

## LA EXPERIENCIA JURÍDICA Y EL CONCEPTO EMPÍRICO DE DERECHO

Texto preparado por el profesor Julio E. Lalanne para ser utilizado exclusivamente para la enseñanza y el estudio en la Cátedra de “Filosofía del Derecho”, a su cargo, 5to año, turno mañana, de la Universidad Católica Argentina, durante el año lectivo 2019. El mismo se ha realizado en base a la doctrina tradicional de la cátedra impartida por el magisterio del profesor Félix A. Lamas.

### **1. Introducción.**

Nuestro propósito es elaborar un saber científico acerca del Derecho, es decir, un saber que proporcione una explicación de la realidad jurídica en términos de sus principios universales o necesarios, o, lo que es lo mismo, en virtud de sus causas. Cabe preguntarse: ¿cuál es el punto de partida, la raíz inicial o el origen genético de los conocimientos que integran la Ciencia del Derecho, hoy llamada Filosofía del Derecho?

Frente al problema del origen de los saberes, sólo hay dos respuestas posibles: o se admite alguna forma de innatismo, o se acepta que el punto de partida de todo saber es la experiencia. De acuerdo con la primera alternativa, es decir, el innatismo, el conocimiento tiene su origen en ideas innatas, estructuras mentales que existen en los seres humanos desde su nacimiento y que son previas anteriores a toda experiencia y aprendizaje. Sin embargo, esta doctrina merece ser dejada de lado por las siguientes razones: (i) porque resulta claramente contraintuitiva y contraria a la evidencia empírica universal expresada incluso por la sabiduría popular en el adagio que dice: “nadie nace sabiendo”; (ii) porque hay un amplio y extendido consenso en reconocer el carácter originario de la experiencia en la génesis de los saberes, acuerdo dentro del cual cabe incluir no solo al realismo de tradición aristotélica, sino también al empirismo, al racionalismo (v.gr Descartes), al criticismo y al idealismo. De hecho, la gran mayoría de los filósofos del derecho, tanto los del pasado como los contemporáneos, comienzan sus indagaciones, explícita o implícitamente, dando por supuesta una cierta captación empírica de la realidad a estudiar. Por lo tanto, la tesis según la cual la Filosofía del Derecho tendría su origen en ideas innatas merece ser descartada.

Hemos sentado, pues la siguiente premisa: la experiencia es el conocimiento que proporciona los datos primarios a partir de los cuales se inicia la tarea de reflexión y elaboración filosófica o científica, que continúa mediante abstracción e inducción hacia la formulación de los principios. La Ciencia o Filosofía del Derecho no escapa a esta necesidad. Por lo tanto, el origen genético o la raíz inicial de la Filosofía del Derecho será la captación directa e inmediata de los datos del conjunto de realidades sociales que normalmente se denominan como “derecho”. Ello así, el momento inicial de la Filosofía del Derecho consiste en identificar, considerar y examinar la experiencia del fenómeno<sup>1</sup> que será objeto de estudio, es decir, la realidad jurídica tal como ella aparece al hombre o, mejor aún, lo que ya desde ahora puede denominarse *experiencia jurídica*, entendiendo la expresión *jurídica* objetivamente, en el sentido de objeto o contenido peculiar de esa experiencia. Este conjunto complejo y heterogéneo de cosas que pueden denominarse, genéricamente, *fenómenos jurídico*, es el que pretende ser objeto de una explicación y justificación racional en sede científica.

Frente al tema del conocimiento en general, y en relación a la experiencia en tanto modo de conocimiento, hay una opción fundamental que conviene abordar liminarmente. Se trata de la divergencia y oposición entre realismo e idealismo, susceptible de ser expresada, con mayor precisión, mediante las siguientes tesis: o (i) el ser determina el pensamiento y, consiguientemente, funda los contenidos de la conciencia; o bien (ii) es el pensamiento el que determina el ser; o, dicho más sencillamente, el ser es, para el idealismo, *ser-de-conciencia*. El realismo no es todavía una filosofía sino un actitud espiritual fundamental, pues queda aún por dilucidar la cuestión de qué sea la realidad. Es una actitud metafísica –gnoseológica y epistemológica– de base que consiste en la apertura radical a la realidad, al

<sup>1</sup> El término “fenómeno” proviene del griego φαινόμενον. Significa “lo que aparece” y equivale, por tanto, a la apariencia de las cosas. Fenómeno es toda manifestación que se hace presente directamente a los sentidos, sin inferencias mediadoras, y aparece como objeto de la percepción sensible. El fenómeno es el primer aparecer de la realidad al hombre y, en cuanto tal, es el objeto de la experiencia. Desde la filosofía griega por lo menos hasta Kant, el fenómeno se contradistingue de la realidad efectiva, como la apariencia de las cosas respecto de su ser verdadero.

mundo y a las cosas. La actitud realista implica aceptar la existencia de un mundo real independiente de la conciencia, y aceptar la posibilidad de alcanzar un conocimiento de esas cosas exteriores al sujeto que conoce. En cambio, el idealismo si es una filosofía, pues ofrece una determinada concepción del ser: para el idealismo *el ser es pensamiento*, o, cuando menos, las cosas que conocemos están predeterminadas por el pensamiento, o por ciertas categorías *a priori* del sujeto. En este punto, se dividen las grandes concepciones doctrinarias y metodológicas y de aquí depende que tanto filósofos, como juristas, abogados y jueces tratemos con meros conceptos y palabras en cierto modo abstractas o tratemos con la vida humana real. Como parece obvio, propugnamos y adoptamos una robusta actitud realista.

Por esa razón, resulta necesario revisar algunas conclusiones acerca de la experiencia. No sólo conviene precisar qué entendemos por experiencia sino examinar, aunque sea muy someramente, el alcance de la experiencia en general y, concretamente, qué posibilidades tiene una experiencia tan peculiar como la que llamamos *experiencia jurídica*. En el mundo moderno y contemporáneo, el concepto mismo de experiencia es materia de controversia; el origen de la discusión se remonta quizás a las figuras de Roger Bacon y Guillermo de Occam, pero hace crisis a partir de John Locke, David Hume e Immanuel Kant. Hasta la aparición de Franz Brentano, pareció prevalecer la alternativa según la cual la experiencia queda reducida o a una experiencia sensible, como en el caso de Hume, o a una experiencia de tipo idealista, como en el caso de Kant, Hegel y sus seguidores. Conviene, pues, apuntar algunas tesis que consisten en una recapitulación sintética de una doctrina acerca de la experiencia.<sup>2</sup>

## **2. El concepto de experiencia y sus notas.**

La experiencia es el contacto intencional<sup>3</sup> directo e inmediato del hombre con la realidad. Ella se identifica con el aparecer de las cosas en su concreción fenoménica en el marco dinámico de la vida humana. El hombre actúa frente a la realidad y a la vez la padece, en cuanto es modificado por ella. De tal modo, la experiencia certifica la realidad de todo conocimiento posterior originado o fundado en ella y la pertenencia del hombre a esa realidad. De ahí que el realismo sea, más que una doctrina o una posición filosófica, una actitud espiritual, que está en la base de toda metafísica válida y de todo método.

Félix A. Lamas ha dedicado su obra *La experiencia jurídica* a desarrollar, con cierto detalle, el concepto de experiencia, en sí mismo y en relación con las ciencias humanas.<sup>4</sup> Aquí nos hemos de limitar a indicar brevemente qué se entiende por "experiencia" en general.

La experiencia es *el conocimiento directo e inmediato que el hombre tiene de la realidad en tanto ésta se le aparece o se hace presente como fenómeno concreto*.<sup>5</sup> Analicemos esta definición:

a) La experiencia es *una clase o modo de conocimiento*; es decir, ella implica que un objeto (el objeto conocido) se hace presente "a" y "en" un sujeto (el sujeto cognoscente) por medio de una semejanza o, con mayor precisión, por medio de un signo formal (la *species*

---

<sup>2</sup> Las tesis formuladas en el texto están extraídas, con alguna pequeña modificación, de obra de FÉLIX ADOLFO LAMAS: *La Experiencia Jurídica*, Bs.As., IEF "Santo Tomás de Aquino", 1991, págs. 279-281.

<sup>3</sup> "Intencional" se usa aquí en el sentido que a este término le confiere -o, quizás, mejor dicho, le restaura- FRANZ BRENTANO; no se reduce a la *intencionalidad volitiva*, sino que caracteriza a las operaciones del alma humana cuya estructura consiste en estar referidas a un objeto. El acto intencional fundamental es el conocimiento, que puede definirse como *la presencia intencional de un objeto (conocido) en un sujeto (cognoscente)*; en esta definición, *intencional* puede reemplazarse por la expresión: "en y por un signo formal", signo que es una representación, una semejanza formal, del objeto. La intencionalidad cognoscitiva es el fundamento de la intencionalidad volitiva; esta última, a su vez, es más perfecta, en tanto es referencia a las cosas en cuanto son reales y no sólo en cuanto se hacen presente al hombre.

<sup>4</sup> Cfr. de FÉLIX ADOLFO LAMAS, *La Experiencia Jurídica*, Libro I, op. cit.

<sup>5</sup> Esta definición general se aplica primariamente a la percepción, que es el acto de experiencia. Pero también, secundariamente, a la experiencia habitual, que es una cierta disposición más o menos permanente que queda en el hombre como decantación de muchas percepciones discriminadas y acumuladas en la memoria; esta experiencia habitual se identifica con el esquema perceptivo, en la terminología de *Cornelio Fabro*. Si bien el concepto de "experiencia" se aplica *per prius* a la percepción, el nombre se aplica *per prius* -en la nomenclatura de *Aristóteles* y *Santo Tomás de Aquino*- a la experiencia habitual.

cognoscitiva: en el caso del conocimiento sensible el signo o semejanza son las imágenes, mientras que en el conocimiento intelectual el signo mediante el cual la cosa se hace presente en quien conoce son los conceptos o ideas). Esto no significa que sea siempre solo conocimiento o conocimiento puro, pues puede implicar o contener actos o estados emotivos, volitivos o tendenciales en general. Por ejemplo, en la experiencia práctica (en la que se conoce algo en relación con el obrar o hacer humano) siempre el conocimiento está mezclado con uno o más actos o estados afectivos o emocionales.

b) La experiencia es un conocimiento *directo* por oposición a *oblicuo*. Se alude así al hecho de que el objeto empírico –el fenómeno– ocupa la zona central de la atención y que no está meramente connotado o implícito. La atención es la dirección voluntaria del acto de conocimiento hacia un punto determinado. Lo que está en el centro focal de la atención es el objeto *directo* de la percepción, mientras que todo aquello que no está en ese centro con relación al observador es un conocimiento *oblicuo, indirecto o implícito*.

c) Es un conocimiento *inmediato* en tanto no es resultado de una *mediación* argumental o de una inferencia mediadora. La inmediatez a la que hacemos referencia es de tipo noética y significa que el sujeto no conoce al objeto de experiencia (el fenómeno) a través de un término medio sino que conoce el dato sin mediación alguna. La inmediatez excluye, por lo tanto, el razonamiento. La experiencia consiste en el conocimiento de lo inmediatamente presente ante nuestros sentidos.

d) El objeto de la experiencia es algo real, exterior a la conciencia del hombre (en la experiencia externa) o un contenido de conciencia (en la experiencia interna), que se le *aparece*, pero sin manifestar –al menos en principio– en ese aparecer su esencia o estructura inteligible. En ese sentido, se dice que el objeto de la experiencia es el *fenómeno*, o, lo que es lo mismo, la aparición de la realidad a través de sus cualidades sensibles. La experiencia siempre es sensible y su objeto es sensible. No hay experiencia de conceptos universales pero tampoco puede reducirse la experiencia al mero dato sensible en la medida en que la inteligencia siempre participa de algún modo en toda experiencia humana. La estructura esencial, es decir, lo que podríamos llamar la realidad verdadera o efectiva, no es algo sensible y, por lo tanto, no es susceptible de ser captada por medio de la experiencia. Los conceptos de *fenómeno* y de *experiencia* son recíprocos, es decir, están vinculados constitutivamente el uno al otro, pues el fenómeno es el objeto de la experiencia y ésta, a su vez, es el modo directo de conocimiento de un fenómeno.

Es menester advertir que el fenómeno no es garantía de verdad o, dicho en otros términos, que la apariencia puede no coincidir completamente con la realidad efectiva. Pero nada impide que, en la experiencia madura, este conocimiento fenoménico esté acompañado de un conocimiento intelectual anterior que permite inteligir la estructura del objeto (v.gr. cuando vemos un árbol, sabiendo previamente qué es un árbol); en este caso el fenómeno se *reconoce* como tal objeto conocido ya en general y se convierte, explícita o implícitamente, en signo sensible individual de la realidad esencial.

e) La experiencia es un conocimiento *concreto*, por oposición a *abstracto*. Concreto es todo aquello que es complejo y máximamente determinado. El fenómeno, que es el objeto propio de toda experiencia, se aparece como algo complejo y determinado, y de ahí que la percepción se distinga no sólo de un conocimiento universal o general sino también de una mera sensación (un color, un aroma, un sabor) que, en rigor, es un componente de un acto de conocimiento complejo que llamamos percepción.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> La sensación es acto de una facultad cognoscitiva orgánica. Es decir, la facultad, aunque se distinga del órgano respectivo, opera mediante éste y está limitada por su fisiología. Los "sensibles propios" son aquellas cualidades sensibles de las cosas susceptibles de ser captadas por cada facultad sensible en particular, precisamente porque guarda una proporción con ésta y el órgano. Así, por ejemplo, la vista tiene como sensible propio la luz y el color, el oído el sonido, etc. Hay cualidades sensibles -los llamados "sensibles comunes"- que pueden ser captadas en común por varios sentidos a la vez (en general aquellas vinculadas con la dimensión y la cantidad), pero siempre acomodándose a la formalidad o perspectiva particular de cada sentido; v.gr., la distancia puede ser captada por la vista, el tacto, el oído y el olfato; la figura de un objeto por la vista y el tacto, etc. Puede decirse, por lo tanto, que en la sensación, se opera una cierta "abstracción", en tanto lo que se capta a través de ella es sólo un aspecto aislado del objeto, que precisamente es aislado por las condiciones mismas de la facultad sensible particular. Por esa razón, en comparación con la percepción, la sensación puede calificarse como "abstracta". Este tema ha de ser considerado más adelante, cuando se trate en particular el complejo perceptivo y el proceso correspondiente.

f) La experiencia, como acto de conocimiento o percepción, en general, pone de manifiesto la continuidad de las funciones perceptivas y cognoscitivas del hombre. Desde la sensación (sentidos externos) hasta la intelección, hay una unidad y contigüidad que se explica por la doctrina de la participación. El fenómeno, pues, no es un mero dato de una conciencia – sensible o no<sup>7</sup>– cerrada en sí misma, sino un aparecer, un momento originario y, de alguna manera provisorio, –un signo–, de la captación de la verdad del ser. De modo que, si bien la experiencia tiene una dimensión primordialmente sensible, en cuanto percepción sensorial de lo concreto, incluye también dimensiones intelectuales. La experiencia es un momento originario en el proceso de conocimiento que esta ordenado y que termina en la intelección –abstracción e inducción– del universal en la cosa singular y en el que plantea *in radice* el problema dialéctico por antonomasia: la tensión entre la actualidad particular de una cosa y la potencial referibilidad de la esencia o *quiddidad* a una multiplicidad de cosas, esencialmente idénticas y, a la vez, individual y numéricamente distintas.

### **3. La experiencia jurídica: el método de segregación de su objeto.**

Los actos intencionales en general se especifican por sus objetos, es decir, se distinguen de otros y adquieren su peculiar fisonomía en virtud de aquello que constituye su término de referencia, aquello hacia lo que están constitutivamente dirigidos, es decir, su objeto. La experiencia, en cuanto acto intencional-cognoscitivo, por lo tanto, también se especifica por su objeto, y ya hemos dicho que el objeto de toda experiencia es el fenómeno. Dicho en palabras más sencillas, toda experiencia es experiencia de algo –su objeto–, y ese algo es la porción de realidad que constituye el foco de atención del sujeto cognoscente, dejando de lado otras realidades. La experiencia jurídica, por aplicación de esta doctrina, se especifica por su objeto que son los fenómenos jurídicos, es decir, el conjunto de hechos, o estados de cosas que se presentan ante nosotros como jurídicas.

La primera cuestión que se nos plantea es la siguiente: ¿cómo hacer para distinguir la experiencia jurídica del resto de la experiencia natural y humana? Todos tenemos experiencia del mundo, de las cosas, de la vida, etc.; empero, el ámbito de la experiencia humana es inmenso, confuso e indiferenciado. Dentro de ese amplísimo campo, tenemos que *separar* el ámbito empírico del derecho; dentro del marco global de la experiencia humana debemos *recortar* el campo de la experiencia jurídica. ¿De qué manera podemos hacer esta separación o recorte de la experiencia propiamente jurídica dentro del contexto más amplio de la experiencia humana general? O, con mayor precisión: ¿Cuál es el método apropiado para realizar esta tarea de *segregación del objeto de la experiencia jurídica*?

En efecto, lo primero que debemos hacer es identificar el conjunto de cosas del mundo real que vamos a investigar. Si nuestra intención es poder explicar, justificar y estudiar un determinado sector de la realidad, es evidente que, en forma previa, es necesario poder señalar cuál es esa región del ser, identificarlo y, consecuentemente, poder afirmar: “*eso que está ahí es la cosa que me interesa estudiar*”, para luego, en una etapa posterior, proceder a examinarlo en sus principios reales y proponer una teoría que lo explique.

Lo mismo sucede con el estudio del Derecho. Primero tengo que individualizar, señalar e identificar qué cosas son derecho; a esto es a lo que nos referimos cuando hablamos de “método de segregación del objeto”. Posteriormente, en un segundo momento, intentaremos averiguar cuál es la estructura esencial de esa cosa que llamamos derecho, cuáles son sus causas y principios, cuáles son sus propiedades, qué especies o clases de derecho existen, etcétera.

El método más sencillo y más a la mano para distinguir una cosa de las demás consiste en señalarla con el dedo; es lo que podríamos llamar el *método deíctico* de distinción del objeto de mi percepción respecto del resto del mundo, porque al señalar una cosa cualquiera con el dedo, simultáneamente, la separo, la discrimino de las demás cosas de mi experiencia. Sin embargo, no todas las cosas se pueden señalar con el dedo. El derecho, la justicia, la seguridad jurídica, la ley, una obligación, un derecho subjetivo; en definitiva: los fenómenos jurídicos en general, no pueden señalarse con el dedo. Si bien son reales, no admiten el *método deíctico* porque no son sustancias que aparezcan en el horizonte de nuestra percepción con un carácter de realidad autónoma que permitan su percepción de ese modo. Antes bien, los entes que integran el mundo de lo jurídico son accidentes: conductas, facultades, relaciones, deberes, cualidades, etcétera, respecto de los cuales resulta imposible

<sup>7</sup> En una concepción rigurosamente inmanentista de la experiencia, la distinción entre “lo sensible” y “lo inteligible o no sensible” se torna teóricamente problemática.

tener una experiencia sensible directa que se recorte en la percepción como la que tenemos de una sustancia.

Tengo que buscar otro mecanismo para señalarlas; es decir, necesito buscar algo que *sustituya al dedo y que, al igual que éste, me permita señalar, al modo de un puntero, las cosas jurídicas*. Tengo que buscar otro señalador y ese señalador será el lenguaje. Las palabras que utilizamos habitualmente para designar las cosas que forman parte del ámbito de lo jurídico operan como puntero, como señalador, como una suerte de sustituto del dedo, que me permite separar un determinado conjunto de fenómenos del resto de mi experiencia. En nuestra experiencia, aplicamos la palabra “derecho”, la palabra “jurídico” a ciertas cosas y, así, mediante el análisis de esas palabras que usamos en la vida cotidiana para designar ciertas cosas, podemos identificar y separar los fenómenos sociales del amplio campo de la experiencia humana.

Desde esta perspectiva, para alcanzar un conocimiento en definitiva filosófico de lo que puede denominarse el “fenómeno jurídico”, es decir, de la realidad jurídica tal como ella aparece a la experiencia humana, es necesario tener como sustrato originario una captación directa y pre-filosófica de toda la complejidad de elementos y perspectivas que en el lenguaje habitual se denominan “jurídicas”, o “justas”, o “derecho”, o “legales”. Este conjunto complejo y heterogéneo de realidades, que puede denominarse genéricamente el “fenómeno jurídico”.<sup>8</sup>

Por lo tanto, el método que vamos a utilizar para demarcar el ámbito empírico de nuestro estudio es *el análisis del lenguaje jurídico*: el análisis semántico de las palabras que utilizan habitualmente los operadores jurídicos y los seres humanos corrientes cuando se ven involucrados en alguna situación jurídica. Por medio del análisis de las palabras que se utilizan en el lenguaje habitual para designar a las cosas como: “jurídicas” o “justas” o “derecho” o “legales” podemos establecer a qué realidades hacen referencia esos términos. Toda palabra es, en última instancia, *signo* de lo real; es decir, toda palabra tiene un correlato en un ente de la realidad, ya que designa una cosa determinada. En ese sentido, podemos decir que toda palabra *apunta y señala* a lo real. Así, por ejemplo, partiendo de la palabra “derecho” podemos preguntarnos: “¿Qué cosa o qué cosas señalamos o designamos con la palabra “derecho”? Y de ese modo, podemos ir separando del vasto campo de la experiencia humana global, aquella parcela de la realidad que es nombrada con la palabra “derecho”. Es jurídica, en consecuencia, toda experiencia que tenga por objeto aquello que llamamos jurídico o Derecho, o, quizás, justo, en nuestra experiencia ordinaria y en el marco de la vida social.

¿Qué palabras vamos a utilizar para realizar esta separación del objeto de la experiencia jurídica? La palabra *derecho*, la palabra *jurídico*, las palabras *justo* y *justicia*. Pero, fundamentalmente, la primera: *derecho*.

#### **4. El análisis del lenguaje: justificación de su utilización.**

El método de segregación del objeto de la experiencia jurídica a través del análisis del lenguaje se justifica, asimismo, por las siguientes razones:

a) El lenguaje no es algo que una persona pueda aprender o incorporar individualmente; antes bien es, evidentemente, un fenómeno social. En efecto, los nombres que utilizamos para comunicarnos no son elegidos por nosotros; no somos nosotros quienes decidimos utilizar tal o cual palabra para nombrar tal o cual cosa. Por el contrario, las palabras nos vienen dadas por la comunidad lingüística de la que formamos parte, y las incorporamos por medió de un vehículo de transmisión cultural que se llama *tradición*.<sup>9</sup> De hecho, nadie puede hablar ni comunicarse con otros si no adopta el idioma que se habla en la sociedad en

<sup>8</sup> La locución “fenómeno” y sus derivados son claramente polisémicos; en este sentido, en el *Diccionario de Filosofía* de José Ferrater Mora se distinguen hasta seis acepciones de esa palabra; en el presente contexto ella se utilizará en el sentido propuesto por Herbert Spiegelberg y recogido en aquella obra: “Fenómeno es todo lo dado a nosotros directamente, sin inferencias mediadoras, y tal como es dado”, y que como tal es el objeto de toda experiencia posible. FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, Tº 2, Madrid, Alianza, 1979, pp. 1146-47. Este es, por otra parte, el sentido antiguo de la palabra, que indicaba al dato o conjunto de datos captados por la experiencia que resultaba necesario interpretar y explicar. LIVI, A., “La terminología dei libri di filosofia antica e medioevale”, en *Cultura & Libri*, Nº 84, Roma, 1993, p. 81.

<sup>9</sup> Entiendo por *tradición*: la transmisión de un patrimonio cultural de cosas comunes –una cierta universalidad compuesto por un sinnúmero de objetos culturales, a saber: ideas, creencias, costumbres, usos, hábitos, instituciones, doctrinas, etc.– que las sucesivas generaciones van traspasando unas a otras, socialmente y a lo largo del tiempo, principalmente a través del lenguaje y la conducta.

que vive. El lenguaje forma parte de un patrimonio cultural que no elegimos sino que nos es transmitido, particularmente, por nuestros padres y, en general, por las generaciones que nos precedieron. Al comunicamos por medio del lenguaje utilizamos elementos pertenecientes a un patrimonio cultural común que heredamos y que de alguna manera se nos impone socialmente.

Al nosotros usar esos nombres, estamos haciendo uso de ese patrimonio cultural y social pre-existente; aprovechamos y utilizamos los usos lingüísticos y las formas de hablar del grupo colectivo del que formamos parte, el cual -grupo social o comunidad- fue configurando y seleccionando determinadas palabras para designar ciertas cosas a lo largo de un extenso período de tiempo. La imposición de un significado a una palabra es convencional, en el sentido de que es fruto de cierto consenso social, lo cual no implica que sea algo completamente arbitrario porque, en realidad, siempre hay alguna razón para la imposición de un nombre a una cosa.

Por lo tanto, la imposición de un nombre a una cosa es producto de un proceso social, es fruto de un uso social y ello implica que el lenguaje es, en sí mismo, *una forma de experiencia social*. En las palabras y en sus significados se encuentra *sedimentada*, por así decirlo, una experiencia humana a escala colectiva acerca de lo que estas palabras designan, experiencia que se ha venido acumulando y ratificando a lo largo del tiempo. Cada término que usamos en la vida diaria es “una encarnación o incorporación de la experiencia humana acerca de situaciones objetivas durante un período muy largo de tiempo”<sup>10</sup> y es, por lo tanto, vehículo y manifestación de esa experiencia colectiva. Es como si cada palabra viniera a ser algo así como una síntesis de lo que los hombres han pensado en torno a esa palabra y a la cosa que designa a lo largo del tiempo. Por lo tanto, recibimos junto con la palabra una tradición de lo que se ha pensado en torno a esa realidad.

Ahora bien, si el lenguaje es, tal como hemos dicho, *experiencia social condensada*, o, dicho en otros términos: pensamiento objetivado que se comunica socialmente, entonces el examen del lenguaje ordinario y la indagación de las palabras más habituales en un determinado ámbito de la praxis humana permite revivir y actualizar las experiencias que han hecho los hombres en relación a la cosa designada con un determinado nombre, en el proceso de elección de la palabra para designarlo. Mediante el examen de las palabras, nos apropiamos y hacemos nuestra esa experiencia que han hecho antes que nosotros nuestros predecesores.

b) En segundo término, se justifica recurrir al análisis del lenguaje como procedimiento de demarcación del objeto de la experiencia jurídica porque el fenómeno jurídico no es una realidad sustantiva sino accidental. En efecto, lo social no es una sustancia como puede ser un árbol, un animal o una planta, es decir, entes susceptibles de ser señalados con el dedo como método para indicar a qué clase de cosas nos estamos refiriendo. Los fenómenos jurídicos son complejos y están integrados por entes de diversas categorías, aunque todos ellos pertenecientes al género de los accidentes: conductas y sus objetos, relaciones, normas jurídicas, instituciones jurídicas, derechos subjetivos (es decir: poderes jurídicos de hacer, exigir o no hacer determinada conducta), etc. Por lo tanto, es virtualmente imposible tener una experiencia sensible directa de todo el complejo mundo de lo jurídico sin el auxilio de una contextualización lingüística.

c) Y tercero, el método de segregación del objeto de la experiencia social a través del análisis del lenguaje tiene la virtud de cumplir con una exigencia de la ciencia, a saber: *la pública verificabilidad*. La ciencia tiene que ser públicamente verificable, es decir, susceptible de ser constatada por cualquiera. Este requisito asegura la objetividad del conocimiento científico y, al mismo tiempo, previene respecto de la formulación de teorías subjetivas, respecto de la afirmación de tesis infundadas y la adopción de posiciones caprichosas. El método empírico-semántico que nos proponemos utilizar recurre al lenguaje común, a las palabras que habitualmente se utilizan en la vida cotidiana, palabras que son verificables objetivamente por cualquiera que participe de la misma comunidad lingüística.

Recapitulando lo que llevamos dicho, el punto de partida de la investigación científica acerca del Derecho será el estudio de la experiencia jurídica. Y, a su vez, el método para distinguir y separar, dentro de la inmensa y variada gama de fenómenos humanos, que

---

<sup>10</sup> COPLESTON, Frederick, “Reflections on Analytic Philosophy”, en *On the History of Philosophy*, London, Search Press, 1979, pág. 106.

incluye fenómenos psicológicos, morales, políticos, económicos, culturales, los fenómenos que llamamos *jurídicos* es el análisis del lenguaje ordinario. La experiencia lingüística será el camino por medio del cual podremos separar del ámbito total de las cosas que forman parte de la experiencia humana global, aquellas que integran el mundo de lo jurídico. Revisando no sólo el lenguaje actual sino también la historia de las palabras que los hombres han utilizado para nombrar al derecho y examinando su sentido, estaremos en condiciones de establecer qué se ha pensado sobre el derecho y cuál es la experiencia social sobre esta peculiar realidad.

### **5. Las significaciones de la palabra derecho en el idioma castellano.**

Un método para establecer cuál es el significado usual del vocablo “derecho” es recurrir al Diccionario de la *Real Academia Española*. El diccionario nos da las siguientes acepciones:

#### **derecho.**

(Del lat. *directus*, directo).

1. adj. Recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro. *Esta pared no está derecha*
2. adj. Justo, legítimo.
3. adj. Fundado, cierto, razonable.
4. adj. **directo** (l que va sin detenerse en puntos intermedios). *Id derechos al asunto*
5. adj. Dicho de una parte del cuerpo humano: Que está situada en el lado opuesto al del corazón. *Los diestros utilizan la mano derecha*
6. adj. Que está situado en el lado opuesto al del corazón del observador.
7. adj. Que cae hacia la parte **derecha** de un objeto. *El jardín que hay a la parte derecha de la casa*
8. adj. Dicho de lo que hay en una cosa que se mueve: Que está en su parte **derecha** o cae hacia ella, según el sentido de su marcha o avance. *El faro derecho del autobús La orilla derecha del río*
9. m. Facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida.
10. m. Facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.
11. m. Consecuencia natural del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras. *El derecho del padre Los derechos de la amistad*
12. m. Acción que se tiene sobre una persona o sobre una cosa.
13. m. Justicia, razón.
14. m. Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.
15. m. Ciencia que estudia estos principios y preceptos.
16. m. Exención, franquicia, privilegio.
17. m. Facultad que abraza el estudio del **derecho** en sus diferentes órdenes.
18. m. Lado de una tela, papel, tabla, etc., en el cual, por ser el que ha de verse, aparecen la labor y el color con la perfección conveniente.
19. m. p. us. Sendero, camino.

20. m. pl. Cantidad que se paga, con arreglo a arancel, por la introducción de una mercancía o por otro hecho consignado por la ley. *Derechos aduaneros, notariales*
21. m. pl. Cantidad que se cobra en ciertas profesiones, como la de notario, arquitecto, etc.
22. f. **mano derecha**.
23. f. Dirección correspondiente al lado **derecho**. *Tuerza por la primera a la derecha*
24. f. Camino que llevan los perros cuando siguen la caza.
25. (Por la posición que ocupaban los componentes en las asambleas de la Revolución Francesa). f. En las asambleas parlamentarias, los representantes de los partidos conservadores.
26. f. Conjunto de personas que profesan ideas conservadoras.
27. f. ant. Conjunto de perros de caza que se sueltan, según determinadas reglas, para seguir la res.
28. adv. m. **derechamente**.

En esta larga lista de acepciones, encontramos *acepciones jurídicas* y *acepciones no jurídicas*. A nosotros nos interesan las primeras. ¿Cómo podemos segregar o separar las acepciones “*jurídicas*” de derecho? Porque ya hemos adquirido, por medio de la experiencia social, en el marco de la sociedad en qué vivimos, una primera noticia, vaga, confusa, inexacta, pero noticia al fin de lo que es derecho en sentido jurídico.

“*Derecho*” parece vincularse con leyes, códigos, abogados, tribunales, la justicia, reclamos ante esos tribunales, litigios, pleitos, sentencias, etc. Sobre la base de estos elementos, podemos establecer que las acepciones jurídicas de “*derecho*” que aparecen en el Diccionario son las siguientes:

1º) La nº 2: derecho en el sentido de “Justo, legítimo.” En estrecha vinculación con la nº 13: “Justicia”. Justo es lo que se vincula con la justicia. Y la justicia es el valor propio del derecho. Y quizás también la nº 3: lo razonable, en el sentido de tener razón, o estar en la posición correcta.

2º) Las acepciones nº 9 y nº 10, que hacen referencia al derecho como facultad para hacer o exigir algo con respecto a los demás. Esto es lo que modernamente se denomina: “derecho subjetivo”.

3º) La nº 14: el derecho como norma o conjunto de normas, es decir, como reglas de conducta obligatorias.

4º) La nº 15 y la nº 17: la facultad de Derecho, o el derecho entendido como saber o disciplina científica o académica, es decir, la ciencia que estudia precisamente lo jurídico.

5º) La nº 20 y 21: el derecho como el honorario o tasa que cobran determinados organismos públicos, por ejemplo: el derecho aduanero.

Estas son las significaciones que, dentro de la tradición lingüística del idioma castellano, designan cosas jurídicas. De todas estas acepciones, vayamos adelantando que las más importantes son las siguientes:

1. derecho como lo justo;
2. derecho como facultad o poder jurídico; y
3. derecho como norma jurídica.

## 6. La etimología de la palabra "derecho".

“Derecho” deriva de la palabra latina *directus* (masculino)/*directa* (femenino)/*directum* (neutro) que es un adjetivo calificativo.

1. *Directus/directa/directum*, como adjetivo (designa una cualidad-accidente), quiere decir: lo que está en línea recta, lo que es recto o derecho en sentido físico.
2. *Directa*, como substantivo (designa una cosa-sustancia), designa el concepto geométrico de la línea recta.

*Directus/directa/directum* es un adjetivo verbal, es decir, el adjetivo que expresa la cualidad de una cosa luego de haber sufrido o padecido una determinada acción o pasión.

<u>Verbo</u>	<u>Adjetivo verbal o participio pasivo</u>
Amar	Amado
Torcer	Torcido
Romper	Roto
<i>Dirigo</i>	<i>Directus</i>

*Dirigo*, como verbo (designa una acción) significa dirigir, guiar en alguna dirección, orientar hacia algún punto, trazar un camino.; también: enderezar, alinear, poner algo en línea recta.

De lo expuesto se desprende la siguiente significación

<u>Verbo <i>Dirigo</i></u>	<u>Adjetivo <i>Directus/Directa/Directum</i> como adjetivo verbal</u>
Dirigir	lo dirigido o lo derecho
Alinear	lo alineado o lo que es recto o lo que ha sido rectificado
Enderezar	lo enderezado
Encaminar	lo encaminado

Vale decir que *Directus* en su sentido original es un adjetivo calificativo que expresa la cualidad de aquello que, geoméricamente, es recto o que ha sido físicamente enderezado o colocado en línea recta.

Por ejemplo: cuando decimos “el cuadro está derecho”, “poné el brazo derecho”, “el limite de ese terreno es la línea que va derecho desde ese punto hasta ese otro punto”, “el soldado camina bien derecho”, “el caño del rifle debe estar derecho para que la bala haga blanco”, etc.

Como vemos se trata de una idea geométrica, física, material, espacial.

Ahora bien, en algún momento esta idea física adquirió un matiz moral, un significado relativo a la conducta de los hombres.

La idea física de línea recta o de derecho vino a simbolizar la idea de lo bueno, lo inflexible y rígido, la rectitud independiente de la voluntad del hombre.

**Todas estas significaciones admiten un sentido moral.**

*Directus/directa/directum* pasó a significar lo que es derecho ya no en sentido físico sino en sentido moral:

En este sentido o con este matiz moral, el substantivo *Directa* designa:

- la conducta que se alinea de una manera determinada, que se ajusta a una regla que es anterior y que está más allá de la voluntad del hombre;
- la conducta que se dirige u orienta hacia un fin;

Podemos profundizar la comprensión y entender mejor lo que quiere decir *Directus*, si a su vez nos remontamos a los orígenes de esta palabra.

*Directus* deriva del verbo *rego*, y de su adjetivo verbal *rectus/recta/rectum*.

1) *Rego* también tiene dos sentidos:

1. Un sentido *físico*: dirigir algo en línea recta;
2. Un sentido *moral*: mandar, dirigir la conducta, guiar a otros.

La idea principal que está presente en la palabra *rego* consiste en una cierta superioridad por parte de quien ejerce la acción. La palabra *rego* hace referencia a esa superioridad, o mayor jerarquía, o preeminencia del sujeto que actúa.

Quien guía, quien “rige” o manda, tiene cierta superioridad respecto de quienes son guiados, regidos o mandados. Adviértase que de la palabra latina *rego* derivan: *rex* (y su traducción castellana: “rey”: monarca o soberano de un reino), *regula* (y su derivación en español: “regla”: aquello que ha de cumplirse porque ha sido mandado), *regulare* (y su término correlativo en español: “reglar”: determinar las reglas o normas) *régimen* (id. en nuestro idioma: conjunto de normas por las que se rige una situación), y toda la familia de palabras castellanas vinculadas: “regir”, que significa gobernar o mandar, “regimiento”, etc.

2) *Rectus*, que como dijimos es el adjetivo verbal de *rego*, también tiene dos sentidos:

1. uno *físico*: *rectus* significa algo que, estáticamente, geoméricamente, goza de una cualidad: cual es estar en línea recta, lo que es rectilíneo
1. otro *moral*: *rectus* significa justo, equitativo, bueno, franco, ecuaníme, integro, honesto, honrado, imparcial -que no se inclina hacia ninguna de las partes-; idea universal que identifica al buen hombre, al hombre virtuoso, al hombre sin dobleces, al hombre que sigue el camino recto y no los caminos desviados, al hombre justo. Y a las conductas que tienen esas características, una acción recta es una acción buena, honesta, justa.

De allí deriva el sustantivo castellano *rectitud* (honestidad, ecuanimidad, integridad, honradez) y el verbo *rectificar* (corregir, enmendar, reformar).

3) Ahora bien, ¿qué diferencia hay entre *Directus* y *Rectus*? Si bien significan sustancialmente lo mismo. *Directus*, acentúa más la referencia a un fin. *Rectus*: es algo que está hecho, algo estático, algo dado. *Directus*: en cambio, tiene un matiz más dinámico, parece indicar algo que se hace o se debe hacer. Parece aludir a algo que está de algún modo separado de aquello hacia lo que se dirige.

La idea de “dirección” implica la idea  
de “rumbo”,  
de “orientación”,  
de “trayecto”,  
de “curso”,  
de “sentido”,  
todas estas ideas, a su vez, implican un  
“hacia donde”.

Si digo “directo”, surge inmediatamente la pregunta “¿directo hacia donde?”. Hay una connotación a la idea de *fin* una noción importantísima en la moral y en el derecho, porque toda conducta tiene razón de medio respecto de un fin, es decir, los comportamientos de los hombres resultan incomprensibles sino se advierte que están ordenados o dirigidos hacia un fin, una meta, un objetivo que el agente –quien actúa– pretende obtener a través de esa conducta.

¿Qué matiz agrega el término latino *Dirigo* al término latino *Rego*?

*Dirigo*, agrega a *Rego* un matiz dado por la partícula *Di* (que generalmente indica: (i) división; (ii) separación, (iii) acabamiento, (iv) en algunos casos negación; y (i) que en este supuesto parece agregar una idea de dirección).

¿Qué términos latinos se oponen lingüísticamente a *Directus* y a *Rego* y *Dirigo*?

A *Directus* se opone el término *Indirectus*, compuesto con la partícula privativa *In*.

A *Rego* y a *Dirigo* se opone *Torqueo*

*Torqueo* es un verbo, y quiere decir: torcer, doblar (por medio de un movimiento de torsión), enrollar, ensortijar, hacer girar, lanzar, hacer volver, torturar, hacer sufrir, poner a prueba (etc.)

*Tortus/Torta/Tortum* como adjetivo quiere decir: (en sentido físico) torcido, ladeado, doblado, combado, quebrado, curvado, sinuoso, que da muchas vueltas o rodeos, que no cae derecho o recto sino oblicuo, pero también quiere decir: atormentado, o malintencionado, perverso en sentido moral.

Aquí también, tanto en el verbo como en el adjetivo, vemos nuevamente dos significaciones:

- 1.- Una *física*; y
- 2.- Otra *moral*: aplicable a las personas, a las conductas, a las intenciones a las situaciones.

¿Qué palabras de los idiomas modernos derivan de *Torqueo*?

Derivan de *Torqueo*:

1. *Tortor/Tortoris*: el que tortura;
1. *Tortio*: acción de torcer y torturar;
1. *Tortura*: torcedura;
1. *Tortuosus*: que da muchas vueltas, solapado, tortuoso;
1. *Tortilis*: que se enrosca, retorcido;

Derivan, también de *Torqueo*, como compuestos:

1. *Contorqueo*: torcer, retorcer, inclinar, lanzar;
1. *Circumtorqueo*; hacer girar;
1. *Distorqueo*: torcer, retorcer, torturar;
1. *Extorqueo*: arrancar, quitar por la fuerza, forzar, dislocar, torturar;
1. *Retorqueo*: volver hacia atrás;
1. *Praetorqueo*: retorcer por delante o de antemano

De *Torqueo* derivan las siguientes palabras, en distintos idiomas modernos:

- en español: *entuerto*: que quiere decir agravio, injusticia o situación injusta;
- en italiano *torto*: torcido, culpa o delito;
- en inglés *tort*: una acción por la cual alguien es perjudicado y en virtud de la cual el agraviado puede obtener satisfacción en los tribunales.

¿Por qué razón el término latino *ius* se tradujo en las lenguas modernas por medio de palabras derivadas de *directus* y no de *ius*?

Los romanos no usaron el término *directus* para mencionar lo que nosotros llamamos Derecho, sino que usaron *ius/iuris*, que es la raíz etimológica de nuestro vocablo “jurídico”.

La fuerte y clara significación moral de *directus* y de *rectus* fueron imponiendo el nombre en las lenguas modernas, que utilizaron términos derivados de *directus* para denominar lo que nosotros llamamos Derecho:

- Italiano: Derecho se dice *Diritto*.
- Portugués: Derecho se dice *Direito*.
- Francés: Derecho se dice *Droit*.
- Alemán: Derecho se dice *Recht* y lo contrario *Unrecht*.
- Inglés: *Right* quiere decir justo, bueno, razonable, ajustado a la ley, a la costumbre o a la jurisprudencia. Sin embargo, en el sistema jurídico inglés el término que refleja con mayor proximidad nuestra palabra derecho es *Law* que etimológicamente se vincula más con ley, y quiere decir lo que es jurídicamente obligatorio para los tribunales de justicia y para los ciudadanos.

¿Qué conclusiones pueden extraerse del análisis etimológico del término “Derecho”?

El término derecho, en su sentido etimológico, u originario alude a:

- una cierta rectitud moral de la conducta;
- por necesidad, una cierta rectitud moral del carácter de la persona (el *ethos*), como fuente de la conducta;
- una cierta rectitud moral de las situaciones derivadas de la conducta recta.

Rectitud que se refiere a un *fin* que debe ser alcanzado por esa conducta (el fin es a la conducta como el destino es al camino) y a una *regla* que es patrón de derechura.

Etimológicamente o, lo que es lo mismo, a lo que originariamente en la vida social los hombres han dado el nombre de Derecho, es a: ***lo justo, una cierta forma de lo moralmente bueno.***

El Derecho es también:

- algo *objetivo*, por su doble conformidad con el *fin* y con la *regla*. Esto significa que el derecho no es, ni puede ser, algo subjetivo en el sentido de quedar a disposición del arbitrio o capricho del sujeto sino algo dado, que se impone, y que está más allá de la voluntad de los sujetos involucrados en el fenómeno jurídico.
- algo *razonable*, porque puede ser defendido por la razón.

Lo opuesto a Derecho es: lo torcido, lo malévolo, lo malintencionado, lo que es violento o retorcido o tramposo; el agravio injusto, el abuso.

## **7. Las aporías empíricas del derecho.**

*La noción de aporía*

La palabra *aporía* tiene su origen en el término griego *póros*, que quiere decir pasaje o camino. Con la partícula negativa o privativa “a” delante, se forma la palabra *a-poros*, que significa, literalmente, “sin camino” o “falta de camino” y hace referencia a una situación difícil de atravesar, en la que el camino está cerrado o impedido por algún obstáculo. Toda

ciencia exige aplicar un procedimiento para hallar la verdad, y este procedimiento se llama “método”, palabra que proviene del griego *méthodos* que significa, precisamente, “camino”. Se tiene un método cuando se sigue un cierto camino para alcanzar algún fin, propuesto de antemano como tal. Ahora bien, así como un camino real puede estar obstruido o puede haber en él un pasaje empantanado que impida el paso, del mismo modo, el camino que debe seguir el pensamiento para llegar a la verdad también puede encontrarse con dificultades. Las dificultades en materia científica, como es natural, son *problemas, dudas o cuestiones* que es preciso indagar y resolver. Un problema teórico es una cuestión que presenta a la mente varias respuestas posibles, es decir, diversos caminos mentales y, por tanto, es una suerte de recodo frente al cual surge la pregunta: ¿cuál es el camino que conduce a la respuesta verdadera? En los casos en que no aparezca una vía fácilmente transitada, allanada y segura para arribar a la verdad nos encontramos, metafóricamente, *sin camino (a-poros)*, es decir, estamos frente a una aporía. La aporía, en este sentido epistemológico, connota un estado de perplejidad, de duda y de malestar que se contrapone con el estado de *euporía*, metáfora empleada por Aristóteles para referirse al alivio que se produce cuando el investigador consigue resolver la aporía.<sup>11</sup> Recapitulando y para resumir los resultados de esta breve indagación semántica: la palabra *aporía* se utiliza, en el ámbito de la epistemología clásica, para hacer referencia a *un obstáculo en el camino del pensamiento o una dificultad en el orden racional, es decir, un problema teórico*.

#### *La función de las aporías en la teoría de la ciencia de cuño aristotélico*

Desde la perspectiva del pensamiento aristotélico, la ciencia progresa a partir de la consideración y solución de las aporías o problemas que aparecen en la experiencia. Toda realidad, en la medida en que se muestra en su aparecer fenoménico, pone de manifiesto al observador atento la existencia de dificultades, opacidades, paradojas, en suma: problemas o aporías. Las aporías o problemas no son más que *preguntas que el fenómeno* (la cosa real tal como se aparece) *formula al investigador* y que, naturalmente, reclaman una respuesta. Precisamente, *la ciencia consiste en las respuestas y en las soluciones a esos problemas, organizadas en forma lógica y con cierto orden sistemático*.

La investigación científica puede ser esquematizada en los siguientes momentos:

a) *Examen del objeto empírico*: La investigación científica debe comenzar por el examen cuidadoso y atento de la cosa que constituye el objeto que se quiere investigar, en su aparición primaria y fenoménica, es decir, debe adoptar como punto de partida el conocimiento empírico del objeto de estudio.

b) *Momento aporético*: Sobre la base del examen del objeto empírico, y a partir de ella, la indagación científica continúa con el descubrimiento de las dudas, las incógnitas y los problemas que la misma realidad plantea en su primera manifestación fenoménica, es decir, *la consideración y clasificación de las aporías*. A la vista del fenómeno (el objeto tal como se muestra o se aparece), surgen preguntas que son la expresión de aporías o problemas que dificultan el camino del pensamiento. El *momento aporético* constituye una etapa inicial e ineludible de toda investigación científica porque la consideración de las aporías permite aquilatar la magnitud de las dificultades y encaminar el espíritu hacia la respuesta correcta. Las aporías le indican al investigador cuales las cuestiones que reclaman ser investigadas y, por lo tanto, hacia donde deberá dirigir sus esfuerzos y su indagación.

Aristóteles dice que pretender dar respuestas en la ciencia sin haberse planteado las preguntas es como dar golpes a ciegas o como si un arquero apuntara al blanco con los ojos vendados. Lo que quiere significar el Filósofo es que *quien no conoce el problema está imposibilitado de encontrar las respuestas susceptibles de solucionarlo* y, por lo tanto, no podrá elaborar un saber científico adecuado. Dicho en otros términos: aquel que se saltea el momento aporético “está imposibilitado para toda problemática, para toda solución y para todo sistema”.<sup>12</sup> Consecuentemente, todo aquel que quiera realizar una investigación científica deberá comenzar por detectar y exponer un catálogo de las aporías más importantes que suscita el fenómeno bajo examen. Esta regla constituye un verdadero axioma metodológico para la tradición aristotélica, pues una respuesta adecuada es correlativa de una pregunta correctamente planteada:

<sup>11</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, L. III, cap. 1, 995 a 31 – 32; cito de la edición de VALENTÍN GARCÍA YEBRA, Madrid, Ed. Gredos, 2da ed. 1982, págs. 98/99.

<sup>12</sup> DE ALEJANDRO, Jose M.a, *Gnoseología*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1969, pág. 31.

Los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las dificultades, pues el éxito posterior consiste en la solución de las dudas anteriores, y no es posible soltar si se desconoce la atadura. Pero la dificultad del pensamiento pone de manifiesto la atadura en relación con el objeto; pues, en la medida en que siente la dificultad, le ocurre así como a los que están atados; en ninguno de los dos casos, efectivamente, es posible seguir adelante. Por eso es necesario considerar bien, antes, todas las dificultades, por las razones expuestas y porque los que investigan sin haberse planteado antes las dificultades son semejantes a los que desconocen adonde se debe ir, y, además, ni siquiera conocen si alguna vez han encontrado o no lo buscado; pues el fin no es manifiesto para quien así procede, pero para el que se ha planteado antes las dificultades sí es manifiesto.<sup>13</sup>

En resumen: el momento inicial de toda investigación científica consiste en demarcar el objeto a investigar y en formular con la mayor precisión posible las aporías o los problemas sobre los que se ha de reflexionar. Porque, como decía el filósofo del derecho uruguayo Llambías de Azevedo: “en los términos del problema está escondida la verdad”.<sup>14</sup>

c) *Solución de las aporías mediante el método dialéctico*: Una vez formuladas las aporías, una vez planteados los problemas, la tarea de la ciencia consistirá en la reflexión, la investigación, el estudio y, en el mejor de los casos, la solución de esos problemas teóricos que han sido planteados previamente. La doctrina científica que el investigador busca exponer consistirá en las respuestas racionales a esas preguntas que expresan aporías, puestas en orden, es decir, convenientemente relacionadas entre sí. Una teoría científica es un conjunto de respuestas lógicas, debidamente ordenadas, que da el investigador a las aporías suscitadas por el fenómeno.

Una vez planteado el problema que se va estudiar, es decir, una vez fijada la cuestión con la mayor claridad y precisión posibles, corresponde avanzar en procura de su solución. El método adecuado para ello es el *método dialéctico*, uno de cuyos procedimientos consiste en examinar el “estado de la cuestión” (*status quaestionis*), es decir, en analizar y ponderar las opiniones, las teorías, los resultados existentes como fruto de investigaciones previas y, en definitiva, las soluciones que han sido brindadas con anterioridad a esos problemas o aporías por los pensadores y las escuelas que han abordado esa misma cuestión. En las investigaciones de filosofía práctica, quizás más que en otras ciencias, la historia de su desarrollo constituye un instrumento ineludible para una investigación actual. No es posible avanzar en un estudio de Filosofía del Derecho si antes no se han estudiado y meditado las opiniones y doctrinas más importantes respecto de un tema, propuestas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico.

Este es el método que aplica Aristóteles, cuyas obras comienzan frecuentemente con una introducción destinada a analizar las aporías: así acontece con el libro I de la *Física*, el libro I del *De Anima* y el libro *Beta* (III) de la *Metafísica* o, mejor dicho, los dos primeros libros de la *Metafísica*; en estos lugares de sus obras el Filósofo no tan sólo realiza una recopilación de dificultades y de problemas sino que examina las soluciones brindadas por los pensadores que lo precedieron y realiza una correlativa crítica dialéctica a su respecto. Esta forma de trabajar es el puntapié inicial del *método dialéctico* que aborda los problemas oponiendo razonadamente opiniones y desarrolla la aporía hasta su solución. Por su parte, la Escolástica medieval cultivó, también, durante siglos, un procedimiento *aporético-dialéctico* para el tratamiento de todos los temas, lo cual puede verse claramente en la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino: plantea el problema a modo de pregunta dialéctica, expone las dificultades a través de los argumentos a favor y en contra de los dos términos de la cuestión, trae a colación la opinión de una autoridad en el *sed contra* y, finalmente, desarrolla la solución en forma razonada en el *respondeo*, para luego, brindar la solución a las dificultades planteadas el inicio.

#### *Las aporías empíricas del Derecho*

Ahora bien, por aplicación de las reglas metodológicas aludidas a nuestro objeto de investigación que es el Derecho, podemos constatar que el fenómeno jurídico pone de manifiesto ciertas dificultades que son verdaderos problemas prácticos, propios y específicos de la vida jurídica, a los que Félix A. Lamas ha denominado *las aporías empíricas del derecho*.<sup>15</sup> Merecen llamarse *aporías*, porque son tensiones dialécticas entre

<sup>13</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, L. III, cap. 1, 995 a 27 – 995 b 2.

<sup>14</sup> LLAMBIAS DE AZEVEDO, J., *Eidética y aporética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot. 1958, pág. 19

<sup>15</sup> LAMAS, FÉLIX A., *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, IEF Santo Tomás de Aquino, 1991.

dos tesis contrapuestas que en principio parecen, ambas, verdaderas y allí radica el problema: se le presentan a la mente dos exigencias que implican dos caminos posibles y ambos parecen plausibles. Sin embargo, no pueden ser transitados simultáneamente porque son vías opuestas; la mente, entonces, se detiene en la encrucijada y se siente perpleja pues se encuentra *sin camino (a-poros)*, suspendida en la duda, ante un verdadero “callejón sin salida” teórico ante el cual no sabe bien a qué atenerse. El citado autor califica a estas aporías de *empíricas*, porque estos problemas teóricos surgen con el primer contacto del sujeto con la realidad concreta de la vida jurídica, es decir, de la experiencia del derecho, y no de consideraciones abstractas o racionalistas.<sup>16</sup>

Dejemos anotado, de pasada, que el Derecho es, como puede advertirse, una realidad problemática y, por lo tanto, el método que corresponderá que adopten los saberes jurídicos para tratar con esta materia aporética o problemática deberá ser un procedimiento adecuado para dar cuenta de esta problematicidad. *Aporética y dialéctica* aparecen necesariamente unidas, en el pensamiento clásico, en el proceso de investigación de la realidad. La primera, acompañando el momento de manifestación del fenómeno y de su primera develación frente a la inteligencia y la razón. La segunda, como el método congruente para abordar racionalmente el problema que emerge a partir de la manifestación empírica del objeto de estudio. Esta doble actitud, teórica y metodológica, realista y de respeto a las exigencias noéticas del objeto, es especialmente pertinente y necesaria en la Ciencia o Filosofía del Derecho.<sup>17</sup>

No es nuestro cometido en esta etapa inicial de nuestra indagación científica, arribar a la solución definitiva de estos problemas, lo cual exigiría explicaciones demasiado extensas y, además, supondría el desarrollo de todo un programa de estudio de Filosofía del Derecho. Por el momento, lo que pretendemos es identificar y clasificar las aporías más generales que emergen en la experiencia jurídica; aspiramos, principalmente, a exponerlas con una formulación sistemática, lo cual constituye un paso ineludible para poder, posteriormente, reflexionar acerca de ellas, explorarlas e intentar brindarles solución.

El fenómeno jurídico presenta cuatro grandes dificultades o *aporías empíricas* que se presentan como tensiones dialécticas entre dos polos opuestos:

- 1) generalidad y singularidad (dentro de la cual se incluye también la tensión entre igualdad y desigualdad);
- 2) totalidad y particularidad;
- 3) estabilidad y mutabilidad; y
- 4) normalidad y excepción.<sup>18</sup>

### **1.- Generalidad y singularidad.**

En primer lugar, se aprecia en la realidad jurídica una tensión problemática entre generalidad y singularidad.

La *generalidad* es una exigencia propia del Derecho, especialmente en el plano legal. Un elemento esencial del derecho es la norma jurídica. En efecto, la existencia de normas

---

<sup>16</sup> Este es el núcleo de una actitud cognoscitiva autenticamente realista: la apertura a la realidad y su consideración sin preconcepciones, prejuicios o condicionamientos *a priori*.

<sup>17</sup> En el Río de la Plata, y dentro de las corrientes fenomenológicas afines al pensamiento de MAX SCHELER, cabe mencionar principalmente al filósofo del Derecho uruguayo LLAMBÍAS DE AZEVEDO (cfr. su *Eidética y aporética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958). En Italia merece citarse un importante grupo de filósofos o teóricos del Derecho, una de cuyas figuras centrales es Francesco GENTILE: “Istintivamente, noi ci siamo sempre collocati a valle del *Sofista* di Platone, dove il filosofo ha ‘fatto essere il non essere nell’essro diverso’, confutando il monismo eleatico e aprendo la strada della dialettica classica. Ora, condividendo una concezione della filosofia come tematizzazione della problematicità dell’esperienza, non potevamo non intendere la filosofia del diritto se non come tematizzazione della problematicità intrinseca all’esperienza giuridica; tenendoci, per quanto ne siamo capaci, lontani de un ‘sistema filosofico’ preconfezionato all’esperienza giuridica, al fine di una sua razionalizzazione” (*Esperienza giuridica e secolarizzazione*, separata del volumen de igual título, Encuentro en la Universidad de Pavia, Giuffrè Editore, 1993, pág. 18).

<sup>18</sup> Lo que a continuación se expone está inspirado en el desarrollo de estas aporías que hace Félix A. LAMAS en su obra *La experiencia jurídica*, Libro II, cap. V, págs. 384 y ss., a la cual remito a los lectores para un estudio más amplio del tema.

jurídicas aparece como una realidad primaria e indispensable en el Derecho. A punto tal de que podría afirmarse, sin exagerar, que no hay Derecho sin normas jurídicas, es decir, sin reglas de conducta obligatorias. Dentro del género de las normas jurídicas encontramos una especie principal que son las leyes, es decir, las normas jurídicas producidas por aquel que “*tiene a su cargo el cuidado la comunidad*” (según la famosa definición de ley de Santo Tomás de Aquino) y que están destinadas a organizar la vida social y política con el propósito de encauzar las conductas de todos sus miembros hacia el fin común: el bien de toda la comunidad o bien común. Las leyes deben ser, necesariamente, generales, es decir, enunciadas, elaboradas y redactadas mediante palabras y conceptos generales y no singulares o particulares. Por ejemplo: una ley debe decir “*el que matare a otro*” y no “*Si Ticio mata a Cayo*”. La generalidad es un componente necesario del derecho en su aspecto normativo habida cuenta de que las leyes están destinadas a erigirse en el modelo de conducta común de la vida social y toda sociedad está integrada por un sinnúmero de sujetos. Dicho en términos más claros: las leyes tienen que aplicarse a una generalidad indeterminada de conductas posibles emanadas de un conjunto indefinido de ciudadanos. En efecto, las leyes, por su propia índole, están destinadas a ser aplicadas no a un solo caso o una sola persona sino a todos los miembros del grupo social respecto del cual ha de regir esa ley. Por lo tanto, deben ser formuladas en términos susceptibles de abarcar y alcanzar a esa generalidad de sujetos que están llamados a obedecerlas. Desde un punto de vista lógico-gramatical, resulta, pues, imprescindible que las leyes estén redactadas y expresadas mediante palabras y conceptos generales.

Por otra parte, la generalidad propia de las leyes está justificada, también, porque garantiza un tratamiento igualitario para todos los destinatarios de ellas pues la ley impone un modelo de conducta que debe ser el mismo para todos los ciudadanos que deben obedecerla. En la República Argentina las leyes se aplican a todos los habitantes de la nación por igual, en la medida en que ellos son “*iguales ante la ley*”.<sup>19</sup> Esta es una exigencia propia del derecho, a punto tal de que la excepción a la regla establecida por la ley se considera, salvo justificación muy fundada, injusta. Así, por ejemplo, los beneficios económicos concedidos por el estado a particulares, sectores o grupos de poder que son desiguales y más convenientes que los que obtienen la generalidad de los ciudadanos se suelen llamar *prebendas* y son consideradas una ventaja injusta. La nota de generalidad está implícita en el concepto mismo de justicia, pues la justicia tiene dos notas: igualdad y legalidad y, tal como hemos tenido oportunidad de comprobar, la legalidad implica generalidad y tratamiento igualitario a todo el conjunto de ciudadanos. Por eso, la sentencia judicial que no se ajusta a la generalidad de la ley y que no es producto de su aplicación a las circunstancias del caso sino que es fruto de la decisión discrecional o de la voluntad caprichosa del juez es impugnada por considerársela *arbitraria*, es decir, contraria a derecho. El iusfilósofo español Luis Legaz y Lacambra observa, con razón: “La arbitrariedad es, pues, la negación del Derecho como legalidad y cometida por el propio custodio de la misma”.<sup>20</sup> En definitiva: no hay Derecho sin legalidad, y no hay legalidad sin generalidad. Por lo tanto, la generalidad es un ingrediente necesario del Derecho.

Sin embargo, y por contra, la experiencia jurídica también pone de manifiesto la disimilitud entre los hombres singularmente considerados, es decir, entre los individuos involucrados en situaciones y conflictos jurídicos, y esta semejanza se agudiza si se toma en cuenta el dato de la libertad. Los hombres, las conductas y las situaciones reales que caen bajo el ámbito de aplicación de las leyes son siempre *singulares* y, por tanto, concretos lo cual, implica, necesariamente, que tienen peculiaridades y determinaciones propias que los tornan únicos e irrepetibles y, por ello mismo, diversos entre sí. Por lo tanto, el Derecho deberá también tomar en cuenta la singularidad de cada caso concreto. De hecho, es frecuente el reclamo de que se reconozcan las circunstancias especiales que rodean una situación jurídica real, en la medida en que guardan relevancia, y ese reclamo se formula también en nombre del Derecho y de la justicia. Así, por ejemplo, frente a la igualdad “abstracta” ante la ley a la que hace referencia la Constitución Nacional, se invocan las “desigualdades concretas” entre los sujetos enfrentados en una relación jurídica determinada, a fin de evitar que la mayor potencia relativa de uno frente al otro pueda dar lugar a abusos y a la obtención de ventajas desproporcionadas en la celebración de contratos bilaterales. De hecho, se habla del principio “*favor debilis*”, precisamente, como un recurso que reclama la protección de los jurídicamente vulnerables para precaver y

<sup>19</sup> Conf. Art. 16, Constitución Nacional de la República Argentina.

<sup>20</sup> LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona. Ed. Bosch, 1961, pág. 611

evitar que los socialmente fuertes puedan cometer abusos a su respecto. De modo que también es necesario tomar en cuenta la singularidad en el derecho.

Llegados a este punto, podemos concluir que tanto la *generalidad* como la *singularidad* son componentes necesarios del derecho. Lo experiencia jurídica pone de manifiesto, por lo tanto, el siguiente problema o aporía: ¿cómo hacer para compatibilizar las exigencias de generalidad y las propias de la singularidad? A poco que se profundice el análisis del problema, es fácil apreciar que la raíz de la dificultad en la existencia de cierta *inadecuación entre la regla general y lo reglado*, que es lo mismo que decir, cierta incompatibilidad entre: (i) el modelo general y abstracto expresado en la ley, de una parte; y (ii) la vida concreta –singularísima, multiforme, diversa e irreplicable– de los hombres que están llamados a cumplirla, de otra. Las leyes, en razón de su generalidad y consecuente indeterminación, no pueden constituir un orden (esto es: una regla y medida modélica) adecuado respecto de una conducta singular y concreta que es, precisamente por ello, máximamente determinada y compleja, cambiante y variable, circunstanciada y distinta. La regla jurídica, necesariamente general y abstracta, no puede expresar en forma exhaustiva los múltiples aspectos, circunstancias relevantes y peculiaridades de la vida humana real, necesariamente, singular. En resumen: la tensión problemática entre generalidad y singularidad parece revestir su causa o fundamento último en una tensión dialéctica aún más honda: la que se da entre *lo abstracto y lo concreto*, entre el pensamiento y la realidad de las cosas.

Un camino apropiado para intentar encontrar la salida a esta encrucijada o, hablando en términos más precisos: la solución a este problema, consiste en consultar como resolvieron esta misma aporía Platón y Aristóteles. Las grandes luminarias del pensamiento clásico siempre nos pueden orientar, pues son algo así como muletas, pedagogos o guías que nos conducen a la verdad, supliendo los límites de nuestra limitada experiencia personal y los límites de nuestra inteligencia.

#### Platón.

Platón es quien plantea, por primera vez en la historia del pensamiento jurídico-político, este problema y lo hace bajo la siguiente perspectiva: ¿es conveniente y válido organizar la vida social mediante leyes, generales y abstractas, en detrimento de lo singular? ¿o acaso sería mejor optar por dejar librada la última decisión de los asuntos jurídicos a la prudencia de hombres investidos de la autoridad para administrar justicia y resolver las controversias que se produzcan en el marco de la vida social?

Formula la aporía, en *El político*, en los términos siguientes: “una ley no podría nunca abarcar a un tiempo y con exactitud lo ideal y más justo para todos, y luego dictar la más útil de las normas; porque la semejanza entre los hombres y los actos, y el hecho de que nada goza, por así decirlo, de fijeza entre las cosas humanas, no permiten que un arte, sea el que sea, imponga en cuestión alguna ningún principio absoluto verdadero para todos los casos y para todo tiempo”.<sup>21</sup> El problema guarda estrecha vinculación con el tema central de la metafísica platónica: la dialéctica de lo uno y lo múltiple, de lo estable y lo mudable. El más grande filósofo de todos los tiempos resolvió la dificultad de tres maneras distintas, en *La República*, *El Político* y *Las Leyes*.

#### *La República*

En *La República*, Platón trata el tema de la necesidad de las leyes para gobernar la *polis* y se pregunta si vale la pena legislar sobre los asuntos que hoy encuadrarían en las diversas ramas del derecho público y privado:

¿Y qué diremos, por los dioses, agregué, acerca de las transacciones del mercado, como los contratos que las partes estipulan recíprocamente en el ágora, o si quieres poner por caso, los arreglos con los obreros, las injurias y golpes, las querellas judiciales y la constitución del tribunal, o los impuestos que haya que recaudar o pagar en mercados o puertos, y en general todos los reglamentos mercantiles, urbanos o portuarios, con todo lo demás del mismo jaez? ¿Hemos de llegar a legislar sobre todo esto?

No vale la pena, contestó [Sócrates], dar sobre ello ordenanzas a varones esforzados y buenos, que por sí mismos hallarán fácilmente casi todo lo que debería determinar la ley.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> PLATÓN, *El político*, 294 b.

<sup>22</sup> *República*, 425, d; versión de Antonio GOMEZ ROBLEDOS, México, UNAM, 1971, págs. 126 - 127.

En la ciudad ideal que Platón diseña en la *República*, quienes tienen a su cargo la función de gobierno son los reyes filósofos, identificados en el pasaje copiado más arriba como los “varones esforzados y buenos” –*kaloi kagathos*–. Su voluntad es la suprema ley, porque ellos, los que han llegado a contemplar el Bien en sí, son los conductores de la ciudad en su camino de liberación espiritual, como se desprende de la alegoría de la caverna. Por tanto, las normas jurídicas quedan reducidas a un número mínimo y regulan sólo temas fundamentales. Todos los demás aspectos de la organización de la comunidad y de la conducción del Estado quedan sujetos a la decisión discrecional de los reyes-filósofos. Ellos resolverán, ejerciendo la virtud de la sabiduría y la prudencia, cual es la mejor solución para los problemas que se planteen. Platón considera que la ley no puede estar por encima de la sabiduría. Piensa que es más importante la educación que la legislación porque una vez que se haya logrado formar gobernantes justos “*por sí mismos hallarán fácilmente casi todo lo que debería determinar la ley*” (cfr. el pasaje copiado más arriba).

En resumen, en *La República* –y aún en el *Político*, como veremos en lo que sigue– Platón sostiene la tesis del poder absoluto y sin límites de los gobernantes filósofos. No necesitan ninguna restricción porque son una mezcla de sabios y santos, que no pueden cometer error alguno, toda vez que han llegado al éxtasis místico de la contemplación de las ideas.

### *El Político*

Platón fracasa repetidamente en su intento de llevar a la práctica el ideal del rey-filósofo, a través de sus sucesivos viajes a Sicilia.<sup>23</sup> La experiencia histórica y de vida del propio Platón le indicaban que no era fácil reunir en una misma persona el poder y la sabiduría.<sup>24</sup> La imposibilidad de la realización de aquel modelo ideal no es definitiva sino consecuencia de la malicia de los tiempos que vivimos. Por lo tanto, en *El Político* propone un régimen que es una participación del ideal, pero adaptado a las circunstancias vigentes. Y en esa modulación, las leyes vienen a desempeñar un papel importante en el gobierno de la ciudad.

El político es aquel que tiene a su cargo la ordenación concreta de las conductas en la *polis* (que Platón compara con el arte del tejedor); éste, a diferencia del gobernante filósofo, ya no necesita poseer la sabiduría, sino que resulta suficiente que tenga una recta opinión;<sup>25</sup> la rectitud de tal opinión está asegurada por las leyes.

### *Las leyes.*

En *Las Leyes* está todo lo malo y todo lo bueno de la vejez; lo primero, por la ausencia de dramatismo, color o movimiento que encontramos en los diálogos de juventud. Lo segundo, porque esta obra merece ser calificada como el *testamento* filosófico de Platón, es decir, el lugar donde plasmó sus ideas últimas y definitivas sobre los temas acerca de los cuales había indagado tan afanosamente a lo largo de más de medio siglo de filosofar: el hombre, el estado y los problemas de la convivencia humana.

En esta, su obra más extensa, Platón intenta una reorganización del inmenso edificio. Sin embargo, al final de su vida Platón desconfía del hombre. El ser humano, cuanto más poder tiene, más inclinado está al pecado de exceso (*ηψβρισ, ηψβρισ*), a la falta de medida y de autodomínio (*ενκρατεια, ενκρατεια*). Si bien la razón de un individuo excelente, dotado de templanza y cualidades excepcionales, podría llevar a la ciudad a un gobierno perfecto, los peligros de la naturaleza humana impedirían que ese hombre llegara a conducir a la edad de oro a sus súbditos.

<sup>23</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Platón, los seis grandes temas de su filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, págs. 35 y ss.

<sup>24</sup> Destaca, atinadamente, Antonio TOVAR que Platón modula su pensamiento bajo el impacto del "ambiente histórico", de las "circunstancias", "Platón se da más cuenta de lo que sucede, y muchas de sus orientaciones y prescripciones obedecen a la consideración de lo momentáneo" (TOVAR, Antonio, *Los hechos políticos en Platón y Aristóteles*, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1954, pág. 35).

<sup>25</sup> “Acerca de la opinión realmente cierta y segura que existe sobre lo bello, lo justo, lo bueno y sus contrarios, cuando ésta se engendra en las almas, digo que es cualidad divina producida en una raza genial” (PLATÓN, *El político*, 309 c; traducción de Antonio GONZALEZ LAZO, de la edición del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981, pág. 88). La rectitud de tal opinión se aproxima a lo que luego será la verdad práctico-prudencial de ARISTÓTELES.

En un pasaje sobre el cuál hay que llamar vivamente la atención, Platón contrapone el estado de *Las Leyes* al estado de *La República*, como el reino de lo posible en oposición al reino de lo ideal:

Pues bien, la primera ciudad y constitución y las mejores leyes se darán donde en el mayor grado posible ocurra por toda la ciudad aquello que desde hace tiempo se dice: y lo que se dice es que realmente las cosas de los amigos son comunes. Así, pues, si hay algún lugar en que [...] [se logre] la mayor unidad posible de una ciudad, no habrá jamás nadie que pueda formular una definición más justa ni mejor de lo que es el más alto grado de excelencia. Una ciudad semejante, sean dioses o hijos de dioses quienes la habiten en número superior a uno, proporcionará a quienes vivan así el habitar dichosos, por lo cual no es necesario ir a ninguna otra parte para buscar un modelo de constitución, sino atenernos a este tipo y buscar una que sea en todo lo que cabe semejante a ésta. En cuanto a la que ahora hemos tomado nosotros entre manos, pudiera, si llega a realidad, que se acercara sumamente a la inmortalidad y que mereciera el segundo lugar en punto a honor; y después de esto, si la divinidad quiere, terminaremos con la tercera.<sup>26</sup>

El fragmento demuestra que Platón no renuncia al estado ideal de *La República*, más aún, lo reafirma vigorosamente; sólo concede que, dadas las circunstancias por las que atraviesan los hombres, con sus vicios actuales y la confusión de sus ideas,<sup>27</sup> ese ideal no es aplicable sino a quienes sean “dioses o hijos de dioses”. *La República* es la *primera ciudad*, la primera constitución en excelencia, más perfecta pero menos realizable. El estado propuesto en *Las Leyes* es una *segunda ciudad*, menos perfecta pero posible, más acorde con la realidad de las cosas. Será, por lo tanto, un estado *por participación* del ideal, el cual sigue conservando su validez y continúa siendo la meta absoluta. Y aún menciona Platón una posible *tercera ciudad* que se haría preciso estudiar si las condiciones reales llegaran a ser todavía menos adecuadas.

Platón sigue pensando que lo mejor es la superioridad del saber y de la razón y que donde haya un hombre superior, que cuente con las características superlativas que él mismo describió en *La República*, debe gobernar sobre la base de su prudencia y de su sabiduría, y sin leyes. Pero su vida le ha demostrado que eso es harto infrecuente.<sup>28</sup> Ha perdido la confianza en las posibilidades de una razón *libre y soberana* que pudiera gobernar la vida de los hombres. Por ello, abandona la ilusión del rey-filósofo y ante la alternativa entre el gobierno de los hombres y el de las leyes, opta por este segundo término, no sin reconocer las dificultades que ello supone:

por ello se ha de escoger el otro término, la ordenación y la ley que miran las cosas en general aunque no alcancen en particular a cada una de ellas.<sup>29</sup>

En *La República*, se había esforzado en hacer superflua toda obra legislativa mediante una educación perfecta; en *Las Leyes* concluye en que éstas son indispensables para la vida del estado:

[...] es necesario que los hombres se den leyes, que vivan conforme a ellas o que, de lo contrario, en nada se diferenciarán de los animales más feroces; la razón de esto es que no se da naturaleza humana alguna que a un mismo tiempo conozca lo que conviene a los hombres para su régimen político y que, conociendo así lo mejor en ello, pueda y quiera constantemente ponerlo por obra.<sup>30</sup>

No hay hombre que, en el ejercicio del poder político, sea capaz de *saber*, de *querer* y de *obrar* lo mejor y en dirección a lo mejor: en alguno de esos tres momentos consecutivos fallará, sencillamente porque:

su índole mortal le impulsará sin cesar a la ambición y al aventajamiento propio en su fuga irracional del dolor y su búsqueda del placer.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> *Las Leyes*, L. V, 739 c - e; versión de José Manuel PABÓN y Manuel FERNÁNDEZ GALIANO, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pág. 179

<sup>27</sup> En términos de Werner JAEGER, lo que hace necesario este segundo estado con una presencia tan preponderante de leyes es el bajo nivel de *paideia* (740 d) o cultura con que se enfrenta PLATÓN. Cfr. *Paideia, los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 2da edición, 1962, pág. 1016.

<sup>28</sup> *Las Leyes*, 875, c-d; versión de PABÓN y FERNÁNDEZ GALIANO, ya citada, pág. 133.

<sup>29</sup> *Las Leyes*, 875, d, *ibidem*.

<sup>30</sup> *Las Leyes*, 875 a; versión citada, pág. 132.

<sup>31</sup> *Las Leyes*, 875 b; versión citada, pág. 133.

Pone de manifiesto un amargo desencanto respecto de la posibilidad de encontrar la personalidad intelectualmente preeminente y moralmente íntegra que había trazado en *La República*:

ninguna naturaleza humana es apta para administrar soberanamente todos los asuntos de los hombres sin henchirse de soberbia e injusticia.<sup>32</sup>

a tal punto que:

para aquellas ciudades que no gobierna la divinidad, sino un mortal, no hay escape de los males ni de los trabajos.<sup>33</sup>

La solución está en “*la conducción del raciocinio, áurea y sagrada, que se llama ley general de la ciudad*”,<sup>34</sup> es decir, en gobernar las ciudades obedeciendo a lo dispuesto por la razón, dándole a ello el nombre de ley. Las leyes, en cuanto ordenación racional son una manera por la que los hombres que las establecen aspiran a participar en lo inmortal. Por lo tanto, los gobernantes deben ser esclavos de la ley –του νομον σουλοι-:

A los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de la ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades.<sup>35</sup>

Recapitulando y a modo de conclusión de este apartado: hay una tesis de Platón que permanece invariable a lo largo de toda su obra, a saber: aquella según la cual la regla fundamental de la conducta humana es la razón y la sabiduría. La evolución viene determinada por el tránsito de un régimen –el de *La República*– en el cual el rey-filósofo es quien posee y encarna esa sabiduría y gobierna con una amplia discrecionalidad, a otro –en *El Político*– en el cual el gobernante, sobre la base de la función rectificadora de la razón prudencial, rige los destinos de la polis, para terminar en el sistema preconizado en *Las Leyes*, en el cual la sabiduría la poseían los legisladores originarios y fue plasmada en las leyes, las que deben ser rigurosamente respetadas. Se ha dicho, y con razón, que Platón vuelve, así, al final de su vida, al reconocimiento de la soberanía de la ley, uno de los descubrimientos más fecundos del pensamiento helénico.<sup>36</sup> “*El pueblo debe luchar por su ley como por sus murallas*” había declarado Heráclito,<sup>37</sup> y Sócrates, por su parte, había preferido morir antes que desobedecer las leyes.<sup>38</sup>

### Aristóteles.

Aristóteles formula la cuestión en el libro III de la *Política*:

Lo primero que debemos considerar en esta investigación [sobre la monarquía] es si conviene más ser gobernado por el mejor hombre o por las mejores leyes.<sup>39</sup>

Una vez planteado el problema, inicia la investigación con la típica metodología dialéctica,<sup>40</sup> es decir, mediante la sucesiva exposición, confrontación y ponderación de los argumentos favorables a cada una de las dos alternativas en disputa:

a) Reitera lo dicho por Platón en el sentido de que la ley no puede prever “*exactamente todo*” lo que puede suceder en la vida social real, porque lo escrito en la ley “*es forzoso que*

<sup>32</sup> *Las Leyes*, 713 c, versión citada, pág. 142.

<sup>33</sup> *Las Leyes*, 713, e; versión citada, pág. 143.

<sup>34</sup> *Las Leyes*, 644 e – 645 a. PLATÓN utiliza la imagen del oro como metáfora para aludir lo más excelente que hay en el hombre: su razón, por contraposición a los “hilos interiores férreos” de las pasiones. Esta imagen se encuentra ya en la *República* (p. ej, 415 a).

<sup>35</sup> *Las Leyes* 715 c-d; versión citada, pág. 146.

<sup>36</sup> Cfr. GÓMEZ ROBLEDO, *Platón, los seis grandes temas de su filosofía, op. cit.*, pág. 590.

<sup>37</sup> Fragmento 44, según la numeración de H.DIELS y W. KRANZ (cfr. DIELS H., *Die Vorsokratiker. Die Fragmente der Vorsokratiker griechisch und deutsch*, 6º edición, mejorada por W. KRANZ, 3 vols. Tubinga, 1951-52).

<sup>38</sup> Si hemos de otorgarle credibilidad al relato que nos dejó PLATÓN en el *Critón*.

<sup>39</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Libro III, 1286 a, 8-19.

<sup>40</sup> Cabe aclarar que estamos haciendo referencia a la dialéctica entendida en el sentido clásico del término, como la parte de la Lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en movimiento en dirección a la verdad o que arriba a ésta sin certeza. O, dicho en forma breve, de cuño aristotélico, es la Lógica de *lo probable*” (LAMAS, Félix Adolfo, “Derecho y Dialéctica”, en *Revista Circa humana philosophia (La Filosofía de las cosas humanas)*, número II, Buenos Aires, I.E.F., 1997, págs. 7 y ss.).

sea general, y en la práctica no se dan más que casos singulares (ου προσ τα προσπιπτοντα επιταττειν -ου προσ τα προσπιπτοντα επιταττειν-).<sup>41</sup> Se trata de la ya señalada aporía de la inadecuación entre el modelo general de la ley y las conductas singulares, las únicas que en verdad existen. Los múltiples aspectos y particularidades de la vida humana concreta escapan al esquema rígido de un molde abstracto. Un hombre, por lo tanto, resolverá mejor los casos particulares, pues al igual que un artesano, podrá adecuar flexiblemente su decisión a las circunstancias peculiares de cada situación.

b) A favor del gobierno de la ley, argumenta que ésta es desapasionada, mas el hombre no puede serlo. En el alma humana hay una parte irracional, que es común con los animales, y que es donde radican los apetitos y las pasiones, tales como la irascibilidad y la concupiscencia que busca el goce de los placeres sensibles.<sup>42</sup> Así, la experiencia indica que es frecuente que aquel que ocupa un cargo político resuelva los asuntos sometidos a su decisión “contra la razón, por motivos de amistad, [...] por despecho o por favor”,<sup>43</sup> es decir, movido por sus propios intereses, pasiones o deseos y, por lo tanto, con criterio injusto. “Cuando un individuo está dominado por la ira –ejemplifica Aristóteles– o por cualquier otra pasión semejante, necesariamente su juicio estará corrompido”.<sup>44</sup>

En cambio, en la ley “no se da en absoluto la pasión”,<sup>45</sup> en efecto, la ley es caracterizada, en la *Ética Nicomaquea*, como “una cierta razón y orden recto”, y como “la expresión de cierta prudencia e inteligencia”,<sup>46</sup> es decir, un producto de la razón en su función práctica que ordena las conductas de los miembros de la polis al bien común, en cuanto fin de la comunidad política. Es evidente, pues, que la ley se halla libre de afectividad y apetencias y, por ello, a diferencia del magistrado, no es susceptible de ser torcida por enconos o favoritismos y tampoco “se atrae resentimientos al hacer el bien”.<sup>47</sup> Sin embargo, en otro lugar aporta un argumento contrario al imperio de las leyes, a saber: un hombre deliberará mejor sobre las cosas concretas.<sup>48</sup>

Aristóteles concluye esta argumentación –siempre en el libro III de la *Política*– con una afirmación que, por su relevancia, conviene transcribir:

Así, pues, el que defiende el gobierno de la ley, parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y la inteligencia; en cambio el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal; pues tal es el impulso afectivo; y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin apetito.<sup>49</sup>

c) Empero, es en el libro IV de la misma obra es donde aparece una afirmación decisiva que viene a confirmar la tesis. La cuestión del gobierno de la ley se subsume en otra más amplia: la de establecer cuál es el mejor régimen político. Para Aristóteles, es aquel que él designa con el término genérico *politeia* (πολιτεία), tradicionalmente vertido por “república”, que es su homólogo latino. Y la característica principal de ese régimen es que está plenamente sometido a la ley, que es la que realmente gobierna. Más aún, Aristóteles llega a decir que donde la ley no gobierna, no hay república propiamente dicha.<sup>50</sup> “La ley debe estar por encima de todo –sostiene– y los magistrados deben decidir únicamente de los casos particulares”.<sup>51</sup> Y en ese mismo lugar, contrapone la república a las formas de democracia degeneradas que son, precisamente, aquellas en las que el pueblo ejerce un poder arbitrario “no obedeciendo a la ley” y las equipara a la tiranía.<sup>52</sup> El rasgo definitorio de las formas corruptas de democracia es, por tanto, la ausencia del gobierno de la ley.

## Conclusiones.

A esta altura, podemos resumir lo hasta aquí expuesto en unas breves conclusiones:

<sup>41</sup> *Política*, Libro II, 1269 a 10-12; la aporía de la generalidad de las leyes aparece, también, en *Constitución de los atenienses*, I, 9, 2, lo cual demuestra que Aristóteles la tenía bien presente.

<sup>42</sup> *Política*, Libro I, 4, 6, 1254 b 8.

<sup>43</sup> *Política*, Libro III, 1287 a 38-40.

<sup>44</sup> *Política*, Libro III, 1286 a.

<sup>45</sup> *Política*, Libro III, 1286 a 15.

<sup>46</sup> *Ética Nicomaquea*, Libro X, 9, 1180 a 17-22.

<sup>47</sup> *Ibidem*, 1180 a 25.

<sup>48</sup> *Política*, Libro III, *ibidem*.

<sup>49</sup> *Política* Libro III, 1287 a 29-34.

<sup>50</sup> “donde no manda la ley no hay república” (*Política*, Libro IV, 1292 a 31)

<sup>51</sup> *Política*; Libro IV, 1292 a 32-34.

<sup>52</sup> *Política*, Libro IV, 1292 a 15-17.

1) Platón, en el *Político*, y Aristóteles, en la *Política*, son quienes primero se interrogan respecto de este problema –aporía- crucial de la filosofía política y jurídica, a saber: ¿qué es mejor, el gobierno de la ley, general y abstracta, o el gobierno de los hombres, que pueden resolver cada caso concreto que se les presente tomando en consideración sus aspectos singulares?

2) Para los dos más grandes filósofos de la antigüedad, es preferible, en principio, organizar la vida social sobre la base del gobierno de la ley.

3) El argumento principal que justifica la solución elegida radica en que la ley, según la expresión aristotélica, es “razón sin apetito”, es decir, racionalidad objetivada en una regla de conducta que, de suyo, no es susceptible de sufrir los potenciales desvíos pasionales de los que adolecen las decisiones del animal humano. El gobierno de los hombres, en cambio, lleva implícito el riesgo cierto de caer en el *decisionismo* de los jueces, la pluralidad de soluciones frente a casos semejantes bajo la influencia de factores subjetivos, la diversidad de criterios frente a situaciones sustancialmente semejantes y la consecuente violación de la igualdad ante la ley.

4) La racionalidad convertida en ley es, por lo tanto, un remedio y un baluarte contra las arbitrariedades y las sentencias injustas que podrían emanar de la decisión discrecional de hombres investidos del poder de gobernar o de juzgar.

5) Ahora bien, la alternativa de regular la vida social por medio de leyes tampoco está exenta de inconvenientes, pues puede traer aparejado un absolutismo rígido que no contemple los matices de los casos concretos. Sin embargo, esta dificultad encuentra solución a través de la doctrina de la prudencia, que Aristóteles desarrolla en el Libro VI de la *Ética Nicomaquea*. La tensión dialéctica entre la regla general de la ley y el *hic et nunc*, que hemos visto reiteradamente señalada tanto por Platón –en *El Político*– como también por Aristóteles –en *Política*, III–, se plasmará en el discurso deliberativo y en el silogismo prudencial, en el cual la premisa mayor es la ley general y la menor, el caso singular que debe ser regulado. Si bien este tema no se profundizará aquí, interesa dejar aclarado que los argumentos que privilegian la generalidad de la ley no implican, cuando menos en el pensamiento aristotélico, una postura concluyente en contra de la otra alternativa de la contraposición dialéctica propia de esta aporía, tal como se muestra a través de la doctrina de la prudencia.

## **2.- Totalidad y particularidad.**

### Planteo general de la aporía

El Derecho, la justicia y, en general, todos los elementos del mundo jurídico, se presentan en la experiencia como fenómenos singulares y determinados: una conducta singular que calificamos de justa o injusta, legal o ilegal, jurídica o antijurídica; una norma, determinada e identificada en forma precisa, que debe ser aplicada por el juez o que es invocada por el abogado litigante; un poder jurídico o derecho subjetivo que se ejerce frente a otro sujeto a fin de exigirle que pague, que haga algo o que se abstenga de cierta conducta. Cada uno de estos fenómenos jurídicos parece tener una cierta unidad propia y una cierta independencia respecto de los demás y, por tanto, son percibidos inmediatamente como cosas, en principio, *singulares*, es decir: distintas, separadas, autónomas e individuales.

Sin embargo, a poco que se analice con mayor detenimiento y atención cada uno de estos fenómenos es factible advertir que *se insertan como una parte dentro de una totalidad que los condiciona y los determina*. Consiguientemente, esas realidades jurídicas que habían sido percibidas como meramente *singulares* se tornan, ahora, *particulares*, entendiendo por *particular* la característica de aquello que forma parte de una *totalidad* que la incluye. En efecto, la vida jurídica no admite la existencia de fenómenos singulares separados de toda conexión, sino más bien de realidades insertas dentro de un orden mayor –las relaciones sociales, política, económicas– que las comprende. Y lo cierto es que una consideración del fenómeno jurídico que pretenda explicarlo en su integridad no puede prescindir de la inserción de la parte en el todo porque, precisamente, todo aquello que es parte de un todo no puede entenderse acabadamente sin tomar en cuenta esta relación.

Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar esta aporía. Así, el artículo de tal o cual ley forma parte de un conjunto de disposiciones que conforman un cuerpo legal que exige ser tomado en consideración por el intérprete, y aún ese texto legal, a su vez, forma parte

integrante del orden normativo considerando como una cierta totalidad de la cual depende la adecuada comprensión de la norma.<sup>53</sup> Por un lado, se debe tomar en cuenta el texto de la disposición particular; empero, por el otro, no es posible dejar de lado que esa norma forma *parte* integrante de un texto legal más amplio y, aún más, debe tenerse presente que esa norma jurídica particular integra una totalidad compleja que podemos denominar el *orden jurídico normativo* como el conjunto de todas las normas jurídicas vigentes en un territorio determinado, el cual conjunto, a modo de marco, determina cada norma singular. El punto de vista de la totalidad del orden jurídico normativo no puede ser soslayado pues, de hacerlo, seguramente se incurriría en una interpretación incorrecta por parcial o fragmentaria.

El contrato de alquiler celebrado entre Cayo y Ticio parece, en principio, un acontecimiento singular, es decir, un fenómeno jurídico susceptible de ser apreciado en su individualidad y con cierta autonomía. Sin embargo, se inscribe en el marco más amplio de una situación económica global que constituye una circunstancia común a ambos sujetos contratantes y que está presente como contexto general que los contratantes toman en consideración a la hora de pactar las respectivas prestaciones propias del contrato de cambio que celebran. Reiterando lo ya señalado, el contrato de alquiler que había sido percibido como un suceso puramente *singular* se torna ahora *particular*, es decir, un negocio jurídico que se inscribe como *parte* dentro de un *todo* complejo. A punto tal de que la modificación de ese marco socioeconómico asumido como *totalidad conglobante* es susceptible de ser invocada por los sujetos contratantes a fin de adecuar sus prestaciones recíprocas a las nuevas condiciones económicas sobrevinientes, diversas de aquellas que imperaban al momento de la celebración del contrato, y este recurso que asiste a las partes ha sido previsto, desde antiguo, a través de la cláusula *rebus sic stantibus*,<sup>54</sup> que está en el origen de la llamada “teoría de la imprevisión contractual” que había sido incorporada en nuestro derecho positivo a través de la reforma de la ley 17.711 en la segunda parte del art 1198 del Código Civil, el cual ha sido reproducido, sustancialmente, en el art. 1091 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El crédito que tiene Cayo frente a Ticio es sólo una parte de la totalidad de los créditos verificados en el concurso preventivo de éste último, y si lo miramos desde la perspectiva puramente particular, es decir, desde el punto de vista de la parte, a Cayo le asiste un derecho a exigir la satisfacción íntegra y completa de su acreencia, mientras que si se lo considera como parte de una totalidad y privilegiamos el punto de vista de la totalidad, ya no parece razonable pagarle a Cayo el 100% de su crédito pues ello sólo podría hacerse en detrimento de todos los restantes acreedores concursales.

El sujeto titular de un derecho subjetivo de dominio sobre un inmueble posee una serie de facultades jurídicas singulares que le permiten usar, disfrutar y disponer de su propiedad. Empero, además de esos derechos subjetivos que le otorgan potestades activas, está también inserto dentro de una situación jurídica que opera a modo de totalidad compleja y que incluye límites, obligaciones y cargas, a saber: si es un hombre casado, no podrá enajenar su inmueble sin el consentimiento de su cónyuge; si es deudor, no podrá insolventarse en perjuicio de sus acreedores; si es padre, no podrá donar a sus hijos en detrimento de otros; deberá declarar la venta ante las autoridades fiscales en orden a pagar el correspondiente impuesto susceptible de gravar la transferencia, y así sucesivamente.

Estos son algunos de los tantos ejemplos de la tensión problemática entre *particularidad* y *totalidad*. En todos ellos se advierte la aguda tensión entre los dos puntos de vista sobre la justicia: el de la parte y el del todo.

El pensamiento clásico –Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino– privilegió al todo sobre las partes y puso el acento en la totalidad como marco dentro del cual se inserta lo concreto. Por lo tanto, para los mencionados autores la justicia general, legal o total, cuyo objeto inmediato es el bien común –razón por la cual es llamada, también: “justicia del bien

<sup>53</sup> La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha dicho, en forma reiterada, que “las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico” (CSJN, 10/03/1988, “Bagnat, Juan C c/Gobierno Nacional –Est. Mayor. Gral Naval-, Rev. La Ley, 1988-D, 489).

<sup>54</sup> La expresión latina *rebus sic stantibus* puede traducirse como “permaneciendo las cosas como están” y hace referencia a un principio general del derecho en virtud del cual se entiende que las obligaciones contraídas en los contratos han sido pactadas teniendo en cuenta las circunstancias vigentes al momento de su celebración y que, por lo tanto, cualquier alteración sustancial de esas circunstancias puede dar lugar a la modificación de aquellas obligaciones.

común”– es superior a la particular como el todo lo es respecto de la parte y lo fundante respecto de lo fundado; y dentro de la particular, tampoco la división es por partes iguales, pues la distributiva es más alta y fundamental que la conmutativa, por su mayor proximidad al bien común.

Baste aquí indicar un texto de Santo Tomás de Aquino que, de alguna manera, resume esta perspectiva, en referencia a la tensión entre el bien común y los bienes particulares:

La bondad de una parte se aprecia en orden al todo. San Agustín dice que “está viciada la parte que no se adapta al todo”. Siendo, pues el hombre parte de la ciudad, es imposible que un individuo sea bueno si no guarda la debida proporción con el bien común; y el todo no puede ser perfecto si sus partes no son proporcionadas a él. Por eso es imposible que el bien común de la ciudad resplandezca si los ciudadanos, al menos los encargados de gobernar, no son virtuosos. En cuanto a los demás, es suficiente para el bien común de la ciudad que sean virtuosos en aquello que concierne a la obediencia a los superiores. Por eso dice el Filósofo: “una misma es la virtud del soberano y la del hombre bueno, más no la del ciudadano y la del hombre bueno”.<sup>55</sup>

El derecho, en sentido estricto, se forma y se desarrolla en el seno de la sociedad política, nace y se desenvuelve en ella. No puede ser concebido, por lo tanto, sino como algo incorporado a una comunidad, dirigido por la ley y ordenado al bien común. Por lo tanto, el bien común es el fin del derecho y, por ello “ningún título jurídico tiene valor sino por sus relaciones inmediatas o mediatas con el bien común”.<sup>56</sup> Francesco Olgiati, en su famosa obra *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, en línea de fidelidad con toda la tradición clásica, afirma enfáticamente la politicidad del Derecho: “*Bien común y Derecho* no son dos nociones que se puedan escindir; y decir bien común es decir no ya solamente individuos o grupos de personas, o familias, o sociedades menores, sino es decir politicidad: el Derecho “*proprie respicit ordinem ad felicitatem comunem*” (*Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 2)”<sup>57</sup>

Una parte importante del pensamiento moderno postula una concepción de la sociedad, de la comunidad política y del derecho que puede caracterizarse por medio de las siguientes notas: individualismo y pactismo. Así, por ejemplo, Hobbes, Rousseau y Locke, entre otros, privilegian a la parte sobre el todo. Todos estos autores, sin perjuicio de las peculiaridades de sus respectivas teorías, explican el todo social –la comunidad política, la sociedad– a partir de un pacto entre las partes, es decir, como el fruto de un contrato o pacto que no es otra cosa que un entrecruzamiento entre las voluntades de diversos individuos. Por su parte, estas corrientes que podríamos englobar bajo el nombre de *individualismo jurídico y político* privilegian el punto de vista de los derechos de los individuos y reducen la justicia a justicia conmutativa, pero no en el sentido que esta tenía para el pensamiento clásico (la justicia conmutativa de la que habla Santo Tomás o la correctiva, en Aristóteles), sino como *justicia estrictamente contractual*, es decir, la que surge de un acuerdo de voluntades entre dos individuos singulares con abstracción y prescindencia de las consecuencias que tales acuerdos pudieran tener desde la perspectiva de la comunidad en su conjunto.

En la tradición jurídica occidental en general y, en particular, en la de nuestro país, la solución más frecuente a esta aporía consiste en hacer prevalecer el bien del todo sobre el de la parte. Los ejemplos abundan: el crédito del acreedor concursal se paga en moneda de concurso, es decir, reducido a una proporción de los activos disponibles o según la propuesta concordataria que nunca o casi nunca es el pago del 100% del valor del mencionado crédito. El art. 12 del Código Civil y Comercial dice que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”, lo que es tanto como afirmar que los pactos entre las partes no pueden prevalecer sobre las normas que apuntan al bien común o bien del todo. Otro ejemplo: en el derecho público se ha acuñado la teoría de la emergencia en virtud de la cual los derechos individuales pueden ser reglamentados con mayor rigor en épocas de emergencia. Uno de los precedentes jurisprudenciales más relevantes en torno a leyes de emergencia es el fallo “Peralta, Luis Arcenio c/Nación Argentina”, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que era constitucionalmente válido el Decreto 36/90 del Poder Ejecutivo Nacional que disponía que los depósitos a plazo fijo que excediesen de determinada cantidad fuesen abonados con títulos de la deuda pública. Para así decidir, entendió que

<sup>55</sup> *Suma Teológica*, I-II, q. 92, a.1, ad. 3

<sup>56</sup> LACHANCE, Louis, *El concepto de derecho en Aristóteles y en Santo Tomás de Aquino*, pág. 121.

<sup>57</sup> OLGATI, Francesco, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, pág. 229.

existía una “situación de crisis o de necesidad pública” que exigían la adopción de “medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales” y que, ello justificaba “postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos” con vistas a “armonizar los derechos individuales con las conveniencias generales”. En definitiva, la Corte privilegió el punto de vista del bien del todo social por sobre el de la parte.

En la nota al artículo 48 de su Código Civil, Dalmacio Vélez Sarfield afirma: “Las personas jurídicas pueden ser disueltas por la decisión sola de la autoridad pública, *si ellas vienen a comprometer los intereses generales, pues que sólo el interés público, y no intereses individuales, religiosos o industriales, por grandes que sean, es el motivo de la autorización para su creación...*”. Hemos destacado, en letras cursivas, la frase del codificador que pone de manifiesto la prevalencia del interés general, esto es, del todo, respecto del de la parte, en materia de autorización para funcionar a las personas jurídicas, criterio que subsiste aún hoy. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia tiene dicho, desde antiguo, que los derechos de los individuos –es decir, de las partes de la comunidad– tales como: el derecho propiedad, están supeditados en sus alcances y modos de ejercicio, a lo que requiera el orden público y, por lo tanto, que el derecho de propiedad “es inviolable en cuanto su ejercicio no obste al bien común”, es decir, el bien del todo social, puesto que éste es “el fundamento de todo derecho individual, y, por ende, anterior y superior a ellos”.<sup>58</sup>

Sin perjuicio de esta prevalencia del todo sobre la parte, lo mejor y más razonable parecer buscar siempre un balance o equilibrio de modo tal de salvaguardar el bien de la parte porque si se deterioran las partes, forzosamente también se deteriora el todo.

### **3.- Estabilidad y mutabilidad.**

#### Planteo del problema: la estabilidad indispensable para la vida jurídica

La vida humana, y, dentro de ella, la vida social y la vida jurídica, se dan en el tiempo y así la percibimos. La vida social se nos aparece en la experiencia como una sucesión de actos, conductas y relaciones que se presentan en forma de procesos que se suceden en el tiempo. La vida social, entendida como vida convivida, es decir, como un hacer en común con otros con quienes se convive, se caracteriza por ciertos actos de vida humana que se realizan con otros. La sociología contemporánea califica a esos actos con el nombre de *interacción*. Se llama interacción a *la acción que no solo está dirigida al otro sino que presupone como causa, como razón de ser, la esperanza de la respuesta del otro*. Quien actúa lo hace previendo, esperando y, casi diría, buscando la reacción del otro. Por lo tanto, la interacción no solamente es una conducta intersubjetiva, es decir, una conducta que implica la nota de *alteridad*, sino que es interactiva, esto es: la acción que hace uno se hace en función de la respuesta que se espera del otro, y eso implica *reciprocidad*. Por ejemplo: si me encuentro con alguien y lo saludo usando el idioma castellano, socialmente vigente en mi comunidad, espero que me devuelva el saludo hablando el mismo idioma; si envío un mensaje cualquiera por los diversos medios de comunicación antiguos y modernos: carta, mail, mensaje de texto, etc., lo hago con la expectativa de que el destinatario de mi mensaje me responda; si le doy una orden a un subordinado espero que la acate y que ejecute lo que le mandé hacer, si me subo a un transporte público y le pago al chofer el boleto lo hago con la expectativa de que él me lleve adonde quiero ir, porque todas esas conductas son las previsibles y las que, en definitiva, forman parte del objeto motivo de mi conducta o, si se quiere, del fin de mi conducta.

Podemos dar ejemplos de la vida propiamente jurídica para constatar su carácter interactivo: Ticio paga el precio a Cayo a la espera de una respuesta, es decir, previendo recibir de éste la cosa objeto del contrato de compraventa; otro ejemplo: un justiciable invoca una ley frente a un Juez a la espera de que el órgano judicial la aplique y resuelva su caso de conformidad con el modelo normativo invocado, y con la expectativa de que la norma continúe vigente cuando se resuelva la controversia judicial; un ciudadano reclama ante las autoridades constituidas con la expectativa de obtener satisfacción a sus legítimas peticiones y con la legítima esperanza de que las autoridades conserven potestad para resolver su pedido en un futuro próximo; y así sucesivamente

En todos estos casos se puede observar que *la interacción propia de la vida social y jurídica exige un mínimo de previsibilidad* de las conductas ajenas pues nadie dirigiría su

<sup>58</sup> C.S.J.N., 1947, “Castellano, Inocencio y otros c/Quintan, Aurelio y Germán”, *Fallos*: 208:430.

acción a otro con la expectativa de obtener una cierta reacción jurídica si ésta respuesta no fuera previsible. Y esa previsibilidad, a su vez, supone un mínimo de *estabilidad* de los contextos situacionales y normativos, esto es: ciertas recurrencias fundamentales. Las instituciones jurídicas en el derecho implican un orden estable: el dominio, el contrato, las sociedades, son instituciones multiseculares. Dicho de modo resumido: *la alteridad y la interacción propias de la vida jurídica exigen la previsibilidad de las respuestas de los operadores jurídicos y, a su vez, la aludida previsibilidad no es posible sin un mínimo de continuidad y estabilidad de los fenómenos sociales y de las instituciones jurídicas y aún políticas.* “Sin previsión –enseña Lamas–, no puede haber prudencia. Sin prudencia, no puede haber justicia. Y sin justicia parece no haber Derecho para la tradición occidental”.<sup>59</sup>

#### El otro polo de la tensión problemática: la mutabilidad de la vida jurídica

Pero, de otra parte, la vida humana es mudable, porque la vida misma es una cierta mutación; el hombre es biológica y psíquicamente cambiante; el tiempo impacta en su vida; hay cambios de todo tipo que afectan la vida social y jurídica. Hay progreso, hay crisis y hasta hay revoluciones que trastocan todo un orden social, político y jurídico. Cambian las situaciones y las circunstancias y, como éstas determinan las conductas, es menester que el derecho se adecúe a estos cambios. El Derecho no puede mantenerse idéntico e inmutable a través del tiempo sino que debe cambiar con el propósito de adaptarse a las nuevas circunstancias y a las nuevas necesidades de la vida social que está en perpetuo movimiento. Todo ello es consecuencia de la historicidad del Derecho, la que, a su vez, deriva de la historicidad del hombre. Si el Derecho no cambiara, se produciría un inevitable desajuste respecto de la realidad social; se tornaría injusto; vale decir, no-Derecho.

Por lo tanto, se constata la tensión problemática entre dos exigencias de signo opuesto que son, ambas, atendibles y justificadas, a saber: la necesidad de cierta *estabilidad* de las instituciones jurídicas, de una parte y, de la otra, la inevitable exigencia de *modificación y cambio* de esas mismas instituciones a fin de adaptarse a la mutabilidad propia de la vida humana, social y política. El problema consiste en discernir y elegir entre aquello que se conserva y aquello que se modifica en todo fenómeno práctico y, más aún, social.

Las soluciones unilaterales no son correctas, pues implican reducir o eliminar uno de los dos términos de la aporía para privilegiar el otro. El racionalismo, por ejemplo, enfatiza los aspectos abstractos y a-históricos del Derecho, supuestamente permanentes e inmutables, pretendiendo imponer soluciones jurídicas abstractas y sedicentemente definitivas a circunstancias tal vez novedosas, lo cual conduce a un inevitable desajuste respecto de la realidad social. En efecto, esta corriente jurídica considera al conjunto de las leyes –de suyo generales y abstractas–, en cuanto emanación de una presunta voluntad racional, como un sistema de normas jurídicas completo y coherente, construido *a priori*, es decir, pensado en forma previa a su aplicación y con prescindencia de toda consideración sociológica, moral o económica. Así, los códigos del siglo XIX fueron pensados y elaborados con puras nociones abstractas, presuntamente inmutables, con la pretensión de que el código pudiera contener todas las soluciones posibles para la vida social y jurídica. Por eso, el racionalismo jurídico relega al Juez a un rol secundario y maquinal: es caracterizado como un ser inanimado que aplica mecánicamente la ley general. A fines del siglo XIX, el jurista francés François Geny asestó una crítica demoledora a esta concepción jurídica, con la publicación de su obra fundamental, que lleva por título *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, en donde crítica, atinadamente, esta teoría, por su incapacidad de acomodarse a las exigencias cambiantes de la vida social.<sup>60</sup> El siglo XX demostró que esta concepción es errónea pues las normas, supuestamente inmutables, terminan por resultar inadecuadas frente a los cambios sociales, tecnológicos y económicos, cada vez más acelerados.

Una posición diametralmente opuesta es la que propone la llamada *Escuela histórica*, fundada en Alemania por obra del gran jurista Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861), con un substrato filosófico de romanticismo irracionalista, pues plantea la radical mutabilidad del Derecho. En su obra *De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia* (Heidelberg, 1814), Savigny plantea una fuerte oposición contra el dogmatismo racionalista propio de la Ilustración. Para la *Escuela histórica*, el fenómeno jurídico es un producto de las circunstancias históricas, que, en cuanto tal, depende de los

<sup>59</sup> LAMAS, F.A., *La experiencia jurídica*, op. cit., pág. 417.

<sup>60</sup> GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, citado por BADENES, *Metodología del derecho*, Barcelona, 1959, pág. 95.

hechos y surge espontáneamente –y no racional y reflexivamente, como querían los racionalistas– como expresión de un “espíritu popular” o “espíritu nacional” –*Volkgeist*– que es la fuente de todo lo que constituye la cultura de ese pueblo, cultura que abarca el lenguaje, el arte y también el derecho. Cada comunidad elabora su propio derecho, que se manifiesta a través de las costumbres, que traducen, mejor que las leyes, sus exigencias y sus aspiraciones profundas, y que son no sólo particulares y propias de cada pueblo, sino también cambiantes y mutables de acuerdo con el devenir histórico-social.

El pensamiento clásico, en antítesis de ambos, mantiene el equilibrio entre los dos términos y rechaza toda solución unilateral. Santo Tomás de Aquino se pregunta, en *Suma Teológica*, q. 97, artículo 1, “si la ley humana ha de modificarse de alguna manera”. Y responde, que la ley humana puede ser válidamente modificada por dos tipos de razones: primero, por el avance o descubrimiento de las exigencias de la justicia “porque es natural a la inteligencia avanzar gradualmente de lo imperfecto a lo perfecto” y, por ello, en los asuntos prácticos “los primeros que se esforzaron en descubrir algo útil para la comunidad de los hombres no pudiendo por sí mismos abarcar todas las cosas, crearon instituciones muy imperfectas y deficientes en muchos puntos; estas instituciones fueron modificadas por los sucesores al fundar otras que resultaron menos deficientes para la utilidad común”. Y, en segundo lugar, la ley humana puede también cambiar por las modificaciones de las circunstancias históricas y sociales ya que si “cambian las condiciones los hombres” cuyas acciones son reguladas por las leyes, pueden ser también cambiadas las leyes.<sup>61</sup> Veamos un ejemplo: la expectativa de vida en el siglo XIX era de 35 a 40 años; mientras que actualmente en el siglo XXI, va camino a ser de 75 a 80 años; en consecuencia, las normas que regulan la edad jubilatoria y toda la problemática de la población adulta, deberán adecuarse a ello.

Sin embargo, es menester comparar los beneficios que se prevén obtener con el cambio de la ley con los inconvenientes que trae aparejada su modificación, de modo que los beneficios deben ser mayores que los que se desprenden de dejar las cosas tal como están, y ello tomando como criterio de evaluación el bien común. El mero cambio de una ley es, en principio, perjudicial, porque impide que la ley arraigue en costumbres, haciéndose más fácil y previsible su cumplimiento. De tal manera, el bien que se pretende obtener con su modificación deber ser mayor que este mal o daño contra la seguridad, la certeza y la estabilidad del orden jurídico. Por eso, dice Santo Tomás:

De ahí que no deba modificarse la ley humana sino cuando se favorezca el bien común por una parte lo que por otra se le perjudica. Esto acontece siempre que del nuevo decreto se saca un provecho muy grande y notorio o en caso de extrema necesidad, cuando la ley vigente por largo tiempo entraña una injusticia manifiesta y su cumplimiento es sumamente nocivo. Por eso dice el Jurisconsulto que, “tratándose de establecer nuevas normas, su utilidad debe ser evidente, para que sea justificado el abandono de aquello que por largo tiempo ha sido considerado como equitativo” (*Digesto*, L.I, tit. 4, leg. 2, *in rebus novis*).<sup>62</sup>

Esta es la tesis clásica y es de valor universal, es decir, es de aplicación a toda situación de cambio social, jurídico o aún político.

#### **4.- Normalidad y excepción.**

Una cuestión de antigua data en el mundo del derecho, que se vincula con el tema de la generalidad de la ley, es la tensión, históricamente inestable, entre *normalidad jurídica* y *excepción*. Lo normal, entendido en el sentido de lo que suele acontecer, lo que comúnmente ocurre, es un factor esencial para el pensamiento legal. La ley, en tanto modelo de conducta expresado en términos generales con pretensión de regular una pluralidad de situaciones y conductas, la mayor parte de ellas futuras, se ve forzada a tomar en cuenta “lo normal”, es decir, lo que suele acontecer según el curso natural y ordinario de la vida, lo que comúnmente ocurre. Y en todo el capítulo de la prueba, la legislación y la jurisprudencia encuentran en el concepto de normalidad un *topos*<sup>63</sup> necesario para el razonamiento. Así, por ejemplo, la doctrina de las llamadas *presunciones hominis* toma en

<sup>61</sup> Cfr. *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 1, *respondeo*.

<sup>62</sup> *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a 2

<sup>63</sup> Se utiliza aquí la palabra *topos* en el sentido de “lugar de la argumentación”, es decir, premisa comúnmente aceptada de la que se sirven los operadores jurídicos para comenzar a argumentar; contenido conceptual “desde donde” –de allí el nombre de lugar– argumentar, en el razonamiento dialéctico propio del Derecho en general.

cuenta lo que normalmente ocurre para inferir hechos a partir de ello.<sup>64</sup> En materia de responsabilidad, el Código Civil argentino se refiere tanto al “curso natural y ordinario de las cosas” cuanto a lo que “acostumbra suceder” a fin de juzgar las consecuencias inmediatas de un hecho.<sup>65</sup>

Ahora bien, por otra parte, constituye un dato de evidencia empírica cotidiana que hay muchos casos que se encuentran fuera del curso ordinario de las cosas previsto por el legislador. Hay hechos, conductas o circunstancias que salen de la normalidad jurídico-normativa. *Es el campo de la excepción*: lo que acontece la menor parte de las veces, lo que es anormal, o al menos raro, lo no previsto por la generalidad de la ley, que, sin embargo, no se opone a los fines de esta, y, por lo tanto, es en principio subsumible bajo los términos de la norma. La raíz de ello puede ser que el legislador no pudo preverlo, por defectos de su conocimiento. Yendo a las causas más fundamentales, la existencia de hechos y conductas que escapan a la normalidad tiene su origen en la contingencia del mundo humano. El ámbito de lo humano no es el ámbito de regularidades ineluctables y necesarias porque la naturaleza humana individual, sujeta a las condiciones materiales de existencia, es de suyo mutable. Por otra parte, debe tenerse especialmente presente la contingencia que introduce la libertad de elección propia del hombre.

¿Cuál es la solución en estos casos excepcionales? ¿Hay que admitir, como sostienen muchos, que la excepción debe sucumbir siempre ante lo que se entiende por “normal”? ¿Qué valor tienen los aforismos –retóricos– “*dura lex sed lex*”, “*summum ius, summa iniuria*”, etc.? ¿Lo que quedó fuera de la previsión legal, debe por ello, mismo quedar fuera del Derecho?

Finalmente, la aporía de *normalidad y excepción* pone de manifiesto la dificultad que resulta del pensamiento y la metodología típica que es propia del Derecho. El problema surge de la compleja estructura de la norma general y los tipos con los que necesariamente se construye y de su articulación con la prudencia de quien debe cumplirla o hacerla cumplir; en otras palabras, de dos modos de pensamiento prudencial. La cuestión surge del hecho de que las normas se establecen como reglas (o modelos imperativos) de conducta para lo futuro. Para ello, es necesario prever la probabilidad de una conducta o situación con relación a un estado de cosas que no está dado sino que se prevé que ha de producirse en el futuro. Estado de cosas y modelos que no pueden preverse en sus detalles singulares, ni en sus componentes particulares, sino solo en una forma esquemática y general, que se imagina o estima posible o previsible de acuerdo a la experiencia, y que se significan mediante un *tipo*, que es precisamente un esquema. La norma expresa y presupone en general una cierta potencialidad del fenómeno jurídico, fundada en ciertas recurrencias que aparecen empíricamente como lo usual, o como el curso natural de un estado de cosas. Pero cuando esa presuposición y potencialidad se manifiestan como falsas ante un fenómeno singular imprevisible y excepcional (en tanto fuera de dicho curso natural) puede ocurrir que la ordenación misma a los fines legales resulte falsa y, por lo tanto, injusta. El problema, en este caso, es el mismo tipo previsto y su ineficacia respecto de los bienes jurídicos a alcanzar.

Las corrientes que niegan la admisibilidad de la excepción en el Derecho fundan esa posición en razones de seguridad. Valga como ejemplo el caso de David Hume. Sostiene que es beneficioso y necesario el más alto grado de cumplimiento de “las reglas generales e inflexibles, necesarias para mantener la paz general y el orden de la sociedad.” Las leyes “son generales y consideran sólo alguna circunstancia esencial del caso, sin tomar en consideración los caracteres, situaciones y conexiones de la persona afectada, o cualesquiera consecuencias particulares que puedan resultar de la determinación de estas leyes en un caso particular”.<sup>66</sup> Lo que interesa, pues, para determinar la validez de una norma, es el resultado general de ella, que coincide con el sostén de la sociedad, Las durezas particulares de su aplicación son inevitables.

---

<sup>64</sup> Por ejemplo, el Juez penal razona que la posesión de la cosa robada por parte de una persona –hecho comprobado en el proceso– lleva a presumir, en principio y sobre la base de que esto es lo que normalmente acontece, que esa persona fue el autor del ilícito –hecho no probado, que se quiere demostrar–.

<sup>65</sup> Código Civil, art. 901: “Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código “consecuencias inmediatas”.

<sup>66</sup> HUME, DAVID, *An enquiry concerning the principles of morals*, Apéndice III, págs. 306-307.

Lamas en la *Experiencia Jurídica* sostiene que la doctrina aristotélica de la *epiqueya* es la respuesta adecuada a este problema<sup>67</sup>. La equidad es —en sentido estricto— la rectificación de la ley cuando ésta, en razón de su generalidad, daría lugar a la comisión de una injusticia en un caso que, por excepcional, escapa a la intención regulativa del legislador y, por lo tanto, al espíritu de la norma y al sentido de su finalidad. Aristóteles contrapone el juicio equitativo al juicio legal, con lo cual presupone que la norma, en los términos en que está formulada, alcanza, por subsunción, el caso a resolver; y eso excluye la posibilidad de la laguna. Lo que ocurre es que lo alcanza mal. Y de ahí que el hombre equitativo, aunque tenga la ley de su parte, debe saber ceder, cuando comprende que está ante un caso excepcional<sup>68</sup>. En la Unidad V volverá a tratarse la doctrina de la equidad con mayor profundidad.

### **5. Recapitulación y conclusión.**

El examen pormenorizado de la experiencia jurídica permite detectar, en ella, ciertas tensiones o problemas que, junto con Félix A. Lamas, hemos denominado las *aporías empíricas* del Derecho. Luego de haber catalogado y expuesto, sucintamente, cada uno de ellas, puede concluirse en que el Derecho se aparece, en cuanto fenómeno, en la concreción de la experiencia, como una realidad problemática y compleja.

Las aporías empíricas del Derecho son problemas graves que el Derecho, en su realidad primaria, pone de manifiesto ante cualquier observador suficientemente avezado y que — todos ellos, en mayor o menor medida— constituyen expresión o manifestación de un problema más hondo y radical, a saber: el de la concreción del derecho. Las aporías empíricas del derecho son *la expresión problemática de la concreción del derecho*. En efecto, todas estas tensiones deben reconducirse a los grandes problemas de una teoría del Derecho y, en particular, al problema que gira en torno a la dialéctica abstracto-concreto. No es este el momento ni el lugar para abordar este asunto; baste señalar que es una de los problemas centrales de una teoría del Derecho.

Buenos Aires, marzo de 2018.

---

<sup>67</sup> ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Libro V, Cap. 10.

<sup>68</sup> *Ét. Nic.*, L.IV, cap. 10, 1138 a.