precursores. Ya veremos oportunamente, el lugar que ocupa Kelsen en la consideración científica del derecho y estudiaremos de su Teoría los puntos fundamentales que guardan estrecha relación con nuestro tema.-

Estudiados el Derecho en la forma que se manifiesta, y en sus caracteres propios de doctrina y poder, con lo que finaliza el estudio o la investigación del concepto del Derecho, Merkel estudia sus relaciones con el Estado, afirmando que éste es la Patria del Derecho, ya que al Estado la primera función que se le presenta es la de procurar dentro de su esfera de competencia la existencia de un orden jurídico y de una magistratura judicial, lo que sólo podrá satisfacer el Estado, en cuanto dentro de esa esfera posea el más alto poder.-

Inmediatamente de establecer esta relación del Derecho con el Estado, en la cual aparece manifiesta la identificación del Derecho, con la voluntad" que posee el más alto poder" correspondiendo en razón del lugar y la consideración del Estado en la vida moderna, a él tal alto poder; se explica la identificación entre Estado y Derecho positivo que hace Kelsen en su Teoría pura del Derecho, cuyo antecedente inmediato y completo se da en esta concepción de Merkel que como la de aquel es consecuencia de una consideración filosófica jurídica del Derecho positivo, más no una amplia Filosofía del Derecho, con lo cual se pondrá de manifiesto, no obstante el acierto de sus aportes lógicos reducidos a determinados aspectos de la normatividad jurídica; la insuficiencia para fundamentar, todas las soluciones que requieren los problemas planteados a la filosofía jurídica en forma integral, por la ontología, deontología y metodología jurídicas, y la conceptualización misma, que en cuanto tienen a la unidad de una concepción de la vida y del universo aun cuando en sí cada una de ellas detente una independencia y estructura lógica, indiferente y neutral frente a la dilucidación de los otros problemas; lleva sin embargo en la solución o conclusión definitiva, una referencia, un sentido, un imperceptible lazo de unión con el principio único y absoluto que informa aquella concepción del mundo y de la vida, último fundamento y razón de todo lo actuado, de la vida toda, de la vida humana objetivada de que habla Ortega y Gasset.-

El abandono de toda valoración y evaluación parte de la Teoría pura del Derecho, ha mutilado lo más exquisito de la realidad jurídica y cercenado la fase o aspecto más importante de la ciencia jurídica o jurisprudencia técnica, ya veremos oportunamente al detalle, con la exposición de la Teoría pura, las objeciones a que se hace acreedora aquí solo hemos querido poner de manifiesto sus antecedentes y elaboraciones previas a su aparición en forma tan completa y sistematizada como las formula Kelsen.-

Distinguido el concepto de lo jurídico y establecida su relación con el Estado, que en cuanto titular de aquel más alto poder o voluntad; de donde se sigue la identificación de Estado y Derecho que nos presenta Kelsen después; estudia Merkel la distinción del Derecho con la moral, la religión y los usos sociales.-

Pero en cuanto ha prevalecido en el concepto del Derecho a aquel aspecto de poder, aquella primacía de la voluntad, estudia éstas relaciones y diferencias "con influjo de otros poderes: la moral, la religión y los usos sociales, que con el Derecho pueden designarse en conjunto como "poderes éticos"-Cuya influencia recíproca y complementación mutua, de manera diversa, admite, en cuanto al "establecimiento de las condiciones para una convivencia pacífica, agregando: "Una dependencia especial existe al lado del Derecho frente a las convicciones y sentimientos morales dominantes respecto de la fuerza vinculadora de sus preceptos".-

Pero apartándose de éstas conexiones puede hacerse la distinción considerando la misma en dos aspectos o maneras en cuanto a su contenido y en cuanto a las formas de aparecer y realizarse el Derecho.

Respecto al primero ha de caracterizarlo dice la circunstancia de su doble aspecto que se presenta como límite y garantía, con lo cual establece deberes y facultades; y los primeros aparecen como secundarios y en la medida en que las facultades hallan su expresión. Los preceptos morales y de la religión, se manifiestan en un solo sentido solo ordenan restringen, delimitan y no se manifiestan como exigencias atribuidas a un tercero. El concepto fundamental de las normas morales y religiosas-dice Merkel-es el deber, sin que los deberes que fundamentan sean meras sombras de facultades correlativas. (Así cuando la moral y la religión prescriben: "amarás a tu prójimo", no dicen a éste "tienes derecho a aquel amor". Cuando el Derecho exige al deudor que pague la deuda, lo hace en atención a un derecho del acreedor).-

Es interesante destacar aquí la tesis de Merkel, respecto de las valoraciones en el terreno de lo moral, en razón de constituir el antecedente inmediato del horror sentido por la Teoría pura del Derecho a toda valoración, por tacharla de ética o política: "Lo que determina, de un modo general, en el mundo de la civilización moderna, las valoraciones y sentimientos de simpatía, en lo moral, no es la relación del acto concreto con los intereses de un tercero, del pueblo o de la sociedad humana toda, sino la relación de ese acto con un cierto estado íntimo. La clemencia, por ej. nos mueve a simpatía, en cuanto se nos muestra como expresión de un sentimiento humano; nuestra simpatía desaparecerá cuando detrás de éste sentimiento veamos un propósito torpe. Nuestro interés moral se eleva por sobre el hecho particular a su ~~íntima~~ fuente que, como algo permanente, se halla en el fundamento de la personalidad; de los cualidades de ésta dependerá la satisfacción de aquel interés. El interés jurídico por el contrario, está ligado a lo que el hecho en sí pueda implicar para los demás. Tal es el estado real de las cosas, de cuya característica no debe pasarse aquí. A la ética

.De las diferencias anotadas se corresponden distinciones en la delimitación de los deberes que éstos poderes imponen así será indiferente al Derecho que intimamente el deudor, que pago, hubiera pensado no pagar, pues si pago a su tiempo cumplió con su deber. No ocurre lo mismo con los deberes morales que por el contrario implican: "un determinado comportamiento intimo del obligado" y "el calor de la prestación de este, aquí, no está en relación inmediata, desde su punto de vista, con la significación de esa prestación para los intereses y exigencias de un tercero sino únicamente con el estado de conciencia, latente en si mismo".- Entre uso sociales y Derecho existe la diferencia que en aquellos se manifiesta el carácter restrictivo de éste, más no aparece en ellos "de modo tan característico como en los preceptos jurídicos aquella doble faz la contraposición constante entre deber y poder, de obligaciones y facultades" acentuándose tan solo el deber, y apreciando en forma más difusa el poder.

En cuanto a la forma de aparecer se distingue el Derecho de la moral y los usos sociales-segun Merkel-por el procedimiento regulado de cooperación de determinados organos de la comunidad en la elaboración y realización de aquel contenido, y, en una vida jurídica avanzada, la cooperación de determinados organos en la formación de las normas jurídicas, en su aplicación judicial y en el ejercicio de la fuerza, dentro de la medida necesaria para la efectividad de la soberanía del Derecho y la consecución de sus fines. De la peculiaridad de su contenido y de sus formas, es consecuencia el positivismo del Derecho ya señalado. También cabría reconocer un carácter positivo a las normas de aquellos otros poderes, pero éstos no dependen ya en la misma medida de las manifestaciones de una voluntad humana, eficaz como principio regulador y basada en un poder externo".-

Establece luego Merkel tres distinciones en las normas jurídicas, en razón de los diversos sujetos de que emanan; atendiendo á la diversidad de su contenido; y en razón de la diversidad de su génesis. Respecto de los sujetos diversos de que emanan se refiere al Derecho que emanan de cada Estado que se distingue del de los demás Estados, del Derecho de las comunidades eclesásticas independientes y del Derecho Internacional. Atendiendo a su contenido establece que en razón del carácter de las relaciones que en las normas se halla ordenado, condicionará el contenido atendiendo al carácter de los intereses e interesados que la sociología en su caso corresponde investigar bajo que influencia se ha llegado a este estado, en el proceso histórico de la vida espiritual. Algo se ha hecho en éste sentido. Pero únicamente son iniciaciones, puede hablarse en este punto, y esto porque la ciencia solo-muy lentamente ha podido llegar a su autolimitación para lograr ponerse en contacto con la realidad ante todo, dejando de suplantar la debida investigación de lo, que es, de lo presente, por las teorías sobre el pretendido deber ser". Se nota el regocijo experimentado por lo que es una verdadera orientación y luz en la ciencia, cuando destaca Merkel ésta separación entre la realidad jurídica y el ideal jurídico, pero no obstante su profunda y aguda investigación, no alcanzo a considerar que ambos problemas eran propios de Filosofía jurídica, e independientes, mas que excluyentes

en tales relaciones se contrapongan," y cuya esfera de competencia deban ser limitadas entre sí"; estableciendo inmediatamente como interesante la distinción entre relaciones de derecho privado y público, en razón de que en el primero aparecen intereses de esferas de competencia individual y en el segundo de intereses públicos, sobre ésta distinción realiza extensas consideraciones destacando los caracteres de uno y otro derecho.-

Conforme á los caracteres estudiados extensamente del Derecho público y privado; distingue después el Derecho supletorio y el derecho absoluto; distinguiendo al primero aquellas normas "que solo obligan a aquellos cuyas relaciones ordenan en cuanto éstos no pacten nada distinto-derecho supletorio, deferente, ius dispositivum; y al segundo normas jurídicas aplicables en todos los casos-derecho absoluto-imperativo, ius cogens en sentido estricto". Asignándole al Derecho privado en razón de los caracteres por él estudiados, la circunstancia de estar compuesto en su mayor parte por normas jurídicas supletorias, y el derecho público por ius cogens, imperativo, principalmente. Aun cuando afirma que la distinción no se corresponde de modo absoluto.-

Distingue luego normas jurídicas imperativas y permisivas; pero en el segundo carácter no debe verse normas sin los caracteres estudiados respecto á sus elementos de poder, ni en las primeras, aquel otro elemento de facultad que otorga la norma; sino que debe entenderse en el sentido de que en las segundas la función imperativa y coactiva del derecho; sin por sus caracteres de poder, se manifiesta en formas permisiva, protectora.-

Por último antes de entrar al estudio de las relaciones jurídicas se extiende en la división del Derecho atendiendo a la genesis, destacando preferentemente las formas de Derecho legislativo y derecho consuetudinario; estudiando luego las relaciones jurídicas atendiendo a sus elementos, divisiones y genesis; tratando en consecuencia del derecho subjetivo en especial y del sujeto de derecho, y más adelante los actos y hechos jurídicos como generadores de las relaciones jurídicas, concluyendo el capítulo con un estudio especial de los negocios jurídicos y otro para las transgresiones. Después de referirse á la aplicación del Derecho y a la ciencia jurídica, comienza la extensa parte que dedica a las singulares disciplinas jurídicas.-

La orientación empirista de Merkel tiene como se ve en su afán de encontrar los conceptos fundamentales y formales del Derecho una desviación feliz que podría en tanto se acentuara, rendir frutos cada vez mas provechosos y en ultima instancia preparar el camino de una verdadera consideración filosófica-critica de tales principios fundamentales. Con todo el aporte realizado es grande, si bien se apartaron de ex-profeso del derecho natural, y se dirigieron al contenido del Derecho y a los hechos, pusieron así de relieve los aspectos fundamentales y concepto formales que iban implícitos en toda experiencia jurídica, ya que éstos elementos formales y a priori, si bien son productos de la razón se manifiestan en toda experiencia.-

Así se explica como persistiendo en esa dirección positivista haya Kelsen alcanzado a formular un sistema o método puro del Derecho, con

tantos aciertos lógicos, unidos de tan valiosos antecedentes, y que nosotros hemos recalcado en la exposición de Merkel; en éste mismo sentido los esfuerzos que se sucedieron tales como la Teoría General del Derecho que estudiaremos enseguida, el Derecho Universal comparado la orientación sociológica como la Etnología o Etnografía de Post etc; realizan aportes valiosos de los cuales la ciencia ha recogido elementos que habrán de perdurar como medios o etapas superadas, pero necesarias para tal superación.-

Austin. Escuela Analítica Inglesa de Jurisprudencia.

Corresponde en consecuencia que hagamos una breve referencia a la Enciclopedia jurídica de Austin, representante de ésta Dirección de los estudios jurídicos en Inglaterra, bajo la designación de Escuela Analítica de Jurisprudencia, pero en la misma, Austin sigue la trayectoria impresa a la misma por sus fundadores ocupándose preferentemente del derecho público y sobre todo del político (1) prestando solo atención secundaria al derecho privado, que estudia para completar sus teorías referentes al gobierno y la ley. Orientación en los estudios del Derecho que se debe a las diferencias fundamentales de la legislación del continente y de Inglaterra, en virtud del sistema del common law, que reconoce gran fuerza a la costumbre, y la jurisprudencia, como fuentes principales del Derecho. A juicio, aunque aialaja del movimiento filosófico del continente, la Escuela Analítica de Jurisprudencia, "puede considerarse una especie de prólogo puesto al moderno positivismo jurídico. Como éste parte de un estudio realista de los hechos por lo menos de los coetáneos, sin dejarse influir por concepciones teológicas ni por lirismos románticos, reconoce como postulado incommovible la naturaleza animal del hombre, es decir sus instintos egoístas de bestia carnívora, que la civilización apenas disimula y palia".-

Así Bunge destaca a Tomas Hobbes, cuyas teorías hemos visto en la reseña histórica anterior; no como el precursor sino el fundador de la Escuela Analítica, destacando luego la posición opuesta de Locke, a pesar de lo cual se le puede considerar-dice- como analítico "aunque no lo fuese de una manera tan marcada; notase en éste autor una propensión ética-idealista y de carácter psicológico y subjetivo. Es menos inglés que Hobbes pero en cambio, más universal".-

Un siglo más tarde-continúa Bunge refiriéndose a los representantes de esta dirección-Jeremías Bentham trató extensamente los principios generales de la legislación, de la moral, del derecho penal y del derecho civil así como de otros temas relativos a la Jurisprudencia y a la administración de justicia.-

Pero Bunge atribuye la renovación y modernización de la teoría

política a Austin que la expuso en un estudio titulado "Determinación de los dominios de la Jurisprudencia" en la que destaca los caracteres del soberano en la sociedad, como poder superior e independiente y luego distingue cuatro formas de gobierno: monarquía, gobierno de una persona; oligarquía gobierno de varios o grupo reducido; aristocracia gobierno de una clase social; y democracia gobierno del pueblo.

En la escuela Analítica de Jurisprudencia Inglesa predomina el concepto del derecho esencialmente coercitivo e individualista; concepto que chocaba con el carácter histórico del derecho y con el régimen de derecho imperante en Inglaterra donde la costumbre juega un rol importantísimo; no pudiéndose atribuir que el derecho procediera solo de la soberanía lo cual fué resuelto por Austin con la siguiente expresión: "Lo que el soberano permite, lo manda". "El soberano venía a ser, aunque indirectamente el verdadero autor del common law. Si se hubiera opuesto, el derecho vigente hubiera dejado de existir. Con tal doctrina, se conservaba aparentemente incólume el antiguo concepto político del Derecho. En último término, ya porqué lo impusiera, ya porqué lo autorizara el Estado era siempre la fuente única del Derecho".-

La acentuación del elemento coercitivo del Derecho y su emanación de la voluntad soberana, la hemos visto en Merkel en su concepción del aspecto de poder del Derecho y la identificación de éste con la voluntad del cual emana, que en Kelsen llega a una perfecta identificación entre Derecho y Estado.-

Una orientación historicista, conciliada con la Dirección analista de la Escuela Analítica Inglesa, la introduce Sumner Maine, fundando a juicio de Bunge una escuela neo-analítica, bajo la influencia del historicismo alemán; habiendo realizado investigaciones históricas en el Derecho de los pueblos primitivos.-

Sumner Maine. Entre otros: Antiguo Derecho etc.-

LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

Sumario: Generalidades. Teoría General del Derecho de Korkounov/Ideas generales sobre su necesidad por el autor. Su orientación empírica. La noción del derecho, y la distinción de las normas. Las normas jurídicas delimitan intereses. Ley y norma. Aspecto normativo del derecho. Todo el Derecho no está en la ley para el autor. Crítica al empirismo de la Teoría General.-

La circunstancia de no poder construir una ciencia al modo como lo habían expuesto Schelling y Hegel; la Enciclopedia Jurídica, después de su xxx apogeo comprendido como vices de 1840 a 1860; abandonó la idea de constituirse en una ciencia independiente, resignándose a ser una revista resumida, sintética de las materias jurídicas que contenían las singulares disciplinas del Derecho, precediendo tal estudio de una teoría general, mínima, y sintética como vices en Merkel, donde trataba de investigarse el concepto del Derecho y la idea del mismo; pero por su orientación empirista, ateniéndose a los hechos, solo podía resultar una teoría del Derecho positivo y nunca una teoría que abarcara el Derecho todo, mucho menos aun el concepto elaborado teniendo solo en mira el Derecho positivo.-

Así fué como a la Enciclopedia Jurídica se le objetaron deficiencias que hacían necesario una nueva orientación, en razón de que del punto de la enseñanza a la cual se había reducido en los últimos tiempos resulta incompleta, ya que está anotada antes la dificultad de un conocimiento sintético resumido y superficial de cualquier material científico, por otra parte, se objetó que una cosa era enseñar el Derecho y otro muy distinto su consideración científica, el bien la enseñanza deberá seguir y ~~estará influenciada~~ estar influenciada directa e inmediatamente por los progresos y evoluciones de la ciencia.

Y por último y la más fundamental, la necesidad de crear esa ciencia jurídica a la que la Enciclopedia Jurídica, había renunciado ya consciente y definitivamente.-

Pero la Teoría general del Derecho ⁽¹⁾ en el autor que vamos a estudiar aparece con la senda pretensión de substituir a la Filosofía del Derecho y a la Enciclopedia Jurídica, por las siguientes razones: a la primera en razón de que no ha podido descubrir las fuentes profundas de la ciencia en los principios a priori, no arribando a su propio fin; la segunda que buscó un remedio al excesivo parcelamiento de la ciencia, que no lo encontró al hacer una revista superficial y sin una investigación seria como exige una consideración científica, y objetan

(1) Korkounov N.K. Cours de Théorie Generale du Droit. Professeur a l'Université de Saint-Petersbourg. Traduit du russe par J. Tchernoff, docteur en Droit. Bibliothèque Internationale de Droit Public, publiée sous la direction de Gaston Jéze, Professeur a la Faculté de Droit de l'Université de Paris. Editeurs: E. Giard & E. Brière.-1914.-

do a ambas tendencias la circunstancia de pasar por un periodo evidente de decadencia.-

Las objeciones como vemos, se acerca a la realidad en lo que se refiere a la Enciclopedia Jurídica, a la cual la Teoría General del Derecho pretende y puede en ausencia de la Filosofía reemplazar legítimamente, pero en cambio sufre una profunda equivocación cuando proclama el fracaso y la decadencia de la Filosofía, que alcanza ya resonantes aciertos y triunfos en circunstancias en que se escribe la Teoría General del Derecho, y por otra parte sufre un lamentable desvío, cuando pretende substituir a la Filosofía del Derecho buscando los elementos condicionantes y los principios uniformes y unitarios del Derecho, fuera de una amplia introspección crítica, como lo proclamara ya en su época Stamuley para encontrar los principios a priori, universales que condicionaran todo contenido. Doble error, como ciencia jurídica al arrogarse temas de la Filosofía, y como tales al someterlos a una investigación empírica positivista, con lo cual solo puede llegarse a una visión mutilada de la realidad, unilateralizada a uno de sus aspectos, particularmente a los que se manifiestan en la experiencia, ignorando aquellos elementos de validez universal y a priori que si bien se manifiestan en la experiencia toda, solo, lo hacen bajo la forma invisible que desdibuja el fuerte colorido del contenido.-

Sin embargo como la parte general de la Enciclopedia Jurídica en alguna de sus acertadas investigaciones, que hemos visto en Kerkel, al destacar aspectos sobresalientes, relevantes del derecho positivo, la Teoría General del Derecho, estudio más profundizado y completo, salvando las objeciones a que se hizo acreedora y que hemos visto recientemente; tiene en cambio la virtud de haber acentuado la necesidad de ésta disciplina para el conocimiento de los principios fundamentales del orden jurídico positivo.-

Vistos así las cosas, sin perjuicio del fundamento y validez última y las conexiones que guardan con una última y única concepción unitaria del mundo y de la vida los principios fundamentales del Derecho; la Filosofía entrega a la ciencia jurídica, elaborados sin que sea dable a esta discutir los dichos principios fundamentales, que en conjunto se exponen en una Teoría General de principios fundamentales del orden jurídico vigente o positivo, o determinado orden jurídico estudiado, estructura que informa troncalmente todo el armazón y follaje de cada una de las singulares disciplinas jurídicas; en cuanto la Teoría General que veremos se limita a destacar tales elementos, sin que averigüemos como los investiga corresponderá reconocerle el mérito de haber destacado el sinnúmero de principios fundamentales que requieren tal investigación, prescindiendo de los métodos usados y resultados a que haya llegado la Teoría General, tal cual la expone Kerkounov; por otra parte a los principios fundamentales sigue la metodología que la misma Filosofía del Derecho debe entregar la ciencia jurídica, para la consideración jurídica del Derecho, esto es en cuanto a la consideración del Derecho, dentro de las limitaciones que sufre; pero que yo creo amplia, virtuosa y difícil; el jurista debe

moverse entre el límite impuesto por un material dado (la creación del derecho por el legislador) que no le es posible modificar, o reformar, sino solo comprender, interpretar, coordinar, etc y la otra limitación impuesta por la Filosofía en cuanto a los temas que le son propios y que no le es dable invadir con una investigación empirista o dogmática al jurista; pero de la cual recibe el concepto que le permitirá reconocer la realidad a tratar, los principios fundamentales de su parte general en cuanto se presentan en forma permanente y esencial en toda relación jurídica, la metodología y por último una luz para captar el sentido del orden jurídico, en la tarea de su comprensión, interpretación coordinación etc.; la revelación de su contenido trascendental, el principio unitario y condicionante a priori, punto de referencia máxima, en cuanto valor absoluto, al que llega en última instancia, como realización absoluta, la gradación de valores que implica todo orden jurídico; en una visión ascendente; y el punto de partida en la escala de referencias valorativas, en una visión descendente que partiendo de lo absoluto (como punto máximo de perfección, más allá del cual nada hay ya) hasta el aspecto mínimo de éste valor; escala de preferencias valorativas con las cuales ha de realizarse el parangón en la interpretación del sentido de todo derecho, frente a los actos de obrar humano, frente a la conducta que cae bajo la calificación de jurídica, correspondiéndole ser juzgada en consecuencia por el Derecho positivo.-

Solo así corresponde la formulación de una teoría general del Derecho, en cuanto a estos lineamientos fundamentales expuestos por nosotros el lector juzgará, los aciertos y desaciertos de la Teoría General del Derecho tal cual la formula Korkunov, cuyo estudio iniciaremos enseguida, concurriendo por las razones que expone para justificar la necesidad de una Teoría General del Derecho.-

Constataremos-comienza diciendo- que ni la enciclopedia metódica que ha buscado un remedio a la excesiva división de nuestra ciencia, en una revista general ni los sistemas de filosofía que han creído descubrir las fuentes profundas de las ciencias en los principios apriorísticos no habiendo llegado a su fin; no pueden ser eficaces; así las literaturas-enciclopedia y filosóficas pasan por una época de decadencia.-La filosofía que tuvo sus materias propias se torna una generalización-así lo era bajo el positivismo-de las materias que tratan las ciencias particulares; en consecuencia, la filosofía del Derecho la ciencia metafísica de los principios absolutos del Derecho son poco a poco reemplazados por la Teoría general del Derecho que tiene como base el estudio de órdenes jurídicos positivos e históricos.-

Apoya sus conclusiones con la acentuación de la corriente en Inglaterra, con la nueva orientación de la Analítica Jurisprudencia bajo Austin; y la necesidad sentida en Alemania de reemplazar la filosofía del derecho por la teoría general del derecho, lo que ha habido

demonstrado Falk en 1820-1830 y en la literatura de la materia más reciente, se refiere a Merkel que había demostrado la necesidad de eliminar en todo estudio serio del derecho la filosofía, en la forma que acabamos de verlo en las páginas anteriores; sin embargo esta opinión no era unánime había aun quien sostenía la necesidad de la separación de la Filosofía del Derecho y el Derecho positivo, demostrando la necesidad de que la Filosofía investigue los últimos fundamentos de la fuerza obligatoria del Derecho del origen y fundamento del Estado etc.-

Sin embargo sostiene el absoluto reemplazo de la Filosofía del Derecho por la teoría general, o mejor expresado la identificación ambos estudios, afirmando que al expresar en adelante filosofía del Derecho debe entenderse como Teoría General del Derecho. Antes de continuar debemos poner aquí de manifiesto la similitud de éstos razonamientos y conclusiones con la primitiva posición de Kelsen, cuando aun no había limitado las pretensiones de sus sistemas reduciéndolo a una simple "teoría pura del Derecho positivo" (1) en la obra que citamos en nota; sino que aparecía la consideración y sus estudios sobre el Derecho como una amplia Filosofía del mismo, pero partiendo siempre del Derecho positivo, negando la posibilidad de una amplia filosofía y metafísica en torno al mismo, particularmente se éste último negando sistemáticamente la posibilidad de su contenido trascendental, que se manifestara en la historia bajo las formas del Derecho Natural.-

Identificada Filosofía del Derecho y Teoría general del Derecho se plantea la cuestión Korkounov sobre las diferencias que la separan la Enciclopedia Jurídica de la Filosofía del Derecho, con lo cual establecerá las diferencias con la teoría general que acaba de identificar con la filosofía; cita diversas opiniones a favor de la separación de ambas en el sentido de que la enciclopedia jurídica encontrará todos sus temas resueltos en la Filosofía del Derecho o Teoría General del Derecho, que mientras la primera es una tarea científica de investigación, la segunda es un objeto de enseñanza, no presentando los resultados definitivos de la ciencia en el estado actual; así la enciclopedia afirma y expone, la filosofía o teoría general, discute y estudia; la primera tiene un carácter eminentemente dogmático; la segunda un carácter crítico. Si la Enciclopedia se propone -afirma- preparar a los debutantes en los estudios de las ciencias jurídicas especiales, la filosofía del Derecho es la conclusión de ese estudio.-

Por último al afirmar que Filosofía del Derecho y Enciclopedia jurídica no son sino dos fases de un mismo estudio, no son más que una en el fondo, son fases de transición, dos elementos paralelos de una disciplina más general: la teoría general del derecho.-

Se ha reconocido -dice el autor que comentamos- después de largo tiempo la necesidad de una teoría general del Derecho, pero lo que no se había imaginado aun era que, en lugar de existir al lado de la enciclopedia jurídica, fuera ésta absorbida por aquella. Así en Falk se manifiesta

(1) Kelsen Hans: La teoría Pura del Derecho (Metodo y conceptos fundamentales) Editorial Revista de Derecho privado Madrid 1933.-

la necesidad de reemplazar el Derecho natural, por la teoría general, sin excluir la Enciclopedia jurídica. Pero tal opinión que proponía una generalización de los principios generales resultantes del análisis del derecho positivo no fué desenvuelta, hasta nuestros días-comienzos del siglo XX siendo desarrollada por P. Müller con muchos detalles; quien presenta la teoría general del derecho como un sistema de principios del derecho System der Rechtsgründe y destacando la utilidad práctica e inmediata para la ciencia jurídica le asigna una doble tarea a cumplir: 1º: Estudio de las especies, y hechos sistematizándolos, aplicando métodos diferentes de Derecho así constituida extrae los principios generales de derecho, los investiga en su naturaleza intrínseca y forma un sistema que es la teoría general del Derecho; los principios dominantes de éste sistema los aplica para apreciar el derecho existente y la jurisprudencia para encontrar y allanar al mismo tiempo el camino de la evolución.-

La teoría general-afirma-no puede tener una aplicación práctica inmediata a la vida, pues ella no da mas que los principios generales que rigen las diferencias de la vida cotidiana; es imposible hacer aparecer una ciencia de derecho práctico de los principios de la teoría general-se refiere al contenido del derecho-La teoría general extrae sus nociones generales del estudio estas relaciones y del derecho práctico, en el cual las mismas han tenido nacimiento. Es necesario buscar de concebir como un todo el derecho práctico y las diferencias jurídicas de la vida cotidiana, descomponiendo éste organismo general en sus órganos y elementos distintos, determinando, luego las relaciones y su influencia reciproca, las normas y los fines de cada acción así como el rol de todo y cada una de sus partes. La teoría general del Derecho-dice-verifica sobre todo el derecho positivo del punto de vista técnico y lógico, extrae los principios generales del derecho y muestra la ligazón interna; la esencia del organismo social, los elementos y principios generales de la actividad humana en la sociedad y en el Estado. Ella es en sí la piedra angular del sistema de la jurisprudencia; ella liga en un todo las partes distintas y sus contenidos variables. Para atender a este fin-expresa-debe siempre observar rigurosamente el método objetivo y evitar toda construcción subjetiva. Si en nuestros días consideraciones generales preceden el estudio de las diferentes categorías de las disciplinas jurídicas, es precisamente porque no se dispone aun de una teoría del derecho, convenientes; por lo que cada jurista siente la necesidad de exponer algunas de sus opiniones sobre el derecho(1).-

A continuación entra Korkounov a la exposición de su teoría comenzando, por estudiar la noción del Derecho en el libro primero que se compone de cuatro capítulos, cuya síntesis veremos enseguida de presentar el conjunto de su plan en tal estudio, a la noción del derecho sigue un capítulo que estudia el carácter objetivo y subjetivo

(1)Korkounov:op.cit.pags.34 y siguientes.-

del Derecho, formando con ello el Libro segundo; el libro tercero, trata de las condiciones sociales del desenvolvimiento del derecho, y el libro cuarto y último trata del Derecho positivo.-

El Estudio de la noción del derecho, comienza con una distinción entre normas éticas y técnicas. Y así dice (1): dotados de una facultad de generalización que no es propia en nuestra cualidad de seres racionales nosotros nos guiamos en nuestra actividad consciente no solamente sobre las nociones concretas sino también sobre reglas que nos muestran la línea de conducta que es necesario seguir para llegar a tal o cual fin determinado. Estas reglas-afirma-que dependen de la naturaleza de los ~~xxx~~ objetos llevan el nombre genérico de normas. Ellas varían con los propósitos, pero se relacionan a dos grupos principales las normas técnicas y las normas éticas.-

Las normas técnicas-continúa-son reglas que indican la manera de obrar para alcanzar un fin determinado, tales son las reglas de higiene de gramática, de arquitectura que nos conducen a conservar nuestra salud a desarrollar las facultades de un niño, a expresar nuestras ideas de una manera inteligible, a levantar un edificio. Hay también normas técnicas y éticas que no determinan más que la forma de los fines diferentes que se encuentran entre los hombres. La observación de cada una de ellas no entraña más que realización de un solo objeto dado distinto sin tocar a los otros fines de la actividad humana y a veces impidiendo la realización. Si el fin que una persigue es muy complejo, su realización es naturalmente determinada por un sistema complicado de reglas unidas entre ellas para la unidad del fin. Los sistemas de este género forman artes distintas, de donde proviene el nombre de las mismas normas técnicas (techny l'art.). A los diferentes fines de la actividad humana corresponden normas técnicas distintas, de ahí que los hombres actúan siempre según reglas conformes a su fin. Cada norma técnica distinta persigue un solo fin determinado, conduce a la realización de un solo fin sin tocar sus relaciones con los otros. Pero al mismo tiempo los diferentes fines de la actividad humana se relacionan inevitablemente. La realización de uno impide frecuentemente la realización de otro; el hombre limitado en sus fuerzas en sus medios exteriores y en el tiempo debe renunciar á la realización completa de todos sus fines, siendo necesario que sacrifique los fines secundarios para realizar los principales. Obligado así a adoptar entre los diferentes fines, el hombre no puede hacerlo sin un principio director que le muestre la línea de conducta a seguir, los fines a sacrificar, y los fines a realizar a los cuales ha inclinado su preferencia

(1) Korkounov: op. cit. págs. 45 y siguientes.-

en la necesaria selección que se le impone. Las normas técnicas son incapaces de responder a tal necesidad; pues mostrando las líneas a seguir para conseguir un fin cualquiera determinado, no nos dan la regla destinada a introducir armonía en la realización de múltiples fines. El hombre en su vida no puede guiarse exclusivamente sobre las normas técnicas, que solo son apropiadas para fines separados y distintos; el hombre se guía necesariamente por otra cosa, sobre un principio que determina la elección misma de sus fines que le fuerza a preferir el uno al otro. Según que los hombres sean mas o menos capaces de realizar tal o cual fin distinto nosotros juzgamos su arte y su capacidad. Después de comprender las relaciones mutuas de sus fines, de la elección, juzgamos los mejores, juzgamos lo que los griegos traducían por la palabra ética. Así las reglas que determinan la correlación mutua de los diferentes fines de la actividad humana se llaman éticas.

La distinción entre ambas reglas del obrar humano que hemos visto pueden distinguirse así a juicio del autor: las normas técnicas son las reglas a aplicar para la realización de distintos fines de la actividad humana; las normas éticas, para la realización simultánea de todos los fines humanos. De aquí no se debe deducir que las reglas éticas puedan reemplazar a las normas técnicas. Ellas no tienen el valor de una regla técnica general, ellas no pueden aplicarse a la realización de determinado fin, pues tal realización se ejecuta conforme a reglas técnicas; las formas éticas en cambio se refieren a todos los fines estableciendo la correlación mutua; ellas hacen posible la realización simultánea de múltiples fines, definiendo la forma, el lado formal de las relaciones recíprocas, pero éstos fines en si mismos no se realizan si no de acuerdo con reglas conformes a su naturaleza intrínseca. En este sentido las normas éticas se distinguen de las técnicas; como las formales de las materiales. Las normas no determinan ni la forma de la realización simultánea de todos los fines diferentes del hombre. La observación se limita a la correlación mutua de los fines a una forma armoniosa, pero no entra a la realización de su contenido. En razón de referirse a la correlación mutua de los distintos fines son permanentes o invariable al contrario de las técnicas que varían con cada fin; y así las normas éticas se caracterizan por su unidad las normas técnicas por la variedad; el hombre de una misma época puede ser dirigido o inspirado por un número de reglas técnicas totalmente diferentes.-

Las normas técnicas son simples indicaciones para la realización de tal o cual fin, siendo absolutamente libre de la persona elegirla, según el valor que de a tal fin, más respecto de las reglas éticas no ocurre lo mismo, el hombre siente la necesidad y está obligado a someterse a una regla que establezca armonía y unidad entre los diferentes fines que persigue.-

De las consecuencias de la violación de las normas éticas, mucho mas grave que la de las técnicas pues en estas el mal que ocasiona su incumplimiento afecta solo al fin a que se destinaban sin tocar los demás, deduce el autor la imperatividad de las mismas, en el fuero in-

terno del sujeto y de las consecuencias de su violación, respecto de los fines de los demás hombres, deduce que éstos afectan a todos en general en torno a los centros de actividad de la vida humana: persona y sociedad; por lo cual dichas normas existen en interés de la vida social, por lo que la sociedad vela porque cada uno cuide y cumpla con las normas éticas, y ella misma se encarga del castigo de los que la violan.-

Pero observa que estudiando las reglas técnicas se ve que ellas son en sí mismas permanentes objetivas, consecuencias inevitables de la ley (la ley natural) la causalidad; la mecánica; lo que no ocurre con las normas éticas que jamás se presentan como la consecuencia de una ley inevitable. Las reglas a adoptar para regir las relaciones entre los diferentes fines de la actividad humana es condicionada por una serie de circunstancias absolutamente subjetivas y extremadamente variables.-

Cada hombre-manifiesta-tiene sus fines y los pareciera subjetivamente y determinado a su gusto las relaciones recíprocas. El fin secundario para uno puede ser principal para otro. Las tendencias personales las nociones teóricas, las creencias religiosas, las costumbres sociales, todos éstos factores cambia al infinito los intereses humanos y las relaciones entre ellos. Ellos son la consecuencia lógica de una concepción determinada; mas bien es el sentimiento el que determina las relaciones que establecemos entre los diferentes fines que asignamos a nuestra actividad. El contenido de las normas éticas tienen necesariamente un carácter subjetivo. Se caracteriza por la existencia de múltiples apreciaciones porque es siempre motivo de controversias. Y concluye, que no es posible fundar sobre argumentos rigurosamente lógicos que se impongan a todos con la evidencia de una verdad incontestable.-

Se pregunta á cual de las normas estudiadas corresponden las normas jurídicas, afirmando enseguida que tales normas presentan todos los signos de las normas éticas "La observación de reglas de derecho no conduce a la realización inmediata de cualquier fin material. El Derecho no traza sino el cuadro en el cual pueden realizarse los diferentes fines que constituyen el contenido de la vida social. Al mismo tiempo, la observación de las normas jurídicas se impone a todo el mundo abstracción hecha de decir que se puede realizar tal o cual fin determinado. Y en fin, el contenido del derecho no es la consecuencia lógicamente inevitable de leyes naturales. Esto es evidente. La variedad y mismo la contradicción de las normas jurídicas de las diferentes épocas y en diferentes países es terminante. Pero las normas jurídicas no solo ellas las normas éticas, pues a su lado se colocan las morales que son también normas éticas. Para determinar con precisión las normas jurídicas, es necesario separarlas de las morales". Sostiene luego que demostrando como se puede realizar en general la conciliación y la armonía entre los diferentes intereses de la vida humana, se extraerá el fundamento de una clasificación natural de las normas éticas y su división en normas morales y jurídicas.-

Y expresa más o menos: en la imposibilidad de realizar todos

sus fines el hombre debe elegir los que realizara, pero para resli-
zar esta elección en medio de tantos fines e intereses distintos
necesita disponer de un criterio de apreciación, para tal preferen-
cia. Esta apreciación de fines e intereses corresponde á la moral.
No obstante las diferentes teorías todas coinciden en la necesidad
de propner un criterio tal segun el cual sea posible jungar los di-
ferentes intereses presente; a encontrar tal criterio no dedican to-
das las teorías morales. Y así cualquiera sea el fundamento de tales
teorías: la utilidad, la verdad, la armonía; la belleza, la piedad, el sa-
mor, el entizamiento inapto; no importa; cualquiera sea el fundamento
de estos principios en su aplicación práctica nos servirán de reglas
para apreciar los interes, para distinguir el bien del mal. Todas las
teorías morales en consecuencia coinciden en la elaboración de tal
criterio de selección que es muy indispensable y distintivo de las
teorías morales "Las reglas morales determinan rigurosamente la dis-
tinción entre el bien y el mal, entre lo que se puede hacer y lo que
no se puede hacer; entre los fines morales e inmorales. Ellas sirven
de principios superiores que dirigen toda nuestra actividad, de cri-
terio para todas nuestras acciones.-

Así el hombre aislado, antes de entrar á la vida social, subor-
dina su conducta a las reglas morales, estableciendo respecto de
sus fines una gradación conforme a la escala moral en la cual unce o
cuparía el último lugar y otros serían los preferidos; porque el bien
y el mal presentan una cierta graduación. Pero el hombre aislado no
puede concebirse como una realidad; toda nuestra actividad depende
de nuestra dependencia y relación recíproca de los demás hombres; sin
ellos la realización de nuestros intereses no es posible, y los mismos
intereses no permanecen ellos mismos bajo la influencia de determina-
das personas sino que están subordinadas a las condiciones de la vi-
da social; es por ello que tales intereses tienen un caracter social.
Cuando los propios intereses del hombre entran en conflicto con o-
tros miembros de la sociedad es necesario la adopción de un criterio
comun para establecer la armonía quebr ada de un orden determinado
entre los diferentes intereses lo que resulta muy difícil por su com-
plejidad. El criterio moral en estos casos no puede ser lo indicado
para resolver tales conflictos, pues no ha de ser aceptado por todos
los interesados, por cuanto pueden apoyarse en distintos criterios de
moral e incluso usar principios de distintas teorías para juzgar un
mismo caso.-

Los intereses son generalmente conocidos, pero los múltiples de-
talles del cual depende el juego que se desenvuelve en torno de ta-
les intereses queda ordinariamente desconocido, la falta de franqueza
de confianza de afección hacen difícil encontrar un criterio comun
para resolver todas estas cuestiones que sea aceptado por todo el
mundo, sino que siempre hay divergencias en las opiniones. Deviene ne-
cesario frente a la variabilidad infinita de situaciones, de prefe-
rencias personales; establecer una relación determinada entre los in-
tereses de otros y nuestros intereses personales.-

Sostiene en su teoría el autor que estudiamos, que cuando la

relaciones entre los hombres respecto de los intereses estan en conflicto pueden presentarse dos tipos esencialmente diferentes:.....

1*) Que los intereses de uno estén subordinado a los fines de otro en cuyo caso serán simples medios para sus fines, en ésta situación la relación existente entre el gobernante, el dominante y el sometido, es la misma que la que guardan las cosas y los animales respecto de las personas, para las cuales son simples medios para realizar sus fines.-

2*) Yá es posible que las personas donde los intereses se encuentran en conflicto se presenten a nosotros como reventados de la misma cualidad jurídica sin ningún vínculo de subordinación entre ellas. En éste caso no es posible resolver la cuestión por una subordinación absoluta de los intereses de una o los de la otra. Será necesario, en la hipótesis, fijar una cierta esfera en la cual cada uno de los interesados diversos podrá realizar libremente frente a otros, en otros términos la realización simultánea de estos intereses puede ser libre, se puede producir cuando su dominio respectivo ha sido previamente delimitado.-

Así la conciencia humana se ha visto obligada a elaborar normas destinadas a encontrar un criterio moral para apreciar nuestros actos; y otras para fijar y delimitar el dominio respectivo donde nuestros intereses se pueden realizar. Estas diferentes normas tienen la misma función la realización simultánea de los diferentes fines humanos. En consecuencia las normas que delimitan el campo de acción de nuestros intereses son las normas jurídicas. Pero ellas no nos dan a diferencia de las normas morales un criterio de apreciación de nuestros intereses, para la distinción del bien y el mal. Ellas fijan ~~xxxxxx~~ solamente el límite, el derecho que nosotros tenemos a la realización de nuestros intereses cuando entran en contacto con el de los otros. En consecuencia las normas de la delimitación de intereses, determinan el límite entre el derecho y el no-derecho y constituyen las normas jurídicas.

Después de esto la distinción entre derecho y moral puede establecerse fácilmente: la moral forma el criterio para la apreciación de nuestros intereses; el derecho marca los límites dentro de los cuales se desmenuen nuestros intereses. Encontrar un criterio para la apreciación de nuestros intereses es la función de la moral determinar los principios de su delimitación recíproca, es la función del Derecho. De esta diferencia fundamentales surgen las diferencias de detalle entre las normas jurídicas y morales. Así las primeras resultan preferentemente exteriores, referidas a nuestra relaciones con los otros; las morales en cambio determina nuestro deber para con sí mismos. La observación de las normas jurídicas es obligatoria por estar establecida para condicionar la oposición de intereses de varios sujetos. La norma moral que no depende de el interés de los demás tiene un aspecto preferentemente interior.-

La norma moral impone un deber rigurosamente moral; la norma jurídica establece para nosotros un derecho y un deber correlativo. La moral es una regla individual, el derecho una regla social.-(1).-

(1) Sobre estos mismos principios, se elaboró entre nosotros, una teoría completa en torno a una concepción ética del Derecho por Bunge: El Derecho que ya citamos en notas anteriores.-

Establecida la diferencia entre moral y derecho en la forma que lo hace el autor, demostrando que éste último no es un criterio para apreciar nuestros intereses sino una delimitación de su dominio respectivo se pregunta por las relaciones que existen entre la moral y el derecho.-

Las teorías individualistas del siglo XVII y XVIII-dice-nostuvieron que no existía ningún punto de unión entre derecho y moral. Uno de los primeros en sostener tal oposición de una manera precisa y evidente fué Thomaeus quien consideró el derecho de la manera siguiente: "No hagas a otro lo que no desearas que te hagan a ti" y en cambio la moral de una manera más comprensiva de todos los deberes bajo esta frase "Haz tu mismo lo que lo que quisieras que hicieran los demás hombres".-Distintos por su contenido las normas de la moral y del derecho tenían distinta aplicación. Los deberes morales en tanto que positivos no se refieren sino á nosotros mismos, no pueden enforzarse sino como consejos; los deberes jurídicos en tanto que negativos se refieren a los demás y son impuestos por un "orden" que si no es observado entraña una punición, y no pueden estar librados a la apreciación de cada uno. El poder del Estado armado de la coacción vela por la observación de los deberes jurídicos; no pudiendo atender a la esfera de deberes morales.-

Los que en el siglo XVIII-continúa el autor-acentuaron la oposición entre moral y derecho fueron Kant y Fichte. Estableció el primero como principio fundamental del derecho la siguiente máxima "Obra de tal suerte que tu libertad, sea acorde con la de los otros y de cada uno", por lo cual las normas jurídicas solo se refieren al aspecto exterior de las acciones humanas; y en Fichte mucho más riguroso en la oposición, el derecho no es más que un resultado absolutamente mecánico de la coexistencia común de muchas personas; el ordenamiento de las condiciones exteriores de la existencia común de los hombres, condiciones realizadas por la fuerza de la coacción. Esta oposición entre la moral y el derecho, afirmada por las teorías individualistas, constituyen-dice Korkounov-una consecuencia de la lucha por la libertad de conciencia y en general por la libertad individual contra los sistemas de la tutela exagerada del Estado. Esta absoluta separación hasta oponerse entre el derecho y la moral, entrañaba la aplicación de las reglas opuestas con la más profunda indiferencia de la aplicación de las reglas opuestas con la más profunda indiferencia de unas respecto de los otros, de lo cual se sigue que el derecho en cuanto solo se ocupa de delimitar la libertad exterior que los hombres; nada tenía que hacer ni preocuparse si tal libertad otorgada era ejercida de acuerdo a exigencias morales.-

Pero esta absoluta separación tenía sus grandes dificultades particularmente cuando el derecho positivo entrañaba en su aplicación una evidente injusticia-summa jus, summa injuria.-Indiferente el derecho según esto a toda norma moral, mientras el hombre no violara la delimitación establecida a su libertad, el derecho debía aceptar y tutelar incluso sus acciones inmorales; los intereses morales más elevados cedían así ante la exigencia formal del Derecho siendo sacrificados.-

A raíz de ellos se suscitó una reacción contra tal concepción, precisamente en las últimas obras del propio Fichte, que estableció la necesidad de relacionar la moral con el derecho. Agregando, luego que en la época presente todo el mundo está de acuerdo sobre este punto gracias á los esfuerzos de la escuela orgánica; y afirmando a continuación "En realidad el derecho no se separa jamás completamente de la moral, porque se funda únicamente en una norma negativa que defiende los intereses de todo atentado, de la voluntad de otros; porque el estado natural de los hombres no es el de un completo aislamiento. La constitución de una sociedad es el producto de la voluntad consciente libre de los hombres que la componen, pero depende de condiciones ordinarias, que establecen sus relaciones mutuas, independientemente de toda manifestación de su voluntad."

En tales condiciones—sostiene—no es posible establecer las normas para delimitación de los intereses sin hacer una apreciación moral de cooperación; en efecto en la legislación positiva los principios morales, que la orientan tienen una gran influencia sobre la manera de delimitar los intereses. De ahí que el derecho no se refiera exclusivamente a las acciones exteriores o al aspecto exterior de las acciones de los hombres; él tiene en cuenta más o menos, las causas interiores, los móviles.—

Seguindo ésta orientación en el sentido de relacionar la moral con el derecho, terminó por subordinarse el derecho a la moral, expresamente lo reconoció la escuela orgánica; por boca de Arhens que reconoció como motivo de la actividad de la humanidad la tendencia a la realización de un ideal humano, ideal idéntico al supremo bien de la humanidad. Esta posición fué notablemente reforzada por los representantes posteriores de la escuela positiva particularmente Jellinek que definió la correlación del derecho y de la moral como "El derecho es un minimum de ética, es decir la observancia de todas las exigencias morales cuyo cumplimiento es absolutamente indispensable a un estado determinado del desenvolvimiento social" como consecuencia para esta teoría el Derecho no es sino una parte de la moral.—

Contra esta tesis reacciona Korkounov alegando: que todo el contenido del Derecho no es determinado por principios morales; existiendo normas jurídicas que son completamente indiferentes al punto de vista moral como por ejemplo, las normas de derecho que determinan las formas de los actos jurídicos; y lo que demuestra la inexactitud de la tesis que combate—dice—es el hecho de que el derecho comprende un cierto número de reglas que tienen por objeto justamente asegurar a cada uno la libertad de sus condiciones morales.— Del momento que las convicciones morales entre los hombres no son todas iguales el derecho no puede estar destinado a la realización de un ideal moral. El derecho no puede más que fijar los límites en los cuales puede desenvolverse la actividad del hombre, tendiendo a realizar un cierto orden moral, en el cual se puede mover libremente sin entrar en conflicto con las otras concepciones morales, que pueden ser opuestas a las suyas e igualmente dignas de protección.—

Sostiene que no es posible reducir a una fórmula única las relaciones de derecho y moral, lo cual demuestra que precisamente cuanto más variadas las concepciones morales, más separa el derecho de cada una de dichas formas o sistemas de moral determinados, reconociendo en consecuencia que el derecho va formando un propio sistema de moral; así -sostiene- que las concepciones morales dominantes entre los primitivos sin discrepancias y únicas, hacían que el derecho y la moral se confundieran mientras que en las sociedades avanzadas, en razón del sin número de concepciones morales dominantes el derecho se debe apartar de cada una de ellas pero en cambio acepta e incorpora aquella parte de moral que es aceptada unánimemente por todos los hombres, con lo cual la relación entre derecho y moral será permanente y oscilante por cuanto aquel incorporará los principios morales que son comunes a todos los hombres, rechazando los que no tengan tal carácter. Pero en las fases del desenvolvimiento social más avanzado se puede producir un entendimiento general por una doctrina determinada, religiosa o moral; entonces la penetración del derecho por la moral es más firme e íntima.-

Este punto de vista entre moral y derecho, ha sido desarrollado con otro método diametralmente opuesto y considerando en consecuencia la lógica que acompaña esta relación y penetración del derecho con la moral lo que la eleva a la categoría de necesidad por Del Vecchio.-

Luego distingue Korkounov la distinción entre ley y derecho, pero en el sentido siguiente: ley en cuanto a el principio general que rige los fenómenos naturales y derecho en cuanto norma que se refiere al obrar humano con lo cual debió denominar el capítulo ley y norma.-

Y dice: "Toda norma en general jurídica o moral, ética o técnica es una regla condicionada por un fin determinado, en otros términos, ella formula aquello que es obligatorio e imperativo. Por ello las normas se distinguen de la ley en el sentido científico. La ley en el sentido científico -dice- cosa que por otra parte nosotros hemos visto extensamente ^{en} el primer capítulo de este trabajo, es una fórmula general que comprende la uniformidad constatada de los fenómenos. Elle expresa no lo que debe ser; sino lo que es en realidad; no a lo que debe llegarse, sino lo que existe. La ley no es más que la expresión general de la realidad". Por ello se puede establecer la distinción en ley y normas diciendo que la primera es imposible que sea violada mientras que las segundas pueden ser violadas. Las normas muestran como debe hacerse para atender a un determinado, pero se puede hacer lo contrario a lo establecido por la norma. La ley, al contrario no depende de la voluntad de los hombres, es independiente de esa voluntad y existe necesariamente.-

Señala otra diferencia entre la ley y la norma. Las normas-dice-guían la actividad de los hombres e indican los medios para alcanzar su fin fijan las condiciones de su acción y por ello-agrega-sirven de causa a los fenómenos que ellas producen. La ley no constata más que la uniformidad de los fenómenos existentes, no puede ser la causa de tales fenómenos. Ellas no explican porqué se producen los fenómenos sino cómo se producen; así la ley de la gravitación, nos explica cómo gravitan con los cuerpos pero no nos explica porqué gravitan. En consecuencia la oposición entre normas y leyes se destaca, en que las primeras son reglas imperativas y obligatorias, pueden ser violadas y sirven de causas a las acciones humanas; la ley en el sentido científico no es más que la expresión de la uniformidad real de los fenómenos, no admite la violación, y por sí misma, no puede ser la causa de otros fenómenos. Afirma el autor que esta definición de la ley es la aceptada en las ciencias morales e igualmente por los positivistas y metafísicos. Agregando que Lewis pone en guardia contra el error que consiste en creer que las leyes dirigen los fenómenos cuando en realidad ellas no son más que la fórmula de la manifestación de dichos fenómenos.-

Las normas jurídicas-dice-no expresan más que aquello que debe ser. Ellas pueden ser violadas y al mismo tiempo ellas las causas de los fenómenos de todos los fenómenos precisamente dont l'ensemble que constituyen la vida jurídica de la sociedad. Así ellas no pueden ser referidas a la noción de la ley en el sentido científico de la palabra.-

Esta opinión no ha sido siempre sostenida así, hay autores que han sostenido que las normas jurídicas reemplazan en la vida social, la acción de las leyes en el sentido científico; opinión fundada en el error de considerar a la ley no en el sentido estrictamente científico, sino participando de los caracteres de la norma de ahí la expresión usable en dichos autores de leyes del arte, leyes de la moral, leyes divinas, leyes constitucionales. Pero las leyes en el sentido científico no deben considerarse como la causa de los fenómenos sino como su explicación.-

Otros autores pretenden que no hay diferencias esenciales entre las reglas del deber ser y las leyes diciendo que aquello que llamamos norma obligatoria, moralidad, derecho, etc, no son más que conjeturas o hipótesis que hacemos sobre las leyes que determinan necesariamente nuestra actividad. Como se ve la aplicación más ciega y terminante del determinismo universal y la concepción mecánica del universo, que nosotros no podemos aceptar conforme con la orientación de nuestro trabajo.-

Del carácter de las normas; de las cuales participa el Derecho; cuyas diferencias de las leyes en el sentido estrictamente científico acabamos de ver, deduce el carácter relativo del derecho, y en el conocimiento de ésta relatividad finca la posibilidad de elaborar su unidad y base científica, la cual debe comenzar sobre, antes de un criterio sobre lo justo y lo injusto que declara imposible por ser absolutamente relativo, la ciencia debe comenzar manifiesta, por la investigación del concepto del derecho para separar lo que es derecho de lo que

no es derecho.-

Naturalmente que como positivista no admite la idea de un derecho natural como punto de referencia, ni como criterio estimativo del derecho positivo, por cuanto éste último lo confiesa el el objeto de de la ciencia jurídica, en cuanto a la expresión ciencia jurídica, exactamente el derecho positivo constituye su objeto, pero no puede ser éste el objeto exclusivo y toda la realidad jurídica que se presente a los ojos inquisitivos y al procedimiento crítico de una amplia filosofía del mismo.-

Termina manifestando que la distinción entre justo e injusto es puramente relativo, y es en base á éste que se puede establecer una noción única del derecho puede abarcar todos los fenómenos jurídicos; ganando la ciencia unidad en la construcción. La opinión es general- manifiesta- en que la ciencia del derecho no debe estudiar sino el derecho. Admitido que el derecho es relativo es imposible restringir el objeto de la ciencia jurídica a tal o cual forma de delimitación de intereses (derecho subjetivo, derecho privado, etc). Si el derecho es integramente relativo no hay ninguna razón de excluir del círculo de fenómenos que la ciencia del derecho estudia, las normas de delimitación de intereses, cualquiera que sea su modo de construcción normas establecidas, sea por los representantes de la autoridad social, sea por las costumbres o bajo la influencia de las ideas que los hombres tienen del derecho. Ciertamente -dice- la noción subjetiva del derecho es relativa y en ésta relatividad encuentra la razón de no admitir la existencia de ese derecho al lado del derecho positivo que es el objeto de la ciencia del Derecho. Pero si el derecho es todo relativo dice que es necesario las nociones del derecho mismo en las normas de delimitación de intereses elaborados por la ~~conciencia~~ conciencia individual. Ella dará a la ciencia del derecho una más grande amplitud, una más grande unidad, una base más sólida, porque las ideas del derecho que se manifiestan en la costumbre y en la legislación siendo elaboradas sobre todo por la ~~conciencia~~ conciencia individual sobre todo, y la teoría jurídica que desprecie ésta fuente del derecho no puede explicar el nacimiento y el desenvolvimiento del derecho. Definiendo el Derecho como la delimitación de los intereses -dice- admite la compleja relatividad del derecho. Esta definición manifiesta en forma optimista- abarca todas las delimitaciones de intereses cualquiera que ellos sean del punto de vista subjetivo, justos o injustos, de cualquier manera que ellos sean establecidos, por la costumbre, por la legislación, por la práctica jurídica o por la noción subjetiva del derecho.-

Reconoce que su definición no será aceptada por todos, porque dice que es difícil, imposible encontrar tal asentimiento general en torno a una sola definición del derecho. Se propone en consecuencia a continuación hacer la crítica de las demás definiciones realizadas ya partiendo de la materia ~~jurídica~~ jurídica, de sus fuentes de nacimiento o de sus modos de realización, de las cuales se diferencia su definición no cayendo en tales defectos.-

Respecto de los autores que definen el derecho teniendo en cuenta su propia materia considera imposible una definición estable en razón de la variabilidad de tal materia, siendo solo posible si ésta fuera identi-

ca y única en todas partes y en todos los tiempos, lo que no es así, y luego se extiende en extensas críticas á la definición de Kant que las conceptúa "normas de libertad" haciendo resaltar el carácter y la influencia del individualismo de tal concepción, y la circunstancia de no ser exacta en cuanto que se refiera a todo derecho por cuanto no podría entrar como derecho en tal definición todo aquello que jurídicamente regula las Costas en Oriente, y todas las disposiciones y el sistema jurídico que reconocía, legislaba y reglamentaba la esclavitud en la antigüedad y la Edad Media. En verdad el derecho restringe, reglamenta, garantiza etc, la libertad-dice-pero no da el concepto de derecho que permita separar esto de lo que no es derecho.

Los autores que definen el derecho según sus fuentes; se oponen a toda forma idealista y lo definen como normas establecidas por el Estado otras como la fuente de la sociedad; pero en ésta escuela se manifiestan dos tendencias; una que recala la necesidad de una idea de justicia (Sthal) considerando el Derecho positivo una cosa diferente de aquella. -

La otra corriente es la realista que no pretenden demostrar la existencia de un principio absoluto de justicia. Considera necesaria solo la investigación del Derecho positivo, por método naturalista. Para ella la forma palpable del Derecho es la ley y la identificación de la una y la otra es considerada como una exigencia del método positivo. -

El autor estudia las razones expuestas por ésta tendencia para admitir la identificación entre el Derecho y la ley comprendiéndolo como un orden emanado del órgano supremo de la autoridad del Estado. Opinión que tuvo su expresión más vigorosa en Schein. El Derecho según su definición es una norma establecida por el Estado y no por los individuos; al mismo tiempo, éste no es un orden obligatorio al Estado para conformarse a determinados principios, la norma indica solamente como actúa ordinariamente el Estado. El Derecho es para el Estado, lo que para el individuo el conjunto de principios que el se da y se impone para sus acciones y que observa involuntariamente. Schein -dice-Korkounov- no entiende por Estado la sociedad toda entera, sino solamente el gobierno, los órganos de la autoridad. -

El derecho privado lo mismo-continúa-se considera como un conjunto de norma dictada por el Estado. Todas las reglas del Derecho civil no existen más que para servir de norma á los actos del poder judicial. Por la ley el Estado anuncia solamente que el entiende seguir el porvenir de ciertos principios que determina. Esta definición -sostiene el autor que estudiamos- en el fondo es la negación del Derecho; las acciones del Estado son ^{en} el fondo acciones de los hombres que son considerados como los órganos de la autoridad, su naturaleza psíquica no cambia por ellos; y se guían en sus acciones por reglas éticas y técnicas. -

El jurista que identifique el derecho y las leyes positivas -dice Korkounov- no debe dejar de examinar la cuestión de la formación de las leyes; y debe investigar y distinguir las condiciones de la primera formación de las leyes positivas, y la formación de las mismas en

los tiempos modernos. Esta investigación ha de llevarlo sin duda a la conclusión de que es imposible de meter todo el derecho entero en la ley. La historia nos muestra que las primeras leyes no eran más que costumbres registradas y conservadas en el procedimiento judicial de la época; siendo objeto de adiciones particulares y cambios lo cual presupone necesariamente su existencia. Así vemos que la ley no se separa de la costumbre más que del acto exterior de la confirmación de ésta última por la autoridad del Estado. En consecuencia las condiciones de la formación de la legislación no permiten identificar el Derecho y su forma particular la ley; y obligan a reconocer como ley las costumbres consideradas del punto de vista jurídico.-

Otros autores-dice luego-definen el derecho como "normas coercitivas". Se admite generalmente que la coercibilidad es un carácter distintivo y esencial del Derecho.-

Sostiene el autor que ha contribuido a exaltar éste aspecto del Derecho la oposición entre moral y derecho como se presentó en Thomasius, Kant y sobre en Fichte, fundándose en que lo moral se refiere a lo interior y el derecho ó lo exterior; diferencia acentuada con la concepción de Descartes en el sentido de que materia y espíritu son dos substancias diferentes. Así vida interior y vida exterior son polos opuestos en consecuencia el orden exterior del Derecho no puede ser mantenido por agentes interiores; él se apoya sobre la fuerza exterior, sobre la coacción.-

Entre la coacción-dice-y las fuerzas de la vida interior, no hay nada de común, ninguna transición que las una; en consecuencia la coacción no puede tener ningún fundamento interior psíquico; ella constituye la base independiente externa de la acción del Derecho.-

Tal es la consecuencia- a juicio del autor-necesaria de la delimitación rigurosa y absoluta de los esferas interiores y exteriores de la actividad individual. Esta delimitación, no es aceptada por la ciencia moderna. Sabemos que nuestra vida moral depende de nuestra vida psíquica, que los fenómenos psicológicos degeneran siempre en fenómenos psíquicos, los psíquicos en psicológicos; luego la delimitación rigurosa es imposible. En una palabra el aspecto moral y físico de nuestra existencia no son dos partes perfectamente delimitadas; al contrario ellas se penetran por así decir la una en la otra, ellas se tocan en todo momento(1).

Luego trata de refutar la tesis de Ihering en el sentido de que el derecho no tiene como carácter fundamental el atributo de la coercibilidad ni es general de los fenómenos jurídicos(2). Termina el capítulo con un análisis de las concepciones formales y utilitarias de Derecho, particularizándose con la tesis de Ihering, la cual nosotros veremos a su turno más adelante.-

(1)

(2) El carácter esencialmente coercible del derecho es admitido por toda la filosofía jurídica actual.-

Para luego una sumaria revista a todas las concepciones sobre el derecho natural haciendo luego la crítica de las mismas; para ocuparse después del problema de las fuentes originarias del Derecho.-

En el capítulo siguiente se preocupa del estudio de la clasificación del Derecho del punto de vista objetivo y subjetivo, estudiando las normas jurídicas y sus elementos, materia y sanción, actos jurídicos, hechos jurídicos, sujeto y objeto del derecho terminando tal capítulo con la clasificación del derecho en público y privado según la materia; la clasificación formal y la distinción entre el derecho público y el privado.-

Estudia a continuación las condiciones sociales del desenvolvimiento del derecho, la teoría mecánica, orgánica, la naturaleza de la sociedad; la naturaleza psíquica de los individuos, la libertad de la voluntad, la sociedad y el individuo, el derecho y el orden social, las formas de agrupamiento humano finalizando el capítulo con la noción del Estado, la autoridad del mismo, los órganos y la formación del Estado, organización, poder y Derecho.-

La parte final de la obra es un capítulo dedicado al Derecho positivo en la que se destaca la intención del autor en el sentido de substituir, con su teoría general á la Filosofía del Derecho incluyendo en ésta á la Enciclopedia, pero nunca limitarse á una exposición del Derecho positivo tal cual y se presenta, sino que realiza una amplia consideración del Derecho aunque en forma empirista como hemos visto.-

Todas nuestras consideraciones sobre los empiristas, caen sobre las teorías de Kourkounov respecto del método usado y sus conclusiones.

Sobre las relaciones de la moral y el derecho, véase Del Vecchio donde se destaca perfectamente ésta relación íntima, á tal punto de considerar de que son dos aspectos de considerar el obrar que sólo tienen diferencia cualitativas, y no cuantitativas; tanto uno como otro consideran todas las acciones, aunque desde un punto de vista diverso. Filosofía del Derecho pags. 408 y sts.-

La Ciencia del Derecho Universal Comparado.-Teoría de Kohler:Filosofía del Derecho e Historia del Derecho.-

En la teoría de la Ciencia del Derecho Universal comparado, se propugna por el estudio de las manifestaciones empíricas de todo el Derecho que conoce la Humanidad, por pueblos y naciones; de modo que por medio de este estudio universal, sea conocido por todos el derecho de los demás pueblos y la concordancia que con él guarda al propio Derecho.-

Entre las principales finalidades que se le asigna a parte de la fundamental que dejamos expuesta, consisten en poner en evidencia y coordinar en forma sistemática los materiales que inspiran la sanción de los códigos y leyes nacionales, como paso previo, o transición, para la consideración de los derechos de otros países como así en consideración por continentes e incluso intercontinental.-

Todas estas finalidades primordiales conducen al investigador de la Ciencia del Derecho Universal Comparado a la consideración de un posible derecho comunlegislativo, según los quería Lambert en reemplazo de la concepción de Salicrú(1) que fijó como objetivo del Derecho comparado "un fondo común de la humanidad civilizada".-

Pero tanto la expresión de Lambert como la de Salicrú estaban destinadas preferentemente a la consideración del Derecho privado, y correspondió al primero además establecer una distinción entre la Historia Universal del Derecho y la legislación comparada, dos actividades científicas, que si bien podían auxiliarse e incluso usar en el mismo método o sea el comparativo, diferían en cambio en cuanto al material de sus investigaciones y a sus finalidades propias individualmente.-

Por eso dice el Dr. Nuñez refiriéndose a esta distinción: "La expresión "Derecho comunlegislativo" que Lambert adoptó, nace de la composición de lugar que se hizo al verificar que con la denominación anfibiológica de derecho comparado se comprendían dos disciplinas relacionadas únicamente por un rasgo externo o sea el empleo del método comparativo.- Beneficio ponderable prestó cuando hizo la distinción entre historia comparativa y legislación comparada.- Si la primera es una ciencia en la acepción técnica de la palabra, la segunda es "uno de los órganos de revelación, de creación o de aplicación del derecho".-

LA TEORÍA DE KOHLER.-

En la teoría de Kohler la orientación está dirigida a la historia del derecho, y no en el sentido del Derecho comparado tal cual lo entendía Lambert al establecer la distinción que vimos antes; no obstante en ello Kohler expresa(2) que a la Historia del Derecho Universal del Derecho suele llamarse también Ciencia del Derecho comparado; y no hace al respecto ninguna distinción, la cual debe colegirse al referirse el autor

(1) Directivas del Instituto de Derecho comparado de Córdoba.- Por el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Dr. Jorge A. Nuñez.- Revista la Ley. Tomo 19 Sección Doctrina páginas 98 y siguientes.-

(2) Kohler : Filosofía del Derecho e Historia Universal del Derecho páginas 43 y siguientes.- Ed.

tor al objeto de tal Ciencia.-

Por lo demás esta investigación del Derecho en su aspecto histórico y universal tiene en Kohler una finalidad mucho más elevada, es decir que ha de constituir tal investigación la base de toda Filosofía del Derecho por cuanto afirma: "Una Filosofía del Derecho que pueda servir de apoyo al Derecho, necesita penetrar a través del fenómeno en un orden más profundo".- Más sin embargo no ha de entenderse que el autor que citamos tratara de subyugar la Filosofía del Derecho a las manifestaciones empíricas del mismo, pues solo admite aquella como base de su conocimiento aun cuando estructure luego los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica -incurriendo en error- en forma de categorías históricas; pero salvando su concepción del problema transcribimos un parágrafo que creemos aclara mucho sobre las ideas que el autor se había hecho al respecto "Una Filosofía del Derecho no es tampoco posible sino sobre la base de una Filosofía idealista.- No puede apoyarse en la Filosofía positivista que, descansando en errores Kantianos, supone, no nos es dado ver más allá de los fenómenos del mundo ni puede edificarse sobre el materialismo, que no reconoce cosa alguna sobre el mundo fenoménico".-

Entrando luego a considerar, antes del objeto, la finalidades que le están reservadas a la Historia Universal del Derecho dice Kohler: "Ha de mostrar esta como el derecho se desarrolla en el curso del tiempo, y tiene que exponer en combinación con la Historia de la civilización, que con secuencias culturales ha sido enlazadas con el Derecho y como este ha condicionado las existencias culturales de un pueblo y fomentado el progreso de la civilización.- Cuando hayamos alcanzado ese punto-afirma- tendríamos que enseñarnos la Filosofía del Derecho cual es la función que el orden jurídico ha desempeñado en la evolución teleológica del proceso universal, y cual ha de desempeñar aún bajo las diferentes relaciones del cultura; que fines debe alcanzar la humanidad, bajo la protección del Derecho, y como este toma parte de esta manera, en la determinación última del destino del mundo.- Sin Historia Universal del Derecho es tan imposible una verdadera Filosofía jurídica, como sin Historia universal una Filosofía de la Humanidad, y sin lingüística una Filosofía del Lenguaje. Por eso todo lo que se ha producido antes de la aparición de la Historia Universal del Derecho, pudo solo tener el carácter de Filosofía jurídica y llevar ese nombre cuando un Filósofo como Hegel suplió, en cierto modo con una mirada intuitiva en el orden universal lo que le faltaba de conocimientos positivos. Es por otra parte enteramente errónea la concepción de que el tiempo presente no es apto para la Filosofía del Derecho. Todo lo contrario solo ahora nos hallamos en sazón y solo ahora podemos realizar algo que represente una digna continuación de la gran obra de Hegel".-

Hace una serie de consideraciones luego sobre la necesidad de la Filosofía, y en contra de quienes piensan que la Historia Universal del Derecho carece de importancia para aquella rama del conocimiento; separa luego la Técnica jurídica de la Filosofía del Derecho y por fin considera el objeto de la Historia Universal del Derecho en la forma que veremos en los parágrafos siguientes.-

La Ciencia, que estudiamos "que suele llamarse también Ciencia del Derecho comparado; tiene por objeto la investigación, hasta donde sea posible, del Derecho e investigarlo, no solo por lo que se refiere al orden jurídico, sino también a su actuación en la vida jurídica subjetiva. Es campo infinito.- En muchas partes insondable por haber desaparecido las huellas".-

Comprenda -continúa- las investigaciones etnográficas: los pueblos y primitivos nos ofrecen todavía un contenido inagotable de derechos y usos jurídicos, y solo se necesitan investigadores que nos den noticias claras y suficientes de ellos.- Los pueblos civilizados también legaron monumentos jurídicos.-

Sobre este último particular hace una extensa cita de los mismos referentes a los restos del Código penal azteca del rey Netzahualcojotl; los monumentos jurídicos babilónicos y asirios; el Derecho Germánico del tiempo de Carlomagno; los documentos jurídicos egipcios; el Derecho griego; del antiguo derecho eslavo la legislación de Jaroslaw y en el derecho celta las llamadas Brehonlaw.- De los pueblos de Asia oriental -continúa- y en cuanto se hagan asequibles todos los antiguos monumentos jurídicos japoneses y chinos con lo cual -afirma- gozaremos de un nuevo cuadro de la evolución del Derecho en aquellos países.- Por todas partes en fin -dice- una masa de manifestaciones del espíritu humano y un conjunto de tendencias tratando de subvenir a las necesidades de la vida y a los impulsos de cultura, mediante la formación del Derecho y la aplicación de la instituciones.-

Si se quiere por tanto conocer la vida jurídica -afirma como conclusión- de un pueblo, no cabe limitarse a las fuentes del Derecho; hay que considerar también especialmente el llamado estilo de los documentos; hay que saber como celebra el pueblo sus negocios jurídicos; y si son unos u otros, mas o menos frecuentes.- Por eso es el conocimiento de los documentos jurídicos de un pueblo tan importante como el de sus fuentes de Derecho.-

Más adelante el autor vincula el Derecho con las restantes manifestaciones culturales de los pueblos para desentrañar el sentido del propio Derecho y dice: Pero nada se consigue con el conocimiento del Derecho externo, tenemos también que elaborarlo. Esta elaboración ha de ser ante todo analítica, necesitamos descomponer la materia jurídica en sus elementos constitutivos; porque solo esa descomposición nos dará la posibilidad de construir cada institución y poner de manifiesto las partes de que se compone. Así se podrá separar lo esencial de lo accidental.- Esto es absolutamente indispensable cuando se trata de derechos nacidos concretamente en el pueblo y que viven y se desarrollan con la costumbre.- Esta aquí el Derecho amalgamado con una masa de elementos artísticos, religiosos y en general espirituales y no podemos conocerlo si no lo emancipamos de tal unión.- Este trabajo que está ahora hemos descrito es puramente jurídico; pero es insuficiente, sobre todo si la Historia Universal del Derecho ha de constituir la base de la Filosofía del Derecho.- Necesitamos en tal caso poner en relación el Derecho con los restantes elementos de cultura especialmente con las creencias y con la historia económica del pueblo.- También el carácter etnográfico de este, sus inclinaciones y antipatías y su sentido idealista o anti-idealista, necesitan tenerse en cuenta y serán apreciables en la configuración de la vida jurídica.- Con estas investigaciones -concluye- queda cerrada la Historia Universal del Derecho. Pero con ella está también colocada la base y la Filosofía del Derecho puede desempeñar su oficio.-

El Derecho Universal comparado segun la exposicion de Giorgio Del Vecchio

Escribia Del Vecchio(1) ^{en} ~~max~~ el año 1911 sobre el particular iniciando su discurso con la afirmación de que ya nadie sería capaz de rebatir que es científicamente admisible y necesaria la exploración del derecho positivo de todos los pueblos y de todos los tiempos" con lo cual se conseguiría a juicio del maestro demostrar la evolución pasando de las etapas embrionarias a las superiores y en cuyas manifestaciones empíricas se comprobaría como se dan las necesidades y exigencias del espíritu humano, indagadas por la libre especulación filosófica.-

Considera que han atentado contra su establecimiento objeciones que solo se refieren a la dificultad de la investigación y a los límites de la misma, pero no a su valor en sí; tales objeciones que segun el autor son prejuicios de los cuales se ^{va} librando paulatinamente el pensamiento científico y que en lo fundamental se expresan así: que el ideal de una investigación fenomenológica total sería imposible por haber desaparecido pueblos y documentos; que muchos investigadores y pensadores exaltan el elemento racista unilateralizándose con el Derecho de los pueblos de la raza a que pertenecen; que aun cuando no partan de ese prejuicio, influye en los pensadores el derecho positivo del pueblo a que pertenecen; la tradición constante "que hace que el estudio del derecho romano sea todavía considerado como el único o casi único fundamento de la cultura histórico jurídica ~~max~~ en general" o atribuir a su estudio una preponderancia que raya en la exclusividad, sobre los otros derechos; al extremo que en la escuela histórica el derecho romano ocupa el lugar del derecho natural contra el cual iba dirigida.-

Por otra parte considera Del Vecchio que "aquellos que se conoce con el nombre de Sociología, muchas veces solo es una colección de datos empíricos, lógicamente, debieron incorporarse a la ciencia del derecho universal comparado y que si generalmente se excluyen de la jurisprudencia, se debe tan solo al concepto demasiado restringido que aún se conserva de esta ciencia".-

Todas estas objeciones que realmente se pusieron por mucho tiempo en nombre de principios éticos, por razones de exclusivismo, por errores sobre el valor del propio derecho; han caído por la acción demolidora del tiempo y de la propia ciencia, que ha revelado lo inconsistente de las mismas, incluso el estrecho límite señalado a la jurisprudencia; por lo que siendo ello tan evidente evitamos las referencias sobre la extensa argumentación que en su contra hace el Maestro.-

No ocuparemos en cambio de sintetizar aquí el pensamiento del filósofo de Roma en torno a los principios lógicos y metodológicos con que operaría aquella ciencia del derecho universal comparado en torno a su objeto.-

Debe partir del principio -afirma- de que todo el derecho positivo de cualquier tiempo y pueblo, por lo mismo que pertenece al orden de los fenómenos es un hecho natural, es decir determinado por suficientes causas y en conexión con cualquier otro aspecto de la realidad de experiencia; principio que deberá considerarse supuesto y cuyo fundamento no incumbe indagar a esta ciencia.-

Consecuencia de tal principio es que ninguna institución jurídico-positiva deba considerarse como prototipo con respecto a las otras sino que deben considerarse todas igualmente y analizadas en los coeficientes históricos que las han producido.-

Ninguna institución debe eliminarse, pues para la comprensión de la expresión moderna de la misma debe tenerse presente —siempre ateniéndonos a lo expuesto por el autor— que cualquier determinado momento de su desarrollo, por avanzado que sea, resume y compendia en sí los anteriores, de donde resulta que el derecho de un pueblo siempre conserva restos y señales de las ya pasadas fases, sin excluir las más remotas.—

Señala luego la insuficiencia de este principio para constituir una ciencia de la fenomenología, pues el mismo solo señala la condición genérica de la investigación, ~~maxim~~ en cuanto tiene carácter empírico, no así su condición específica en cuanto tal investigación tiene por objeto los fenómenos de derecho y no otros.—De lo cual deduce la necesidad fundamental "de determinar lógicamente lo que se ha de entender por derecho, o sea los elementos de que esencialmente depende el carácter jurídico de un fenómeno.—A esta experiencia no la contradice el hecho de la conexión e interdependencia efectiva de los fenómenos en general, ni tampoco el hecho de que un mismo fenómeno pueda asumir varios significados, según que se le considere bajo uno u otro aspecto; porque lo que se quiere conocer es precisamente el aspecto jurídico de la experiencia, por lo cual este punto de vista debe estar previamente definido y afirmado.—La definición por su misma naturaleza, rebasa la indagación empírica que, como tal, atiende a recoger del derecho los fenómenos particulares y concretos y no la forma lógica universal.—Esta, por sí misma, es materia de pura especulación; pero sin embargo, conviene presuponerla y tenerla presente, aunque solo sea sobreentendiéndola, en todo el curso de la indagación.—La recolección de los fenómenos de derecho no sería posible sin la guía y sin el fundamento de un esquema conceptual, que por lo menos, debe estar en nosotros ya latente al iniciar la elección y coordinación de los datos. Solo así puede constituirse y mantenerse la unidad ~~xxx~~ del estudio que siempre tiene por objeto el derecho, no obstante las diferencias, a veces grandísimas, que se advierten en el contenido de los fenómenos jurídicos examinados; solo así es posible su comparación, la cual tiene precisamente por requisito un elemento de identidad que subsista y se reconozca constantemente a través de la variación de los términos que se comparan.—Considerar este elemento de identidad, o sea la forma lógica del derecho, como un producto de la experiencia, constituye una ilusión que en otra parte hemos rebatido y sobre eso ya no insistiremos aquí.—Nos basta repetir que tal forma es la condición-límite del carácter experimental del derecho en general; de manera que si bien se encuentra en los singulares fenómenos del derecho, siempre se manifiesta de una manera particular, esto es, con un contenido variable y lógicamente accidental; comprende y define igualmente todos los casos posibles de naturaleza jurídica, rebasando así extraordinariamente aquellos casos que han sido empíricamente afirmados.—Al reconocer esta trascendental condición de la experiencia jurídica, no se disminuye ni altera en nada el valor de la experiencia misma; más bien se la pone en claro y se asegura su autoridad dentro de la propia esfera.—De la experiencia, como de una fuente inagotable, podemos y debemos obtener el conocimiento ~~xxx~~ del contenido que el derecho ostenta históricamente en los varios tiempos y lugares.—No es obstáculo para cuanto decimos, el admitir que el examen de los datos históricos, en los cuales se ha reconocido el carácter jurídico, pueden a su vez dar ocasión para deducir e descubrir de modo reflejo aquella noción formal que en el orden lógico le precede y que en dichos datos solo aparece en el sentido de aplicación o de ejemplo".—

Considera el autor que los principios expuestos pueden dar lugar a la constitución de la del derecho universal comparado; pero que a los fines de la comprensión de la comparación misma, conviene remontarse a un principio que domina toda esta materia: la unidad real del espíritu humano, de la cual el derecho es una necesaria manifestación. — Con ella — continua — nos encontramos también frente a una premisa de la indagación histórica, a la cual, si bien por sus resultados ofrece confirmaciones e ilustraciones particulares acerca de esa unidad, realmente parte de ella como hipotesis, y de ella deriva su organización y carácter científico más profundo. —

"Todo hombre — manifiesta — lleva en su ser el principio del derecho; toda conciencia encierra en sí los elementos para sobreponerse a la personalidad empírica y coordinarla éticamente con la de los otros. — Tal principio absoluto, semilla eterna, de justicia, innato en el espíritu subjetivo, hay que tenerlo presente para comprender rectamente la numerosa serie de hechos que de él proceden y que la observación viene descubriendo. Así reconocemos, ante todo, que la aptitud psicológica para distinguir de algún modo lo justo de lo injusto, para sentir y concebir la verdad jurídica, no es propia de algunos hombres en particular, sino esencialmente de todos; ni el derecho positivo es un hecho singular que se encuentre solo en algún pueblo o tiempo, sino que, siempre y dondequiera que haya convivencia de hombres, hay ~~huellas~~ huellas de una objetiva coordinación ética o sea de un derecho, en el cual se refleja una actividad común del espíritu de aquellos. — Por lo demás de la misma manera que el espíritu humano pasa lentamente desde las más oscuras a las más claras formas de la conciencia, así el derecho positivo nace de una manera casi inconsciente, y solo por grados llega desde su génesis a una comprensible reflexión. — El ciego instinto, la vaga intuición de los propios fines, es suficiente para producir entre los hombres organizaciones e instituciones cuya estructura es tan compleja que en ellas parece descubrirse el más profundo y madurado estudio; sin que, por otra parte, dejen de ser producto de la mente y de la inteligencia, aunque hayan nacido espontánea y casi inconscientemente. No es posible apartarse aquí de aquel pensamiento sobre el cual Vico fundó su Ciencia nueva; este mundo civilizado fue ciertamente hecho por los hombres, y sus principios se deben encontrar en nuestra misma mente humana. Ciertamente que el derecho positivo, como ya hemos advertido, es un fenómeno natural, pero esto no quita que también sea un hecho del espíritu, precisamente porque, como escribe Vico, "los hombres lo hicieron con la inteligencia"

Seguidamente insiste Del Vecchio sobre las pruebas de la unidad del espíritu humano que no surge solamente de la constancia universalidad y continuidad sino de otras semejanzas e identidades, como podrían citarse entre otras los principios e instituciones jurídicas comunes a todos los pueblos y a todos los tiempos, la generalidad humana de la evolución de las instituciones jurídicas, en cuyo desenvolvimiento la similitud de las fases se encuentra tanto atendiendo en general al conjunto de los caracteres del sistema ético-jurídico, como en particular a las varias instituciones (por ejemplo la propiedad, la familia). — Confirman también el principio la propiedad que tienen las normas jurídicas de poder ser aceptadas y asimiladas por pueblos diferentes de aquellos en los cuales se produjeron. Tal posibilidad de traslación o comunicabilidad — dice — de las normas jurídicas se verifica en una medida tanto mayor cuanto más elevado es el grado de desenvolvimiento a que pertenecen; anotando que las instituciones jurídicas generalmente se sobreponen a las razones y contingencias de que sur

garon; que aunque su génesis está siempre históricamente condicionada, su lógica interna les confiere una vida autónoma; haciéndolas capaces de aplicaciones nuevas e incalculablemente más amplias que las concedidas en su origen; que dichas instituciones, en fin pueden interpretarse, no solo como partes de una realidad histórica individualmente determinada, sino también como expresiones o momentos del espíritu humano, en un sentido universal que llamaríamos metahistórico.—Por último —afirma— debemos señalar otro hecho muy capital, que en cierto sentido, representa la síntesis de los aducidos hasta aquí.—En el desenvolvimiento histórico del derecho de cada pueblo, los caracteres y elementos de alcance humano en general vienen prevaleciendo sobre los particulares y estrictamente nacionales que marcan sus facces inferiores.—Las exclusiones y limitaciones empíricas, relativas al carácter peculiar del medio ambiente, desaparecen para dar lugar a determinaciones de más amplia capacidad, conformes con los principios universales de la razón; y en esta racionalidad y universalidad que toman progresivamente, tienden a encontrarse las producciones jurídicas de los varios pueblos.—Hay en otros términos, una convergencia, de los desenvolvimientos particulares, por la cual se establece una coordinación cada vez más extensa y una armonía cada vez más profunda entre los derechos de los pueblos.—Esta tendencia solo es un aspecto del desenvolvimiento del espíritu humano, que tiene a la vez un carácter de espontaneidad y de necesidad, y no se funda en circunstancias o impulsos exteriores.—A través de este proceso se llega a la aceptación de criterios jurídicos universales, capaces de comprender a toda la humanidad; se constituye y se perfecciona en suma, un sistema de concordancias, una societas humanis generis, fundada en los derechos que por naturaleza, son inherentes a cada persona. Aquello que en la razón es una exigencia a priori, en la historia se manifiesta con un lento proceso a través de las más complejas y varias vicisitudes".—

A la ciencia universal del derecho comparado corresponde recoger y ordenar los momentos del proceso señalado anteriormente, en el cual se refleja el cumplimiento de una exigencia final de la razón; Se distingue de la historia jurídica en sentido estricto, y su objeto supera a la historia de los particulares derechos de las naciones; precisamente por el carácter universal de la materia; y por otra parte porque no trata los datos de la experiencia como simples acontecimientos sino en cuanto representan cierta manera de ser o grado de manifestación del espíritu humano en forma de derecho.—

La ciencia del Derecho universal comparado, persigue y reconstruye en los grados de su acaecer —según el autor— fenoménico aquella idea del derecho que se encuentra una y entera en la pura razón.—Ambos métodos son posibles, y al fin se encuentran, porque es el mismo espíritu humano quien produce el derecho en el orden fenoménico y lo contempla en sí mismo sub especie aeterni; y es la misma exigencia de justicia que, satisfecha parcialmente y por grados en el curso de la historia, se afirma categóricamente en la conciencia como ideal absoluto al cual han de atender los singulares hechos del orden empírico.—

CAPITULO X

La Etnología jurídica

Sumario: La etnología o etnografía jurídica.—Estudio de la organización jurídico social de los pueblos primitivos.—El método comparativo y etnológico. La organización gentilicia: el parentesco.—Etnología jurídica de Post.—Los consorcios territoriales.—La marca.—La organización señorial.—Relaciones entre siervo y señor.—Jefes y Reyes.—La organización superior de la sociedad.—Los Estados.—

La orientación etnológica en la investigación y estudios jurídicos nació en la segunda mitad del siglo pasando siendo uno de sus iniciadores Bachoffen, quien investigó los pueblos semicivilizados existentes en su época, en el entendimiento que estos pueblos forman enormes reaneros apartados de la corriente de la civilización y que en su estacionamiento han conservado las instituciones primitivas de la organización jurídico-social. Al hallazgo del núcleo familiar como un fuerte núcleo social en torno al cual gira toda la vida de los ~~instituciones~~ pueblos primitivos, y en el que en germen pretende verse todas las instituciones que ostenta la civilización actual, y el progreso del desarrollo jurídico; sigue una serie de investigaciones por adictos a su teoría formando escuela; dentro de la cual existieron discrepancias sobre los caracteres y atributos de aquel primitivo núcleo familiar, particularmente sobre las características de la unión sexual y la línea por donde se sucedía la filiación matriarcal o patriarcal.—

Bachoffen dió a la investigación un fin universal fundado en aquella hipótesis de que en este fuerte núcleo familiar se encontraba el origen y la base del desenvolvimiento social que se continuaba en una línea ininterrumpida desde los orígenes hasta el presente; lo cual fué muy bien desarrollado por Morgan como veremos luego, aunque en forma tan rigurosamente matemática que obliga a aceptar sus resultados, en cuanto científicos, con ciertas reservas.—

Esta dirección etnológica se diferencia de la investigaciones históricas de carácter social y jurídico realizadas hasta su aparición, pues aquellas se dirigían particularmente al Derecho privado, y de cuyo desenvolvimiento extraían conclusiones y teorías; las que será fácil sospechar se referían al derecho de un solo pueblo, aunque extendido luego en ~~en~~ todo el mundo occidental; predominaba en aquellas escuelas el conocimiento y estudio histórico del Derecho romano exaltado singularmente a las antecelas

de la perfección por la escuela histórica; no siendo en consecuencia muy desarrollados antes de la mitad del siglo anterior estos estudios históricos del derecho de muchos pueblos y muchos menos sistematizado con pretensiones de ser la base y fundamentación científica de todo derecho; ésta dirección, decía tuvo en cuanto preferentemente las instituciones del Derecho público, aun cuando demuestra en sus indagaciones de carácter prehistórica la falta de distinción entre derecho público y privado, predominando el primer carácter en la manifestación de todo derecho estudiando en consecuencia instituciones que hoy son enteramente y preferentemente de derecho privado.-

Esta Escuela por la orientación preferentemente sociológica de sus investigaciones y las que resultan ser el fundamento de sus resultados merece destacarse de aquella precisamente como la orientación sociológica dedicándole nosotros en consecuencia un estudio especial en base á sus principales ~~investigaciones~~ investigadores dedicados a la investigación prehistórica y á los comienzos del mundo civilizado actual, estableciendo luego una línea de continuidad entre los pueblos que de Oriente emigraron a Occidente transplantando sus instituciones, entre los cuales se destacan Griegos y Romanos cuyas instituciones son objeto de especial estudio por parte de Fustel de Coulanges(1) Morgan(2) Carle(3) etc.-

La orientación sociológica tuvo un conspicuo representante en el Profesor A.E. Post intenta esbozar la evolución del derecho, con prudentes generalizaciones partiendo de la experiencia del mundo exterior, que conoce á través de sus investigaciones y su mayor mérito reside en que con ésta pretensión la investigación histórica y la orientación sociológica ganan rango en concepto científico al introducir un concepto unitario y común como informante de tal evolución que consiste en la dirección etnológica o etnográfica, destacándose así de los estudios de Bachoffen y Morgan que se refieren a pueblos determinados en forma aislada, aun cuando se destacan y descubran elementos comunes, pero sin pretensión de una exposición integral en la forma que lo hace Post. Este autor expone así la Teoría de los tipos sociales en base á sus investigaciones históricas y en base al principio ético que preside las instituciones de los pueblos que pertenecen tales instituciones.-

Antes de exponer las ideas de Post(4) veremos primero sumariamente

(1) La Ciudad antigua.-

(2) Sociedades primitivas.

(3) La Vida del Derecho.

(4) Para la exposición de las ideas de Post nos valemos de la versión sintética en español de su libro Jurisprudencia Etnológica, del Dr. Torres. Bs. As. Restoy y Doeste editores.-1924.-

las teorías de otros autores de la corriente sociológica, particularmente ~~xxxxxxxxxxxxxxxx~~ Morgan, y luego expondremos la Teoría de los Tipos sociales.-

Sumner Maine que sucedió en Inglaterra a la Escuela Analítica de Jurisprudencia, es el representante en dicho país de la investigación u orientación sociológica, sus estudios de carácter histórico-jurídico en los que investiga los orígenes del Derecho privado y público de la familia, la propiedad y del Estado, son numerosas contándose entre ellos Disertaciones sobre el derecho primitivo y la costumbre; Lecciones sobre historia primitiva de las Instituciones, El Derecho Antiguo, Las comunidades de Aldeas en Oriente y Occidente, trabajos en los cuales se hace comparaciones de las instituciones jurídicas indias, romanas, germánicas e inglesas.-

Se sostenedor de la teoría patriarcal existente en los derechos por él estudiados, por que en ellos aparece la preponderancia del varón más fuerte particularmente en las tareas del gobierno, en razón de que todos los que se colocan al amparo de su fuerza están en un pie de igualdad y gozan de su protección. La autoridad y la filiación paterna caracterizan el principal fin de la antigua legislación india(1) y la consagración religiosa del derecho paternoda lugar al culto de los antepasados.

El mantenimiento del culto de los antepasados como principio primordial teórico y la transmisión de la herencia como principio primordial práctico caracterizan al núcleo primitivo familiar organizado en torno á la autoridad paterna. Luego se extiende en detalles de sus instituciones y particularmente sus costumbres religiosas, jurídicas y prácticas; como así el paso de la sociedad primitiva inferior a la sociedad doméstica que así el paso de la socie ad primitiva inferior a la sociedad doméstica que arraiga en el suelo, adquiriendo la propiedad del suelo aunque parcial y rudimentaria, siguen así las evoluciones de los organismos sociales hasta el proceso de feudalización en Europa, que consiste en la conversión de la aldea en feudo y la marca en señorio, de ahí a los Estados modernos solo hay un paso. Sumner Maine tuvo discípulos como Mc Lennan autor de valiosos estudios: Estudios sobre historia antigua y La teoría patriarcal(1885).

En Morgan, como en Bechhoffen, aparece como caract. existica de las primitiva unidad familiar: el patriarcado, deducido de la imposibilidad de establecer la filiación paterna en un régimen colectivo de unión sexual cuyas distintas organizaciones estudian.-

Como dijimos fué Morgan(2) el principal sistematizador de ésta teoría, impresiona el material abundante y las sugestivas especulaciones del autor en torno a pruebas de formas de organizaciones social, costumbres y instituciones jurídicas, que nos resaltan tan remotas, su aporte es importante en éste sentido pero es indudable que en una postura rigurosamente científica que exige una severa demostración de la evidencia de sus conclusiones, no al oazo quisá a satisfacerla por cuanto mu

~~(1) Sumner Maine: Disertaciones sobre el derecho primitivo y la costumbre. Lecciones sobre historia primitiva de las Instituciones, El Derecho Antiguo, Las comunidades de Aldeas en Oriente y Occidente.~~ permanecen en el terreno de lo

(2) Morgan: Sociedades Primitivas. Colección Teoría de la U. Nacional de

La Plata.-

indemostrable.

Para este autor el núcleo familiar constituye el elemento activo de la sociedad y el estudio de su organización en base a las distintas formas de unión sexual que predominaba en el grupo según los estadios del progreso porque atravesaba, pero derivados—según él—de la técnica y la economía; por cuya razón en su obra se nota la influencia de la concepción materialista de la historia y el método preconizado por Carlos Marx, por cuya razón muchas de sus afirmaciones adolecen de la unilateralidad y falta de valor científico de aquella teoría en la que predominan las tendencias y pasiones propias del ideal político que persigue.

Este núcleo primitivo de organización social no permanece estacionario sino que evoluciona aunque en forma muy lenta y en razón de profundas transformaciones sociales y económicas, pero el parentesco se mantiene más firme cambiando cuando los progresos de la raza permiten el desarrollo de otras formas, así un largo intervalo se sucede a estar a lo referido por esta teoría, entre el parentesco uterino (matriarcado) y el parentesco agnático; estas formas han sido estudiadas en naciones salvajes contemporáneas consideradas posibles, de cuya observación deduce el autor—no nos hacemos cargo de su valor científico—las formas remotas de la primitiva organización social familiar que se remonta a un período o época distanciada de nuestros tiempos en una cantidad superior a tres mil años.—

Construye Morgan la escala ascendente del progreso humano, siguiendo los pasos del hombre, dividiendo o proponiendo una serie de períodos étnicos que divide así (1): inferior medio y superior del salvajismo; inferior medio y superior de la barbarie y estado de la civilización.—

Caracteriza el período inferior del salvajismo—a juicio siempre del autor citado—en que el hombre vivía en su morada originaria y subsistía a base de frutas y nueces. La adquisición de la subsistencia a base de pescado y el conocimiento del fuego lo elevan al estado medio del salvajismo y pasa al estadio superior del salvajismo con la invención del arco y de la flecha.—La invención de la alfarería lo eleva al estadio inferior de la barbarie, pasando al estadio medio de éste período con la domesticación de los animales en el hemisferio oriental, y con el cultivo a base de riego y el empleo del adobe y de la piedra en la arquitectura en el hemisferio occidental; el estado superior de la barbarie comenzó con el trabajo del hierro, alcanzando el período de la civilización con el uso de un alfabeto fonético y la producción de registros literarios; que divide en antiguo y moderno. Manifestando que puede admitirse como equivalente la escritura jeroglífica en piedra. Durante el tiempo transcurrido desde el estadio inferior del salvajismo hasta el moderno de la civilización se han desarrollado, según lo expone el autor cinco formas de unión sexual en la familia que denomina: familia consanguínea, la familia punalua; la familia sindiásmica, la familia patrilínea y la familia mozogana. Como se puede observar discrepa con Sumner Maine en

(1) Morgan: op. cit. págs. 1 a 57.—

cuanto a que la forma patriarcal nos es originaria, habiendo sido precedida por tres formas diferentes.-

La evolución y los tránsitos de una forma a otra de familia u organización social, son provocados y presididos por una cuestión económica, destacándose así el tránsito del matriarcado al patriarcado, por la domesticación de los animales y la invención de la agricultura, con lo que la propiedad sumo grandes valores haciéndose necesaria la organización de la familia en base firme y fuerte, para defender y mantener la producción.-

De ahí la necesidad que el varón que es más fuerte y no sufre los inconvenientes del embarazo y de la lactancia, adquiriera una autoridad absoluta dentro de la familia; lo que aseguraría la unión de ésta su protección y progreso.-

Así surge la autoridad del pater familias, cuyas características pueden ser estudiadas tal cual se manifiesta en Roma, y que son presentadas en forma completa en la obra de F. de Coudangues(1) bajo esta organización el núcleo familiar primitivo da lugar a formaciones sociales construidas a su imagen y semejanza, patrias y tribus, formaciones preferentemente étnicas; luego se formaron la confederación de tribus, dando lugar a la nación, hasta que por último aparece la ciudad, asentada sobre la idea de territorio y ciudadanía, con el pago de impuestos para la organización militar, ciudad que se dividía en distritos territoriales que servían para el reclutamiento del ejército y el pago de los citados impuestos, con éste ha aparecido la organización política y el estado, substituyendo a la primitiva organización social, gens patria, que se mantiene personalmente como organización familiar, y después de haber sido la principal forma de organización durante un largo periodo.-

Investigando la primitiva forma de organización social, de carácter familiar denominada(2) gens describe como típicos de la misma los siguientes privilegios y obligaciones: primero: el derecho de elegir su sachem (cacique) y jefes. Segundo: el derecho de deponerlos. Tercero: la obligación de no casarse dentro de la gens(3). Cuarto: derecho mutuo de herencia en los bienes de miembros fallecidos. Quinto: obligaciones recíprocas de ayuda, defensa y desagravio de ofensas. Sexto: derecho de adjudicar

(1) Fustel de Coudangues: op. cit. págs.

(2) Según lo expresa Morgan op. cit. pág. ... gens, genos y genus en latín griego y sanscrito tienen todos por igual el significado primario de parentesco. Contienen todos el mismo elemento que gigno, gignomai y ganamai en las mismas lenguas que significa procrear y así implica en cada uno la inmediata descendencia común de los miembros de una gens.-

(3) Sobre si la gens era endogama o exogama, existe una larga controversia de la que participan caracterizados historiadores y etnólogos. La opinión que prevalece se inclina hacia la exogamia de la gens.-

nombre á sus miembros. Séptimo: derecho de adopción de extraños en la gens. Octavo: ceremonias religiosas comunes. Noveno: cementerio común. Décimo: Consejo de la gens.-

La organización se caracterizaba en consecuencia por la presencia de ésta estructura jurídica compuesta de derechos y obligaciones, al par que de deberes morales y religiosos, en los cuales se amparaban los derechos individuales de los miembros de la gens; corresponde que siguiendo la exposición de Morgan, hagamos un somero estudio de las características de tales deberes derecho y obligaciones, de ésta primitiva organización social cuya existencia se halla demostrada al punto que de la misma nadie duda ya, aun cuando no se trate de llevarla a un período tan remoto como pretende Morgan.-

Considera Morgan la gens como un cuerpo de consaguíneos que descienden de un antepasado común, distinguidos por un nombre gentilicio y ligados por afinidades de sangre. De sus investigaciones genético-comparativas deduce ésta forma universal del primitivo núcleo social, que comprende solamente una rama de tales descendientes; allí donde la descendencia se sigue por la línea masculina como lo era universalmente en el período arcaico, la gens estaba compuesta por un supuesto antepasado femenino y sus hijos, juntamente con los hijos de sus descendientes a perpetuidad y cuando la descendencia sigue la línea masculina a la cual pasó después de la aparición de la propiedad en masas de un supuesto progenitor varón y sus hijos juntamente con los hijos de sus descendientes varones a perpetuidad; el apellido de familia aun entre nosotros es una supervivencia del nombre gentilicio; con descendencia en la línea masculina y transmitiéndose de la misma manera. La gens manifiesta el autor en su estructura íntima jurídica acuerda derechos y privilegios á sus miembros y les impone obligaciones, constituyendo el conjunto de éstas expresiones normativas el ius gentilicium(1) los cuales son: Derecho de elegir sachem (cacique) y Jefe; y de depenarlos, obligación de no casarse dentro de la gens; derechos mutuos de herencia de los bienes de miembros fallecidos; obligaciones reciprocas de ayuda, defensa y desagravio de ofensas; el derecho de adjudicar nombres á sus miembros; el derecho de adopción de extraños en la gens; ceremonias religiosas comunes, cementerio común; y Consejo de la gens.-

Explicando los detalles de cada uno de estos derechos obligaciones hace Morgan una extensa exposición que nosotros sintetizaremos en sus rasgos fundamentales. Respecto del sachem, éste es el jefe civil que preside la organización de la gens en tiempo de paz, pues los asuntos militares estan en manos del Jefe, quien en caso de guerra ocupa el primer plano, sin que desaparezca el sachem que queda relegado con sus asuntos civiles á un plano de segunda importancia por razones fáciles de comprender. Tanto el sachem como el Jefe son elegidos por

(1) Morgan: Sociedades primitivas. Tomo I, pág. 116. Editada por la Universidad Nacional de La Plata. Colección Teoría.-

los miembros de la gens; pero el primero era hereditario, con algunas restricciones, mientras que el segundo era otorgado en mira de méritos individuales; y la elección descompuesta por los sufragios de varones y mujeres adultos. Después de la elección, los elegidos necesitaban la confirmación e la toma de posesión del cargo que otorgaba la tribu, y en su defecto quedaba anulada la elección. El alto Consejo de la tribu en materia de posesión de cargos solo se convocaba para la de sachem y en esa oportunidad se exaltaba al cargo a los Jefes elegidos, los cuales nombrados por la gens esperaban convocatoria para la confirmación del sachem.-

El cargo de Sachem como vimos hereditario, era en consecuencia vitalicio, pero condicionado tal carácter a la buena conducta. Podía ser despedido por la gens y por la tribu ésta última aún sin el consentimiento de la gens; derechos éstos de deposición que mantenían la superioridad de los gentiles sobre sus sachem y jefes.-

El Sachem en el desempeño de su cargo tenía funciones paternales, por ello muchos le han llamado Padre Rey y Sacerdote(1) ya que en esta función paternal unía su autoridad y la Jefatura de las ceremonias del culto que presidía con los jefes y con el núcleo de "Custodios de la Fe" que veremos oportunamente.-

El régimen de unión sexual establecido caracterizaba-según Morgan-a la gens como exogama; pues estaba prohibido el casamiento entre hermanos norma observada rigurosamente, con la única excepción establecida en una época muy posterior a juicio del autor fundada en razones económicas y ligada a la herencia también en una forma ya evolucionada; por cuyas razones se permitió el casamiento de la hija huérfana dentro de la gens para evitar que salieran de las mismas los bienes heredados por ésta de sus gentiles ascendientes inmediatos.-

La cuestión de herencia y los llamados o con vocación para suceder en los bienes del difunto; apareció cuando tales bienes adquirieron importancia. En los primeros tiempos se practicó una forma rudimentaria y primitiva, que establecía exclusiones y la manera de dividir el acervo hereditario. Así en el período inferior de la barbarie

(1) Morgan discrepa en la designación de Rey, alegando que los pueblos primitivos no alcanzaron aquella expresión reñida con su esencial organización democrática, ya veremos más adelante insistiendo sobre el punto que Morgan no tiene razón, por lo menos están en su contra los estudios de la antigüedad realizados por Carle; Fustel de Coulanges y Woodrow Wilson que admiten la designación de Rey, aunque en una época más avanzada ya, que en el origen de que aquella primitiva organización; pero en la cual tampoco Morgan lo admite. Desde luego no sería extraño que respecto de los orígenes y primeros desenvolvimientos Morgan tenga razón ya que aun no desenvuelta suficientemente la idea de gobierno, es difícil que existiera una expresión tan adecuada como la de Rey, pero en épocas posteriores esto era evidente. Ya insistiremos sobre el particular con mayor detalle y pruebas que nos parecen concluyentes.-

tal cual lo establece Morgan si bien el valor de los bienes era escaso y como más importantes resaltaban los derechos de posesión a viviendas comunes y huertas; los efectos personales de valor se enterraban con el difunto y los bienes del causante eran distribuidos entre los gentiles del mismo, porque los bienes debían quedar en la gens, pero para todos sus miembros; forma de heredar que substituyó hasta los tiempos de Solon en cuya época solo subsistió esta forma para las sucesiones intestadas. Sintetiza Morgan en tres etapas fundamentales, las formas de suceder en los bienes de un miembro fallecido de la gens: Primero: que sean distribuidos entre los gentiles del dueño fallecido de los bienes, regla preponderante en el estadio inferior de la barbarie, y hasta donde se puede rastrear en el estadio del salvajismo. Segundo: que los bienes sean distribuidos entre los parientes agnados del extinto, con exclusión de los demás gentiles; forma que se manifiesta en gérmen en los últimos tiempos del estadio inferior de la barbarie, afianzándose en el estadio medio de la misma etapa. Tercero: que los bienes sean heredados por los hijos del dueño fallecido, con exclusión de los demás agnados; forma que se afianza como regla en el estadio superior de la barbarie. -

Todo cuanto se encuentra a cargo hoy del Estado respecto de la protección de la persona y la propiedad, estaba a cargo de la gens, fundada en el parentesco por cuyo conducto, cualquier ofensa o ataque a un miembro de la gens era un ataque a todos los miembros y a la gens misma. Existen interesantes ejemplos en la aplicación de éstos principios que no se reducen a una forma rudimentaria de derecho penal, sino a otros aspectos, predominantes por su número que corresponderían luego al derecho civil reglar en forma de responsabilidad individual, cuando se establece ésta forma de responsabilidad en substitución de la responsabilidad colectiva o del grupo, con la exaltación del sujeto a la categoría de unidad primaria del orden jurídico. Menciona Morgan tomándolo de otro autor el hecho de condenado un miembro de la gens a indemnizar daños, corriendo peligro de quedar en la indigencia, los parientes debían contribuir a la indemnización; en ciertas tribus la muerte de un hermano o un hijo impone a los miembros de la gens del fallecido la abstención de buscar alimentos por varios meses, los que les son alcanzados a los mismos por los parientes y afines. El que se trasladaba de un lugar a otro no podía dejar a un extraño la posesión de su tierra y vivienda común sino que debía dejarlo a los afines gentilicios; el que iba de un pueblo a otro no podía vender lo que tuviera sino dejarlo al pariente más cercano. Otro ejemplo que cita Morgan tomado de Garcilaso de la Vega afirma que cuando el populacho o clases vulgares se casaban las comunidades de pueblos tenían la obligación de construirles viviendas. Debiendo entenderse siempre a lo expuesto por Morgan como comunidades de pueblos la gens patrias y tribus, con lo cual la vivienda debía ser proveída por los gentiles. -

En materia de derecho penal, la forma característica del castigo era la vendetta; forma primitiva de amplio o universal imperio, que precedió al establecimiento de tribunales para enjuiciar a los criminales según leyes preexistentes en una época muy posterior de la sociedad gentilicia, pero antes de la institución de la sociedad política.- El castigo del criminal se presentaba como una obligación de la gens de vengar la muerte del miembro de la misma, y tuvo una evolución escalonada desde la persecución pura y simple y la muerte despiadada del autor, sin establecer contacto con los miembros de la gens del victimario hasta el contacto de Consejos nombrados para ello que arreglaban las formas en que había de ser vengada la muerte de un miembro de la gens, que podía hasta ser redimida por obsequios de valor entregados por los miembros de la gens del victimario, la de la víctima. Si no había acuerdo entre los Consejos de ambas gens, la de la víctima designaba uno o varios de sus miembros que tenían por misión perseguir al delinuyente, o descubrirlo si se ocultaba y darle muerte inmediata; lo que no autorizaba ningún reclamo de la gens de que era miembro pues se consideraba plenamente satisfechas las exigencias de la justicia.-

Las formas de solidaridad impuestas como obligación a todos los miembros de la gens se exteriorizan en una serie de particulares exigencias de asparo y protección por el grupo al miembro gentilicio caído en desgracia.

El nombre trasuntaba la pertenencia del individuo que lo llevaba a determinada gens, pues los nombres debían elegirse de entre los que la gens disponía en propiedad. Al nacimiento del hijo la madre elige uno de estos nombres fuera de uso y de conformidad con los parientes más cercanos, se lo da al niño pero éste no queda completo hasta que no se anuncia su nacimiento y nombre en el Consejo de la tribu, con el nombre y gens de su padre. El Consejo autorizaba el uso del nombre de un miembro muerto por su descendiente. El nombre se podía cambiar, generalmente se adoptaba un nombre para las niñas y al entrar a la edad adulta se cambiaba por otro, lo cual en los varones se señalaba con alguna hazaña realizada en el campo, o cuando se contraía alguna enfermedad grave. El sachen cambiaba su nombre al ser elegido para el cargo. Una persona adulta podía cambiar de nombre si lograba que un jefe anunciara el cambio al Consejo. Una persona con el dominio de otro nombre como el hijo mayor de su padre fallecido podía prestarlo a un miembro de otra gens, pero a la muerte de éste volvía a la gens de origen.-

En la primitiva organización social la gens no conoció la esclavitud hasta el estadio superior de la barbarie—según el autor que estudiamos—y los prisioneros de guerra eran condenados a morir o adoptados; y respecto de las mujeres y niños tomados a tribus vencidas se adoptaban siempre, ocupando el lugar de hermano o hijo según fuera la relación del que adoptaba. Del momento de la adopción que se le consideraba como nacido de la gens y hasta frecuentemente ocupaban el lugar de algún miembro fallecido de la gens adoptante, para cubrir las bajas de la guerra o de alguna epidemia.-

La gens fué la cuna y el centro de crecimiento de los cultos religiosos, de lugar destacado en la primitiva organizaci6n social y llevado a forma de superior evoluci6n en Grecia y Roma. Estos cultos estaban á cargo de un n6cleo de varones y mujeres que formaban los "Custodios de la fe" que presidían el sachem y los Jefes; correspondiendo especialmente á las mujeres la preparaci6n del festín como parte de tales oficios religiosos.-

Poseían un cementerio comun, donde sepultaban los cadáveres una vez que expuestos á la intemperie en andamios habian perdido totalmente la carne; procediendo a colocar los huesos en una barrica; colocándolos separadamente los de una gens y otra; pues era prohibido mezclar restos de cada vez de un miembro de una gens con los de otra. Las ceremonias y tareas del enterramiento están a cargo de los miembros de otras gens que la del fallecido, pues el duelo alcanza a todos los miembros de esta última y se abstienen en éstos momentos de tal tarea.-

A juicio del autor citado " el Consejo fué el rasgo destacado de la sociedad antigua asiático europea y americana , desde la instituci6n de la gens. en el salvajismo hasta el nacimiento de la civilizaci6n.-

Era el organismo de gobierno de superior autoridad tanto en la gens como en la tribu y la confederaci6n, cada cual disponía del suyo para los asuntos de interes general. "La forma inferior y más sencilla del Consejo era la del Consejo de la gens; asambleas democráticas, porque todo adulto varon o mujer tenía voz sobre todos los asuntos sometidos. Elegía y deponía al sachem, y los Jefes, elegía los Custodios de la Fe condonaba o vengaba la muerte de sus gentiles y adoptaba individuos en las gentes. Era el gérzen del Consejo más alto de la tribu y del todavía más elevado de la confederaci6n, cada uno de los cuales era compuesto exclusivamente, de Jefes como representantes de las gentes.-

LA PATRIA

La patria es la organizaci6n de carácter preferentemente familiar que sigue a la gens en la escala de su evoluci6n hacia más amplias formas y comprensivas de las necesidades del primitivo nucleo social; pero sin que ello signifique que una substituya a la otra, si no que coexisten con funciones propias especificas y exclusivas.-

La patria surge como consecuencia de la agrupaci6n de varias gens con un parentesco remoto comun, es predominante en ella al lado de su caracter familiar su aspecto religioso, carece de fundamentales funciones de gobierno si bien tiene voto-afirmativa o negativa-en la elecci6n de Sachem y Jefes de las gentes que la componen, y una serie de funciones de carácter administrativo, a parte de las de obligada solidaridad, en la ofensa, el crimen, el dolor y la desgracia.-

Generalmente las patrias eran organizadas simétricamente en cuanto al número que comprendían de gentes y miembros; la organizaci6n provenía de la subdivisi6n de alguna gens numerosa, que al formar nueva gens conservaba el vínculo de parentesco, no obstante que las gens que se agregaban adoptaran un nombre propio; y en comun formaban la patria compuesta de cuatro gens por ejemplo y cada gens de cien miembros; esta organizaci6n simétrica se presentaba con caracteres de necesidad en la legislaci6n primitiva por la circunstancia de que estaba previsto el crecimiento desproporcionado de determinadas gentes, frente á la

disminución de otras por la guerra o las pestes, en cuya ocasión se procedía a reorganizar las gentes nivelando el número de sus miembros. Cuando lleguemos al estudio de la tribu podremos presentar el cuadro completo de las organizaciones que caracterizan la vida social del primitivo grupo; partiendo de la gens pasando por la patria y llegando a la tribu y inmediatamente veremos también la confederación de tribus; formas todas que practicaron los pueblos primitivos—a juicio del autor antes de alcanzar la civitas o sea la organización política fundada sobre el territorio y la soberanía; que substituye a la societas, o sea la forma de organización preferentemente social fundada en el vínculo de parentesco, y la vida familiar.—

Kaniffista el autor que la identidad de la organización de los pueblos primitivos solo se refiere a su estructura social religiosa jurídica y en su oportunidad política respecto de las características fundamentales; pues en detalle variaban según las costumbres y circunstancias de los de los pueblos que las practicaban, particularmente en lo que se refiere al número de miembros, la peculiaridad de sus cultos religiosos, el lugar o zona en que vivían, no obstante su vida nómada de los primeros tiempos, el clima, etc. Pero el autor sostiene la tesis de acuerdo con las conclusiones o convicciones a que lo llevan las pruebas obtenidas por medio de este método de investigación de carácter genético-co-comparativo, que tales formas debieron presentarse en forma universal, admitiendo sin embargo la probabilidad de contacto entre las tribus distintas que habitaban la tierra, y por ende la imitación o copia de las instituciones. Presentadas así como evidentes y necesarias tales organizaciones en cuanto a su origen y desenvolvimiento y la revelación de identidad que demuestra su estudio comparado, se presenta en la teoría la pretensión de ser el criterio de unidad, raíz y fundamentación de todas las instituciones en un proceso de espontáneo desenvolvimiento con las cuales se entronca la sociedad política de los primeros tiempos, e incluso afirma que en tales instituciones primitivamente sociales y políticas se encuentre el germen de todas las instituciones actuales de los pueblos civilizados, aun cuando su estudio se detiene en la organización de Grecia y Roma, porque no realiza como veremos luego hacer a Fost, las instituciones de todos los tiempos con este método de preferente orientación sociológica genético comparativo.—

Las gentes pertenecientes a una misma patria, se consideran hermanos entre sí; y primos de los miembros de las otras patrias. El matrimonio entre miembros de la misma patria está prohibido, vale decir como la gens la patria era exogama, por lo menos en los primeros tiempos, lo que demuestra el parentesco existentes entre los miembros de las gentes que formaban una patria. Más adelante ésta prohibición decayó lo cual podría considerarse lógico de acuerdo con las costumbres, por el hecho de haberse hecho remotismo y hasta ficticio el parentesco entre los miembros de las gentes de una misma patria, después de la nivelación de los mismos con el intercambio de miembros de las patrias

que crecían y se multiplicaban a aquellas que habían sido diezmadas por las calamidades de la guerra o de la peste.-

No obstante la conversión a la endogamia de la patria, la gens permaneció exogama. La patria no tenía un jefe o cabeza visible, no obstante que en ésta se aparta la organización de las patrias de Grecia y Roma, en cuyas ciudades subsistió aun después de la aparición de la organización política; como una organización familiar pero con funciones públicas ya que cuidaba de la descendencia y anotaba la ciudadanía.-

LA TRIBU.-

Es la tribu la más alta organización social, jurídica y política de los primitivos pueblos que alcanzaron la organización en gentes y patrias ya que la confederación era una organización de carácter político para asuntos de interés general como la defensa y la conducción de la guerra.-

Las tribus se formaban con la reunión de gentes y patrias y esta alta organización hubiera podido existir sin la etapa media de la patria, puesto que la misma como vizos no tenía funciones gubernamentales y era más de carácter social y religioso, ejerciendo ellas funciones que hacían más a la familia tal cual se organizaba entonces atendiendo así más sus manifestaciones sentimentales y velando por su integridad.-

Las tribus se multiplicaron en virtud de la creciente necesidad de alimentos y la creciente expansión de la gens. Cuando escaseaban los alimentos de determinada región se desprendía un núcleo de una tribu, por partes de cada gens y patria, formando, los distintos segmentos nuevas gens y patrias y en total la nueva tribu, emigraba del paraje e instalándose luego en un lugar distante que creía apropiado para subvenir a las necesidades de alimentos y vestidos. Pero con ello - afirma el autor - no quedaba diferenciada del núcleo que le sirviera de origen, conservaba su dialecto y con ello se identificaban los núcleos dispersos de un tronco común. La segmentación de las tribus, con su organización independiente, permanecieron identificables así por el dialecto pero cuando aparecían diferenciaciones dialecticas, la tribu ya no se identificaba con la de su tronco común y cuando el azar los ponía en contacto nuevamente hasta se hacía la guerra. (Así explican muchos la guerra entre griegos y troyanos, fundados en que es muy probable que en tiempos remotos existiera una tribu de la cual ambos resultarían segmentos comunes, pero separados por el territorio y las costumbres, y habiendo perdido las afinidades de dialecto del tronco común, al ponerse en contacto no reconocieran tales antecedentes, estableciéndose el estado de guerra; hipótesis de carácter etnológico que no excluye todos los demás motivos circunstanciales y de la época, que refiere la Iliada la Odisea y la tragedia pero que se llegara a tal estado de guerra. Por lo demás tampoco es ajeno a esta teoría, de ser cierta, la invasión de los bárbaros y la destrucción del imperio romano, bandos en lucha que tuvieron un origen común de nacimiento raza y convivencia en el Asia en torno a la meseta de Fahir y que fueron las últimas a emigrar a Europa - ya veremos cómo y por qué - estable-

ciéndose en distintos lugares del continente habiéndose desarrollado en forma despareja una cultura rica en los romanos, y un estacionamiento de las primitivas costumbres evolucionadas lentamente en los germanos que habiendo ocupado el norte, emigran hacia el centro de los grandes acontecimientos, provocando la guerra y la destrucción, frente a los descendientes de tribus que reconocían un tronco común, pero del cual estaban distantes ya en varios cientos de años; lo cual debilita en mucho la hipótesis en los caracteres de verosimilitud que pueda ostentar).-

La segmentación de las tribus, era considerado un proceso natural que no daba lugar a violencias, ni a ser considerado como un desgarramiento indeseable, era un proceso lógico de separación en virtud de las necesidades que imponían el crecimiento de la población de la tribu y la escasez de alimentos y vestidos.

Las funciones y atributos de la tribu-dice el autor-la caracterizan como organismo independiente y superior, y eran los siguientes, comentados también brevemente: La posesión de un territorio y un nombre delimitado dentro de la extensión que recorrían cazando y pescando, separado de las otras tribus por una extensa zona que ninguno pretendía; pero lo que consideraban su territorio era defendido con celo, y a las incursiones de tribus extrañas en el territorio seguía necesariamente la guerra. Las tribus se identificaban por un nombre que elegían al azar de sus usos, costumbres, parajes, etc.-

Cada tribu poseía un dialecto que como vixos permitía la identificación de los segmentos que se agregaban de la misma. Era derecho exclusivo de la tribu inventar del cargo a los sachem y jefes elegidos por las gentes, como vixos oportunamente, e incluso si bien la gens podía elegir y deponer sus sachem y jefes, la tribu tenía la facultad de deponerlos aun contra la voluntad de la gens.-

Tenían un culto que se exteriorizaba en la adoración de objetos simbólicos y la realización de danzas y fiestas religiosas, habiéndose alcanzado en algunas tribus a concebir la existencia de un Gran espíritu y un Mal espíritu, en constante lucha, la inmortalidad del alma y la creencia en una vida futura.-

La danza religiosa alcanzó una insospechada variedad siendo profundamente estudiada y habilmente ejecutada, hubo tribus que poseyeron hasta treinta danzas distintas; siendo algunas consideradas patrimonio exclusivo de determinadas gens.-

La tribu era gobernada por un consejo de jefes, que eran los jefes de las gentes. Cuando deliberaban lo hacían en medio del pueblo, en forma franca y de acuerdo con las influencias populares, pues el principio vitalicio tenía su freno en la deposición que se reservaba la gens y la tribu respecto de ellos. La sesión del consejo era una especie de asamblea en la que todos tenían voz incluso las mujeres que podían hacerse oír por medio de un orador, pero el consejo era el que resolvía. Sus asuntos eran de interés común y de la tribu; tenía facultades para declarar la guerra y hacer la paz, enviar y recibir embajadas y concertar alianzas.-

Según lo expresa Morgan, algunas tribus reconocieron a uno de los sachem o jefes del Consejo, como jefe supremo frente a las necesidades de una cabeza visible de la tribu cuando el Consejo, está en receso y asuntos urgentes reclamaran una solución aun cuando más no fuera provisoria y ad referendum del Consejo, pero que era necesario que alguno la tomase en nombre, pero sin alcanzar nunca a la calidad de un magistrado ejecutivo afirmando(1) que la designación de reyes por algunos autores, á estos Jefes no es mas que una caricatura. La tribu subsistió así sin variantes mayores hasta la aparición de la sociedad política.-

CONFEDERACION DE TRIBUS.-

La confederación de las tribus es una etapa lógica del proceso de organización social que se supera en atención a las exigencias de la creciente expansión de las primitivas gentes y la generalización y permanencia de problemas que afectan a todas las tribus, y que las provenientes de un tronco originario tratan de resolver en común. De estas necesidades merece destacarse como principal propulsora: la guerra. Por otra parte no era una forma difícil de concebir pues resultaba del mismo proceso en que las gentes se habían agrupado en tribus; permanecía en la confederación aquel constante elemento de vínculo: el parentesco remoto pero real de común origen, que se mantenía vivo como una manifestación de-limitativa de la extensión de los miembros de la confederación que eran los dialectos de la lengua común, y la vida desarrollada en territorio cercanos unos de otros. No había-dice Morgan-medio posible de vincularse en igualdad de condiciones con una confederación, sin vinculación gentilicia de tribu y lingüística.-

Los caracteres generales de la confederación Morgan(2) los describe así: La confederación era una unión de cinco tribus, compuesta de gentes comunes, con un gobierno a base de igualdad; manteniendo cada tribu su independencia en todo lo concerniente a la autonomía local. Creaba la misma un Consejo general de Sachem, limitado en número, iguales en rango y autoridad, e investido de supremas facultades para todo lo concerniente a la confederación. Fueron creados a perpetuidad-dice hablando siempre de la confederación iroquesa-cincuenta cargos de sachem en determinadas gentes de las diversas tribus; pudiendo dichos gentes llenar las vacantes, cada vez que se produjeran, mediante elección entre sus propios miembros, y deponerlos del cargo con causa justificada; pero el Consejo General se reservaba el derecho de investir a éstos sachem en sus funciones. Los sachems de la confederación eran a la vez sachem en sus respectivas tribus, y juntos con los jefes de estas tribus, constituían el Consejo de cada una respectivamente, el que era supremo en todos los asuntos que pertenecían en forma exclusiva a la tribu. En el Consejo de la confederación era esencial la unanimidad para todo acto público. En el Consejo General los sachem votaban por tribu, lo que daba a cada una un

(1) Ya previnimos al lector sobre esta manera de pensar de Morgan y nuestra convicción al respecto en base a prueba que daremos cuando mas adelante tratemos más detalladamente el asunto.-

(2) Morgan Luis E.: op. cit. páginas 204 y 205.-

voto negativo sobre las otras. El Consejo de cada tribu tenía facultad para convocar el Consejo general; pero éste no tenía facultad para convocarse así mismo. El Consejo general estaba abierto a los oradores del pueblo para el debate de cuestiones de órden público; pero el Consejo por sí solo decidía.-

La confederación-continúa Morgan-carecía de magistrado ejecutivo supremo, o cubano oficial. Pero advertidos por la experiencia de la necesidad de un comandante militar general crearon el cargo en número dual, de manera que uno neutralizara al otro. Los dos Jefes principales de guerra eran iguales en autoridad.-

Según se exponen brevemente en una de estas características de la confederación, manifiesta Morgan que en la etnografía india los puntos de importancia principal son la gens, la familia, la tribu y la confederación "alios muestran la organización de la sociedad. Los siguen la tenencia y funciones de los cargos de cacho y de Jefe, las funciones del consejo de jefes, y la tenencia y funciones del oficio de jefe principal de guerra.-

Después de haber detallado todas las instituciones que acabamos de ver, en las tribus de iroquesas, haciendo Morgan citas de las demás tribus que las participaron, llegamos a afirmar que vi en su existencia universal en la antigüedad; considero la primitiva organización social de Grecia y Roma, cuyo estudio nos vemos obligados a seguir a fin de no dejar trunca su exposición, precisamente donde la teoría sobre el mayor interés ya que en tales pueblos se opera el cambio de la antigua organización social, por la organización política, estableciendo el género existente en la primera o en las instituciones actuales y en la segunda el hecho cierto de su aparición y las circunstancias que hacen que no participe del carácter familiar y social de la organización anterior.-

Pero antes a fin de establecer unidad en la exposición de las características de los dos pueblos que contribuyeron grandemente a la creación de la civilización occidental, desquero sus orígenes, y el punto central común del cual partieron las tribus que emigrando de este punto de origen poblaron gran parte del Asia y Europa.-

A juicio de los historiadores, la crona de Nadir (1) en Asia Central es el punto de origen y partida de una serie de pueblos que siguieron de distintas direcciones fundaron sendos centros de civilización donde lograron establecerse definitivamente, después de éste tránsito por el territorio asiático.-

Atribuye Carlo á éstos pueblos la primera tradición jurídica aun cuando admite la posibilidad de que la practicaran otros antes, cosa que confirma como hemos visto con las investigaciones de Morgan, referentes a los pueblos australianos y americanos.-

(1) Carlo: La vida del Derecho, páginas 46 y siguientes.-

Todos estos pueblos participaban de una misma lengua, hablaban la misma lengua y tenían creencias costumbres y tradiciones comunes, como así una organización social similar en todos ellos, del carácter de las que vimos anteriormente y cuyos detalles diferenciales expondremos enseguida.-

La división de estos pueblos, nos anterior é pensable de éste modo de la explicación de la degeneración que Niclars Morgan; se habrá producido acaso, por la escasez de alimentos como así el crecimiento constante de la población, aun cuando es de fundamental importancia y acaso también motivo que la haya decidido, las divergencias profundas respecto de sus creencias y culto religioso lo que quizá haya producido la degeneración y su diferenciación posterior.-

En éste primitivo núcleo central se encuentran los arcos cuya organización social en gens patrio, tribus y confederación de tribus, es evidente dada las características expuestas por los autores que les asignan distintos nombres como gens en Carlo; que denomina al primitivo núcleo grupo patriarcal en el cual el cabeza aparece como padre rey y sacerdote por las funciones que desempeña. Es el jefe civil o sachem de la gens descrita anteriormente en que tiene funciones paternales, ocupa el consejo de la tribu en representación de su gens; y llamándosele rey por las funciones administrativas que tiene, aun cuando nunca hubiera sido funciones verdaderamente ejecutivas; presidiendo también las ceremonias del culto(1).-

Esta primitiva organización social como bien observa Carlo no puede ser comparada con el estado, pero llega en aquella época, lo que aquel en la vida de la posterior organización política. También denomina Carlo observando el núcleo en Oriente Comunidad de pueblo, al mismo considerando en él el Consejo de ancianos, el cual no sería otro que el Consejo de la tribu o la confederación de las tribus, forma a las que habían llegado los pueblos de Asia asentados en torno a la meseta de Paair.-

La convivencia social organizada en esta forma- dice Carlo- tiene un carácter similar jurídico y religioso; el poder que ejerce el Sachem o el Consejo participa de los caracteres paternales, familiares y políticos. Está tan arraigada la convicción de la generalidad de esta organización social originaria que obedece a las citas de los autores que hemos hecho antes, las que cita Carlo en la pag. 51 de su obra citada, nota: La ley y la propiedad en las formas primitivas prueba la analogía entre el rix ruso, la marca germánica y el Willehalm suizo y Freudman no duda en afirmar que el Weyh alemán, la gens romana, la marca teutónica, la comunidad del pueblo en Oriente y el clan irlandés son en esencia la misma institución que toma forma y apariencias diversas. Comparative politics "Lo cual hemos podido a nuestra vez confirmar nosotros a través de las opiniones de Morgan, Carlo, Koret y Wilson.-

Siendo ejecutivo y judicial a la vez, ya que la diferenciación de funciones no aparece en esta primera etapa de la organización social. La ley -continúa Carle- tal como la conocemos desde luego no existe entonces, pero en su lugar existen ciertas reglas tradicionales que se custodian y transmiten de generación en generación auxiliándose casi siempre del rito y del verso; componiendo el cuerpo de leyes las órdenes y mandatos del Cabeza, las decisiones y juicios arbitrarios (particularmente entre tribus la reparación y venganza en el homicidio) de los Ancianos o Consejos" y por último las costumbres instintivas e inconscientes de la multitud" todos los cuales elementos entrelazados con variedad unas con otras acababan por formar una misteriosa y arcaica tradición, aún para los mismos que contribuyeron á darle origen".-

La citada tradición llega á considerarse como de origen divino, y por haberse manifestado así en el pasado debe usarse como norma del presente sin que de manera alguna pudiera considerarse mutable lo que demuestra el apego á costumbres antiquísimas.-

Expresa Carle que éste núcleo de instituciones se fué desenvolviendo de muy distinta manera cuando los pueblos abandonaron su asiento primitivo, e por su índole esencialmente transigradora, o por discrepancias religiosas que surgieron en su seno, tomando direcciones distintas estableciéndose unas en la India, otras en Persia y otras por último llevaron éstos primeros ensayos de instituciones sociales del Oriente á Occidente de Asia á Europa.-

Todos éstos pueblos son para Carle de origen ario, y los primeros en desprender del núcleo central originario son aquellos que se instalan en la

INDIA.-

Al separarse los arios divididos por divergencias de carácter religioso, una de las corrientes se situó en la península del Ganges, conservando los rasgos fundamentales de su organización social durante el período denominado Védico, pero costándose durante el mismo el germen de profundas transformaciones que caracterizan el período posterior, y que se manifiestan en los efectos del clima y la naturaleza, la división del trabajo la lucha por la supremacía de las clases que se iban formando, que se plasma luego en la organización en castas con la supremacía de la casta sacerdotal cristalizada en la constitución Brahmanica, que detiene de esta suerte el espíritu creador de un pueblo dotado para una acción ágil y constante" con un sentido enérgico de lo justo y una vigorosa intuición de las cosas necesarias para fundar y mantener la convivencia social".-

Hubo intentos por romper esta cerrada organización, preparando la revolución moral y social, Budha, que proclamó la igualdad de todas las clases; pero los brahmanes con cierta habilidad separaron de los libros sagrados una parte doctrinaria á la cual incorporaban todas las nuevas concepciones religiosas y filosóficas, siempre que no afectaran á los cánones fundamentales de la organización en Castas. A ello se debe el carácter místico esencialmente contemplativo de la sociedad India, que ve de acuerdo con las enseñanzas de su religión en esta vida una mera ilusión, teniendo puesta su mirada en el más allá esperando con anhelo el momento de ser absuelta por el Ser universal (nirvana)

El Budhismo inspirado en una moral más elevada y sublime, no conduce a otro fin pues recomienda la meditación y el ensaismamiento del Ser Su premo de modo de llegar a confundir con él.-

Dentro de ésta organización el Derecho siguió una evolución semejante, siendo activa y vigorosa su vida en los primeros tiempos, lo que demuestra el Código de Manu, cuyas instituciones de derecho criminal y civil muestra el grado de adelanto alcanzado por el sentimiento jurídico de este pueblo que llegó hasta darse un Código. Tuviéron profunda idea de lo justo, constante y pulcra preocupación por realizarla, lo que quedó a cargo de los brahmanes, que en la lucha de supremacía entre las castas se arrogaron esta facultad por derechos de nacimiento ya que ellos encargaban la realización de la justicia.-

Así el derecho como ciencia quedó confinado en los libros sagrados, y como ley se constituía por una " inmemorial costumbre aprobada por la revelación y la tradición a la cual debía ajustarse el que deseaba el bien de su alma y por fin como potestad que correponde al hombre fué emanación de la divinidad que al haber derivado las distintas clases de partes diversas de su propio cuerpo, les asignó un fin determinado en el orden social, el cual debe permanecer inalterable, como el orden mismo de la creación"(1).-

PERSIA.-

Otra corriente se dirigió hacia Persia instalándose en el Iran de ahí que se denominaran a partir de entonces Iránios; y se dividieron de los que se dirigieron a la India en razón de sus concepciones religiosas pues mientras éstos identificaban Dios y la Naturaleza en una forma panteísta, mientras los Iránios siguiendo las inspiraciones de Zaratustra, Batrio, el Zoroastro de los griegos, conciben la divinidad, en forma mas espiritual y moral, Espíritu de luz y verdad en permanente lucha con el mal.-

De esta diferentes concepciones se desprende el distinto desenvolvimiento de estos pueblos consecuencia de los efectos de la vida contemplativa a que los lleva la adoración y anhelo^{de} identificarse con el Nirvana a los Indios; mientras que en los Iránios la lucha constante del E Espíritu de luz verdad contra el mal, engendra una concepción similar en el hombre frente a sus problemas y dificultades de su vida semidesamparada contra las cuales lucha, con la fe de poder dominarlas.-

Así construyen un vasto imperio cuya memoria tratan de perpetuar a diferencia de los indo-arios a los cuales le resulta indiferente la vida política. La organización de aquel imperio se realizó en clases predominando la civil, pero éstas clases nunca llegaron a plasmarse en castas como en los indo-arios

(1) Corle op.cit. páginas 63 y 64.-

La organización social y jurídica de los Persas fué gentilicia o patriarcal, como la que hemos visto común a todos los pueblos primitivos, en las que no se destaca con caracteres de funcionario ejecutivo ningún jefe; pero entre los Persas según nos lo refiere Carle, una de las tribus pareció elevarse sobre las demás de modo que sus Jefes descendientes de Aquemene que había sido el Jefe común de los Persas durante la emigración, acabaron por elevarse a la dignidad soberana. De esta tribu aparecen sucesivamente los reyes de los Persas que en sus primeros tiempos conservan el carácter de padre común de sus propios subditos, pero que en tiempos de Cambises cambia el carácter de tal por un despotismo, ensanchando el Imperio y por fin Darío que siguiendo las huellas de su antecesor extiende aun más los dominios del Imperio en cuanto se refiere a territorio, y consolida el despotismo inaugurado por Cambises pasando lo en una organización política que muchos admiraron por su perfección.

El tiempo de Darío— refiere Carle— fue cuando los dones y presentes que los Jefes de las Provincias querían ofrecer al Rey como padre común de los subditos, se substituyeron por tributos regulares que las diversas provincias debían entregar al príncipe y de éste modo según aguda observación de Bonghí, el Estado comenzó por primera vez en una estirpe ariana a tener existencia por sí y á ser organizado en sí mismo y no ya como un apéndice de quien lo rige, ni como un nuevo y pasajero instrumento o sayracho de éste".—

Sin embargo no consiguió borrarse la figura de la antigua organización gentilicia y la vida toda del Imperio gira en torno a la familia patriarcal y a éste modo de existencia propia del Estado, aigue la decadencia, la lucha con la libertad helénica, los convirtió en sus creencias religiosas convirtiéndose en idolatría a la religión espiritual de Zoroastro; y cayendo bajo el despotismo sacerdotal.—

Los pueblos de Grecia admiraron antes de entrar en guerra con ellos la educación y el progreso de los Persas, su valor, su energía y valor. Purio consideramos ésta guerra al estado de transición entre Asia y Grecia, ésta última surge, en la decadencia de aquellos, recogiendo la bandera de la civilización y del progreso, enarbólandola sobre las cumbres gloriosas de su edad heroica, hasta el advenimiento del cristianismo que establece un nuevo orden, en todos los órdenes de la vida privada y pública de los hombres y de la sociedad, conduciendo la civilización que recoge ya decadente de manos de Grecia, semidesvastada de la fulgurante Roma, a nuevos y brillantes horizontes.—

Es así como observa acertadamente Carle que "la historia universal de las cosas civiles y humanas demuestra bastante explícitamente, que la suerte de las instituciones esenciales en la sociedad jamás es abandonada a un solo pueblo ni puede detenerse en él, puesto que apenas parece una perder vigor y energía, comienza á elevarse otro llamado á ser su sucesor y heredero(1).

(1) Carle: op. cit. página 73.—

LOS PUEBLOS QUE DE ASIA PASARON A EUROPA.-

De aquella separación de los Arios, de los cuales dos divisiones hemos visto establecerse en la India y en el Iran; otras tomaron distinto curso y se dirigieron a Europa, ocupando diversos lugares según el orden de partida el camino seguido en la emigración.-

Al decir de Carlo (1) de los que se dirigieron a Europa los primeros en separarse del tronco común fueron los Celtas que ocuparon España, Francia, Gran Bretaña e Irlanda. Después se separaron los Helenos, Itálicos y Germanos que comprende una sola corriente migratoria; de los cuales los últimos después de haberse exterminado durante mucho tiempo (lo que desde el nacimiento de la civilización greco-romana hasta la destrucción y conquista del imperio por los bárbaros) en los bosques de Escandinavia avanzaron hacia el teatro de los grandes acontecimientos del género humano en el período greco-romano fundiéndose con el elemento griego y latino para constituir las gentes y naciones modernas.-

La última corriente migratoria que separó para entrar en Europa fué la de los Lituanos-Eslavos, los cuales se establecieron en las vastas llanuras del Septentrion de Europa.-

La primera y tercera corriente no dieron un desarrollo original y grande a sus instituciones jurídico-sociales, por la circunstancia de que a los Celtas los dominaron los Romanos y los lituanos-eslavos no tomaron participación en los sucesos históricos de la civilización.-

Sin embargo-observa Carlo-existe entre los celtas, una clase que como la de los brahmanes en la India predomina y explica y enseña el derecho, es la de los Druidas, que exponían el derecho natural, las constituciones, las leyes particulares del Estado; pero no obstante la originalidad en el detalle que podrían ofrecer sus instituciones lo cierto que no influyeron en el ulterior desarrollo de la vida política, en la línea ascendente que describieron otros pueblos, hacia los cuales se dirige la investigación de Morgan que veremos después de esta disquisición sobre el origen y emigración de los nómadas.-

Es una niza la opinión de que la corriente migratoria que vienen de Asia a instalarse a Europa y que comprende a griegos, romanos y germanos o teutones, es a las que se deben las transformaciones de las instituciones jurídicas, sociales y políticas, en una dirección enteramente diferente a la que caracterizó las instituciones del mismo carácter en Oriente; si bien se operaron en un período largo de elaboración lenta, pacífica en Roma, revolucionaria en Grecia, violenta en los Germanos que se encuentran de súbito frente a una cultura superior de los pueblos que han vencido.-

Estos pueblos se sucedieron en la antigüedad en los acontecimientos

(1). Este autor hace la salvedad que respecto al orden cronológico de estas corrientes no se pueden hacer más conjeturas.-

históricos humanos y sociales; a la caída o decadencia de uno de ellos sucede el esplendor y el progreso de otro, que constituye así el objetivo de conquista del que viene detrás y entretanto mientras el primero pierde la proya grandes, civiles al mismo conquistador; de lo cual se sigue que la civilización que deberá elaborarse luego en un nuevo período histórico acabe por ser fruto de la inconsciente cooperación de todos éstos pueblos a un tiempo.-

No obstante acusar todos ellos en sus instituciones primitivas el carácter predominantemente oriental contribuyeron en común a desarrollarlas y perfeccionarlas; en una transformación lenta a veces imperceptible en otras etapas violentas; pero lo cierto es que por el testimonio de historiadores, escritores y filósofos(1), las instituciones primitivas que los pueblos arios traían de su cuna, las transplantaron a los lugares en que llegó a situarse cada corriente segregada del tronco común, de ahí que aparecieron también en Grecia, Roma y la antigua Germania.-

Con ello queda establecida la continuidad en las líneas del progreso humano de Oriente a Occidente, aun cuando las transformaciones sufridas en éste último lo hagan bien pronto totalmente diferente al del primero.-

En efecto; los pueblos de occidente, si bien respetuosos y continuadores de las creencias religiosas; atribuyen sin embargo a las instituciones jurídicas y sociales un carácter esencialmente civil y político, en contraposición al carácter religioso y sacerdotal de Oriente, con lo cual desaparece la posibilidad de que se convierta su constitución social y política y sacerdotal y teocrática.-

La misión de éstos pueblos fué civil, política y militar; predomina en ellos los hombres de la clase media dedicados al desenvolvimiento de la tradición de esa misión civil militar y política; en la cual no tuvo preponderancia la clase sacerdotal y resultó excluida del gobierno la clase de los trabajadores.-

En sus comienzos tiene ésta nueva forma de organización social un carácter predominantemente guerrero, pero luego va diferenciándose en su finalidad según la peculiaridad de cada uno; asumiendo el carácter de un organismo ético moral en los griegos; civil y jurídico en los romanos; que la denominan civitas y Municipium por la participación de los ciudadanos en las funciones; y en los Germánicos de manifestada con un carácter esencialmente militar y perenne; la llaman con- tana, pagus, en latón gen y también comitatus.-

(1) Cita Carlo e Honero, Tucídides, Platon, Aristóteles, Tacito.-

ETNOLOGIA O ETHNOGRAPHIA
JURIDICA.-

Corresponde ahora que nos ocupemos de las ideas expuestas por el Profesor alemán Post, en su obra Jurisprudencia etnológica, respecto de los tipos sociales, que el autor, después de un minucioso estudio de la organización gentilicia a la manera como la hemos visto anteriormente en Morgan, por lo cual solo haremos resaltar las diferencias que pudieran existir con aquél en la consideración de la misma, rectificando nos en cambio a la descripción anterior en lo que tengan de similares y luego destacaremos la pretensión de Post de construir una teoría universal, lo que no aparece en Morgan, que se dedica en sus investigaciones en la aparición de la sociedad política concluyendo en el estudio de las organizaciones gentilicias de Grecia y Roma y la aparición de la sociedad política en ambas.-

En Post, la labor se continúa y sigue en una línea ininterrumpida la evolución del núcleo gentilicio a través de sucesivos cambios en cuya última etapa ya no se distingue ninguno de los caracteres de aquella primitiva organización social, pero que constituye la primera manifestación en pequeño y en germen, base y raíz, de las modernas estructuras sociales y organización del Estado.-

Comienza la Introducción con una breve reseña sobre la ciencia jurídica tal cual ha sido tratada en Europa, como nosotros lo hemos visto ya, destacándose su independencia y autonomía por parte de Hugo Grocio al separarla de la teología y de la concepción de un Derecho Natural de origen divino; concepción la que sucedió la del Derecho Natural de la razón humana fundado como vimos en un supuesto período de la historia del hombre en que este vivía naturalmente sin forma de organización social o política alguna; tendencia antes de carácter deductivo ya que se fundaban en los impulsos del hombre considerado aisladamente.-

La Escuela histórica tal cual lo expusimos (Hugó, Fuchta, y Savigny) cambian la orientación y la base de la investigación de lo jurídico atribuyéndole el carácter histórico, y en consecuencia una lenta elaboración en un largo período de tiempo que es necesario investigar para ver su evolución; con la diversa orientación cambia el método haciéndose inductiva y concibe el derecho en consecuencia como elaborado por el espíritu popular y en la indagación histórica del mismo tratar de encontrar los elementos permanentes que rigen su desenvolvimiento.-

Por último adquiere más amplitud dice el autor por la Etnología que aplica los métodos de las ciencias naturales a la vida de los pueblos, sobre la base de la lingüística y la filología, se investiga la unidad de origen de las lenguas indogermánicas derivadas del arrio comparándose el derecho de los pueblos germánicos, celtico, romano, griego, eslavo, iranio e hindu, para buscar su origen común. "La investigación bíblica dió origen a la elaboración del derecho israelita y el estudio del arabe al derecho musulmán. Descifrados los jeroglíficos, surge el derecho egipcio; y de los caracteres cuneiformes el derecho sumerio y asirio-babilónico.- De allí a la Etnología no hay más que un paso. La investigación tenía que extenderse a todos los pueblos de la tierra. A los pueblos no civilizados, a los que no puede aplicarse el método histórico se le aplicará el comparativo-etnológico.-"

Por último y antes de establecer los límites de la Jurisprudencia Etnológica respecto de las demás ramas de la ciencia jurídica, se acepta que ésta participa de los caracteres de la Etnología de la cual es una rama; y luego, al referirse á sus límites específicos que tiene por objeto algo menos que referirse á sus límites genéricos que tiene por objeto algo menos que la Ciencia General del Derecho cuyo objeto es investigar todas las formas jurídicas de la vida exterior y sus causas. "Pero como la vida jurídica se encuentra por un lado en manifestaciones de la conciencia jurídica individual y por otro tiene un aspecto social/ La ciencia General del Derecho abraza el aspecto psicológico (examen de la conciencia jurídica individual) y el social, indagando las causas últimas del Derecho considerado como fenómeno social. La Jurisprudencia Etnológica solo abraza el aspecto social del Derecho, no el análisis de la conciencia jurídica individual del hombre. Estudia las manifestaciones externas del Derecho y las causas étnicas o sociales; excluye las causas biológicas o cosmológicas, las cuales se estudian en la Ciencia General del Derecho. Como la historia del Derecho, recoge los fenómenos externos de la vida jurídica y busca sus causas. Pero ella siempre se limita a pueblos determinados- o cuando más a grupos determinados de pueblos cuando toma forma comparada- mientras que la Jurisprudencia Etnológica, por su carácter universal, extiende su acción al género humano, buscando aquellas manifestaciones de la común naturaleza humana. Las variaciones que pueda encontrar la historia de cada institución en un pueblo determinado, no le interesan tanto como con límites de variabilidad de los tipos universales y ella busca éstos últimos".-

De la necesidad de la lucha y la defensa el hombre busca la vida social, en la cual nacen derecho, deberes, obligaciones, que constituyen el sentimiento jurídico y del deber en los miembros; en cuyo origen se exteriorizan en determinadas direcciones- como por ej. el ejercicio de la venganza por el grupo/ y en estados más avanzados se manifiestan cuando la justicia no llega a tiempo o la conciencia de un pueblo se rebela contra las instituciones existentes- por ej. linchamiento, revolución.-

Pero afirma inmediatamente que no existe pueblo en que el derecho se manifieste permanentemente en forma externa con casos, que solo son circunstanciales; al contrario en toda asociación humana aparecen instintiva y espontáneamente determinados órganos, los jefes y asambleas, los cuales dentro de las funciones que desempeñan también administran justicia, aun cuando sin manifestarse una separación entre la función de dictar el derecho y declararlo en la sentencia; pero esta confusión se debe a que el derecho se manifiesta en un sentimiento jurídico instintivo porque tales jueces no conocen normas ni se dispone de un sistema de derecho a que deban atenerse para fallar; la sentencia en sí misma es derecho a que deben atenerse para fallar; la sentencia en sí misma es derecho pero solo para el caso a que se refiere. Las primeras formas de un derecho con normas jurídicas de carácter objetivo aparecen cuando la sentencia se funda en precedentes que se retienen en la memoria, es el momento en que aquella prudencia jurídica en que se traduce el sentimiento jurídico instintivo, se transforma en una jurisprudencia, vale decir en la aplicación del derecho ya declarado y formulado. La repetición, el uso constante y largo de los precedentes y las formas dictadas por el

sentimiento jurídico elimina las particularidades del caso concreto y objetiva la norma, lo cual constituye el derecho consuetudinario. El hecho de decidir sobre el derecho declarado antes, sobre el precedente, puede manifestarse en otra forma objetiva jurídica: el derecho estatutario o legislativo en el que se establece lo que para el porvenir debe considerarse derecho.-

Primitivamente éstas formas de derecho declarado, se conservan en la memoria por medio de frases, proverbios y versos transmitiéndolos así los ancianos a los jóvenes; así se forma una clase de condecoración de los proverbios jurídicos haciendo profesión de tal conocimiento y actuando ante los tribunales. Adquirido el conocimiento de la escritura el derecho es exteriorizado por ésta forma ya sea por obra privada o por la presentación del grupo. A veces con los derechos consuetudinarios coexiste el derecho estatutario, que surge o del acuerdo de los factores sociales con jurisdicción o de las resoluciones de un jefe de carácter señorial. Esto es frecuente y sucede así en casos que no han tenido una decisión, se conviene en emitir una norma que debe resolverse para el porvenir o bien los jefes del grupo gentilicio se reúnen en asamblea y fijan el derecho según el cual ha de vivirse en adelante. En las organizaciones de tipo señorial son los príncipes los que fijan el derecho mediante una especie de tratado internacional, o bien el rey, después de consultar una especie de tratado internacional, o bien el rey, después de consultar su Consejo, dicta determinadas leyes, convirtiéndose también esta forma en leyes muchas normas consuetudinarias.-

Luego comienza la descripción de las formas de organización social que varían en extensión y cohesión desde las más restringidas a las vastas y desde las más disgregadas a las más sólidas y compactas en que se organiza la humanidad; estas formas o grupos sociales los clasificamos en cuatro: Primero: Gentilicios-basados en el estirpe y la comunidad de sangre; Segundo: por consorcios territoriales-sobre la común permanencia en un territorio determinado. Tercero: Señorial-sobre relaciones de protección y de hospitalidad entre siervos y señores-Cuarto: Corporativo-sobre convención de carácter contractual entre individuos. Tipos éstos que no se encuentran puros sino que en una misma organización social pueden existir alguno o todos aun cuando prevalece uno solo de ellos. Por ello concluimos que las sociedades son preferentemente: gentilicias, territoriales, señoriales o corporativas. Predominando en los senos civilizados la primera forma, cediendo peso a la organización territorial en muchos casos; prevaleciendo en los estados más elevados la forma corporativa, predominando en la fase de transición entre las formas inferiores y las más elevadas de la civilización la forma señorial.-

Luego hace un extenso estudio de las formas gentilicias que nosotros resumiremos y abreviaremos con referencias a la obra de Morgan que hemos visto; dedica un pequeño capítulo a las formas de consorcios territoriales para estudiar extensamente la organización de la forma señorial terminando con las formas superiores de la organización social, los caracteres y funciones del Estado.-

Entrando al estudio de la organización gentilicia sostiene como Morgan que la misma se apoya principalmente en las relaciones sexuales entre hombre y mujer cuyas más variadas formas estudia, en sus manifestaciones constantes y permanentes; por otra parte estudia la relación existente entre padres e hijos, en la cual se apoya también la organización gentilicia; teniendo en general por base biológica la reproducción. Afirma así mismo que "cuanto más bajo se encuentra un pueblo en su civilización, más constituyen esas relaciones derivadas de la reproducción las bases exclusivas de su organización social."

Después de referirse a los matrimonios de formas endogamas o exogamas ya sea en forma individual o ^{en} grupos, estables o inestables, poliandricos o monogámicos; estudia las relaciones entre estos del parentesco. Este se modifica en varias formas según sea: relación entre personas o relaciones entre grupos (el primero parentesco descriptivo o individual y el segundo clasificatorio o de clase). Sostiene que el clasificatorio precede al descriptivo. También hay parentescos cuando la comunidad de sangre se da por vía materna; otras por vía masculina; otras en cualquier caso (materno en que el hijo es pariente solo de la madre y de los parientes externos que son ligados a la madre por vía femenina; paterno en que el hijo es pariente solo del propio padre y parientes de este en la línea masculina; bilateral en que el hijo es pariente de la madre y el padre y de los parientes en línea materna y paterna; cubriendo en esta todas las formas posibles. El materno es más antiguo que el paterno y ambos son de carácter "Universal".

El parentesco natural es imitado; de lo que se sigue que los parientes pueden ser naturales y artificiales. En el parentesco se establecen grados acordando pleno efecto en los próximos y más débil en los más lejanos.

Respecto del parentesco paternal y maternal, parece unánime la opinión de que han sido una de las formas más reales y permanentes, atributo esencial de la organización gentilicia practicada en forma sucesiva comenzando por el materno, en razón de que se supone que hacía más posible la certeza de la filiación como vimos ya en Morgan; el paterno parece ser una forma más evolucionada cuando el grupo ajustando su organización gentilicia cuenta con los medios necesarios para asegurar el reconocimiento de la filiación por la línea masculina; sin embargo hay quienes sostienen la prioridad de esta última forma, como vimos en Sumner Maine.

Respecto del parentesco artificial destaca también diversas formas que son el de leche, la circunstancia de haber crecido en una misma madre hijos de otra, hermandad de varios grupos en uno generalmente con propósitos de defensa; hermandad de uno en un grupo de carácter electivo, parentesco de educación, hijos confiados a la educación de un maestro entrando por ello en relaciones de parentesco semejante a la relación de sangre con él y por último la forma más difundida fundada en la necesidad de la conservación de la estirpe y la continuidad del culto: la adopción admitida

cuando no hay hijos naturales. 4

Las gradaciones del parentesco, en sus efectos descendentes desde los más bastos y generales hasta los exclusivos y unilaterales se manifiestan en los derechos la herencia, a la conservación del culto y demás obligaciones que impone la substitución del ascendiente muerto, y mientras vive en las relaciones con aquel ayorata o menores según el grado.-

Los grupos gentilicios que estudia después son los que originariamente aparecen aislados formados por un pequeño núcleo familiar en torno al padre o la madre; cuando los núcleos con una civilización aparecen otras formas de organización del mismo, o del mismo con otros grupos perfectamente delineados que se repiten en toda la tierra ofreciendo a juicio del autor revista entonces un interes etnológico; esta el de grupos son las formas de sub-tribu-tribus y confederación de tribus a la manera que vimos en Morgan, estudiando por separado los consorcios familiares que son las patrias que vimos en el autor citado. Estas formas evolucionadas de organización social, se presentan como descendientes de un antepasado común a todos los miembros del grupo, con lo cual se establece un sólido vínculo de unión. Las autoridades del núcleo los derechos y las obligaciones con tal cuales los vimos en la obra de Morgan, conciliando en lo que respecta a la elección y destitución de los Jefes.-

Después de estudiar todos los grupos descriptos como así sus características, afirmando la manifestación universal de los mismos, según los estudios practicados por la etnología, cuya prueba aporta en citas numerosas de las tribus y pueblos donde se han encontrado en vigencia; sostiene que ellos dan lugar a formas superiores de la organización gentilicia que son como pases o anillos de transición con formas más evolucionadas como las órdenes territorial, señorial y estatal; en esas formas superiores se destaca a veces una familia formando una nobleza a la cual quedan subordinadas todas las demás familias de la organización.-

Describe el autor los derechos que caracterizan la organización gentilicia en la forma que los destaca Morgan, refiriéndose al patrimonio colectivo a la propiedad de muebles e inmuebles a los derechos sucesorios etc, y por último al derecho inter-gentilicio, que se caracteriza en la institución de la venganza, unas de las primitivas manifestaciones del derecho penal, el rapto y el matrimonio por compra-venta de la esposa; según los estados de la organización gentilicia estas figuras jurídicas adoptan diversas formas, hasta que cuando en la organización más elevada se presenta el tránsito hacia una nueva forma, esto se manifiesta en cambio fundamental en tales instituciones, en que sin desaparecer, presenta una parte regulada por un poder superior público, que poco ha regularla totalmente hasta substituir en el juzgamiento, castigo y ejecución de éste a la familia de la víctima.-

de 2000 etc... realizarse la distribución...

En épocas más avanzadas la adjudicación...

Consejos fertilizantes, adquirir a esta una fuerza preponderante... El territorio de origen de esta asociación...

La propiedad de la tierra se mantiene como del consorcio pero se hacen repartos periódicos entre las familias...

También observa el autor que hay grupos que adquieren definitivamente los terrenos adjudicados en el reparto...

De esta manera los lotes se vuelven en propiedad privada transmisibles por sucesión hereditaria...

LA MARCA: territorio común.-

Los consorcios territoriales tienen una base de organización en la Marca común, institución que parece coincidir con el territorio de las primitivas tribus de carácter exclusivamente gentilicio. Esta comunidad total se mantiene mientras el cultivo no se hace intensivo, en cuyas circunstancias partes de la marca quedan bajo la posesión de determinadas familias, particularmente las partes de cultivo; y las no cultivables permanecen comunes.- De la marca común se destaca—dice—antes que nada la casa y el huerto que son propiedad privada de los grupos familiares. Cuando los lotes cultivables se transforman en posesiones separadas, el terreno cultivable se destaca de la marca y ésta no abraza más que terrenos incultos, bosques, campos de pastoreo". Por razones de protección ciertas personas extrañas tienen cierto derecho de goce sobre la marca común, permitiéndoles a extraños estacionarse en ellas por lo menos mediante el pago de impuestos.-

Cuando la propiedad se hace particular respecto de determinados grupos o familias; no saca los caracteres propios del derecho de propiedad tal cual lo conocemos ahora, sino que estrictamente es más bien un derecho al cultivo y a la propiedad de productos. Por ello tiene sus limitaciones, por ejemplo duración mientras se ejerce de hecho el cultivo; caducidad si no es ejercido dentro de los tres años; pérdida de la posesión por abandono de la tierra; derecho al cultivo solo por un tiempo limitado. Desde la forma primitiva de posesión común, cuando la tribu surge en determinado territorio perdiendo su carácter nómada no conociéndose por mucha enajenación o traspaso de la propiedad, ya que no se tiene ni el concepto de tal, puesto que el territorio en sí no preocupa ni gasta la atención de la tribu, hasta las formas que hemos visto anteriormente; la posesión y propiedad de la tierra comienza por tres años por herencia primero y luego puede ser enajenada pero solo a otro miembro del consorcio y con el consentimiento de todos; otras veces solo se admite un arrendamiento o locación; pero también hay tribus en que opera un derecho de enajenación ilimitado.-

El consorcio territorial: organización.-

El consorcio como todas las organizaciones que se elevaron sobre la primitiva organización gentilicio tiene sus órganos propios; magistrados, jefes, consejos de ancianos, asambleas, etc.-

El Consejo de Ancianos existe al jefe en todas las circunstancias, y en ciertas oportunidades ha estado a cargo de éste consejo todo el gobierno sin que existan jefes.-

Al lado del Consejo y sobre todos los órganos de gobierno funciona la Asamblea popular de todos los individuos capaces del derecho de consorcio, que se reúnen generalmente en lugares sagrados.-

Por sobre los órganos del consorcio puede existir una organización superior, pero los consorcios frente a ella conservan su individualidad y autonomía, y están representados en aquel organismo de gobierno común a varios consorcios para ciertas cuestiones de intereses generales por los jefes.-

En los concursos territoriales persiste la solidaridad que caracteriza y une a los miembros de la primitiva organización gentilicia; esta solidaridad se exterioriza en la obligación del grupo de responder por las obligaciones contraídas por uno de ellos; la participación en la venganza; ya sea para vengar o a su vez el pago de la multa o precio de sangre por delitos cometidos en el territorio.-

Los concursos defendieron la integridad de su organización y la tranquilidad de su vida social deterrando a los miembros que no se adherían en la organización del grupo; tenía esta institución- según el autor- desde las organizaciones gentilicias y una forma más grave era la muerte del imputado de su familia y la destrucción de su casa, olvidándose su nombre para siempre. Las formas más atenuadas pueden ser dirigidas directamente contra el imputado incluyendo la familia; fuga dentro de un término fijado para el condenado a muerte; expulsión y en caso de regresar se le condena a muerte; quedar en el país pero excluido de todo comercio con los miembros de su concurso; salidas del destierro mediante el pago de dinero, confundéndose con la composición; por último ya en decadencia la institución se manifiesta en forma simbólicas sus primitivas manifestaciones destrucción parcial de la casa o secuestro de la misma a la que no se opone el culpable.-

LA ORGANIZACIÓN SIERVOVIAL.-

Esta organización se funda en la fidelidad de la cual emergen obligaciones, deberes y derechos del siervo para con el señor y del señor para con el siervo, pero en la relación de dependencia en que éste está con respecto aquél.- El señor se obliga a la protección del siervo, a esta presta para aquél y se le debe obediencia. El carácter de dependencia del siervo para con el señor, lo distingue de la organización corporativa que el autor estudia después donde aquella se establece por consentimiento libre y en la cual todos los miembros están en pie de igualdad. Esto hace que existan dos clases perfectamente diferenciadas la de los que dominan y la de los dominados: los señores: nobles; los siervos, no libres.-

Las relaciones entre los señores y los siervos se presentan en los distintos países con la variedad más grande de matices desde aquella en la que el siervo carece absolutamente de derecho respecto del señor, teniendo éste plenos poderes sobre sus bienes y vida; hasta donde el siervo tiene casi los mismos derechos que un hombre libre; pero generalmente existe un equilibrio del punto de vista de la protección que el señor debía dar al siervo, respecto de su vida y trabajo asegurándole su subsistencia; y la obligación de éste de prestar obediencia, trabajar la tierra para el señor y aliarse en sus negocios.-

Esta variedad de matices en las relaciones recíprocas de siervo y señor se concretaban en determinada forma según el origen o causa del sometimiento de la persona al señor, las cuales podían ser varias: en las relaciones entre pueblos como consecuencia de la guerra, sometimiento de los vencidos al vencedor; en las relaciones de los miembros de un mismo pueblo un individuo necesitaba protección y se somete a quien pueda facilitársela como siervo, lo que es un fenómeno universal; puede ser la consecuencia del poder absoluto de un rey del cual se consideran todos esclavos; o consecuencia de un delito cuya reparación en dinero no puede realizar el culpable

pueda ser esclavitud por deudas; como correlativo de la protección asegurada a un extranjero por matrimonio con persona no libre y a veces el solo hecho de residir entre siervos.-

Según las causas de la servidumbre ésta tiene efectos más o menos graves del punto de vista de la personalidad del siervo; lo más terrible es la que se abandona a la venganza y trae generalmente aparejada la muerte, la que se produce a consecuencia de la guerra.-

Manifestaciones de la relación entre siervo y señor.-

Según sea la causa hemos visto son los efectos de la servidumbre en consecuencia los derechos del señor respecto del siervo varían así: cuando el siervo está completamente privado de derecho es propiedad absoluta del señor, puede matarlo, mutilarlo, venderlo, darlo en prenda, etc, por el derecho sobre su vida no es discrecional del señor siempre, aunque a veces si en otras oportunidades precede un procedimiento judicial, otras es tan limitado que cuando en las facultades de corrección se excede el señor el siervo recobra su libertad, y cuando lo mata sin persona puede proceder la venganza de los parientes; la composición o la aplicación de una pena pública.-

En esta primera forma se caracteriza esta dependencia como una verdadera esclavitud.-

En cuanto á la emancipación que puede ser absoluta y sin limitaciones en otros casos un motivo, que el siervo haya delinquido; un permiso del rey, o una limitación: no puede ser vendido fuera del país, o en caso de necesidad, o en casos determinados.-

El siervo está obligado a obediencia, trabajo y pago de impuestos a su señor, no puede tener patrimonio propio todo lo que adquiere es para el señor, pero por un peculium, para casarse necesita el consentimiento del señor, éste á su vez puede asumir la venganza contra el autor de delito contra su siervo, como una supervivencia de la solidaridad que caracterizaba el núcleo gentilicio; entre sí sus descendientes tienen derecho a la herencia depende del grado de su servidumbre y así puede tener peculium y los siervos recobrar la libertad por manumisión por acto espontáneo del señor, por transcurso del tiempo, por mandato del patrono, por permanecer donde no rige la servidumbre, o por huir.-

JEFES Y REYES.-

No obstante existir en el primitivo grupo gentilicio Jefe y Reyes éstos cargos recién en la organización señorial adquieren la verdadera dignidad de tales en el carácter de institución específica. "Aquí el jefe o rey es un dominador cuyo poder se basa en la opresión y la guerra y no en la democracia".-

Otras veces como el carácter de un padre o jefe de familia de sus súbditos. Esta situación del Jefe o Rey, es de hecho por circunstancias especiales de prevalencia de un individuo; de carácter electivo militar o simplemente electivo, cuando se hace hereditaria se consolida, aun cuando así puede continuar siendo electiva para dentro de ciertas familias o de determinados herederos.-

En muchos pueblos los Jefes militares, se eligen circunstancialmente para el caso de guerra o en otros existen dos uno de carácter civil y otro militar pero ambos permanentes, si bien en mayor actividad uno de ellos según sea el estado de guerra o paz.-

Condiciones, facultades y responsabilidades de Jefes y Reyes.-

Esto varía desde la mera influencia moral, sin consecuencias políticas hasta el poder soberano y absoluto de decidir sobre la vida y hacienda de los subordinados, como así de la guerra o de la paz. En los poderes de los Jefes y Reyes donde mayor resulta la influencia de la intervención de las asambleas populares de modo que éstas constituyen un control en el uso de sus facultades.-

La administración de justicia está en sus manos, reservado por concilios o consejos de carácter consultivo; pero en otras oportunidades se lo administra la alta justicia, permaneciendo en jefes interiores o sub-jefes de tribunales familiares la administración de la justicia ordinaria. Tienen derecho a establecer impuestos, e imponer tributos que exteriorizan el sometimiento de los súbditos; además son los sacerdotes del culto, por lo que unen a su poder temporal el poder espiritual.-

En cuanto a su responsabilidad, incurren en ella muchas veces por culpa de sus súbditos o culpa de los mismos, lo que significa un resabio de la antigua organización gentilicia y de los consorcios territoriales que la culpa de uno se extendía al grupo. Además como extra sobre natural, puesto que el rey o jefe es considerado generalmente como de origen divino; se le responsabiliza por los desastres nacionales, en cuyo caso es depuesto y a veces muerto.-

La sucesión en el poder.

Triguen capacidad física y espiritual al heredero, excluyéndose a mujeres y niños en la herencia, aun cuando en caso de que sea un niño el heredero se acepta estableciéndose una regencia. Mientras dura la misma el heredero es recluido en un territorio lejano de la sede del gobierno a la cual le es vedado entrar para que no perturbe al mismo, se le impone muchas veces en la preparación para las tareas del gobierno soledad y penitencia, como la de recibir insultos para probar su paciencia y la de hacer donativos antes de subir al trono, entre sus súbditos.-

Existe una figura especial de transmisión según la cual el padre en vida y desde el nacimiento del hijo continúa en el poder en su representación; otras al decaer la capacidad física y mental se produce la sucesión, y el padre queda como simple pensionista del hijo.-

Se les depone previo juicio cuando existen calamidades nacionales, hasta se les mata, reconociéndose un derecho de rebelión contra el tirano.-

La paz social descansaba enteramente en el rey de ahí que en muchas

circunstancias cuando muere el rey, hasta que el que lo sucede domine la situación se produce un período de anarquía en que no existen mayores garantías para la vida y la propiedad, por ello en muchas oportunidades—dice el autor que comentamos—se oculta la muerte del mismo por un tiempo. En la inhumación se realizan sacrificios animales y humanos pues el rey debe llevar sus siervos a la tumba para que pueda ser servido.—

Los grupos de carácter señorial.—

Sobre la base de la dignidad de Jefe y servidumbre—dice el autor en sus palabras transcribimos—se forman grupos sociales de carácter peculiar. La organización de éstos grupos se apoya en general sobre la tierra: tiene naturaleza de señorío territorial y surge del desarrollo de los consorcios territoriales en cuanto los jefes de éstos asumen carácter señorial. Los organismos elementales de ésta naturaleza son los castillos rodeados de aldeas de siervos, que deben al señor servicios e impuestos y reciben protección y representación. Esta organización se encuentra muy difundida especialmente en los pueblos belicosos. Causas locales producen infinidad de variantes en los detalles de ésta estructura fundamental pero la característica fundamental de todos los tipos de esta organización social es la distinción en la propiedad fundiaria entre la alta propiedad del señor y la baja propiedad del poseedor del suelo.—

Las causas de los grupos señoriales se atribuyen particularmente a la guerra; pero también surgen con el pago de los impuestos la organización feudal, en virtud de que los cobradores de los mismos se hicieron propietarios de grandes extensiones las que se traspasaron a sus hijos primogénitos por generaciones y se consolidó la propiedad privada en torno a determinados individuos; también es la causa las tierras que los primitivos señores donaban a sus servidores mas allegados y sa gaces por importantes servicios prestados al mismo.

La organización feudal es de carácter señorial, pero no la forma única sino una de las formas señoriales y quizá las difundidas, revisten formas múltiples.—

La organización superior de la sociedad.—

El sujeto absuelto en su personalidad por la personalidad del grupo en todas las organizaciones vistas anteriormente, aparece esta organización superior como sujeto de derecho es decir en su íntegra personalidad que es reconocida por el grupo social, constituyendo el centro de la vida social y como consecuencia emerge un derecho civil provocado y de las obligaciones. La organización misma se funda en un compromiso entre los individuos. El autor manifiesta que esta organización es "ya evidente en el antiguo derecho egipcio y en el antiguo derecho babilónico, pero ha alcanzado gran desarrollo en el derecho hindu, arabe y en los pueblos de la Europa Moderna. Se observa menos en los pueblos no civilizados del Asia Oriental".—

La personalidad del sujeto en la regulación jurídica se exterioriza primero: por la responsabilidad individual por los actos ilícitos ya sea en materia penal o civil; forma de culpa individual característica de la organización en que el sujeto es el centro de la vida social, y se manifiesta oposición con las otras formas estudiadas; la responsabilidad individual aun es lizitada a la circunstancia de que el sujeto ha-

de organización corporativa...
 menas, ya corporativos, ya señoriales, de débil o de fuerte cohesión.-
 Puede predominar en cada uno el carácter corporativo o el señorial.
 Si lo segundo tenemos un Estado feudal; si lo primero un Estado repu-
 blicano. A veces hay tipos mixtos por ejemplo la llamada monarquía
 constitucional que tiene á su frente un monarca, un Parlamento gene-
 ralmente compuesto de dos cámaras de las cuales la una es democráti-
 ca y la otra vestigio de la antigua nobleza feuda (Inglaterra). En el
 imperio Ruso faltaba la representación popular".-
 El gobierno está confiado a un ministerio generalmente; en
 la organización feuda el señor tenía un consejo; cada uno de los miem-
 bros de éste Consejo tiene asignada una misión y tarea determinada
 en una particular e importante actividad del Gobierno y del Estado.-
 El autor después de un extenso estudio de las organizaciones sociales
 que hemos visto realiza en una sintética visión de conjunto una cons-
 trucción a la manera de conclusión en la que corona su teoría, hacien-
 do presente que el origen aun confuso y nebuloso de toda organización
 social comienza en el totem, como elemento de solidaridad entre los
 miembros del grupo, aun cuando a firma no constituye una base sólida
 para afirmaciones categóricas y definitivas; a su juicio la organi-

LOS ESTADOS.-

En las organizaciones que hemos visto anteriormente se desarrolla
 luego una forma más evolucionada y perfecta: el Estado que contiene
 dentro de sí mucho de aquellas aun cuando aparezcan en él en deca-
 dencia como organizaciones típicas autónomas, si bien en muchos esta-
 dos se han conservado casi íntegras. En las organizaciones estadua-
 les de Europa y América la organización gentilicia a la que corres-
 pondería la familia ha perdido todo carácter político.-

Los grupos territoriales se conservan en muchos de ellos aun cuando
 más no sea que como una exteriorización de solidaridad económica; y
 la organización señorial se mantiene en su organización de nobles
 y siervos como en el Japon y China, pero condenada a desaparecer pau-
 latinamente particularmente en Europa. "La organización corporativa
 vive junto al Estado pero no es su base. Un Estado que se base en el
 contrato entre los individuos es prácticamente inconcebible".-

La designación de Estado "corresponde a agregados sociales que salen
 de la órbita de los límites de los meros grupos gentilicios, territo-
 riales y señoriales y presentan la posibilidad de que surjan formas
 de organización corporativa. Estos Estados pueden ser ya chico, ya in-
 mensos, ya corporativos, ya señoriales, de débil o de fuerte cohesión.-
 Puede predominar en cada uno el carácter corporativo o el señorial.
 Si lo segundo tenemos un Estado feudal; si lo primero un Estado repu-
 blicano. A veces hay tipos mixtos por ejemplo la llamada monarquía
 constitucional que tiene á su frente un monarca, un Parlamento gene-
 ralmente compuesto de dos cámaras de las cuales la una es democráti-
 ca y la otra vestigio de la antigua nobleza feuda (Inglaterra). En el
 imperio Ruso faltaba la representación popular".-

El gobierno está confiado a un ministerio generalmente; en
 la organización feuda el señor tenía un consejo; cada uno de los miem-
 bros de éste Consejo tiene asignada una misión y tarea determinada
 en una particular e importante actividad del Gobierno y del Estado.-
 El autor después de un extenso estudio de las organizaciones sociales
 que hemos visto realiza en una sintética visión de conjunto una cons-
 trucción a la manera de conclusión en la que corona su teoría, hacien-
 do presente que el origen aun confuso y nebuloso de toda organización
 social comienza en el totem, como elemento de solidaridad entre los
 miembros del grupo, aun cuando a firma no constituye una base sólida
 para afirmaciones categóricas y definitivas; a su juicio la organi-

zación gentilicia" con el consorcio familiar se encuentra la investigación en terreno sólido. El consorcio familiar con su solidaridad, con su potestad, con su patrimonio colectivo, con su culto de los antepasados, su venganza y su rapto, con el matrimoniu por compraventa y las otras numerosas instituciones características, constituye la base de una organización que se repite sobre toda la tierra y que hoy tenemos clara así en la estructura como en su evolución histórica. Igualmente clara es la manera como se desenvuelve la organización por consorcios territoriales por evolución de los consorcios familiares. Junto a la organización gentilicia y territorial surge una organización de tipo señorial, basada en el fondo sobre la guerra y la violencia. En determinados momentos de la vida de los pueblos adquiere un predominio casi absoluto, y por lo que parece, es el antecedente imprescindible para que pueda surgir ese tipo de organización que es el Estado. También la estructura y el desenvolvimiento histórico de la organización señorial están en vía de decadencia. El consorcio familiar, se conserva sin embargo bastante vigoroso, en la China y en el Japon, pero en la Europa occidental y en los países dominados por la cultura europea, se ha reducido a esa figura completamente incolora y despojada de toda importancia política que es nuestra familia moderna. El consorcio territorial como colectividad económica (Marca y Almond) ha sido casi del todo reemplazado. Se ha decolorado hasta reducirse a una comuna de naturaleza política que hoy constituye el grupo orgánico puesto en el último grado del edificio del Estado. La organización señorial con su pirámide de clases sociales colocadas unas sobre otras ha sido casi reducida a escombros. Solo la potestad real, última ruina de un período de evolución ya ultra pasado conserva todavía alguna fuerza vital". "Sobre los pedazos de estas tres grandes organizaciones, el espíritu de asociación de las clases populares ha encontrado campo para mostrar una fecunda vitalidad; pero sus productos han caído a su vez muchas veces. Por último emerge de esta ruina general de las antiguas organizaciones circundada por la aureola de la libertad, la personalidad jurídica individual, el concepto del hombre como centro social, como organismo elemental del Estado, adornado por todos los ropajes filosóficos del estar dotado de razón y de libertad de querer, representante esto último de una teoría filosófica en la cual en substancia todavía está sumergida Europa, pero que a su vez se encamina hacia la decadencia. Es en efecto singular el espectáculo que la vida de los Estados presenta a la vista del etnólogo. Todo lo que había sido sólido y claramente organizado, ha caído en ruinas. Y en su puesto vemos el rebullir de un caos de corrientes sociales que lucha entre ellas y entre las que es difícil entrever cual será el camino que el genio de los pueblos tomará. Ciertamente nosotros no nos encontramos en un período de evolución completa que permita prever una estabilidad, sino que parece que las nuevas formaciones van lenta y seguramente cumpliéndose. Todo intento de precipitar las cosas llevará sin ninguna duda, solo a daños pasajeros y el proceso de evolución que está en la vida misma, ~~xxx~~ repararía siempre la turbación producida. Sobre éstos no dejan posibilidad de duda los desenvolvimientos de la vida popular que hemos descrito en el presente volumen. Por cierto que sería bastante útil que nuestros actuales hombres políticos demasiado fantásticos, se atemperasen con las consi-dera-

ciones de estos poderosos acontecimientos y con las rígidas leyes por ellos seguidas. La vida de los pueblos se desarrolla de modo orgánico: con decisiones de mayoría y con leyes se puede dirigirla tan poco como podría con esos instrumentos encausarse la vida de las plantas o trazarse la línea que el sol debe recorrer. Es por lo demás, bastante notorio que las leyes que no tienen fundamento en una prudente utilización de todas las tendencias orgánicas existentes en la vida popular, sino que se basan en teorías y principios de cualquier género, producen en la práctica normalmente, el efecto propiamente inverso de aquel que se perseguía, aunque tal vez sinceros motivos hubiera guiado a su autor".-

Con esto queda terminada la síntesis de las ideas que contiene la Jurisprudencia Etnológica de Post, en la que el autor pretende fundar un conocimiento científico del derecho sobre la influencia de las direcciones de las fuerzas sociales en sus manifestaciones evolutivas, hacia formas superiores, en la cual se descubre el íntimo parentesco de esta tendencia y la evolución de las especies de las ciencias naturales, con la diferencia que el autor ha tratado las especies de sociedad, y gobierno; a cuyo método debemos objetarse por sobre su positivismo, su espejismo naturalista, en cuya insistencia solo habría de conducir a esfuerzos reiteradamente fracasados, como vimos en todos los sistemas puestos a la luz en tal orientación y con método positivista.-

C A P I T U L O

Sumario: Generalidades.-El concepto social del Derecho en Leon Duguit.-Las transformaciones del Derecho.-Francisco Geny y la libre investigación científica.-La teoría de Ihering: el fin en el Derecho.-La caracterología: ideas de Sternberg y Radbruch.-La Ciencia práctica del Derecho en Stammler.-La Nuova Ciencia jurídica de Wilhem Schapp.-

A los esfuerzos realizados por construir una ciencia jurídica partiendo de generalizaciones empíricas tal cual lo hemos visto en los capítulos anteriores; siguen manifestaciones no menos empiristas que tratan de resolver las cuestiones jurídicas según un principio común, que resulta puesto para condicionar todo contenido posible, pero que no es investigado en la zona trascendental del conocimiento o sea en sus caracteres universales, sino que es extraído de la observación general, de los hechos tal cual se presentan y que trasuntan un determinado sentido: ello es así en Duguit.-

Según este principio que para el autor domina para decirlo así todo el desarrollo del derecho actual, se opera una transformación en el Derecho privado y público que para comprenderla es necesario partir de aquel principio que el autor coloca como fundamental.-Después de este comentario general sobre la principal característica de cada una de las teorías que continen el capítulo, veremos las transformaciones del Derecho privado según la teoría de Duguit.-

La libre investigación científica de Francisco Geny, es un esfuerzo realizado con una clara visión del problema de su época en que la ciencia jurídica había resultado codificada, al extremo de que llegase a afirmarse en su propia patria donde se hizo sentir con más crudeza el concepto de que todo el Derecho estaba en el Código; lo cual el autor expone detalladamente en los primeros capítulos de su libro magistral; culminando con la cita de la frase del propio Napoleón cuando apareció el primer comentario a su Código que expresó: "Se perdió mi Código".-

En Ihering, que se mueve aun dentro del método positivista, de observación de los hechos y generalizaciones, el principio del fin en el Derecho; ya es un acierto tan feliz, que encara el carácter teleológico del Derecho, enfocando hacia la característica fundamental de las investigaciones de las ciencias culturales; fué por ello un conspicuo jurista que pudo desentrañar del complejo de normas mixtas jurídicas, caracteres que trasuntaban la presencia de esencias, verdades, principios condicionantes de valor universal u objetivo, que si en lo fundamental alcanzo el maestro a verlos elevándose de manifestaciones subjetivas en casos y hechos, a la objetividad; no alcanzo a darle en cambio aquel fundamento trascendente, de verdad esencial, ~~xxx~~ con que se presentan en la Filosofía jurídica contemporánea, como verdades de razón, exigencias o necesidades del espíritu, esencias eternas e indestructibles.-

La caracterología del punto de vista de la ciencia jurídica, traslada el verdadero problema, el punto objetivo de la cuestión, a las condiciones o caracteres personales que debe reunir el jurista; lo cual sin duda influirá notablemente, como en todas las ciencias, más no es el centro de equilibrio del problema, ya veremos como se presenta la teoría

segun las ideas de los autores citados.-

El concepto social del Derecho en Leon Duguit.-Las transformaciones del Derecho.-(1)

La preocupación fundamental del autor se revela inmediatamente en la primera afirmación o sea la imposibilidad de que todo el Derecho se encuentre en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en el Código Napoleón y que por otra es difícil "indicar las transformaciones que el legislador positivo ha realizado en los principales países de Europa y América; lo que incluso carecería de interés del momento que "el Derecho no es la obra del legislador sino el producto espontáneo de los hechos".-"Las leyes positivas -dice- los códigos pueden permanecer intactos en sus textos rígidos; poco importa; por la fuerza de las cosas bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones jurídicas nuevas.-El texto está siempre allí pero ha quedado sin fuerza y sin vida; o bien por una exégesis sabia y sutil, se le da un sentido y un alcance en los cuales no había soñado el legislador cuando lo redactaba.-Puede pues hablar de las transformaciones del Derecho en particular, sin entrar en el detalle de las leyes positivas nuevas, desde la declaración de los Derechos del hombre y el Código Napoleón".-

Considera el autor que el Derecho se encuentra en un estado de completa transformación y que los autores de las Declaraciones y Código aludido como así la mayoría de los juriconsultos de la primera mitad del siglo XIX, con excepción de la escuela histórica de Savigny; "estimaban que había allí un sistema de Derecho definitivo que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría" y que todo el derecho futuro debía girar en torno a tales principios inmortales "lo cual resultó desmentido por las grietas asomadas en la construcción apenas terminada, en una época rica en transformaciones de carácter social, en oposición directa con los principios de 1789; obra destructora realizada -según el autor- realizada durante los últimos cien años y que se continúa particularmente en el siglo XX donde se notan con claridad los elementos de la misma y la construcción jurídica nueva, que por otra parte no ha de ser definitiva, como no hay nada definitivo, dejando tal construcción a su vez lugar a otra que los "juristas sociólogos" del porvenir determinarán"

Sintetiza los caracteres generales de esta transformación en dos proposiciones: 1° La declaración de los Derechos del hombre, el Código Napoleón y todos los Códigos modernos que proceden más o menos de esos dos actos, descansan en una concepción puramente individualista del derecho, Hoy día se elabora un sistema jurídico fundado sobre una concepción esencialmente socialista(2) y 2°: El sistema jurídico de la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano y del Código Napoleón descansan en la concepción metafísica del derecho subjetivo; y propone en su reemplazo el principio que el estímulo condicionante de todo el sistema jurídico de los pueblos modernos "que tienden a establecerse sobre la comprobación del hecho de la función social imponiéndose a los individuos y los grupos.-El sistema jurídico civilista era de orden metafísico; el nuevo sistema que se elabora es de orden realista".-

Al oponer este principio unificador que se manifiesta en las tendencias de los nuevos sistemas jurídicos a la concepción individualista afirma que los sistemas de 1789 y 1804 como así todos los sistemas que se inspiran en sus principios están inspirados en la noción de derecho subjetivo; el derecho subjetivo del Estado personificando la colectividad; el derecho subjetivo del individuo: "diré que esta noción es de or-

den puramente metafísico, lo que está en contradicción indudable con las tendencias de las sociedades modernas, y con el realismo; digamos la palabra: con el positivismo de nuestra época".-

Analiza el derecho subjetivo y concluye destacando que la noción del mismo lleva implícita dos voluntades una frente a otra; una voluntad que puede imponerse a otra voluntad, una voluntad que es superior a otra voluntad, lo que significa para él una jerarquía de voluntades y en "cierta manera una medida de las voluntades y una afirmación sobre la naturaleza y la fuerza de la substancia voluntad" lo que es ante todo una afirmación -dice- de carácter metafísico; planteándose inmediatamente una serie de interrogantes respecto a la naturaleza, fuerza y posibilidad de esta voluntad y su superioridad sobre otra manifestando la imposibilidad de resolverlas en una ciencia positiva, concluyendo que en cuanto noción de orden metafísico la de derecho subjetivo no puede ser sostenida en una época realista y positivista. -Recuerda luego palabras de Comte en que se condena el término derecho como supervivencia teológica metafísica destinada a mantener la consagración de la individualidad -dice- en manifiesta posición antisocial por su naturaleza, y concluye que "el estado positivo la idea del derecho desaparece irrevocablemente. -Cada xxx cual tiene deberes y para con todos, pero nadie tiene derecho alguno propiamente dicho... En otros términos nadie posee más derechos que el de cumplir siempre con su deber" sobre tales afirmaciones el autor declara artificial y caduca la idea o noción de derecho subjetivo. -

Sostiene que la noción de derecho subjetivo se refería a la concepción puramente individualista de la sociedad y del derecho objetivo; "es decir del derecho imponiéndose como regla de conducta a los individuos y a la colectividad personificada, al Estado "manifestando que las raíces de tal individualismo están en la filosofía estoica habiéndose elaborado desde tan lejanos tiempos en una evolución a través del derecho romano que se completa en el siglo XVI y XVIII de manera que puede resumirse así: "el hombre es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales inalienables e imprescriptibles de derechos llamados naturales, indisolublemente unidos a su calidad de hombre". -

Luego según esta noción explica la aproximación y vinculación social de los individuos bajo la idea del contrato social para proteger mutuamente sus derechos naturales, imponiéndose restricciones a tales derechos solo en la medida necesaria para asegurar su libre ejercicio; concepción individualista de la sociedad que conduce a la no menos individualista del Derecho pues la sociedad en cuanto dicta normas jurídicas solo será en mira de proteger los derechos subjetivos del individuo; concepción que declara artificial como la del derecho subjetivo, que solo como producto histórico ha tenido en un momento razón de subsistir. -

Estas notas corresponden a la página anterior. -

(1) Duguit León: Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón. - Traducción de Carlos G. Posada. - Segunda edición corregida y aumentada. - 1920. -

(2) Aclara el autor que emplea tal palabra por no encontrar ninguna otra adecuada al pensamiento, pero que no implica ninguna adhesión a un partido socialista dado "que señala solamente la oposición entre un sistema jurídico fundado sobre la idea del ~~xxxxxxx~~ derecho subjetivo del individuo y el fundado sobre la idea de una regla social que se impone al individuo". -

Desapareciendo en consecuencia la noción de derecho individualista conjuntamente con la de derecho subjetivo.-Desecha como irreal, como insostenible la idea "del hombre natural, aislado independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad es una idea extraña por completo a la realidad.-El hombre aislado es independiente es una pura ficción; no ha existido jamás.-El hombre es un ser social, no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad".-

Todo el sistema jurídico fundada en la noción del derecho subjetivo y sobre la concepción individualista se derrumba para el autor, y es lentamente substituido, bajo la presión de los hechos por un sistema jurídico que fuere de la intervención del legislador, "a pesar de su silencio y en muchas oportunidades a pesar de su intervención en contra".- Tal nuevo sistema "descansa en una concepción exclusivamente realista, que elimina poco a poco la concepción metafísica del derecho subjetivo; es la noción de la función social"; el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco, pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar.-Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados".-

Analiza los derechos a la libertad y de propiedad según la concepción tradicional y las formas que adquieren bajo el nuevo sistema.-

La libertad se define, -dice(1)- en el sistema individualista como el derecho de hacer todo lo que no daña a otro, y por lo tanto, a fortiori el derecho de no hacer nada.-En la concepción moderna la libertad no es eso. Todo hombre tiene una función social que llenar, y por consecuencia tiene el deber social de desempeñarla, tiene el deber de desenvolver tan completamente como le sea posible, su individualidad física, intelectual y moral para cumplir esa función de la mejor manera y nadie puede entorpecer ese libre desenvolvimiento.-Pero el hombre no tiene el ~~parax~~ poder de permanecer inactivo, de entorpecer el libre desenvolvimiento de su individualidad; no tiene derecho a la inactividad, a la pereza. Los gobernantes pueden intervenir para imponerle el trabajo.-Pueden incluso reglamentarse-

lo; porque los gobernantes no hacen entonces más que imponerle la obligación de realizar la función social que le incumbe.-En cuanto a la propiedad -continúa el autor cuyas propias palabras transcribimos- no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella.-Ella es y ella debe ser, es la condición indispensable de la prosperidad y la grandeza de las sociedades y las doctrinas colectivistas son una vuelta a la barbarie.-Pero la propiedad no es un derecho; es una función social.-El propietario es decir el poseedor de una riqueza, tiene por el hecho de poseer esta riqueza una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos.-Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino.-Todos los actos realizados por el individuo en cumplimiento de tal misión social serán protegidos por la sociedad, y esto constituye el firme fundamento del derecho objetivo.-Así se manifiesta a ~~xxx~~ raíz del cumplimiento de esta misión social una serie de actos que conducen a una interdependencia social en que la solidaridad en la

(1) Duguit L.op.cit pagina 36 y siguientes.-

división del trabajo constituye el elemento fundamental de la cohesión social en los Estados modernos civilizados.-

Insiste en los principios fundamentales del sistema civilista fundados sobre la libertad individual, la propiedad, el contrato y la responsabilidad por culpa.- De los dos primeros ya hemos visto sintéticamente en la forma que se expide, detallando luego para cada uno ~~xxxxxxx~~ una serie de ejemplos posibles estableciendo en contra de los principios consagrados por la Revolución, la necesidad de límites a tal libertad individual en miras de su misión social así: prohibición y castigo del suicidio y el duelo, jornadas de trabajo limitadas, descansos semanales, previsión, ahorro, seguro; pasando en consecuencia de la libertad derecho, a la libertad función, hacia la cual tienden todas las leyes que en los sistemas individualistas ha sido necesario dictar -a juicio del autor- para hacer obligatorio el ahorro el seguro la enseñanza y casi toda la legislación del trabajo respecto de los salarios, contratos colectivos, jornadas, indemnización por accidentes etc.-

Siguiendo este principio fundamental de la función social analiza la construcción jurídica de la autonomía de la voluntad, del acto jurídico, del contrato y la responsabilidad y en detalle de la propiedad; anteponiendo la exposición del sistema tradicional ~~xx~~ individualista y de los derechos subjetivos, para luego analizarla a la luz de la nueva concepción haciendo resaltar, su insuficiencia para alcanzar o comprender una serie de situaciones nuevas que en vano los juristas se han esforzado y esmerado para incluir dentro de las figuras tradicionales; pero en forma tal que acusan en forma más evidente su insuficiencia, por lo cual debe recurrirse a denominaciones complementarias.- Así respecto del contrato dice: "Los juristas cegados por los antecedentes romanos y la tradición individualista, han tratado de subyugar bajo la forma del contrato a toda situación jurídica nueva que no participaba del todo de los elementos del contrato, tal cual lo entendían la concepción romana y se desenvolvía en el sistema individualista, habiendo llegado a la necesidad de colocar al lado de la palabra contrato palabras aclaratorias que no hubieran sido necesarias si tales situaciones fueran contratos; y así hablan de contrato de adhesión, contratos de taquilla, contratos colectivos, contratos de colaboración.-"

Realizado el análisis al detalle concluye por afirmar que tales figuras no son contratos que por definición es una cosa esencialmente individual; y que como en el caso de los denominados contratos colectivos no son sino convenios-leyes; en la concesión son verdaderos convenios-leyes de establecimiento de un servicio público, donde solo hay una manifestación contractual, entre la colectividad otorgante -Estado Provincia Municipio- y el concesionario; en las que figura un capítulo destinado a terceros referente al precio del servicio condiciones de la explotación recorridos etc.-

En cuanto a la responsabilidad afirma la transformación de aquella de subjetiva en objetiva, siendo mas una cuestión de riesgo debiendo determinarse que patrimonio soportara el riesgo de una actividad determinada; con lo cual entiendo se da una muestra evidente de la tendencia a la socialización del Derecho.-

FRANCISCO GENY Y LA LIBRE INVESTIGACION CIENTIFICA.-

La obra de Francisco Geny(1) se dirige como la de su compatriota anteriormente expuesta a sacar a ciencia jurídica de los estrechos límites del texto expreso y frío de la ley, tratando de ver todo lo que puede haber de aquella fuera de las disposiciones vigentes y que el intérpreta no puede ser otra para "una solución de las cuestiones prácticas y para una fecunda sistematización de la jurisprudencia, que un método amplio y flexible al mismo tiempo que únicamente a la ciencia corresponde definir sus procedimientos y señalar sus leyes" que la de un instrumento, en ausencia de un órgano constitucional, a la manera del Edicto del pretor romano; instrumento que existe, trabaja y ha dado señales de vida, pero que "corresponde investigar su fundamento, apreciar su función actual y perfeccionarlo".-

En la crítica que realiza al método tradicional que responde al "postulado fundamental de que la ley escrita debe bastar para todo" impugna este principio que califica de "fetichismo de la ley escrita y codificada" que caracteriza el método tradicional, haciendo resaltar sus ventajas pero también sus enfermedades y vicios irremediables; para cuya comprensión realiza un estudio profundo, extenso y detallado de la historia de la codificación.-

En la búsqueda de una reconstitución del método y la elaboración de una teoría de las fuentes; realiza un prolijo y completo estudio de cada una de ellas a saber: la ley escrita y su interpretación; la costumbre; la autoridad o tradición cuyo valor estudia y por último corona su investigación con el aporte original de su teoría que llama de libre investigación científica, y cuyos elementos fundamentales describiremos sintéticamente.-

Aquellas fuentes designadas en el párrafo anterior constituyen para Geny las fuentes formales del Derecho; colocando en primer término la ley mientras en ella se encuadren la solución de los casos que se presenten pues en su defecto deberá recurrirse a las otras fuentes en primer término a la costumbre, relegada desde la codificación a segundo término y reivindicando así en el sistema de Geny su valor de fuente creadora de Derecho y aplicación en ausencia de la ley, por último la autoridad y la tradición la que admite con muchas reservas y particularmente cuando sobre el punto las decisiones anteriores o la opinión de los juristas no deje lugar a dudas.-

Però aún así puede ocurrir que se presenten casos no previstos^y en cuyas circunstancias será necesario disponer de otro instrumento que revele al jurista la solución adecuada al caso planteado; para ello el autor destaca la preponderante función de la libre investigación científica, para alcanzar los elementos objetivos del Derecho.-

(1) Geny Francisco: Métodos de Interpretación y fuentes en Derecho privado positivo.- Editorial Reus.- Madrid.- Segunda edición.- Año 1925.-

En esta tarea afirma el interprete, "para librarse de los riesgos de la arbitrariedad deberá desprenderse cuanto sea posible de toda influencia personal, o proveniente de la situación particular que se le ofrece, fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva(1). Poese el trabajo que incubax al juez me ha parecido poder calificarle: libre investigación científica; investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar." De suerte -afirma más adelante- que en la esfera de la libre investigación, donde nosotros lo examinamos ahora, el método jurídico debe tener por preocupación dominante descubrir el mismo, en defecto de la ayuda de las fuentes formales, los elementos objetivos, que determinaran todas las soluciones exigidas por el derecho positivo(2).-

Fero el autor no se detiene aquí sino que trata de indagar donde habranda encontrarse los elementos, objetivos del derecho y concluye su estudio sobre el particular de la siguiente manera: "Así, libre en si misma, la interpretación no encontrará los apoyos objetivos necesarios más que en la naturaleza de las cosas, sirviendo de materia a mas investigaciones, y en una sistematización lógica que fecunde y desenvuelva esta materia por si misma"(3)

Más que ha de entenderse por naturaleza de las cosas, o mejor expresoado cual ha de ser su postulado fundamental? el autor se encarga de disiparlo: "Tal como lo indicó Kunde y ha sido comprendida despues de él la naturaleza de las cosas, considerada como fuente (latu sensu) del derecho positivo, descansa sobre este postulado: que las relaciones de la vida social o, más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica (a lo menos posible), llevan en si las condiciones de su equilibrio y descubren, por decirlo así, ellas mismas, las normas que deban regirlas. -Nada, al parecer, tan sencilla sencillo, según esto, como considerar de cerca todas las relaciones humanas para discernir entre las que merezcan reconocimiento jurídico y encontrar su ley en ausencia de toda fuente formal(4)"

Recalca luego la función de los principios revelados a la conciencia y presentes, como de intuición que señalan al juriconsulto la dirección de su propio trabajo.-

Señalando la completa función de la ciencia jurídica dice el autor: "La organización jurídica debe tender a realizar en la vida de la humanidad un ideal de justicia, de una parte; de otra parte un ideal de utilidad; entendiéndose por esta lo que la opinión comun considera como el bien del mayor número. Justicia y utilidad general tales, serán, pues los

(1) Geny p. op. cit. página 524.-

(2) " " " " " 525

(3) " " " " " 528

(4) " " " " " 535

dos objetivos directores.—Es verdad que esto está aún mejor de sernos perfectamente claro, porque las dos nociones indicadas no son, en sí mismas, más que formas vacías, que es necesario saber llenar para poder sacar de ellas todo cuanto se las pide.—Aquí, precisamente, interviene la naturalidad de las cosas, tal como lo hemos expuesto. No se trata solamente de considerar y de analizar, menudamente, todos los elementos de hecho de nuestra vida social; de observar las relaciones, de discernir las reacciones recíprocas que ellos sufren.—Es necesario llenos de confianza en nuestra conciencia moral y en nuestra razón, usar de estas facultades para inducir las leyes de los fenómenos y hacer así contribuir todos nuestros recursos a una construcción, verdaderamente científica del derecho común que buscamos.—Así observado, el campo de las investigaciones se precisa y se completa.—De una parte, interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia; de otra parte dirigirse a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la doble misión que debe llenar: la segunda, teniendo su firme base en lo que podemos llamar la naturalidad de las cosas positivas representada por el conjunto de las condiciones que forman como la atmósfera de la vida jurídica exterior; y descansando la primera sobre un fondo más íntimo que escapa a la observación y a la experiencia sensible, pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho.—

Queda así expuesto en lo fundamental el sistema de Geny, que ha tenido la virtud de señalar el amplio horizonte abierto a la ciencia jurídica libertándole de la concepción tradicional que la creía encerrada totalmente, no en la ley a la cual naturalmente deberá siempre dirigirse; sino en el código de tal manera que hasta incluso se pretendió cerrar al jurista el camino de la interpretación, privándole la necesidad de señalar las imperfecciones y lagunas de la ley, al legislador a quien competía exclusivamente, interpretarla y perfeccionarla.—

Geny ha ido muy lejos en su trabajo, y si bien no salió de la necesidad de un método de interpretación de la ley; estuvo en cambio muy cerca de encontrar la metódica firme, aquel trabajo que la ciencia realiza con plena autonomía e torno a su objeto; bajo aquella forma que Capograssi manifiesta viene a resolver en una particular metodología; tarea de la cual participa el legislador, en tanto esta su tarea puede ser jurídica por cuanto participa de la misma que es propia de la ciencia jurídica; aunque en manos del legislador, es solo un aspecto de sus tareas, y dentro de aquella misma, tiene un libertad mucho más amplia que la del intérprete, a quien solo le está permitido moverse dentro de los límites del orden jurídico vigente; pero correspondiéndole en esta tarea una peculiar función de desarrollar y desentrañar todos los significados incluso los no previstos por el legislador, que tiene implícitos el valor puesto por la ley como rector del obrar humano.—Es en este sentido la tarea científica del jurista mucho más importante que la del legislador.—

LA TEORÍA DE IHERING: EL FIN EN EL DERECHO.-

En la obra dedicada al tema, inicia su investigación von Ihering con la distinción fundamental que establece entre la consideración causal y la finalista.-Desde este punto de vista, y como dijimos en otra oportunidad, fue el autor, tan conspicuo y penetrante, que vió mucho a pesar del método usado en sus investigaciones; al extremo de haber señalado, la naturaleza teleológica de la ley que rige la consideración de la vida cultural.-

Nada mejor para poner al lector en contacto con las argumentaciones de Ihering que transcribirlas tal cual las presenta en su obra: El fin en el Derecho(1); lo que hacemos en los párrafos siguientes.-

"El hombre que obra -dice- no obra porque, sino a fin de, a fin de conseguir tal o cual objeto.-Este a fin rige de un modo tan ineludible la acción de la voluntad, como el porque determina el movimiento de la piedra que cae.-Un acto de la voluntad sin causa final, es un imposible tan absoluto como el movimiento de la piedra sin causa eficiente.-Tal es la ley de la causalidad: psicológica en el primer caso; puramente mecánica en el segundo.-Para abreviar llamare desde luego a la primera ley de finalidad, para indicar así, por su mismo nombre, que la causa final es la única razón psicológica de la voluntad".-

"En la expresión habitual -continúa- no hay efecto sin causa. La ley de finalidad dice: no hay querer, o lo que es igual, no hay acción sin un fin".-

Sobre la influencia de ambas leyes sobre su propio objeto afirma el autor que "en la causa, el objeto sobre el cual se ejerce la acción permanece en estado pasivo; aparece como un punto aislado en el universo sometido, en este momento a la ley de causalidad.-Por el contrario el ser que un fin pone en movimiento se hace activo, obra.-La causa se relaciona con el pasado, el fin abarca lo porvenir.-Interrogado sobre la razón de sus manifestaciones, el mundo físico busca sus explicaciones en el pasado; la voluntad recurre a lo venidero: quia, contesta aquel; ut, dira ésta.-Lo cual no quiere decir sin embargo, que la causa final contenga una perturbación del orden en lo creado, y en su consecuencia lo determinante, no deba proceder en cuanto al tiempo, a lo determinado.-Aquí también la razón determinante pertenece al presente; lo determinante precede en cuanto al tiempo, a lo determinado.-Esta impulsión determinante es el concepto immanente (el fin) del que obra, y el que ~~xxx~~ lo lleva a obrar, pero el objeto de este concepto es lo futuro, lo que el ser que obra quiere conseguir.-En este sentido puede sostenerse que lo porvenir encierra el motivo práctico de la voluntad.-Cuando en la naturaleza la vida se manifiesta por un desarrollo psíquico, al punto se revelan, el amor a la vida, la espontaneidad y la conservación personales o sea en otros términos, la voluntad y el fin de su querer.-Frente a sí mismo todo ser viviente es su propio protector, su propio guardián, de la conservación de sí mismo encargado.-Previsora la naturaleza se lo descubre y le revela los medios para no faltar a su tarea".-

Se refiere luego el autor al querer de los animales tratando de demostrar con ejemplos todas sus afirmaciones; y luego refiriéndose al querer humano insiste en que no hay tal querer, sin un fin; fin este que es independiente de la ley de causalidad.-

(1) von Ihering. K. El fin en el Derecho. Ed. Rodriguez Serra. Madrid. Traduc-

Sobre cual es el motivo determinante del querer afirma el autor, que no es la causa sino el fin; pero en su realización externa, la voluntad en su manifestación entra en la ley causal; lo cual nos presenta de un lado la esfera interna de la voluntad y de otro la esfera externa, a las cuales dedica el autor un estudio por separado.-

"La esfera interna -dice- tiene su punto inicial en el acto de la facultad de concebir.-Una imagen surge en el ~~alma~~ alma, la concepción de un estado futuro se dibuja proyectando, al individuo una satisfacción mayor que en el estado presente?-"

La razón que hace nacer tal imagen depende para Ihering de las condiciones del sujeto; por ello afirma: la posibilidad del primer impulso para realizar el hecho, tiene como condición la individualidad del sujeto; en ella estriba la razón final de aquel movimiento. "Las influencias externas por el contrario, no hacen más que llevar al hecho; son la causa ocasional. El fin su necesidad.-La satisfacción esperada por el que quiere, es el fin de su querer. Jamás la acción es en sí misma un fin, solo es el medio de conseguirlo.-Esto lleva a decir que en toda acción, el fin de la misma es lo único que perseguimos.-Obrar y obrar con un fin; son para el autor, términos equivalentes.-Un acto sin fin alguno, no puede existir; lo mismo que no puede existir un efecto sin causa".-

"El trabajo interno del acto concluye -afirma- con la resolución, la voluntad ya no delibera más, la irresolución ha desaparecido y al estado aquel, sigue la ejecución de la decisión tomada: el hecho. Por el hecho la voluntad penetra en los dominios del mundo exterior y se coloca bajo el imperio de sus leyes.-La ley de finalidad queda substituída por la de causalidad."

En consecuencia el autor se refiere a la esfera externa de la siguiente manera: "La voluntad no puede abolir esta ley (de causalidad) y necesita de su concurso para realizarse.-El que se arroja desde una altura para matarse somete el cumplimiento de su resolución a la ley de gravedad. Para pronunciar una palabra solo el sí del novio ante el altar el futuro esposo cuenta con que las vibraciones del aire llevarán el sonido de su voz a los oídos del sacerdote.-En una palabra todo acto exige el concurso de las leyes de la naturaleza".-

Después de estudiar las manifestaciones de la finalidad en el cúmulo de aspiraciones humanas; a través del egoísmo y de la abnegación; llegando incluso al comercio jurídico; los partidos políticos, la Sociedad el Estado en constante movimiento; se refiere en extensos capítulos a la finalidad en la manifestaciones de la vida jurídica

Y refiriéndose a las necesidades del juzgar afirma ⁽¹⁾ la verdad es el fin del conocimiento; no de los actos. La verdad es una y todo lo que se aparta de ella es error; hay un antagonismo absoluto entre la verdad y el error.-Al contrario para los actos, o lo que es igual para la voluntad no hay medida absoluta. En tal situación en tal ocurrencia, la voluntad obrará de diferente modo, que en tales otra, y será tan justa y oportuna en uno como en otro caso.-La voluntad se juzga con arreglo al fin que se propone.-El fin de la voluntad es quien caracteriza el acto como justo o no justo.-Lo justo es la medida ^{de lo} práctico es decir de la acción; la verdad es la medida de lo teórico, es decir de la percepción?-"

"Justo, es la concordancia de la voluntad con lo que debe ser; verdad la concepción con lo que es".-

(1) Ihering: op.cit. página 270.-

LA CARACTERELOGIA: IDEAS DE STERNBERG Y RADBRUCH.-

El primero en colocar sobre el plano de los debates el problema de la caractereología del jurista ha sido Sternberg(1) -nos lo dice Radbruch(2) y lo hace a juicio del mismo autor "tratando de explicar el fundamento de esta profunda aversión sentida contra la Jurisprudencia, cabalmente por algunos espíritus, orientados hacia el arte y e interesados por la Ciencia".-

Destacando el problema de caractereología dice Sternberg: "La profesión del jurista es de tal naturaleza que en ellas las facultades adquiridas (erudición y rutina práctica) solas no sirven de nada, es más bien una profesión de personalidad, al igual que la del artista, del maestro y del sacerdote y del militar. -Estas profesiones se distinguen de todas las demás en que tiene sumo interés lo que sean sus representantes como hombres mientras que tal cuestión es bastante indiferente por ejemplo, respecto al constructor de una máquina de vapor".-

Sostiene el autor que en otro orden de profesiones, es factible que puedan desempeñarse con eficacia por hombres jóvenes; pero en cuanto a los juristas llamados desempeñar la función de discernir sobre el bien o el mal de los hombres, e intervienen en la vida social de una manera directriz y coercitiva, no puede ponerse a hombres muy jóvenes".-

"Las cualidades de personalidad -continua- necesarias para el jurista se encuentran xxxxxxxxmente desarrolladas de una manera suficiente en personas jóvenes, aún en las mejor dotadas. -Conocimiento del mundo, emparejado con una profunda seriedad moral, humanitarismo unido a un rigor inflexible puesto al servicio de la idea del Derecho, y finalmente la más alta libertad de espíritu, que tan bien se concilia con la disciplina firme, porque precisamente es hija de ella: estas son las cualidades ideales del jurista. -La consideración de la profesión jurídica como una profesión de personalidad justifica que rechazemos como improdente el reproche a menudo suscitado (recientemente en la Alta Cámara prusiana por un técnico eminente) de que no corresponde a los juristas la posición excelente que tienen en el Estado y en la Sociedad, porque se ha reconocido que "nada aprenden" y practican el estudio más fácil. -De la misma manera que en el militar es más importante su decisión y su energía que los conocimientos eruditos, también preceden en el jurista las cualidades de carácter anteriormente anotadas a la mera erudición. -En su calidad de profesión xxxxxx que exige personalidad, figura con razón delante de las demás profesiones intelectuales, como la técnica".-

Desechando todo argumento que tienda a rebajar la dignidad de los científicos del Derecho sostiene que es necesario que los juristas sean

(1) Sternberg Theodor: Introducción a la ciencia del Derecho. - Traducción de la segunda edición alemana por José Rovira y Ermengol. - Editorial Labor. Barcelona. - Año 1930. - Páginas 201 y siguientes. -

(2) Radbruch Gustavo: Introducción a la Ciencia del Derecho. - Traducción de Luis Recasens Siches. - Ed. Revista de Derecho Privado, Imp. Helénica. - Año 1930. - Páginas 257 y siguientes. -

se acostumbra a considerar toda cuestión científica discutida bajo la imagen de un proceso, a descomponerle agudamente en afirmación, impugnación y réplica de dos partes, y a reducirle de tal suerte al debate de unos pocos puntos claramente formulados.—De este modo conviértense en un director neto de discusión.—El dicho común de que el jurista lo sabe todo, entraña una parte de verdad, en tanto en cuanto puede contribuir más que el representante de cualquier otra disciplina a la discusión del tema más lejano a él, porque nadie sabe manejar tan virtuosamente como él las formas a través de las cuales se desarrolla el pensamiento en todos los campos científicos!—

Señala luego el autor ~~XX~~ los peligros de esta técnica de la discusión ante el cuidado de cuya elegancia puede perderse el interés del fondo del asunto; e incluso como solución presentarse la afirmación más antojadiza, frente al relativismo que ofrecen las cosas ante la forma polémica; por otra parte aquella manera de plantear los términos de la cuestión en forma de proceso y extrayendo lo más fundamental en puntos claros sobre los cuales versa la discusión, trae el peligro del intelectualismo, y así "puede ser que un día advierta el jurista que ha dado todo el rico juego de colores del mundo a cambio de la menguada cantidad de los siete colores fundamentales".—

Pero haciendo luego referencia a las virtudes que puede ~~XX~~ engendrar en el jurista, su práctica profesional dice: "Todos nos hemos encontrado alguna vez con el viejo juez dotado de una mirada superior y llena de comprensión para todo lo humano, severo en sus principios, pero con una suavidad que practica silenciosa y admirablemente, imparcial ante las opiniones en lucha, sin embargo no careciendo el mismo de opinión, en su incommovible integridad.—Pero también todo el mundo conoce su reverso, el ironista amable con el alma destrazada, a quien le ha faltado conseguir el firme apoyo de la alegría de la profesión.—Hay profesiones que siempre son profesiones malogradas; pero ciertamente la Jurisprudencia no pertenece a este grupo; lo que hay es que, con singular frecuencia, resulta una profesión que se yerra.—Ahora bien: una profesión errada es el mayor pecado, es propiamente el pecado contra el Espíritu Santo, contra el propio espíritu, el cual, a causa de ello, queda debilitado, desmedrado, paralizado y dislocado".—ante cada cual hay una imagen de lo que debe ser; y en tanto que llega a serlo, no consigue plenamente su paz".—

Con lo expuesto dejamos ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ descriptas en lo fundamental las ideas de Sternberg y Madbruch sobre la ~~caracterología~~, investigación dirigida a un terreno poco explorado en materia de disciplinas científicas, por lo que hace a sus cultivadores, pero que nosotros hemos visto en la primera parte de esta obra con referencia a las condiciones del investigar de las ciencias naturales; quedando revelada aquí en esta oportunidad las condiciones del jurista, en la práctica de la profesión en la cual como hemos visto residen por lo general las razones para iniciarse en la ciencia jurídica respondiendo al llamado de una verdadera inclinación por, estos estudios o sea dejándose llevar por la influencia de una vocación.—

LA CIENCIA PRACTICA DEL DERECHO EN STAMMLER.-

Para Stammler⁽¹⁾ la jurisprudencia es una ciencia práctica, es decir, que sus normas y sus doctrinas se caracterizan esencialmente por el hecho de ser aplicables a casos concretos de la realidad.-La aplicación práctica del Derecho tiene lugar mediante la argumentación jurídica, que consiste en deducir un juicio jurídico a base de supuestos generales dados.-También se suele denominar esto subsunición lógica."

Segun estas premisas para Stammler hay dos modos de subsunción jurídica: "1º El mediate, que hay que acudir cuando se trata de juzgar de un problema jurídico concreto atendiendo a normas concretas técnicamente formadas, dictadas como definitivas por un determinado Derecho.-2º El inmediato cuando hay que emitir un juicio atendiendo al Derecho fundamentalmente justo; como mayor del argumento se deberá elegir entonces aquella norma jurídica que en el problema concreto de que se trate represente la solución fundamentalmente legítima"

Construye así una regla que da la pauta de la argumentación jurídica: lo que cabe bajo los supuestos o requisitos cabe asimismo bajo los "efectos" estableciendo así una relación de mayor, menor y conclusión.- "La mayor es, con sus requisitos y sus efectos, un juicio hipotético condensado en las normas del orden jurídico, y cuyo sentido se debe desentrañar por vía de interpretación"

Admite sin embargo que no siempre cabe reducir a la mayor la menor con absoluta exactitud.-

Refiriéndose a la argumentación jurídica inmediata dice: "En la práctica jurídica las pretensiones relativas de las partes se presentan como algo dado.-O bien aparecen como demandas formuladas en un litigio o se pueden construir mentalmente como pretensiones encontradas en cuanto medie una exigencia a favor de una de las partes sin más que imaginar se lo opuesto a esa exigencia en el caso concreto de que se trate.-Y si se ha juzgar con arreglo a la buena fé ; el juzgador tendrá que elegir la mayor determinante del juicio entre varias posibilidades dadas.-Como medio esquemático que puede ayudar a elegir, cabe concebir a las partes litigantes vinculadas por una comunidad concreta.-Todo caso jurídico es por su materia condicionada susceptible de este esquema; se tratara siempre del contenido de una voluntad vinculatoria, cuya resolución ha de ser fundamentalmente justa.-Así, pues, si concebimos las dos voluntades contrarias como voluntades vinculadas veremos más fácil y claramente la orientación que cada una de ellas entraña en cuanto al punto de mira de la comunidad pura.-Y si tenemos presentes los principios del un Derecho justo veremos cual de los pensamientos formales que presiden las pretensiones de cada parte se acomoda a la orientación del ideal social la norma jurídica concreta en que se manifieste esa orientación es la x

(1) Stammler R. Filosofía del Derecho.-Paginas 351 y siguientes.-

que se debe tomar como mayor determinante del juicio en cuestión".-

Manifiesta que llama inmediato al modo de argumentar descripto por que "la menor que representa la voluntad concreta que se trata de subsu- mir no trae nada intrinsecamente nuevo respecto de la mayor, siguiéndose por tanto, de esta última la conclusión de un modo inmediato.-El examen de la mayor a que se ha de someter la pretensión de cada una de las partes, para ver si se halla orientada en el sentido del ideal social, debe plantearse repetidamente frente a cada caso en cuanto al problema de saber si una exigencia determinada es o no fundamentalmente justa.-No ca- be condensar lo fundamentalmente justo en reglas concretas técnicamente formadas, a modo de las que por ejemplo se llaman "normas de cultura"; se- rían estos artículos que habrían de aplicarse como normas necesariamente decisivas, radicalmente diversas, por tanto de los, juicios dictados con arreglo a la "buena fe".-

Refiere luego que la Doctrina del Derecho justo solo indica el méto- do que ha de seguirse por cuanto no puede indicar que derecho se habra de aplicar a tal o cual caso o en tal y cual época, pues esto es un pro- blema dice que afecta al derecho en vigor.-

Pero en la aplicación de tal derecho el jurista tendrá siempre la o- rientación fundamental de las normas técnicamente elaboradas por el de- recho positivo o los principios del derecho fundamentalmente justo, y habra de tenerse en suya cuenta este último principio cuando las normas de un orden determinado jurídico sean ambiguas, pues habra de seguirse tal camino, presumiendo que el orden jurídico así lo quiere.-

Estudia enseguida el autor el arbitrio judicial, que se usa según su expresión por oposición a normas legales precisas e inequívocas.-"Se ex- quiere decir -afirma- que el Derecho objetivo no dicta la resolución po- si misma exhaustiva y taxativamente, siendo el "arbitrio judicial" el que ha de decidir entre los "distintos pareceres" a que puede dar lugar el caso litigioso.-Es demasiado vago esto.-En realidad apenas habrá un so- lo caso que no pueda dar lugar a opiniones dispares.-Aunque la ley dic- te un artículo concreto, difícilmente se podrá evitar una interpretación que se aparte del modo de ver común, y si la mayor es de por sí clara, no siempre dejará de dar lugar a dadas la subsunción.-Añádese a esto la po- sibilidad de que se discutan las cuestiones de hecho que dan lugar al litigio y que se deben apreciar libremente y veremos que la posibilidad de que susciten "opiniones dispares" no basta para caracterizar con toda precisión el concepto "del arbitrio judicial" como modo de juzgar jurídi- camente.-El criterio definitivo no puede ser otro que el margen de inde- pendencia que al juez se le deja para elegir la norma fundamentalmente justa, a diferencia de lo que ocurre tratándose de normas imperativamen- te formadas.-

Estudia luego las distintas formas en que el legislador puede remit- tirse al arbitrio del juez; rechazando la tendencia que aspira a implan- tar el arbitrio judicial, para resolver todos los conflictos jurídicos sin excepción, y que se llama la escuela del Derecho libre.-

Argumenta que a este terreno lo lleva el problema del Derecho posi- tivo injusto, en el sentido de que puede así solucionarse el problema pero sostiene que se equivocan por cuanto el Derecho positivo deberá ser acatado por los súbditos jurídicos, no pudiéndose revelar contra él puesto que sería un quebrantamiento arbitrario del Derecho; y si se entiende que por esta vía puede originarse un derecho nuevo, deberá de- jarse a salvo -afirma- el concepto del Derecho en la substitución del Derecho vigente."y puede ser necesario -dice- proceder así cuando, sin

acudir a esta fuente originaria, no imposibilite la realización del Derecho justo y se cierre el paso a la idea de justicia.-Cuando ocurre esto solo se podrá saber, en cada caso concreto, mediante los métodos del Derecho justo.-No cabe acotar de antemano una regla absoluta?-

Luego analiza el problema de la elección de la norma justa y la posibilidad de una justa elección diciendo: "La elección del Derecho objetivamente justo, en cada caso se basa en la ~~maximidad~~ posible legitimidad de la voluntad humana.-Esta noción es la idea que preside la armonía de todas las posibles aspiraciones humanas.-En casos dudosos todo consistirá, pues, en elegir y afirmar aquella voluntad que en su esencial orientación se ajuste a ese pensamiento central.-Pero no se debe concebir esta relación que media entre la pauta formal determinante de una voluntad y la materia concreta de esta voluntad misma como si lo concreto procediera en el tiempo, surgiendo luego el problema de investigar aquello que la condiciona; hay que tener presente por el contrario, que toda voluntad concreta lleva ya en sí inevitablemente la pauta formal que fundamentalmente la determina.-El discernimiento crítico que se propone la investigación de la voluntad justa no entraña, pues, una virtud creadora, sino que es un análisis esclarecedor de algo que ya existe.-En este sentido ha de tener lugar la elección entre una aspiración manifestada y la que fundamentalmente se opone a ella.-Se ha buscado el modo de substituir esta elección que hay que verificar repetidamente frente a cada caso, por una pauta general que permita distribuir en varias categorías las posibles manifestaciones concretas de la voluntad para facilitar así su aspiración práctica.-Así, hay quien propone distinguir entre intereses "superiores" e "inferiores", estableciendo una "transacción" entre unos y otros".-"Ahora, que esta "transacción" tendrá que efectuarse a base de la norma que en el caso concreto tenga el carácter de objetivamente justa.-Por donde inevitablemente nos vemos llevados a nuestro orden de ideas, a la fundamental legitimación de una voluntad vinculatoria sin más que contentarnos irresolutamente con un vago tópico en vez de entrar a analizar y describir críticamente el problema de saber como ha de tener lugar esa legislación".-

Luego analiza la proposición lanzada de que sea el sentimiento quien ha llevarnos a la elección de la norma fundamentalmente justa; hablando se afirma para ello de el "sentimiento natural del Derecho" o "los sentimientos de dignidad de todas las personas justas y honestas"; lo cual su juicio no es claro para establecer la "esencia de la justicia y los factores necesarios que la condicionan pues habría que establecer precisamente que es lo que se entiende por justo y honesto" y termina afirmando que "lo que vulgarmente se llama "sentimiento del Derecho" no es realmente más que un conocimiento del Derecho y de la vida social reunido al azar y de un modo subjetivo y fortuito de juzgar".-

Por último haciéndose cargo Stammler del problema que implica la circunstancia de ser la noción de justicia, solo "un punto de mira condicionante, un simple metodo formal para aplicarlo como pauta a la materia de diferentes aspiraciones concretas" hace muy difícil dice su inteligencia; lo que ha hecho "brotar una nueva corriente en la Filosofía del Derecho que se atribuye con preferencia el nombre de jurisprudencia sociológica; la que proclama por un lado, prestar atención al "derecho vivido" "afrentando cara a cara la realidad de la vida jurídica. -Stammler se pronuncia favorablemente a esta corriente; pero como veremos con secuencia con su punto de vista respecto de los temas de la Filosofía ju-

ridica y la manera de indagarlos, la rechaza como misión de la Filosofía del Derecho diciendo "Esas investigaciones se basan en el método de la de la jurisprudencia técnica y contribuyen a sus estudios, los completa y los rectifican científicamente" Ni tienen nada que ver tampoco esta corriente doctrinal a que nos referimos con el problema de la idea del Derecho, de su esclarecimiento crítico y de su aplicación práctica; no tracione de la materia concreta que forma el contenido de un derecho determinado" de lo cual se sigue que el problema de la ciencia en si es descuidado e en la filosofía de Stammler, no ocupando el lugar que nosotros le asignamos en este trabajo.-

Respecto de esta Jurisprudencia sociológica se pronuncia Stammler de la siguiente manera: "Desde luego es exacto que el comercio social no siempre se atiene de un modo preciso a las modalidades anteriormente reguladas de vinculación jurídica.-Constantemente surgen nuevos convenios y nuevos negocios que en las leyes existentes no se hallan debidamente regulados.-Y hay por el contrario algunos conatos legislativos a que "la vida" no se adapta, y se quedan en simples posibilidades, sin que la realidad las adopte ni haga uso de ellas notoriamente.-Se ha observado y ello es muy interesante, que bajo el régimen de un mismo Derecho y sin que este sufra alteración esencial, a la práctica de los Tribunales se presentan paulatinamente diferentes problemas típicos, que acaban por ser totalmente distintos de los planteados al comenzar a regir el mismo Derecho. No se puede negar que el contacto con el Derecho "vivido" es tan interesante como necesario para llegar a conocer a fondo el estado concreto del Derecho en una cierta época y en un lugar determinado".-

Más evidente por otra parte que si este análisis que califica de sociológico no está orientado por una finalidad jurídica; o no se trata de captar en la reconstrucción de la experiencia jurídica el sentido de esta a la esencia objetiva tiene razón cuando afirma: "En todo caso, la simple observación de como se desenvuelve la realidad de la vida social no puede suplir el punto de mira ideal sin el cual no sería posible juzgar ni encausar armonicamente, ni por tanto, legitimar fundamentalmente, las aspiraciones jurídicas concretas más diversas".-

LA NUEVA CIENCIA JURIDICA DE WILHELM SCHAPP.-

Para Schapp "la ciencia jurídica es la ciencia de algún derecho positivo o también de todos los derechos positivos y su evolución -afirma- que tal ciencia existe; lo cual no es problema." Lo único que puede ser problemático es si esa ciencia jurídica es ciencia y en que sentido lo sea".-

Enfoca el Derecho todo desde el mundo de los valores, y aplica esta manera de proceder al contrato en sus diversas formas, en las distintas maneras de presentarse; tratando de demostrar que el material jurídico existe con vida propia y anterior a toda regulación legislativa o científica; vale decir es realidad que nace con autonomía espontánea.- Trata de demostrar esta afirmación enseñándonos como existen formas de contrato en los pasajes literarios de la Iliada y de la Odisea, como así en la forma escueta de regularse en las Doce Tablas, que contaban con dos figuras jurídicas de este tipo para una vida económica compleja como parece haber sido la de ese tiempo que contaba con una cultura de varios milenios, estas formas fueron como se recordara: la compraventa y el préstamo.-

Pero lo más interesante de la cita es por lo que respecta a los contratos que se celebraban entre los dioses, verdaderos negocios jurídicos citados por Homero al respecto dice: "Véase, por ejemplo, el canto 14, versos 187 y siguientes de la Iliada.- La diosa Hera se propone dormir a Zeus para que no intervenga en la lucha entre troyanos y griegos, con este objeto explica el cinturón de Afrodita y los servicios del sueño.- El cinturón de Afrodita lo adquiere por un verdadero contrato de préstamo sin retribución.- Pero los servicios del sueño son más difíciles de conseguir. Primeramente la diosa promete al Sueño, que si duerme a Zeus, le dará una hermosa silla resplandeciente de oro, pero, pensando en el peligro que corre el Sueño no se conforma.- Hera tiene que mejorar su oferta (verso 233 a 279).- Es de notar que el Sueño mismo, que con arreglo a nuestros conceptos se obliga a la prestación, no fortifica su promesa; así en cambio la diosa, que jura por todos los dioses del mundo subterráneo.- "Estos dos pasajes ofrecen muchas cosas de interés para el jurista.- El cinturón lo adquiere la diosa Hera, por virtud de un pequeño engaño, en el que evidentemente Homero no ve nada reprochable.- El contrato con el Sueño se verifica por Hera, va aumentando su oferta desde la silla de oro hasta Pasithea, quedando al propio tiempo disminuido el valor de la prestación del Sueño, al parecer con éxito a los ojos de este, de suerte que poco a poco, desde el punto de vista del Sueño, lo que ofrece la diosa es superior a lo que de él se demanda".- "Cita luego otro pasaje en donde Ulises hace a Aquiles una detallada oferta de avenencia en nombre de Agamenón, aunque no con poder de este, sino más bien como mensajero.- El contrato es todo lo complicado que pueda ser hoy un contrato"

Continúa el autor con una serie de ejemplos que lo llevan a afirmar que no obstante ignorar "si en la época de Homero el derecho ~~era~~ positivo conocía ya pretensiones nacidas de contratos; esta seguro de que los contratos obligatorios son muchos más antiguos que todo el derecho positivo.- De estos contratos nacían aun en opinión de los contratantes, pretensiones que podían cumplirse, o que podían vulnerarse, o que podían modificarse y a las que cabía renunciar. Trátase en todos estos casos de figuras y relaciones entre figuras, que son más antiguas que todo derecho positivo, y que el derecho positivo encuentra y modifica de un modo peculiar".-

Respecto de los valores, se particulariza con la forma en que estos pueden ser transmitidos al hombre o sea: el goce, con este se halla a juicio del autor emparentada inmediatamente la prueba de los valores.- Admite como axiomático que ningún valor puede ser transmitido al hombre sin goce, como así que sin prueba no puede ser objetivado ningún valor. Establece una serie de detalles a fin de dejar establecida donde reside esta cualidad de valor que lo es en el objeto, como así el valor que puede adquirir un cosa por contacto con algo valioso.-

Ahora frente a lo valioso o sea frente al valor, está el desvalor; que a juicio del autor no es gozado, sino "soportado, tolerado o sufrido; existiendo un paralelismo amplio entre valor y desvalor, entre objetos valiosos y objetos desvaliosos, entre sufrir y gozar".- Pero afirma que "Lo importante es que se trata de objetividades que se hallan frente a nosotros y ~~xxx~~ que como tales son gozadas o sufridas"

Luego dice: Este mundo de los valores y desvalores es el mundo propiamente en que vivimos y tiene para nosotros una significación completamente distinta que lo que designamos como mundo, desde el punto de vista cognoscitivo.- Sin estos valores el mundo no sería, por decirlo así, más que un esquema, algo puramente matemático, sin ningún interés para nosotros".-

Fijando el punto más principal de su teoría en el goce establece que este "significa la más estrecha unión del alma con lo objetivo que es gozado" más esta capacidad de gozar necesita y se manifiesta más agudizada después de un aprendizaje, o acaso se manifiesta con mayor posibilidad en las personas adultas que en los niños en las personas de edad más que en los jóvenes y lo cual ilustra con los grados más elevados que va alcanzando el goce adecuado, en Goethe.-

"Pero el hecho de que el goce sea susceptible de aprendizaje no agota la significación propia del gozar. El goce parece ser, además, la fuente verdadera de la vida, la que sirve de base a la vida, aquella de que la vida saca fuerza y ánimo para continuar viviendo.- Hasta que punto por otra parte pueda gozarse en el trabajo, en las fatigas y quebrantos, es una cuestión que excede de nuestra capacidad expositiva.- Me parece que hasta en el fuego granada más violento puede disfrutarse de la serenidad con que se lo soporta.- Esta no es más que una indicación que alude a todas las dificultades y finuras que en esta esfera están aún por investigar.- En realidad al lado de todos los desvalores propios de esa situación, cabe mostrar una serie de valores, que quien domina el arte de la vida puede extraer de cualquier contingencia.- Lo único que podemos hacer es repetir que a los hombres, más que valores, les falta capacidad de goce para ellos".-

Estudia el autor según estos principios, como se desarrolla la vida previa a la concertación de un contrato, vale decir todos los ingredientes de goce y de valor que juegan como determinantes en la oferta y la demanda como así en la concertación del contrato; distinguiendo los actos de disposición respecto del mundo, de valores que nos está subordinado, o con respecto al mundo de valores de otro.-

También trata en los últimos capítulos la propiedad como objetividad previa; para ocuparse al final de como debe estudiarse la ciencia jurídica.-

Respecto de estos últimos dice: "El joven jurista tiene dentro de sí todo lo necesario para el estudio de la ciencia jurídica, lo mismo que el matemático para el estudio de su ciencia.- De la misma que por medio de

preguntas atinadas, Sócrates extrae del esclavo el teorema pitagórico, así también el maestro de derecho puede extraer del estudiante cualquier institución jurídica. —Lo único que se requiere es que el alumno sepa o se sienta lo que es valorar, lo que es disfrutar un valor, lo que es promover, disponer, ordenar, lo que es una pretensión y su cumplimiento, lo que es renunciar a una pretensión y lo que es crear. —El alumno no podrá aprender nunca esto, si no lo tiene ya dentro. —Lo único que puede hacer el maestro es ahondar en las diferencias y discernir claramente unas cosas de otras. —Estas objetividades dadas $\alpha\alpha\alpha\alpha\alpha\alpha\alpha$ y su relación constituyen toda la Jurisprudencia. —El derecho positivo, como disposición, es una objetividad previa, exactamente como las demás. —Las incursiones del derecho positivo en el plano de las objetividades previas se verifican con forma a las reglas, que hallan fundadas en la esencia de la disposición. La estructura del derecho comprendiendo su base de valoración, es tan transparente como una construcción matemática. —Una de las partes de esta ciencia jurídica es la construcción elegante, es decir, la cuestión de como se puede alcanzar un fin propuesto con los medios más sencillos apropiados, por ejemplo, el cumplimiento de una pretensión, su aseguramiento, etc. Se podría por ejemplo, plantear al alumno el problema de investigar la diferencia entre el derecho de prenda sobre cosas muebles y sobre predios rústicos en el Código Civil, y averiguar por qué razón el derecho de prenda sobre cosas muebles solo necesita unas cuantas disposiciones, al paso que la hipoteca, si se agregan el procedimiento de embargo y los preceptos complementarios de la ley de enjuiciamiento civil requiere en comparación un número incalculable de disposiciones". —

Es indudable que la teoría desarrollada por Schapp, que significa una orientación nueva en la ciencia jurídica, esta realizada con ingeniosa penetración en lo que significa la Jurisprudencia y toda la vida del Derecho; dejando en consecuencia una sugestiva impresión en quien se ocupe de estudiarlo. —No obstante que es mucho lo que pueda realizarse en el campo jurídico según la orientación impresa por el autor; pensamos con él, que los fundamentos de la teoría de los valores no es objeto de la ciencia del derecho. —

T E R C E R A P A R T E

LOGICA

GNOSEOLOGIA

METODOLOGIA

El campo del Derecho es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su substancia y su determinación; y el sistema de Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del Espíritu, expresado de sí mismo, como en una segunda naturaleza.-(G.F.Hegel.-Filosofía del Derecho).-

C A P I T U L O

Sumario.-Consideraciones generales.-Nuestro tema en las teorías expuestas y en la Filosofía del Derecho.-La Ciencia jurídica, como ciencia que ha de aplicarse y de realización del Derecho.-

Hemos visto en la reseña de las distintas teorías, con que pretendió construirse la Ciencia jurídica, destacando su valor a la luz de generalizaciones empíricas, de las cuales pretendía extraerse no solo una sistematización del contenido de la Ciencia, sino incluso los caracteres esenciales y los conceptos fundamentales del propio Derecho; pero en todas permanece igualmente ignorado, o por lo menos reducido a su mínima expresión el problema de la Ciencia jurídica, en cuanto Ciencia, en cuanto significa adquirir conciencia del proceder de la misma en torno a su objeto, y el conocimiento y procedencia de los conceptos que la misma elabora; y aún cuando resulta contemplada como aparece en Merkel, este la limita a la de ser un simple auxiliar de la interpretación de la ley, en la que habrá de evitar las contradicciones que pueda ofrecer el sistema, y bajo la observación superficial del trabajo de verdadera profundización que en efecto lleva a cabo la Ciencia y que tiene una íntima exigencia en el espíritu humano que es su justificación más elocuente; ~~xxxxxxxxxxxx~~ explica aquel autor los conflictos que empíricamente se han manifestado proponiendo la mejor manera de solucionarlos; pero esto como se ve no es la explicación amplia y el tema completo de la misión de la Ciencia, y mucho menos los elementos de esa metódica firme que es preciso alcanzar para que el trabajo de la Jurisprudencia técnica, pueda ostentar en su demostración teórica el carácter de Ciencia.-

Las corrientes que se sucedieron en la evolución del pensamiento jurídico unilateralizaron bajo su dirección las indagaciones sobre la esencia y conceptos fundamentales de lo jurídico, y así en la corriente idealista, la Justicia, la evolución, el progreso influyen notablemente en las concepciones que se forman en torno a lo jurídico; mientras en la dirección positivista se dirige la mirada a los hechos, y se produce como consecuencia de la cantidad incalculable que manifiesta la realidad, un fraccionamiento de especialización que amenaza dividirlo todo; hasta perderse incluso la visión del conjunto, y la necesidad de un fundamento único que sea realmente la razón de existencia; verdadera de aquellas partes.-

Pero no han de desecharse por completo los resultados de estas investigaciones, dirigidas hacia aspectos fundamentales del Derecho o de la Ciencia jurídica; aún cuando con beneficio de inventario, deberán desecharse si la exageración en que incurrieron al exaltar precisamente, el aspecto al que se dirigieron con preferencia; a pesar de todo ello como decimos dejaron en descubierto sobre el Derecho y la manera de conocerlos elementos que la Ciencia no perderá nunca de vista si quiere ser verdadera Ciencia; y así valga como ejemplo: de la corriente empirista la revelación del derecho prehistórico, que ~~xxxxxxxxxxxxxxxx~~ reveló lo injusto y anticientífico, que resultaba la exclusividad del Derecho romano en el estudio de la Historia del Derecho, a pesar de su indiscutible valor e influencia; por otra parte estas investigaciones revelaron las ins-

tituciones del Derecho, como categorías históricas, confirmando así en su manifestación empírica la exigencia esencialmente fundada en las necesidades naturales del espíritu humano, que desde la exaltación de otro aspecto del Derecho, ponía como exclusivas la dirección idealista.-

Pero si aquellas investigaciones incidían ora sobre el contenido del Derecho, ora sobre la esencia y sus conceptos fundamentales; descuidaban igualmente todas la consideración del trabajo de la Ciencia, de la Ciencia en sí misma; de manera que pudiera el jurista tener conciencia plena del trabajo que indubitablemente realizaban, pero que él no podía indagar sin salirse de los límites de la propia Ciencia, y sin pasar a la Filosofía del Derecho.-

Era necesario pues, que además de la investigación por parte de la Filosofía, de la esencia del Derecho, que teóricamente se trata bajo los temas del concepto, el ser, y la idea de lo jurídico; se preocupara esta ~~ciencia~~ rama, jerárquicamente la más alta en el conocimiento del Derecho; de la ~~ciencia~~ Ciencia jurídica en cuanto Ciencia; revelándole los fundamentos verdaderos de su proceder, los elementos auténticos de que se vale y debe valorarse a parte de indicarle sobre su verdadero objeto y contenido, y la misión que le incumbe frente a los mismos, y que creemos ha de circunscribirse conocida la ~~metódica~~ a que aludimos; en dos direcciones fundamentales: frente al objeto, intuición y conceptualización; frente al contenido sistematización; y todo lo cual se traduce en un movimiento, que revela el movimiento particular de la Ciencia jurídica y que se caracteriza en la realización del Derecho, traduciendo en una verdadera dinámica jurídica.-

Todo ello realizado siempre por el Jurista sin que hubiera alcanzado plena conciencia de tal tarea, y en ello estriba el fundamento de la existencia de la Ciencia jurídica, más elocuente que toda teoría al respecto; es de la propia existencia, presente en todo trabajo de carácter jurídico, por ser el camino obligado que se ha seguido consciente o inconscientemente, se haya conocido en parte o se haya ignorado todo; por que a él ha conducido la verdad que ^{se} oculta en la expresión de lo jurídico, buscada siempre por el jurista, y que el estado que ofrece el contenido de la Ciencia jurídica actual, nos demuestra que ha encontrado casi siempre con intuición genial.

Al renacer la consideración filosófica del Derecho; permanece no obstante, relegada a segundo término esta parte que creemos tema obligado de la Filosofía del Derecho, ~~que~~ que no puede considerarse implícita en la indagación del concepto lógico la ontología y deontología jurídica, que ~~se~~ echaran mucha luz, sobre el trabajo de la Ciencia frente a la manifestación empírica del Derecho, ~~que~~ pero que sin embargo dejaran a oscuras aspectos de aquel trabajo que la misma realiza, y que es necesario poner en evidencia.-

Tan necesario ~~que~~ resulta la indagación de este tema que se ha manifestado ya en plena era positivista, en obras de autores geniales, que llevaron el método hasta sus últimos extremos, pero que no lograron una solución integral del problema porque o el método positivista no lo permitía o porque al salirse del mismo no fueron suficientemente explícitos al menos científicamente; nos referimos a las obras de Ihering particularmente El fin en el Derecho(1) y a la de Geny "Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho privado positivo".-

En las mismas que como vimos, dentro del respectivo punto de vista cada autor desarrolló un sistema que abarca la totalidad del Derecho ~~que~~ como orden jurídico vigente con miras a completar sus deficiencias y lagunas; se está rondando en torno al problema central del asunto

to, pero sin entrar en él, quizá por la barrera que ~~tan~~ inevitablemente ponía la orientación positivista para alcanzar el plano filosófico en que pudiera realizarse una dilucidación amplia y libre del problema.-

Y en tanto parecía que la denominación de arte jurídico lanzada desdeñosamente y con evidente error, sobre el Derecho y su aplicación; queriendo acentuar con ello la imposibilidad ~~que~~ de constituir una ciencia; alcanzaría a dominar la situación, hundiendo a juristas y filósofos del derecho en el más profundo escepticismo, el reciente florecimiento de los estudios y especulaciones filosóficas ~~que~~ ejercieron su saludable y estimulante influencia en los espíritus ávidos de ciencia, verdad, claridad, serenidad orden, paz, libertad y eternidad; inyectando a la ciencia jurídica propiamente dicha un elemento indiscutible de vida y progreso que ha de permitirle un desarrollo, ~~que~~ hasta ahora constreñido, por la idea de que todo el Derecho estaba en los códigos, de lo cual resultaba también codificada la ciencia, según aguda observación de Sternberg.-

Con lo cual tampoco ha de querer significarse, para no caer en la ilusión de la escuela del Derecho libre, que la ciencia jurídica haya de apartarse de la realidad que es su objeto, con la cual no habra de perder contacto siquiera ser verdaderamente ciencia, pero entre la sujeción de esta al estrecho marco de los códigos y a la letra fría de la ley y la expresión libre ~~que~~ como lo presentara la Escuela aludida; existe un ancho margen en el que se desarrolla el trabajo verdadero y auténtico de la ciencia jurídica, por debajo, dentro y por encima de la ley o del orden jurídico vigente; en el que se revela el valor, la autonomía y el aporte de la ciencia al Derecho, y que veremos más adelante.-

Condiciones necesarias todas estas, de la especulación filosófica, que trata de rescatar la orientación, de la pendiente resbaladiza y substraerla de la vertiginosa caída a que podría proyectarla una exagerada especialización, sin elementos unificantes; y en la que terminarían por preponderar elementos de hecho sobre el propio Derecho olvidando la unidad necesaria y la síntesis definitiva, que constituyen fundamental fin de toda ciencia.-

Y que en cuanto al Derecho se refiere habrá de operar en él la maravillosa creación y transformaciones que tuvieron por autor al Pretor y su concreta manifestación en el Edicto, instrumento este último hacia el cual se ha ~~que~~ vuelto la mirada cuando se ahogó la ciencia en la ley; pero en el cual no reside el poder necesario con que se opera el trabajo de la ciencia; debiendo si buscarse en el Pretor y en el Edicto solo una manifestación empírica, de una actitud y un resultado; consecuencia y efecto de una metodología adecuada a la esencia del objeto investigado y a la verdad que residiendo en él, incumbe a la ciencia revelar.-

Lamentable sería sinceramente que este movimiento renovador no penetrase con prontitud -aún cuando estamos seguros de que se impondrá- y que permanezca por más tiempo, lejos del gran número de juristas y juriconsultos; como patrimonio de unos pocos, lo que hará más penoso el esfuerzo por exponer, analizar y solucionar todos los problemas que entraña este movimiento renovador, que transformará -no lo dudo- prácticas y métodos hasta ahora considerados como substanciales y aun el propio ~~que~~ contenido jurídico, por lo que el siglo que va aproximándose a su segunda mitad, llegará a caracterizarse, ^{en Derecho} diferenciándose de los anteriores, por esta particular dirección de la ciencia jurídica.-

Pensamos que la epistemología jurídica rindiendo sólidos fundamentos

permitirá despreocuparse a los cultores del Derecho de muchas cuestiones, secundarias e incluso de muchos prejuicios; para abocarse directamente a la tarea de su desarrollo crecimiento y progreso; que al delimitar con claridad el objeto de la Ciencia jurídica y el trabajo que la misma realiza en torno al mismo, se coloca en primer plano lo que relegado a segundo término, no permitía ver en forma integral el trabajo y el proceder de la Ciencia, y como lo afirma Capograssi, el complejo racional puesto o sea los conceptos elaborados ya por la Ciencia, no dejaron ver al jurista el verdadero objeto de la misma o sea la experiencia jurídica en la que se revela, según su sentido o referencia la naturaleza funcional que atribuye Sauer al Derecho y que caracteriza el proceder de la Ciencia o sea es elemento esencial en su metodología.-

La metodología con que se descubre este objeto y el tratamiento del mismo en el proceso cognoscitivo que implica, para alcanzar resultados científicos, ha de ser naturalmente de carácter y de validez universal no sujeto en consecuencia a tal o cual particularidad de la realidad, o manifestación empírica del Derecho, ni divorciado de la misma en un procedimiento idealista que deje librada la experiencia a su propia suerte, será pues la metodización, que la razón exige a toda ciencia para "elevar lo sensible particular a lo inteligible universal".-

La misión de la Ciencia jurídica.-

Se ha entendido por mucho tiempo, con evidente error, que la realización del derecho se reducía, a la tarea de aplicación de las normas e incluso al momento de la subsunción lógica del caso en la ley por los jueces, con lo cual la indagación sobre la realización del Derecho quedaba amputada, dejándose de lado el más rico aspecto de lo jurídico en donde puede revelarse hasta la plenitud todos los significados o sentidos del propio Derecho puesto; lo cual puede contribuir al progreso del Derecho, mediante el conocimiento hasta la intimidad del trabajo que realiza la Ciencia jurídica antes de llegar a la aplicación de la norma, o a su creación en su caso buscando la verdad objetiva que se manifiesta oculta, en la continuidad y variedad de la serie dispersa de subjetividades.- Descuida la concepción que reduce el trabajo de la Ciencia a la mera aplicación de la ley, el ámbito extenso en que la Ciencia jurídica, opera; que trasciende los límites de la mera aplicación, del derecho, cuyo principal momento la subsunción lógica, fue la particular preocupación de los juristas.-

Compartimos por ello la idea de Sauer, expuesta magistralmente en una síntesis sin desperdicio donde se encierra todo este ciclo de realización del Derecho, de la cual forma parte sin duda la aplicación del mismo; dice Sauer: "La teoría del Derecho no es una Ciencia aplicada sino una Ciencia que ha de aplicarse.- Su finalidad no es el mero conocimiento del Derecho sino que el Derecho ya conocido debe realizarse.- Esta realización de la esencia del Derecho tiene lugar de dos maneras; por de pronto dentro de un orden jurídico (y mediatamente por tanto la esencia del Derecho) ha de realizarse en la vida, desde el momento que tanto las autoridades como los particulares tienden a esta realización".-

Se ve en consecuencia en la ideas de Sauer claramente expresada esta unidad en el ciclo de realización que da a la ciencia misma su característica fundamental de un hacerse constante por la circunstancia principal de que no es ella "una ciencia aplicada, sino que ha de aplicarse" por cuanto el mero conocimiento de Derecho (de las normas ~~XXXXXXXXXX~~) no alcanza a comprender la integridad del propio Derecho, ni el ámbito de ac-

tividad de la Ciencia, que por cierto no se reduce a conocer la expresión muerta de la letra fría de la ley; sino tomando a esta en función de la experiencia jurídica, como objetividad, puesto que lleva implícito un valor frente a sus múltiples concreciones subjetivas que tienden hacia él y en donde solo es posible alcanzar todos los sentidos y significados que tenga o alcance a tener en su actuación.-

Por otra parte la propia afirmación de que es Ciencia que debe aplicarse y que el Derecho conocido debe realizarse, indican la necesidad de una actividad constante que se caracteriza como la dinámica jurídica, cuya dirección fundamental es el profundizamiento en la propia experiencia jurídica donde han de revelarse las transformaciones del Derecho, su esencia y de las que adquiriremos conciencia mediante el trabajo que para ella realiza la Ciencia jurídica según una metodología adecuada que no nos ciegue ni obstaculice la visión y el resultado de aquella dinámica jurídica lo que lleva a afirmar a Capograssi, y que veremos más adelante que el Derecho solo puede realizarse por intermedio de la Ciencia, lo cual da a esta soberanía y autonomía.-

Establecidos estos puntos fundamentales en que están puestas las líneas ~~fundamentales~~ por las que se desplaza en un movimiento constante, la realización del Derecho y la actividad de la Ciencia jurídica, no queda sino referirse a los detalles del mismo lo que haremos en los capítulos siguientes, pero deslindando previamente esta actividad de la Ciencia jurídica de la actividad de Ciencia afines como podrían ser entre otras la Psicología, la Sociología etc.-

También corresponde aclarar que nuestro trabajo no investiga otros temas señalados para la Filosofía del Derecho, que no sea el problema de la Ciencia en sí, es decir de esta en cuanto a los elementos fundamentales que caracterizan la forma y el contenido del trabajo que realiza en torno al objeto jurídico tan solo, pues aunque debería también comprender el contenido jurídico o sea la conceptualización obtenida por la Ciencia, escapar ello también a los límites de este trabajo no obstante que pueda complementarse con una investigación sobre el particular en el futuro.- En consecuencia nuestra investigación no incide sobre el concepto del Derecho, ni sobre el ser o la idea del mismo, sobre estos tópicos no prejuzga y si en alguna oportunidad se alude a ellos es una simple referencia en cuanto los hemos reconocidos como problemas existentes y que deben ser indagados, pero hacia cuya indagación no se dirige este trabajo.-

Por otra parte en este trabajo inicial nuestro, que pone una exigencia metodológica como tema fundamental a cualquier otra indagación sobre la Ciencia jurídica en cuanto Ciencia; deberán darse por supuestos y conocidos los caracteres esenciales que la Filosofía del Derecho investiga, y que la Ciencia en su trabajo recibe de aquella como datos que no le es dable discutir, y como elementos que le permitirán conocer y distinguir lo jurídico de lo no jurídico; pero insistimos nuestro trabajo no prejuzga sobre tales elementos, por referirse exclusivamente a la actividad de la Ciencia jurídica en torno al objeto jurídico.-

Hecha esta salvedad y ahondando en la particularización del tema propuesto debemos consignar que nosotros en cuanto nos ocupamos de la Ciencia jurídica o jurisprudencia técnica, nos particularizamos con aquel aspecto de realización del Derecho, que implica desentrañar todos los significados de la dogmática jurídica siguiendo un movimiento paralelo a los distintos sentidos o significados que va cobrando la vida jurídica.-

Más en este movimiento paralelo, o sea la revelación de significados por el análisis de la experiencia jurídica aludida en la dogmática jurídica, hacia la cual esta referida, la Ciencia desempeña su trascendentalista misión de ser precisamente el instrumento de tal revelación, o sea es el medio por el cual adquirimos conciencia de la verdad de este proceso constante en su forma y en su contenido; pero ocurre aclarar que esto se realiza mediante una actividad constante que refleja una estructura permanente por la cual se realiza esta realización del Derecho, en el torrente incalculable de casos, pero dejando al pasar los elementos esenciales y unificantes que la Ciencia capta y con que no es permitido adquirir real poder y dominio sobre la realidad que se manifiesta en una "sucedumbre incalculable" según la feliz ~~xxx~~ expresión de Hickert.-

Esta indagación incide directamente en consecuencia sobre esa estructura que es a la vez el instrumento de que la Ciencia se vale para cumplir su misión y como alcanza sus resultados; es lo que caracteriza Capograssi como el "esquema inmovil" por el que pasa ~~institucional~~ inevitablemente y se realiza el Derecho, y afirmando como vimos que este solo puede realizarse por intermedio de la Ciencia.-

Deberán en consecuencia mostrarse como se realiza el Derecho conocido por el Estado y los ciudadanos o particulares, para terminar al cabo de nuestra investigación por saber, si en la misma hemos hallado la verdad a que aspiran la Ciencia y la vida en su "profunda aspiración práctica", o si acaso se revelan tan solo elementos dispersos de una operación sin unidad ni conexión imposible de sistematizar un contenido dado, armónicamente, por la imposibilidad de un fundamento lógico, y una impracticable gnoseología al respecto.-

Hemos destacado y lo consignamos adhiriendo a las ideas de Sauer nuevamente aquí, aclarando el sentido que cobra en nuestra concepción la realización del Derecho, en la cual intervienen el Estado y los particulares, debiendo entenderse por esta actuación en ambos el doble aspecto de actuación en el sentido de que la realización se opera por el Estado en el sometimiento al Derecho y en la aplicación que del mismo realiza y por los particulares al seguir cumplidamente la acción exigida por la norma orientada según el valor puesto en la misma, o al revelarse en una actitud distinta o divergente; siendo de destacar que en este último aspecto no implica la negación del Derecho sino por el contrario constituye el motivo de su realización efectiva, ostensible, manifiesta pública y suprema, la razón de su existencia que le hace brillar con fulgor resplandeciente; lo que destaca sus caracteres de ser esencialmente violable y coercible.-

C A P I T U L O

**Sumario: La Ciencia jurídica y sus relaciones con las ciencias afines.-
La Sociología.-La Economía.-La Psicología.-
La Ciencia jurídica y el Arte.-**

La Ciencia jurídica tiene íntima relación con las ciencias afines Sociología, Economía y Psicología, por cuanto sus resultados se requieren recíprocamente; pero de aquí no debe seguirse que puedan confundirse actividades que tienen objetos y métodos que las diferencian.-

No es en vano que se le imputa a la Sociología, por los propios sociólogos la circunstancia de haber incidido demasiado y muy frecuentemente sobre lo jurídico al buscar el objeto de sus investigaciones; que a la Economía se la considerara la infraestructura del Derecho siguiendo la dirección materialista, en el sentido, de la interpretación económica de la historia; y que la Psicología dispute elementos metódicos y objetos que pertenecen por completo a la Ciencia jurídica cual el objeto de referencia o sentido que trasunta el acto jurídico por estar dirigido hacia un valor del cual exterioriza un significado determinado; lo cual no tiene nada de psicológico salvo el proceso ~~psíquico~~ del acto de pensar que se opera en nuestra mente.-

Puede haber sido motivo de tan graves confusiones, la falta de conciencia una una verdad sobre la cual descansa mucho de la actividad de estas ciencias y que Sauer pone en evidencia con el reconocimiento de la interferencia de ^{los} métodos que usan las distintas ciencias; interferencia de métodos que autoriza el uso por una de ellas de los resultados de las otras, sin que esto implique impureza en el propio método ni mucho menos confusión, lo cual queda evitado mediante el reconocimiento de esta interferencia y la procedencia del resultado cuya legitimidad se afirma en las últimas exigencias metódicas que en su elaboración emplea la ciencia de la cual procede, y que tiene finalidades diferentes de la ~~psíquica~~ que puede usarlo como información para el cumplimiento de su misión y la obtención de sus finalidades propias.-

Corresponde en consecuencia hacer una clara distinción de las directivas fundamentales a que responde cada una de estas ciencias como la metodología empleada en el estudio del aspecto de la realidad dada según su punto de vista; según el cual obtengan resultados que satisfacen sus fines fundamentales, pero que en conjunto tiendan a un resultado general, vale decir haciendo luz sobre los distintos aspectos de la realidad que individualmente cada una estudia, por lo que es legítima la utilización que cada una de ellas hace de los resultados de las ciencias que le son afines; para reforzar su propia investigación en el hallazgo de la verdad y en común la contribución que cada una hace a la conformación de la Cultura.-

De acuerdo con estas directivas haremos seguidamente y por separado el estudio de la Sociología, Economía y Psicología de modo que con la información que al respecto adquiramos tengamos la certeza de que la tarea de la Ciencia jurídica no ^{se} confunde con la de estas otras ciencias.-

Es hoy harto difícil saber con precisión cual es el objeto de la Sociología sobre lo cual no existe una opinión unánime de sus cultores, más que más bien divididas las opiniones de las distintas escuelas; unas le asignan un papel apagado estrictamente al conocimiento de la Sociedad, mientras otras se refieren a las relaciones interhumanas; extendiéndoles las que le atribuyen un objeto vastísimo al saber y la cultura.-

Corresponde en consecuencia que con un breve repase a todas estas corrientes discurremos por nosotros mismos una vez que sabemos con certeza de ello, cual ha de ser el límite y objeto de la Sociología, entendida como ciencia de una zona de lo empírico; y sin extenderla al extremo de substituir, formas de conocimientos de otras ciencias; o el campo asignado a la Filosofía, ni aún como formando parte de lo que sería imposible- de aquella rama de ésta última que se llama Filosofía social, ni mucho menos imaginaria a la manera de síntesis de todas las ciencias sociales como una ciencia universal o enciclopédica comprensiva de todos los principios comunes a aquellas como dice Von Wiesse (1) "podría también aparecer como la ciencia general de la vida social humana eliminando los fenómenos sociales que se advierten en los reinos animal y vegetal éste es, sencillamente como Antropología en cuanto ciencia espiritual e natural, o solo en algunos de ambos aspectos; por fin podría presentarse como Cosmología vista a través del prisma humano, de tal manera que quedase manifestado la posición de la sociedad humana dentro del proceso universal integral" y concluye el autor que la Filosofía social y todas éstas maneras de entender enciclopédicamente a la Sociología forman parte de un ~~modo~~ complejo, al que se ha dado también el nombre de SOCIOLOGIA." Frente á ese concepto -di de-vanza a delimitar la Sociología como una ciencia especial que entre otras ciencias sociales particulares posea problemas privativos de ella con ámbito propio. Estos problemas deben deslindarse claramente de los de otras ciencias sociales, de tal modo que la Sociología pueda conceptuarse como ciencia autónoma por formar parte del conjunto de las ciencias sociales, especialmente de las relativas al hombre, mantiene con ellas estrechas relaciones de afinidad y auxilio mutuo" Según el autor para deslindar y afirmar la existencia de un ámbito propio de la sociología hay que destruir la objeción de que no existe tal peculiaridad científica en la sociología, sino solo un criterio sociológico en las distintas ciencias consistente en que los problemas específicos de éstas hagan referencia ocasional o predominantemente a la sociedad humana, por ejemplo, las clases. Así afirma- existe Sociología en Jurisprudencia, Psicología, Etnología, Filología, Historia de la Literatura, Economía social, Arte, Ciencia de las religiones comparadas etc, e inclusive en las ciencias naturales y en la Física. Con frecuencia se atribuye erróneamente el carácter de métodos sociológicos á tales índices de problemas, porque como éstos sectores sociológicos son amplios y muy frecuentes en e tras ciencias, puede hablarse de un ~~carácter~~ sociológico en las ciencias modernas, especialmente en las del espíritu, pero ésta frecuente referencia a la sociedad humana debe presuponer un conocimiento detenido de la misma lo que en modo alguno ocurre.- Existe solo una presunción muy vaga de poseer tal conocimiento, proveniente de supuestos equivocados, como es la convicción de que la sociedad humana no ofrece problemas por ser un fenómeno natural, o la opinión de que si los hay quedan resueltos por cada ciencia particular, o la creencia de que están ya suficientemente aclarados por las investigaciones y especulaciones precedentes. Todos estos supuestos, como ya hemos visto son erróneos".-

(1) Wiesse von L. Profesor SOCIOLOGIA, Historia y principales problemas. Colección Labor. Traducción de Rafael Luengo Tapia 1939.

Así mismo no es exacto afirma con razón el autor que el conocimiento de la sociedad se obtenga sumado el resultado de las demás ciencias sociales partí ~~cular~~ culares "Las demás ciencias sociales se ocupan de los resultados positivos de la vida social; pero la acumulación de productos no basta, ni mucho menos, para inducir la naturaleza del productor. El mismo error comete una tendencia moderna de la ciencia de la cultura: la denominada sociología de la cultura" Tampoco puede confundirse con la Ciencia sistematizada de la Historia por cuanto la acumulación de hechos cronológicamente ordenados y explicados no ^{BASTA} dice- todavía para dar un conocimiento de la sociedad. También se afirma sin razón que está absorbida por la Filosofía, lo que es un gran error pues como el autor acepta con evidente acierto, recibiera si de la filosofía sus supuestos fundamentales más como ciencia tiene su propio campo de acción y en cuanto a sus supuestos como cualquier otra ciencia tendrá su rama en la Filosofía general.-

Afirma- el autor que seguimos - con razón que " en el campo de las ciencias debe existir una clara división del trabajo. Cada uno labra su propio huerto: consiente participar de sus frutos al vecino y a su vez solicita de éste la semilla que necesite. Pero cada disciplina requiere su propio suelo. En la sociología es donde después de una larga historia aún se manifiesta la tendencia a intercalar los propios problemas en estructuras ajenas a ellos. Aun hoy son muchos los autores que ni siquiera emprenden el intento de delimitar sus problemas; consideren el rótulo " Sociología", como un artículo no registrado, cuyo nombre puede cualquiera utilizar a su gusto. También es frecuente hoy la ligazón de la Sociología con la Psicología social, lo que es imposible por cuanto la Psicología debe referirse a procesos mentales experiencias internas, mientras la Sociología si bien toma en cuenta la relación intermental de los individuos también necesita una esfera exterior la de relación interpersonal por lo que lo social es algo exterior. Tales indicaciones-continuas-permiten ya traslucir cuál es el objeto de la Sociología: la sociedad humana, y aun quedará mejor definida con la substitución, ciertamente trascendental, del substantivo "sociedad" por el verbo " socialificar". Por lo que puede formularse como principio fundamental el siguiente: "No hay sociedad ni tampoco estructura social en cuanto entidad de tal carácter. Las constantes referencias a la Biología por parte de la Sociología antigua, así como la adopción de representaciones de la Ciencia y Filosofía políticas, plagadas de especulaciones, han conducido al concepto erróneo de la sociedad como una substancia. El Leviathan, aunque nadie haya pedido describirlo parece inmortal". La Sociología tiene propiamente por objeto los procesos sociales interhumanos. Esta frase tan sencilla comprensiva de problemas innumerables encierra en sí tres tesis: 1) Existe una esfera social de la vida humana; existe junto a los cuerpos y almas de los individuos una trama no substancial derivada de relaciones entre ellos creadora de toda cultura. 2) Esta esfera no ha sido todavía estudiada con la suficiente independencia respecto de los otros órdenes de la vida. 3) Solo cuando se haya estudiado sistemáticamente la vida humana y la naturaleza de las acciones y reacciones propias de la esfera social y de sus posibilidades y límites, podrá hacerse uso fecundo del criterio sociológico en otras ciencias. El mayor obstáculo para éste punto de vista se halla en la creencia de que todos, en cuanto personas cultas, hombres expertos o profesionales (juristas, economistas, teólogos, etc), estamos informados suficientemente acerca de la esfera social. Esta pretensión se debe gran parte de los errores políticos y en general de los de la vida privada y pública, La verdad es que sabemos muy po

de de ésta materia porque nuestra experiencia solo ha captado fenómenos complejos, físico-psíquico-sociales. La Sociología que como todas las ciencias teóricas descansa en un ámbito específico tiene pues tres objetos: 1) Abstractar lo social e interhumano del resto de lo perteneciente a la vida humana. 2) Constatar los efectos de lo social y el modo como se producen. 3) En último lugar, restituir lo social al conjunto de la vida humana para hacer comprensibles sus relaciones con ésta. Resultado de todo ello es que parezca justo y muy satisfactorio que las ciencias afines a la Sociología puedan aportar como materiales para éstas muchas particularidades. Pero ninguna de ellas responde á la pregunta fundamental de cual sea la naturaleza y realidad de la sociedad. Es desde este punto de vista, que la sociología puede realizar un extraordinario aporte al jurista, separando lo interhumano de lo ideológico, y de lo material; dejando en claro con prolijo deslinde lo social; lo que conocido puede ya como dice Wiese hermanarse de nuevo con lo material pero ofreciendo menos secretos. - Ocorre sin embargo destacar que no obstante que en nuestra posición de éste libro consideramos nosotros como objeto del Derecho a la experiencia jurídica inmediata que se da en la experiencia inmediata común; no se confunde con el objeto de la Sociología, después de cuyo deslinde en el terreno de lo social del cual participa el objeto jurídico o en la idea del Derecho, se perciben las diferencias que los separan, como así el método diametralmente opuesto en su orientación para concluir en el conocimiento de su propio objeto que realizan ambas ciencias. -

Como ciencias que reconocen una base humano social común habrá de reconocerse necesariamente como afirma Wiese, que en todos los procesos de la esfera humana las últimas fuentes son el alma y el cuerpo humanos. Pero solo por la influencia del Yo sobre el Tu y por la fusión de ambos en un Nosotros logra efectos fecundos, por vía positiva o negativa el proceso social. -

No deberá confundirse nunca con la Sociología, ni mucho menos con la Psicología el trabajo que realiza el jurista frente a la realidad jurídica que se manifiesta en la experiencia jurídica inmediata, aun cuando recurra para aprehenderla tal cual se da y como es para captar con mayor nitidez su sentido jurídico e su tendencia valorativa, que lo realiza mediante el concepto del Derecho, en la intuición inmediata; a los resultados de estas Ciencias, que pedrán facilitárselos; más no debe olvidarse, y esto confirma en la experiencia la verdad de razón que asiste a nuestra afirmación; que los juristas romanos construyeron la Ciencia jurídica, con una intuición genial, por la que aprehendían la experiencia jurídica inmediata, sin el auxilio ni de la Sociología ni de la Psicología y la sistematización de conceptos jurídicos (particularmente en derecho privado que fué la producción extraordinaria que solo dirigieron tres conceptos fundamentales puestos como valores directivos por la ciencia jurídica a saber: *non ledere, sum cuique tribuere. honeste vivere*

Por otra parte es perfectamente posible que sea objeto de consideración sociológica la misma experiencia común de la que el jurista extrae la experiencia jurídica inmediata; para lo cual nada obsta ni mucho menos sobreviene una confusión de objetos; más bien puede para la ciencia jurídica resultar un aporte de conocimiento que permita dominar mejor esa realidad estudiada pero lo que no puede admitirse es que sea un pase obligada de la ciencia jurídica el que vaya a inquirir necesariamente los resultados de la Sociología para su propio trabajo, al extremo de que sin este no pueda continuar el suyo; y mucho menos de

berá admitirse separado ya el objeto de la Sociología del jurídico, y el auxilio de los resultados de la Sociología a la Ciencia jurídica, que pueda denominarse método sociológico o psicológico al que use la ciencia jurídica por la circunstancia de que realice en la etapa inicial de su conocimiento una aprehensión intuitiva que supone una especial y muy peculiar reconstrucción interna de la experiencia jurídica inmediata. Tal denominación tampoco se admite en la Sociología por cuanto es inexacta y así lo afirma Wiese cuando se ve forzado a distinguir entre Sociología como disciplina científica, de la Sociología como método dentro de otra ciencia; aunque admite que es muy usual; y que quiere significarse con ello que lo social (lo interhumano o lo colectivo) adquiere una conciencia. Sobre éste particular y separándolo de la Sociología y quitándole la denominación de sociológico en cuanto método de la ciencia jurídica nos ocuparemos más adelante.-

Dejamos sentado pues que existe una relación en la existencia de una base social para ambas ciencias, en la prestación recíproca de sus resultados para sus respectivos objetos; pero que existe una diferenciación nítida en cuanto a sus respectivos objetos y sentidos y a sus métodos, participando éstos últimos en lo que puedan tener en común en la aceptación que hagan de la interferencia de métodos, para aprovechar los resultados de las ciencias afines o no afines; pero difieren encañable en sus premisas fundamentales de orientación, para alcanzar la universalidad lógica, causalidad con preferencia en la sociología si bien tomara en cierta oportunidad la teleología; la que es fundamental en el método jurídico, como avaloración.-

La Psicología.- La circunstancia de que se haya antepuesto en el proceso del conocimiento de lo cultural la necesidad de la intuición interna por Vierkant (vease pág.....) y consista ésta en el fondo en la reconstrucción en nosotros mismos en nuestra propia vida anímica de la vida anímica ajena; y con referencia al Derecho como ciencia Cultural, también Capograssi lo haya colocado en la primera etapa de la labor científica; y teniendo en cuenta que en estas dos opiniones autorizadas se manifiesta lo que constituye una exigencia general permanente y necesaria para alcanzar a dominar la variedad heterogénea y continua de la realidad jurídica, por medio del concepto; nos vemos en la necesidad de establecer que con ello no hemos tratado de reconocer el trabajo de la ciencia como un mero psicologismo; de lo cual se encuentra muy lejos, como veremos en los parágrafos siguientes al describir que se entiende por Psicología y que diferencias tienen con la Ciencia Jurídica.

Ya Rickert admite que la confusión puede haberse operado por la ambigüedad en el empleo de los términos; ya que se admite que no solo el historiador, el poeta y el artista sino el jurista habrán de ser buenos psicólogos, para realizar su misión y alcanzar éxito en el fin que perseguen, pero dice con acierto y categóricamente Rickert: "Pero esa Psicología" que conocen los artistas no tiene nada de común con la ciencia conceptual de la vida anímica" y respecto de los historiadores, cabría agregar de los juristas, se encuentra mucho más lejos aun que en el arte, por cuanto historia y Derecho son ciencias individualizadoras, que se refieren a lo particular y singular de la realidad; y es una evidencia de esta afirmación lo que afirma Rickert como es la "de que encontremos notables historiadores psicólogos, aun en tiempos en que no existía la psicología científica y ni siquiera se conocía el concepto actual de lo psíquico". Sobre este particular hemos ya citado nosotros respecto de la Ciencia jurídica y sus

cultivadores romanos, que construyeron de la misma lo más esencial de su contenido sistematizado los conceptos en que plasmaban el conocimiento adquirido de la experiencia jurídica inmediata; que revela como jurídica el caso sometido a decisión; sin el auxilio de la Ciencia Psicológica, que aun no existía como afirma Rickert ni el conocimiento de lo psíquico; pero sin embargo demostraron operar como "grandes psicólogos" en cuanto se refiere al significado atribuido a la expresión en el sentido de comprensión, por reconstrucción en nuestra propia vida anímica; de la vida anímica ajena. Lo cual quiere "separar en interés de la metodología y distinguir cuidadosamente por medio de algún término, esta ~~xxxx~~ actividad metodológica, no solo de la Psicología, sino también de la Sociología con una expresión que limita la actividad de la ciencia jurídica a los justos límites del Objeto que le es propio y es la expresión que usamos la de Jurislogía etapa inicial del conocimiento de lo jurídico, antes de llegar al concepto y que se entiende directamente con la realidad jurídica que nace inmediatamente, en forma inestable, y que es separada en cuanto experiencia jurídica por la ciencia, y mediante este inicial procedimiento de la experiencia inmediata común.-

Pero debemos aclarar con las palabras de Rickert que no importa lo expresado no admitir, relación alguna entre la ciencia psicológica y la ciencia jurídica, entendida aquella en su forma generalizadora; pues "la inteligencia" "psicológica" del pasado, hecha las más veces sin conocimiento de psicología científica, puede perfeccionarse por medio de la ~~xxxx~~ psicología generalizadora" lo cual aplicado por nosotros a lo jurídico, también se traduce en la necesidad de conocer Psicología por cuanto facilitará la comprensión de motivos y los resultados de la vida anímica ajena que revivimos en nosotros ateniéndonos así en las particularidades específicas de la vida observada, y del caso estudiado.- Más debemos establecer cual es el mayor aporte que la psicología generalizadora puede realizar a nuestra ciencia; nos valdremos para ello de la expresiones del autor citado, que aplica para la historia pero que son, adecuadas al objeto también válidas para esta parte de nuestro trabajo; "el mayor posible enlace entre esas dos ciencias no podrá construirse más que de la siguiente manera" la misma exposición de lo individual no puede prescindir de los conceptos universales; los últimos componentes de toda exposición científica tienen que ser universales como ya hemos visto. El concepto de una individualidad histórica (también jurídica), componese pues de elementos universales, y estos elementos universales se congregan en una manera que más tarde habremos de explicar. Pero, como es natural, no debemos entender esto en el sentido de que la individualidad misma de lo real sea una simple combinación de universalidades, lo cual efectivamente, llevaría como hemos dicho ya, a un realismo platónico de los conceptos. Solo se trata de la exposición de la individualidad por la ciencia y del empleo de lo universal para ese fin; y éste empleo de lo universal es entonces importante, porque el historiador usa en él, las más veces, las significaciones universales de las palabras, que encuentra hechas y que nos apropiamos al aprehender el idioma, antes de dedicarnos a ningún trabajo científico.- Pudiera decirse en efecto que los tales "conceptos" "precientíficos" sin imprecisos e indeterminados, estos es, que propiamente no son conceptos y que la ciencia de la historia, por lo tanto, tiene que ir aumentando su carácter científico, en la medida en que consigna substituir por conceptos científicos esas precientíficas significaciones universales de las palabras que necesita emplear para exponer los procesos históricos, jurídicos individuales. Pero en entonces habrá de tomar de la psicología ese concepto científico que substituya

a las precientíficas significaciones. De esta suerte quedaría intacta la oposición entre la conceptualización generalizadora y la individualizadora; y sin embargo no cabría emitir dudas sobre la importancia de la psicología para la historia (y para el derecho) considerada como ciencia. Así queda demostrado, en realidad que la psicología puede llegar a ser una ciencia auxiliar de la historia "o sea aplicando éste razonamiento a nuestro tema, una ciencia auxiliar del derecho; pero de aquí no deberá deducirse que puede entenderse que la ciencia jurídica se reduce a un mero psicologismo por cuanto el jurista no se limita ni mucho menos a la exposición de la vida anímica, por cuanto a la experiencia jurídica que trata de dominar, la integran otros elementos como podrían ser los objetos que rodean al sujeto y el cuerpo de los sujetos que intervienen en el caso estudiado. Todos los conceptos que suministren así como la Psicología científica para comprender la vida anímica, las demás ciencias son para el jurista meros medios y nunca fin o resultado de su exposición o conocimiento de la realidad; por ello veremos más adelante la necesidad de admitir la interferencia de métodos, a fin de no despreciar este aprovechamiento de los conceptos de las demás ciencias para el conocimiento del objeto de nuestra ciencia y su conceptualización ulterior, pero todo ello ~~no~~ no debe pasar del límite de un mero medio de aprovechamiento de tales resultados por cuanto respecto de la orientación de la Ciencia jurídica y de los elementos que dirigen su conceptualización, nada le dicen a la ciencia jurídica las demás ciencias; ni siquiera como afirma Rickert "acerca de la manera como ha de elegir esos elementos y componer con ellos los conceptos propiamente históricos (nuestros diríamos jurídicos) por cuanto esto es totalmente aplicable a las ciencias de la cultura de las que el Derecho participa.-

La ciencia jurídica, y esto es evidente está dirigida - como de la historia lo afirma Rickert - "por determinados puntos de vista, desde los cuales utiliza sus elementos conceptuales, ya sea precientíficos, ya exactos y científicos. Y Estos puntos de vista no puede tomarlos ni de la psicología, ni de ninguna otra ciencia generalizadora. Esta es la circunstancia decisiva para la relación lógica entre la psicología y la historia - también entre la psicología y la ciencia jurídica. Todo lo demás, es lógicamente, de importancia secundaria".-

Ha de tenerse sin embargo muy en cuenta que la Psicología ha querido salir de los límites de la concepción generalizadora, libertándose en sus conclusiones del yugo de lo que solo significaba conocimiento de lo anímico como mera naturaleza determinada según leyes universales; y ha tratado de llegar a la individualización, profundizando en la estructura de nuestra vida anímica particularmente en nuestro subconsciente; para comprender así las ~~de~~ determinaciones del sujeto; con lo cual se ha conseguido el resultado útil y por demás beneficioso como tal; por el hecho de servir expuesta y realizada así la Psicología tanto a las ciencias médicas como las jurídicas: en cuanto se refieren a las finalidades y resultados que las mismas persiguen; esta manera nueva de encarar la Psicología se llama psicología profunda o como la denominara su fundador Sigmund Freud (1) Psiconalís.-

Sus aportaciones geniales, son sorprendentes y revolucionan la ciencia psicológica descubriéndole horizontes extraordinarios; pero en su concepción tan apegada a la influencia de las glándulas sexuales en la vida anímica, consciente y sub

(1) Según Alberto: Freud: un gran explorador del alma. Ed. Orientación 1940.-

conciencia del individuo lo hicieron pecar de unilateral; lo cual le reprochan Adler(1) y Jung(2) discípulos suyos que luego se independizaron de ciertas ideas del maestro siguiendo rumbos diferentes.

Con todo y a pesar de esta nueva dirección de la psicología todo lo expuesto queda en pie, las conclusiones a que pueda arribarse y con mas fuerza del respecto del Derecho que de la Historia; no serán sino meros auxiliares, respecto

~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ de la finalidad de esta ciencia; por cuanto éstas nuevas direcciones permiten determinar un mejor conocimiento de la vida anímica del sujeto en cuanto a las leyes que determinan el movimiento del inconsciente y su notable influencia sobre la conciencia; pero de ninguna manera podrán nunciar el criterio lógico que preside la conceptualización de esta ciencia ni aún dirigir el conocimiento intuitivo de la realidad jurídica para separarla de la experiencia inmediata común.-

Por otra parte las direcciones son tanta y tan variables en psicología que el propio Jung, uno de los más grandes psicoanalistas después de muertos Freud y Adler nos dice: No hay una psicología moderna sino muchas. Esto es extraño, porque solo hay una matemática, una geología, una botánica, una zoología, etc. En cambio las psicologías son tantas que una Universidad Norteamericana publica todos los años un volumen titulado "Psychologies of 1930", etc"(3).

Por ello estimamos que las observaciones centrales de Rickert no pueden darse por caducas por cuanto en lo fundamental el problema no ha cambiado sino más bien todo lo investigado con posterioridad a lo expuesto, por el filósofo de la Escuela de Baden ha venido a confirmar sus predicciones.-

(1) Adler Alfredo: Conocimiento del Hombre: Ed. Espasa Calpe 1940. Traducido de la tercera edición alemana por Humberto Bark. Segunda Edición. Biblioteca de ideas del siglo XX.-

(2) Jung C.G. REALIDAD DEL ALMA. Aplicación y progreso de la nueva psicología Editorial Losada. Buenos Aires. 1940. Bib. Cristal del Tiempo.-

3) Jung. op. cit. página 15.-

La materia económica constituye, desde luego el objeto de la Ciencia Económica, y esta ha de proponerse como ~~su~~ una de sus finalidades primordiales la ordenación metódica de los fenómenos económicos de modo que sobre su manifestación contingente, exista una unidad de concepción de validez universal, para que el tratamiento del material económico pueda ostentar la categoría de científico.-

Por otra parte, señalar las dificultades, zanjar las diferencias, para evitar tropiezos en la evolución desarrollo de la economía, encontrar e incluso los medios adecuados de hacerlo y realizar lo necesario para lograrlos, es como afirma Sauer(1) "una cuestión de naturaleza económica y, táctica" que por referirse a lo económico, estará informada por el contenido que se refiere.-

Según esto está muy lejos de provocar la Economía alguna dificultad en la dilucidación del problema de la consideración científica de lo jurídico, a tal punto que no puede preverse que confusión podría sobrevenir en los conceptos respectivos de tales ciencias.-

Sin embargo concepciones materialistas, que han exaltado lo económico a un plano tan elevado, al extremo de querer someter toda otra manifestación de carácter espiritual; a este elemento primordial -para estas teorías- al punto de considerarlas reflejos del mismo incluso el Derecho, obligan a considerar tales teorías de modo que haciendo resaltar el error de que padecen; las cosas transitoriamente alteradas, vuelvan a ocupar el lugar que científicamente les corresponde y se les ha asignado.-

"La concepción "realista"-dice Sauer- del mundo es más antigua y más natural que la concepción idealista, puesto que esta última representa, necesariamente, el fruto de una cultura más elevada y de una humanidad madura.-Mientras que, según el realismo, también las cosas espirituales pertenecen al reino de la realidad, el materialismo que no es más que un fenómeno especial del realismo, ve la esencia de las cosas solo en la material; los hechos espirituales no son más que formas de expresión o reflejos de la materia.-Esta prístina concepción del mundo (Demócrito) hubo de aparecer modernamente como una reacción contra el idealismo lógico, especialmente contra la teoría hegeliana de la evolución lógica del acontecer universal y, al mismo tiempo, como un fenómeno concomitante del florecimiento de las Ciencias naturales, por una parte, y de las Ciencias económicas, por otra.-Así se reveló que el materialismo era susceptible de infinitas variedades (materialismo naturalista, histórico, sociológico y económico) y que, además, puede ser más o menos intenso (según el grado en que reconoce o niega lo espiritual). Y la crítica se desprende fácilmente: nadie negará efectividad a un cierto grado de materialismo, en su cuanto se basa en una concepción instintivamente sana de la vida, tan natural, por otra parte, en los tiempos de intensa crisis económica que afecta a sectores amplios de la Sociedad.-Pero puede convertirse en un factor peligroso para el Estado, la Sociedad, y la Cultura, a medida que se acentúan su radicalismo, su unilateralismo, su desprecio absoluto hacia los valores ideales de la Cultura; es decir cuanto mayor sea su enemiga hacia la Cultura.-Desagradablemente, muestra una cierta inclinación y una propensión marcada a caer en esos excesos".-

(1) Sauer, op. cit., página 82.-

Es indudable la preponderancia de la materia y por consecuencia la dirección materialista de aquellas ciencias particulares que como las naturales y aun la propia Economía tienen por objeto; pero ello no justifica que de aquí se extrañan conclusiones que trasciendan el límite de sus propias investigaciones y quiera invadir el campo de lo histórico, político, social y jurídico, con criterio materialista ya sea por su franca dirección o sentido naturalista o económico.-

Antes de entrar al materialismo económico, o como dió en llamarse concepción materialista o económica de la Historia; debemos una breve reseña que tomamos de Sauer sobre la dirección materialista naturalista de modo de poder luego circunscribirnos a aquella dirección primera que consideró al Derecho un superestructura de la infraestructura económica a cuyos cambios esta sujeto por su influencia inmediata, como reflejo que era de las fuerzas económicas.-

"El fundador del moderno naturalismo -dice Sauer- y al mismo tiempo el Hefe de la escuela neohegeliana fué Ludwig Feuerbach (1804-1872) hijo del afamado criminalista Anselm v. Feuerbach); según él lo "real" es únicamente cada uno de los seres sensibles, y la Teología tiene que transformarse en Antropología; el hombre es el creador de lo divino, no a la inversa.- El fin de la vida social es la felicidad individual, que solo en la comunidad puede realizarse plenamente.- El naturalismo fue más ampliamente desarrollado por el sagaz Eugen Dühring (1833-1921), contra el cual dirigió un libelo Federico Engels.- También en la época actual encuentra abundante número de partidarios la concepción materialista del mundo; el monismo naturalista fue popularizado por el investigador Ernst Haeckel (1834-1919, profesor de zoología en Jena; escritos más conocidos: "Monismus", 1893; "Welträtsel", 1899), quien se dedicó a perfeccionar la teoría de la evolución de Darwin".-

Después de lo principal de la dirección materialista en sentido naturalista tal cual la presenta Sauer en el parágrafo anterior, corresponde que nos ocupemos del sentido económico que se le asigna aquella misma dirección por los partidarios de la concepción económica de la Historia, cuyos principales representantes Marx y Engels, lo fueron a la vez del "socialismo científico" y de la Internacional; de ambos Marx resultó ser el más sistemático y meduloso dentro de la dirección y sentido que los inspiraba; y sus teorías han encontrado a juicio de Sauer, como las de Kant "las más variadas interpretaciones retoques y añadidos por parte de otros autores y partidos".-

Sostiene Sauer "que han pasado los tiempos en los que se creía poder prescindir de considerarlas como si se tratase de teorías "anticientíficas" o "utópicas", de lo cual es partidario también Rickert; por cuanto dejarlas de lado de la consideración científica, significa acaso dejar pasar en este terreno los defectos de que adolecen y que solo puede revelar un análisis sincero, imparcial y rigurosamente ajustado a la finalidad de alcanzar xxx la verdad que el problema encierra.-

Por ello Sauer y Rickert consideran a Marx y Engels analizando sus teorías económicas y sus consecuencias el primero y la concepción económica de la historia el segundo, y aun cuando concluyen por rechazar gran parte de estas teorías, incluso lo principal de las mismas, quedándose solo el primero con algunas de sus ventajas para la investigación económica; creemos sin embargo que ninguno pone en evidencia, los defectos y las aberraciones de la teoría marxista como el Dr. E. V. Pessolano, quien los estudia a Marx en un erudito paralelo con Hegel de quien el primero ha tomado la idea de la evolución universal dialéctica, trasladándola a

un terreno en que precisamente se haría impracticable toda dialéctica, por esta es inmanente al entendimiento y no puede encontrarse en la materia(1).-

Pero no nos anticipemos, pues es necesario considerar esta crítica del ~~Marx~~ Dr. Pessolano a la concepción de Marx, luego de haber visto lo que sobre el particular piensan Sauer y Rickert de modo que no sirvan de introducción, a aquel otro estudio, tan profundo y tan científico del egregio profesor de la La Plata.-

Segun la expresión de Sauer "Marx ha tomado de Hegel la idea de la unión universal dialéctica; de Feuerbach, el materialismo radical; de sus predecesores economistas, el principio de que el trabajo es la fuente de todo valor.-Al revés que Hegel, que deriva de las ideas todo el acontecer histórico-social, investiga Marx las fuerzas reales impulsoras de este acontecer y las encuentra en causas económicas. Los hombres nacen y se desarrollan dentro de un círculo de circunstancias sociales, que, al mismo tiempo, son circunstancias económicas, las cuales representan la base real sobre la que se alza una superestructura jurídica, política, en general: cultural (Engels).-Pero si bien la concepción materialista de la Historia ve en los factores económicos las fuerzas impulsoras del proceso histórico-social, no por eso desconoce el marxismo, como sin razón se le atribuye, el valor de las ideas espirituales y culturales de Religión, Moral, Derecho, Arte y Ciencia; afirma solamente que estas no son más que un reflejo de los hechos económicos, una proyección de fenómenos de índole económica.-No son los llamados colosos históricos, los grandes hombres de Estado los que hacen la Historia.- Toda época tiene una "ideología de la clase dominante, pero también otra de la clase oprimida.-El Estado es una ~~superestructura~~ superestructura ideológica de la clase dominante; como toda ideología, el Estado niega que su ascendencia sean las causas económicas.-La mala situación económica proviene según el marxismo, del hecho de que los trabajadores no reciben como remuneración de su traba-

(1) Pessolano B.V.: El Hegelismo en Marx.-Página 34.-Imprenta de la Universidad.-Buenos Aires.-Año 1934.- Dice el autor "Marx no tiene la cerrazón materialista de Feuerbach, para quien el hombre es lo que come, según ^{la} brutal expresión de Moleschhoff; reconoce al hombre un papel preponderante en la historia y hasta le asigna inspiración dionisiaca al aceptar que a cierta altura de su evolución histórica transforma la naturaleza y se transforma así mismo; pero el hombre de Marx es el hombre económico de la teoría de Rodbertus; y anterior al espíritu, coloca la materia a la cual pretende -cometiendo un error- aplicar el ritmo dialéctico.-Esto, es, para mí, la peor de las incompresiones hegelianas de Marx.-La naturaleza no tiene dialéctica sino cuando es pensada; no tiene sino encarnación de las líneas ideales de su proceso mental.-La dialéctica está en el entendimiento.-La Naturaleza tácticamente no tiene sino causas y efectos, que son fenómenos antecedentes y consecuentes en su traducción objetiva, según enseñaba por entonces Comte -siguiendo el mecanismo de Spinoza- filósofo también de la devoción de Marx y que se asegura que no entendía el materialismo histórico; la Naturaleza a lo sumo tiene fines de mero valor eurístico, como lo entiende Kant en la "Crítica del Juicio, salvo que se trate de la materia orgánica, en cuyo caso sus fines son immanentes".-

más que aquella parte del salario necesaria para su existencia, mientras que el valor creado en el restante tiempo de trabajo adviene al capitalista en forma de "plusvalía"; esta plusvalía es la causa de la concentración del capital en pocas manos y como consecuencia del empobrecimiento de la clase obrera, de la superproducción, de la falta de trabajo, de las grandes crisis económicas.—Por eso la actual forma de la sociedad no es la adecuada; la actual superestructura ideológica contradice a la base real.—Toda la Historia es la historia de la lucha de clases.—La evolución conduce fatalmente al Estado proletario, por de pronto que tendrá la siguiente finalidad: expropiación de los expropiadores; una vez realizado este programa, se habrá llegado al estado de la libre Sociedad, en la que desaparece toda lucha de clases.—Con ello se acaba el proceso dialéctico; el capitalismo habrá engendrado el comunismo (con la propiedad colectiva por lo menos de los medios de producción).—el Gobierno se pasará a la Administración; del Derecho privado al Derecho público; individuo y Estado se resuelven en la Sociedad y en las agrupaciones económicas de producción.—Al final del proceso histórico social está en el marxismo la materia absoluta, así como en el hegelianismo está el espíritu absoluto".—

Rickert atribuye al afán de hacer de la historia una ciencia generalizadora la afirmación de que "toda historia es en el fondo historia de la economía".—

Pero agrega inmediatamente que debe advertirse con la mayor claridad contra esos injustificados ensayos "de tratar la historia exclusivamente como historia de la economía y luego como ciencia natural." "Descansan —afirma— como fácilmente puede verse, en cierto principio de separación de lo esencial de lo inessential, y la elección de ese principio es enteramente caprichosa; es más: su adopción se debe originariamente a una posición política partidista, que no tiene nada de científico. Puede ello ya percibirse en Condorcet; y la llamada concepción materialista de la historia, que constituye el extremo máximo de toda la dirección, es un ejemplo clásico.—Pende en gran parte de anhelos específicamente socialistas.—Siendo democrático el ideal cultural director, existe la tendencia a considerar aun en el pasado las grandes personalidades como "inessenciales" y a no dar valor sino a lo que procede de la multitud.—Por eso la narración histórica se hace "colectivista".—Desde el punto de vista del proletariado —o desde el punto de vista que los teóricos consideran como el de la masa— entran en cuestión principalmente los valores más cercanos a la animalidad; por consiguiente lo "esencial" es solo aquello que se halla en relación directa con esos valores, estos es, la vida económica. Por eso la historia se torna "materialista". Pero ésta no es ya una ciencia histórica empírica, avalorativa, sino una filosofía de la historia, constructiva, hecha con violencia y falta de crítica. Más aun: esos valores absolutamente puestos, son aquí tan decisivos que lo que para ellos es significativo se ha tornado en el único verdadero ser, y todo lo demás, que no es cultura económica, queda transformado en mero "reflejo". Hace de aquí una concepción completamente metafísica, que ostenta, en sentido formal, la estructura del idealismo platónico o realismo de los conceptos. Los valores llegan a ser hipostasiados como verdadera y única realidad.—Con esta diferencia tan solo: que en lugar de los ideales de la cabeza y del corazón hanse colocado los ideales del estómago.—Llega incluso el "ideólogo" Lasalle a recomendar a los obreros que conciban su derecho electoral como una cuestión de estómago, y que, al modo, como el

calor del estomago se expande por el cuerpo, lo expandan asimismo por todo el cuerpo nacional, porque entonces no habra fuerza alguna capaz de resistirlos.-Nadie debe asombrarse si desde este punto de vista aparece, el último término, la evolución de toda la humanidad como una "lucha por el mejor pascobre".- Si se ha comprendido bien el punto de vista valorativo sobre que descansa el "materialismo económico", se verá lo que resta de la objetividad de semejante manera de escribir la historia.-Es ella más bien un producto de la política partidista que de la ciencia.- No he de negar que anteriormente la vida económica era acaso harto poco atendida por los historiadores, y como consideración complementaria, tiene, sin duda, su valor la historia de la economía. Pero el intento de referirlo todo a ella sola, como lo único esencial, debe contarse entre las más caprichosas construcciones históricas que se haya ensayado hasta hoy:

Hasta aquí la exposición de la doctrina y los errores con que ha sido concebida del punto de vista del material a que esta referida como así sus excesos y extremismo; falta ahora que nos ocupemos de la incomprensión de algunas partes como la inversión total de la postura filosófica que le sirvió de base, para la concepción de la misma, estudio que hemos ya enunciado, hacer a través de la exposición del Dr. Pessolano.-

Afirma el autor que la formación filosófica de Marx es hegeliana.- Destaca con Fosadas, tres temas centrales de la teoría de Marx, "íntimamente vinculados, no por nexos lógicos sino por andamiada de arquitecto" los que pueden reunirse así: 1º La noción de plusvalía; en la que se destaca la formación del capitalismo que entraña la injusticia de considerar al trabajo humano como una mercancía y en torno al cual "gira el anhelo y el derecho a toda transformación económica"; 2º La lucha de clases; "concepto mal definido o al menos mal determinado en la sociología marxista, que al decir de algunos, jamás explico en que consiste esa noción de clases, ni como es posible el advenimiento de su célebre grito de guerra "Proletarios de todos los países, uníos"; 3º El materialismo ~~histórico~~ histórico; denominación obsoleta y criticada por filosofos e historiadores, en virtud -a juicio del autor- de no tener nada que hacer con el materialismo metafísico antiguo y el del siglo XVIII.-

Sostiene Pessolano que "la influencia de Hegel se hace sentir de una manera directa en el planteamiento y solución de este tercer núcleo de problemas.-En los otros estaría solo de reflejo".-

En consecuencia el autor se ve en la necesidad de referirse a la Filosofía de Hegel, para luego referirse a Marx; y expresa "La Filosofía constará, según el pensador de Jena, de tres partes, cada una de las cuales podrá ser aclarada en sus temas particulares por otras tantas filosofías monográficas: Lógica, Filosofía de la Naturaleza y Filosofía del espíritu".-"Cada una de estas tres partes considera como un todo cerrado que encierra a la Idea en sus tres determinaciones: pura, en su exterioridad y en su interioridad.- Investigar qué es la Idea, no como unidad indiferenciada de nuestras percepciones, a la manera psicológica, ni como representación intelectual de las cosas a la manera de la Lógica clásica, sino como expresión de lo absoluto, como pensamiento, como espíritu que llegará a ser Razón cuando se conozca ~~xxxxxxx~~ a sí misma, o para decirlo ya con técnica hegeliana, la "realidad tomada en su totalidad autoconsciente", implica partir del elemento abstracto del pensamiento que es el objeto de la lógica y elevarse gradual y discursivamente entre los interminables principios que va engendrando, a la visión del Cosmos; seguirla como idea que se exterioriza que es el objeto de la Filosofía de la Naturaleza y como idea que

se vuelve sobre sí, se repliega y se encuentra en su intimidad, que es el objeto de la Filosofía del espíritu, dentro de la cual recorrerá nuevamente tres momentos: subjetivo, objetivo y absoluto, cada uno de ellos con tres determinaciones que a su vez constan de otras tantas, en la última de las cuales el Espíritu Absoluto se hace conciencia y desde ella en mirada retrospectiva, se abarca al travez de sus infinitas jornadas, como plena realidad que ha engendrado el mundo, dentro de un paradigma donde todas las cosas, los hechos y los fenómenos, considerados en sus formas esenciales, son tesis, antítesis y síntesis de las que le siguen o les preceden. — Un silogismo universal y rígido donde todo está estrictamente relacionado con todo, de opuesto a opuesto y de medio a fin y todo se halla iluminado por la inextinguible llama de la Idea propulsión. — La tríada hegeliana está dada; el pensamiento se va desarrollando dentro de sí mismo, por necesidad interna, en momentos dialécticos cada vez más ricos de significado lógico y más hondos de comprensión empírica. El espíritu avanza ante afirmaciones y negaciones que se concilian en síntesis cada vez más comprensivas y plotóricas de espiritualidad. La idea se da y se niega; vuelve a encontrarse, y en la imitación del nuevo momento surge la necesidad de una nueva negación, que lleva implícita la urgencia de otras síntesis. — El universo como Cosmos, el mundo como parte de ese Cosmos, la naturaleza inorgánica y orgánica; la vida psíquica y sus variedades de conciencia general primero (en las razas y los pueblos) e individual después; las más altas creaciones del espíritu objetivo, en la que el Estado en abstracto es cumbre y el Derecho registrado su reflejo y creación; las más profundas realizaciones espirituales; el arte con sus sortilegios, la religión con sus misterios y la filosofía con sus enigmas, se suceden, se engranan, se engendran y se superan en una red sin término, y de todo ello la autociencia, que es el Espíritu alumbrado por su propia claridad, tiene perfecto conocimiento; ha develado el arcano delfico y ha disuelto aquel opaco nómeno Kantiano, dejando ver en toda su claridad y esplendor que el espíritu es la razón única, primera y última de todo lo creado y de todo lo pensado. — Fuera del pensamiento ya no queda nada que no sea su propia y real historia en el pasado y su proyección infinita sobre las líneas del tiempo. — Cada uno — observa el autor — juzgará como quiera esta filosofía magnífica y prolífica de la espiritualidad humana; pero cualquiera que sea nuestra posición frente a ella debe reconocerse que nos ha enseñado con argumentos deslumbradores que el Universo es un fiere, un hacerse progresivo en cantidad e intensidad, engendrado por el Bevoinir, y no un factum, totalmente realizado, como lo entendió el idealismo histórico. — El mundo de la naturaleza como el mundo moral no se extienden frente a nosotros, poblados de enigmas que abruman a la razón y apenas entrevistos por la luz celeste de los místicos o desoladoramente abandonados a una austera ignorancia por los agnósticos. — La razón humana todo lo encuentra en sí misma aunque no de un modo inmediato y con sus propias leyes explica el movimiento eterno de las cosas. — El universo es una escenario en el cual el espíritu universal, al decir de Caird contempla por instantes su viernes santo y su sábado de gloria, ya que la única ley de todo lo existente es el morir para vivir del elocante filósofo inglés de los Lay Sermons. — Ha exaltado el valor de la personalidad humana al hacerla medida de todo lo creado y término de todo lo existente y esta conquista se deuda que tiene la cultura humana con el romanticismo alemán. —

En Marx y en Engels el autor nos presenta una panorama totalmente

diferente, por que en ellos, "las formas superadas se aniquilan", presentando "Una visión de la historia en la que cada ciclo sale de las ruinas del anterior". "Si hay un determinismo en Hegel -dice- en el del Espíritu; para Marx en cambio el determinismo es de la materia, que no se comprende como podría llevar un día a nuestra sociedad, al travez de la lucha, a la paz perpetua que nos pone al término del trágico camino".-

En Hegel -continúa- las formas de la dialéctica son absolutas, pero los contenidos materiales y concretos de sus categorías son históricos lo que quiere decir variables y accidentales, además de estar constantemente transformados. La síntesis lo es siempre de opuestos y como esta surge limitada, necesita negarse ~~xxxxxxx~~ a sí misma en forma que a su vez se conciliará con otra oposición en una síntesis siguiente. -Ningun estadio dialéctico es necesario en sí: su caracter necesario lo da la triada". -La teoría de Hegel "no implica un conocimiento del futuro, que esta prohibido a hegelianos y no hegelianos que conozcan la naturaleza de la historia. -Es una simple consecuencia dialéctica que justifica la previsión de la estructura sin abrir juicio sobre la naturaleza de sus contenidos, aunque todos aspiremos a esa paz incommovible que anuncia el marxismo con el acento de su ópica y la llama de sus incendios". -"La filosofía de Hegel es un espiritualismo absoluto. Metafísicamente es monista, gnoseológicamente es racionalista, metodológicamente es dialéctica, teológicamente es teísta éticamente es la filosofía de la Libertad"/

Luego estudia el autor en que forma recoge Marx los puntos fundamentales de la filosofía de Hegel; pero haciendo resaltar en primer término que mientras este "tiene una gnoseología minuciosamente elaborada en la Lógica; Marx no tiene teoría propia del conocimiento". -"El monismo hegeliano esta dentro del más acendrado espiritualismo, en cuya base pone la idea omnicomprensiva, que para Marx es la materia en la naturaleza y con relaciones económicas independientes, en sus orígenes, de la voluntad humana en la historia".-

Segun el autor "el hombre de Marx es el hombre económico de la teoría de Rodbertus; y anterior al espíritu coloca la materia a la cual pretende -cometiendo un error- aplicar el ritmo dialéctico" una de las peores incomprensiones de Marx -como aceptadamente observa el autor- por que la "Naturaleza no tiene dialéctica sino cuando es pensada; no tiene sino encarnaciones de las líneas ideales de su proceso mental. La dialéctica esta en el entendimiento. La Naturaleza teóricamente no tiene sino causas y efectos, que son fenomenos antecedentes y consecuentes en su traducción objetiva. -"

Marx toma de Hegel el concepto de télesis, para aplicarlo a la historia; el concepto de finalidad -nos dice el autor- de punto de referencia proyectado en el futuro, hacia el cual se dirigen los actos colectivos, tanto como los individuales, y que serían como las motivaciones de toda acción humana. -Hegel enseño que la historia no es sino la realización de la Libertad segura y progresivamente. -En Hegel necesidad y libertad son los ~~xxx~~ términos de una coincidencia cuya síntesis es el Espíritu mismo, visto por dentro y por fuera, desde la filosofía en el primer caso, y desde la historia en la segunda forma" Sobre la base de que "no es vano el curso de los hechos humanos". -"Fuera del terreno hipotético no significa afirmar que tales o cuales y no otros sean los fines de la historia; y menos elevar al caracter de fines absolutos de ella, los móviles de cada una de nuestras generaciones, momentos transitorios de la humanidad, tambien para Marx. - Hegel creyó que bajo la categoría histórica de la variación y bajo

el mito del fénix que parece simbolizar el eterno aparecer y desaparecer de "lo histórico", puede contemplarse esa fluencia como una aspiración hacia un fin último. - Dios en la teología, la Idea en filosofía, la Libertad humana en la historia, el contenido supremo, que, en definitiva, no es sino la conciencia de "como el espíritu elabora por llegar a saber lo que es en sí mismo". - "Marx toma de Hegel el concepto de que cada generación, cada ciclo social y cada orden de fenómenos humanos tiene una estructura propia que se configura con su contenido empírico. Esta concepción realista de la historia es hegeliana y correcta; es la inferencia lógica de las categorías de la variación y de la transformación. - Pero la tercera categoría histórica de Hegel - la racionalidad - que en sus últimos términos no es otra cosa que la promoción a telos de una ley del Espíritu absoluto que es su esencia, (la libertad), se convierte en Marx en fin último de la historia, alcanzando con un anhelo actual, experimentado frente a miserias también actuales por contenido. - La necesidad del espíritu de Hegel, se traduce en la ley de nuestra contingente economía y de nuestro contingente deseo de mejoración social - en el cual no sabemos si ese fin último es una nueva utopía para consolar nuestras penurias del presente, o es un estado de cosas que aún empíricamente puede no resultar necesario o apropiado para la sociedad de mañana". - "La teleología debe ser neutral si quiere ser dialéctica"

Continuando en su disertación tan veraz como elocuente dice el autor que seguimos: "Marx debió rectificarse más tarde, lo mismo que Engels, y conformarse con asignar papel preponderante a un factor que primitivamente fue exclusivo. - Pero seguirá diferenciándose de Hegel en que éste jamás adivino la historia de ningún pueblo, ni previó el destino de ninguna sociedad, ni cerro la curva del tiempo con la visión de un presente desolador; para Marx caben las previsiones, anuncia los próximos advenimientos sociales y nos provee de advertencias sobre la política que deberá precipitarlas, olvidando, que, ni dialéctica ni metodológicamente, el tiempo se acelera o se detiene en su carrera y que la paz definitiva que es necesaria como anhelo, acaso no sea sino contingente como posibilidad". - "Todas las interpretaciones de la realidad que la empobrecen, por otra parte son insuficientes; junto a los factores económicos actúan los factores psíquicos; junto a los intereses materiales, están los valores éticos; junto al hombre creador, la Naturaleza como límite; y si alguien prevalece en este haz de hechos no es el homo oeconomicus, sino el hombre integral, también capaz de los mayores sacrificios y de los más puros ideales." - "Una historia científica no autoriza pues, a hacer prevalecer un factor sobre otro, si quiere ~~atenerse~~ atenerse a los hechos, ni más desde el punto de vista del materialismo estricto". - Por ello observa más adelante que la concepción marxista tampoco es rigurosamente científica; pues Hegel "hizo de la historia el escenario de la humanidad y en su centro puso al hombre" Marx en cambio "pone al hombre, no considerado en su integridad biológica, sino en su carácter económico; lo hace protagonista de un drama en el que la fatalidad de la materia se cierne sobre su destino histórico, y luego le obliga a luchar en ese escenario bajo la coerción de las leyes económicas, ajenas primitivamente a su voluntad y que esta apenas puede modificar más tarde en medio de una masa de elementos consolidados que la constriñen y necesariamente deben anularla". -

También destaca el autor la influencia del hegelismo en Marx en su concepción de la economía política, superior a la de la escuela liberal por haberle añadido a la simple causalidad la noción de fin último - que a juicio del autor - es indispensable si se quiere sacar a la economía de

una mera práctica para ~~elevarla~~ elevarla a la dignidad de ciencia"

Entrando al detalle explica el autor: La simple causalidad explica las condiciones necesarias de los fenómenos, pero no explica porque solo de ese modo pudieron producirse; este hecho observado por Hegel en la filosofía de la historia lo trasladó Marx a la economía política, aunque la dialéctica hegeliana, que es autogénesis de la Razón en la economía de Marx se convierte en método genético-histórico, asimilando con valor real los ciclos económicos a los momentos de la actividad pensante y fraguando contradicciones que, de existir, empíricamente son indemostrables o al menos nos aparecen indemostradas con rigor. — Como si esta postura ya no fuera exceder las mismas premisas, de nuyó arbitrarias, Marx se adentra en el futuro y alumbrando su secreto con las leyes del pasado, anuncia aquella economía utópica del comunismo en la que cada individuo se bastará a sí propio. — Si esta previsión fuera legítima, si las inferencias del pasado pudieran extenderse al porvenir, volveríamos a la concepción física del liberalismo, y el fundamento metafísico de este método sería la uniformidad de la naturaleza y no su dialéctica, aceptando que la Naturaleza la tenga. — Marx alcanzó a ver con claridad, que el postulado de la uniformidad nos deja en el curso de un mundo que se repite, en tanto que la dialéctica nos sitúa en el pulso de un mundo que se renueva; pero Marx no podía fundamentar sus ciclos económicos dialécticamente, porque arrancó de una sociedad en la que el hombre solo dirige a medias el ritmo de los hechos, como que primero está la Naturaleza y luego el pensamiento. — La ley del espíritu no es por tanto, capaz de dar su ritmo a la economía, porque está limitado por las fuerzas materiales originariamente anteriores, la Naturaleza no habrá de detener su rueda porque el espíritu tenga sus necesidades éticas. Esta posición en que la Naturaleza y espíritu están disociados, no conduce sino a una filosofía de Tántalo, debatiéndose estéril o inocua frente a una naturaleza sin más necesidad que la de su leyes. — Si la economía política es una filosofía, sus leyes estarán fuera de los hechos y si una ciencia positiva no necesita de fines salvo que se los acepte con mero valor eurístico, en cuya caso solo servirán para conceptualizar los fenómenos — pero que no se complican con los hechos —, en la medida en que el andamiaje no sea extraño a la construcción. Pero, el fin no es solo consideración neurística en Marx; también es un fin objetivo, ontológico, con un término no indicado en el calendario político, hacia el cual parecerían tender los fenómenos económicos del pasado y del presente; y a esta conclusión debe objetarse que el razonamiento causal — mal elaborado en el pensamiento marxista — no autoriza a hacer estas inferencias. — En segundo término la naturaleza no tiene fines cuando se la considera fuera del pensamiento y, por último, aún dentro del idealismo absoluto hegeliano — que es el reverso de la filosofía de Marx — todo lo que existe tiende a una forma, pero la forma es si no es previsible, ni puede detenerse ni puede precipitarse. — La teleología no da más de sí."

Respecto del método de Marx se ha insistido a juicio del autor que es la influencia mayor que recibió de Hegel, lo que si en principio es cierto tiene tantas excepciones que excusan la norma, las cuales analiza el autor poniendo en primer término la dialéctica de Hegel "que es la racionalización de toda la realidad" y refiriéndose a las excepciones que nosotros solo mencionaremos sin los comentarios del autor; comienza por destacar que la dialéctica de Marx lo es solo de una parte de la realidad social. Marx cree — dice — que de la forma de la dialéctica puede inferirse su contenido; eso es hegelismo correcto, pero a condición de que solo se refiera a lo pensado que en historia significa lo sucedido. Su Estado comunista

no es, pues, una inferencia dialéctica.-" "Hegel solo advierte que toda realidad se pone, se niega y se afirma, sin decirnos que contendrán la próxima tesis, la próxima antítesis, y la síntesis que las resume.-Marx no se conforma con ello; nos dice cual será el contenido." "Marx solo se ocupa sistemáticamente de una parte de la realidad social: la realidad económica y tampoco de toda ella", pues en su obra máxima *El Capital* "investiga la forma económica correspondiente a las sociedades en la cuales el capital reside en la propiedad privada".-

Ejemplifica el autor la dialéctica marxista dentro de la economía política, en su forma pura y correcta y en la forma que la presenta Marx así:

Forma pura y correcta:

Tesis: Existe en la sociedad una estructura económica determinada que corresponde a cada época histórica.-

Antítesis: Sobrevienen fuerzas productoras naturales y humanas que rebasan esta estructura y la niegan.-

Síntesis: Una nueva estructura debe substituir a la anterior conciliando las oposiciones.-

Como se presenta según la concepción de Marx:

Tesis: La tierra y los elementos de trabajo están en poder de la burguesía capitalista.-

Antítesis: La fuerza productora, que es el obrero, debe someterse bajo duras condiciones a los capitalistas que son unos pocos, mientras los obreros son muchos.-

Síntesis: La sociedad organizará la economía en tal forma que el elemento de producción y sus fuerzas, hoy disociadas, al amparo del régimen jurídico vigente -especialmente el régimen de la propiedad privada- reduzca la magnitud del proletariado "a cuya expensa hace su clientela el capitalista" dicho con palabras de Marx.-

Por último el autor destaca una profunda diferencia entre la dialéctica hegeliana y la marxista consistente en que el primero hace resaltar la uniformidad, la armonía y la correlación de la que existe en la realización misma del proceso dialéctico que "abarca la eternidad y el infinito en triadas gigantescas hasta ~~xxxxxx~~ encerrar toda la espiritualidad humana; en Marx en cambio se manifiesta una dialéctica de la urgencia, procede por saltos; pues juzga inexacto que la Naturaleza no haga saltos y busca ejemplos convincentes en las ciencias naturales".-Todo lo cual rechaza el autor como de procedencia hegeliana comprendida esta en su forma pura, que no se conciliaría según palabras del autor "con esta dialéctica del salto".-

De lo que hemos visto a través de la exposición del autor del Hegelismo en Marx se desprende lo inadecuado de la aplicación del sistema de Hegel invirtiendo el principio fundamental que resulta básico o sea anteponiendo la materia al espíritu; de aquí las aseveraciones terminantes de Rickert en contra de su valoración científica por cuanto mal puede llegarse a una concepción de la realidad en su aspecto cultural partiendo de la materia y usando igualmente criterios materialistas.-

Todo esto dicho, dejando a salvo todo lo que hay de cierto en lo que a lo económico se refiere en la doctrina de Marx, en el sentido que lo expresa Passolano, "mientras haya en la tierra una injusticia que reparar o una miseria que redimir" a lo cual también encuentra acertadamente razón Sauer exaltando el valor que contraña la lucha que se mantiene bien-

tras no haya una justa equitativa distribución de la riqueza, ~~xxxxxxxx~~ provocándose el desnivel; lucha que en nuestro concepto deberá realizarse siempre hasta que una organización de la economía asegure a todo individuo el nivel de un standard de vida compatible con las necesidades vitales y las exigencias éticas de una vida humana mejor...

Pero de aquí no debe seguirse que haya que galvanizar la letra de ~~xxx~~ Marx ni mucho menos, pues quizá por otros modos y atendiendo a otros fines que los inmediatamente expuestos por Marx; y que no es necesario prever o detallar aquí, por cuanto son ajenos a nuestro tema.-

Tampoco es posible aceptar aquella doctrina materialista, de la concepción económica de la historia, tan parcial y unilateral, y que incluso peca en ver todo lo demás de índole espiritual como un reflejo de lo económico por cuanto en lo que a nuestro tema respecta, para ella aparece así el ~~xx~~ propio Derecho como un reflejo de la economía; cuando ciertamente en la inversa en la concepción de Stammler que veremos enseguida.-

Respecto de las relaciones entre Economía y Derecho dice ~~xxxxxxxxxxxx~~ Stammler(1): "Equivaliendo Economía social a cooperación, toda cuestión económica social encierra necesariamente dos elementos: la regulación general y la actividad concreta de los individuos asociados condicionada por aquella.- Aquella posibilidad general de ordenación es la condición lógica (o sea la forma), lo segundo es lógicamente condicionado (o sea la materia) dentro de la vida social.- Supongamos por ejemplo que se estudia el problema de la habitación, los gravámenes que absorben la propiedad urbana o la cuestión del crédito inmobiliario; pues bien en cada uno de estos problemas partiremos de la institución de la propiedad privada, de la libertad de contratación, de la hipoteca, del contrato de préstamo, del de arrendamiento, del derecho de superficie etc. Y si prescindimos mentalmente de todas estas posibilidades jurídicas no quedará en pie nada del problema económico social.- La Economía social en sus distintas manifestaciones, se puede, según eso concebir como la actuación de un determinado orden jurídico.- Es lo que corresponde estudiar a la Economía política." Para elaborar científicamente esta materia es necesario penetrar mediante la crítica del conocer en los factores que condicionan lógicamente este objeto de investigación. No hay un solo concepto ni una sola doctrina en la "Economía política" que no se hallen lógicamente condicionados por la posibilidad de un orden jurídico. De esta relación entre la Economía, y el Derecho como la que media entre la materia y la forma, contenido de la noción de una cooperación determinada, se siguen importante corolarios 1º El Derecho condiciona lógicamente la Economía social.- 2º No responde a un sentido claro ni profundo eso que se dice que el Derecho y la Economía "se influyen recíprocamente". Para eso, sería necesario que se tratase de dos objetos físicos independientes.- 3º Y es también falso ver en la economía social, como se dice valiéndose de una imagen, "el cimiento" de la sociedad sobre el que se levanta "o edificio jurídico y político".- Para

(1) Stammler Rodolfo: Filosofía del Derecho, página 143 y siguientes. Ed. Roux Año 1930.-

que pueda existir una economía social es necesario que medie una inteligencia en cuanto a la actividad armónica de varios individuos.—Sin una vinculación exterior de sus distintas aspiraciones, es de todo punto imposible concebir una cooperación cualquiera.—El orden jurídico y la organización política no son más que aplicaciones y manifestaciones concretas de lo que en general llamamos una voluntad vinculadora.—Consiguientemente estas modalidades de vinculación no son algo que se incorpore o sobreponga a los fines vinculados que se persiguen. No es la voluntad vinculadora lo condicionado por la actividad vinculada, sino que es, por el contrario, esta la que se halla lógicamente subordinada a aquella.—

Queda con lo expuesto aclarados los modos de actuación según su objeto de la Economía y el Derecho, pero establecido según vimos en Stammler la subordinación de aquella a este último en cuanto materia concreta es condicionada por éste—ya que ambos como elementos de un mismo objeto, tienen sin embargo una relación establecida, que para Stammler lo es en la misma forma que la que existe entre forma y materia, o sea que la cooperación social, como actividad concreta de la Economía, se halla condicionada por las formas del orden jurídico.—

La Ciencia jurídica y el Arte.-

Com mucha frecuencia se ha comparado nuestra Ciencia con el ~~arte~~ arte, particularmente en oportunidad en que negandosele valor científico solo se le asignaba el valor o el caracter de aquel.-Pero si atendiendo a la definición de Ciencia, frente a lo que sea el arte, pronto veremos, que no se trata de elegir al arbitrio individual un nombre con que denominar determinada actividad del espíritu, sino que es preciso atender a las exigencias particulares de cada una de estas actividades, con lo que si es posible entonces caracterizarla y denominarlas o agruparlas según un nombre que les⁶ inherente.-

Por ello afirma con razón Geny⁽¹⁾ cuando dice: "Y es muy cierto, que cuando se califica de arte al derecho positivo, se desnaturaliza la palabra arte de su acepción corriente y normal, que como con justicia hace notar Stuart Mill, denota la parte o el lado práctico de las cosas, en oposición al aspecto científico; o según la frase pintoresca de Zola: un rincón de la naturaleza visto a través de un temperamento".-

Pero si bien no es posible que estas distintas actividades del espíritu puedan confundirse al extremo de pasar indistintamente la una por la otra; sin embargo admitimos que tienen algo de común por lo menos en su tarea inicial del conocer, sobre la cual quizá ha incidido ~~en~~ en demasía, llegando en consecuencia a los extremos anotados, la observación que se haya hecho al respecto.-

En efecto ambas actividades del espíritu se inician frente a su objeto, usando de la intuición para ponerse en contacto con la realidad, realizan un movimiento similar en torno a su objeto, en esta fase inicial; pero luego de pasado este momento, en el cumplimiento de su misión, siguen la Ciencia y el Arte caminos totalmente divergentes.-

Busquemos la explicación en atinadas palabras de Rickert, que nosotros aplicamos a la Ciencia jurídica, substituyendo la expresión historia ~~de~~ de la que hace uso el autor, pero con el sentido que nosotros aquí le damos pues también se refirió a los juristas en su trabajo; dice en efecto: "el jurista se representa intuitivamente algo cuyo contenido excede con mucho del conjunto de lo que contienen las significaciones universales de las palabras; por ello "el jurista se esforzara por combinar las significaciones de las palabras en un modo especial, que encarrile la fantasía por las sendas deseadas, dejando a esta el más pequeño margen posible de variación en las imágenes que se trata de reproducir.-Esta circunstancia de que, mediante la ayuda de una imagen intuitiva de la fantasía, puede llegarse a exponer lo que tiene de individual una realidad, nos explica ante todo el proque se ha puesto muchas veces a la jurisprudencia en relación estrechísima con el arte, y hasta se ha identificado por completo con el.-Es realmente este un aspecto de las Ciencias culturales que esta emparentado con la actividad artística por cuanto historia y arte coinciden - lo mismo Derecho y arte- en excitar nuestra imaginación a producir una intuición.-Pero también y al mismo tiempo, agotese en este punto la afinidad del arte y el de la Ciencia jurídica".-

Transcribiremos tan solo las conclusiones del autor para establecer la diferencia(2) y para mayor detalles remitimos al lector a la obra respectiva.-Dice así: "Para rechazar la idea de que la historia - lo mismo

!!!

(2) Rickert. op cit. pagina 95.-

(1) Geny Francisco: Metodos de Interpretación y Fuentes en Derecho privado positivo, pagina 19.-

cabe decir para la Ciencia jurídica- tiene afinidades con el arte en puntos esenciales para la lógica, nos bastará la conclusión siguiente.-Si se piensa que toda realidad es una intuición individual, la relación en que la ciencia y el arte están con ella podrá reducirse a la siguiente fórmula: las ciencias generalizadoras aniquilan en sus conceptos no sólo la individualidad, sino también la intuición inmediata de sus objetos; la historia en cuanto que es ciencia, excluye asimismo la intuición inmediata y la transforma en concepto, pero trata de conservar la individualidad; por último, el arte, en tanto no pretende ser más que arte, resuélvese en una exposición intuitiva, que suprime la individualidad de la realidad, como tal, o la rebaja a algo inesencial.-Así, pues, la historia y el arte están desde luego más cerca de la realidad que la ciencia natural, porque cada uno de ellos no aniquila más que un aspecto de la intuición individual.-En esto reside el derecho relativo que tiene la historia a llamarse "ciencia de la realidad" y se funda la afirmación de que el arte nos da más realidad que la ciencia natural. Pero el arte y la historia -lo mismo la ciencia jurídica-~~stán~~ están en oposición, porque lo esencial para el, uno es la intuición, mientras que para la otra es el concepto."

Queda así establecida la distinción entre la Ciencia y el arte, y en particular entre las Ciencias culturales y el arte, punto de mayor interés por estar comprendido en estas últimas la que nos ocupa en el presente trabajo.-

C A P I T U L O

Sinopsis: El objeto de la Ciencia jurídica: enunciación.-La realización y la aplicación del Derecho.-La finalidad esencial de la Ciencia jurídica. Los puntos fundamentales a investigar en la tarea que realiza la Ciencia jurídica.-Nuestra dirección según las ideas de Hessen, Rickert, Vierkant, Sauer, Capograssi, Max Scheler,-

Se ha afirmado y con mucha frecuencia se afirma aun hoy, que el objeto de la Ciencia jurídica los constituyen las distintas ramas de que se compone el contenido de un orden jurídico o de los distintos ordenes jurídicos, y esto, lo que es un evidente error ^{es} acaso el motivo que diera por tierra con todo intento de construir la Ciencia jurídica.-

Así afirma Sauer refiriéndose al objeto del Derecho expresándose así: "Casi siempre que se habla del objeto del Derecho se señalan como tal los contenidos específicos de las disciplinas jurídicas especiales: el Estado y las diversas ramas de la actividad estatal, para el Derecho político; las disposiciones de la Administración, para el Derecho administrativo; las declaraciones de voluntad, para el Derecho privado; la conducta delictiva, para el Derecho penal, etc.-Eliminando particularidades quedaría, pues, como objeto común, la "acción jurídica".-Pero como de ordinario, según enseña el Derecho penal, la acción se equipara a la omisión, el objeto quedaría reducido a la categoría de la "conducta humana" en general.-Pero esta categoría es harto vaga y vacía, defecto que tiene por consecuencia someter la vida humana a una consideración puramente formalista; pero esto es absurdo: la vida humana no puede ser conocida a través del formalismo.-Solo el criterio sociológico puede llegar a captar el sentido íntimo de un objeto.-Desde este punto de vista sociológico, el objeto jurídico es la tendencia valorativa; es la manifestación real, social, de la monada de valor"

En Capograssi encontramos una afirmación que descubre el objeto de la Ciencia jurídica en la experiencia jurídica en la acción jurídica que se extrae de la experiencia común descubriendo una dirección o sentido que constituye para nosotros el verdadero, y propiamente dicho objeto de la Ciencia jurídica; y que el autor que citamos indica el procedimiento y el criterio con que ha de extraerse en la forma que veremos más adelante; destacando un trasfondo sociológico en el mismo que el autor explicita descubriendo que en la manifestación de toda voluntad subjetiva también se cumple un fin objetivo y que Sauer describe como las manifestaciones de las monadas de valor que se afanan por realizar la ley jurídica fundamental, la cual es constituida, para el autor, por un juicio formulado especialmente desde el punto de vista del Estado (de la Iglesia, de la comunidad jurídica internacional) sobre las manifestaciones reales de las tendencias valorativas.-

Pero a esta altura de nuestra exposición en que necesariamente debemos seguir un orden para alcanzar la revelación del proceso y su visión sistemática con que llegamos a la afirmación del valor científico de la Jurisprudencia técnica en cuanto descubre la verdad implícita de la experiencia jurídica, según expresión de Capograssi, adquiriendo conciencia de la misión y finalidad del proceder de la Ciencia; debemos consignar conceptos fundamentales que orientaran la tarea, destacando luego los puntos fundamentales que será necesario investigar.-

Cuando se dice con razón que el Derecho no es una Ciencia aplicada sino una Ciencia que ha de ~~xxx~~ aplicarse, y que el Derecho concebido debe realizarse; según lo expresara Sauer, se afirma una verdad que pone a la luz de la labor científica un objeto peculiar el derecho realizado, o lo que es lo mismo la norma, en función, hecha carne y sangre. - He aquí que de toda esta síntesis de un verdadero recorrido que debe realizar la Ciencia jurídica para alcanzar su cometido, desde su objeto hasta el cumplimiento integral de su misión. -

Debemos insistir sin embargo que la realización del Derecho no se agota en la mera aplicación del mismo como se ha entendido muchas veces y así lo afirma Sauer; esta a que nos referimos es una realización del Derecho que se opera únicamente a través de la Ciencia, según las premisas de una estructura metodológica universal, que Capograssi denomina el "esquema inmóvil" a través del cual pasa la experiencia jurídica dejando de sí lo significativo o importante según el sentido que lleva por su referencia a un valor puesto en la norma; esta realización del Derecho que se resuelve en un aspecto funcional que va de la norma como derecho puesto al Derecho vivido o realizado, solo se realiza a través de la Ciencia que va revelando en la peculiaridad del sentido que cobra cada caso los distintos significados e incluso los nuevos significados del valor puesto en la norma, o sea el que debe ser según esta. -

Esta realización pone en evidencia un proceso independiente y propio de la Ciencia, que es efectivo en cuanto existe y opera en aquella realización que es un hacerse constante; pero no significa sin embargo que fuera esto un esquema ideal, que ha perdido contacto con la vida real, pues por el contrario y según lo afirma Capograssi en este esquema ~~in~~ se integran en una recíproca afirmación lo subjetivo en lo objetivo y viceversa, lo cual insinúa una aparente contradicción que el proceso presenta - según el autor que citamos - en forma permanente, pero que se resuelve en ese "esquema inmóvil" a que obedece, precisamente por alcanzar su íntimo y pleno reconocimiento y la salvación en él, de esta aparente contradicción entre la experiencia jurídica inmediata múltiple variable, y la íntima verdad que lleva implícita la propia experiencia - la dirección e sentido hacia la objetividad, que la Ciencia descubre, en esta su metódica captando en la intuición inmediata un sentido que plasma y conserva en el concepto, lo que no es según se ve un mero esquema ideal, sino que trae santa el sentido de un objeto, o sea la vida jurídica real. -

En esta recíproca penetración de lo subjetivo que se afirma en lo objetivo y de lo objetivo que se manifiesta en lo subjetivo aparece como una necesidad, a juicio del autor, la libre expresión de la voluntad individual, como base firme de los conceptos jurídicos fundamentales; y la esencia objetiva que se manifiesta en lo subjetivo, realiza la universalización de lo subjetivo en cuanto participa de la esencia jurídica. -

Es así como "toda actividad jurídica, legislación, jurisdicción y administración transacciones jurídicas privadas han de realizarse conforme a este proceso" que trae íntimamente la Ciencia independiente de cualquier contenido positivo, que se realiza a través de ella y de éste y que ha de desentrañarse en este trabajo, aludiendo a su aplicación al final. -

Conforme con lo que llevamos expuesto tiene razón Sauer cuando afirma "La realización ~~de xxxxxxxx~~ la esencia del Derecho tiene lugar de dos maneras: por de pronto dentro de un orden jurídico positivo; pero luego este mismo orden jurídico (y mediatamente por tanto, la esencia del Derecho) ha de realizarse en la vida, desde el momento que tanto las autoridades

como los particulares tienden a esta realización".-

Segun esto la realización del Derecho segun lo que llevamos visto que se opera a través de la Ciencia, ~~xxx~~ porque solo ella puede revelar en su realización la verdad implícita en la experiencia jurídica y que no es otra que la esencia del Derecho; vendría a resultar que solo a la Ciencia a través de un orden jurídico ~~xxxx~~ le está reservada como misión fundamental realizar la esencia del Derecho.-

Por ello cuando Sauer hace la crítica de los que confunden esta realización del Derecho con la "aplicación" de el Derecho dirige contra los mismos dos objeciones fundamentales, las cuales hacen nuestras por referir la posición que mantenemos en este libro.-

En efecto dice Sauer: "El problema aquí incoado de la "realización del Derecho" no suele ser tratado a fondo por ninguna de las corrientes dominantes sino que lo encuadran en el estrecho sector de la "aplicación del Derecho".- De aquí procede una doble diferencia con nuestra doctrina: A) El punto de partida de aquellas opiniones no es como en este libro, la esencia del Derecho, sino el orden jurídico positivo; pero este punto de partida no solo es insuficiente, sino que el concepto del Derecho formulado por los autores afiliados a esa concepción, su modo de determinar la esencia del Derecho, carece de todo fundamento desde el punto de vista teórico y es prácticamente superflua.- Había derecho a esperar que aquellos au-

torea al desarrollar su doctrina, estableciesen el concepto del Derecho del mismo modo que determinan su esencia y que por tanto, "aplicasen" el orden jurídico en el sentido de su propio ~~xxxx~~ concepto del Derecho (al menos en los casos dudosos, lagunas y contradicciones).- Pero no sucede así, y desde luego es notorio que no podría ser de otro modo, lo cual no es ciertamente favorable al concepto del Derecho que esos autores formulan.- Este concepto satisface solo exigencias de lógica formal; en cuanto a lo real es superfluo.- De aquí deriva la segunda objeción: B) Consideran aquellos que su misión consiste en subsumir un hecho bajo una proposición jurídica positiva; sus palabras son: Hecho, proposición jurídica, subsunción lógica.- Segun ellos, el trabajo del jurista es un trabajo puro y simplemente lógico.- Pero con esto no se agota la actividad juzgadora del Juez (que es a lo que la doctrina ~~parece~~ parece adaptarse especialmente), tampoco la restante actividad de los magistrados, y mucho menos la actividad administrativa ni la de las personas privadas cuando se determinan a obrar segun Derecho y quieren "aplicarlo" a su conducta; y tampoco puede lograrse ningun provecho de esa opinión para la labor legislativa, que tambien tiene algo de "jurídica" y entre las actividades jurídicas debe contarse. Se olvida que la finalidad que el jurista ha de lograr no es la exactitud lógica, sino la Justicia (aún cuando sea en estrechos límites) un hecho es algo más que meramente correcto desde el punto de vista lógico; es además justo, es decir ha de ser tratado con arreglo al sentido del orden jurídico ha de regularse de acuerdo con la idea fundamental del orden jurídico y de modo que satisfaga las necesidades primarias de los interesados".-

to, es decir ha de ser tratado con arreglo al sentido del orden jurídico ha de regularse de acuerdo con la idea fundamental del orden jurídico y de modo que satisfaga las necesidades primarias de los interesados".-

Sin duda tiene razón Sauer que sobre el particular conducen a direcciones diametralmente opuestas si ha de partirse de un concepto del Derecho que sea comprensivo de su esencia; o que alcance solo al Derecho positivo, y es indudable así la realización se presenta como tal segun el primero de los conceptos, y como mera aplicación del Derecho contenido en el orden jurídico en el segundo; pero tambien ha de comprender que desde aquella finalidad de Justicia, aún cuando solo se resuelva en la solución de algunos de sus aspectos, o la seguridad ~~xxxx~~ jurídica tan solo, los valores fundamentales jurídicos reconocidos harán que aquella

realización, que trasciendo la mera aplicación del Derecho positivo, sea ricamente desenvuelta por la Ciencia, y solo por ella en la ~~xxxxx~~ multitud de significados que llevan insitos, con lo que el propio Derecho, aún el Derecho de un determinado orden jurídico ^{puede} cobrar un desarrollo inusitado.-

Pero advertimos que esta realización del Derecho nos conduce al verdadero objeto de la Ciencia jurídica que según expresáramos oportunamente de este Derecho realizado se exteriorizaba en la experiencia jurídica en cuyo sentido radicaban ~~os xxxxxxxx~~ el objeto propiamente dicho. Es necesario conocer en consecuencia que labor realiza y como, la Ciencia para alcanzarlo a conocer aprehendiéndolo en sus ~~xxxxxxx~~ conceptos lo cual señalaremos inmediatamente para ocuparnos después del desarrollo de cada uno de ellos.-

LOS PUNTOS FUNDAMENTALES.-

Conforme con lo que llevamos expuesto, se destacan como puntos fundamentales a investigar la intuición, el concepto y el objeto de lo jurídico si bien, antepondremos el objeto al concepto, iniciando el trabajo con la intuición, de modo que pasamos así ordenadamente de la intuición como conocimiento inmediato ~~x~~ ~~ix~~ al objeto y de ambos al concepto.-

Luego de esta indagación en la que resaltara el hacerse constante del Derecho, en cuanto vivido y realizado, siguiendo las exigencias del espíritu y la ley de su constante crecimiento que destaca Max Scheler, tendremos que ocuparnos de la Dinámica jurídica en sus elementos fundamentales unitarios y condicionantes, siguiendo las ideas de Capograssi.-

Por lo demás nuestra tarea tiene una orientación definida y una postura adoptada según las ideas de Rickert, Hessen, Vierkant, Sauer, Capograssi Max Scheler de los cuales hemos tomado en lo fundamental de su pensamiento la dirección que les es común como así algunos de sus conceptos, destacando nuestra discrepancia, ya sea cuando disintamos respecto del significado atribuido por el autor a una expresión conocida, o cuando sus conceptos pudieran torcer la dirección a que se entrega este trabajo.-

Al respecto nuestra discrepancia es fundamental respecto de la intuición, sobre quienes quieren anteponerla al conocimiento científico, y que como vimos solo la aceptamos como legitimándose ante el tribunal de la razón, según expresión de Hessen, única forma en que es posible alcance la transmisibilidad racional, o sea el concepto.-

Como se verá más adelante ~~no~~ negamos ~~a aceptar~~ que la intuición que aceptamos se presente como una mera reconstrucción sociológica o psicológica de la experiencia jurídica inmediata, o que se realice por método sociológico, pues para nosotros es una tarea peculiar de la Ciencia jurídica a la que debe caracterizarse por un nombre que ~~ix~~ luego más adelante le damos atendiendo a su esencial finalidad, una vez caracterizado el objeto jurídico.- Sobre el particular solo aceptamos como veremos, la interferencia de métodos, lo que no significa de ninguna manera, remitir a una Ciencia a los resultados de otra para iniciar su propia tarea; sino tan solo facilitarla mediante el uso de los resultados de otras Ciencias lo que no altera la peculiaridad de su método ni la originalidad de su objeto.-

C A P I T U L O

Sumario: La intuición.-La realidad.-El concepto.- La comprensión.-El modo de revivir la experiencia anímica.-Características fundamentales.- La comprensión como supuesto necesario de las ciencias del espíritu.- La comprensión en la Ciencia jurídica.-JURISDICCIA.-La intuición en las ciencias culturales y en el arte, según Rickert.-

Ya hemos visto nosotros en el parágrafo 16 del primer capítulo de este mismo trabajo página 10 y siguientes, la exposición de J. Hessen, sobre la intuición sensible, que sintetiza en su afirmación de que "En el punto inicial y en el punto final de nuestro conocimiento se halla pues una aprehensión intuitiva. Aprehendemos de un modo inmediato intuitivo, tanto lo inmediatamente dado, de que parte nuestro conocimiento, como los últimos principios que constituyen la base del mismo". Conforme a la opinión del autor que citamos a la cual adherimos oportunamente, admitimos también esta intuición no sensible, que no deba anteponerse al conocimiento científico, sino sometersele reconociendo su validez en la forma de legitimación ante el conocimiento científico, en la forma que se encara en este trabajo, lo que da lugar a que se integre en un único proceso esta captación inmediata de lo real dado, y de los últimos principios que constituyen la base de nuestro conocimiento como dice Hessen; en forma intuitiva, con la conceptualización de esta realidad captada, en cuya circunstancia viene a legitimarse ante la razón, y a transformarse aquella realidad, plasmándose en un complejo racional indestructible, por ser la expresión de la verdad implícita en lo inmediatamente dado de la realidad.-

Aquel complejo racional que conduce a la verdad implícita en la experiencia inmediata, es el proceso del saber científico, autónomo, anterior a toda experiencia; razón y fundamento de la actividad científica, en cuanto a ésta última calificación y a este recíproco auxilio de la intuición interna y el conocimiento discursivo racional o conceptualización de la realidad inmediata dada captada por intuición, se complementa e integra con la recíproca influencia de lo subjetivo y lo objetivo, en cuanto lo primero es manifestación de lo segundo, y este último esencia que se manifiesta siempre aunque imperfecta en lo primero.-

Es así como podemos afirmar con Rickert que lo irracional se hace racional, cuando se le transforma y simplifica, cuando se selecciona y lo continuo y heterogeneo se torna homogéneo y discreto; por lo cual nunca debe plantearse a la ciencia el problema de una reproducción exacta, e fotográfica de lo real, lo cual sería inútil e imposible, sino que debe plantear el problema que se sintetiza en la pregunta de: Como llega a

adquirir poder sobre lo real?

Naturalmente que la esencia del contenido real, su conocimiento es la primera etapa implícita en el proceso universal de la actividad de la ciencia por ello debemos iniciarnos con el análisis del conocimiento intuitivo y luego racional, en cuanto significa transformación de lo irracional en racional, en la ciencia jurídica.-

Debemos ahora hacer aplicación aquí de todo cuanto hemos investigado en torno al conocimiento en el capítulo inicial de este trabajo en el que trata mos en generalidades todo lo concerniente a la ciencia.

Ha llegado pues en consecuencia el momento de ajustar lo que sabemos de la intuición no sensible y del conocimiento racional a lo que constituye nues tro tema: el derecho jurídico considerando científicamente.-

Es necesario refiriéndose a la intuición hacer el distinguo entre la in- tuición externa y la interna, afirma Vierkant, lo que es idéntico a nuestra distinción de páginas.....entre intuición sensible y la intuición no sensible per cuanto aquella se refiere a la percepción del mundo físico, mientras que ésta segunda forma la intuición no sensible o propiamente llamada interna, se relaciona con la vida anímica, con todo el proceso que se desarrolla en nues tro interior, pero en cuanto, que como veremos luego, que apesar de las diferen cias superficiales de la vida anímica existe una identidad e igualdad esen- cial y profunda, ésta intuición interna es también un conocer la vida anímica ajena, reviviéndola en nosotros mediante actos de repetición de la experiencia ajena; conocimiento íntimo de nuestro ser y del ser de los otros, mediante este proceso que lleva como denominación adecuada, según lo afirma Vierkant la ex- presión "comprender".-

Destaca luego Vierkant la diferencia que existe frente a aquellos hechos que no son dados inmediatamente por la intuición; "sino que solo se infieren so- bre la base de otras intuiciones: frente al mundo físico, las percepciones cons tituyen a su vez el punto de partida para las inferencias que se apoyan en re gularidades generales. Por el contrario-continúa-en el mundo anímico, los he- chos dados intuitivamente, son completados sobre la base de la conexión de la vida anímica ajena que es entendida por analogía con la propia".-

Y ya entrando al punto central del problema Vierkant aclara que: "Ante todo, son dos modos de explicación distintos los que hay que considerar: Los hechos del mundo físico se explican cuando los introducimos en la conexión causal se retiéndolos a leyes generales. Este procedimiento también juega un papel impor tante en las ciencias del espíritu. A esto se añade como particular peculiaridad, de esta últimas, un comprender desde dentro: captamos la vida anímica aje- na reviviéndola en nosotros en su total conexión como una unidad de la cual todo suceso particular aparece como necesario."-

Estos modos de explicación son conocidos respectivamente por los nom- bres de captación conceptual y comprensión. Lo primero acontece desde afuera y se apoya en regularidades generales; el comprender sucede desde adentro y descansa en la correspondiente conexión causal individual de la personalidad. Las ciencias naturales operan con la explicación conceptual solamente. Pero la inversa no es cierta. Antes bien, la explicación conceptual, halla también su sitio en las ciencias del espíritu" (culturales o de valores" cuando perso- nas extrañas estan íntimamente distanciadas de nosotros, tenemos frecuentemen te que limitarnos a establecer su compartamiento externo y sus regularidades como hacemos con los objetos naturales. Sobre todo frente a extrañas e inferiores

sierras culturas la ciencia no pasa, frecuentemente de este objetivismo, análogo a lo que sucede en la vida práctica en que cuando media un íntimo abismo podemos influir sobre los hombres únicamente por medio del temor y la atracción, del adiestramiento y la enseñanza, es decir, en formas extracósmicas. No obstante, las ciencias del espíritu alcanzan su pleno desarrollo y actuación característica solo mediante el comprender.

Incluso luego el autor en que este comprender consiste en revivir en nosotros la vida anímica ajena, pero se ve en la obligación de aclarar que; el acto nuestro en cierto sentido más amplio y menos en otro que esa vida anímica que repetimos (observación que luego veremos cuando nos ocupemos del caso jurídico ya que se aplica al mismo con mucho acierto.-

Explicando esta limitación por una parte de la vida anímica ajena que revivimos en nosotros, y esta expansión de la misma dice Vierkant "Por una parte, el comprender; la concepción no solamente es de hecho, más pobre frente a la realidad, sino que esta es también vista en uno de sus aspectos delirantemente".-

Vemos en esta primera parte de la explicación de Vierkant una acertada aplicación de los principios fundamentales que conocemos de la Filosofía Rickertiana en su primer aspecto del conocimiento de la realidad traducido en una simplificación y transformación de la misma y desde el punto de vista del aspecto que interesa enfocarse de ella; y en los párrafos siguientes veremos aplicar la concepción "teleológica-avalorativa" de Rickert por Vierkant cuando dice siguiendo su explicación: Por otra parte el comprender es a la vez más rico que los acontecimientos anímicos de su objeto; puede captar aquellas conexiones que quedan inconscientes al mismo que las experimenta vivencialmente. Considerado psicológicamente el entender no estriba preponderantemente en pura intuición, en pura copia intuitiva por la fantasía.- Es "intuir" no "imaginar" (Freilich); pero con la constante posibilidad de formular y resolver en conceptos lo intuido.-

Para el autor que citamos constituyen los objetos del comprender tanto las distintas objetivaciones de la vida íntima, desde la sencilla actividad expresiva y las palabras pronunciadas; hasta los proverbios, costumbres y ritos, las reglas jurídicas escritas y las obras de las artes plásticas en la medida en que éstos objetos sean precisamente observados bajo el punto de vista de la vida íntima, así como esta misma vida interior en su inmediata intimidad. Frente a estos diversos objetos la esencia del comprender no es enteramente igual, sino que está graduada en su desenvolvimiento, en su peculiaridad y con ello a la vez en su diferencia de la captación conceptual. La comprensión -continua- Vierkant ocurre en su forma más sencilla, más elemental, frente a las objetivaciones. Aquí se aplican en forma típica, ciertas regularidades generales que son independientes de la personalidad singular, esto es, ciertas leyes normativas que son determinadas por la naturaleza del objeto y seguidas por toda conciencia en cuanto no son contrarrestadas por fuerza antagónicas. Documentos lingüísticos de los más diversos pueblos y tiempos son comprendidos por nosotros bajo el supuesto de que el pensar humano y sus manifestaciones obedecen en todas partes a las mismas leyes mentales. De igual manera existen leyes estéticas (podríamos agregar éticas y jurídicas) de congruencia para la acción económica o política (podríamos agregar jurídica), cuyo general reconocimiento suponemos en la misma forma. En segundo lugar - continua - podemos entender actos aislados, de una vida anímica ajena, frecuentemente de manera análoga, en razón de regularidades generales que son, a su vez, independientes de la peculiaridad de la personalidad.-

Las leyes normativas que acabamos de citar se hacen sentir, también inmediatamente en cada alma de manera análoga. Y, por otra parte, hay, verbigracia, muchas clases de formas de la actividad expresiva en las que existe una correlación con los procesos íntimos de general validez.

Finalmente—agrega—hay procesos anímicos íntimos que se pueden entender únicamente partiendo de la peculiaridad de la personalidad y en suma, se trata de captar esta misma personalidad en toda su peculiaridad. Ante estas últimas tareas se eleva el comprender a su mayor potencia y el revivir la íntima experiencia ajena a su más alto grado. Respecto de esta última afirmación, que encierra una profunda verdad, queremos ilustrar ajustando todo lo expuesto a lo jurídico esa verdad, en la circunstancia de comprender un acto criminal y cualquier otro acto de la vida jurídica que caiga en las ramas civil, comercial del Derecho, en esta última aquellas objetivaciones o leyes normativas que obedecen como destacara el autor a las mismas leyes mentales del pensar humano facilitan y reducen al mínimo la tarea de comprensión, lo cual no ocurre en la comprensión del acto criminal, en que es preciso realizar un estudio profundo de la personalidad del autor, para captarla toda ella en su peculiaridad e incluso en su acto mismo.—

Volviendo al autor que citamos dice: "La personalidad es aquí captada como un todo o sea como algo que posee en sí una unidad cerrada, pero que, no obstante, muestra en esta unidad una cabal peculiaridad: toda personalidad está subordinada a su propia ley individual, en razón de la cual todas sus actuaciones y manifestaciones muestran el mismo estilo, se integran así en una unidad y se destacan a la vez en forma característica, frente a toda otra vida anímica. La comprensión aprehende intuitivamente (por cierto a menudo no sin la colaboración del intelecto) esta unidad de la personalidad, su estilo, su ley de estructura. Y desde ahí explica el investigador sus diversos y complicados actos: el revivir todo eso íntimamente, pero no partiendo de la ley de su propia personalidad, sino de tal modo que en virtud de una especie de actividad de la fantasía, repite en sí mismo la ley de la personalidad ajena. La concepción de la personalidad extraña se obtiene por un procedimiento de inducción mediante el cual se deriva de manifestaciones notables una imagen total del alma extraña. Esta es luego corroborada por la posibilidad de comprender partiendo de esta imagen total las demás manifestaciones. A un criminal shakesperiano de gran estilo le podemos entender, a pesar de no llevar en nosotros la misma voluntad para el crimen, porque tenemos de común con él últimas disposiciones de voluntad en el sentido de despliegue de poder y satisfacción de la ambición, las que bajo ciertas condiciones internas y externas que puede apropiarse nuestra fantasía, determinarían la voluntad para el crimen".—

Aquí, como es natural—continúa el autor—hay que tener siempre en cuenta la crítica de fuentes y la cuestión acerca de la importancia sintomática de las manifestaciones parciales; y aquí es inevitable una suerte de círculo vicioso en tanto que la captación del material depende de la concepción general, y esta, a su vez de aquella. Este procedimiento se distingue objetivamente de los correspondientes en los ciencias naturales, por referirse cada vez solo a un individuo y no a generos de objetos y subjetivamente por ser menos consciente y de más difícil formulación, dado que la unidad de la personalidad y su ley no se dejan expresar en conceptos, sino que mediante estos se pueden únicamente indicar y circunscribir. Tampoco las tareas del comprender antes diferenciadas como las formas más sencillas, el comprender las objetivaciones y el

de ciertas manifestaciones aisladas de una vida anímica ajena, se dejan, en general, resolver exhaustivamente sin un cabal conocimiento de la personalidad. - Solo, que esta solución que se agota el tema es, en muchos casos inalcanzable y frecuentemente innecesaria para la tarea correspondiente. - Un texto filosófico normalmente, puede ser comprendido por la investigación histórico-filosófica en lo que atañe a su importancia objetiva - lo mismo puede decirse agregamos nosotros de un texto jurídico - basándose en las leyes del pensar y del idioma empleado, así como en la conexión de los problemas sin tener que sumergirnos en las profundidades de la personalidad de su autor. - En cambio la investigación biográfica frente al mismo objeto, no podrá desentenderse en principio, de este último esfuerzo porque puede extraer del texto un cierto matiz personal, tonos emocionales o ciertas ideas secundarias". -

Por último finaliza el autor su exposición sobre el particular con un serio interrogante que luego resuelve, según supuestos fundamentales que veremos enseguida; dice así: "el comprender alcanza realmente su fin? - Se aprehende el alma extraña en su índole objetiva, y no es propiamente substituida por la propia vida anímica? - No son errores los que en este dominio faltan. - Recuerdese la conocida psicología vulgar que en toda conducta presupone como finalidad estricta consecuencia y clara conciencia, así como la limitación a lo que es de utilidad. Sabemos hoy como esta concepción ha extraviado a la investigación histórica, mientras que todavía está haciendo de las suyas hoy, en la ciencia aunque en formas más sutiles, a lo cual contribuye la forma de exposición de tono muy abstracto y por lo tanto racionalizante. - A pesar de todo riesgo de caer en error, debemos admitir la posibilidad de captar correctamente la vida anímica extraña, sino desesperar de todo conocimiento en el mundo histórico. La posibilidad de comprensión es pues, un postulado, más exactamente, un supuesto necesario para el conocimiento de las ciencias del espíritu. Constituye un caso especial del postulado general de cognoscibilidad del mundo. - El postulado es solo válido bajo la condición de que la vida anímica extraña concuerda, en cierto modo, con la propia, porque sin esto faltaría toda posibilidad de acceso a ella. - Sin duda una de las cosas que parece mostrar más claramente la experiencia, es la intensa diferencia entre el propio yo y las almas extrañas. - Precisamente la investigación es la que continuamente destruye el supuesto ingenuo de que el pensar y el sentir de otras culturas sean análogos a los nuestros, o que la estructura anímica de los animales concuerda con la nuestra. - Sin embargo observado más atentamente resulta que siempre se trata solamente de diferencias superficiales sobre un fondo común. - El supuesto de la igualdad de la vida anímica podrá ser restringido cuanto se quiera, pero no pueda ser anulado. - Todos los supuestos acerca de una cierta desigualdad, pueden ser únicamente de segundo grado mientras que el supuesto de una igualdad esencial queda como supuesto fundamental de primer grado. - Debemos presuponer una tal igualdad en tres direcciones distintas. - Desde el punto de vista subjetivo todas las almas tienen que asemejarse en su constitución fundamental, a cuyo desenvolvimiento variación y combinación, pueden ser reducidos todos los estados anímicos efectivos. - Pertenecen a esa constitución las cualidades aprehensivas de igual modo que las cualidades y los efectos como la colera y

odio, la veneración y el orgullo, el temor y el error.—Desde el punto de vista objetivo pertenecen a ella las últimas direcciones de la voluntad y los intereses humanos, que deben considerarse como congénitas o dicho de manera más general las actitudes fundamentales congénitas del hombre frente al mundo exterior que de manera análoga, dan los últimos fundamentos para todas las maneras de conducta y acciones complejas y efectivas, o sea, verbigracia, el sentido religioso y el afán de lucro, la actitud de lucha, la tendencia a asociarse o la voluntad de poder y la de posesión.—A estas disposiciones pertenecen también la capacidad de someterse a normas, de que tratamos antes, en los diversos dominios de intereses así, por ejemplo en el caso de la autonomía lógica y estética, cuyos supuestos, como hemos visto, facilitan en gran medida un procedimiento del comprender relativamente simplificado.—

La ciencia jurídica, ciencia espiritual, cultural o de valores, no escapa al supuesto fundamental del comprender, que hemos visto explicar al autor que citamos anteriormente; y hemos de destacar en consecuencia como elemento primordial del comprender la intuición, en la forma que terminamos de examinarla y de acuerdo con los principios que vimos al comienzo de este trabajo en la teoría del conocimiento; pues solo así la ciencia expresa en absoluto la peculiaridad concreta "el acto de vida en que consiste propiamente la ciencia espiritual considerada" como dice Capograssi "exigencia metodológica que se traduce en una ~~xxxx~~ orientación característica de la investigación cuyo interés principal es propio la individualidad y originalidad del contenido de vida de la experiencia particular ut sic." ~~(1)~~

Califica el autor que citamos, que esta investigación del contenido de vida de la experiencia jurídica inmediata que se extrae de la experiencia común, se da como una sociología de la ciencia o sea una reconstrucción objetiva, del interior de dicho contenido.—

Referente a esta última afirmación no coincidimos nosotros con la denominación del autor, por cuanto creemos que puede prestarse a confusiones no comprendiendo tampoco la peculiaridad del acto realizado por la propia ciencia, ni aun respecto del objeto considerado; ya que la expresión sociología podría con el mismo resultado substituirse por la psicología; pero establecida la separación de la Ciencia jurídica con la Sociología y la Psicología, esta actividad de la Ciencia jurídica, que le es propia atendiendo a su metodología y finalidad, no debe ser denominada con expresiones ajenas a la misma, ya que tampoco participa de la orientación de aquellas Ciencias, como no sea la base social que les es común con la primera; por lo que nos hemos visto en la necesidad de caracterizarla con la denominación de Jurislogía, la cual significaría esta actividad de la Ciencia jurídica en torno al contenido de vida de la experiencia jurídica ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ ~~xxxxxx~~ extraída de la experiencia común, y a la reconstrucción objetiva del interior de ese contenido, para captar su sentido o tendencia; y para cuyo esclarecimiento, sin duda constituye un precioso auxilio el resultado de las investigaciones de las Ciencias ~~xxxx~~ afines consideradas, lo que es perfectamente realizable sin incurrir en confusiones, mediante la tesis sustentada por Sauer, a la que ya adheríamos— de la interferencia de métodos.—

Por otra parte la denominación de Jurislogía, establecida por nosotros para esta particular actividad de la Ciencia jurídica, del conocimiento inicial de lo jurídico que se manifiesta en el concreto; objeto de reconstrucción que conduce a la aclaración y captación de su

sentido o significado, que ~~últimamente~~ ^{últimamente} establecerá en forma definitiva y racional el concepto, mediante el principio formal de la conceptualización; dicha denominación queríamos decir no viene a substituir la clásica de Jurisprudencia, sino antes más bien a caracterizar el comienzo del conocimiento jurídico en lo que tiene de peculiar en esta etapa inicial de comprensión y antes de que se plasme en el concepto, al cual conduce para hacer racional y universal el conocimiento que por el concepto deviene científico.-

Y le hemos asignado esta denominación porque entraña el conocimiento inmediato de la esencia jurídica, de lo jurís que se manifiesta en el concreto de vida considerada, y a través de una forma peculiar de conocerla, diferenciada por principios lógicos y gnoseológicos, de la constitución o objeto de las ciencias afines que hemos considerado.-

El Derecho Penal, que necesariamente debía ser el más necesitado, de esta manera de conocer la experiencia jurídica atendiendo a todos los factores que configuran el delito y que determinan la voluntad para cometerlo, se anticipó a crear bajo la denominación de Criminología, esta forma del conocer, que va directamente al concreto.- Desde un punto de vista más amplio, reconociendo su existencia en todo conocimiento jurídico y respondiendo a las formas de realizarse y al fin que le ^{es} inherente en las ciencias espirituales o de valores o sea el contacto del concepto por su intermedio con la realidad inmediata; nosotros hemos reconocido su existencia y consideramos una necesidad su establecimiento.-

Y con mayor razón debíamos distinguirla por un nombre que le fuera propio y adecuado, cuando frecuentemente se le ha designado "reconstrucción sociológica de la experiencia", por ejemplo en Sauer; o como forma de conocer "aparentemente sociológica" por Capograssi; cuando nada autoriza a confundir modos de conocer y objetos de conocimientos que precisamente distinguan a cada una de las ciencias; aún cuando reconozcan en ambos alguna similitud inicial pero que desaparece atendiendo a las características peculiares del propio objeto y a la divergente dirección que toman por los principios rectores de la conceptualización y la finalidad distintas de los modos de conocer de cada una.-

La denominación es tanto más necesaria, por cuanto si bien estas ciencias reconocen una base común social "una infraestructura social" como dice Sauer refiriéndose al Derecho, es necesario distinguir en cuanto a su contenido y a la manera de conocerlo; lo que es sociológico y lo que es jurídico; ya que si cada ciencia investiga, el aspecto de la realidad que es su objeto desde su particular punto de vista, lo que supone según la lógica pluralista; una lógica adecuada al mismo; no podrá en consecuencia afirmarse que sea sociológico, el aspecto jurídico de esa realidad ni el proceder de la ciencia jurídica según la lógica adecuada a su objeto para aprehenderlo y representarlo en conceptos.-

Es indudable que en este conocimiento inicial de lo jurídico, que se caracteriza como un comprender en toda su riqueza y sentido la experiencia jurídica; la sociología juega un papel preponderante; como así también la psicología; a las cuales podemos recurrir para el uso de sus resultados e incluso de sus expresiones que tienen asignado un significado universal; y que acelerarían ^{hacerían} o harían más visible el propio objeto jurídico; pero esto no autoriza a designarla con aquellas expresiones -sociología o psicología- cuando incluso todo nos

autoriza a sospechar que en muchas oportunidades su uso es indebido, ya que los propios sociólogos se quejan de que la expresión *jurislogía* se ha considerado marca sin registro y ha sido usada para designar objetos totalmente diferentes.-

Por lo demás sería la ausencia de una denominación apropiada para esta actividad de la ciencia jurídica que le es original y propia; motivo de graves confusiones, pues, según primera en la investigación de lo jurídico el aspecto social o anímico, debería designarse sociológica o psicológica, lo que nos parece caótico y desprovisto de sentido, pues ya hemos visto que en su proceder inicial la ciencia jurídica como cualquier otra ciencia cultural o de valores, se acercan y parten de puntos que les son comunes; usan expresiones incluso de las Ciencias naturales que encuentran hechas y con significados universal; pero de aquí no debe sacarse la consecuencia errada de identificarlas, con un nombre que no les corresponde.-

Sobre el particular ya hemos visto hasta donde se acerca la ciencia jurídica a la sociología, a la psicología, al arte, y ante el resultado de nuestras investigaciones debemos concluir que es tan propio de la Ciencia jurídica; que la circunstancia de revelarlos nosotros ahora en todos sus detalles no implica que el no tener conciencia del mismo, conduzca o haya conducido a su no uso; por el contrario se procedió siempre así, según los describimos en todo este trabajo el conocer de la ciencia con sus premisas lógicas y gnoseológicas; - y son manifestaciones empíricas cuyas que confirman nuestra aseveración; la actitud del Pretor romano, el contenido del Edicto; lo cual referido a la vida jurídica que se conceptuó con tanta agilidad y riqueza, traduce aquella valoración que caracteriza el conocer de la Ciencia y su principio formal lógico, que opera una selección rigurosa de lo importante en la realidad inmediatamente conocida según valores a los cuales esta referida; y todo ello fue realizado entonces, sin que la Ciencia Sociológica se conociera aún, y sin que se tuviera un conocimiento sistematizado de lo psíquico como lo presenta la psicología moderna; y mucho menos que se sospechara desde luego de la psicología profunda o psicoanálisis.-

Por lo demás nosotros reconocemos con los autores que llevamos citados que esta manera de conocer no es exclusivo patrimonio de la ciencia jurídica, sino que caracteriza el conocer de las ciencias de la cultura o de valores; pero si en sus lineamientos fundamentales es así común; cabe observar que atendiendo al objeto que es motivo de conocimiento por la ciencia jurídica distingue por su peculiar sentido, según valores a los que esta referida, y que caracterizan y distinguen claramente a lo jurídico de todo otro objeto de conocimiento.

En consecuencia, Sociología, Psicología, Jurislogía; son distintos modos de conocer, originales y autónomos, de la experiencia inmediata; cuyos diversos aspectos según sus puntos de vista, individualmente trata cada una de aquellas; y a cuyo conocimiento integral tienden todas las Ciencias; facilitando el conocimiento de lo que individualmente es su objeto propio.-

Jurislogía creemos que es una adecuada expresión, por cuanto significa comprensión inmediata de lo jurista; o sea la esencia jurídica, que ha revelado la Filosofía del Derecho como verdad de razón, que se manifiesta necesariamente en la experiencia jurídica, y la cual la Ciencia ha de encontrar para adquirir la certeza que ha llegado a la verdad, a lo esencialmente jurídico que se manifiesta en el concreto; aun

cuando en esta forma inicial de su conocimiento; o mejor expresado de comprensión de lo jurídico lo realizado tenga una aparente sociología o psicología, aún cuando use resultados y expresiones universales de otras ciencias, no pierde por ello su peculiaridad este concepto jurislógico, que caracteriza el proceder de la ciencia en su primer movimiento en torno a la experiencia jurídica.-

Ha tildado acaso alguno a la Criminología, que reúne elementos de diversa índole para la comprensión del criminal, el conocimiento y la inteligencia del crimen; incluso resultados de distintas ciencias y expresiones peculiares de las mismas; de proceder según la forma de estas ciencias; o acaso de haberse apropiado de un objeto de conocimiento que no le es propio.- Acaso no es legítimo este proceder que toma todos aquellos elementos como simples medios, para aclarar un aspecto de la realidad, según un fin que se ha propuesto legítimamente, y que ninguna otra ciencia investiga individualmente en esta su manifestación original y que es necesario para alcanzar el sentido que traduce su referencia a un valor, y la propia valoración jurídica.-

No ocurre acaso preguntar lo mismo de un proceder similar, extendido a toda la experiencia jurídica cuyo sentido habra de revelarse con esta comprensión inmediata de su riqueza y sentido con el fin de que este aspecto de la realidad sea accesible en todas sus formas y peculiaridades a la rigurosa selección que según el principio lógico formal, queda luego representada en el concepto; que la hace racional

Creemos que si la realidad social es investigada por cada ciencia según fines que distinguen a una de otra, y que configuran el aspecto que han de apropiarse de la misma para su tarea están sin embargo separadas por los principios formales lógicos que fija a que obedecen sus leyes o conceptos universales; y estos aclaran definitivamente lo que hemos querido expresar.-

De todo lo expuesto no habrá de desprenderse que substituímos el conocimiento científico por la intuición o mejor expresado por el comprender según vieramos en la exposición de Vierkant; reconocemos solamente que frente al objeto, el conocimiento ~~existente~~ en las ciencias de la cultura, opera siempre según significados o sentidos referidos a valores; por ello también se les ha llamado ciencia de valores por Sauer; que según este referir a valores, ha de reconstruirse lo ~~que~~ ~~ha~~ ~~ocurrido~~ de modo que se nos manifieste en toda su riqueza, lo cual por la intuición ha de operarse, para comprenderlo en toda su expresión; pero luego de este acto de comprensión ha de pasarse necesariamente al concepto, de modo que esta actitud subjetiva; traduzca resultados objetivos; que aquella manifestación irracional de la realidad se torne racional por, el concepto; pero habremos de admitir esta necesidad de la intuición; y reconocer que en la ciencia de valores el concepto debe conservar de aquella intuición que lo reveló en toda la riqueza de sus manifestaciones el objeto, su función esencialmente individualizadora por oposición a las ciencias naturales que no operan con la intuición y solo por conceptos de generalización.-

CAPITULO

Sumario: El objeto de la Ciencia jurídica.-La experiencia inmediata ~~para~~ común y la experiencia jurídica inmediata.-Reconstrucción de la historia interna de la experiencia jurídica; y su sentido o dirección ~~por~~ según el análisis de Capograssi.-La unificación de la experiencia jurídica por la Ciencia.-La Acción, la voluntad.-La concepción.-El círculo real y constructivo de la acción a la concepción de la acción y de esta a una nueva concepción; según Capograssi.-

No es cosa fácil determinar el objeto de una ciencia, particularmente de una ciencia cultural; para presentarle en su íntima y profunda unidad, como condición determinante de la unidad de la misión y tarea de la ciencia que lo investiga.-

Hemos visto nosotros en el capítulo anterior los elementos con que el conocimiento adquiere dominio sobre el objeto de nuestra ciencia, sobre la realidad que se da inmediatamente, estos elementos del conocer han de facilitarnos sin duda la indagación que hagamos del objeto de la ciencia jurídica, para poderlo captar en sus manifestaciones características y poder ver la profunda y escondida unidad que lleva implícita, y de la que resultan impregnadas todas las manifestaciones totales o parciales de la misma en la experiencia inmediata común.-

También conjuntamente con la determinación del objeto, nuestra investigación mostrará la forma que operan aquellos elementos del conocimiento, que hemos visto, de modo que de la determinación de ellos, pasemos a la funcionalización de los mismos, esto es, objeto, intuición y concepto en la meta esencial de realización del Derecho.-

Por ello destacamos de paso aquí siguiendo las ideas de Bauer a la vez que adherimos, que consecuente con la premisa de que la ciencia jurídica no es una ciencia aplicada, sino una ciencia que se realiza, debe existir una teoría funcional a su respecto que permita el conocimiento de la dinámica jurídica, o sea la dinámica de este proceso realizador.-

Respecto de este capítulo y siguiendo siempre la orientación fundamental que nos hemos trazado desde el comienzo, también nos valdremos principalmente de las ideas expuestas por Capograssi, y que han llegado hasta nosotros por el comentario que realizara Marchello en la Revista citada antes.-

En dicho trabajo de Capograssi, que naturalmente trasciende la simple investigación del objeto para formar una completa sistematización en torno al análisis de la ciencia jurídica, hemos encontrado la confirmación de nuestras propias reflexiones, expuestas claro está con maestría y rigorismo con que sabe hacerlo Capograssi y la originalidad de una postura filosófica, filosofía de la insuficiencia, que deja en el espíritu menos avisado, profundas sugerencias, y saludables interrogantes para el porvenir del pensamiento.-

Así en esta funcionalización de la ciencia jurídica, quien determina el objeto, quien realiza el procedimiento para conocerlo obedeciendo

a una metodología, y realiza una tarea determinada según aquél proceso para el logro de sus fines, por ello creemos que la teoría de la funcionalización se integra con ésta exigencia metodológica que destacan en forma preponderante, Sauer en cuanto a la primera y Capograssi en cuanto a la segunda, al extremo que éste último afirma—según nos lo dice su comentario Marchello— que en ésta exigencia metodológica en sí, se reencuentra una definición de la ciencia del espíritu que investiga en absoluto la particularidad concreta, el acto en que consiste propiamente la ciencia espiritual considerada; y el juicio crítico la valoración especulativa de tal conocimiento es un problema ulterior en cuanto apunta tal trabajo en torno a aquel objeto así instituido y reconocido". Vale decir—sintetizando esta expresión de Capograssi que primero y fundamental ha de ser la captación intuitiva del objeto, la que ha de revelarnos aquél en la plenitud de sus manifestaciones, y conocido que sea, el valor de ésta forma de conocerlo, es una tarea ulterior de la razón que se resuelve en la conceptualización de ésta realidad conocida, conceptualización que será válida mientras no pierda contacto, con ésta realidad que ya hemos aprehendido intuitivamente, y que conceptualizamos racionalmente.—

Conforme esto que hemos dicho, la investigación se concreta en una dirección determinada, cuyas líneas fundamentales y peculiares a las ciencias de la cultura o de valores, hemos visto; vale decir como dice Capograssi, su interés principal radica: "propio en la individualidad y originalidad del contenido de vida de la experiencia particular ut sic".—

Dicentimos en cambio con Capograssi en cuanto a la expresión que para caracterizar éste primer movimiento que la ciencia realiza en torno a su objeto, para determinarlo y aprehenderlo, y que él usa con cierto recelo por cuanto solo los presenta como algo semejante.—

Veamos primero las palabras de Capograssi y luego exponemos en ésta oportunidad nuevamente los puntos de vista en ésta tarea nuestra, que si bien parecen girar en una simple expresión o nombre, tienen el profundo significado, de deslindar e independizar la actividad de la ciencia jurídica de la actividad de las ciencias que le son afines como la sociología, psicología, etc, deslinda que ya vimos en su oportunidad, pero sobre el cual insistimos, sin ánimo de ofender al lector, por cuanto ha sido el motivo de muchas confusiones, particularmente por la falta de reconocimiento de la interferencia de los métodos que tan claramente expuso Sauer.—

Dice Capograssi, refiriéndose a ésta primera etapa de conocimiento o aprehensión del objeto jurídico: que se da algo así como una especie de sociología de la ciencia, una reconstrucción objetiva del interior del contenido—de la fenomenología del subar científico considerado con referencia a aquella zona particular de la experiencia que se intenta examinar"

Salta a la vista inmediatamente lo incongruente del uso de la expresión sociología en esta particular actividad de la ciencia jurídica en cuanto aparta y se dedica exclusivamente "a la zona particular de la experiencia que se intenta examinar" precisamente desde el punto de vista jurídico.—

Esta zona especial, que constituye el objeto de la ciencia jurídica y la actividad que la ciencia jurídica despliega por conocerla, no puede ser denominada, del momento que por sus características se distingue de la actividad de las ciencias que le son afines, con la denominación que destaca

① integra la actividad de una de estas ciencias afines, y en consecuencia debe buscarse una expresión que traduzca las particularidades que la destacan de aquellas otras, y sea comprensiva de sus peculiaridades, y auténtica expresión de la actividad jurídica, á esta especial actividad de la ciencia jurídica, que puede usar los resultados de otras ciencias afines para el logro de sus finalidades, reconociendo la procedencia de los elementos que usa, por el reconocimiento de la existencia de una interferencia de métodos; nosotros la hemos caracterizado con la designación de Jurislogía, como expresión propia de la ciencia jurídica, que se adecua con mayor precisión a lo que queremos significar y que caracteriza siempre esta particular y primera etapa de la investigación científica y que apartándola de las que realizan otras ciencias afines reconozca también la interferencia de métodos, y el particular tratamiento que de la experiencia inmediata realiza la ciencia jurídica.-

Desde este punto de vista se hace necesario también realizar una aclaración más general, respecto de la denominación común que correspondería a las ciencias que como el Derecho y la Sociología reconocen una indudable base común, social, grupo de ciencias que indudablemente entraría completamente mal denominado con el ciencias sociológicas, aun cuando lo fué, al extremo de quererse incluir el derecho dentro de la sociología, no obstante el particular tratamiento conforme a puntos de vista y tratamientos diferentes que hace cada una de ellas de la experiencia inmediata.-

Nosotros pensamos que efectivamente corresponde y es necesario reconocer la necesidad de comprender en una denominación común este grupo de ciencias que reconocen una base social como común pero desechamos la denominación unilateral o el empleo del nombre de una de estas ciencias que examinan lo social desde su punto de vista y según sus leyes para la comprensión de tal grupo de ciencias; descartamos pues la de sociológicas y estimamos que toda la actividad que despliegan estas ciencias puede ser designado con la expresión adecuada de Sociales, como reconocimiento de su base común, y sin atender a las particularidades que separan, por las características de su contenido método y orientación, a las mismas.-

Sobre tal particular no debemos olvidar que la ciencia jurídica busca el objeto de un modo adecuado a las particulares exigencias de lo jurídico según su criterio normativo conforme a exigencias que caracterizan a las ciencias de la cultura o de valores, destacando la individualidad en su originalidad y sentido y practicando una selección, simplificación y transformación de la realidad en las últimas etapas del conocer científico que se concreta en el concepto.-

Aclarados estos puntos fundamentales que cortan o diseccionan definitivamente el cordón umbilical tendido entre la ciencia jurídica y la sociología como supervivencia o consecuencia de los extravios de ésta última ciencia, cometidos por el optimismo que embargó á sus autores y primeros cultores que llegaron al extremo de afirmar que la misma comprendía todas las manifestaciones de lo social o de toda actividad cien-

tífica que reconocía una base social; queda cortada en consecuencia toda unión en cuanto se refiere al propio contenido, y aclarado que el uso de los resultados de ciencias afines es solo una interferencia legítima de métodos; y por ende aclaradas las cosas en esta forma la ciencia jurídica recobra su autonomía con fundamentos y conceptos robustecidos, que han podido afirmar su valor científico, negando antes de ahora como nunca visto en este mismo trabajo.-

Corresponde en consecuencia que continuemos con la investigación del objeto de lo jurídico que debemos extraer de la experiencia inmediata común, bajo la forma de experiencia jurídica inmediata; y con el agrado de que determinar el objeto lleva implícito la exposición de su manera de realizarlo, o sea el carácter particular que distingue el método de la ciencia jurídica, en esta su etapa inicial, para adquirir o aprehender la realidad que trata y conceptúa, etapa inicial que da el objeto con el cual no debe perder nunca contacto la conceptuación, si quiere ser científicamente verdadera.-

La ciencia jurídica, como ciencia de la cultura, tiene su concreta particularidad en el objeto único de sus actividades en torno al mismo y quien determina o descubre este particular movimiento ~~maxtax~~ de la ciencia en torno a su particular objeto, ve la exigencia metodológica, como lo afirma Capograssi que llega a expresar la esencia, el objeto de la ciencia espiritual o cultural considerada. Y el mismo Capograssi afirma según referencias de Marchello que "el juicio crítico la valoración especulativa de tal conocimiento es un problema ulterior que es posible en cuanto apunta al trabajo en torno a aquel objeto así instituido y reconocido; aquella exigencia metodológica se traduce en una orientación característica de la investigación cuyo interés principal es propio la individualidad y originalidad del contenido de vida de la experiencia particular ut sic". Que el concepto mantiene a pesar de sacrificar todo lo demás que la ~~intuición~~ le revela.-

Adquirir el resultado en una investigación metodológica del objeto -dice- no tiene un valor especulativo, porque no es sino adquirir dominio de la experiencia inmediata jurídica, más la justificación es ajena esta primera investigación, pero que no reconoce un deslinde inconfundible y que por otra parte están influenciadas recíprocamente". Sobre este particular que es la comprensión, en la que la intuición juega un papel preponderante no es del todo ajeno al intelecto.-

Tal investigación nos dice el autor citado "hace consistir la propia originalidad en el propio significado apuntado en esto pertenecer a una zona pre-especulativa del conocimiento, en la documentación de la realidad inmediata de la experiencia en toda la riqueza y peculiaridad de su múltiple individualidad. En su inestabilidad inicial de vida".

Pero quien sigue la actividad de la ciencia hasta encontrarla en su punto de origen en su primera actividad frente a la experiencia inmediata que aparece determinar su función en esta experiencia jurídica crea luego el problema de la distinción de la ciencia jurídica y la experiencia jurídica como lo afirma Capograssi; por que naturalmente la ciencia jurídica tiene aquella experiencia jurídica y su sentido más propiamente dicho le trasciende pero en cuanto domina, simplifica y transforma la expresión

jurídica, que conceptualiza en definitiva.-

Por ello descartada para luego esta ulterior distinción, corresponde dedicarse al conocimiento de la experiencia jurídica inmediata, y el problema debe plantearse en consecuencia según los términos en que lo plantea Capograssi de la siguiente manera: "Como nace la experiencia jurídica en la experiencia inmediata común?".

Fues luego de conocer como nace la experiencia jurídica inmediata, debemos considerar como adquiere dominio sobre esa experiencia, esa realidad la ciencia jurídica, como la transforma y simplifica como la conceptualiza, como se justifica y que validez tiene el trabajo de la ciencia jurídica, para alcanzar la verdad.-

Capograssi según su expositor hace un análisis profundísimo de la conducta en un capítulo dedicado a "La experiencia jurídica vista antes de la elaboración de la ciencia" en el cual se llega a demostrar que existe entre ella un acto igual de vida, al que presenta la experiencia inmediata común; acto igual de vida cuya esencia consiste en la ordenación que debe existir en la acción y que se manifiesta como una intrínseca conexión de la acción y la voluntad particular en un sentido y en lo cual consiste a juicio del autor el quis de la experiencia jurídica.

En consecuencia al pretender captar la experiencia jurídica ha de reduplicarse el proceso de la acción en la experiencia inmediata común "esta reduplicación-dice el autor-de la acción intrínseca a la acción igual en cuanto a inmediata y necesaria síntesis de la acción, está la conexión de la singular volición particular y las formas simplísimas, elementalísimas de la experiencia jurídica captada en su nacimiento espontáneo de la igual acción. Y es aquí en esta forma inicial de vida de la experiencia jurídica en su forma más elemental y simple que el autor destaca "este carácter contradictorio de la experiencia jurídica, en cuanto de un lado es voluntad particular, voluntad que persigue el propio fin particular y del otro lado es por dentro de esta igual posición particular y en igual posición del fin particular que se realiza, una voluntad común".-

"Proceso de formación del querer social que se hace del todo persuasivo con la referencia al valor de la personalidad como centro vital de la acción y a la fundamental identidad del valor personal, lo mismo como en Capograssi se explica a la vida esencial de la ~~gta~~ igual personalidad".-

"La tarea de la ciencia-continua-está en la elaboración del pensamiento reflexivo, nace de esta realidad inmediata de la experiencia jurídica como simple tentativa de comprensión de su contenido". "Prima en la dirección-el auto se refiere a la tendencia de la experiencia común inmediata-la forma preminente de ésta ulterior experiencia que es la vida jurídica, la ciencia investiga sobre todo el principio que está en la base de la dirección (tendencia sentido(1) porque comprender el contenido de la dirección ~~xxxxxxx~~ (comprender

(1) Sauer

der la tendencia el sentido del objeto jurídico) significa propiamente resolver éste contenido y sus elementos constitutivos como fin (vale decir el objeto de la ciencia y sus elementos constitutivos). Y están en éste principio y en aquel fin que hacen la característica del efectivo fundamento, como dice el autor, los límites de aquella actividad especial, que Capograssi manifestó era de aparente sociología, como también Bauer y que en cuanto a lo jurídico se refiere, nosotros denominados Jurislogía.

La ciencia realiza luego una tarea, -que válida ésta misión inicial- de elevadas concepciones en la zona de la especulación, racionaliza la experiencia inmediata, la transforma, la simplifica y la conceptúa, integrada así se presenta completa con la tradicional denominación de JURISPRUDENCIA TÉCNICA.-

Más antes de seguir adelante debemos tener presente como lo afirma el mismo Capograssi, respecto de aquel principio y fin a que se refirió antes esto ^{we} esto significa una profunda tarea de sondeo en la vida anímica individual (P), y en la vida social. Capograssi lo caracteriza así: pero en contrar el principio y unificar ésta dirección (tendencia sentido referencia) significa reconstruir la historia interna de la experiencia ordenándola según su estructura lógica esencial. Esto que se ha confundido con una actividad psicológica, forma parte de aquella otra actividad que denominamos Jurislogía, sin perjuicio de la interferencia de métodos.-

Esta unidad profunda, esta identidad esencial de la dirección (tendencia, sentido, referencia) la ciencia la explica en conceptos que es el momento de traducción y el replanteamiento noxional del principio [vale decir la experiencia ya pasada por el táxis de la razón y la conceptualización en la zona especulativa; donde se adquiere definitivamente esta unidad para dominar definitivamente toda experiencia]. Así ordenada -afirma victoriosamente Capograssi según la profunda unidad que le es implícita la experiencia jurídica se transforma en objeto de la ciencia; pero debemos agregar que esta profunda unidad que le es implícita se constituye por el sentido que traduce su referencia hacia algo que aunque se manifieste en ella le trascienden como en su expresión más pura..

Y es este -dice el comentarista del autor citado y que transcribimos por ser importante la afirmación- la primera esencialidad descubierta, elaborada por la ciencia, descubrimiento que tiene la singularidad, y Capograssi insiste particularmente advirtiéndolo, de no ser colocada como una construcción artificial del intelecto, sino de ser recabado del contexto de esta denominada experiencia jurídica inmediata con una simple intervención analítica del pensamiento, el cual por tanto no pone eso (sua), pero encuentra e individualiza un ordenamiento interno que se vuelve implícito (necesariamente implícito) de la experiencia. Constituido el propio objeto a través de la traducción del principio implícito de la experiencia, el trabajo de la ciencia (el ulterior trabajo de la zona especulativa, racionalista y conceptualizadora a que hicimos referencia) profundizando su primera conquista y analizando el orden intrínseco del concepto (~~concepto~~) y del complejo de conceptos, es aunque determinando lo externo reagruparlo (sistemizarlo) en vista de la ulterior investigación".-

los derechos objetivos, y la existencia de derechos subjetivos en Kelsen tan solo mientras se apoyen en derechos objetivos, y la corriente de autores inspirados en estas ideas): solo tiene valor en cuanto valor lo ha conferido la voluntad objetiva que rige la experiencia. Pero decir "voluntad objetiva-dice el autor-que rige la experiencia, no significa otra cosa que afirmar que la voluntad no tiene valor por sí, pero tiene valor cuando solo se toma el objeto de la verdad que es en sí, por eso afirmar el contenido imprescindible de la ciencia jurídica es una verdadera y propia concepción real a la cual todo el contenido y relación del objeto tratado de la experiencia concreta son continuamente trasladado" o sea referidos. Y por eso la voluntad objetiva tiene por objeto propio dar vocación (llamar) al valor objetivo a la voluntad particular todo el trabajo de la ciencia en esta fase del conocimiento se revela como esfuerzo directo a transformar la voluntad particular en una voluntad frente a los valores objetivos en orden a aquella más profunda realidad espiritual que el querer lleva implícito en la misma posición particular. Reconociendo que la posición del pensar de la ciencia del derecho tiene señaladas tres partes fundamentales de la voluntad objetiva que reduce a unidad el mundo práctico de la voluntad subjetiva la cual..... puede tener valor y es por eso como puede en la esfera de la acción" solo si tal valor trae de la voluntad objetiva adhiriéndose y de la conexión indisoluble de la voluntad objetiva con la voluntad subjetiva " reconociendo así esta característica de la concepción que la ciencia tiene del mundo jurídico, aparecen los ulteriores problemas que vienen aquí determinándose donde trata y que valor tiene esta concepción sujeta a todo el trabajo de la ciencia jurídica implícita hoy en su afirmación.-"

Sostiene el autor que es para justificar la intuición del valor de la voluntad, que el núcleo vital de la ciencia con confianza lo lleva como afirmación de la ciencia, por ello corresponde destacar que la primera parte de la investigación pone orden en el trabajo de la construcción de la ciencia; por ello la necesidad de destacar, como lo hizo antes y lo vios en Rickert la unificación del discontinuo y de lo particular y variable de la realidad jurídica, de la experiencia jurídica inmediata y la lógica consecuencia en la fase ulterior de la ciencia, de la elaboración de la forma del concepto, aclarándose en esta fase la idéntica reconstrucción que realiza la ciencia, del proceso de formación de la experiencia jurídica pero aquí revelando la verdad implícita, en aquel contenido de vida, la experiencia jurídica inmediata que es su objeto". Por ello dice el autor "Es evidente que el descubrimiento-de la experiencia inmediata, es decir la captación de ella y el proceso de su formación-viene a constituir el objeto de la nueva indagación y que a su vez ha sido o es el resultado de la indagación- o investigación- anterior, por eso la substancia del desenvolvimiento de que ahora se habla no es otro que una reflexión introspectiva sobre la conclusión precedentemente aceptada"(1).

Estas razones llevan a Capograssi a manifestar que ante todo "se puede decir que el origen de la ciencia del derecho está en una profunda y latente preocupación de la vida" o según otra expresión del mismo autor que recoge Marchello "una preocupación por el impulso de la vida, una profunda

(1) Recuerdese Stenzler, con su método de introspección crítica en Filosofía del Derecho.-

creencia y adhesión a la idea de la vida: "el amor á la vida, de la vida como valor".-

Destacando el valor de la intuición-de la afirmación antes expresada, -indica el autor que seguimos, a la interpretación como el instrumento para llegar hasta lo más íntimo de la estructura interior de aquella certeza implícita en la ciencia; esa confianza en sí misma del trabajo que realiza por el descubrimiento de la verdad, verdad que se quiere revelar totalmente aclarada y definida.-

"El criterio dinámico de la interpretación ha determinado la exigencia -afirma- de llevar la norma particular a la totalidad y unidad, ordenadamente y esta totalidad-sistemática-y unidad profunda no es otra que la racionalidad objetiva del mundo jurídico. Es la más secreta implicación de la interpretación, en la tarea más igual y originaria con que la interpretación se mueve en su trabajo, y es el profundo concepto o mejor convencimiento de certeza de toda la experiencia jurídica racional, y es la racionalidad concreta y objetiva que debe realizarse en concreto en la práctica... Interpretar es propio reducir la norma y los elementos de la vida jurídica a la racionalidad de la vida jurídica. El trabajo de la ciencia se revela con una continua afirmación de la vida como ordenamiento racional; de frente a la manifestación fragmentaria de todos los elementos del concreto y a la incessante disociación de la experiencia; "vale decir poner homogeneidad en lo heterogeneo transformar lo continuo en discreto, poner cortes hacer racional, lo irracional." La ciencia-agrega- cree en la profunda vocación de la vida a través de la unidad y la racionalidad; pero en la igual aparente irracionalidad de la experiencia ella recoge la intrínseca estructura de un orden forzado unificante, que se da siempre en la experiencia y que se revela con el auxilio de la razón.-

Una conclusión optimista debía desprenderse en el autor después del hallazgo de esta verdad tan recóndita y es la del " significado positivo y verdaderamente constructivo de su trabajo en la vida del derecho; ~~xxx~~ la ciencia que rinde de la experiencia jurídica aquella íntima y cuya finalidad racional "facilitando el proceso realizador de la dinámica jurídica que es la implicación profunda y calificativa de su ser".-

"Intrínseco ordenamiento racional-agrega-por el que la ciencia está en grado de resolver el aparente contraste de las dos formas de la voluntad como voluntad particular o libertad y como voluntad objetiva e unidad en el sentido específico que el valor de la ley (voluntad objetiva) es reconocida como el valor de la voluntad singular en cuanto llega a resultar rica de aquella racionalidad que la ley afirma; la voluntad objetiva vale en cuanto da verdaderamente un sumo a la voluntad singular en cuanto por eso da a la voluntad singular en el modo de ser igual, su implícita verdad del valor racional. El trabajo de la ciencia en su unidad y singular momento de verificación, no atiende sino a afirmar el primado de la razón sobre toda la vida. La razón no como facultad sino como potencia vital, esta potencia que tiene por contenido la vida igual concreta en su profunda racionalidad. Y paralelamente la idea constitutiva de la experiencia jurídica según la ciencia, se definiría-dice-como intuición de éste ordenamiento racional implícito en el mundo de la acción, esta como idea de la explotación concreta y determinada de la totalidad, verdadera racionalidad de la experiencia implícita en la singular acción. Y por esto la acción es primero que todo en su profunda esencialidad espiritual, voluntad, la experiencia jurídica es donde la voluntad se realiza como voluntad que lleva implícita la profunda implicancia que ella tiene en

su particular moverse y esta voluntad de la experiencia en su unidad total, en su pleno y unitario complejo viviente como mundo de la acción concreta. Esta conexión fundamental de la voluntad (acción) singular concreta y la unidad total de la experiencia (intrínseca/racionalidad de la volición) conexión y solidaridad incontable derivada de esto que es el fin de la acción, es más profundo y complejo de cuanto aparece en la inmediata conciencia particular y de mostrar que la voluntad subjetiva y la voluntad objetiva, el individuo y el mundo social no son pensables sino en un nexo de implicancia recíproca por eso de un lado la sociedad no vive concretamente más que en la acción y de la voluntad singular, y del otro lado la voluntad singular se afirma en cuanto se refiere a la experiencia de su totalidad. La doble posición de la voluntad constituye dos polos de la experiencia jurídica (voluntad objetiva y voluntad subjetiva) LEY Y LIBERTAD, definiéndola - el autor que transcribimos comentada por Marchello - esencialidad ineliminable y saludable heteronomía de la experiencia jurídica". Porque la voluntad individual empírica quiere su fin particular sin tener en cuenta aquel fin más alto que está implícito en su igual posición particular - querer por sí pero no querer ser ese igual - (no querer participar de aquella objetividad). La LEY "viene a romper este solipsismo práctico de la individualidad empírica" promoviendo la adecuación y explicación del fin implícito del hacerse haciendo concebible la acción de la propia finalidad social y racional. Heteronomía en la cual aquella experiencia jurídica tiene una singularísima misión educativa en la vida de la voluntad: esta misión se descubre en el modo dramático del caso del conflicto de dos voluntades, constituye la tensión normal de la experiencia jurídica, en su doble esfuerzo de concebir el sujeto individual en la totalidad de la experiencia y de llevar la totalidad de la experiencia a la libertad individual. Tal concepción del Derecho, que representa la exigencia de vida de la cual se reconoce (y es por esa forma de una conciencia emocional y no discursiva) la igual experiencia jurídica inmediata, defínese como la certeza fundamental de la ciencia, en su directa intuición del concreto su punto de apoyo y sosten. El querer-continúa-de la plenitud concreta, de su contribución imprescindible del ideal humano y de su energía creativa del mundo humano del Derecho... Y el verdadero objeto de la ciencia", y la intuición fundamental, la síntesis original de la cual nace toda la tarea de análisis esta, que es la afirmación de la ciencia en todo su largo camino y en su riquísima variedad. La exigencia de vida inmanente a la experiencia jurídica inmediata en cuanto jurídica en que halla la base del conocer de la ciencia como intuición, síntesis originaria sobre la cual se realiza y de la cual se alimenta el saber analítico de la ciencia; es por esto que el objeto de la ciencia viene a coincidir e identificarse con el contenido de la experiencia inmediata, como la afirmación de vida, la acción puesta en el ser de la experiencia inmediata; la acción, que es la experiencia inmediata, constituye la primera certeza, la base de la tarea de la ciencia en torno a esta base con su método de penetración y de integración introspectiva del objeto la ciencia descubrirá el significado implícito de aquella posición, el valor de verdad misteriosamente llevado en aquella acción. Y si de círculo se ha de hablar a propósito de la historia del querer jurídico, no es que debiera verse como si se hablara de un círculo vicioso sino de un círculo real y constructivo; de la acción, a la concepción de la acción, y de esta a una nueva (que es la noción de problema) concepción de la acción. Del resto, la efectividad real de éste trabajo unívoco y conjuntamente integrativo, que une la ciencia y la experien-

cia jurídica, es testimoniada eficientemente en el hecho de que la vida absorbe el trabajo de la ciencia; que la vida ha recogido la solución de la ciencia, y la ha adoptado como la solución de su problema: la homogeneidad, tras el trabajo de la ciencia, de lo cual la vida demuestra que la ciencia y la vida tienen la igualdad lógica, la igualdad profunda de una aspiración práctica".-

Pero no es aquí donde concluye el trabajo de la ciencia, o sea la actividad que realiza en torno a lo jurídico, a la realidad que en tanto experiencia jurídica ha sido separada de la experiencia inmediata común y devenido experiencia jurídica inmediata.-

Hasta aquí como aprehende la ciencia jurídica un dominio inmediato y concluyente sobre la realidad, pero es necesario que este conocimiento intuitivo e inmediato se integre en una ulterior elaboración, que caracteriza a las ciencias de la cultura, que no realizan una simple recolección del material o conocimiento de la realidad traduciéndola luego en leyes; sino que someten el material propio que conocen a la elaboración ulterior de conceptualización, auxiliadas de la abstracción, pero sin perder contacto con la realidad aprehendida inmediatamente por el conocimiento intuitivo.-

Solo así podrá asegurarse que esta manifestación irracional de la experiencia jurídica inmediata, que intuitivamente capta o aprehende la ciencia devendrá racional, según un criterio de selección, individualizador y una función transformadora y simplificadora de aquella realidad que se plasma en conceptos.

Fuera del valor y el significado que esta tarea tiene para la ciencia en su actividad presente, tiene un significado un valor trascendente que se proyecta hacia el futuro de la ciencia y sus resultados en cuanto el complejo de conceptos racional lega por tradición un patrimonio realizado que las generaciones futuras ya no elaboran sino que perfeccionan fundándose o basándose en él, en cuanto recibe confirmación, sus especulaciones futuras.-

En este proceso real y científico, que por otra parte se aleja de nuestro tema, pero al que es necesario referirse para mostrar la unidad y el progreso en la labor de la ciencia; el que ha hecho afirmar a Max Scheler y que nosotros ya repetimos, no obstante que insistimos aquí por que adquiere ya los caracteres de evidencia; de que el espíritu crea⁽¹⁾ por tradición de las conquistas del pensamiento anterior, y aclarando que no lo es por herencia, para objetivar este tránsito, por cuanto la herencia podrá significar un sentido biológico que en esta circunstancias no asume, y que debemos entender que es la dirección que Keyserlyng asigna a su expresión-usando no obstante la expresión herencia-cuando dice: Por herencia entiendo la transmisión de sangre, lo mismo que la tradición. En el hombre considerando históricamente, la síntesis de ambos elementos es la realidad auténtica hereditaria... "El mundo que nace" Pág. 44.

(1) También Keyserlyng "El Mundo que nace" pag 20. -

CAPITULO

Sumario: El concepto frente a la intuición de la experiencia jurídica.- Exigencia del concepto para la constitución lógica de la Ciencia.- El concepto como elemento racional, transferible.- El concepto individualizador y su función de selección frente a la experiencia.- El Derecho se realiza a través de la Ciencia.- Ideas de Capograssi y Rickert.-

Dijimos que no terminaba la labor de la ciencia con la tarea descripta anteriormente de conocimiento intuitivo de la realidad jurídica inmediatamente conocida; pero si termina en cambio sin embargo un límite inconfundible, por lo menos en lo principal la primera etapa de la actividad de la ciencia jurídica o jurisprudencia técnica que nosotros calificamos con la denominación de JURISLOGIA; y en cuya realización intervienen por la interferencia de los métodos, resultados de las ciencias afines como pueden ser la Sociología, Psicología, Psicoanálisis, Economía etc, pero reflejando el claro sentido jurídico. Capograssi ha presentado mucho de este trabajo de conceptualización cerrando el ciclo de la actividad de la ciencia que va de la acción a la concepción de la acción y de ésta a una nueva concepción.

Esta tarea posterior la reconoce también Rickert en cuanto se refiere a la ciencia de las ciencias de la Cultura, particularizándose con el trabajo de la ciencia histórica y dice: la historia, en cuanto que es ciencia, excluye así mismo la intuición inmediata y la transforma en concepto; pero trata de conservar la individualidad; pero la historia como el arte, están desde luego más cerca de la realidad - que las ciencias naturales - porque cada uno de ellos no aniquila más que un aspecto de la intuición individual (en la conceptualización), pero mientras para el arte lo esencial es la intuición, para la historia lo es el concepto.

Debe decirse lo mismo de lo jurídico en cuanto que ciencia cultural esté comprendido en aquellos conceptos del autor y que Capograssi estructura para lo jurídico destacando esta ulterior tarea de la ciencia luego de haber dejado probado la certeza y verdad de aquella primera etapa, así: "Hay una determinación ulterior de la modalidad típica de la ciencia en el proceso que la conduce a conocer el derecho, se debe examinar la estructura de la controversia y su significado en la historia de la acción. Por eso la controversia no es otra cosa que un ataque y una crisis de la acción, una crisis derivada, bajo la experiencia de un conflicto de intereses de un verdadero y propio contraste de principio, del dudoso principio que domina la experiencia, porque resolver el problema de verdad que el contraste de intereses sobrelleva significa asegurar la racionalidad profunda de la acción y en consecuencia reconstruir la experiencia como experiencia jurídica. Paralelamente a la controversia de esta intuición fundamental, es que la experiencia debe ser guiada de un valor de verdad; y el análisis a la cual es sometida la acción, donde se encuentra el principio regulativo implícito, que es su más profunda esencia, al que debe obedecer, por ser verdaderamente su igual; éste trabajo de investigación y de explicación no es otro que el concepto analítico constructivo propio de la ciencia. Por eso que cuando la ciencia nace como actividad autónoma y se atiene en tanto a su función independiente y teórica; no hay en el proceso del conocimiento nada de nuevo, nada que no sea incito en el profundo acto de autonomía y de soberanía por el cual el intelecto resuelve la controversia. Sobre esta particular características de la segunda etapa de la activi

vidad científica o sea aquella reelaboración del material de la experiencia jurídica inmediata; con elocuentes manifestaciones empíricas que lo confirman las formas seguras en que principios fundamentales del Derecho alcanzaron la plenitud de su efectividad; por ejemplo el que causa un daño está obligado a repararlo; dar a cada uno lo suyo vivir honestamente y muchos otros cuyo conocimiento la ciencia reveló en forma más precisa, en conceptos aun cuando no obstante su validez a priori, no hubiera sido demostrada, ya se habían manifestado en la experiencia jurídica en cuanto animaban la dirección o sentido del proceso realizador del Derecho.-

Por ello afirma el autor que cita así: "El científico en suma no hace más que continuar la operación inaugurada por el Juez con la resolución de la controversia" y en cuanto a ésta segunda actividad de la ciencia que ha de revelarnos en formas racionales, lo irracional que se manifiesta en la experiencia inmediata que conoce por la intuición y domina en conceptos, dice Capograssi respecto a su función posterior cronológicamente a la experiencia, aunque a priori por su validez: "que ella surge con la aparición del intelecto en la historia de la acción, la ciencia realiza su operación con carácter analítico constructivo siguiendo la forma del conocimiento abstracto o más exactamente siguiendo aquél típico procedimiento del conocer que es de finido en la abstracción".-

Conforme a las ideas de Capograssi aquella abstracción, referida a la perspectiva general de la experiencia jurídica inmediata, conocida intuitivamente, sería algo así como una explicación puntualizada, agregaríamos nosotros metódica y condicionada de la verdad implícita del hecho, ~~se~~ ~~de~~ determinado, y que es evidente debe resolverse en un momento-momento del proceso científico-en el momento culminante del proceso cognoscitivo -de análisis profundo y conceptualización universal-explicativo de la implicancia sujeta a la experiencia. Con la determinación de esta fase ulterior de la tarea de la ciencia-abstracción y conceptualización se viene a aclarar dice el autor-" la naturaleza gnosocológica y el valor de aquel descubrimiento fundamental del intelecto: el ordenamiento racional intrínseco, la unidad racional de la experiencia; que en cuanto experiencia jurídica apprehendida intuitivamente constituye la primera etapa decisiva en la formación de la ciencia.-

Corresponde en consecuencia una vez que queda deslindada esta segunda etapa de la actividad de la ciencia investigar los principios que se inspira y los elementos de que se vale para realizar su trabajo; de la misma manera que hemos visto las características de aquella primera etapa inicial, con la cual todo ulterior conocimiento científico debe guardar estrecha relación si quiere ser en cuanto científico, cierto, auténtico y verdadero.-

En su segunda etapa la ciencia verifica ~~en~~ el conocimiento intuitivo primero, para ganar en la validez de sus conceptos racionales la universalidad de que aquella carece, mientras no sufra este paso forzoso ~~no~~ por el tribunal de la razón, ante el cual se legitima como decía Heussen o lo que afirma Kaysenlig(1) de intransferible debe hacerse transferible

(1) Q mundo que nace pág. 20...

porque transferible solo es lo racional.-

Y el sacrificio consiste en que la realidad aprehendida, rationallymente como una muchedumbre incalculable, ~~xxxxxx~~ continua y heterogenea deviene en la ultima etapa de la ciencia reelaborada, racionalizada, discreta y homogenea complejo racional que en estrecha relacion con la experiencia juridica inmediata, recoge de esta lo significativo e importante, individualizandola y refiriendola a valores que la imprimen su sello universal.-

Así en esta etapa ulterior se viene a aclarar-dice Capograssi-en modo concluyente el procedimiento propio del conocer de la ciencia y esta toda ella impregnada sobre estas dos premisas: el intelecto discursivo nocional a travez de la abstracción, tiene capacidad cognoscitiva y no meramente práctica-formación de cursos o esquemas útiles-la función cognoscitiva del intelecto supone una más profunda actividad del espíritu que facilita y alimenta el trabajo de aquel (el intelecto). De aca el caracter de ambigüedad reconocido a la abstracción, de la cual de un lado se define al punto con el cual el acto del espíritu que vive la idea humana (racionalidad intrínseca de la experiencia) llega a descubrir con el intelecto la esencial riqueza del movimiento igual de la acción puntualizada y concreta: de otro lado la abstracción se confiesa insuficiente para comunicar con la originalidad más profunda de la vida, y debe ser integrada en una conciencia de naturaleza diversa de aquella noción discursiva, y esta dada en una conciencia intuitiva inmediata".-

Según esta manera de actuar de la abstracción segun la describe Capograssi quedan confirmadas plenamente las tesis sostenidas respecto de la intuición y el conocimiento discursivo racional o científico, por Meussen y Rickert en cuanto reconocen al primero, pero exigen su legitimación ante el tribunal de la razón ~~del primero~~; el sacrificio de partes de su conquista, el segundo y la integración de ambos conocimientos en la forma que lo vimos en Capograssi, y que constituye el punto de vista cierto y verdadero, aquilatado en las tres opiniones que citamos y que los sostenemos en este trabajo desde su comienzo, como la única verdad en torno a la actividad que la ciencia realiza, para adquirir un poder sobre lo real explicándolo todo. Todos coinciden en que el comienzo de nuestro conocimiento para ser verdadero y cierto conocimiento debe iniciarse con una "conciencia intuitiva inmediata".-

Más como ya anticipamos éste particular punto de vista, no es acaso lo único que Capograssi desarrolla en su trabajo, pues como lo dijimos su sistema se completa con una original postura filosófica que su comentarista Marchello refiere así: "Y ciertamente exacta es la perspectiva de la abstracción delineada por Capograssi cuando, reconociendo la dificultad para el pensamiento moderno coloca la solución sobre el plano de una filosofía de la insuficiencia; que consiste en una concepción metafísica de lo real que encuentra su base en la certeza de la imperfección del conocimiento humano; entretanto moviéndose en las constataciones de esta insuficiencia, es posible ver no solo la utilidad, sino la necesidad de la abstracción en la vida de la experiencia, en su proceso de concepción y de adecuación de la verdad que le es implícita".-

Pero es posible realizar la descripción de los elementos característicos de la conceptualización de la realidad, como así de la actividad del espíritu y del intelecto ~~que les anteceden~~, sin seguir forzosamente éste camino que Capograssi señala partiendo de esa premisa, porque ello implicaría saltar fuera del tema, y caer en la de temas más generales de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía, lo cual si interesante, daría demasiado extensión á ésta ya larga exposición.-

Solo debemos tener en cuenta aquí las premisas que en la primera parte de esta obra estudiamos sobre las ciencias de la Cultura, que necesariamente deberán condicionar, en cuanto el Derecho es ciencia cultural, la actividad de esta ciencia para adquirir poder sobre la realidad que investiga y en consecuencia, en esta segunda etapa del conocer de la ciencia que se caracteriza por un análisis profundo, de la realidad conocida en la primera etapa por intuición y una transformación y simplificación de esa realidad en conceptos, que constituye así la explicación que la ciencia debe dar de su material, de la vida; tarea esta que en el Derecho adquiere a juicio de Capograssi un relieve particularísimo en el hecho que tal "función individualizadora" representa la consolidación (o diríamos, la consagración en la zona racional) de la acción igual jurídica que reconociendo su insuficiencia, viene por este proceso racional a mirarse frente al espejo de su igualdad esencial, en cuya circunstancia y al identificarse se completa de sus manifestaciones reales subjetivas, todas sus imperfecciones en este acto integrativo, que se resuelve en una identificación de la manifestación real de la experiencia jurídica con la igualdad esencial que el intelecto y el espíritu han extraído. "Función fundamental de la cual se colegiría—dice el autor—toda la importancia cuando se piensa que el mundo de la acción sin el sólido y preciso signo del concepto, se sumergirá en un continuo, en un flujo perenne e indistinto en la que la conciencia práctica no hará resurgir más la individualidad de la experiencia jurídica."—

En consecuencia aparece clara la función de la razón, en esta etapa posterior de la ciencia jurídica, cuya autonomía y justificación queda demostrada, y que su síntesis consiste en expresar y Reducir la experiencia jurídica inmediata que se aprehende en aquel conocimiento intuitivo inicial que la entrega para su ulterior elaboración a la razón; elaboración conceptual sin la cual la experiencia jurídica, la realidad jurídica inmediata pasaría perpetua y constantemente de mano en mano sin poderse concretar "vale decir escaparía al dominio que puede someterla el hombre con el auxilio de este proceso ulterior de la ciencia, poniendo límites dentro de su producción o manifestación constante e incalculable, y adquiriendo así un poder sobre ella, que permite decir lo que ella es esencialmente, en la profunda verdad que lleva implícita, y oculta a la mirada superficial y despreocupada; verdad que es el punto final o la meta heroica de la ciencia. Verdad que hallada torna científico el conocimiento.—

Surge pues una vez más la importancia trascendental de la experiencia jurídica inmediata para la ciencia—en cuanto en ella se justifica la misión de la ciencia, en tanto guarda la verdad, que esta debe expresar y explicar con claridad y univocidad—y lo que importa la ciencia para la experiencia en cuanto su tarea no se agota en adquirir poder sobre ella sino resguardándola en una verdadera propia y peculiar función constitutiva—como dice Capograssi—; que últimamente refleja la esencia de la experiencia jurídica cuya reconstrucción se realiza en la ciencia en un proceso similar, al de nacimiento y formación de la experiencia jurídica.—

"Es una demostración—dice el autor citado—singularmente significativa de la necesidad de esta función individualizadora y definidora de la ciencia, por lo que en la experiencia jurídica se ha considerado el problema de la distinción de lo jurídico, de lo útil y de lo moral; la peculiaridad del mundo jurídico es puesta a las luces del análisis—del inventario—de la ciencia, en cuanto esta selecciona aquello que tiene de característico, de puntual de la situación jurídica, que la experiencia constituye por sí sola. No se ve otra vía, no se ve otra observación para resguardar la experiencia jurídica en su aparecer

como tal, hacia la cual apunta la ciencia; que la ciencia con el suyo igual existirá de la experiencia—es el signo y la prueba de la realidad y de la autonomía de ésta experiencia. Esta típica función de defensa y de verdad de la experiencia de parte de la ciencia no es menos pura, por otra parte, por la opuesta dificultad intrínseca, esto es la oposición de la invariabilidad del concepto y de la insegura variación de la vida jurídica. De frente a ésta profunda indecisión práctica, a ésta aparente antinomia, el trabajo de la ciencia se reduce a atender así, a la demostración o testimonio, por demás persuasivo de esta su originalidad, dirección en virtud de la cual la ciencia refiere la experiencia particular, a la conexión fundamental y a la unidad de la experiencia haciendo posible la inclusión de la acción y la dirección incesantemente renovada y diversa del sistema unitario de la voluntad objetiva. "Incesantemente renovado y diversa, en virtud de la influencia de los valores y el cambio de preferencias valorativas.—"

Sigamos ahora la exposición de Capograssi, en el punto en que más agudamente demuestra lo incompleto del concreto, afirmando la función individualizadora de la ciencia jurídica, cuando dice: Esta iniciativa individualizadora de la ciencia, por la cual, la innovación entra en el mundo jurídico, por su referencia a la unidad de la experiencia, fija el valor de la propia posición y en ella realiza la propia esencialidad jurídica; esta iniciativa de la ciencia lleva en sí un elevado significado espiritual: demuestra lo incompleto del concreto, lo incompleto de la existencia. Referir la novedad a la unidad de la experiencia significa apuntar la novedad nacida como particularidad, nacida en su estado inmediato ~~xxxx~~ como defecto y porque tiene la necesidad de un acto del pensamiento la recoge verdaderamente en aquella totalidad del mundo ideal solo en el cual ella ha significado un valor jurídico. Pero en el acto igual en que la ciencia se pone como crítica de la experiencia inmediata, ello revela lo incompleto de esa operación y la superación de esta posición incompleta, salvando la infinidad del concreto, con tal demostración de que la esencia implícita de esa forma nueva y de esa nueva dirección, es propiamente la tendencia que tiende a superar su particularidad y realizar en su igual el mundo unitario de la experiencia".—

Y es aquí donde resalta con mayor evidencia que por esta "su fundamental función individualizadora y unificadora" como así de simplificación y transformación de la realidad, que se reelabora en ésta ulterior etapa de la ciencia; que se puede afirmar verdaderamente que si la ciencia jurídica que se realiza; puede categóricamente afirmarse también la verdad profunda que Capograssi enuncia de que " el Derecho no se realiza sino por intermedio de la ciencia, esto es por el pensamiento reflexivo que incesantemente revela describe y traduce la síntesis (transformación y simplificación) en la idea constitutiva y el hecho de la vida".—

~~xxxxxx~~ Cuan lejos nos hallamos a esta altura de la exposición de la negación del Derecho como ciencia o de toda posibilidad de serlo; precisamente en circunstancias en que solo es posible tal Derecho y el dominio de la experiencia jurídica; por la Ciencia jurídica.—

Por ello dice el autor que " la autoridad de la ciencia es altísima en este sentido, aunque por una profunda coherencia que demuestra toda superioridad moral y su profundo candor; en lo que ha querido negarse una participación explícita y directa en la formación de la voluntad objetiva que constituye el ordenamiento".—

Y aquí es donde ya se solara definitivamente el panorama, a la vista del jurista avisado que tiene una profunda confianza en el trabajo que realiza, y es que esa la verda del sistema jurídico, para que los ojos puedan ver más allá la realidad jurídica en su pureza, y pura manifestación y el proceso desnudo de la ciencia para aprehenderla inmediatamente y transformarla luego en conceptos, revelando la profunda verdad que lleva implícita.-

Desde este punto de vista los ordenamientos jurídicos, como complejos racionales puestos dificultaron doblemente la visibilidad del problema y su solución, en cuanto escondiendo el propio ^{trabajo} de la ciencia fueron tales sistemas de normas tomados por objeto de la misma, o sea que la ciencia abandonando el dato real de la experiencia jurídica inmediata; ponía como dato de sus investigaciones, su propio producto, o sea su elaboración conceptual cristalizada en un complejo racional y concretado en una forma de Derecho de acuerdo con la técnica jurídica; todo lo cual desviaba la creación de su propio cauce, la alejaba de todo contacto con la realidad jurídica, con la cual como hemos visto debe guardar estrecha relación y contacto o conexión la labor y producción de la ciencia, si quiere ser auténticamente verdadera.-

La ciencia-dice Capograssi-como se ha visto-refiriéndose a su ejecución anterior-no tiene necesidad de hacerse en la forma de una fuente positiva del derecho, por ser reconocida en el ~~xxxxx~~ corazón igual de la experiencia jurídica. Por esto es que en la historia del derecho se testimonia que en su tarea la ciencia jurídica, en la realización y custodia de sus conceptos aprehende y domina la fugitiva manifestación de la experiencia jurídica; lo cual hace posible la historia porque está propiamente unida a la ciencia; afirmar, recordando la profunda continuidad de la vida y el proceso de todos los altibajos y la discontinuidad del concreto, que la historia del derecho presenta".-

Todo esto concluye a juicio del autor "por descubrir la profunda inherencia de la ciencia y la vida el como y el porque, el proprius quid de esta inherencia. Con tal predicación -agregado- se viene a comprender como el carácter contradictorio y antinómico que la ciencia asume de frente al propio objeto (exegesis o construcción autónoma) medio o fin que esta suposición de continua inquietud y problemática deriva de la naturaleza igual de la experiencia jurídica, de la cual la ciencia no es otra cosa que un reflejo fiel. La ciencia del derecho reproduce aquí en cierto modo en la sede del pensamiento reflexivo el procedimiento explicativo de la acción, en la cual consiste propiamente la experiencia jurídica... Dato que hace jurídica la experiencia es la afirmación frente a la particularidad del querer singular, de una voluntad objetiva que puede aparecer externa y conctiva en la forma de una dirección heterónoma (concción del Estado) Se revela en su esencia como la verdadera igualdad implícita de aquella posición particular, de la voluntad".-

A esta altura de nuestro trabajo ha quedado demostrado que la tarea de la ciencia es " propiamente como lo afirma Capograssi revelar la intrínseca verdad implícita de la acción traduciéndola en la forma conceptual adecuada" forma conceptual esta última cuyos lineamientos fundamentales conocemos por Rickert, que aquí describiramos en forma sintética, para enlazar el sentido de esta formación conceptual con el contenido de la ciencia jurídica o sean los conceptos fundamentales y accesorios o secundarios que se postulan en las normas generales, e incluso en las normas individualizadas; siguiendo el idéntico proceder que en el legislador, es tan jurídico como en el Juez, y en el funcionario administrativo.

Hemos visto en el capítulo precedente que la intuición es el conoci-

siento que nos pone en contacto con la verdad implícita de la experiencia jurídica que se manifiesta en la experiencia común; y nos revela lo más íntimo del contenido del acto de vida, que la ciencia investiga en su aspecto jurídico.-

Pero éste conocer que se da también inmediatamente, aunque ya que debe legitimarse como decía Heussen, ante el tribunal de la razón, y la legitimación claro está, consiste en reconocer su existencia y validez: talia que pasa en la actitud ulterior de la ciencia, integrando sus elementos cognocitivos y plasmándose bajo la forma de conceptos transferibles. Es esto la conceptualización de la experiencia jurídica inmediata, que por la intuición inmediatamente conocemos.-

En la intuición aprehendemos, la experiencia jurídica inmediata, con sus elementos dispersos o unidos, pero con la noción de que es extensa, infinitamente calculable, múltiple, en el rápido proceso de su captación, apenas la integramos sobre la marcha, con los principios que poseemos del conocer elemental; pero al intransferible e irracional es éste conocimiento, tiene la virtud de ser el único, que llegue al corazón, a la verdad de la experiencia jurídica en su particular individualidad. Luego en la conceptualización se dan los elementos necesarios con que se realiza el análisis crítico y profundo del contenido, la "vivisección" y selección del material experimental, pero a esta tarea ulterior de la ciencia le es muy difícil por sus propios medios casi imposible, mantener un contacto permanente y verdadero con la experiencia jurídica, por lo que necesita de la intuición; a menos que prefiera reducirse a un conocimiento meramente formalista.-

Como afirma Dickert: "por consiguiente, en el concepto trascendente de la verdad, en todo caso, tendrá la lógica que considerar el conocer ante todo, no como un reproducir o copiar la realidad, sino como un proceso que mediante el concepto transforma el material representativo inmediatamente dado, pues tal es el único proceso directamente susceptible para la lógica y por el cual ha de surgir esa copia de la realidad trascendente que se busca".-

Más esta necesidad señalada, conjuntamente con la de legitimación de la intuición, o lo que es lo mismo de transcripción en conceptos; requiere la exposición de los elementos que la integran y en la cual hemos de advertir como lo irracional se hace racional, como lo intransferible se hace transferible, como lo conocido por intuición se conoce científicamente.-

La conceptuación.-

Ya hemos visto respecto de la teoría que considera el conocimiento como una reproducción o copia de la realidad, toda la argumentación de Rickert en su contra (párrafo....) que concluía con la afirmación de que la teoría de la reproducción o copia de la realidad plantearnos como cognoscentes un problema insoluble, porque "si algo ya realizado y cumplido puede legítimamente ostentar la pretensión de ser un conocimiento, habremos de atenernos para el concepto inmanente de la verdad á la afirmación de que el conocimiento no es una reproducción sino una transformación, y - podemos añadirlo- siempre una simplificación comparada con la realidad misma.

Hemos de seguir los lineamientos fundamentales de la teoría de la conceptuación que desenvuelve Rickert, pero sin incurrir en una repetición en extenso de lo expuesto ya solo insistiremos aquí en lo fundamental para seguir el hilo de nuestra exposición.-

Debatida por el autor cit de la tesis de la reproducción o copia de la realidad, y admitido que ésta transforma y simplifica la realidad, se plantea el problema de la irracionalidad de la realidad y en qué forma puede hacerse o llamarse racional.-

Un análisis de la forma en que se manifiesta la realidad, ha de darnos la pauta, no solo de ésta manifestación sino de lo que se opera con el conocimiento científico o con la conceptuación de la realidad dada. Muestra que "si consideramos con atención a un ser o suceder cualquiera, dado inmediatamente, podemos con facilidad darnos cuenta de que no encontramos en él ningún límite estricto y absoluto sino que por doquiera hallamos tránsitos paulatinos. Esto obedece al carácter intuitivo propio de toda realidad dada. La naturaleza no da saltos. Todo fluye" sostiene que éste vale tanto para lo físico como lo psíquico, para toda forma extensa en el espacio o que llene un tiempo; concluyendo de aquí que debe caracterizarse como la continuidad de ^{todo} lo real. Agregado á esto que no existe en el mundo cosa o proceso (1) que sea perfectamente igual a otro sino que es solo más o menos semejante;" y aun dentro de cada cosa de cada proceso, distínguese a su vez la más mínima parte de cualquier otra parte, ya sea próxima ya lejana en el espacio o en el tiempo. Así puede decirse que toda realidad presenta un relle peculiar, propio individual. Nadie es capaz de sostener que ha tropezado nunca con algo absolutamente homogéneo en la realidad. Todo es diferente. Y esto-lice-podemos formularlo en el principio de la heterogeneidad de todo lo real.

(1) Es aplicable esta conclusión á nuestra afirmación de caracterizar el proceso de cada ciencia para captar la realidad inmediata con un Nombre especial, por cuanto el proceso de cada ciencia es diferente del de otra.-

Continuidad y heterogeneidad imprimen a la realidad un carácter de irracionalidad; y por ser continua y heterogénea, resultale imposible al concepto aprehenderla tal como ella es; por lo que si se plantea el problema de reproducirla, el concepto se manifiesta impotente, y la conclusión sería un escepticismo absoluto.-

La conceptualización científica no puede ser sometida a semejante problema, y afirma que lo que hay que plantearle es lo siguiente: como llega a adquirir poder sobre lo real?.-

Y esto es precisamente la esencia de la conceptualización que para el autor está próxima: solo mediante una separación conceptual de la heterogeneidad y de la continuidad puede la realidad hacerse racional. Lo continuo se deja dominar por el concepto tan pronto como es homogéneo y lo heterogéneo se somete al concepto cuando podemos hacer cortes en él, esto es cuando lo transformamos de continuo en discreto. De esta suerte abrese ante la ciencia dos caminos opuestos para formar sus conceptos. La continuidad heterogénea, que reside en toda realidad, se transforma o/ra en continuidad homogénea, o/ra en discreción heterogénea. En cuanto esto es posible, puede la realidad llamarse racional. Seguirá siendo irracional solo para el conocimiento que quiera reproducirla sin transformarla.

Pero no queda con ello explicado el punto de partida para que opere tal conceptualización de la realidad, lo cual lo hace en páginas subsiguientes, refiriéndose en principio a las matemáticas que operan con objetos ideales y operando al mundo irreal de las cantidades puras el mundo real cualitativamente determinado. Y decir así, pues, si queremos mantener las cualidades, y con ellas la realidad, tendremos que atenernos a su heterogeneidad; pero entonces será preciso hacer cortes en su continuidad. Solo en una ciencia puede surgir la ilusión de que a pesar de todo concibe ella sin residuos, plenamente, la realidad; y es - por motivos fáciles de comprender- la física matemática por eso el racionalismo moderno, que considera lo real como enteramente concebible, se ha asentado principalmente en ella. En efecto la física se ocupa sin duda alguna de un ser real y sin embargo, parece como si por virtud de la aplicación de la matemática lo discreto en que la física tiene que dividir la realidad heterogénea, se termina de nuevo en un objeto continuo, y, por consiguiente, dijérase que la continuidad heterogénea de la realidad misma es recibida en los conceptos. Pero dejando por ahora a un lado este caso único, consideremos las demás ciencias de la realidad. Tienen que contentarse en todo caso con una parte relativamente pequeña de la realidad; su conocimiento no puede ser, por lo tanto; más que una significación; nunca espero, una reproducción del contenido real".-

Pero al plantear el problema de que toda crítica-que no *sea* las *fronteras matemáticas* -dejad residuos, captando solo una pequeña parte de la realidad urge determinar, lo que hace el autor, que *esa* pequeña parte ha de ser lo significativo e importante, para lo cual la ciencia deberá disponer de un criterio de selección, que no caiga en vulgaridades anticientíficas y que el autor propone en lo que él llama la "avaloración".-

En este sentido "avalorar" no significa poner valores ni valorar sino referir de lo real lo significativo e importante a valores puros y de cuya validez nadie duda o que por lo menos tienen asegurada general adquisición o absoluta universalidad (Sobre más detalles del sistema de Rickert véase el comienzo capítulo.....).-

Es así que en tanto el orden jurídico, se manifiesta como una graduación de valores puros toda la realización del derecho está presidida por un

referirse
 a los fines, lo que cobran en el esquema de la ley múltiples significaciones autónomas e independientes, de ~~esta~~ psicológico del legislador que hacen directamente a las tareas del Juez, y que en cuanto a la Jurisprudencia, se le plantea el interrogante de su variación respecto del caso similar como una contradicción anticientífica, cuando solo obedeció al supuesto lógico y necesario de cambiar la dirección en tanto cambiaba el orden de preferencias valorativas, lo que es perfectamente científico.-

Todo esto dicho y realizado en la ~~ciencia~~ jurídica, sin perjuicio del aspecto normativo del Derecho, cuya lógica formal ha sido aportada magistralmente por Kelsen y que no afecta este proceder de la ciencia, como así su objeto por cuanto aquella a diferencia de la Ciencia jurídica tiene por objetos los conceptos.-

Pero si admitimos que el concepto jurídico de acuerdo con su estructura lógica establece un deber ser debemos admitir no obstante que el orden jurídico es una gradación de valores que en orden jerárquico estructuran el orden jurídico y a tales valores esta referida la experiencia jurídica que en cuanto experiencia humana es valiosa y tiene un sentido, que es el que la Ciencia jurídica debe conocer.-

Por ello nos ratificamos en lo hasta aquí expuesto, pues estimamos el aporte lógico formal como una contribución valiosísima en la forma expuesta por Kelsen, pero debemos considerar que no ^{es} ella toda la lógica que hará posible la constitución de la Ciencia jurídica pues falta en ella establecer en forma llega la Ciencia al concepto y cual sea el principio formal de esa conceptualización.- No se agota pues en aquella fórmula lógica, ni el objeto ni el contenido ~~de la misma~~, ni el propio conocimiento de la Ciencia jurídica.- La forma lógica es la estructura -indudablemente- que lo informa todo al Derecho, y cuyo conocimiento permite moverse con seguridad al científico en la investigación de las ramas del Derecho, por ello cuando se pretendió que el Derecho podía reducirse a esta forma lógica, que solo traduce un aspecto del conocimiento jurídico, por cierto uno de los más necesarios, pudo con razón manifestarse insatisfecho el jurista que tiene sobre el particular otros problemas a los cuales no alcanzaba, aquella formulación en los términos que se la presentaba y así es que Saucer pudo decir: Una doctrina harto extendida en nuestros tiempos, pero notablemente relegada a segundo término en nuestra "época social", sitúa al comienzo de toda teoría del Derecho y convierte en noción central de la Filosofía jurídica la "proposición jurídica", la norma de Derecho.- Según esa concepción el Derecho no es más que un conjunto de normas.- El interés máximo de esta teoría (elaborada primeramente como "teoría normativa" por Binding, después por Kelsen y trasladada erróneamente al reino cultural por Mayer), consiste en la investigación de la estructura lógica de la proposición jurídica: juicio hipotético (hecho -consecuencia jurídica) concepto del Derecho, definición del Derecho; luego en la distinción entre normas afirmativas y negativas y dentro de las afirmativas entre permisivas prohibitivas e imperantes. Tal lógica jurídica constituye un instrumento técnico importante para la elaboración de las disciplinas jurídicas particulares" (1).-

Debemos sin embargo consignar que la severidad de la crítica dirigida por Saucer a la Teoría pura del Derecho, o a sus antecedentes "la teoría normativa" pierden notablemente su actualidad frente a la clara exposición del Dr. Corsio en uno de sus últimos trabajos (2) en los que admite que la Ciencia jurídica no reduce a la Lógica jurídica aun cuando esta es esencial para su constitución, pero que debe integrarse con la Logística y la

(1) Saucer Wilhelm: op. cit. página 242

(2) Corsio Carlos: La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho. 1941

Estimativa jurídica, en cuyo trabajo se hace resaltar la misión y el lugar que ocupa la Lógica, lo mismo que los demás elementos que nos hemos referido, y respecto de la Estimativa se establece el papel que juega la gradación de valores que supone el ordenamiento jurídico.-

Y hemos creído necesario referirnos a este aspecto normativo de lo jurídico, a la lógica jurídica; por cuanto podría objetarse que este aspecto ha sido descuidado por Rickert al referirse a las Ciencias de la cultura, entre las cuales cuenta el autor, el Derecho; y esto deberá observarse inmediatamente si se tiene en cuenta que Rickert, se preocupa de la distinción metodológica de las ciencias naturales y culturales, estableciendo para estas últimas, que a diferencia de las naturales que lo tienen de antiguo; un principio formal de conceptuación, o sea la referencia a valores, como *apriori*, mediante el cual puedan las mismas practicar la selección de la realidad dada inmediatamente, destacando lo significativo e importante de la misma, lo cual caracteriza el concepto, que elaboran las ciencias culturales para hacer racional, la realidad irracional, como transformador y simplificador de la realidad misma, y particularmente destacando su función individualizadora, en la que estriba la distinción fundamental con el concepto generalizador de las ciencias naturales.-

Es indudable que en este trabajo, y el propio Rickert lo reconoce no puede detenerse en las particularidades de cada una de las Ciencias denominadas culturales, y mucho menos en las necesidades técnicas de su estructuración y sistematización, por cuanto el se limita a establecer la distinción metodológica preocupándose especialmente en destacar los límites de la conceptuación de la ciencia natural; y la metodología de las ciencias culturales.-

Pero las líneas fundamentales por él dadas son seguidas por el proceder de la Ciencia jurídica en torno a su objeto y así se manifiesta en *Ex Sauer*, *Capograssi*, lo mismo que en *Vierckant*.-

Cosa distinta al proceder de la ciencia en torno a su objeto por conocerlo y dominarlo, es la estructuración de su contenido, por cuanto ya esto significa la presencia de un complejo de conceptos, que representan la realidad jurídica; los cuales han de sistematizarse y en cuanto se refieren a una realidad variable, y en cuanto conocidos deberán realizarse *Ex* en las nuevas manifestaciones de esa realidad, deberá necesariamente establecerse, también las formas sobre las cuales se desplaza esta realización.-

Todo esto era desde luego tema que Rickert no se propuso tratar, puesto que hubiera debido detenerse en la Ciencia jurídica, para considerar elemento peculiares del Derecho, particularmente cuando se le observa en su manifestarse externo y coactivo, pero que no comprende al Derecho, sino tan solo su aspecto normativo.-

C A P I T U L O

Sumario: El conocimiento de la realidad jurídica en el análisis de Capograssi.—Justificación crítica de su posición.—La visión inmediata de la realidad y la visión sistemática.—Necesidad de entender la vida La abstracción.—

La verdad evidente, consagrada de antiguo que todo entendimiento no regulado por la razón, es facultad subjetiva y no objetiva del conocimiento; por cuanto solo la razón como última fuente del conocimiento puede conocer y adquirir dominio sobre el objeto en su unidad, totalidad y relación universal y permanente de sus propiedades.—

Más como toda verdad, de cualquier índole que sea, es preciso que sea vista en conciencia; que sea el conocimiento verdadero y cierto para poder considerarlo como base de todos los demás criterios; ocurre en consecuencia, que si bien hemos visto que si por una parte la ciencia jurídica en la aprehensión inmediata de la experiencia jurídica en su momento inicial de vida se vale del conocimiento subjetivo, de intuición, que una elemental exigencia epistemológica hace legítima ante "el tribunal de la razón" lo que se realiza en concreto en el concepto que domina, transforma y simplifica la realidad circundante, empobreciéndola y haciéndola racional; corresponde sin embargo hacer el análisis de ésta manera o modo metodológico con que operan las ciencias jurídicas de suerte que pueda afirmarse, su carácter científico simplificador de la realidad, alejando toda sospecha de mera especulación de la razón, alejada de la realidad que pueden hacer del conocimiento científico mera idea o ilusión:—

Este interrogante sobre el valor crítico del conocimiento así realizado preocupa a la posición del autor de las ideas que seguimos en la descripción del movimiento que la ciencia realiza en torno a la realidad jurídica; y se pregunta por su validez; del momento que ha sido confeccionado por él al margen de toda preocupación especulativa, pero afirma que no obstante ello, cree legítimo resguardar desde un punto de vista especulativo, el resultado obtenido en la forma anteriormente descripta. "Porque es evidente—afirma que la indagación si no es constituida según el principio de la crítica especulativa es precedida de la forma del pensamiento inmediato, pero vista como tal, como pensamiento inmediato, no hay duda que en su resultado sea perfectamente comprensible por el pensamiento crítico y sobre todo porque la calificación de crítico, no puede significar cosa diversa del pensamiento totalmente concebido así, esto es verdadero e integral pensamiento".—

El autor revela que la experiencia jurídica como experiencia inmediata viene a ser concebida por la ciencia, la que resalta su valor distinto individual frente a la vida del espíritu, con lo cual resalta su carácter polémico; más no por ello pierde el propio trabajo de encontrar el método empleado por la ciencia para realizarlo su carácter descriptivo; pero el primer aspecto es en Capograssi el que da a su originalidad fundamental; y que veremos a continuación por ser también el justificativo crítico de nuestra propia posición frente al problema del Derecho como objeto de consideración científica.—

Para fijar su posición en el problema comienza Capograssi—según su comentarista— por criticar el automatismo especulativo y remarcando la "necesidad de una visión inmediata de la realidad" la cual es substituida en el proceder puramente especulativo "por una visión sistemática" tratándose en cambio en el primer paso del pensamiento de ver exactamente y no sistemática

nente. " Resulta- dice-juntamente que hay que expresar una profunda exigencia de nuestra cultura: que ella debe entender la vida, la acción, la experiencia en su peculiaridad inmediata de aquí que no está en contra del pensamiento reflexivo"(1).-

" El método que ésta posición coloca en primer término, es un método descriptivo: una descripción que no participa de la pasividad mecánica y que no se torna fotográfico; es una dinámica de profundización y de explicación de principios implícitos en la acción, esto es tiene un carácter netamente inventivo". Invención en el movimiento igual del hacerse de principios secretos a los que el movimiento obedece inconscientemente, descubrimiento en suma de la estructura implícita de la acción, operada en el acto igual en que la acción se completa" Procedimiento éste que no se manifiesta, hemos visto, como inventiva en Vierkant, sino como un revivir la experiencia ajena por cuanto existen según habíamos visto igualdades fundamentales en la vida del alma lo que hace que podamos comprender el movimiento de una vida ajena. Es aquí precisamente donde ocurre se hacer el extraordinario aporte, que es necesario recoger mediante un reconocimiento de la interferencia de métodos, los resultados de la psicología profunda o del psicoanálisis, para comprender la objetividad de la acción por la unidad fundamental de la personalidad, que ha de revolverse no solo en el conocimiento de sus actos conscientes, sino que habrá de integrarse con un sondeo inevitable del subconsciente, en el que parece radiar el impulso motor de la acción(2).-

" Es por eso- afirma- que éste conocer por intuición por decir esotivo de la experiencia, en el acto igual en que se concreta, no es otro que la fuerza embriónica de conocimiento que acompaña necesariamente el hacerse en cuanto se hace espiritualmente agitado, y no acompañadamente mecánico de una fuerza bruta. Pero éste conocer inmediato ésta concepción intuitiva emocional de la acción tiene su historia: es en una formulación indistinta que éste inmediato conocimiento se encuentra plasmado en cualquier momento del hacerse humano en cuanto tal. Eso viene a asumir en el desenvolvimiento de su historia sucesiva valor siempre mejor, individual y distinto que a poco se rinde a la concepción del propio ser. Así en el proceso de calificación de la concepción de la acción en cuanto a concepción de sí, se asiste de una progresiva determinación del conocer de aquello que se identifica de la experiencia inmediata común a aquello que se da luego en la experiencia jurídica inmediata y de esto atraviesa un ulterior pasaje en un ulterior refinamiento de la concepción de la acción jurídica

(1) Ambos conocimientos se manifiestan como necesarios en Rickert según hemos visto y lo que el concepto mantiene de la intuición.-

(2) Vease: Seguin Alberto C. "Freud: un gran explorador del alma". Adler Alfredo "Conocimiento del Hombre" traducido de la 3a. edición alemana por Humberto Bark. Segunda Edición España Calpe Madrid 1940. Bibliotecas de Ideas de Siglo XX. También Jung C.G. "Realidad del alma" aplicación y progreso de la nueva psicología Editorini Losada S.A. Buenos Aires 1940.-

al conocer propio de la ciencia del derecho (y es al punto por esa tar. gradual calificación de lo interno de la experiencia en que consiste el conocer, que acción y concepción no forman un círculo vicioso sino que son momentos distintos de un único proceso a través del cual pasa y se realiza el concreto proceso de aclaramiento de la concepción, a la cual corresponde una determinación más rica de la acción y vice versa. Ahora es evidente que el conocer propio de la ciencia del Derecho nace como momento, en su momento supremo de la concepción de la acción en cuanto concepción inmediata y emocional, es ligado a esta forma de conocimiento en forma indisoluble. En suma " rientra " - es pura con la distinción adecuada a su modo característico de presentarse - en la postura definida de aquel conocer inmediato. El carácter distintivo del conocer de la ciencia por éste sistema inmediato de conocimiento, es la iniciativa individualizadora de la definición por conceptos, iniciativa teórica que tiene un nombre antiguo en la historia del pensamiento filosófico. El nombre de abstracción, considerada por Capograssi como la forma más alta que pueda ostentar el pensamiento reflexivo; da una ~~xxxxxxx~~ precisa indicación sobre el principio metódico, sobre la modalidad fundamental de la tarea de la ciencia, pero este principio metódico al punto porque hace como determinación de un sistema inmediato del conocer (según cuanto se ha revelado antes) no vale sino en función y en referencia a aquel sistema; con ello se responde preventivamente a la crítica, justa aunque abusiva por la cual se declara (sobre todo en los modernos) la insuficiencia del conocer intelectual, frente a la riqueza e inseguridad del concreto". -

Se supera así para el autor la insalvable dificultad que dejaría al pensamiento fuera de la vida, si éste estuviese encerrado solo en la abstracción; por cuanto la vida es totalidad e interdependencia de todo y centro y fuerza en que se manifiesta. De donde la abstracción "en la cual se define el criterio formal del conocimiento (il proprius quid del conocimiento de la ciencia de frente al conocimiento de la experiencia jurídica inmediata) la abstracción no es pensable sino en su fondo, por decir así, de una realidad concreta; no vale por sí más que en función de una realidad concreta en la cual se encuentra la referencia sustancial". Como el conocimiento inmediato y común tiene una penetración (ya sea pura emotiva y no nocional) de la acción, de la vida cual se da en el acto de formarse ingenuo; así el conocimiento de la ciencia a través de la abstracción no es más que la elaboración conceptual (individual y sistemática) de aquella realidad conocida y penetrada intuitivamente; claramente es la elaboración unitaria del conocimiento intuitivo. La abstracción no es un conocimiento en sí suficiente, mas sí una integración, un trabajo sucesivo que se aplica al resultado del conocimiento inmediato, sin el cual no sería concebible como tal, como conocimiento científico porque resultaría un formalismo del intelecto fuera de la concreta significación de la realidad. Le da de un lado la conciencia intuitiva y común del mundo jurídico, pero aquel conocimiento inmediato sobre el cual constituye la experiencia jurídica común, postula a su cumplimiento la iniciativa conceptual y unificativa de la abstracción á través de la cual sobre tanto la experiencia jurídica esolarena ella misma la propia implícita exigencia de verdad; del otro lado el trabajo ciencia presupone el resultado del conocimiento intuitivo, presupone la intuición, pero el contenido sus

La ciencia hará objeto de su elaboración unificativa a la forma del concepto. Por eso el acto de vida, la acción como realidad viviente en la historia de los hechos humanos, no es tangible a la ciencia sino a través de la intuición de la experiencia común; renunciar o rechazar a esta, significa para la ciencia cortar toda vía de comunicación con la vida. - Ciencia es experiencia; con entonces dos momentos, dos fases, dos grados de un único proceso de conciencia, dos momentos no revisibles, necesariamente sucesivos ideal y realmente, porque el uno es el completo de la exigencia propuesta al otro el cual a su vez representa la premisa necesaria del trabajo del primero. El conocimiento de la ciencia se define entonces dentro del límite del conocimiento inmediato elaboración conceptual de la intuición ingénita de la vida. Se manifiesta así la necesidad de superación de la abstracción en la esfera del conocimiento inmediato. Esta investigación de Capograssi es resaltada en su verdadero sentido por su comentarista Marchello al decir: que su significado más profundo reside "en el haber descubierto, por dentro de los límites de la posición inmediata, la función propia del conocimiento científico de frente al conocimiento xxxxxx común (vulgar); la continuidad de la ciencia y de la experiencia jurídica; la necesidad fecunda y riquísima del trabajo de aquella frente a la inseguridad de la vida inicial de aquella". -

Como consecuencia explica el autor de las ideas expuestas; la lentitud y paciencia que reclama la indagación, que lo lleva a descubrir la "dinámica de la ciencia en su formación y su manifestación; la historia esencial de la ciencia del Derecho en cuanto a tal, en cuanto posición del conocimiento inmediato, sin preocupación crítica y volutiva, pero con el único intento de una descripción objetivamente individual por la cual estamos en condiciones de reconstruir aquel característico proceso espiritual del típico momento de la historia de la acción que responde a las ciencias del derecho; no reconstruirlo en la función de un sistema general de conceptos en el cual el derecho y la ciencia no valen más que por las conexiones con los otros valores del sistema; sino reconstruirlo propio en su posición peculiar, descubriendo de lo interno de esta peculiaridad, la exigencia profunda que urge en esta posición del espíritu, el problema que determinara la estructura lógica y que hace esencial la autonomía de la ciencia.

Por otra parte, según las premisas fundamentales que acabamos de ver en Capograssi, resulta para el autor que de la aplicación del método de análisis por implicancia a la experiencia jurídica, y en la cual se reencuentra el fundamento de la autonomía y soberanía de la ciencia jurídica; proviene también una conciencia metafísica de lo jurídico, que está en una "impostazione" de la categoría del derecho del mundo del espíritu, que no es otra cosa que la profundización y la introspección del concepto inmediato del derecho; y dice "Por dentro de la experiencia inmediata del Derecho (cuya individualización conceptual es el propio quid de la ciencia) el análisis descubre la ulterior exigencia implícita en aquella posición inmediata, del principio sustancial y metafísico que la sujeta" Opina que es así como se llega al centro ideal del sistema cognoscitivo, a aquel principio metafísico a que es sujeto el conocimiento y que por esto representa el punto de referencia necesario, en toda su afirmación" pero al cual se llega a través de un descubrimiento de lo interior del sistema a través de un esclarecimiento del igual conocimiento

por medio sucesivo (y aproximativo) explicación del principio real, sin que por esto deba declararse el concreto de vida en oposición insuperable frente al valor inmediata de la acción (naturaleza) y el valor constitutivo del pensamiento (espíritu) "Y concluye afirmando que " El Orden objetivo que pone el conocimiento ^{intelectual} ~~intelectual~~ como proceso de explicación de los principios implícitos no representa un conocimiento nocional de la inmediata realidad ~~ciencia~~ más resuelve en sí, tiende a resolver en sí un problema absoluto de la realidad el problema de la realidad como absoluto metafísico. La indicación contenida en este proceso, e inspirada claramente en una metafísica " dell Essere", a la verdad a la cual se llega a través de todo un sistema de indagación y de aproximación, lento y fatigoso por la debilidad de nuestros medios finitos de conocimiento frente a la naturaleza compleja y en conjunto infinita de la realidad.-

Principio metafísico" que condiciona aquella afirmación del pensamiento al extremo que puede decirse que aquella posición del pensamiento no es comprensible sino en función del principio metafísico aludido del cual representa un desenvolvimiento y una determinación; principio implícito ~~en~~ ~~xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx~~ de la acción esto es de la unidad sistemática implícita en la igual particularidad de la experiencia; teoría que es como la síntesis del método profesado en esta investigación, esto es el método del análisis por implicancia, reconociendo la extensión del método analítico explicativo de la esfera del conocimiento inmediato en la esfera del conocimiento crítico y filosófico-como método general del pensamiento esto es como método propiamente filosófico o sea la implicancia de verdad que es sostenida en todo el sistema del pensamiento y la indagación". Todo lo cual constituye a juicio de su comentarista-Marcello?-la individualización de una posición filosófica capaz de justificar por sí y en sí lo que distingue el mundo del Derecho; posición verdadera y propiamente metafísica si se coloca en grado de entender los intereses contenidos en la reconstrucción de la vida jurídica, en la exigencia ideal del Derecho; lo que en el fondo no significa otra cosa que el singular resultado concreto de la investigación que van dentro del espíritu del principio metódico de la cual es deducida y en suma se delinea todavía como una vuelta á la necesidad de interpretar y descender al alma secreta de la experiencia considerada si se quiere recoger el sentido de verdad que está en ella encerrada".-

S U M A R I O : LA DINAMICA JURIDICA .
La Apreciación jurídica

Conforme a lo que llevamos dicho resulta evidente que el Derecho se nos revela en un movimiento constante de producción y realización, que caracteriza fundamentalmente un mayor profundizamiento del espíritu en las propias necesidades de la experiencia; que se manifiesta como una mejor aclaración entre el dato de la experiencia subjetivo y la verdad de la experiencia en su objetividad, como lo hace ver Capograssi más en éste característico hacerse del Derecho que la doctrina ha dado en llamar la dinámica jurídica, cabe establecer como elementos fundamentales, la realización - a que aludíamos- de todo derecho en capítulos anteriores- y la teoría funcional del Derecho que describe tener y que veremos enseguida.-

Esta manera de encarar por nosotros la Dinámica Jurídica tiene una conexión fundamental lógica, cual la de una vez establecido que la Ciencia jurídica no es una ciencia aplicada sino que debe realizarse, urge distinguir en primera instancia, como opera la ciencia en esta realización constante y cual es su resultado, lo cual hemos visto en los capítulos precedentes con la conclusión de que la ciencia opera por intuición inmediata y concepción, que hace el resultado intrensferible de aquella primera manifestación de su acto inicial de conocimiento; concepto universal; por ende racional y transferible; pero se desordena en ésta tarea de análisis profundo y de individualización de la experiencia jurídica una estructura sobre la cual se opera constante y permanente esta manera de conocer y realizarse el Derecho; lo cual es caracterizado con la denominación que encontramos en el comentarista de Capograssi y que atribuye al autor como la del "Esquema inmóvil" por dentro del cual se desplaza la eterna movilidad de la experiencia jurídica, la realización y aplicación permanente del Derecho y por medio de aquel la ciencia tiene asegurada la captación de lo esencial de la experiencia jurídica en la forma que hemos visto; y la certeza de llegar al corazón de la experiencia y conocerla íntimamente en su expresión más pura de la verdad que le es implícita y en la aplicación del Derecho en sus formas más justas, aun cuando por estereotipo y ningún otro puede alcanzar siempre por dentro y no por cima del complejo de conceptos y normas jurídicas a completar sus valoraciones puestas, o extender el significado de tales valoraciones, hacia nuevos aspectos de la realidad o adecuarlas a los cambios que las distintas épocas manifiestan en el orden de preferencias valorativas.- Establecido el esquema inmóvil del conocimiento y la realización jurídica(1) no olvidemos que admitimos como cierto y verdadero que el Derecho solo vive

(1) La Realización del Derecho ha sido destacada por Ihoring en su obra "El espíritu del Derecho romano" Tomo 4. pag. 353 y sigtes. Tomo 3 pag. 17 dice así: El derecho existe para realizarse. La realización es la vida, y la verdad del Derecho es el derecho en sí mismo. Lo que no sucede nunca en la realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, es solo un fantasma de derecho, meras palabras y nada más. Por el contrario lo que se realiza, como derecho es derecho, aun cuando no se encuentre escrito en las leyes, ni en el pueblo y la ciencia hayan adquirido aun conocimiento de ello. No es pues el contenido abstracto de las leyes, ni la justicia escrita sobre el papel, ni la moralidad de las palabras, las que deciden del valor de un derecho; la realización objetiva del Derecho en la vida, la energía por medio de la cual lo que es conc

a realizarse por intermedio de la ciencia jurídica, por lo que aparece claro que la forma de conocimiento y función de esta ha de revelarnos en sus resultados el Derecho mismo; más no un Derecho formalista sin contacto con la experiencia" a la manera de un paraiso de conceptos en que el jurista vive y labora abstraído sin preocuparse de los intereses efectivos en la vida social(1)" sino una adecuada y sólida expresión de permanente contacto y movimiento desde el dato individual de la experiencia que se analiza en todas las peculiaridades, que la caracterizan como diferente de toda otra, y que se refiere, en su manifestación subjetiva, a la objetividad que le es inmanente, al valor puesto, pero del cual se ha extraído a su vez el significado exacto y concordante con tal experiencia en lo que nos muestre como cierto verdadero y auténtico, conduciendo así a soluciones evidentemente justas.-

Ocurre pues en consecuencia que habiendo visto ya lo que Sauer manifiesta entender como realización del Derecho; nos ocupemos de su teoría funcional que se refiere a la aplicación del Derecho, como resultado de la ciencia jurídica y en que habrá de manifestarse un acto igual a este fundamental de conocimiento y conceptuación de la realidad jurídica, por lo que afirmado como un acontecimiento fatal y necesario y fundado ~~en~~ en verdades de razón; habrá de aplicarse o sea recorrer el camino que se da desde la reconstrucción individual en la forma que hemos visto de la experiencia jurídica, análisis de sus peculiaridades, que la diferencian como tal, en tanto jurídica de otras manifestaciones experimentales ~~de~~; hasta enfrentarla a la objetividad que vive en el concepto como resultado de la ciencia recogida en la forma que postula un valor en cuya oportunidad se manifiesta como lógica consecuencia la subsunción del caso en la ley.

Conforme con lo que llevamos expuesto corresponde ocuparse de la aplicación del Derecho y en ella habrá de resaltar su naturaleza funcional merced a la cual puede salvar todos los escollos que se opongan a una solución justa, así nos lo dice el eminente penalista Jiménez de Azúl, confiado y proclamado como necesario se persiga y se ejecute, he ahí lo que consagra al derecho su verdadero valor. Pero no basta saber que el derecho se realiza, es preciso además saber como se realiza. En el tomo 1 página 63 y siguientes hablando de la realización se refiere al aspecto funcional del derecho, que como las posibilidades de realización práctica del derecho atendiendo al principio fundamental de que "La función del derecho, en general, es la de realizarse".- Sobre la distinción que hace entre realizabilidad material y formal véase páginas 56 y siguientes.- Tomo 2 página 75 Tomo 1 pag. 62 y siguiente.-

(1) Stammler Rodolfo: Economía y Derecho página 150. Editorial Reus. 1929. Traducción por W. Roces de la 4a edición alemana.-

mando la teoría funcional que desarrolla Sauver: "Para mi ^{el} por encima y por debajo de su carácter formalista tiene naturalidad funcional no debe jamás aparecer como injusto a los ojos del súbdito jurídico"(1).-

Veamos en Sauver como explica la teoría funcional del Derecho. Para el autor son sus dos características las siguientes: 1º teoría analítico-individualizadora y 2º (como derivación), teoría funcional. Así dice " se pueda conocer el caso concreto en su modo individual de ser, y tratarlo como corresponde á su individualidad. En una teoría funcional del Derecho lo primero debe ser naturalmente, la aplicación del Derecho; todo Derecho es un Derecho que debe aplicarse. Esta idea funcional ha de llevarse a cabo con tal rigor y pureza, que implique un nuevo conocimiento de la esencia del Derecho. Si el sentido y el fin del Derecho es su aplicación, la aplicación es el punto de vista que permite captar la esencia del Derecho, puesto que la esencia de un fenómeno se revela, en todo caso en su sentido y su finalidad. La relación lógica de Derecho y aplicación jurídica se invierte para la teoría funcional: lógicamente, la aplicación del Derecho sigue al concepto del Derecho; según la teoría funcional, la aplicación nos da a conocer la esencia del derecho. Esta relación, aparentemente ilógica y chocante puede ser aclarada mostrando las principales etapas seguidas por la teoría funcional".-

Seguiremos a Sauver en las etapas que para él comprende la teoría funcional que expone; nos es útil, sobremedida, por cuanto en tal descripción se opera la aplicación al caso concreto de los principios fundamentales de carácter general a priori y condicionante, que vimos en el capítulos anteriores como características del proceder de la ciencia en su propia formación y consecución de resultados, acto que se repite en forma igual en la aplicación del derecho al caso concreto.-

La aplicación del Derecho para Sauver se opera en dos etapas principales que son a saber: 1º Establecimiento de los hechos. 2º Apreciación jurídica y lo completa luego con las consideraciones necesarias para exponer el Derecho real en cuanto es el derecho realizado, vale decir ajustado a la realidad, bajo la consigna establecida como necesidad de que " las abstracciones tienen que plasmar siempre incesantemente en hechos".-

Respecto de los establecimientos de los hechos dice con ajustada precisión a lo que es real: " Ante todo hay que situar el " caso jurídico" y considerarlos como un hecho de la vida social. Una decisión recta presupone en primer término, una penetración amorosa en el caso con todas sus particularidades y, al mismo tiempo, un esfuerzo por comprender a las personas que obran y que sufren, con todos sus deseos y preocupaciones. En cambio no es necesario ni posible investigar todas las particularidades; la vida es incomprensible en toda su inagotable variedad" Hasta el primer paso en el establecimiento de los hechos, o sea frente a la riqueza insondable de la experiencia común inmediata, como expusimos siguiendo a Capograssi, los primeros sondeos de la ciencia jurídica por deslindar el contorno de la experiencia jurídica lo que conduce con la ayuda del intelecto, que como observamos a veces y con mucha frecuencia interviene en auxilio de la intuición inmediata, a dejar en claro el aspecto jurídico, o sea la experiencia jurídica

(1) Jimenez de Azua: La " no exigibilidad de otra conducta". Revista La Ley número del viernes 25 de abril de 1941.-

inmediata extraída de la experiencia inmediata común, y que se fija por los caracteres "jurídicamente relevantes" que traducen un claro sentido como lo expresa Bauer con las siguientes palabras: "Se requiere y es suficiente el establecimiento de los hechos esenciales ("jurídicamente relevantes"), es decir, de todos aquellos hechos que pueden influir en la solución; un exámen previo con ayuda de la ley fundamental-que para el autor lo es la de atenerse a las valoraciones puestas desde el punto de vista del Estado, o sea el sistema de valores que integran el orden jurídico como una emanación del Estado determinará cuáles son estos hechos. También el caso jurídico no solo la ley, tiene su "sentido"; y de lo que se trata en primer término es de comprender esta "esencia" del caso jurídico su sentido. Por esto hace falta una investigación per se: hay que descubrir las tendencias valorativas del hombre en el acontecer social".-

Luego de estas manifestaciones de superlativa importancia, para la postura que adoptamos nosotros en el presente trabajo sucede un parágrafo con que cierra Bauer esta primera parte de la aplicación del Derecho que inicio con el título de "Establecimiento de los hechos" que resulta confirmar todo cuanto se adujo por nosotros en oportunidades anteriores, retrotrayendo a la ciencia jurídica como actividad propia y que denominamos Jurislógica, en cuanto atendía al conocimiento inmediato y a las formas de hacer, lo del objeto social en su aspecto jurídico, o sea la investigación de lo jurídico (de lo *juris*) que se manifiesta en la realidad; que dice así: Esta investigación del objeto sociológico-nosotros hemos preferido llamar social para evitarnos confusiones-es la primera parte de la actividad jurídica: no solo del juez y del funcionario administrativo, sino también del legislador, el cual debe tener a la vista una multitud de casos "esencialmente afines" si quiere establecer para ellos una norma general-he aquí el origen y la razón del concepto de la realidad que representa la norma."La práctica-continua Bauer- se olvida casi siempre de este objeto sociológico (social); la teoría, siempre; la administración lo tiene en cuenta más que el Juez(por lo que con razón se le tilda de extraño a las realidades del mundo); en cuestiones civiles, por motivos técnicos y económicos de orden procesal, tiene que ser dejado a un lado". En efecto lo dicho por Bauer es absolutamente cierto; respecto de lo último ha influido para que éste primer aspecto del hecho social en sus manifestaciones y caracteres "jurídicamente relevantes" que nos demuestran su esencia y sentido jurídico, ha quedado relegado a segundo término por el extraordinario desarrollo y conocimiento que ha alcanzado el derecho civil en que solo en circunstancias del juicio ordinario, se presentan con frecuencia la necesidad del establecimiento de hechos, que deben investigarse en el sentido indicado; mientras en todas las otras formas de juicio salvando las excepciones que pudieran ocurrir se resuelve el punto partiendo de la prueba fundamental de un documento tenido por válido en Derecho y que corta toda posible, e innecesaria comunicación con los hechos que le dieron origen. No ocurre lo mismo con otras ramas de Derecho en que forzosamente ha de individualizarse el acto humano, el hecho real para alcanzar aquella su esencia y sentidos jurídicos, apartando este aspecto exclusivo de los demás que ostenta el hecho social para lo cual tenemos en primer término como ejemplo el Derecho Penal; lo mismo ~~se~~ ocurre en las ramas en formación del Derecho en que este análisis individualiza

inmediato de la experiencia jurídica se manifiesta como una necesidad en forma evidente ocupando un plano destacado frente a las normas en las que se han plasmado los conceptos ya realizados por la Ciencia, respecto de determinada experiencia jurídica.-

Un ejemplo confirmará con toda lucidez lo que venimos sosteniendo, y lo ~~xxxx~~ encontramos en el trabajo del citado profesor, Jimenez de Asua, cuando se ocupa precisamente de un concepto eminentemente científico como es el de la "noxia exigibilidad de otra conducta" y que resulta de inusitada trascendencia en los significados valorativos de la ley, en cuanto concurre a completar la misma, referida a la necesidad de soluciones justas; lo cual lo establece citando a Mezger, que dice así, respecto de la cuestión "El razonamiento jurídico es en última instancia un razonamiento individualizador.-Ciertamente que como parte integrante del orden jurídico exige criterios reguladores firmes y legales como base de su desenvolvimiento y garantía de la necesaria seguridad del derecho mismo.-Pero en sus derivaciones últimas y más complicadas se sustrae a tal fijación estática y exige formas que permitan una adaptación a las innumerables formas y aspectos de la vida práctica.- Por ello no puede extrañarnos que la vida jurídico-práctica al llegar al capítulo más delicado y rico en formas en todo el ~~xxxxx~~ sistema penal, es decir a la doctrina de la culpabilidad, exija imperativamente tal conclusión individualizadora.-Y el hecho de que la Jurisprudencia del más Alto Tribunal de Alemania haya reconocido y cedido comprensivamente a esta exigencia constituye una prueba de su intuición práctica y de la finura de su comprensión valorativa.-Pues poco la literatura se ha podido sustraer a dicha exigencia, respondiendo a ella de la no exigibilidad como causa general de inculpabilidad..."

He aquí en párrafos magistrales sintetizado el camino recorrido por la Ciencia para cumplir su delicada misión de alcanzar la verdad ~~xxxxx~~ que se esconde en la experiencia jurídica, o sea la esencia jurídica; movimiento que se hace de más en más patente cuando esa experiencia jurídica referida a criterios reguladores, a valores puestos, rebalsa sin embargo, aquella que se tuvo en cuenta para estructurar el concepto que plasmado en la norma de derecho positivo; experiencia jurídica a través de la cual se van desentrañando los nuevos significados de aquel concepto, por la referencia de la misma al valor a que referida; resulta ser el principio formal de esa misma conceptualización.-

Recuerda este proceder de la Ciencia, que ahora se revela como tan suyo y en forma metodológica, el proceder del Pretor romano, su actitud de penetración profunda y amorosa como lo quiere Sauer en el caso o en los casos concreto, al que reconstruye tratando de esclarecer su sentido, destacando sus elementos jurídicamente relevantes y en los que habría de manifestarse la "esencia" de lo jurídico; o la verdad implícita en la experiencia jurídica inmediata, como lo quiere Capogrossi; tarea a la que seguía luego, según las valoraciones establecidas por el Edicto, o los criterios fundamentales la formulación del concepto; y el caso era menester un criterio de selección más firme aparte que la solución jurídica respondiera a lo tenido y puesto por justo, la conceptualización resultaba de aquellos valores a los cuales refirieron toda la vida jurídica, con el resultado que todos conocemos: un Derecho desarrollado frondosamente y vivido efectivamente, monumento jurídico no superado ~~aún~~.-Aquellos valores o criterios fundamentales, que existían al Pretor en esta particular actitud, que resultaba ser la aplicación de una verdadera metodología, no descubierta ni elaborada aún pero impuestas por la exigencia de verdad, y la esencia del objeto considerado ~~xxx~~ eran axiomas de moral y derecho; pero en nada perturbaban el recto sentido

sentido jurídico de la decisiones, porque tales valores se consideraban puestas y neutrales a las mismas, las cuales si bien iban a ellos referidas, solo significaban distintos sentidos de sus manifestaciones concretas valiosas, y contribuían a representarse tales valores en su expresión cada vez más rica en su absoluta verdad: tales valores o criterios fundamentales fueron como se recordará: *sum quique tribuere, nescen non ledere; honeste vivere; la equitas; la bona fide, las mores majorum...*

Estos como ya tuvimos oportunidad de expresarlo nos revelan la actitud fundamental del proceder de los juristas que construyeron el derecho según su fina y penetrante intuición, que le revelaba en toda su riqueza la experiencia jurídica y su recto sentido referido a valores, conceptuándola con una profunda fé en este proceder, porque los revelaba la verdad, aún cuando no tuvieran conciencia de esa metodología de la Ciencia. - Tuvieron desde luego un margen mucho más amplio que el jurista de nuestro tiempo, es por ello quizá que su obra llega a ser tan grandiosa, tan exuberante; aparte de que ha de tenerse en cuenta que los juristas romanos, vivían en un ambiente en que predominaba la voluntad y la predisposición para la acción; por ello estaban compenetrados de la secreta verdad en que aquella se estructura; sabían de la profunda aspiración práctica de la vida, tuvieron una visión clara, de la personalidad humana, de su conducta; como así del Estado; penetraron en la vida de ambos sutilmente hasta lo más recóndito de su intimidad; por ello de ahí una concepción que aparentemente contradictoria no hiciera sino mantener el justo equilibrio de un permanente tensión: un fuerte claro y firme concepto individualista, frente a un fuerte sólido y claro concepto del Estado. Tensión: individuo frente a Estado. Equilibrio: Ley y libertad. -

Al jurista de los tiempos modernos, se le presenta el problema de idéntica manera, pero no ya en las dimensiones con que el jurista romano; hay mucho elaborado por la Ciencia jurídica; las normas positivas traducen los conceptos con que se representaba la realidad jurídica el jurista romano y traen una claro orden jerárquico de los valores y criterios fundamentales, que dirigen la conceptuación de la experiencia jurídica; pero ello no es completo, ni la experiencia, ni la misión de la Ciencia esta exhausta, por el contrario, aquella hemos visto es variable, huidiza, como diría Kirchman, para nosotros rica en matices valiosos, plena de sentidos; los valores que esta referida tienen un contenido tornasolado en significados, el orden de preferencias valorativas cambian en cada época, y lógicamente la selección destaca como jurídicamente revelantes en la experiencia jurídica elementos que antes no lo fueron; es esta la grieta que ha creído verse, frente a la necesidad lógica de la plenitud herética del orden jurídico; y que solo pudo existir en la mente de los juristas que se negaron a buscar y seguir la metodología de la Ciencia, hacia la que ~~xxxxxxx~~ como de la mano; la naturaleza del Derecho, la necesidad de verdad, y los valores presentes siempre en toda conceptuación jurídica. -

Si la Ciencia jurídica, en la orientación que se le dió en tiempos pasados no hubiera tomado los textos o las normas como datos de la experiencia como hechos; cuando eran conceptos, productos de la Ciencia; elaborados en etapas anteriores, del conocimiento de la realidad captada por intuición, elevada o plasmada luego en conceptos, según el principio formal de la referencia a valores como criterio de selección de lo significativo o relevante de esa experiencia; se hubiera evitado en la magnitud que le fué el problema de las lagunas; pues se hubiera continuado con aquella actitud del pretor, que por otra parte solo era una ~~xxxxxxx~~ manifestación empírica

de la exigencia metodológica que destacamos en este trabajo; y percibiendo el orden de valores presupuesto en el orden jurídico hacia los cuales esta ha referida toda la experiencia jurídica, podría haber llevado hasta sus últimas consecuencias todas las significaciones que aquellos cobraban en la experiencia, y hubieran elaborado una serie de conceptos que ya tendrían ganado la teoría de la Ciencia jurídica. —

En el preclaramiento en Roma, donde no existía un orden jurídico frondoso en normas o leyes, nos referimos a la época anterior a la codificación; donde el problema de las lagunas del Derecho no preocupa a los juristas, pues saben cuales son los elementos con que es posible aprehender la experiencia jurídica y dominarla en conceptos. —

En épocas posteriores el complejo de conceptos jurídicos, denotando la actitud del jurista, se dirige este solo a conocer los conceptos como hecho que traducen la voluntad del legislador; el verdadero rol del Edicto y la actitud del Pretor se ha perdido, los valores predominantes o universales motores de la vida jurídica, para su conceptualización, en el acontecer social ya no se tienen en cuenta, sino en cuanto ~~xxxxx~~ pueden estar comprendidos en la mente del Legislador; y en época más ulterior aún se proclama la previsión ~~xxxxxxx~~ de toda la vida jurídica en ~~xxx~~ los textos y se prohíbe la interpretación que no sea la del Legislador; es la época en que según una feliz expresión se ha codificado la Ciencia. — Cuando los textos resultan insuficientes, se proclama el derecho libre; se insinúa su substitución por un derecho científico; se vuelve a los textos romanos en busca de soluciones, y el jurista se manifiesta impotente frente a un caso no contemplado en ellos; es que lo que falta no es el texto, sino una aplicación adecuada al objeto de la metodología de la Ciencia, y de la cual no han desviado notablemente los juristas. —

La cita que hemos hecho de Mejer, denota que si el jurista contemporáneo dentro de un margen que el Derecho positivo le señala tiene sin embargo "en sus últimas derivaciones" una tarea que puede ser muy similar a la del Pretor no solo en su proceder sino en su resultado, es decir intuir, comprender la experiencia jurídica, hallar relaciones justas; aprehender esa realidad en conceptos, cuyo principio formal de selección está dado por la referencia de la experiencia jurídica, a los valores que estructuran el orden jerárquico, el sistema de derecho positivo. —

(1) Theringi Espíritu del Derecho romano. Tomo I pág. 62: El estudio que acabamos de hacer nos conduce a la conclusión de que el Derecho no debe confundirse con su conocimiento subjetivo y que importa para estudiarlo examinar también su carácter interno y su parte latente; pero el método generalmente usado se limita a la exposición dogmática, es decir, a la reproducción de las leyes, de las reglas y de las definiciones que nos ha transmitido la tradición histórica. — Constante estribillo para el Derecho romano es el del estudio de los orígenes y el pensamiento más atrevido hasta ahora es el de resucitar la pureza de la teoría romana. — Si esto fuese posible, tendríamos que arrojar todo lo que no está directamente expresado de un modo tangible en el Derecho romano, y hacer retroceder nuestra educación científica hasta la época de Ulpiano y de Paulo. Pero la época de Paulo y de Ulpiano ha pasado para siempre y todas las esfuerzos imaginables no la volverán a traer. — Para evocarla todavía hoy sería preciso haber olvidado que cada época debe ser original y no la copia de otro tiempo, que cada época puede y debe crear un nuevo objeto histórico bajo el punto de vista con la correspondencia con relación a ella, que en cada época cada nueva generación de

Apreciación Jurídica.-

Afirma Sauer que la "opinión más corriente habla de la subsumción lógica del hecho bajo la ley.-Ignora las dudas que casi siempre surgen con el ejercicio de esta actividad lógica, que el caso puede ser subsumido con la misma corrección lógica bajo proposiciones jurídicas diferentes y aún contradictorias, que a veces no hay ninguna proposición jurídica "adecuada" y que solo el azar puede conducir a una decisión recta".-

Y el autor refiriéndose luego a su aspecto funcional del Derecho manifiesta: "según la teoría funcional del Derecho la valoración jurídica se realiza de ordinario ya según una norma jurídica concreta -del Derecho escrito o del consuetudinario- o según la ley jurídica fundamental.-El primer tipo de valoración puede faltar en alguna ocasión (es el caso de las "lagunas"); el segundo tipo de valoración no puede faltar nunca.-Se la ha realizado por lo menos inconscientemente en toda decisión satisfactoria; ella fue la que delimitó el hecho -la que indicó la proposición jurídica aplicable, la que apoyó, completó corrigió la subsumción lógica" es su par para Sauer esta ley jurídica fundamental, el juzgamiento desde el punto de vista del Estado; o sea según los valores fundamentales puesto en el orden jurídico.-

Porque no se agotan las particularidades que destacan la función analítico individualizadora, que describe el autor y a la que se dedica ha destacar gran parte de nuestro trabajo, como una función esencial del conocimiento jurídico; por ello afirma el autor citado: "la teoría analítico-individualizadora del Derecho ofrece una segunda particularidad frente a la concepción dominante.-Apreciar el valor de algo, es comparar el objeto con el criterio normativo.-Esejante actividad valoradora gana en exactitud si en lugar de una sola se realizan varias comparaciones parecidas.-Por eso no se limita el juez a juzgar el caso sometido a su decisión, sino que hace entrar en juego, por vía comparativa, casos semejantes, ya sean realmente conocidos o solamente imaginados (para la cuestión que debate). Poco más o menos procede así en su examen: si no se diese el hecho A o existiese en su lugar el hecho B, habría que resolver desviándose en tal o cual sentido, o bien la solución sería la misma, o completamente diferente" y esto es tan exacto que recurriendo al principio aludido antes de "la no exigibilidad de otra conducta" observamos que no obstante haberse producido el hecho, la apreciación de una circunstancia también de hecho que obra sobre el autor, excluye la aplicación del concepto genérico de la culpa; porque debidamente avalorada esa circunstancia hace que jurídicamente no pudiera exigirse otra actitud, vale decir que su conducta hubiera sido diferente en la emergencia.-

"Este procedimiento comparativo-dice Sauer- agudiza su mirada para ver la particularidad del caso; lo mismo que un médico al tratar un paciente, acude a los casos clínicos semejantes, y en esto se basa la gran superioridad del especialista experimentado, del "gran clínico" sobre aquel que ve el caso por primera vez.-Todo jurista debería crearse su experiencia clínica planteándose la misma cuestión que nosotros y acudiendo a idénticas consideraciones".-

La valoración jurídica -dice Sauer- de un caso según un criterio abstracto, es, en verdad, una valoración en la cual van incluidos otros casos. -realidad comienzase por comparar estos casos entre sí.- Es decir, no se puede comparar en el fondo un caso especialísimo ~~xxxxxxxxxx~~ individual, por el más fino análisis, con un criterio abstracto en alto grado, si a lo sumo solo magnitudes afines en su esencia; de ahí la propensión a acudir a la jurisprudencia dictada por los altos tribunales. -Lo interesante en el estudio de la norma judicial no es la aceptación incondicional de la decisión del tribunal supremo para el propio caso, sino la comparación del caso, resuelto por éste con el propio caso de que se trata, para encontrar así la decisión que corresponda. -El juez inferior debe ~~xxxx~~, por tanto, tomar del tribunal supremo, no precisamente el fallo, sino el acto de enjuiciar; debe sorprender en él modo de enjuiciar, el espíritu de su trabajo. -No hay dos casos que sean iguales; cuanto más se avanza en el análisis, mayor se ve la distancia". -Estas palabras de Sauer confirman nuestra afirmación de que los juristas, se volvieron sobre los textos romanos, en lugar de revelarse a sí mismos el secreto del éxito, o sea la actitud del Pretor en la que residía la posibilidad y la necesidad de previsión de todos los casos. -

Por lo tanto -continúa Sauer- la valoración jurídica de un caso consiste, en la comparación de varios casos esencialmente afines dentro del ambiente comprendido por la ley jurídica fundamental, luego se realizan por vía de prueba otras valoraciones y, por fin, se obtiene la decisión que hace justicia a la peculiaridad del caso en cuestión; tal es la "recta decisión". -Cuanto, más analizadora y más analítica es la actividad, tanto más exacto es el procedimiento y tanto mayores son las garantías para un trabajo objetivo. -Por otra parte la pluralidad de valoraciones es ya un mandamiento lógico. -Pues una ley G. no se ha hecho pensando en el caso particular a, sino que sirve también para los casos b, c, d etc. -Si en un momento determinado el caso a debe ser resuelto según la ley G, es preciso realizar también las valoraciones provisionales b, c, d, etc. -Solo así es comprendida la ley y aplicada conforme a su sentido". -Desde todos estos puntos de vista coincide la actividad del juez del legislador y del funcionario administrativo pero si bien con la distinción de que el legislador "no parte de un caso real como aquellos, sino de varios casos imaginados (que por lo demás pueden serlo casos conocidos reales) y, trata de lograr para todos ellos una decisión común de la cual resulte la norma general. -En definitiva la finalidad del juez y la del funcionario administrativo es la misma, pues la decisión del caso concreto, debe ser susceptible de generalización, debe servir también para otros casos de la misma especie, y ser adecuada para sentar precedente para casos semejantes. -Y justamente el mismo procedimiento sigue el investigador eficaz; no construye edificios lógicos conceptuales, sino que idea casos de derecho (improvisa e inventa una experiencia que bien puede llegar a ser) por ejemplo, en conexión con precedentes de la jurisprudencia o la bibliografía, o con las propias consideraciones sobre la vida jurídica; su tratamiento lo conduce a las leyes, a las reglas a los principios que han de aplicar en cada caso". -

Es este el derecho realmente vivido que el autor llama derecho real y al que considera como el verdadero derecho porque es el que se ha realizado y dice a su respecto: Todos los conceptos del Derecho, todas las teorías jurídicas, todas las abstracciones jurídicas, no pueden con más que atendiendo a su función. -Esta afirmación vale también para e

concepto del Derecho.-Definimos -continua- antes provisionalmente el Derecho como un orden, como regulación pero una teoría jurídica. analítico individualizadora y funcional no puede contentarse con esta abstracción, con este formalismo.-Por lo demás este formalismo no satisface ni aún desde el punto de vista lógico, pues un sistema de normas abstractas y de reglas formales tiene que contener, por su misma imperfección, lagunas y contradicciones, de modo que no sería posible como sistema perfecto e irreprochable. Tal sistema jurídico no es posible más que como sistema de realizaciones concretas del Derecho; pues la decisión concreta, pero no la norma abstracta, es capaz de dar satisfacción a la Justicia.-Tal sistema constituye el Derecho real. Este no es por tanto un orden formal, sino un orden realizado; no es tampoco la misma ley jurídica fundamental, en su pureza lógica, sino la ley jurídica fundamental, trasladada al reino de la realidad.-Las abstracciones tienen que plasmar siempre, incesantemente en hechos.-Los hombres trabajan incesantemente en la realización del Derecho, no solo las autoridades y los órganos, sino el sinnúmero de personas privadas que actúan el Derecho, cada día y cada hora; pero también los investigadores, los maestros y los discípulos, que cooperan al cumplimiento del Derecho, que piensan y trabajan siguiendo su orientación, aunque no lo realicen prácticamente y no hagan más que prepararse para realizarlo. De modo que el Derecho no es solo el Derecho aplicado, sino ante todo el Derecho que hay que aplicar, en estado de actuación, de movimiento, de tarea, de función.-También el Derecho ha de abandonar su rigidez formal y lanzarse a la corriente de la vida social. Derecho es el Derecho vivo que late en la conciencia popular, y que es engendrado incesantemente por el pueblo; pero no es la suma de los preceptos contenidos en leyes y tratados.-El Derecho es la suma de las tendencias valorativas del pueblo que sirve de base al Estado, que satisface la ley jurídica fundamental.-Lo peculiar de la concepción aquí expuesta consiste en el carácter individual y funcional de las normas jurídicas. Puesto que el sentido de toda norma solo se capta en su aplicación, y como quiera que cada objeto por juzgar, posee carácter diverso, también la norma y en general el orden jurídico adquieren diversidad de sentidos en cada caso de aplicación y por lo tanto (lo mismo que su objeto correlativo) carácter individual. Precisamente así se garantiza el descubrimiento, su encauzamiento hacia la ley fundamental, de las monadas de valor, y en definitiva de la realización ~~de~~ la Justicia".-

Por eso afirma el autor que "a la definición del Derecho antes dada hay que agregar: que el ordenamiento ha de realizarse; al deducir aquella definición, esta característica estaba ya incluida, en realidad pues el punto de partida era la ley fundamental.-Quien ahora desee una definición formal podrá satisfacerse con la siguiente: Derecho es la ordenación que ha de realizarse (naturalmente también la realidad) dentro de una comunidad sedentaria dotada de poder supremo coactivo, más importante que esto es darse cuenta-dice-de la relación en que esta concepción del Derecho pueda estar con el Estado. Cabría aceptar que introduciendo lo real en el concepto del Derecho llegaría este a ser idéntico con el de Estado. Pero el Estado no es en modo alguno el Derecho realizado, sino simplemente la comunidad jurídicamente regulada con lo cual queda indeciso si el ordenamiento está de acuerdo con el Derecho (con la ley jurídica fundamental) y después si la comunidad vive conforme a derecho, si realiza el Derecho. El concepto del Estado está situado en un plano sociológico; el concepto del Derecho por el contrario es un plano normativo.-El Estado es una comunidad. El Derecho es la ordenación realizada en esta comunidad. La vida política no es necesariamente la ley jurídica fundamental. El Derecho es el que le da vida".

hay que realizar.-

Con lo expuesto ponemos punto final a nuestra investigación ceñida a los límites de la tarea que la Ciencia jurídica realiza en torno a su objeto para conocerlo y aprehender su esencia en el concepto; con ello queremos significar que la problemática de la Ciencia, se extiende más allá del territorio de este trabajo, porque necesariamente deberá luego hacerse objeto de consideración por la lógica el propio concepto representativo del objeto real jurídico, investigando su estructura; también deberán ser objeto de la problemática de la Ciencia jurídica la estructuración sistemática de la materias jurídicas atendiendo a los valores o, criterios fundamentales a que responde su elaboración; la teoría de la interpretación de la ley temas todos cuya solución contribuirán a la constitución definitiva de la Ciencia jurídica.-

Desde el punto de vista que nosotros hemos estudiado aquí el objeto jurídico considerado científicamente, creemos abrir una perspectiva más optimista, que la de la escéptica argumentación de Kirchman; para la Ciencia jurídica; el principio formal de la conceptuación establecido por Rickeft, la necesidad del análisis individualizador, que distingue al Derecho de las Ciencias naturales que operan con generalizaciones; la naturaleza valiosa de la experiencia humana, en cuanto participa de los valores universales u objetividades a la que esta referida, para el caso nuestro los valores jurídicos, son principios que rigen la tarea de la Ciencia en el conocimiento de su objeto, y la llevan a la verdad buscada, y que solo a ella, en expresión racional y por ende transferible, le esta reservado el lugar.-

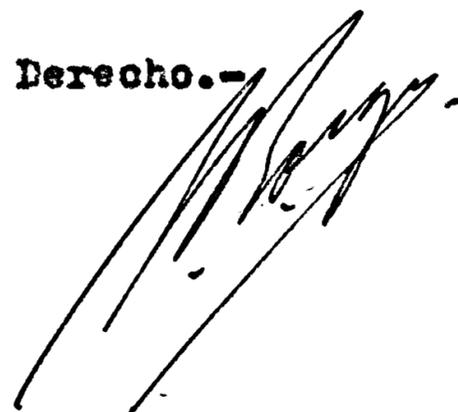
PROPOSICIONES ACCESORIAS .-

I.-Forma y contenido del proceder de las ciencias de la cultura frente a la realidad.-

II.-Autonomía y valor de la Ciencia jurídica

III.-El Derecho: su aspecto funcional

IV.-El aporte de la Ciencia al Derecho.-



Doctrina

AGUIAR.- Hechos y Actos jurídicos, t.II, vol.I,pág.453 a 484
BIELSA.- Derecho administrativo, t.III,nº 568 a 573
VILLEGAS BASAVILBASO.- Derecho administrativo,t.III,nº 364 a

Fdo. Abog. Armando Emilio Grau
Profesor Adjunto de Derecho Admin
tivo II.