

# Afinidades ontológicas entre el ser y el deber ser del derecho

JORGE R. TAGLE

Universidad Nacional de Córdoba

## *El ser del Derecho*

Existe un orden normativo social por excelencia que es el Derecho. El Derecho es un determinado tipo de ser y como tal hay que enfocarlo filosóficamente, planteándonos aquello en que consiste su esencia y localizando el lugar donde radica su inserción con la realidad. Conocer filosóficamente el Derecho, significa saber de un modo radical lo que es, plantear el problema de su auténtica y rigurosa existencia y de su sentido. El solo hecho de preguntarse por el ser del Derecho, hace surgir el problema de su razón justificativa, y si nosotros queremos ver como se articula el ser del derecho con el ideal jurídico y con la justicia, advertiremos que este problema pertenece a la vida humana, al orden del espíritu, que no admite mera constatación, sino que requiere valoración y justificación. Si se dice que el Derecho es pura seguridad, tendríamos que preguntarnos la razón en virtud de la cual se aseguran dentro de este orden unos determinados principios y realidades valoradas. Si la Filosofía del Derecho se funda en la filosofía, esto nos obliga a precisar dos cosas: una, que si la Filosofía versa sobre el ser y las cosas en tanto que son, la articulación de cada una con lo que fundamentalmente es, en su sentido primario y radical, nos pone en presencia de la Metafísica; ella pregunta y resuelve lo que es, de un modo decisivo y pleno; y otra, que en un ámbito intelectual rigurosamente filosófico y ante una rama de la filosofía que versa sobre un aspecto concreto del ser, se requiere no sólo una deducción rigurosa mediante la razón filosófica, sino un análisis

directo de los fenómenos que abarca<sup>1</sup>. Si el Derecho se vincula con la ontología, hay que distinguir como elemento intrínseco aquella forma o contenido sustancial o sea la causa formal en el sentido escolástico y el elemento extrínseco o sea la expresión jurídica, transformándose en norma por la causa eficiente. La materia que se recoge en la norma, como contenido, históricamente tiene antes una existencia o una validez social o moral. Al adquirir expresión jurídica, no puede decirse que continúe siendo una materia extrajurídica, de la que debe prescindir la investigación propiamente jurídica; se la transforma en materia jurídica, no sólo porque se la inviste de una forma de ese tipo, sino sobre todo, porque adquiere validez como tal; y así determinados actos humanos, que genéricamente se delimitan en el supuesto hecho de la norma, han de ajustarse imperativa o supletivamente a ella, los cuales actos, por ese mérito, adquirirán una significación jurídica que antes no tenían, o en su caso tendrán otra validez jurídica distinta de la que tuvieron. Otra cosa es que la materia recibida como jurídica, al elevarla a contenido de una norma, no deje de tener también la existencia y validez que antes tuviera, porque aun cuando reciba sustancia de lo jurídico no quiere decir que pierde su existencia social o moral anterior, como norma<sup>2</sup>. Pensemos por ejemplo en aquellos deberes morales más que jurídicos impuestos al padre acerca de la protección, cuidado y educación de los hijos. Esa protección subsiste como precepto moral, pero además es materia jurídica; su índole moral, pese a haberse transformado en precepto jurídico, se refleja incluso en la manera deficiente en que se puede exigir su cumplimiento o sancionar su violación. Y bien, pues, una cosa es partir de una posición ontológica que comprenda y justifique el ser del Derecho y otra cosa es penetrar el Derecho valiéndose de una de sus categorías, el pensar; en el primer caso se trata de buscar un medio para obtener un fin y en el otro de obtener un fin para buscar un medio. En el sistema ontológico, la Filosofía del Derecho estudia las instituciones y trata de penetrar su sentido íntimo, valora y justifica su finalidad ética; en cambio en los sistemas *formalistas* no se trata de saber qué es una institución, sino cómo debe ser pensada.

<sup>1</sup> SALVADOR LISARRACUE, *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho*. Ed. Boch. Barcelona, 1948 - pág. 15.

<sup>2</sup> ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del derecho*, pág. 162, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.

La gnoseología jurídica se reduce por tanto a la identificación y unificación del contenido jurídico de las normas, respecto a ciertas nociones, con el fin de poder pensar todas las normas como un sistema. La ontología, tal cual queda establecido, es la investigación primera de la filosofía y si de una parte investiga intelectualmente la estructura de la realidad o del ser diferenciado bajo distintas formas, por otro, aspira a dar una interpretación espiritual del sentido de la realidad como universo. Con respecto al Derecho es preciso plantear también una serie de problemas ontológicos previos a toda otra investigación; hace falta situar en el panorama óptico los distintos objetos de que se ocupa la ciencia jurídica, estudiar su forma de ser, sus categorías y determinaciones fundamentales<sup>1</sup>.

### *Valor de la filosofía jurídica neo-kantiana*

Toda la Filosofía del Derecho moderna y contemporánea es de genealogía neokantiana y ello obedece sin duda a la fuerza de sugestión que nos ha brindado la filosofía de Kant. Kant es quien elimina de la filosofía toda pretensión ontológica, dando expresión culminante a un proceso que comienza en Descartes. Se sustituye la ontología por la gnoseología, y Kant ya no se pregunta por el ser de las cosas, no se pregunta cómo es la realidad, cuál es su estructura, cuál es su forma, sino cómo puede ser conocida, cuáles son las condiciones de su posibilidad. Aquí cambia ya la concepción del mundo y si en la ontología el hombre antiguo, desde el punto de vista pagano, y el medieval, desde el punto de vista cristiano, conciben a la realidad como un cosmos y como un orden, Kant ve en el hombre moderno-laico, un desorden y un caos, y a Dios sólo lo concibe como Dios-idea, no como Dios existencia". El neokantismo tuvo la virtud de atenuar en gran medida una crisis gravísima de la historia de la filosofía; fué como dice M. Grabmann<sup>3</sup> un movimiento de retorno, promovido por afanes auténticamente filosóficos, a las doctrinas de Kant, previsto por este mismo filósofo con genial clarividencia. Bajo la influencia de Kant y de los neokantianos se produce la mayor parte de la filosofía jurí-

<sup>1</sup> GIORGIO DEL VECCHIO, *Hechos y doctrinas*, pág. 34, Ed. Reus, Madrid, 1942.

<sup>2</sup> *La Filosofía del Derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y clásico*; Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944.

<sup>3</sup> M. GRABMANN, *Historia de la Teología Católica*, Trad. al español de P. D. Gutiérrez, pág. 277, Edit. Madrid, 1941.

dica del siglo xx. La construcción más lograda y mejor estructurada dentro de la filosofía neokantiana, corresponde sin duda a Hans Kelsen. Kelsen quiere construir una teoría del Derecho y del Estado, purificada de todos los ingredientes extrajurídicos (sociológicos y políticos), que según él, desnaturalizaban totalmente estas disciplinas de su condición normativa<sup>1</sup>. Coloca al hombre en el reino de la naturaleza, en todo lo que pertenece al *ser*; desde el trueno y el relámpago hasta el simple acto psicológico volitivo. *Deber ser* es todo cuanto es idealidad, concepto, norma; la *norma* es la categoría fundamental de este mundo lógico; pero este *deber ser*, no tiene en principio ningún sentido de necesidad ética: no es nada que deba ser porque se considere bueno, justo o conveniente, sino que el *deber ser*, indica una forma de imputación de hechos de conducta. La normatividad es una categoría de la mente, toda la realidad ideal es sólo realidad conceptual; sólo existe *en* la mente, no ya en cada mente individual sino como categoría kantiana de la mente en general<sup>2</sup>. No se pregunta por la realidad del Derecho, o sea en qué consiste esa realidad, ni cuáles son sus notas específicas. Kelsen parte de la distinción radical entre *ser* y *deber ser*. Aquí late su primer equívoco. Si hemos afirmado que el punto de vista filosófico es el del Ser, toda posición que lo eluda queda al margen de la Filosofía. Hay que advertir que en el pensamiento de Kelsen no se entiende por *ser* otra cosa que la que corresponde al mundo de la naturaleza, a lo que acontece de hecho, siendo comprensible a través de leyes universales e inexorables que nuestra mente concibe. El *deber ser*, en cambio, es el orden de las normas, de lo que se preconiza como pauta de una conducta libre y que puede suceder o no. El punto de vista del Ser en el sentido metafísico se excluye en el pensamiento kelseniano, lo mismo en el orden de la naturaleza, que en el orden de las normas o Deber Ser. Ser es lo que se constata como hecho; el *deber ser* lo que se preceptúa al cumplimiento libre de los hombres. Para Kelsen el Derecho es un orden de *deber ser*, en el sentido de que no es algo que de hecho acontece, sino un sistema de normas. Pero aquí hay otra contradicción. Por una parte, esas normas radican en una actividad real, se desenvuelven de hecho, a través de la actividad de las relaciones interhumanas. Pretenden por su mismo carácter, tener una justificación,

<sup>1</sup> LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Horizontes del pensamiento jurídico*, pág. 447, Edit. Barcelona.

<sup>2</sup> *Ibidem*; pág. 449.

esto es, un deber intrínseco, por encima de su deber ser formal. De estos dos aspectos Kelsen aparta de un modo radical su concepción del Derecho como tal. Ni la realidad de las acciones humanas, ni las exigencias de validez absoluta, nos dan el ser del Derecho, o mejor dicho la concepción formal del mismo, ya que el punto de vista del Ser, es cabalmente lo que falta. El derecho se desarrolla en la vida efectiva de las relaciones interhumanas, pero en cuanto a éstas se refiere, queda al margen de dicho concepto. Tras la norma jurídica hay una fuerza real que la establece y mantiene, así como tras el conjunto de las mismas, una entidad social concreta, el Estado<sup>1</sup>. No hay duda que la oposición entre el *ser* y el *deber ser*, mientras se mueva en el marco del conocimiento lógico formal está separada por un abismo infranqueable, es decir, no puede pasar del *ser* al *deber ser*. Lo propio sin embargo del *deber ser*, consiste en que aparece a nuestras conciencias, como una necesidad trascendente a nosotros, como una obligación de naturaleza espiritual, que se impone a la mente quiera o no, lo cual ha sido desconocido por Kelsen al proclamar la heteronomía del Derecho frente a la autonomía de la moral. ¿Qué cosa será un *deber ser*, que no sea al mismo tiempo un *ser*? Desde el momento en que el *deber ser* tiene su realidad y expresión en las normas y éstas existen, no cabe duda de que son, o lo que es igual que participan del *ser*. Lo que no es, la nada absoluta, no puede recibir nombre alguno y menos el de *deber ser*. Tan las normas tienen *ser*, que el propio Kelsen dice que se formulan para que influyan sobre la conducta humana; es más, el fin de las normas consiste en que actúan como causa motivadora sobre la voluntad del hombre. La norma no tiene que explicar hechos sino provocarlos. Si constituyen fuerzas bastantes para impulsar a la voluntad del hombre, no cabe duda que son, esto es, que existen, luego no puede afirmarse que haya un abismo infranqueable entre el *ser* y el *deber ser* puro y simple<sup>2</sup>. El profesor Dr. Alfredo Fragueiro, con aguda penetración y fino análisis, ha sintetizado sus críticas a Kelsen y al llegar al término final de su trabajo nos dice, que sus observaciones críticas, las formula principalmente acerca de la naturaleza del derecho, como objeto del conocimiento científico. Expresa el Dr. Fragueiro en

<sup>1</sup> Cita del N° 1, pág. 17.

<sup>2</sup> E. PALLARES, *Crítica de la filosofía de H. Kelsen*, en *Rev. Mexicana de Sociología*, N° 1, año VI, Volumen VI.

un pasaje de sus observaciones: "Kelsen en su teoría pura, aplica las innovaciones que los filósofos de Marburgo hicieron a Kant, pero intenta una transposición arbitraria; somete al Derecho al juego crítico de la analítica, como si él fuera por naturaleza objeto de un juicio existencial y no de un juicio de valor. El *deber ser* —como forma pura— en el sentido de la analítica kantiana, es un concepto constitutivo, no regulativo, en consecuencia, funciona como un aspecto del determinismo causal, y no como un aspecto de la idea regulativa de justicia. La teoría pura del derecho, en ese sentido, constituye un objeto de conocimiento *more geometrico* independiente por tanto de la Moral y de la Justicia, es decir, desconectado de lo humano, porque la Moral y la Justicia son lo que es el hombre: conciencia y libertad. Estas requieren algo más que una teoría pura, exigen una estimativa en la que el Derecho sea expresión valorativa de la conciencia como de la libertad"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ALFREDO FRAGUEIRO, *Aberraciones teóricas en el normativismo de H. Kelsen*, pág. 16. Espasa Calpe, 1943.