

DERECHO O JUSTICIA

LUIS EDUARDO SARMIENTO GARCIA
Profesor Titular de Introducción al
Derecho.

Introducción

Al titular este trabajo, pareciera que partiéramos de una tremenda disyuntiva. Dicho en otros términos, que el mundo moderno debiera optar por uno de los dos elementos de la gran encrucijada: o por la Justicia; o por el Derecho. Y con otro agravante, si la disyunción la hacemos más profunda: optando por el Derecho, desterramos a la Justicia del mundo de las relaciones humanas; optando por la Justicia, abortamos del Derecho y nos quedamos con un orden natural, tan criticado por los positivistas y materialistas.

Pero a poco que analicemos el tema, comprenderemos que la propuesta del título es correcta y que no existe tal disyunción, sino una rectificación doctrinaria de muy importantes consecuencias prácticas.

En el mundo jurídico contemporáneo imperan por doquier las teorías del Derecho. Positivo, la Teoría General del Derecho que pretende suplantarse a la Filosofía del Derecho o el Materialismo Histórico-Dialéctico que con Carlos Marx y Federico Engels persigo lisa y llanamente, eliminar al Derecho y al Estado, pero por sobre todo, a la Justicia tal como se la entendió hasta el siglo pasado, porque élla era y es una "ideología al servicio de la clase dominante".

Este avance positivista y materialista nos preocupa realmente. Desde hace mucho tiempo bregamos, en nuestra cátedra y desde el Instituto de Filosofía del Derecho, en forma anónima y sencilla, por crear una nueva conciencia jurídica en los estudiantes y futuros abogados. De ninguna manera alentamos el propósito de suprimir el Derecho Positivo, puesto que ello sería absurdo y ajeno a nuestras convicciones. Nos proponemos, sí, rescatar a la Justicia del letargo en que todos, conciente o inconcientemente, de buena o mala fe, la hemos sumido. Nos proponemos empezar a pensar, no en un Derecho que tienda a la Justicia, sino en un Orden Social Justo que se realice mediante el Derecho.

La simple observación de la realidad nos indica que la sociedad moderna adolece de grandes fallas; que las monstruosas arquitecturas jurídicas montadas por los Estados, se desmoronan; que los pueblos claman por "Justicia", cansados ya de un orden puramente formal, en el que cualquier arbitrariedad revestida lógicamente por una norma jurídica, es "Derecho"; y que quienes no oreen, ni en el Derecho, ni en la Justicia, aprovechan el caos para esparcir el odio, la violencia, el choque generacional y el enfrentamiento entre hermanos.

No se nos escapa que el tema es de intensa meditación y reclama, quizá, un tratado exhaustivo. No descartamos la idea, acunada desde tiempo ha, no obstante nuestras humanas limitaciones. Pero como la buena intención puede frustrarse por la reducida capacidad con que contamos, trataremos, en este trabajo, de esbozar algunas ideas que puedan servir, en el futuro, para un estudio de mayor envergadura y largo alcance.

Vaciamiento de la Justicia en el Derecho Positivo

Desde fines del siglo XVIII en adelante, comienza, en la doctrina y en los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados, un paulatino pero persistente vaciamiento de la Justicia. Comienza 'la furia de la lógica y sus formas, el endiosamiento de la ley y de la norma jurídica. La tarea consistía en elaborar construcciones jurídicas en base a la pura razón, obteniendo de esta manera, un Derecho Positivo depurado lógicamente a tal extremo, que más podía, asemejarse a un teorema o a una fórmula matemática cualquiera que a la regulación de la conducta humana.

Todo tiene su razón histórica. Esta elaboración racional parte, en primera instancia, de los juristas del enciclopedismo francés, quienes junto a sus pares en la filosofía, en la sociología, en la economía y en la política, posibilitaron doctrinariamente la revolución de 1789, en reacción al absolutismo monárquico de los reyes Luises. Y este hecho es trascendental en la Historia Universal. Todo, absolutamente todo se ve influenciado por la revolución. El Derecho no podía dejar de acusar el impacto. Federico Carlos de Savigny, uno de los máximos exponentes de la Escuela Histórica del Derecho, en sus dos obras fundamentales, "De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho" y "Sistema de Derecho Romano Actual", el primero, escrito en tono polémico con Thibaut en 1814, no obstante considerar que el derecho en cuenta su origen en el "espíritu del pueblo", en sus costumbres, estima que es el **derecho positivo** el objeto del estudio del jurista. Esto le hace decir a Carlos Cossio que Savigny tiene el mérito de haber descubierto la "ontologización" del Derecho.

John Austin, creador de la Escuela Analítica de Jurisprudencia, escribe en 1861 "Lecturas on general jurisprudence", en donde se manifiesta decididamente por el estudio exclusivo y excluyente de la **ley po-**

sitiva que es el tema de la Ciencia del Derecho. Afirma que la jurisprudencia — en el sentido de ciencia del Derecho —, se ocupa de "leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto sin considerar su bondad o maldad".

La poderosa influencia de Manuel Kant, con su racionalismo a ultranza, se cristaliza en el pensamiento jurídico con Rodolfo Stammler, neocriticista de la escuela de Marburgo y con Gustavo Radbruch, de la escuela de Badén.

Stammler, en su "Tratado de Filosofía del Derecho" (1930), sigue a Kant y elabora un concepto y una idea del Derecho. En el "concepto", desvincula al Derecho de la Justicia. Sostiene que es un "querer, vinculatorio, autárquico e inviolable", para diferenciarlo, respectivamente, de la Moral, de los convencionalismos y de la arbitrariedad. La "idea" del Derecho es la Justicia y ella no puede darse sino "en una comunidad pura de hombres librevolentos, unidos entre sí como autofines". Es decir, como esta comunidad perfecta no puede darse jamás en la realidad humana, la idea del Derecho-Justicia—, resulta inalcanzable, una utopía y sólo sirve como guía, tal como la estrella polar conduce al navegante, **pero nunca la alcanza**. Esta idea entonces, puede materializarse a través de un "Derecho Natural de contenido variable", una especie de Justicia contingente, variable, adaptable a las diversas y multifacéticas situaciones de hecho que se presentan en la realidad fenoménica. De esta manera nos queda sólo el Derecho como una imposición normativa, en la que la Justicia es su objeto, pero por su misma naturaleza, puede o no realizarse y en todo caso, el Derecho sigue siendo tal. No interesa, a lote, efectos del saber científico, un "orden justo", sino un "orden jurídico" que tienda a ser justo, aunque no lo sea.

Radbruch responde a la filosofía de la cultura y por ende, en su concepción, el derecho es un objeto cultural. Como los valores son esencialmente bipolares y la Justicia —en esta tesitura— es un valor, el Derecho puede ser justo o injusto, **pero sigue siendo derecho** en esta última hipótesis. Por supuesto, lo "ideal" es que sea justo, pero si no lo es, no por ello deja de ser derecho. El Derecho injusto es derecho, aunque con sentido negativo.

En similar forma a Radbruch, se expide Carlos Cossio. Su "Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad" (1964) reconoce una profunda raíz kantiana con el importantísimo aporte de la Filosofía de la Cultura.

Y así llegamos a Hans Kelsen. Sus dos obras fundamentales, "Teoría General del Derecho y del Estado" y "Teoría Pura del Derecho", que, sin lugar a dudas, cambiaron el horizonte jurídico contemporáneo, constituyen las más acabadas exposiciones del fenómeno que hemos denominado "vaciamiento de la Justicia en el Derecho Positivo". Sostiene Kelsen que como tantas, la Justicia es una "ideología" que debe ser des-

terrada de la ciencia del Derecho y a esto tiende una de sus "purificaciones".

"En su auténtico sentido, diverso del de Derecho, "Justicia" significa un valor absoluto. Su contenido no puede ser determinado por la Teoría pura del Derecho. Es más, en ningún caso es asequible al conocimiento racional, como lo prueba la historia del espíritu humano, que desde hace siglos se afama en vano por la solución de este problema. Pues la Justicia, que ha de representarse como un orden superior, diverso y frente al Derecho Positivo, está en su validez absoluta más allá de toda experiencia, así como la idea platónica más allá de la realidad, o como la cosa en sí trascendente más allá de los fenómenos. Tiene el mismo carácter metafísico de este dualismo ontológico, el dualismo de Justicia y Derecho" ("Teoría pura...", págs. 39/40).

Y en su urticante e irónico opúsculo "¿Qué es la Justicia?", afirma: "Si hay algo que la historia del conocimiento humana puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la Conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. **La justicia absoluta es un ideal irracional**" (pág. 75/76).

Para Kelsen, el Derecho Positivo, el derecho **norma**, objetivo, es el único real, existente. Y la sanción es su nota esencial. Es de Derecho Positivo la norma que establece la conducta ilícita, condición de la **sanción**. Todo lo demás es "impureza", "ideología" o "ideal irracional".

En esta rápida revista, podemos comprobar dos consecuencias de gran importancia para el pensamiento jurídico moderno: a) existen numerosas teorías de gravitación universal, que dejan, en el mejor de los supuestos, un lugar secundario a la Justicia, o directamente, la anulan en el Derecho Positivo; b) la concreción de estas teorías han proliferado en, ordenamientos jurídicos "formales", vacíos de todo criterio de Justicia, en sus normas y en sus realizaciones sociales.

Santo, Tomás definía al Derecho como "la cosa justa". Por supuesto, no es el momento de desmenuzar este concepto que, aunque sencillo, y aparentemente inocuo, constituye un acierto de valor inestimable. Y Giuseppe Graneris en su "Contribución tomista a la Filosofía del Derecho" (1949), nos dice: "La ley es un factor indispensable en la vida del derecho. Pero, su ingreso en este templo tiene el efecto casi mágico de crear una, ilusión óptica por la cual la recién llegada, disfrazada de diosa, orece desmesuradamente a nuestros ojos; mientras la vieja patrona de la casa, la cosa, retrocede y empalidece hasta parecemos microscópica", (pág. 31).

Esta metáfora de Graneris nos parece exacta y resume lo que a través de la historia del pensamiento jurídico, palpamos como auténtica realidad. Podríamos decir que desde el código Napoleón de 1804 en adelante, los juristas han dedicado toda su ciencia y sus afanes a hacer de la "ley", de la "norma", el objeto único, exclusivo y excluyente del Derecho. Se escriben tratados, tesis, opúsculos para dilucidar el sentido y alcance de las "palabras" de la ley; cambia la jurisprudencia toda porque en un estudio filológico se descubre que el concepto tenido como usual, no era tal, se modifican instituciones jurídicas en base a palabras, palabras y más palabras. Y verdaderamente, la diosa ley crece y con inversa proporcionalidad, la Justicia decrece hasta verse totalmente desalojada del Derecho. En todos aquellos tratados, tesis y opúsculos, la Justicia es "la gran ausente", casi podríamos decir que no interesa, no importa, carece de relevancia. Lo importante es la ley, la norma. . . y alabamos a Kelsen, un poco el Dios pagano' de los juristas modernos, porque rechaza a la Justicia que se limita a ser un "ideal irracional", reconociendo a la norma como objeto del Derecho Positivo, único también, ya que con la misma suerte de la Justicia, el Derecho Natural y el Derecho eterno son "irracionales" metafísicas, carentes de todo sentido jurídico y normativo.

Pues bien, este orden puramente formal, enquistado en todos los ordenamientos jurídicos modernos muestra ostensiblemente sus frutos: la diosa ley ha desplazado a la Justicia... ¡y los hombres claman desesperadamente por Justicia!

Es hora entonces de volver la mirada sobre "la cosa justa" de Santo Tomás. Es hora de restablecer el imperio de la Justicia en el orden social. Es hora, en suma, de considerar al Derecho como un "medio" para realizar la Justicia y no como un fin en sí mismo.

Sin esta disposición, seguiremos en la indefinición de Jo formal, en la falta total de contenidos que permitan ciertamente dar a cada uno lo suyo, obnubilados por el Derecho Positivo estatal Independiente de las verdades y virtudes eternas. ¡Volvamos a la Justicia, único reaseguro de la paz y solidaridad humanas!

Facultades y deberes

Nuestras afirmaciones precedentes deben, ser confrontadas con la realidad fenoménica. De lo contrario, posibilitaríamos y avalaríamos la crítica positivista-materialista consistente en el ataque a la Justicia por lo metafísico de su "irracional" contenido. Para ello, hemos hecho una selección de temas y reparamos, a simple título de ejemplo y de pauta, en lo que los juristas adherentes a la Teoría General del Derecho denominan conceptos jurídicos fundamentales. Y entre tales conceptos, los de "facultad" y "deber" nos parecen apropiados a nuestro fin.

Por vía de hipótesis, vamos a suponer que "facultad" y "deber" jurí-

dicos dependen exclusivamente de la **positividad** del Derecho y ajenos a toda estimación axiológica. Partiremos también, de una concreta, proposición normativa muy usual en estos tiempos que corren; el derecho de propiedad en función social. Y por último, analizaremos tal proposición utilizando los contenidos de tres doctrinas muy esgrimidas: la de Hans Kelsen; la de Carlos Cossio; y la de Carlos Marx. Veremos entonces, las profundas contradicciones y sorpresas que nos deparará este ensayo.

Teoría Pura del Derecho

Sabido es que para Kelsen sólo es relevante para el Derecho, la conducta que constituye la condición de la sanción. En otras palabras, sólo interesa al Derecho, la conducta ilícita. A contrario sensu, la conducta lícita, debida, o no es derecho, o es irrelevante para el mismo.

El derecho de propiedad es irrelevante jurídicamente, porque el ser propietario en sí, implica una conducta lícita, no punible. Es relevante en cambio, el hurto, el robo, la defraudación, la usurpación, etc.

Si se establece como "deber" el ejercicio del derecho de propiedad en función social pero no se determina una "sanción" jurídica, tal deber resulta irrelevante, inoperante para el Derecho. Y si además, el abuso del derecho de propiedad carece también de sanción, tal abuso es lícito y por ende, irrelevante para el Derecho.

Recuérdese que al identificar Derecho con Estado, Kelsen ha recibido el crítico embate de propiciar una teoría "totalitaria", formal y carente de contenido jurídico. Sin embargo, aceptando nuestra interpretación, Kelsen no sólo no sería totalitario, sino absolutamente liberal (!). En efecto, un régimen jurídico que no contuviera una sanción específica para el abuso del derecho de propiedad, tendría plena justificación lógica, sin importar la injusticia de su contenido, ya que la justicia o no del ordenamiento resultaría irrelevante. Cualquier abuso sin sanción, no solamente el del ejercicio de la propiedad, sería irrelevante jurídicamente. ¿Liberal Kelsen? ¡Esto es absurdo. Sin embargo. . . ¡es!

Teoría Ecológica del Derecho

Carlos Cossio parte de la premisa de que el Derecho es un objeto cultural y en tal carácter, una estructura dotada de valor y de sentido. Todo objeto cultural es positiva o negativamente valioso. Es cultural el objeto del cual puede predicarse un valor tanto como un disvalor, porque sentido es otorgado por el hombre. Un cuadro puede ser bello o feo y en ambos supuestos es objeto cultural. Una herramienta puede ser útil o inútil; una acción humana, sagrada o profana, virtuosa o dañina; justa e injusta. Pero sea axiológicamente positiva o negativa, forma parte del acervo cultural.

De esta manera, no existen, en el derecho, conductas neutras, o sea, no pueden darse conductas, ni lícitas ni ilícitas. O son prohibidas, sancionadas o no, en cuyo caso son ilícitas. O son permitidas, o no prohibidas, en cuyo caso son lícitas. Impera de esta manera el denominado axioma ontológico de la libertad: todo lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido.

Para, acentuar más la conceptualización intrasistemática de la conducta lícita o ilícita en 'el ordenamiento jurídico, Cossio sostiene que existen diez conceptos jurídicos fundamentales, que obtiene de la descomposición de la norma, la que a su vez, se subdivide en endonormia (la que conceptualiza la conducta lícita) y perinorma (que sanciona la conducta ilícita). En esta descomposición existen dos elementos funcionales ("deber ser" y la conjunción, disyuntiva "o") y ocho entitativos:

Endonorma

- 1 — Dado un hecho con su determinación temporal (Ht)
- 2 — Debe ser
- 3 — La prestación (P)
- 4 — Por el sujeto obligado (Sp)
- 5 — Frente al sujeto pretensor (Sa)
- 6 - 0

Perinorma:

- 7 — Dada la no prestación o entuerto (II)
- 2 — bis Debe ser
- 8 — La sanción (5)
- 9 — Por el funcionario obligado (Fo)
- 10 — Por la comunidad (C)

La conjunción "o" constituye la entronización, en el Derecho, de lo lícito (conducta debida, endonorma) y de lo ilícito (entuerto, condición de la sanción). Repárese que lo lícito y lo ilícito no tiene correspondencia con lo justo y lo injusto, respectivamente, sino con lo "legal" y lo "ilegal". Es lícito, todo lo que la norma permite o no prohíbe; es ilícito, lo que la norma prohíbe o sanciona. Pero tanto lo lícito legal, como lo ilícito ilegal, es Derecho.

¿Qué papel juega la Justicia entonces? Al más depurado estilo kantiano, Cossio coloca a la justicia como un ideal al que tiende el Derecho (recuérdese a Stammler) y la integra por los tres principios de razón suficiente de Kant. Como razón de esencia, la Justicia es "creación"; como razón de existencia-, es "libertad"; como razón de verdad, es "igualación". La Justicia es, luego, "creación de igualaciones de libertad", que sufre paradójicamente la destrucción y recreación permanente de sí misma, para poder realizarse. Establecidas las igualaciones, se producen las desigual-

dades, con lo que aquella igualación debe destruirse para reconstruirse en una nueva y distinta igualación.

El Derecho como orden, trata de establecer igualaciones de libertad, pero como "aspiración". Si no lo logra, si el orden estatuido es injusto, sigue siendo Derecho. Su solución no es un problema filosófico, sino- de política legislativa. Aquello cuyo permiso jurídico es injusto, debe prohibirse. Pero si no se prohíbe, **sigue siendo Derecho.**

Con esta tesis, la egología y en general, el positivismo jurídica, violenta el principio de no contradicción. En efecto, sii es Derecho tanto- lo lícito como lo ilícito, lo justo como lo injusto, utilizando la lógica formal se afirmaría que $A = B = \text{no } B$ ($A = \text{Derecho}$, $B = \text{lícito o justo}$; $\text{no } B = \text{ilícito o injusto}$). Por supuesto, el propio- Kelsen, que se preocupa profundamente por el rigor lógico de su teoría, cae también en la violación del principio de no contradicción.

Retomando nuestro ejemplo, para la egología, el ejercicio abusivo del derecho de propiedad, esté o no sancionado, **es Derecho.** Si tal ejercicio abusivo está sancionado por el ordenamiento, será ilícito y además, injusto. **Pero será también Derecho.** Si por el contrario, no está sancionado, conforme al axioma ontológico de la libertad, será injusto, **pero lícito.**

Con estas conclusiones, llegamos a un inconmensurable extremo positivista y podemos comprobar el disloque axiológico que nos presenta. El Estado se constituye en el juez supremo de la licitud y de la ilicitud, de la justicia y de la injusticia. El Derecho Natural queda desterrado. Y entonces, admite tanto un sistema liberal como otro totalitario, ambos convalidados por la voluntad omnimoda de los gobernantes. ¡Otra vez la Justicia ha sido empequeñecida o directamente, abortada del ordenamiento jurídico y de las relaciones humanas!

Marxismo

Si se nos pidiera un resumen muy ajustado del pensamiento marxista, no dudaríamos de citar las palabras que pronunció Federico Engels el 14 de marzo de 1883, cuando Carlos Marx falleció: "Así como; Darwin descubrió las leyes evolutivas de la naturaleza orgánica, descubrió Marx el desarrollo de la historia humana; descubrió un hecho sencillo, perdido entre el fárrago de ideologías: que los hombres se nutren, se visiten y buscan vivienda, antes de dedicarse al arte, a la religión, a la filosofía o a la ciencia; que, por consiguiente, la producción de los medios materia, les de existencia y el desarrollo económico de un pueblo, o de una época, determinan la modalidad: de las instituciones del Estado-, las concepciones jurídicas, el arte, y aún la religión. Hasta ahora se creía precisamente lo contrario". ("Discurso de Engels ante la tumba de Marx", Barcelona, págs. 205/6). Es decir, la infraestructura social de todos los pueblos a través de su historia universal, se constituye por la producción de los medios ma-

teriales de su existencia y el desarrollo económico. Esta base económica y material sirve luego para la erección de todas las instituciones: familia, educación, moral, religión, derecho, Estado, etc. Obsérvese cómo se subalterniza el espíritu a la materia, como la superestructura social carece de consistencia por sí, ya que depende totalmente de los fenómenos económicos y de los medios de producción. Por supuesto, de esta manera, para el marxismo ni la familia, ni la religión, ni la moral, ni el derecho, ni la justicia, ni el Estado, entre otras instituciones, obedecen a principios trascendentes y en muchos casos, inmutables (como la religión, la moral y la justicia), sino a circunstancias puramente económicas, mutables, contingentes, variables según quienes integren lo que denomina "la clase dominante".

En "Ideología Alemana", páginas 157 y 158, sostiene Marx: "...los hombres que desenvuelven su producción material y su comercio material, modifican, al mismo tiempo que su realidad, también su manera de pensar y los productos de su manera de pensar. No es la conciencia quien determina la vida; es la vida quien determina la conciencia".

No es este el momento de analizar el contenido de la doctrina marxista ni sus electrizantes conclusiones. Tampoco sería una crítica científica sin una ordenada exposición que confrontara todos los elementos disponibles. Pero permítasenos, al menos sentimentalmente, confesar el estupor y tremendo vacío espiritual que nos deja Marx, en todas sus obras que hemos podido compulsar. Su permanente incitación al odio y a la violencia, no habla ya del tímido "lobo del hombre" de Hobbes. Diríamos por nuestra parte, que Marx trata en realidad, del "monstruo" humano, sin concesiones de ninguna naturaleza. Pero volvamos a nuestro asunto.

Con los conceptos transcritos, Marx no puede creer en la existencia de ningún pueblo ni sociedad rescatable. Por eso, en la última parte de su "Manifiesto del Partido Comunista", escrito en colaboración con Engels, sostiene: "En resumen, los comunistas apoyan por doquier todo movimiento revolucionario contra el régimen social y político existente. En todos estos movimientos ponen en primer término, como cuestión fundamental del movimiento, la cuestión de la propiedad, cualquiera que sea, la forma más o menos desarrollada que ésta revista. En fin, los comunistas trabajan en todas partes por la unión y el acuerdo entre los partidos democráticos de todos los países. Los comunistas consideran indigno ocultar sus ideas y propósitos. Proclaman abiertamente que sus objetivos sólo pueden ser alcanzados derrocando por la violencia todo el orden social existente. Que las clases dominantes tiemblen ante una Revolución Comunista. Los proletarios no tienen nada que perder en ella más que sus cadenas. Tienen, en cambio, un mundo que ganar. ¡PROLETARIOS DE TODOS LOS PAISES, UNIOS!".

En esta apetencia de destrucción social, Marx aconseja destruir, en primer término, la religión, ya que aquella es —según sus términos— "el opio de los pueblos". Quiere quitar todo vínculo del hombre para con Dios para posibilitar la instauración definitiva de un sistema materialista y ateo. Quiere suprimir también, la moral y la justicia, a las que enrola como "ideologías al servicio de la clase dominante". Quiere suprimir, por fin, la familia, el Derecho y el Estado. Familia, porque la burguesía la ha construido sobre bases hipócritas. Dice en el Manifiesto (pág. 56/7), "El matrimonio burgués es, en realidad, la comunidad de las esposas. A lo sumo, se podría acusar a los comunistas de querer sustituir una comunidad de las mujeres hipócritamente disimulada, por una comunidad franca y oficial. Es evidente, por otra parte, que con la abolición de las relaciones de producción actuales, desaparecerá la comunidad de las mujeres que de ellas se deriva, es decir, la prostitución oficial y privada".

Quiere abolir el Derecho, porque también es burgués. Y el Estado —burgués como todo, según Marx— no hace otra cosa que remarcar, al menos, dos clases antagónicas: gobernantes y gobernados.

Lo curioso de todo este proceso es que ningún país "marxista" ha podido concretar los postulados de Marx. Por el contrario, allí el Estado ha tenido que hacerse fuerte, totalitario, absolutista, para imponer a fuego, muerte y sangre, sus postulados. Ha tenido que dictar leyes y normas jurídicas de una severidad total. . . . ¡Y ninguno ha podido terminar con la familia, ni con la religión que se profesa en los hogares, ni con la moral que los guía en la vida!

Y como corolario o principio general, Marx sostiene que debe abolirse la propiedad privada. Pero. . . ¿qué propicia entonces, si es en el fondo, un anarquista? Una simple "administración de cosas" y un "paraíso terrenal". Paradójicamente, Marx es el fundador de una religión materialista y atea, la sustitución del Dios ultraterreno, por el "paraíso", aquí, ahora, en la Tierra. Promete desarrollar este, tema en su último capítulo. . . ¡pero jamás lo hace! ¡Y no podía hacerlo, era imposible!. . . ¿Cómo hacer que en este paraíso no existan ladrones, homicidas, estafadores, etc.? ¿Cómo evitar la necesidad natural del hombre de compartir su vida con una familia...? ¿Cómo cercenar la inclinación del hombre a adorar a su Dios...? ¿Cómo organizar la sociedad y establecer el orden, la paz, la distribución, la asistencia, sin una autoridad, sin el Estado? Nada dice Marx... ¡nada puede decir ni contestar!

Pero incurre en una autocontradicción, porque sustituye la clase de gobernantes y la de los gobernados, por la de administradores y administrados.

Y llegamos así a nuestro ejemplo. Al propiciar la abolición del Derecho y del Estado y crear con ello, un "estado- de naturaleza", quedan necesariamente abolidos los deberes. En efecto, sin Derecho y sin Estado,

les denominados "deberes", o se imponen por la "ley de la selva" y el más fuerte domina al más débil, aunque carezca de derecho y la humanidad retroceda a sus épocas primitivas... ¡o se tienen por "Derecho Natural", del cual Marx abomina!

¿Qué conclusión estamos obligados a obtener de la teoría marxista? ¡Algo sorprendente: Marx y su teoría es absolutamente liberal, quizá la más liberal de todas las concepciones; Quizá lo que afirmamos sea considerado una "blasfemia marxista", pero no tenemos otra salida. Si el Derecho y el 'Estado' quedan suprimidos, no pueden existir deberes, en ningún tipo, ni quien los haga cumplir. Entonces, **sólo existen derechos**. Y entre ellos, el derecho a la propiedad, no privada, pero si colectiva. ¡Pero no el deber de afectarla a un fin social. . . sólo el derecho de explotarla, comunitariamente, en beneficio propio! ... ¿Y si se cometen excesos? Como no existen deberes, no puede existir sanción por el exceso, ni por el abuso. . . ¿No es esto, acaso, una cruda exposición liberal? ... ¡Y la deducimos necesariamente del pensamiento marxista!

Conclusión del análisis positivista

El positivismo, a nuestro criterio, desprovisto de toda fundamentación trascendente, inmutable, eterna, deja un vacío profundo y las contradicciones evidentes que hemos señalado. Y es lógico que así suceda, porque si la Justicia como supremo valor y como virtud cardinal no se realiza en el orden social; si la Justicia puede ser una mera aspiración pero nada tiene que ver con el Derecho; si el Estado dicta normas que por el solo hecho de emanar de él, son de Derecho, entonces no existe un patrón, una pauta reguladora, un criterio inscripto en forma indeleble en el corazón humano, que permita distinguir lo lícito de lo ilícito, lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto. Cualquier arbitrariedad, cualquier injusticia, cualquier régimen despótico, es de Derecho. Queda consumada entonces la más inicua regulación social.

No pediríamos negar que el positivismo tiene su aporte. Por ejemplo, el manejo de la lógica y su entronización en el campo del Derecho. La estructuración del ordenamiento jurídico. La prelación normativa. El afianzamiento de la Norma Fundamental del Estado. El progreso del sistema de Derecho Internacional, etc. Excluimos al marxismo por ser un positivismo materialista arrasador, como lo hemos destacado supra.

Pero estos méritos no pueden empalidecer el pecado original del positivismo: su desprecio por la Justicia o, en casos más tenues, su minimización, como algo metajurídico.

Repetimos algo que dijimos al comenzar este trabajo. Los pueblos, hoy en día, viven la superficialidad de un formalismo total, en lo moral, en lo económico, en lo político, en lo social, en lo religioso y por supuesto, en lo jurídico. Y este formalismo los agota y los agobia. Han comprendido

la esterilidad de las puras formas y claman por soluciones de fondo. La crisis moral destruye el principio de autoridad. La crisis económica provoca un disloque en la distribución de los bienes y el empobrecimiento de las clases más necesitadas, hasta límites de hambre. La crisis política, provoca "palabras", retórica, grandilocuentes discursos, que generalmente no llevan a nada y constituyen una serie interminable de repeticiones inútiles. La crisis social produce un desfasaje que distorsiona y destruye las relaciones humanas. La crisis religiosa pretende conectar pensamientos que son verdaderas antípodas, como por ejemplo, cristianismo y marxismo. Y la crisis jurídica, origina juristas preocupados en las palabras de la ley, gobernantes que creen solucionar los graves problemas con normas, leyes, reglamentaciones inusitadas, extraordinarias en cantidad, pero no en calidad, pueblos que dejan de creer en todo porque la "lógica" ha reemplazado a la Justicia.

Es urgente volver de esta descabellada aventura. Es imprescindible, en lo jurídico, retornar a la Justicia y de este punto de partida, construir un Derecho a su servicio, que tienda a realizar el bien común y a elevar la dignidad humana. Mientras no nos avoquemos a esta tarea, no sólo perdemos un tiempo precioso, sino retrocedemos sin pausa, como lo hemos visto en los párrafos que anteceden.

Derechos y deberes según la Justicia

Hasta aquí, hemos analizado el tema de, los derechos y deberes desde el enfoque especial del Derecho Positivo y ello nos ha llevado —eso es lo que creemos— a decepcionantes conclusiones. Necesitamos ahora enfocar el problema desde otro ángulo, el de la Justicia. Es decir, volver a Santo Tomás y a Aristóteles; estimar primero y por sobre todo, un "orden justo" que se realice operativamente mediante el Derecho Positivo.

¿Qué sería la "ley" para este ordenamiento justo propuesto? Recurriremos a Santo Tomás en su "Suma Teológica", cuestiones 90 a 114, 1ª Sección, 2ª Parte, "La Ley y la Gracia".

Dice el Doctor Angélico que existen tres clases de leyes: eterna, natural y humana o positiva. La ley eterna es la ley de Dios, absoluta, perfecta, a la que no podemos aprehender con nuestra limitada razón, pero participamos de ella por haber sido creados a su imagen y semejanza.

Luego afirma que "la participación de la ley eterna en la criatura racional se llama ley natural". Y desarrolla su pensamiento en los siguientes términos: "... toda operación de la razón- y de la voluntad se deriva en nosotros de lo que es conforme a la naturaleza. . . pues todo razonamiento dimana de los- principios conocidos naturalmente, y todo apetito de los medios conducentes al fin se deriva del natural apetito del último fin. Y así también es preciso que la primera dirección de nuestros actos al fin se verifique por la ley natural... aún los animales irraccio-

nales participan a su modo de la razón eterna, como también la creatura racional. Pero porque la creatura racional participa de ella intelectual y racionalmente, por eso la participación de la ley eterna en la creatura racional se llama propiamente ley, por ser la ley de la razón... Mas en las creaturas irracionales no se participa, por lo que no pueda hablarse de ley sino por semejanza".

Repárese como Santo Tomás deriva la ley natural de la eterna. El hombre creado, por Dios, recibe de su Señor una participación racional en su plan perfecto y eterno. Esta participación es precisamente la ley natural.

Pero la ley natural no está escrita, no se encuentra codificada. Como Dice Ismael Quiles en su comentario a la Suma: "La fórmula del Angélico para definir la ley natural, fórmula que es la más generalmente usada por los escolásticos, es de sabor platónico-agustiniano, pues se funda en la teoría de la participación. El dictamen práctico por el que nuestra razón expresa concretamente la ley natural es: "Hay que hacer el bien y evitar el mal".

El positivismo critica la ambigüedad de esta fórmula y sostiene que lo único que puede "determinar" concretamente, tácticamente, qué está prohibido y qué permitido, es la ley positiva, sobre la que no pueden caber dudas. A mi juicio, dos son las refutaciones que merece el positivismo: 1º) Las "leyes positivas", desprovistas de los criterios básicos y naturales del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, han sido y son, junto a otros desvaríos humanos, coautoras de la tremenda y profunda crisis contemporánea de la humanidad. Si... es verdad... hay muchas "leyes". . . ¡pero no hay justicia, no hay moral, no existe una justa distribución de la riqueza. Impera el hambre. . . las naciones fuertes dominan a las débiles o de menores recursos.-, el capitalismo, y el comunismo, ambos con sus esquemas "formales", vacíos de contenidos axiológicos, con muchas y variadas "leyes positivas", se turnan en la dominación, en el imperialismo, en el cercenamiento de la dignidad humana! En realidad de verdad, no es grande el ejemplo positivista. No sólo no ha solucionado nada, sino que por el contrario, ha contribuido y lo sigue haciendo, a construir un mundo moderno convulsionado, insatisfecho, desconforme y en permanente pie de guerra.

2?) El bien y el mal están inscripto en forma indeleble en nuestra conciencia, y en nuestra razón. Pueden variar y de hecho, los métodos o sistemas para alcanzar uno y otro. Pero lo "bueno" es bueno en todas partes y lo "malo" igual. Léase con detenimiento, cualquier plataforma o programa de cualquier partido político. Los fines que todos se proponen, son coincidentes y "buenos": bien común, felicidad del pueblo, justa distribución de la riqueza, moralidad en la función pública, economía al servicio de -les intereses del país, administración sana y eficiente, elevación y mantenimiento del nivel de vida de los habitantes, asistencia social

a los necesitados, pleno empleo y multiplicación de las fuentes de trabajo, etc. **No existen discusiones al respecto**, todos están de acuerdo en que las enunciaciones precedentes y muchas otras que no es del caso señalar, son "buenas" y logran el "bien común". En otras palabras, queriéndolo o sin quererlo, **admiten los preceptos de un Derecho Natural incommovible**. Y sorprendentemente, las críticas que mutua y recíprocamente se hacen, no son sobre estos principios **sino sobre los medios utilizados para imponerlos**. O sea, las críticas apuntan, no al Derecho Natural... ¡sino al **Derecho Positivo!** Y con esto, colocan una lápida a sus megalómanas pretensiones de erigir ordenamientos formales perfectos y un tácito aunque no querido reconocimiento a la existencia de un Derecho Natural trascendente a las normas estatales.

Gritan los positivistas... ¡no creemos en un Derecho Natural no codificado, sujeto a los caprichos del corazón y de los sentimientos humanos; Pero sin poder refutar ni un ápice los postulados del Derecho Natural, afirmando en sus descomunales obras sus contenidos irrefutables, ...¡se encuentran constreñidos a criticar el Derecho Positivo, lleno de contradicciones y carencias, como todo lo humano! Si se sabe y puede leer entre líneas, es en los ataques al Derecho Natural formulados por los positivistas donde mejores argumentos en su favor se encontrarán.

Y bien, de este Derecho Natural se deriva también, el derecho positivo o humano, por conclusión y por determinación, en la medida que lo particular está incluido en lo general y lo determinado en lo indeterminado.

Así el Angélico nos brinda su concepto de ley, "**cierta ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad**". Orden de la razón, orden racional, alejamiento de toda irracionalidad, o arbitrariedad, o despotismo, o indignidad. Orden adecuado al Derecho Natural, a la participación de la ley eterna en la criatura humana. En suma, orden justo. Tendiente al bien común, donde no existen privilegios irritantes, diferencias generadoras de odios, posibilidades a todos de realizarse dignamente como seres humanos, asistencia a los necesitados, ayuda ordenada y racional, de los que más tienen a los que más necesitan. Promulgada por la autoridad, responsable, honesta, moral y justa.

Y la ley que no se adecúe a estos principios, tan magníficos como sencillos, **no es Derecho**, porque "lex injusta non est lex".

En esta apretada síntesis, hemos pretendido demostrar, Dios quiera que con éxito, que es **racional** y adecuado a la naturaleza humana imponer un "orden justo mediante el Derecho", un Derecho que sea "medio" para el "fin" de la Justicia y del Bien Común. Y demostrar también que pretender instaurar un Derecho Positivo sin importar si es o no justo, que sea un fin en sí mismo, **es irracional**, contra natura. Que el jurista, el juez, el legislador y el gobernante, deben primero preguntarse "qué es

lo justo" y en base a ello, estructurar su Derecho. Y como es justo lo adecuado a otro —según Aristóteles y Santo Tomás —, lo que permite la plena realización del bien común, no habrá margen para el error.

Con estos lineamientos, el problema de las facultades y los deberes se diluye, porque son más importantes los deberes que las facultades, según la Justicia. En la medida que la preocupación de todos los sectores de la comunidad esté centrada en el cumplimiento de sus respectivos deberes, los derechos se darán por añadidura.

En la fórmula "derecho de propiedad en función social", primero está el "derecho" y luego el "deber" de cumplir con la comunidad. Pero lamentablemente el ejercicio del derecho nos hace olvidar, frecuentemente, el cumplimiento de nuestro deber. Sucede así en todos los órdenes. Los gobernados claman por sus "derechos" y olvidan su "deber" de aportar a la comunidad. Los gobernantes imponen sus "derechos" y su "poder" y generalmente desconocen sus "obligaciones" frente al pueblo del cual proceden.

La enunciación justa del ejemplo que hemos tomado sería entonces:

"Todo **propietario** tiene el **deber** de dar a su propiedad una función social".

De esta manera, el **derecho** de propiedad queda subordinado al **deber** de imprimirle una función social.

Si la función social es un deber del propietario, su incumplimiento o violación es ilícito y por ende, injusto. Corresponde la sanción adecuada al incumplimiento, por Derecho Natural y por Derecho Positivo, que determinarí­a la misma.

Multiplicado el ejemplo en todos los casos posibles, en los que estuviera comprometido el bien común, lograríamos la plena realización de la Justicia "mediante" el Derecho Positivo.

No se nos escapa que la tarea es ímproba y difícil. Pero tampoco nos es ajeno que' de realizarse, 'la humanidad' se reencontraría consigo misma, la dignidad de los pueblos no quedaría en las palabras puramente retóricas de los gobernantes y la Justicia volvería a ser la "dueña de casa", constituyendo a la ley como su instrumento apto para la plena realización del bien común. Un viaje de mil millas también comienza con un solo paso.