

## HACIA UNA FILOSOFÍA PURA DEL DERECHO

BELISARIO ORTIZ BUSTOS  
Argentina

Al abordar el tema de la relación de la ética con otras ciencias o saberes, descubrimos una cuya ubicación o inserción no está completamente clasificada; o al menos hay una gran disparidad de criterios para situarla. Se trata de la Filosofía del Derecho, disciplina que se ocupa de desentrañar el sentido del Derecho y de la Justicia principalmente, y que tiene sus conexiones con una teoría de la Ley y aún con una Filosofía Política.

Surge enseguida la complicación en cuanto al nombre, ya que la “Filosofía del Derecho”, se ha denominado en otros tiempos “Derecho Natural”, identificándola con una dirección de pensamiento que configura más bien una escuela dentro de esta reflexión filosófica. Pero la complicación reside más bien en que para el ius-naturalismo, las relaciones con la ética son mucho más evidentes que para el ius-positivismo, que centra su atención más bien en una Teoría General que en una filosofía estricta.

Los autores y tratados éticos, se ocupan generalmente del derecho, cuando dedican algunos capítulos a los deberes y obligaciones morales, y los contraponen al título o derecho-subjetivo moral, que no es más que una de las acepciones de la voz “derecho” y —como aclaramos más tarde— no es la propia sino derivada de Derecho en sentido objetivo que se toma de la justicia material. En consecuencia, ha de determinarse sobre qué “derecho” aplica su investigación y conocimiento, la Filosofía del Derecho.

Podríamos intentar cuatro maneras de advertir el Derecho: a) derecho-objetivo; b) derecho-facultad; c) derecho-norma; y d) derecho-conducta. Del primero decimos que es la justeza u orden que reside en la conducta humana de alteridad. Sobre este punto nos explayaremos más adelante, puesto que ha pasado algo desapercibido en estos últimos tiempos, pese a ser la acepción más propia del término “derecho” dentro de una analogía atributiva.

El derecho-facultad o derecho-subjetivo, es la potestad de exigir

algo de alguien en provecho propio. La alteridad se mantiene, pero hay una nota de exigibilidad legítima que implica un poder del que se está investido en virtud de algo. Esto nos abre las puertas a la tercera acepción de derecho-norma que es justamente el origen de esta facultad que se tiene respecto de conducta ajena.

El ius-positivismo se queda con esta acepción de derecho-norma y suele llamarle impropriamente derecho-objetivo para distinguirla del derecho-subjetivo que no tiene otra entidad más que derivado de la norma, fiel reflejo de la objetividad jurídica. Se posee facultad o poder de exigir en virtud de una norma que lo otorga, pero ésta en su perfección última, es escrita e imperada por un Estado surgido de un pacto social de conveniencia.

La postrer acepción de derecho-conducta, ha sido puesta en vigencia en este siglo, por la teoría egológica del derecho del Prof. Carlos Cossio, y significa un retorno a la ética. No debe confundirse con la segunda o derecho-facultad, pues se trata de otra conducta; no es el actuar del que requiere lo que está en juego de investigación, sino la respuesta pretendida de quien es requerido. Este último es el verdadero sujeto de derecho, cuya conducta se merituará de justa o de injusta.

Todas estas acepciones se relacionan entre sí, pero respecto de una principal a la que el término “derecho” le conviene propiamente, mientras que a las demás, se le aplica sólo por referencia al primero. Si llamamos “derecho” a la ley, es porque es justa, si a la conducta, por idéntico motivo; si se lo aplicamos a la facultad es porque es legítima o jurídica, es decir, porque es justa. Y al derecho-objetivo de la acepción original, le cuadra porque se define por la justicia.

La justicia, virtud de dar a cada uno lo suyo, es lo que reúne al derecho; y he aquí que es una virtud cardinal, es decir, del meollo de la ética, por lo que podemos afirmar en una primera aproximación, que el Derecho y la Moral tiene algo que ver. Pero hay que ver si es esta justicia-virtud, la que está en juego en la Filosofía del Derecho, o al menos en esta proto-acepción de la palabra “derecho”.

Habría que recordar una distinción importante cual es la de la justicia objetiva. Un acto humano puede considerarse justo de dos maneras: a) *subjetivamente*, atendiendo a la intención del que lo ejecuta, a su exterioridad y a las circunstancias que rodean la especie, y en este sentido la meritución es ética; y b) *objetivamente*, atendiendo sólo a su manifestación, sin tener en cuenta la intención del agente, ni las circunstancias; y entonces, la consideración es meramente jurídica.

Cuando nos referimos a la justicia que se inserta en las diversas

aceptaciones de la voz “derecho”, nos referimos evidentemente a esta última o jurídica manera de ver lo justo. Y en especial, respecto del derecho-objetivo, el orden que reside en la conducta de alteridad, es la justicia-objetiva, justicia material o justicia-jurídica, valga la redundancia con el sólo objeto de distinguirla de la justicia-virtud o justicia ética.

No se trata aquí de efectuar distinciones entre Moral y Derecho, sino más bien de atender y relacionar, la ciencia ética con la Filosofía acerca del Derecho. Con estas precisiones necesarias, nuestro “derecho” se va desetizando, va cobrando entidad suficiente para una consideración superada aún filosófica de la cuestión, como disciplina distinta del entronque ético. Pero falta todavía un ajuste mayor respecto de la Filosofía jurídica.

Un autor de nuestros días, al tratar de las causas del derecho, subintitula su obra: “Ensayo metafísico”.<sup>1</sup> Es curioso que por vez primera el derecho sea incluido dentro de los objetos teóricos y no dentro de los prácticos como tradicionalmente se había hecho. Esto significa que hemos de dilucidar previamente, si la Filosofía del Derecho pertenece al campo de las ciencias teóricas o de las ciencias prácticas, en la conocida clasificación aristotélica de los saberes.

Podemos admitir que una ciencia es práctica, cuando tiende a obtener principios para el obrar, es decir, cuyo saber no se satisface en sí mismo, sino que tiende a la operación. El derecho puede ser enfocado con este punto de vista y tal sentido tiene para aquéllos que le otorgan la acepción de facultad o conducta. El ius-naturalista que entiende al derecho desde una perspectiva subjetiva o conductista, no puede desligar su saber, de la ciencia práctica y por tanto, de la moral.

De cómo entiende su “filosofía jurídica”, respecto de la ética, hay diversas respuestas. Para unos, es una relación de identidad, para otro, de género a especie. Algunos sostienen que el derecho es parte de la moral, otros, que es una moral social, y por último hay quienes lo consideran una moral de alteridad. Pero todos convienen en que se trata de una ciencia práctica, cuyo objetivo es determinar al hombre a actuar.

No ocurre lo mismo para los que entienden al derecho en sentido exclusivamente objetivo. El derecho, se cosifica, se vuelve objeto metafísico, la conducta humana exigida no importa aunque sea materia de consideración, lo formal es el orden de dicha conducta o justicia objetiva. No se habla ya de “actio” u “opus” sino de “res”. La intención del agente se ausenta, y sólo queda la acción u omisión

<sup>1</sup> Alfredo Fragueiro: “Las causas del Derecho”. ed. Assandri, Córdoba, 1949.

justa, en cuanto que debida a otro estrictamente, es decir, el derecho-objeto y no el derecho-conducta.

Tenemos entonces una ciencia que por su objeto es práctica, que tiene una consideración teórica suficiente en sí misma. La actual Filosófica del Derecho, no tiende a encontrar principios operativos, sino a conocer la realidad jurídica íntegramente. En cuanto filosofía, es un saber por sus causas, por lo que fundamentalmente enfoca a su objeto en su causalidad intrínseca y extrínseca, dando por consecuencia los grandes y permanentes temas de toda Filosofía jurídica.

Ya los griegos se encargaron de fijarlos definitivamente. La “polis”, causa material del derecho-objetivo, en donde se advierten conexiones con la Sociología y la Filosofía del Estado: “dike”: la teoría de la justicia o estimativa jurídica, otorga la causa formal determinante. Luego, “nomos” la ley o norma es el agente jurídico, causa eficiente o motriz del derecho y por último el “bien común” que es la causa final, que aunque no desarrollada por los helenos, lo hicieron los cristianos medievales.

La Filosofía del Derecho, estudia su objeto, digamos, estáticamente; en cuanto dado a la inteligencia para conocerlo. Por eso lo aborda en su causalidad, ya que el objeto es de la misma naturaleza que su causa. Evidentemente, podríamos continuar nuestra investigación, desarrollando una dinámica jurídica en la medida que estos grandes temas se pueden ver desenvolverse en la sociedad y sacar de ellos enseñanzas para nuestra conducta; pero esto escapa ya los límites estrictos de la disciplina.

No se puede ignorar tampoco, que el Derecho como todo ente, sigue la regla de los trascendentales del ser, y que amén de objeto de nuestra inteligencia, es también fin de nuestra tendencia racional y que ambas consideraciones son convertibles. Pero así como el estudio del ser en cuanto ser, es propio de la metafísica y el del ser en cuanto acontecer es propio de la ética, el estudio del derecho en cuanto tal es propio de la Filosofía jurídica, mientras que el derecho en su operar, es propio del Derecho Natural como saber diferente.

Todo ser tiene una esencia que se expresa lógicamente en una definición y allí se completa el proceso del saber teórico. Pero el ser tiene una naturaleza que es la misma esencia en lo que de operable puede ser considerada, y que se expresa en norma del actuar propio del ente que nos ocupa. El derecho tiene también una esencia definible y de ello se ocupa la Filosofía del Derecho, y al igual, una naturaleza normativa, de lo que trata el Derecho Natural como ciencia práctica.

Del hecho que antiguamente estos saberes se confundieran o se trataran conjuntamente, no se sigue que sean idénticos. Es menester

un análisis reivindicativo de la Filosofía jurídica como ciencia estricta, sin despreciar por ello al Derecho Natural. Antes de normativizar, hay que tener bien en claro los primeros principios. La metafísica es el fundamento de toda moral estable, de lo contrario se convierte en un costumbrismo, o una fenomenología de hábitos humanos, terminando en mera historiografía.

Si bien pudiera aparecer un poco elemental o repetitiva esta distinción, la insistencia se justifica por lo capital del tema. A fuerza de confundir los órdenes, se llega a un desprestigio de la disciplina, se identifica rápidamente la Filosofía del Derecho con una postura ético-material, y aún religiosa, lo cual no debe ser ni siquiera en los fueros del Derecho Natural. Hay, y es advertible, una normatividad que surge de la propia naturaleza humana y de las cosas, que no se fundamenta para nada, ni en un *a priori* ético, ni en una ley divina positiva.

Es indudable, no obstante, que toda esta especulación implica una actividad metafísica elemental que consiste en un intelectualismo que obliga a la admisión de los indemostrables; como así también a la norma primera de “hacer el bien y evitar el mal”. No parece prudente entrar en polémica en estos puntos, ya que su negativa significa la antifilosofía, y la moral se convierte en una recopilación de datos costumbristas que no otorgan ninguna certeza que pueda darle la mínima entidad científica.

¿Cuáles son entonces, las relaciones entre ética y filosofía del Derecho? Considerado este último en su proto-acepción objetiva, no pueden ser relacionadas directamente ya que el Derecho se inscribe dentro de una teoría de los objetos más propio de la ontología que de la ética. No se trata tampoco ahora de incluir el Derecho dentro de los objetos culturales o de otra índole, sino simplemente de la de indicar su consideración objetiva para la Filosofía jurídica.

Ahora bien, si tomamos cualquiera de las otras acepciones preindicadas las relaciones son estrechas. Pero es el caso de hacer notar que ya no nos encontramos en los fueros de una Filosofía acerca del Derecho, sino en el campo del Derecho Natural o de una Teoría General del Derecho (norma), las que de suyo pertenecen a la filosofía práctica; salvo que bajo esas denominaciones se desarrolle una lógica jurídica o una analítica jurídica, o teoría del lenguaje jurídico que son otros tipos de saberes a-filosóficos.

¿Podemos, por tanto, seguir considerando nuestra disciplina como una ética social, o moral de alteridad? En manera alguna. Esto ya lo intuyeron los antiguos moralistas que al clasificar la Moral, la dividían en tres partes: a) moral individual o monástica; b) moral familiar o

economía; y c) moral social o política. La filosofía del Derecho y el Derecho Natural no aparecían y no se consideraban identificados con alguna de estas partes.

No cabe duda que el derecho natural en cuanto tal, está presente en todas las partes, y evidentemente de derechos y obligaciones éticas se habla en todo nivel moral; pero una especulación acerca de la esencia de lo jurídico es extraña al orden ético como tenemos dicho. Nuestra afirmación podría parecer contradictoria puesto que tema principal de la Filosofía del Derecho es la ley jurídica que como toda norma es regla y medida del actuar humano.

Pero si hemos de ser consecuentes con la actitud filosófica inicial, la consideración normativa del derecho, no ha de ser operativa sino analítica. La filosofía jurídica estudia a la ley en su estructura lógica como un juicio jurídico deóntico, también desde la perspectiva del legislador determinando su origen racio-volitivo, y también en los grandes campos normativos, el eterno, el natural y el positivo. Pero no efectúa una codificación legislativa pues escapa a su ámbito.

No ocurre así con el Derecho Natural. Aquí se trata de precisar derechos y deberes de la persona humana en sus tres dimensiones: individual, familiar y social. En esta otra disciplina cabe perfectamente una descripción de las obligaciones para consigo mismo, para con los demás inmediatos y para el prójimo en general. Igualmente puede desarrollarse a la luz de la ley natural, el imperativo ético de hacer el bien y evitar el mal, con sus grandes derivados jurídicos: dar a cada uno lo suyo (mandato) y no hacer daño a otro (prohibición).

No insistamos más en buscar un entronque ético a la auténtica filosofía del derecho porque no lo tiene. Si perseveramos en ese equivocado camino, proseguiremos con la desnaturalización de la disciplina; seremos blanco fácil de críticas fundadas y haremos un magro favor a la Filosofía. Cada saber tiene su lugar y el “topos” ético no es el de la Filosofía jurídica. Es en pro de una Filosofía Pura del Derecho y de un auténtico Derecho Natural, que conviene deslindar sus campos.