

## EL FUNDAMENTO ONTOLOGICO DEL DERECHO

ARIEL ALVAREZ GARDIOL  
Argentina

*Síntesis de la ponencia:* Ubicándonos en el plano óntico de lo posible, pensando el derecho desde adentro, desde el punto de vista del destinatario de la norma que debe adecuar su conducta a las prescripciones de un ordenamiento jurídico que le es impuesto coercitivamente desde afuera y sin aspirar a su voluntaria aceptación, el objeto propio del derecho consiste en una estructura prescriptiva que establece una determinada forma de vinculación del obrar, a la que se le asigna el respaldo de la fuerza pública y como tal, su cimiento esencial no puede ser sino el de los objetos ideales.

### *Desarrollo*

Pocas disciplinas científicas debe haber, tal vez ninguna, en la cual el objeto propio de la misma haya sido motivo de tanta opinión divergente. Casi podría afirmarse que todas las distintas regiones que es posible recortar en el inmenso mundo de los objetos, han sido consideradas, en algún momento, albergue adecuado para el objeto propio de la juridicidad.

Kelsen ha postulado que el objeto propio de la ciencia del derecho son las normas jurídicas, actitud ésta que en tanto consideración del derecho en su “debe ser”, de alguna manera ha sido también compartida por Grocio y por Kant en su sistema de derecho natural.

La egología ha enseñado que la circunstancia de que el derecho sea mentado por las normas no debe alterar el punto de inserción de lo jurídico, que es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, o libertad metafísica fenomenalizada en la experiencia.

Todo el jusnaturalismo antiguo y aún el iluminismo renacentista, han elaborado el derecho a partir del concepto de “naturaleza”.

Las expresiones del jusnaturalismo escolástico le hacían derivar de las ideas de “inmutabilidad y eternidad de la razón y del obrar Divino.

Savigny y el historicismo cree que el derecho es algo real, empírico, que se da en la historia y por lo tanto en el tiempo y en el espacio,

pero derivado del “alma popular” con lo que tiñe su concepción empírica de una tonalidad metafísica.

Las expresiones del realismo postulan la “mera facticidad” como objeto del derecho, pensamiento éste en nuestros días sustentado tanto por las escuelas norteamericanas como escandinavas, y que puede considerársele ya en forma larvada en Hobbes.

En el templo de la Justicia Romana, que Justiniano se envanecía de haber levantado, se piensa en un derecho común a hombres y a bestias, cuyo fundamento sería la naturaleza animada.

No creo haber agotado el mosaico de doctrinas que hacen de la determinación del objeto del derecho un tema importante, ya que, casualmente en razón de ser este tema tan polémico, todos aquellos que intentan una consideración científica con respecto al derecho se consideran obligados a expresar su punto de vista con respecto a su realidad esencial y ello explica que se hayan llenado bibliotecas alrededor de esta aporía.

Puede afirmarse, que la mayoría de las doctrinas contemporáneas atienden a más de una dirección, o dicho de otra manera, consideran “objeto” de la ciencia del derecho, no a un único objeto sino a éste, en inescindible relación con otro u otros diversificando sus direcciones en un pluridimensionalismo o polimorfismo del objeto del derecho.

Así, por ejemplo, el tridimensionalismo reconoce tres dimensiones en el mundo del derecho: la dirección sociológica, la dirección axiológica y la dirección normativa y, por tanto, el ser del derecho es tanto facticidad, como valor, como norma. El tridimensionalismo incluso no se contenta con una simple actitud tridimensional, que es compartida por los ególogos, por el integralismo jurídico, por las concepciones existenciales de Recasens Siches y por muchas otras doctrinas, que arrancan del pensamiento de Kantorowicz, sino que precisando más todavía el tema, establece una tan severa unión entre esos distintos elementos, que logra un engarce tal, que produce un particular enfoque de la realidad, la norma y el valor.

La actitud tridimensional, prescindiendo aquí del particular acoplamiento que postula el tridimensionalismo, se caracteriza por ser una doctrina de superación de los infradimensionalismos, que se contentan con reducir el ser del derecho o a simples fenómenos sociales, a hechos no distintos del conjunto de hechos contabilizados en el quehacer sociológico; o a normas, atendiendo sólo a una consideración lógica de la problemática; o a puras reglas jusnaturalistas de justicia; o, en el mejor de los casos, a la conjunción armónica de dos de estos elementos.

El tridimensionalismo ve como objeto del derecho, entonces, al

hecho, a la norma y al valor y los infradimensionalismos, o a uno de estos objetos, o cuando más, a dos de ellos unidos: hecho-valor, norma-valor.

No se me oculta que una actitud pluridimensional que comprenda a todos los objetos que se encuentran vinculados al mundo de la juridicidad, atendiendo no sólo al ser del derecho, sino a la finalidad del mismo y a su funcionamiento como regulador del comportamiento humano, dará una respuesta más integral a todos los problemas que se generan en torno al mismo.

Sin embargo, pretender, por ello que el ser del derecho pueda tener una estructura polimórfica y su esencia estar integrada por tan diferentes sectores de la realidad ontológica, me parece equivocado, ya que la circunstancia de que un objeto deba cumplir una determinada función, y que esa función tenga una naturaleza distinta de la del objeto, no por ello debe suponerse alterada la naturaleza propia del objeto, ni penetrada o compenetrada en su esencialidad, por el ser de la función que cumple.

Si se compara esta referencia con otra actividad científica, la biología, por ejemplo, parecería claro y no polémico afirmar que el objeto de la preocupación biológica son los seres vivos. Estos seres vivos tienen una cantidad de características que hacen a su esencialidad como tales. Por ejemplo, se dividen y reproducen, ingieren sustancias necesarias para la nutrición, asimilan y transforman estas sustancias en el funcionamiento de su organismo, crecen, etc.

Inclusive, dentro de lo que podría llamarse la especificidad de lo biológico, podría incluirse el debatido problema de la vida, y podría polemizarse si la vida es un simple fenómeno reductible a realidades físico-químicas o sí, por encima de ellos, hay una realidad metafísica *sui generis*, no reductible a esa referencia científica.

Hasta aquí, todos estos ingredientes podrían, en un ordenado conglomerado, integrar lo que se ha llamado la especificidad de lo biológico.

Sin embargo, obvio es que todo ser vivo, para su desarrollo, y para que el organismo como tal llegue a la madurez para la que estaba destinado, a su definitiva adultez, requiere una cantidad de condiciones externas, sin las cuales, no sólo no evolucionará adecuadamente, sino que involucionará e incluso perecerá. Si al hombre no le fuera dado el mundo animal y el vegetal con el cual nutrirse, probablemente moriría. Si el ser vivo no tuviera atmósfera en la cual desarrollarse, verosíblemente involucionaría o se extinguiría. Si determinadas especies vegetales no tuviesen lluvia se modificarían o perecerían. No obstante, ninguno de esos elementos, que son ingredientes necesarios e insusti-

tuíbles para cualquiera de las formas de vida enunciadas, han sido considerados por la biología como objeto de la ciencia biológica.

El derecho es un conjunto de normas reguladoras del comportamiento. Por tanto, sin duda el comportamiento humano, en consonancia o disonancia con esas normas postuladas, por cierto no le es ajeno.

El derecho intenta asimismo, a través de esas normas de regulación del comportamiento, realizar valores, que constantemente persigue en las tres cuestiones fundamentales a que atiende: la creación, la interpretación y la aplicación. Los valores, por tanto, no son ajenos al derecho.

De allí, entonces, que una consideración polimórfica del objeto derecho pareciera que es la que mejor consulta no sólo la estructura del derecho, en tanto debe ser, sino también las problemáticas sobre la creación, aplicación, interpretación y cumplimiento de ese deber ser.

No obstante, si bien el ser es sin duda el objeto de una primera y fundamental afirmación que lleva implícitas a todas las demás, es sin embargo capaz de recibir formas diferentes según que se considere en ella el acto que la produce o el contenido a que se aplica y aún otras formas más, también posibles, según el punto en que se ubique el investigador a su respecto.

Frecuentemente, nos servimos como equivalentes de términos a los que parece que diéramos idénticamente un sentido ontológico. El caso de la distinción entre esencia y existencia, ya tradicional, no está exenta de dificultades que sin duda se complican y agudizan cuando se pretende determinar el sentido específico de expresiones como “ser”, “existencia” y “realidad”. Creemos que ninguna de estas palabras puede ser comprendida por sí misma, sino en su relación comparativa con las otras dos, ya que si cada una de ellas sólo se limitase a abarcar la totalidad de la afirmación, sin entrar con ninguna de las otras dos en una relación de contradicción o vinculación, sería prácticamente imposible poder afirmar absolutamente nada de ellas. Tanto, que pensamos que la total plenitud o integridad del término no podría ser distinguido de una completa vacuidad.

En efecto, hay objetos que tienen ser y carecen de existencia, como los objetos ideales, y también de ellos podría decirse que tienen ser y carecen de realidad.

Si a estas formas, evidentemente posibles, agregamos las que podrían recortarse dejando de lado el ser en sí, o la existencia y la realidad, y tratamos de descubrir distintos matices, según el punto de vista desde el cual el investigador predica condiciones de la juridicidad, otros sectores vagamente difusos se clarificarán y zonas de penumbra adquirirán luminosidad.

En efecto, si el derecho es pensado como parte de un proceso histórico general, dentro del cual las normas jurídicas ocuparían un lugar dentro del todo, pareciera que la rotulación del derecho como objeto de la cultura es absolutamente correcta. Pero si en lugar de esa óptica, que observa el derecho casi como un hecho ajeno, nos colocamos en la posición del destinatario de la norma, que debe acomodar su conducta a las prescripciones estatuidas por el precepto y que su infracción o quebrantamiento podrá serle reprochada y aún impuesto el deber prescripto con el respaldo de la fuerza pública, el ser de la juridicidad está mucho más próximo a los objetos ideales que a los culturales.

Si nos ubicamos en la perspectiva del escepticismo, que verifica que algo antijurídico ha ocurrido y que ese hecho exige la coacción estatal, ese derecho es sin duda un objeto cultural.

Si nos ubicamos en la circunstancia del fenómeno jurídico acontecido en el obrar mismo del derecho, en el derecho que todos los días vivimos en los tribunales, en la sentencia que dicta el juez, en la declaración del testigo, en la confesión del reo, ese derecho tendrá todos los matices propios de la facticidad actual, es real, tiene existencia, está en la experiencia sensible, lo podemos verificar y aún valorar.

Pero si prescindimos de esos planos desde los cuales es por cierto posible predicar un ser esencial que participe de las características de los objetos culturales y nos ubicamos en el plano óptico de lo posible (5), pensando el derecho desde adentro, desde el punto de vista del destinatario de la norma que debe adecuar su conducta a las prescripciones de un ordenamiento jurídico que le es impuesto coercitivamente desde afuera y sin aspirar a su voluntaria aceptación, entonces los perfiles de realidad o los contornos de historicidad no parecieran los que más se ajustan a la estructura esencial de ese objeto.

El objeto propio del derecho consiste en una estructura prescriptiva que establece una determinada forma de vinculación del obrar, a la que se le asigna el respaldo de la fuerza pública.

Por cierto que, a partir de este objeto, surgen una cantidad de problemas, ajenos a él, generados unos por la propia existencia de la norma, como por ejemplo, porque la norma jurídica tiene el contenido que tiene y no otro distinto que podría consultar mejor los objetivos de ordenación social o los valores jurídicos que intenta tutelar; otros, por la interpretación y aplicación de la norma, ya que su material de regulación está abierto al infinito y es por tanto cambiante y múltiple; otros, por el acatamiento o desobediencia de la prescripción, ya que el sujeto obligado, aún luego de haber llegado a una correcta interpretación de su texto, puede rechazar las exigencias en ella contenidas y exponerse voluntariamente a la coacción pública.

El derecho no es solamente una estructura ideal, lógico, abstracta. Si así fuese, su conformación ontológica quedaría reducida a un conjunto de palabras, más o menos ordenadas. Contrariamente a ello, el derecho pretende estar en la vida, proyectarse en una dialéctica vital, introducirse con un sentido de practicidad funcional que regule y en alguna medida transforme la vida comunitaria.

Esta polifacética personalidad del derecho, que es tanto fruto de la razón como de la voluntad, que participa de caracteres de abstracción lógica y sentido pragmático, que es de consumo, reguladora y modeladora del comportamiento humano, que se dirige a una comprensión teleológica de la existencia de la sociedad y de los hombres en ella integrados, que contiene y persigue la realización de valores, pareciera compadecerse mucho más con una concepción estructuralista o pluri-dimensional de su realidad ontológica, que constreñida en los estrechos límites de un infradimensionalismo, que excede las posibilidades de su total funcionalidad.

Pero toda esta problemática no hace, a mi juicio, al ser del derecho, y su estrechísima anexión no permite en modo alguno que se la confunda con él. Así como la atmósfera es un objeto sin el cual no podría concebirse la vida, pero no se confunde con la vida misma y no se incorpora al objeto "ser vivo", así tampoco la cercana proximidad de las dimensiones hacia las que puede apuntar el deber ser, en tanto estructura lógica, hace que los objetos que éste contacta en su funcionamiento, se conviertan, por vecindad, proximidad o aún yuxtaposición, en objeto propio de la juridicidad.

La norma jurídica no puede ser soslayada de la vida social, adquiere casualmente importancia en tanto fenómeno social, de igual forma que la vida no puede concebirse sin la presencia permanente de la atmósfera. Pero así como la atmósfera no es objeto propio de las disciplinas biológicas, tampoco ni la facticidad ni el valor pueden ser objeto propio de la ciencia jurídica.

Una cosa es entonces el derecho, en tanto objeto y si se lo considera tal cual es en sí y otra muy distinta si se atiende a todos los modos que participan de ese objeto. Ser, existencia y realidad, referidos al derecho no son sólo diferentes modalidades de la afirmación, sino que casi puede afirmarse designan diferentes objetos a los cuales puede aplicarse la afirmación. La palabra ser, no tomada en sentido relativo que hace que todo objeto de la afirmación sea un modo de ser, sino en su perfecta pureza que excluye toda relatividad, está indudablemente mucho más próxima a la estructura de los objetos ideales que a cualquier otra categoría o región ontológica. Por el contrario, la existencia y la realidad, en cuanto facticidad, o proceso histórico,

perfila más la estructura de los objetos culturales y aún de los reales, pero sin duda relativizada la pureza de su ser.

Lo expresado nos conduce a pensar si la circunstancia de encontrar la expresión derecho en tan heterogéneo dominio de objetos que por momentos pareciera estar solo accidentalmente yuxtapuestos, sin conformar una unidad tangible, no dependerá fundamentalmente de no haber advertido que el derecho que hace al objeto de la ciencia jurídica, no es el mismo derecho que hace al objeto de la historia del derecho, ni tampoco a aquel que es preocupación de la sociología del derecho o de la filosofía del derecho.

Si esto fuera así, indudablemente lo mejor sería seguir sin desvío las líneas divergentes de problemas que conducen a cada una de estas disciplinas, sin anteponer a esta investigación una indagación a priori válida unitariamente para todas.

Si esto fuera así, la indagación ontológica mucho más que la primer preocupación, que el presupuesto básico, que la “filosofía prima”, se convertiría en una indagación final, una investigación que dé por supuesto y conocido todo el trabajo de investigación de los otros dominios del saber ajenos al de la ciencia del derecho, en definitiva en una “filosofía última”, que describiría un objeto de una especie ideal como abstracción lógica, cuando recorta los perfiles del objeto de la ciencia del derecho y que acepta otros dominios o regiones ontológicas, cuando este mismo objeto se incardina como objeto de investigación de otra disciplina que estudiando el fenómeno jurídico no lo hace como integrante del cálculo anticipatorio de la acción humana, sino como hecho cumplido, como acontecimiento histórico, como producto de la convivencia social o en cualquiera de las otras modalidades que hemos señalado precedentemente.

La ciencia sólo puede brindar al investigador una visión parcial, fragmentaria, de la totalidad de los objetos contabilizados en su haber. No hay ninguna ciencia que atienda al hecho fundamental de la existencia humana, de la existencia del hombre-con-el-hombre, inmersos en el todo de la colectividad que integran. La ciencia atiende a la individualidad humana o a la colectividad.

Ambas son abstracciones, ya que el individuo es tal, en tanto está en relación con otros y la colectividad sólo puede concebírsela como acumulación relacionada de realidades vitales. Pero pretender, hacer una simbiosis de dos realidades, buscar un orden que sintetice esos dos objetos, creando una disciplina polimórfica, es pretender conciliar lo irreconciliable en los cauces de la ciencia.