

**Castellano, Danilo**

*El derecho entre ciencia y jurisprudencia*

*the law between science and jurisprudence*

Prudentia Iuris N° 78, 2014

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Castellano, D. (2014). El derecho entre ciencia y jurisprudencia [en línea], *Prudentia Iuris*, 78. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/derecho-ciencia-jurisprudencia-castellano.pdf> [Fecha de consulta:.....]

## EL DERECHO ENTRE CIENCIA Y JURISPRUDENCIA<sup>1</sup> *The Law between Science and Jurisprudence*

Danilo Castellano<sup>2</sup>

**Resumen:** El autor introduce su trabajo con una serie de precisiones semánticas acerca de los conceptos principales que definen el objeto de su indagación: *derecho*, *ciencia* y *jurisprudencia*. Critica la noción de *ciencia* aplicada al derecho, y la aspiración a la certeza que ella conlleva y que pretende ser realizada por el positivismo y la ideología política de la soberanía según el modelo moderno y de la Revolución Francesa. Y pone de manifiesto las contradicciones en las que incurren las diversas corrientes positivistas. En el núcleo teórico de la investigación, contraponen convencionalismo y realismo, para pasar luego a analizar las concepciones modernas y contemporáneas de *jurisprudencia* y la concepción de Francesco Gentile acerca de lo que él denomina “geometría legal”. La conclusión pretende mostrar que los errores de perspectiva acerca del derecho y la jurisprudencia terminan necesariamente en la desnaturalización del derecho y, en definitiva, en la injusticia.

**Palabras claves:** Derecho - Ciencia - Jurisprudencia - Positivismo - Convencionalismo - Realismo - “Geometría legal” - Justicia.

**Abstract:** The author introduces his work with a number of semantic clarifications about the main concepts that define the object of his inquiry: *law*, *science* and *jurisprudence*. Criticizes the notion of *science* applied to law, and the desire for certainty that it entails and intends to be performed by positivism and political ideology of sovereignty as modern model and the French Revolution. And highlights the contradictions incurred by various positivist currents. In the theoretical core of the research, convention and realism opposed to then analyze the modern and contemporary conceptions of *jurisprudence* and the design of Francesco Gentile about what he calls “legal geometry”. The conclusion aims to show that the errors of perspective

<sup>1</sup> Conferencia dictada en las XVII Jornadas Abiertas de Profundización y Discusión del Doctorado en Ciencias Jurídicas (Seminario de Filosofía del Derecho), el martes 2 de setiembre de 2014. La traducción del texto fue confeccionada por la Dra. María de Lezica (UCA). Las notas fueron traducidas por el Prof. Lamas.

<sup>2</sup> Catedrático de la Universidad de Údine, Italia.

on the law and jurisprudence necessarily end distortion of the law and, ultimately, in unrighteousness.

**Key-words:** Law - Science - Jurisprudence - Positivism - Conventionalism - Realism – “Legal geometry” - Justice.

## 1. Palabras preliminares

Agradezco a los organizadores de estas jornadas de profundización (en especial al Decano de la Facultad de Derecho, prof. Herrera, y al prof. Lamas) por la invitación que recibí con mucho placer. Me alegro de estar aquí, en Buenos Aires, en la Universidad Católica Argentina, también nacida como resultado del ya lejano impulso de la actividad cultural promovida por mons. Giuseppe Canovai, muerto en olor de santidad y a quien dedicara una hermosa biografía el padre Sáenz<sup>3</sup>. También me complace tomar la palabra para considerar un tema importante para el derecho y para el pensamiento iusfilosófico de Francesco Gentile, muerto el 24 de noviembre de 2009, a quien me unen sentimientos de estima y de amistad que exceden la línea de los confines de lo finito y del tiempo. Agradezco a María de Todos los Santos de Lezica de Cabriza, por la traducción.

## 2. Algunas precisiones lingüísticas

“Ciencia”, “jurisprudencia”, “derecho” (como otros términos) tienen –sobre todo hoy– sentido polisémico. Son palabras que pueden indicar, “significar”, cosas distintas. El lenguaje contemporáneo no siempre es instrumento de comunicación. De hecho a menudo es confuso; a veces se utiliza como técnica de dominio, especialmente de dominio social. Se vuelve necesaria, por lo tanto, una precisión preliminar.

“Derecho” se usa aquí como determinación de lo que es justo. Este, entonces, no se utiliza dependiendo nada más que de la norma o del sistema (ordenamiento), siendo más bien su condición. En otros términos, “justo” y “legal” no se identifican. E incluso cuando accidentalmente se identificaran, siempre el derecho es condición de legitimidad de lo “legal”.

El término “ciencia”, entonces, no es utilizado como sinónimo de “conocimiento”, es decir, como conocimiento de las “cosas”, el cual sería propiamente (aunque en sentido lato) conocimiento filosófico. En este caso, el sistema de conocimiento no pretende ser una fuente de la verdad, como sostuvo, por ejemplo, Hegel, para quien la verdad es siempre y nada más que la verdad del sistema<sup>4</sup>. Por el contrario, el sistema de conocimientos es el producto de la verdad, el resultado de conocimientos sistemá-

<sup>3</sup> Véase Sáenz, A. (2004). *José Canovai*. Buenos Aires. Ediciones Gladius.

<sup>4</sup> Hegel, de hecho, abre su obra del periodo de Jena (1807) con la afirmación según la cual la “verdadera figura en la cual la verdad existe, solo puede ser el sistema científico de ella” [Hegel, G. W. F. (1967). *Die Phänomenologie des Geistes*, trad. it. *La fenomenologia dello Spirito*. Vol. I. Firenze. La Nuova Italia, 4].

ticos (es decir, no contradictorios), los cuales, sin embargo, tienen su fundamento en el ser. El derecho, por lo tanto –para dar un ejemplo relacionado con el tema que nos interesa– no deriva del ordenamiento, es decir, de un sistema coherente de normas, el cual no es idóneo en sí y por sí para determinar (y todavía más, para crear) la juridicidad. Solamente admitiendo en último análisis la teoría hegeliana de la verdad se puede sostener que la ciencia del derecho es ciencia pura del derecho. La ciencia del derecho, en este caso, se conforma con dar una “justificación” de la efectividad y no con dar una explicación de la “juridicidad”, casi siempre identificada erróneamente con la coerción. Vamos a volver en breve sobre el problema siguiendo, en parte, las huellas de Francesco Gentile, que dedicó gran parte de su investigación y enseñanza a la refutación de la teoría de la ciencia del derecho como “geometría legal”.

Por último, la “jurisprudencia” se considera como la verdadera ciencia del derecho y el arte de su determinación. La jurisprudencia, por lo tanto, implica el conocimiento de los principios de la justicia y su aplicación a los casos concretos. En efecto, esta es siempre solución del conflicto (es decir, del “caso”) conforme a derecho. No se da, de hecho, auténtica jurisprudencia si la solución de la controversia tiene lugar solo sobre la base de la norma (que, a veces, puede ser antijurídica), ni si se considera dar respuesta al *petitum*, es decir, a la pregunta planteada con la acción para superar el conflicto, imponiendo una solución cualquiera que pretende ser jurídica solo porque es considerada tal por el juez y por él impuesta. En otros términos, la jurisprudencia no es la conclusión de un silogismo basado en premisas arbitrarias (aunque establecidas por el soberano) y en hechos considerados relevantes en cuanto creados por el tipo legal. Ella, al contrario, postula (en el sentido que exige) que el hecho se convierta siempre en tipo legal (es decir, que sea “reconocido” como tal) cuando es en sí mismo el portador de las cuestiones de justicia, y que eso se “interprete” de acuerdo a los principios de la justicia, los cuales no dependen de ninguna voluntad: ni de la del Estado, ni de la del pueblo, ni tampoco de la de los socios especificada en las “elecciones compartidas”; tampoco de la voluntad individual, que pretende transformar toda pretensión en derecho. Para ser claros, los principios no son ni categorías de “interpretación” que se superponen a las “cosas” ni atribución de propiedad a la “cosa”. Ellos “surgen” de estas. Son propiedades de las “cosas” captadas a través del intelecto: surgen en el pensamiento porque existen. Es decir, son la “cosa” en sí y por sí, la cual puede ser “comprendida” solo si la inteligencia se adecua a ella. De este modo, para poner algún ejemplo elemental, la unidad no se atribuye al ente, es el ente mismo, así como el contrato es necesariamente el acuerdo de las voluntades de las partes, sin poder una parte contratar consigo misma. Por lo tanto, cuando se dice que *ex facto oritur ius*, se afirma que la obligación que deriva del hecho nace de la juridicidad que está contenida en el hecho; se trate de resarcir un daño injustamente causado o de cumplir con la obligación natural proveniente de la procreación, poco importa. Los principios de la justicia, como todos los demás principios, no son por ello opciones, hipótesis fundamentales, cláusulas generales. Son más bien lo que permite “interpretar” la realidad en la experiencia y a través de la experiencia, pero “interpretarla” por lo que ella es.

### 3. Algunas breves observaciones previas sobre la “ciencia” del derecho

Estas indicaciones preliminares fueron necesarias para dar un claro sentido al título de la ponencia: cuando hablamos del derecho que oscila entre ciencia y jurisprudencia, nos referimos a que este desde hace algún tiempo se aferra a la “ciencia”, a la “ciencia moderna”, en el intento, por un lado, de evitar incertidumbres, contradicciones, abusos y, por otra parte, para establecerse (y, entonces, en el intento de fundarse) sobre bases que no admitan errores salvo –tal como se suele afirmar– en su aplicación.

En lo que respecta a la llamada certeza del derecho, hay que señalar, sin embargo, que la “ciencia moderna” la hace dependiente de las opciones de la voluntad soberana. Por lo tanto, da lugar a una incertidumbre radical. El soberano (el Estado, el pueblo, el parlamento), de hecho, puede establecer como norma cualquier apetencia de su voluntad. Puede, además, modificar su voluntad. A veces pretende tener el poder de reglamentar lo sucedido (leyes de regularización) y alterar relaciones definidas sobre la base de una ley y convertidas en inmutables por ella misma<sup>5</sup>. En síntesis, el legislador sería omnipotente. Como afirmó *apertis verbis*, por ejemplo, Portalis, “la ley establece, cambia, modifica, perfecciona, destruye lo que es, crea lo que todavía no es”<sup>6</sup>. El Poder Legislativo, *rectius* el poder soberano, todo lo puede.

Las contradicciones, entonces, están a veces en las mismas normas y ellas no siempre pueden superarse con el criterio según el cual *lex posterior derogat priori*. Tal es así que a menudo es necesario proceder al *balance de los intereses* que no parece –al menos a primera vista– un criterio propiamente jurídico, aunque sea aplicado con frecuencia principalmente por los máximos Tribunales.

Por último, en lo referido a los abusos, debe destacarse que las normas escritas no logran evitarlos; más bien, a veces, los favorecen. Invocando y aplicando la generalidad de la ley, a veces –tales abusos– hasta pueden “instituirse”<sup>7</sup>.

Por lo tanto, el llamado derecho legislado, el que se hace derivar de la norma positiva, no ayuda a evitar lo que se desearía evitar. La ciencia del derecho, entendida como *scientia legum*, es precisamente la ciencia de la voluntad del poder soberano, no el conocimiento de la juridicidad. Esto no excluye –pero la cuestión se verifica

<sup>5</sup> Un ejemplo es ofrecido por el “caso de trabajadores cesantes” que se dio en Italia en 2011. Los trabajadores que en virtud de la normativa previsional vigente se habían jubilado, se encontraron sin trabajo y sin jubilación a causa de nuevas leyes aprobadas y entradas en vigencia con posterioridad a la adquisición del *status* de jubilado. La ley “dispone para el futuro: ella no tiene efecto retroactivo”, prescribe el Artículo 11, Disposiciones sobre la ley en general preliminares al Código Civil Italiano. Italia –se dice– es un Estado de Derecho. El Gobierno de Monti y el Parlamento de la República italiana, sin embargo, han aprobado una norma con efectos retroactivos sobre relaciones definidas en virtud de la normativa en vigor precedentemente, conculcando, así, también el principio según el cual *tempus regit actum*.

<sup>6</sup> Cf. relación al Título preliminar del *Code Civil*, presentada por J. S. M. Portalis en la sesión del *Corps Législatif*, el 4 del mes ventoso del año XI de la Revolución Francesa (23 de febrero de 1803).

<sup>7</sup> A veces se ha utilizado (y se utiliza) la generalidad de la ley en el aspecto formal para decretar privilegios sustanciales. Sobre el final de los años sesenta del siglo pasado, por ejemplo, en Italia se estableció que *quienquiera* (presupuesto en razón de la generalidad de la norma) que hubiese enseñado educación física en la escuela estatal en los años “x” e “y”, habría entrado en la nómina del personal docente. La ley tenía como objeto disimular el hacer entrar en la nómina de la escuela estatal italiana a la hija de un hombre político entonces muy importante.

solo *de facto*— que la voluntad del soberano sea ocasionalmente la prescripción de las obligaciones derivadas de la juridicidad.

Igualmente importantes, entonces, son las consideraciones que deben hacerse con relación al segundo aspecto, el de la naturaleza del derecho según la “ciencia moderna”. Es sabido que el saber científico, que a modo de ejemplo se define (como el “no buscar las esencias”) y se aplica (cual “prueba y confirmación de la prueba”) por Galileo Galilei, se caracteriza por su convencionalidad. Esto parte de una hipótesis, es decir, de algo asumido sin fundamento, no probado y, a menudo, falso; procede según un modelo, es decir, según una abstracción que se considera idónea para la formulación de hipótesis verificables con experimentos (cosa que puede servir para las ciencias naturales y todavía más para el saber matemático pero no para las llamadas “ciencias morales”); elabora una teoría, que es la explicación de un fenómeno sobre bases experimentables asimilables a un “hecho”; concluye con una generalización, presentada como válida en absoluto en su ámbito de aplicación, que se define como “ley”. Se trata del método específico de la “geometría legal”, que Francesco Gentile, con reiterada insistencia, intentó refutar demostrando que este no puede, en razón de su convencionalidad, explicar la experiencia jurídica y sobre todo no puede dar respuestas a los problemas presentados por el derecho, aunque a veces resulte útil desde el lado operativo.

#### 4. El derecho entre convencionalismo y realismo

La ciencia del derecho como *scientia legum*, o *rectius*, como *scientia normarum*, es puro formalismo, es decir, forma sin contenido. Nihilismo puro. La ciencia del derecho como *scientia legum* permite “construir” una dogmática erróneamente definida jurídica. En efecto, esta sería dogmática de la efectividad, no de la juridicidad. Por lo tanto, esta es una abstracción de abstracciones que se vuelve teoría que no explica la realidad, más bien se sobrepone a ella. De hecho la teoría ofrece una descripción de los modelos “convencionales” según los cuales se asume que se deba obrar. El mismo imperativo de la norma, por ello, no sería capaz de obligar. Es por ello que, en última instancia, su misma eficacia depende o solo del consentimiento (un consentimiento que no exige intrínseca racionalidad) o de la brutal coerción. Lo destacó también Francesco Gentile, en especial en una “Nota” (en realidad, un capítulo) de su libro, *Inteligencia política y razón de Estado*, de 1983. En efecto, considerando la teoría del derecho propuesta por Kelsen (“la más radical y coherente glorificación de la moderna geometría legal”<sup>8</sup>, el autor subrayó cómo, por un lado, el sistema kelseniano se engañará en cuanto a su capacidad para encontrar un fundamento en su unidad lógica (por otra parte interna al sistema conceptual de normas<sup>9</sup>) y, por otra parte, cómo esto obligará (coherentemente, aunque de modo absurdo) a hacer de la vigencia el criterio de la validez del derecho<sup>10</sup>. La norma fundamental,

<sup>8</sup> Gentile, F. (2008). *Legalità, giustizia, giustificazione*. Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 89.

<sup>9</sup> Cf. Gentile, F. (1983 y 1984). *Intelligenza politica e ragion di Stato*. Milano. Giuffrè, 147.

<sup>10</sup> Cf. *Ivi*, 156. La *Grundnorm* kelseniana es un dato de hecho, no una norma jurídica. Ella dice que “se

indebidamente invocada como principio, no está en condición de ofrecer las razones de validez de las normas por ella “unificadas”<sup>11</sup>. La autorreferencialidad del ordenamiento es una ilusión propiciada por la “ciencia moderna”, la que, aplicando las indicaciones de Galileo, abandona la búsqueda de la esencia de las “cosas” (en nuestro caso, de la juridicidad), contentándose con “formalizar su propio objeto”, es decir, contentándose con “dar una representación de esto sobre la base de algunos presupuestos lógicos”<sup>12</sup>. Vuelve a surgir la cuestión de fondo, planteada por Bellarmino a Galileo Galilei, la de la matematización de la naturaleza<sup>13</sup>, que constituye el núcleo de la esencia de la “ciencia moderna”.

El derecho no se identifica con el poder, no es un producto suyo y no es mera regla, postulada por el poder para “racionalizar” su ejercicio, como se considera que sucede con el Estado de Derecho y en el Estado de Derecho. Por ello es absurdo identificarlo con la efectividad. La ciencia moderna del derecho, en cambio, considera poder hacer derivar el derecho de la soberanía, entendida no como independencia sino como supremacía. La soberanía es asumida por la ciencia moderna del derecho como hipótesis a la par de la libertad negativa y del estado de naturaleza, los cuales no existen ni podrán existir. Y su carácter abstracto e irrealidad son probados no solo por los estudios antropológicos –como se sostuvo<sup>14</sup>– sino sobre todo por la elemental consideración de las realidades en las que nace y vive el ser humano. De esta asunción se hace derivar la construcción lógica del sistema/ordenamiento que a menudo llevó y lleva a usar, y a usar eficazmente, las normas contra el derecho (campos de concentración y de exterminio nazis, contralor chino de los vientres, etc.). La eficacia experimentada con la aplicación permitió elaborar una teoría a causa de que se “verificó” que el procedimiento “funciona” y que el “hecho” puede reproducirse. En resumen, la “prueba y confirmación de la prueba” de Galileo fue aplicada con éxito. El derecho, todo el derecho –ya sea el público como el privado–, se vuelve así una técnica para obtener –y para obtenerlo seguramente– un resultado cualquiera. Este se clasifica y divide en público y privado. El primero reivindica (como de hecho ya lo tiene) el monopolio de la “fuerza”<sup>15</sup>; el segundo presume poder reglamentar las relaciones intersubjetivas, no sobre la base de la justicia sino sobre la base del “principio fraterno de la igualdad”, como sostuvieron algunos iusnaturalistas modernos (Althusius y Pufendorf, por ejemplo). La cuestión se vuelve, por decirlo así, “concre-

---

debe obedecer al poder constituido y efectivo”. Ahora bien, el “se debe” de la *Grundnorm* no tiene calificación ni moral ni jurídica: quien es más fuerte impone su voluntad, una voluntad cualquiera; el más débil “obedece” en el sentido que sigue padeciendo o simplemente padece. El poder no se identifica con la autoridad. Él, de hecho, puede estar “constituido” y ser “efectivo” solo porque es “poder”.

<sup>11</sup> Cf. Gentile, F. *Intelligenza politica e ragion di Stato*. Ob. cit., 158.

<sup>12</sup> *Ivi*, 149.

<sup>13</sup> El tema, que ha estado en el centro de la *querelle* Galilei/Bellarmino, en años más próximos a nosotros ha sido considerado dentro del aspecto teórico por Marino Gentile, quien sostiene que la filosofía moderna se ha caracterizado por el matematismo [cf. Gentile, M. (1951). *Il problema della filosofia moderna*. Brescia. La Scuola].

<sup>14</sup> Cf. Matteucci, N. (1993). *Lo Stato moderno*. Bologna. Il Mulino, 117.

<sup>15</sup> Fuerza y poder, para los modernos, son la misma cosa. Deviene así difícil distinguir la fuerza de la violencia. Alguno, a tal fin, ha propuesto adoptar el criterio de la reglamentación legal del uso de la “fuerza”, el cual se ha revelado del todo inidóneo para tal objeto, como demuestra la historia contemporánea.

ta” y evidente si se considera, por un lado, la definición de igualdad adoptada por las constituciones decimonónicas hechas en serie y, sobre todo, si se considera, por otro lado, que la Constitución, producto del poder constituyente que autorizados juristas contemporáneos<sup>16</sup> sostienen que no es un poder jurídico, se toma como último y supremo criterio para la solución de los conflictos y como criterio de juicio de la juridicidad del derecho positivo, el cual, para los contemporáneos “científicos” del derecho, es el único y exclusivo derecho. Como señaló todavía en los años de la Segunda Guerra Mundial un entonces joven estudioso de Estonia, Valentin Tomberg, el positivismo jurídico es un “concepto distorsionado” del derecho<sup>17</sup> y lleva a una ciencia errónea del derecho mismo. En efecto, la verdadera ciencia del derecho no puede contentarse con la teoría, entendida como “elaboración de los ordenamientos jurídicos de tal o cual Estado”<sup>18</sup>, como la experiencia jurídica contemporánea que por lo demás prueba que (aunque esta última corre el riesgo de terminar verdaderamente en una doctrina universal del derecho aunque nominalista), que el fundamento y la naturaleza de la juridicidad no pueden buscarse solo en la internacionalización del derecho positivo.

### **5. Alusiones a la cuestión de la jurisprudencia tal como es presentada hoy día**

El problema no es nuevo. Incluso en los años en los que dominaba la doctrina legal-positivista del derecho, los juristas “advirtieron” la existencia del problema y lo tomaron seriamente en consideración. Ello lo demuestra, entre otros, el amplio, analítico y panorámico trabajo dedicado por Federico Casa, joven estudioso de la escuela de Francesco Gentile, al debate sobre la jurisprudencia como ciencia en la primera mitad del siglo XX<sup>19</sup>. El problema se representa –aunque en términos novedosos– incluso en nuestro tiempo, antes que nada porque la clausura y la considerada exhaustividad del ordenamiento jurídico positivo estatal fueron destrozadas por la realidad, con la contribución de la jurisprudencia que se inspira en la geometría legal<sup>20</sup>. En segundo lugar, porque se debió reconocer cada vez mayores “interferencias” normativas, como no, debidas a factores que van más allá del ordenamiento en relación con el ordenamiento estatal. Además, porque se construyó una nueva “fuente” del derecho, representada por la jurisprudencia: en la interpretación del derecho positivo (por lo tanto, no prescindiendo absolutamente de este, sino partiendo de él)

<sup>16</sup> De esta opinión, aún siguiendo perspectivas diversas, son algunos juristas. Entre estos se recuerdan al menos los italianos, Santi Romano y Constantino Mortati.

<sup>17</sup> Tomberg, V. (1946 y 1974). *Degeneration und Regeneration der Rechtswissenschaft*. Bonn, trad. italiana Caldonazzo di Trento. Esterella de Oriente. 2012, 70.

<sup>18</sup> *Ivi*, 102.

<sup>19</sup> Cf. Casa, F. (2005). *Sulla giurisprudenza come scienza*. Padova. Cedam.

<sup>20</sup> Umberto Vincenti, por ejemplo, ha hecho notar cómo de la misma regla de una norma del código, aplicando el silogismo, pueden derivar sentencias diversas, a veces contrapuestas [cf. Vincenti, U. (2002). “Sistemi legali e criteri di decisione extralegali”. En *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, a cura di Danillo Castellano. Padova. Cedam, 163-171].

debe buscarse su “actualidad” normativa, es decir, su vigencia, que sería también su validez. Finalmente, porque se sostiene que la norma no es en sí y por sí una disposición<sup>21</sup>. Esta última se “construye” (partiendo de la norma) y, “construyéndola”, se da a veces contenido a la norma misma. Solo el conjunto de las decisiones judiciales permitiría, por lo tanto, “interpretar” el ordenamiento en su más profunda efectividad.

El resultado es un nuevo positivismo jurídico, producto de la conjunción establecida entre norma e interpretación; un positivismo jurídico que coloca en la interpretación del juez el significado dispositivo de la norma, interpretada no en sentido objetivo [según su significado literal-gramatical, “lo que resulta evidente por el sentido propio de las palabras según la conexión de estas” (art. 12 Disposiciones sobre la ley en general, prefacio al Código Civil italiano de 1942)], pero con criterios histórico-evolutivos, es decir, unidos a los cambios sociales, advertidos por el juez. Un ejemplo claro lo ofrece, con este propósito, la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana, la cual, llamada para juzgar acerca de la legitimidad constitucional del delito de adulterio, sentenció primero (Sentencia N° 64/1961) la legitimidad constitucional del art. 559 del Código Penal italiano y, a solo siete años de distancia (Sentencia N° 126/1968), su ilegitimidad, declarada sobre la base de un importante cambio de costumbre social que no habría permitido mantener una situación diferente entre marido y mujer. Es cierto que la Corte constitucional italiana ofreció la justificación (formal) de este cambio elaborando el llamado criterio del “doble pronunciamiento” interpretativo (cf., por ejemplo –se debe subrayar que se trata nada más que de un ejemplo–, Sentencias N° 127/1966 y N° 49/1970). Sin embargo, este criterio no excluye el problema. Es más, lo hace más difícil porque la jurisprudencia de la misma Corte constitucional, adoptándolo, se vuelve provisoria e incierta y, por ello, en última instancia, inútil hasta en el plano de la “ciencia jurídica”, entendida como geometría legal, para determinar con certeza los contenidos de las normas constitucionales. En una palabra, la Corte no puede decir qué es lo que la Constitución prescribe en realidad.

La jurisprudencia, así entendida, normalmente se convierte en (se excluyen, en principio –como es evidente– las sentencias de la Corte constitucional, aunque *de facto* estas también, como acabamos de señalar, se vuelven inciertas) “fuente” del “derecho” solamente para el caso juzgado. Permite elaborar una dogmática solo para el pasado, sin poder prever los cambios sociales y los factores derivados que –dicen– impondrían una jurisprudencia nueva y distinta frente al mismo caso. Esta sería, por lo tanto, imprevisible, siendo llamada no para decir y otorgar el derecho conforme a la ley positiva (geometría legal) y mucho menos según su naturaleza ontológica, sino para

<sup>21</sup> Gustavo Zagrebelsky, por ejemplo, sostiene (coherentemente a la luz de la doctrina politológica del Estado) no solo que la ley positiva es “acto personalizado [...] que persigue intereses particulares y que ella ‘es expresión y medio de una lucha política en acto’ [cf. Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Torino. Einaudi, respectivamente 45 y 156], más también que la ciencia del derecho público puede formular, proponer y afinar las propias categorías, pero a estas no les es dado poder contener y representar en sí un significado concreto cualquiera, definible *a priori*, como ocurría cuando la orientación era dada por la soberanía Estado. El significado hoy debe ser contruido” (*Ivi*, 8). Por esto se sostiene que incluso la Constitución no debe ser “ejecutada” sino que ella debe ser “realizada” (cf. *Ivi*, 10). Las normas constitucionales, así como las ordinarias, de hecho, no son en sí y por sí disposiciones, dependiendo ellas de la interpretación con la cual se realiza la política constitucional y legislativa.

“demostrar” su evolución sociológica. El derecho sería absolutamente dudoso porque dependería del cambio social y de la capacidad de comprenderlo por parte del juez. Esta última puede definirse “jurídica” nada más porque es establecida por la sentencia del juez y no, ciertamente, por su juridicidad. Se abandona de este modo, en última instancia, incluso el criterio de pura legalidad requerido por la geometría legal: en síntesis, la doctrina de Schmitt parece predominar sobre la kelseniana. Se trata, sin embargo, de una solución “interna” al positivismo jurídico, no de una alternativa a este.

## **6. La postura de Francesco Gentile, su refutación a la geometría legal y los caminos para la jurisprudencia**

Francesco Gentile no consideró el tema de la jurisprudencia como se fue gradualmente delineando en nuestros tiempos. Ello era natural. En efecto, él se formó en años en los que la geometría legal, sobre todo según el paradigma kelseniano, era dominante. Con la convicción de que el clavo al que estaba unida la cadena de la doctrina de Kelsen y de la que se hacía (y se hace) depender toda la doctrina de la geometría legal, no pudiera ni sostener ni justificar la concatenación de los argumentos (que, por tanto, se revelaban por lo que son: convencionales), Francesco Gentile desarrolló una crítica radical al “sistema” kelseniano y a la dogmática jurídica de la doctrina pura del derecho. Durante un reducido encuentro preparatorio para un congreso científico (desarrollado en Italia, en Pavía), él de modo provocativo (pero medítadamente) sostuvo que las categorías de la dogmática de la geometría legal, sobre la que presume regirse la moderna doctrina del derecho, eran todas “para desechar”. Cuestión que escandalizó a la gran parte de los presentes, incluso porque estos, aunque quizás parcialmente críticos con relación a esta, habían dedicado sus vidas al estudio, profundización e ilustración de los considerados pilares de un edificio que no querían, en última instancia, que fuera demolido. Francesco Gentile había respirado en el ambiente familiar las exigencias de la metafísica. Lo prueban algunas de sus elecciones. Cuando, por ejemplo, se inscribió en la Universidad, su padre esperaba (así se lo había aconsejado) que se dedicara –luego de haber establecido una base sólida sobre la cultura jurídica– al estudio del derecho civil, aprovechando la enseñanza de Alberto Trabucchi. Francesco Gentile, en cambio, se sintió atraído por las clases de Opocher. Ello no solo porque Opocher, titular de la cátedra de Filosofía del derecho, parecía responder a algunas de sus exigencias intelectuales, sino también porque, como dirá más tarde el mismo Francesco Gentile, Trabucchi, más allá de las palabras, demostraba ser un positivista<sup>22</sup>. Opocher, por el contra-

<sup>22</sup> Alberto Trabucchi, en las primeras páginas de sus *Istituzioni di diritto civile* (Padova. Cedam, 1975, 11), escribe, después de haber considerado la cuestión del derecho natural y la relación recíproca entre derecho natural y derecho positivo, que “non de legibus sed secundum leges iudicandum”. Como decir: el derecho natural no tiene ningún relieve en presencia de la norma positiva. Sus *Istituzioni di diritto civile*, comentando el Código Civil italiano del 1942, son sin embargo prueba de que la misma codificación no puede prescindir del derecho natural. Se trata de la confirmación de cuanto enseñaron los juristas romanos, según los cuales si una norma establece alguna cosa *contra rationem* (Giuliano, D. 1, 3, 15) no debería seguirse, dado que *non omne quod licet honestum est* (Paulus, D. 50, 17, 144).

rio, subrayaba cómo el positivismo jurídico dejaba en suspenso, es decir, abiertos, algunos problemas ineludibles. En efecto, conformándose lo de la “validez formal”, ponía la exigencia de la separación de esta de la “validez lógica”: “[...] la confusión entre validez formal y validez lógica que caracteriza las posturas del positivismo jurídico lleva –sostenía Opocher– a una transformación de la ciencia jurídica en dogmática; es decir, la ciencia jurídica no es más ciencia, es simplemente actividad dogmática, actividad que tiende a una aclaración, a una interpretación de las normas en el interior de su validez formal y sobre el presupuesto de esta”<sup>23</sup>. Al joven Francesco Gentile el énfasis de la “apertura” recordaba la advertencia de su padre, Marino Gentile, según el cual los juristas no son (y por eso no pueden transformarse en) “enzimas” del poder como tampoco los filósofos son (y por eso no pueden transformarse en) “exégetas del dialectismo histórico”<sup>24</sup>. Se trataba de una “apertura”, como se mencionó; no de la solución del problema, porque incluso la “validez lógica” se muestra insuficiente en ausencia de un auténtico fundamento metafísico que no puede intercambiarse con el trascendental ni puede determinarse en la existencialista atribución de significado de valor al derecho, considerando que así él arriba a la “validez axiológica”<sup>25</sup>. Los valores no pueden hacerse depender ni de convicciones subjetivas ni de consensos colectivos. Ellos son tales solamente si están fundados en el ser de las “cosas” y si constituyen manifestaciones de la naturaleza de las “cosas” y de su perfección formal, como tuvo modo de observar con una (breve aunque meditada) contribución publicada recientemente aquí en Buenos Aires, por la revista *Ethos* (n. 28/2013), dirigida por Bernardino Montejano. A diferencia de los otros valores, no serían más que manifestación de una *Weltanschauung* relativista, la cual se contrapone al monismo del Estado moderno pero sobre la base de una opción justificadora, en última instancia, de la anarquía.

Opocher, durante sus lecciones, mantuvo fijos algunos puntos: 1) antes que nada la orientación propia de la modernidad, según la cual la creatividad de la conciencia, o bien la libertad personal, tiende a rechazar todo límite de control a la libertad misma; 2) el rechazo de considerar a la persona humana en el perfil metafísico y ontológico; 3) la convicción según la cual el derecho es valor en cuanto “asegura a cada uno una cierta esfera de libertad y define del modo más preciso posible los límites de esta esfera de libertad”<sup>26</sup>; 4) la exigencia, postulada por las relaciones heteronomía/autonomía, público/privado, derecho/libertad, de encontrar un camino para superar los dos términos de la relación que puede alcanzarse solo a través de la obra de la razón y, entonces –como él mismo escribe– “a través de su fórmula jurídica”<sup>27</sup>: “[...] el valor jurídico [según Opocher] tiene esta peculiaridad, de asegurar el des-

<sup>23</sup> Opocher, E. (2005). *Lezioni metafisiche sul diritto*, a cura di Franco Todescan. Padova. Cedam, 23.

<sup>24</sup> Gentile, M. (1964). *Il filosofo di fronte allo Stato moderno*. Napoli. Scalabrini editore, 14.

<sup>25</sup> Enrico Opocher parece insistir sobre esta oportunidad/necesidad, la cual conduce a una interpretación del valor del derecho dependiente, a su vez, de una interpretación de la existencia (cf. Opocher, E. Ob. cit., 30, 33, 39). Ello, empero, terminaría por atribuir al derecho, en último análisis, un valor subjetivista.

<sup>26</sup> Cf. Opocher, E. Ob. cit., 66.

<sup>27</sup> Cf. *Ivi*, 68.

pliegue de la libertad y, por ende, el proceso de objetivación de la existencia, haciendo intervenir a la razón en este proceso de la libertad”<sup>28</sup>. Se trata, como puede verse, de puntos propios de la “doctrina alemana”, acogidos a través de la vía de Capograssi y que entonces constituían patrimonio de la cultura hegemónica, ya sea filosófica, ética o jurídica.

Francesco Gentile no compartió todo su contenido; pareció adoptar de esto, sin embargo, el método que lo llevó, sobre todo en los años juveniles, a “desconfiar” del “realismo” de la metafísica tradicional, a punto tal que esta casi impidiera el proceso de búsqueda de la verdad y de profundización del conocimiento de la realidad. Todavía, en 1983, hablando de la búsqueda de la verdad y del bien se contentaba con su identificación “en común”; parecía bastar el proceso dialéctico formal: este, por último, a través de la eliminación de las contradicciones, permitiría alcanzar la verdad y el bien en sí. Solo en los años de la plena madurez pareció superar esta “desconfianza”. Si bien manteniendo la confianza en la dialéctica, más bien usándola para ese fin, pareció aproximarse al “realismo”. En el libro que puede considerarse su testamento intelectual, en efecto, él afirma que la “realización del bien presupone el conocimiento de la realidad”<sup>29</sup>. De modo más radical observará que “la realización del bien no está al alcance de la observación formal de una prescripción impuesta a la voluntad de un inferior, el subordinado, por el inescrutable poder de un superior, el principal. Solo una continua apertura a lo real, hecha posible por la capacidad de prescindir de sí mismos, la disponibilidad a dejarse conducir de vez en cuando por la experiencia, como se lee en aquel pasaje de la *Metafísica* de Aristóteles: ‘la cosa misma se abrió camino y los obligó a investigar’, permite al hombre realizar buenas acciones que no sean producto de la habilidad particular sino praxis de la autorrealización personal”<sup>30</sup>.

Esta larga cita permite comprender incluso la participable propuesta de “interpretación” de la jurisprudencia de Francesco Gentile, develada a la humanidad por el genio de los juristas romanos y abandonada por la modernidad, ya sea al proponer una geometría legal o al formular una nueva teoría de la jurisprudencia, a la que se hizo alusión. Sin embargo, para “decir” y “otorgar” el derecho no es suficiente –como cree poder y deber hacer la modernidad– aludir a la norma positiva (geometría legal) aunque a menudo esta puede ser (pero no necesariamente) de ayuda a ese fin. No basta ni siquiera para esto apelar a una “interpretación” ideológica (no, entonces, filosófica) de la norma y del caso, invocando el carácter oportuno de un presumido y nuevo *esprit de finesse*. Es necesario, en cambio, comprender que el derecho, como afirmó, por ejemplo, Pomponio, nace “no escrito”; que este fue elaborado por los jurisconsultos, auténticos peritos del derecho, que tiene sus raíces en el hecho, ya sea el derecho natural, ya sea el derecho de gentes, ya sea el derecho civil. Francesco Gentile enfatiza fuertemente esta verdad y subraya que el derecho tiene sus raíces en la naturaleza de las cosas<sup>31</sup>. No es una tesis nueva, obviamente. La novedad está

<sup>28</sup> Cf. *Ivi*, 69.

<sup>29</sup> Cf. Gentile, F. *Legalità, giustizia, giustificazione*. Ob. cit., 99.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Cf. *Ivi*, 66.

en su repostulación. La tesis –como es evidente– fue sostenida desde la antigüedad, de varios modos, por distintos autores: Ulpiano, Gayo, Juliano, Pablo. En nuestros tiempos fue vuelta a proponer con renovados argumentos luego de la experiencia –a veces trágica– del ius-positivismo absoluto por distintos juristas, entre los cuales citamos por lo menos al finlandés, naturalizado austríaco, Wolfgang Waldstein<sup>32</sup>.

## 7. Palabras conclusivas

La experiencia jurídica de todos los tiempos, incluso y de modo particular la contemporánea, obliga continuamente a repensar las categorías a través de las cuales se cree “interpretar” al derecho. Es una prueba de honestidad intelectual y moral reconocer los errores y es signo de sabiduría hacer de esto un tesoro.

En lo que hace a la cuestión del derecho entre ciencia y jurisprudencia, se deben considerar por ello atentamente los argumentos contrarios a la “ciencia jurídica” por los juristas y por los ius-filósofos (entre los cuales, como se vio, se encuentra Francesco Gentile). Se deben considerar, además, las razones que llevaron a la “conversión” de algunos maestros contemporáneos del derecho. Entre estos no puede ignorarse a Francesco Carnelutti que, reflexionando sobre su experiencia como docente y abogado, admitió a edad madura su ingenuidad juvenil representada por el hecho de haberse contentado (y de haber usado) durante largos años, con la definición “científica” de derecho. Confesó –y su confesión es un testimonio significativo– que esta, es decir, la definición “científica” del derecho, conduce a la pérdida de la verdad del derecho<sup>33</sup>. Es más, conduce –reflexionando como corresponde– simplemente a la pérdida del derecho que, sin verdad, se vuelve *iniuria*, abuso y, a veces, violencia. No es suficiente para evitar esto enmascarar la *iniuria* con atuendos gnósticos, con fórmulas racionalistas, con racionalizaciones formales. Es necesario “regresar” a la jurisprudencia clásicamente entendida, la cual es camino para llegar a la verdadera fuente del derecho. Este, en efecto, “fluye”, como lo enseñaron los juristas romanos, no de las normas (que si quieren llamarse leyes auténticas deben ser su producto), sino de la justicia exigida para la solución de los casos, la que impone el respeto a la racionalidad: respeto a la racionalidad exigido, por lo demás, siempre a cada ser humano capaz de actuar también para prestar obediencia a las normas y para no hacer de la norma y/o de la aparente obediencia un instrumento particularmente poderoso y eficaz para cometer crímenes contra la humanidad y delitos con relación a sí mismos o de sus semejantes.

<sup>32</sup> Wolfgang Waldstein –como se sabe– es uno de los mayores estudiosos del mundo de derecho natural romano. Su autoridad en materia de derecho natural (por consiguiente, “más allá” del derecho natural romano) ha sido públicamente reconocida incluso por Benedicto XVI, en su discurso del 22 de septiembre de 2011, en el Reichstag de Berlín. Entre las varias obras del autor se pueden ver: Waldstein, W. (2002). *Saggi sul diritto non scritto*. Padova. Cedam; (2010). *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*. Augsburg. Sankt Ulrich Verlag, trad. it. *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*. Torino. Giappichelli, 2014.

<sup>33</sup> Carnelutti, F. (1969). *Arte del diritto*. Padova. Cedam, 20-21.