

EL TEMA DE LA CONCRECIÓN DEL DERECHO

Nota editorial en el Nro III de la Revista Internacional de Filosofía Práctica

I- El Pensamiento Jurídico Clásico:

El pensamiento jurídico, que nació tan naturalmente como la vida social, el Estado y el Derecho, tuvo como objeto (formal-práctico), originario y fundante, la solución de problemas. Naturalmente quiere decir, en este contexto, que surgió como una necesidad de la naturaleza humana y de los fines perfectivos de ésta. Los problemas a los que se alude (objeto material-práctico), y que desde siempre atendió, fueron aquellos que derivan de la convivencia y que se resuelven en la atribución de lo suyo a cada uno y a la comunidad, su aseguramiento, la prevención de conflictos y la solución racional de controversias, la delimitación de los ámbitos de licitud e ilicitud, de lo mandado, de lo prohibido y de lo permitido.

Se constituyó así en un sector de la sabiduría o filosofía de las cosas humanas *he peri tò anthrópeia philosophía*, en expresión de ARISTÓTELES-, e incluso de las divinas, como lo entendieron los romanos, que hicieron explícita referencia a su vinculación con la razón divina y el orden natural y universal dentro del que se inserta el mundo humano; razón divina y orden natural que operaron como principios para el pensamiento jurídico clásico.

Este modo sapiencial de pensar acerca de problemas se desarrolló bajo la forma lógica de la dialéctica, dialéctica natural y espontánea en un comienzo, y luego la rigurosa dialéctica aristotélica y su correlato en la comunicación: la retórica. El pensamiento jurídico aparece, pues, como una reflexión práctica acerca de las cosas humanas y sus principios, y a la vez como un método de ordenación de la vida social en función de fines (principalmente, el bien común político) y de títulos (o razones objetivas de merecimiento y de atribución). Leyes, sentencias judiciales, dictámenes prudentiales de los peritos, sus comentarios o glosas, y la rica casuística consiguiente, fueron los modos en los que el pensamiento jurídico, tanto el griego y el romano, como el judío y musulmán, como el medieval de glosadores y comentadores, fue evolucionando bajo la metodología tópico-dialéctica. Los tópicos jurídicos (principios y esquemas de argumentación) y los tipos jurídicos (esquemas empíricos de conductas, situaciones y soluciones) fueron fruto de este modo de pensar en función de problemas. El pensamiento jurídico clásico fue, a la vez, tópico-dialéctico y típico, y generó un lenguaje especial, que dio vida semántica a estos esquemas.

Tópicos y tipos jurídicos, y el lenguaje que los expresa, constituyeron el instrumento dialéctico principal con el que fue construido el majestuoso edificio del mundo jurídico. A partir de ellos nacieron las categorías más importantes del Derecho: personas (o sujetos), objeto, normas, negocios y contratos, imputación, circunstancias, etc. Categorías que constituyen la forma originaria de ordenación -metódica, pero no sistemática- de las cosas jurídicas por el pensamiento práctico. Tópicos, tipos, categorías y lenguaje, en tanto se estabilizaron como

esquemas o disposiciones reales y permanentes, a la vez de pensamiento y de conducta social, se convirtieron en instituciones, que son la forma más refinada de hacer realidad, en la vida humana concreta, las ideas y los juicios prácticos.

Las cosas del Derecho y el método de atribución de ellas a cada uno y a la totalidad social fueron desde siempre, y lo son aún en el presente, aspectos inescindibles de un único pensamiento práctico, volcado necesariamente sobre lo concreto. Por esa razón, para griegos y romanos, y para toda la tradición clásica, la concreción no era un tema de reflexión; ni siquiera un tópico dialéctico explícito. Dicho en la terminología escolástica: la concreción jurídica no fue un tema *in actu signato* sino pensamiento y actividad (*in actu exercito*).

II - El Pensamiento Jurídico Clásico Moderno:

El pensamiento jurídico clásico no quedó encerrado dentro de los límites históricos de griegos y romanos. Por el contrario, se continuó asumiendo nuevas formas institucionales durante la Edad Media y muy avanzada la misma Edad Moderna. Haremos mención aquí de cuatro ejemplos característicos de esa continuidad y su adaptación a las circunstancias históricas nuevas. Se trata del Derecho medieval, en especial del que surge en el siglo XII y se desarrolla en los siglos XIII y XIV, del Common Law, del Derecho Indiano y de la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes. En ninguno de estos casos se hizo mención expresa del tema de la concreción jurídica, pero en todos ellos se ejerció un pensamiento jurídico en función de la concreción, usando como método la dialéctica, y adaptando, frente a los problemas nuevos, los tópicos, los tipos, las categorías, el lenguaje y las instituciones jurídicas.

PAOLO GROSSI(1) ha puesto de manifiesto que el Derecho medieval, generado por una rica diversidad de estatutos, por la actividad de los notarios, eficaces auxiliares en la redacción de contratos y en dar forma a los actos y negocios jurídicos, por glosadores y comentadores, y finalmente por los canonistas (decretistas y decretalistas) fue algo más que una recepción o renacimiento del Derecho romano. Este vigoroso movimiento, a la vez exquisitamente intelectual -que usara a partir del siglo XIII la metodología dialéctica escolástica- y pragmático -en tanto estaba dirigido a la consideración de los nuevos problemas jurídicos que imponía una nueva situación política, cultural, social y económica- fue fruto de una tradición viva, que a su vez es una de las formas más ricas y creadoras de la experiencia social. Una de las características del orden jurídico del medioevo fue, según este historiador, su realismo, entendiendo por este término una orientación hacia las cosas concretas y los nuevos problemas, combinado con un marcado sentido de la estabilidad institucional.

El Common law es una síntesis de la forma mentis jurídico-romana con la tradición inglesa. Es interesante la semejanza de su desarrollo con el del derecho pretoriano. Uno de sus máximos juristas -SIR EDUARD COCKE- fue objeto de la crítica típicamente moderna de T. HOBBS(2). Frente a la tesis del primero de que el Derecho es lo justo, lo racional, lo equitativo y lo prudente, el segundo opone su afirmación de que el Derecho es el mandato del soberano expresado en ley. Y al método dialéctico del jurista, dirigido a las cosas en perspectiva concreta, el Gran Canciller contrapone su aspiración de construir una ciencia jurídica geométrica, es decir, hipotético-deductiva y sistemática, en la que los tópicos son sustituidos por axiomas y éstos reducidos al texto de la ley. La polémica se planteó, pues, en términos harto radicales, y felizmente para el Derecho inglés, salió victorioso el Common law.

El Derecho indiano, insigne obra cultural del Imperio de las Españas Universas(3), fue adaptación, enteramente renovada, de la tradición jurídica romano-hispánica al continente americano. Las viejas instituciones fueron repensadas en función de los problemas nuevos.

El último ejemplo está constituido por la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes (siglos XVI-XVII). Su aplicación de la dialéctica escolástica a los nuevos problemas jurídicos surgidos de las transformaciones propias del mundo moderno tuvo como resultado nuevas áreas de la doctrina del Derecho, como el Derecho Internacional y el Derecho tributario, así como el desarrollo del Derecho económico y el penal. Pero quizás lo más interesante, para la presente exploración del tema, haya sido la nueva dimensión otorgada al problema de la interpretación de la ley en función de los hechos y las cosas(4).

III - La Geometría Legal Moderna y su Crisis

Muchas veces, en estas páginas, se ha aludido a la “geometría legal”(5). El sentido de esta línea de pensamiento consiste en adoptar como modelo de certeza el propio de las matemáticas y de la físico-matemática. Ideal éste ya expresado por GROCIO, LEIBNIZ y HOBBS. Precisamente por esta aspiración metodológica more geometrico, se rechaza la dialéctica clásica, se devalúa la experiencia externa, y se tiende a la construcción de un sistema (hipotético-deductivo) de Derecho positivo. Esta dirección alcanza en el siglo XIX dos grandes realizaciones: la codificación y la denominada Jurisprudencia de Conceptos.

Tampoco en este contexto la concreción es tema. En cambio, el punto de vista predominante es el de la aplicación de la ley a un caso. Se busca alcanzar el mayor grado de precisión unívoca en la definición y división de conceptos generales para, desde allí, descender al caso mediante la subsunción de éste en aquellos. El silogismo de aplicación de la ley tiende a seguir el modelo del silogismo deductivo. La crítica de IHERING, y su esfuerzo por centrar la atención en los

intereses jurídicamente protegidos –privilegiando la perspectiva de los derechos subjetivos- constituyó una tentativa de acercar el pensamiento jurídico y la praxis judicial a lo concreto. Pero no pudo superar el dogmatismo de la ley y el abstractismo dominante del sistema.

El siglo XX marca la quiebra de la ilusión del sistema. Después de la Primera Guerra Mundial la insuficiencia del sistema del Derecho positivo se puso de manifiesto, tanto respecto de su coherencia intrínseca cuanto a la misma posibilidad de que la ley pueda consistir en un enunciado unívoco susceptible de representar adecuadamente una conducta y sus circunstancias concretas. Comenzó así a hablarse de crisis del Derecho(6) . Frente a esta situación se desarrollaron, entre otras muchas, tres grandes grupos de tendencias teóricas:

El grupo de quienes pretendieron salvar la geometría legal de sus estertores, intentando ponerse en un punto de vista formal más allá de la coherencia intrínseca material (entendiendo esta expresiones -material y formal- en el sentido kantiano). Cabe incluir en este grupo a KELSEN y sus seguidores, a HART y a la Escuela Analítica (o positivismo lógico). En definitiva, para este grupo, la percepción de los hechos es sólo un presupuesto para la creación de una norma individual.

La llamada Escuela del Derecho Libre (en buena medida, teóricamente paralela a la denominada Moral de la situación), que puso el énfasis en el poder creador del Derecho propio de los jueces. En este contexto, Derecho concreto es el Derecho que los jueces crean o descubren en la realidad concreta del caso bajo juicio. El sistema salta en pedazos, y con el gobierno de los jueces se ven comprometidos valores tan importantes como la justicia legal o general, el bien común político y la seguridad jurídica.

Un difuso grupo, integrado por los autores que pretenden restaurar el uso de la tópica y la retórica como metodología del Derecho, por quienes como ENGISCH y LARENZ convierten en tema central del pensamiento jurídico a la concreción del Derecho y por quienes, en general, aluden a la experiencia jurídica. Es común a todos ellos la crítica del formalismo jurídico, el rechazo de la pretensión de convertir o considerar al Derecho como sistema y su identificación de lo concreto con el caso judicial.

No puede negarse que la instalación del tema de la concreción del Derecho en el pensamiento jurídico contemporáneo es algo que cabe valorar positivamente. La cuestión, empero, consiste en determinar qué se entiende por Derecho concreto, y cuál es la metodología adecuada para afrontarlo prácticamente, dejando a salvo la justicia, la legalidad y la seguridad. Cuestión que, en definitiva, vuelve plantear otra más decisiva, que es la realidad del Derecho, su validez y su vigencia.

Para comenzar a afrontar este problema se realizaron en 2002 las V Jornadas Abiertas de Profundización y Discusión organizadas por el Doctorado en Ciencias Jurídicas (Seminario de Filosofía del Derecho) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Algunas de las exposiciones de los profesores intervinientes se publicarán en este número.

-Félix A. Lamas-

NOTAS:

1. Cfr. L'ordine giuridico medievale, Roma-Bari, Laterza, 2000.
2. Cfr. es el argumento de su obra: A dialogue between a philosopher and a student of de common laws of England.
3. Esta expresión es de FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA y está estampada en el texto no sólo por su belleza y precisión, sino como homenaje al maestro tradicionalista.
4. A este asunto dedica FRANCISCO SUÁREZ, en forma general, todo el Libro VI de su De legibus ac Deo legislatore.
5. Una lúcida exposición de esta doctrina, que recorre el pensamiento moderno, se encuentra en la obra de FRANCESCO GENTILE, a quien se debe esta gráfica expresión (cfr. Ordinamento giuridico – tra virtualità e realtà, Padova, CEDAM, 2005. Hay edición castellana, con un quinto codicilo agregado, traducción de M. de Lezica, de nuestro instituto, Bs.As., Colección CIRCA HUMANA PHILOSOPHIA, 2009).
6. La Crisis del Derecho fue el tema del congreso celebrado en la Facoltà di giurisprudenza della Università degli studi di Padova en 1951, conferencias editadas en un volumen con el mismo título por CEDAM (Padova), 1953.