

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PRESUPUESTOS ÉTICOS DEL DERECHO(*) (691)

EDUARDO A. ZANNONI

SUMARIO

- I. El requerimiento axiológico
- II. Contingencia inmanente de las instituciones jurídicas
- III. El nivel óntico y el fundamento ontológico de la ética social
- IV. El fundamento racional de la ética moderna. La libertad
- V. El derecho como realizador de la idea de libertad
- VI. La ideología de la libertad. Su crisis
- VII. El proyecto axiológico
- VIII. El drama de siempre. La lucha por la justicia

I. EL REQUERIMIENTO AXIOLÓGICO

Si de algún modo quisiera sintetizarse la preocupación principal del auténtico jurista de nuestro tiempo, habría de decirse que ella se centra en deslindar la pura legalidad de la legitimidad. Ambos términos - legalidad y legitimidad - ocupan la temática iusfilosófica moderna, pero se contraponen, o se requieren mutuamente más bien, a la hora de explicar el contenido axiológico del sistema jurídico visto como totalidad. Que el derecho es legalidad no puede ser puesto en duda. Pero este es - "es legalidad" - no expresa su fundamento material. Decía Cesarini - Sforza que el concepto de legalidad expresa la condición de las acciones humanas en cuanto ordenadas mediante un sistema de imperativos. Ese sistema de imperativos es el de las normas jurídicas generales, escritas como la ley, o consuetudinarias, e incluso individuales o particulares, como la sentencia judicial o el contrato.

Sí. El derecho es un sistema normativo con todas las connotaciones que evoca la teoría de las normas: el sistema de legalidad. Sin embargo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando se supera el monismo normativista formal al estilo de Kelsen, se inquiere inevitablemente por los contenidos. Todo sistema legal y cada una de sus partes está determinado por relaciones de poder político que lo erigen en instrumento de control social. ¿Cuál es la legitimidad de esas relaciones de poder? ¿Pueden afianzarse sólo con el sustento de la legalidad?

La ciencia política no hesita en reconocer las relaciones de poder político como aquellas que, determinadas por cierta fuerza social, "logran imponer - al decir de Natale - comportamientos humanos en las direcciones que fija quien efectivamente la ejerce". Y si, como decía Burdeau, "gobernar es legislar", pronto nos apercebimos que una de las formas de efectivizar, consolidar, las relaciones de poder es mediante la ordenación normativa de los comportamientos humanos que interesan esas relaciones.

Por eso, aunque desde una perspectiva puramente formal, la política pudiera reducirse a la lucha por el poder, como dice Loewenstein, las relaciones de poder vienen determinadas por fuerzas que tienden a justificarse. De allí que cuando se afirma que el orden jurídico es instrumento de control social, inmediatamente es preciso justificarlo. La tiranía y la democracia, el liberalismo y el socialismo, los genocidios y las ejecuciones han sido respaldados más o menos convenientemente por leyes que han aplicado, más o menos convincentemente, los jueces. Pero esas leyes y esas sentencias han debido justificarse, de un modo u otro.

La justificación, en el marco de la realidad, suele acudir a pautas ideológicas (por ende, metajurídicas) que, sin embargo, mediatizan profundamente los elementos de toda la ética social imperante. La ideología es el conjunto de ideas que, en forma de dogmas o axiomas logran trascender en una sociedad como exigencias de la razón, aunque en realidad sirven para justificar, en todo tiempo, las relaciones de poder. Nadie mejor que el iusfilósofo alemán Heinrich Henkel para caracterizar el proceso dinámico de las ideologías(1)(692).

Es importante acotar aquí, de paso, que la importante corriente de investigación sociológica denominada estructural - funcionalista de filiación básica anglo - norteamericana - Malinowsky, Radcliffe Brown, Merton, Johnson - , tiende a mostrar de qué modo las concretas estructuras sociales se incorporan a la personalidad de los miembros de toda sociedad. Advierte, con razón, que la estructura del sistema social proporciona - autogenera de algún modo - procesos o mecanismos de socialización, mediante los cuales las pautas normativas institucionales del sistema logran ser incorporadas a las personalidades de sus miembros. Una de las funciones es, precisamente, el mantenimiento de las pautas que, como dicen Gerth y Wright Mills, dan razón de la necesidad del control social. Los correspondientes mecanismos de control institucional garantizan la subsistencia de las expectativas que internalizan los sujetos y de sus comportamientos a través de los grupos que integran.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sería ingenuo creer que no fue siempre así. El sistema social implica un complejo de creencias, compartidas y vividas por gran parte de la sociedad que es estructuralmente coherente en razón del ethos mismo de la comunidad: su propio modo de morar en el mundo. Es cierto que, aun así, el ethos, la cultura si se prefiere, pueden ser relativizados en su constante dinamismo, y el mantenimiento de ciertas pautas ser sostenido incluso mediante las relaciones de poder que tienden a ideologizarlos. Pero, como anticipábamos, aun el poder requiere justificarse y, entonces, su confrontación con la estructura coherente del ethos social será permanente. Aquél deberá adecuarse a éste y aceptar, como muchas veces ocurre, que "algo debe cambiar para que nada cambie", o perdido el sustento de justificaciones, transformarse para garantizar eficazmente el control social.

Lo expuesto, como primer paso, viene a poner en cuestión el problema de la justificación del poder, y de las relaciones consecuentes. Jurídicamente esa justificación no se logra por pura referencia a la legalidad, sino por la autoridad real que la ley ejerce sobre el sistema social como totalidad.

No es concebible que un orden jurídico, en su conjunto, sea eficaz si no obtiene justificación de sus contenidos en el ámbito social. Plantear la hipótesis de que su fundamento último es la fuerza, la coacción como tal, implica desconocer que la fuerza y la coacción aunque pudiesen lograr - y de hecho lo han logrado en la historia - mediante procedimientos legislativos formales la sanción de normas también formalmente válidas, no pueden por sí mismas garantizar su eficacia en el ámbito de su aplicación.

El propio Kelsen se enfrenta con esta ultima ratio que, en definitiva, viene a constituir el momento culminante en que el ser y el deber ser, en tanto categorías racionales, quedan mutuamente implicados. Aunque la validez (formal) de toda norma es referible, lógicamente, a una norma de orden superior que determina el órgano competente para dictarla y el procedimiento (también formal) para su dictado, sin atender a su eventual eficacia o ineficacia, lo cierto es que el propio Kelsen no logra explicar el fundamento de validez del ordenamiento jurídico como totalidad normativa sino refiriendo ese fundamento a la eficacia del orden.

El derecho aspira, pues, no sólo a mostrar las formas en que se produce sino a justificarse a sí mismo, como orden social. Cuando la justificación se pretende respecto del orden, como tal, y se alude a sus principios fundamentales, la referencia es básicamente política. Así, las justificaciones de la democracia, de la propiedad privada, de las garantías individuales, etc., son esencialmente políticas y, por eso, integran jerárquicamente la constitución jurídica del orden. Toda constitución encierra, en síntesis, la justificación política del orden jurídico.

Sin embargo, la constitución jurídica del orden normativo y su justificación política no reflejan sino una realidad cultural, previa o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concomitante, emergente de la convivencia social misma.

El planteo, obviamente, nos vincula a la distinción entre la dominación y la autoridad que esbozara Weber, conducente al tema de la legitimidad del poder. El derecho, el orden jurídico, es un medio de control social, cuya legitimidad toma como punto de referencia inmediato a la ley (legalidad), pero que mediatamente constituye un factor orientador de la acción social en tanto en cuanto sus destinatarios le atribuyan sentido. Tan sentido, en la nomenclatura Weberiana, no es sino "el tipo ideal de una conducta en la medida que opera como factor internalizado de una acción social".

Este punto de partida reubica al derecho como ciencia práctica y no como objeto de puras especulaciones dogmáticas, aun cuando estas últimas resulten necesarias al jurista para explicar institucionalmente la realidad jurídica. Y sólo desde ese punto de partida puede intentarse, también, una adecuada dilucidación del problema axiológico jurídico.

II. CONTINGENCIA INMANENTE DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Lo que acabamos de afirmar habrá de ser compartido por quienes creen, de verdad, que el derecho integra el catálogo de las ciencias de la cultura. Un iusnaturalista racional decimonónico lo hubiese negado al sostener que las instituciones jurídicas hallan su fundamento último en exigencias que la razón descubre. También lo negaría un conceptualista que no discierne entre la dogmática como modo de organizar conceptualmente los datos de la realidad - que se erige, para el jurista, en realidad jurídica - y el fundamento de las relaciones que provoca una determinada realidad social que el derecho regula.

Para ilustrarlo, recordamos un ejemplo ya expuesto por nosotros con anterioridad(2)(693), demostrativo cómo las instituciones jurídicas constituyen, a la postre, un dato contingente en una visión historicista y evolutiva. El ejemplo es relativo al fundamento de la sucesión hereditaria. Decía Spengler, en su inmortal *Decadencia de Occidente* que el fenómeno de la sucesión hereditaria es un epifenómeno de lo que él denomina voluntad hereditaria, como uno de los rasgos más íntimos de toda vida dirigida que se afirma con energía natural animando un verdadero "espíritu de séquito" que ve garantizada y simbólicamente representada la duración propia en la duración de la sangre directora.

Si se parte de la desmembración del imperio romano de Occidente que, a partir del siglo VI, sirve de escenario a la formación de los reinos romano - germánicos, advertimos cómo la sucesión hereditaria aparece como una tendencia del orden cristiano feudal a fijar las relaciones socioeconómicas creadas por la conquista, que, como dice el historiador José Luis Romero, estuvieron fundadas durante la primera etapa en las urgentes necesidades de la defensa y de la seguridad, y quedaron establecidas, luego, por la fijación del status de la clase aristocrática que detentaba, a despecho de la monarquía, el poder político y el económico.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se asistirá así a un conflicto agudizado a través de los siglos. A la concepción tradicional de la conquista como título suficiente de la posesión - recogida en la leyenda heroica como manifestación de la razón última que fundamentaba la situación social vigente - se opondrá poco a poco, una tendencia "conservadora", orientada a consolidar los privilegios y a perfeccionarlos. Originariamente la posesión de la tierra se había vinculado con el ejercicio de las armas: se luchaba para conquistarla y se la conseguía si se triunfaba en la lucha. Quien quería servicio fiel y eficaz debía ofrecer a quienes se alineaban a su lado, posesiones que fuesen dignas de ellos. La tierra conquistada constituyó entonces un señorío, una nueva unidad política, económica y social cuya organización y funcionamiento arrancaba del hecho primario de la conquista y del derecho a la guerra.

Poco a poco, y como consecuencia del enfrentamiento entre la aristocracia y la monarquía, fue admitiéndose, sin embargo, que la nobleza entrañaba de algún modo la riqueza, en parte porque le era debida a causa de su servicio personal, y en parte porque la propia aristocracia y la Iglesia - también lo recuerda Romero - coincidieron en señalar que era preferible que la riqueza estuviese en manos de los poderosos para lograr paz y estabilidad. Es así como ya en el año 877 Carlos el Calvo admitió el derecho de la aristocracia para asegurar la herencia, como lo demuestra la Capitulación de Quierzy - sur Oise. Este derecho fue afirmándose reiteradamente mediante la aplicación de un criterio que contradecía abiertamente los principios que había originado y fortalecido el régimen vasallático y beneficiario. En este contexto, en plena sociedad feudal, se acudió a los mayorazgos, vinculaciones, etc., y finalmente se asistió también a la justificación del linaje y las prerrogativas de sangre o de familia, ante el orden político y económico cristiano - feudal.

Cuando el esquema de la sociedad feudal comienza a sentir el impacto de la mentalidad feudoburguesa, el mundo asentado en el orden tradicional romano - germánico asistirá a una de las revoluciones más significativas. La ciudad - el burg - acogerá a un nuevo hombre, "una nueva voluntad por dominar la naturaleza", dice Scheller. Es el burgués (el hombre del burg, de la ciudad), comerciante, mercader, prestamista, que concluirá siendo, a la postre, el sostén de la propia aristocracia terrateniente y militar. No será un hombre vinculado a la tierra, ni participe de las expectativas feudales ni beneficiario de los mayorazgos y títulos nobiliarios. No tiene ejércitos ni vasallos. Sólo el poder del dinero. Una nueva sociedad nace, en que la nobleza es sustituida por la burguesía. Y ésta también pugnará por perpetuar su status político y económico. No lo será a través del linaje, mayorazgos o vinculaciones propios de la aristocracia, sino justificando una sólida fortuna personal o un vigoroso poder político tan bien asentados como para que quien los hubiera consolidado pudiera transmitirlos a sus hijos. Para ello requerirá el ideario de la igualdad y de la libertad, auténticas conquistas sobre una sociedad basada en los privilegios vinculados a la tierra y a la nobleza de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sangre, sustituyéndolo por la dignificación del individuo.

Este sencillo ejemplo demuestra la importancia que tiene, para las ciencias de la cultura, el descubrir las determinantes históricas de las instituciones sociales. Y, además, reconocer que los principios que se constatan y se explican en una época histórica no son, de ningún modo inmutables, eternos o metafísicos. Que ideológicamente se los pretenda inmutables es inevitable porque, de ese modo, no exigen más demostración que la existencia del axioma ideológico. No se trata de cuestionar, por eso, la ideología. Se trata de saber qué es ideología.

El jurista, entonces, no puede caer en la ingenuidad de creer que la realidad que conceptualmente organiza y sistematiza mediante la dogmática es inmutable o metafísica. En su misión de jurista, el ethos, ese específico modo de ser que recibe también el influjo de los axiomas ideológicos, se le impone, se le muestra. Podrá, acaso, cuestionarlos. Pero si lo hace es porque desde el contexto cultural se asiste ya a la crisis, más o menos visible, de los axiomas ideológicos.

Cuando ese mismo jurista se lanza a la ardua labor de caracterizar el sistema axiológico de lo jurídico, debe aceptar que los valores se dan en el contexto en que piensa y razona. No puede desvincular ese sistema de la realidad cultural, porque el derecho es parte de esa realidad. El orden, la seguridad o la justicia son exigencias de siempre, pero cierto orden, cierta seguridad o cierta justicia, sólo son posibles a partir de un, también, cierto contexto ético - social.

III. EL NIVEL ÓNTICO Y EL FUNDAMENTO ONTOLÓGICO DE LA ÉTICA SOCIAL

La realidad cultural a la que aludimos es sin duda un punto de partida si se trata de reconocer los valores que el derecho tiende a realizar. Pero entonces insertamos esos valores en el contexto, más amplio, de la ética social que se muestra como el conjunto de exigencias del comportamiento humano en tanto socialmente valorable.

Es claro que estas exigencias de conducta se muestran a un nivel óntico como experiencia. Los valores son vividos y sentidos en una época y en un lugar dado y así se los justifica. Esta experiencia valorativa no es indiferente, pues de ella se infieren las intuiciones estimativas que proporcionan su onticidad. Se parte, pues, del conocimiento de las pautas que, en concreto, sustentan decisiones valorativas típicas y, como consecuencia, actividades valorativas. Es así que ónticamente los valores se "objetivan" socialmente en razón de una cierta coincidencia de decisiones valorativas típicas y de la actividad valorativa consiguiente de la colectividad, de modo que, así, aquéllos se presentan como valores objetivos supraindividuales.

Sin embargo, no ha de considerarse que en esa objetivación se agota el ser de los valores, pues aun es dable descender al fundamento ontológico, auténtico presupuesto de toda actividad valorativa. Sobre esto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nos ocuparemos en el próximo párrafo.

Esta toma de posición ante el problema axiológico en general, nos permite asumir el emplazamiento crítico ante las dos tendencias radicales: el objetivismo y el subjetivismo valorativos. La primera, que podría catalogarse como la teoría material de los valores, sienta la tesis de que es posible el conocimiento, con validez general, de un orden de valores abstractos. Tal es la ética de Nicolai Hartmann y Max Scheller. Según ellos los valores tienen un ser en sí mismos, y se ordenan apriorísticamente en forma inmutable. El ser de los valores, entonces, trascendería en absolutos, independientes de que sean conocidos o no, aceptados o no, practicados o no. En las antípodas, el subjetivismo valorativo o relativismo - si no nihilismo en casos extremos - parte de considerar que toda valoración y todo juicio de valor se forman a partir de vivencias del sujeto reveladas en forma de sentimientos subjetivos. Como se ha dicho, el modo de ser de todo valor quedaría absorbido en la producción de un contenido subjetivo de sentimiento.

Ni una ni otra posición frente al problema de los valores es correcta. Se nos ocurre pensar que el absolutismo objetivista al sostener que existen valores en sí mismos, desvincula a ellos del momento valorativo y su actividad, que nunca es abstracta sino referida al objeto susceptible de valor. Inversamente, el valor no es un puro producto de la conciencia valorativa - tesis subjetivista - puesto que al sujeto que valora se le imponen ópticamente ciertos modelos de vigencia fáctica que provocan aquellas denominadas decisiones valorativas típicas. En suma el juicio de valor, y el orden social de valores, constituye la síntesis de un proceso dialéctico: la actividad valorativa, propia del hombre, es como tal un acto o conjunto de actos que se realizan subjetivamente - valor para alguien, valioso para la sociedad - pero que por un fenómeno de intuición eidética o esencial - como le llamaría Husserl - conducen a concepciones valorativas dominantes que permiten reconocer un orden social de valores, de algún modo objetivos, que la actividad valorativa confronta al emitir un juicio de valor. Ese es el momento óptico, cognoscible, del sistema de valores, en permanente tensión entre su momento subjetivo y su referencia a los modelos que son supraindividuales y, por ello, colectivos.

Esta tensión reconoce en el orden social de valores una realidad inmanente y cambiante. No se trata, como cree Hartmann, de una "visión valorativa variable", o de variaciones de la conciencia humana valorativa. Una posición tal, menosprecia, en último término, la actividad valorativa que aporta desde sí el contenido del juicio de valor. Menosprecia la riquísima vivencia existencial de ese juicio, que si bien refleja modelos de vigencia fáctica, objetivos, hace al hombre protagonista de su mundo axiológico. Ningún orden social de valores se muestra en absolutos, en categorías o abstracciones. Nada de eso. Los valores están en permanente dinamismo: conflictuados sus contenidos, histórica y socialmente. Ese conflicto, conducente a verdaderas mutaciones históricas del orden social de valores, es el resultado de la actividad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

valorativa, mediatizada por las condiciones sociales en que se da el acto de valoración, trascendente a los modelos fácticos que sustentan, en forma cambiante, nuevas decisiones valorativas típicas. Sin embargo - y a esto vamos de inmediato - el orden social de valores no se agota en un espontaneísmo: es un orden condicionado más allá de lo óntico.

IV. EL FUNDAMENTO RACIONAL DE LA ÉTICA MODERNA. LA LIBERTAD

La ética social, en sentido amplio, interesa todos los ámbitos del comportamiento humano. Sus contenidos se presentan en una riquísima gama de manifestaciones de la conducta, no fácilmente escindibles. Es imposible compartimentar o querer aislar, en algo así como en un estado químicamente puro, cada ámbito social del comportamiento. El único modo de comprender globalmente, como totalidad, el sistema de la ética social es refiriéndola a la estructura de las relaciones humanas a partir de las situaciones subyacentes, básicas, que las hacen inteligibles.

Un planteo de tipo estructuralista intenta poner al descubierto la coherencia racional del sistema totalizante de la ética en nuestro caso. Es imprescindible, antes de intentar cualquier tipo de reformulaciones o análisis críticos - si es que ellos son posibles - echar mano al instrumental que permite mostrar, profundamente, las relaciones interdependientes que existen entre los diversos ámbitos en que se da, como factum, como hecho, la actividad valorativa. Porque, ya hemos dicho, existe un momento óntico, cognoscible, del sistema de valores a través de modelos de vigencia fáctica, supraindividuales, colectivos. Sin embargo, más profundamente, subyacen ciertos condicionamientos, previos, cuya dinámica es virtualmente inconsciente. En dos palabras, el ethos social sobre el cual la sociedad construye su sistema ético. Y es, precisamente en este punto, sumergidos en aguas profundas, que descubrimos, como señala Mesa Mengíbar, que es imposible separar derecho e ideologías.

¿Es posible sintetizar en algún punto el proceso inductivo que parte de la realidad, de lo óntico, con un planteo deductivo que haga inteligible su sistematización? ¿No existe una incompatibilidad? Hernández Gil, lo sintetiza así: "Las relaciones - dice - se desenvuelven en la esfera de los acontecimientos y se consolidan en instituciones. Más profundamente, subyacentes, se encuentran las estructuras configuradas como sistemas pese a su existencia inconsciente. Utilizando la palabra estructura en su significado genérico, lo que ésta es para el estructuralismo constituye mas bien una infraestructura". En otras palabras, las relaciones sociales son la materia prima empleada para la construcción de los modelos que ponen de manifiesto la estructura social misma. El modelo viene pues, a dotar de inteligibilidad a la estructura que presenta un carácter de sistema.

Pues bien ¿es posible descubrir el sistema de la ética social? ¿Es posible inteligir la estructura subyacente que da coherencia las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relaciones estructuradas, en particular, en lo atinente a la ética jurídica?
¿Existe, en suma, un modelo estructural de la ética?

Creemos que la respuesta a estos interrogantes es fundamental. De contentarnos con los modelos de vigencia fáctica, con su relativismo y fenomenismo, podremos describir en un momento histórico dado, el contenido, más o menos variable, de los imperativos éticos. Pero no podremos descender hasta la infraestructura del sistema ético, al auténtico fundamento ontológico de lo óntico.

Las reflexiones en este sentido son, quizá, bastante incipientes por lo que no pueden pretenderse aún frutos maduros. No obstante estamos persuadidos que el planteo nos coloca ante el ethos social mismo. Hace algún tiempo en un trabajo anterior⁽³⁾(694), intentamos contraponer los fundamentos del pensamiento jurídico moderno a los del orden cristiano feudal expresado en el iusnaturalismo escolástico. Decíamos allí que este último fue la expresión de la totalidad ontológica que, a partir de las categorías aristotélicas, descubría en la ley natural, un derecho natural fundante de la ley positiva, revelado al hombre mediante el conocimiento de una metafísica del Ser. El racionalismo, en cambio, reconoce como fundamento la metafísica de la Subjetividad que está en la base del orden moderno y del pensamiento filosófico que arranca con Descartes, siendo, por ende, una expresión inequívoca de la ética subjetiva. Ello así, nada impide sostener que la infraestructura del sistema ético reside en esa metafísica y en sus modelos. El estudio de la obra de Kant y luego, de Hegel nos da la razón. Ambos tientan obtener el fundamento racional del sistema ético: para Kant lo era la libertad del arbitrio que satisface el querer no determinado por la necesidad, pero el valor moral lo asoció a la representación racional del deber que pudiese ser elevado a un principio universal. Hegel, partiendo de la Idea que realiza el fin de la libertad, relativizada por sus determinaciones, en la Idea Absoluta de bien que es para sí misma su propio contenido.

La pretensión del fundamento racional podrá ser puesta en tela de juicio, y lo está ciertamente. Pero sin duda expresa el modo de asumir la realidad y esto es indiscutible. El hombre moderno estructura las relaciones sociales a partir de esa metafísica subjetiva para la cual tales relaciones se basan en la oposición de intereses subjetivos individuales sólo conciliables mediante el reconocimiento de la libertad. Todo el sistema de la ética moderna reposa en este "modelo", y las relaciones son éticamente valoradas en función al modo en que resuelven el conflicto de intereses. La libertad, pues, no es un valor, sino que es el presupuesto del orden social de los valores, fundante del ethos moderno. Y es el presupuesto a priori.

Ocurre que toda referencia a los modelos de vigencia fáctica del orden social de valores no logra prescindir de la actitud básica, metafísica e inconsciente que, a la postre, asume carácter ideológico. La libertad como nómeno kantiano, importa el presupuesto del sistema ético, no definible pero omnipresente en el orden social de los valores. El replanteo crítico de este último siglo y medio ha consistido nada menos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que en desmitificar la libertad, subyacente como ideología, y ponerla en función de requerimientos vitales. Ni más ni menos que desabsolutizar el presupuesto a priori confrontado a la cotidianidad y mostrar cómo la libertad también está determinada por ella.

No obstante es forzoso reconocer que la ética social imperante, salvo los intentos loables del replanteo crítico, halla en la libertad, como nómeno, la razón última. La ética social, construida en la metafísica de la subjetividad ha elaborado pautas de una auténtica infraestructura basada en la libertad de la voluntad. "El yo - decía Fichte - en cuanto quiere se da como inteligencia a sí mismo el objeto de su querer, en cuanto elige una entre muchas posibilidades". Y por eso Hegel dirá que "una persona tiene el derecho de dirigir su voluntad hacia cualquier objeto, como su meta real y positiva".

Ahora bien. La ética social fundada en el reconocimiento a priori de la libertad genera un orden de valores referido a la conducta, al obrar del hombre. Este es el punto. La libertad, diríamos, experimenta éticamente una permanente tensión entre sí misma y la libertad atribuida a los demás. A resolver esta tensión se dirigen los deberes éticos, que Kant englobaba bajo el tema de la Metafísica de las costumbres. Para el racionalismo kantiano la libertad puede condicionarse a sí misma por la representación racional del puro deber o ser condicionada por la libertad de otros. En el primer caso el deber ético es deber moral, en el segundo, deber jurídico. En el primer caso, el deber es un fin en sí, en el segundo, un medio para un fin ulterior. Los valores morales son tales porque subyacen en las máximas de la voluntad del propio sujeto. Los valores jurídicos son externos a las máximas de la voluntad y se imponen como medio de poner límites a la libertad del arbitrio de cada cual.

Estamos en plena metafísica subjetiva. En el más puro idealismo trascendental. Pero hemos querido sumergirnos en su propia coherencia para demostrar cómo las categorías axiológicas en lo moral y en lo jurídico son tributarias de esa metafísica, de ese idealismo. Puede que no guste. Pero ello poco importa a quien obligadamente muestra el contexto. Además saca a la superficie la dificultad inmensa de replantear el sistema totalizante de la ética social. La libertad como nómeno es su pilar ideológico.

La crisis del sistema ético social, hoy, es la crisis de la libertad como nómeno. Es la crisis de la libertad como presupuesto a priori de la razón. Los modelos fácticos de conducta hacen de la libertad también un fenómeno y aquí reside, precisamente, el replanteo crítico de la metafísica de la subjetividad. La libertad en los hechos más que en la razón: la libertad realizada, paso a paso, como emergente de las propias determinaciones del contexto fáctico cotidiano. Es claro, sin embargo, que ese replanteo hace perder coherencia racional al sistema de la ética social. Pero ello no debe alarmar: la tensión no resuelta entre cierta incoherencia racional y las actividades valorativas típicas nos descubren al cabo, que la razón no está atribuida al ente sino encarnada en el hombre y a su servicio. De donde han sido, paradójicamente, la actividad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

valorativa y los modelos valorativos generales los que han mostrado más de una vez el carácter ideológico del presupuesto a priori de la ética social. Esa actividad y esos modelos van prefigurando, dialécticamente, los contenidos sociales de la libertad en una tendencia - nada más que tendencia - a desideologizarla y colocarla en el mundo, en el aquí y el ahora, aunque la "estructura" sufra. Sobre esto volveremos más adelante.

V. EL DERECHO COMO REALIZADOR DE LA IDEA DE LIBERTAD

Dentro de la coherencia racional del ethos moderno, el derecho vendría a erigirse en el medio para la realización social de la idea de libertad. Libertad como idea, es oportuno recalcarlo; libertad como presupuesto del orden social de los valores, según dijimos antes. Pero esto no pasa de ser, también, una categoría o exigencia racional. Es verdad que Kant lo tradujo en estos términos: "el derecho es el conjunto de condiciones a través de las cuales el arbitrio de uno puede concordar con el arbitrio de otro, según una ley universal de libertad", pero débese tener en cuenta que aquí, libertad, es un presupuesto racional no definible positivamente e incognoscible.

Ello conduce a la exaltación de la voluntad - a través de la cual se concibe el ejercicio de la libertad - como posibilidad de obrar sin sujeción a exigencias de la necesidad. Esto es libertad: la voluntad no determinada por una necesidad de obrar.

Desde este punto de partida habrán de analizarse los valores que el derecho realiza. Partiendo de la definición de Kant, decía Fichte: "el yo debe limitar su libertad individual, mediante el concepto de la posibilidad de la libertad ajena, a condición de que los otros hagan lo mismo". El derecho es, así, un orden de coexistencia de libertades. He ahí la traducción moderna, racional, del "dar a cada uno lo suyo".

A pesar de su tremendo peso, el idilio racional con la libertad, así entendida, tuvo filosóficamente, vida efímera, salvo como infraestructura ideológica. Porque bien pronto, como lo recuerda Del Vecchio, "en el campo especulativo se produjo la floración de escritos enderezados también a exaltar la autoridad de los poderes establecidos y consagrados secularmente, contra las pretensiones innovadoras de la razón individual". Fue la filosofía de la Restauración, que encontraría en Hegel su más encumbrado exponente. Decía Hegel, en efecto: "la libertad en el pensamiento toma sólo al pensamiento puro como su verdad, pero carece del contenido concreto de la vida. En consecuencia es la mera noción de la libertad y no la libertad viviente misma". Añadiendo, en un anticipo de la afirmación de la Idea Etica que realiza el Estado, que la "realidad histórica encuentra su cumplimiento efectivo en la vida de la nación".

Es que la libertad individual, para Hegel, es una "voluntad de libertad" que toma indefectiblemente "la forma de la individualidad", pues "la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntad es libre si está completamente sola consigo misma, por no referirse a nada que no sea ella misma". Sin embargo, esta forma individual de la libertad es sólo un momento en la realización racional de la idea de libertad a la que se accede dialécticamente al contraponer a esa forma individual de la libertad, como tesis, su antítesis: lo exterior a la voluntad subjetiva, particular, es decir las determinaciones racionales de la necesidad. La sociedad civil es racional en cuanto determina la libertad abstracta y conduce a la libertad sustancial. El Estado es la encarnación de la libertad concreta, en la que la persona y sus intereses particulares tienen su desarrollo integral y reciben un reconocimiento adecuado a sus derechos. O, como antes lo había dicho Spinoza: "el hombre guiado por la razón es más libre en el Estado, donde vive según la norma común, que en la soledad donde sólo obedece a sí mismo".

Racionalmente la justicia sería, pues, la actualización concreta de la libertad personal en la sociedad civil. La justicia sería la conciliación, diríamos, entre la libertad individual y las determinaciones racionales de la necesidad. En el contexto hegeliano, la subjetividad desarrolla la socialidad, mediante "el establecimiento de un vínculo de derecho, que se hace profundo entre los sujetos y crea una unidad interna entre ellos. Sólo pueden desenvolverse por medio de una organización y por medio de la constitución de un todo. Por consiguiente esta relación que se establece entre los dos términos no es contingente, sino permanente. Produce un complejo que valora la justicia atribuyéndole la dignidad de un fin ético. Sólo un complejo de esta forma aparece en el mundo de la ética si las estructuras no son únicamente formas corpóreas, sino que aquél se reintegra en vivas exigencias espirituales. Los individuos aislados nunca son sujetos porque carecen de las condiciones de subjetividad que manifiestan en el acto de la relación. La personalidad es conciencia de la humanidad; por lo tanto de la relación. No se posee sino que se conquista. Es una meta en que se siente la propia vocación ética" (Lino Rodríguez Arias Bustamante, Ciencia y filosofía del derecho, págs. 333/334, N° 204).

Hemos dicho en otra oportunidad que si en Descartes se ubica el comienzo radical de la modernidad y en Kant su primera formulación acabada, en Hegel situamos el sistema totalizante de la modernidad. En esa búsqueda del Absoluto, de la Idea Etica que la Razón obtiene, aparece el Estado como su realizador a través de la administración de justicia. "La única función de la administración judicial - dice en la Filosofía del derecho - es la de actualizar y la de hacer necesario el aspecto abstracto de la libertad personal en la sociedad civil". Y, como esa libertad personal se realiza en la propiedad(4)(695), el mismo Hegel añade que la ley aparece como "protección de la propiedad a través de la administración de justicia".

Y es precisamente en este punto crucial donde la razón ante sí y desde sí pretende fundar el sistema totalizante de la axiología jurídica moderna: un sistema de valores fundado en la idea de libertad que se realiza en la propiedad. Esta prieta fórmula podría venir a dar sentido, con palabras

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del propio Hegel, al sustrato finalmente ideológico del ethos jurídico. Y al derecho como el modo de instaurarlo y mantenerlo. El derecho es, en efecto, realizador de la idea de libertad, pero esa idea se realiza en la propiedad, como síntesis dialéctica entre la voluntad y su exterioridad.

La propiedad viene a constituir, pues, la exigencia racional de la idea de libertad y esto muy bien puede caracterizarse como un nómeno. Pero, de paso, nos permite penetrar cabalmente al sustrato de la noción de sujeto de derecho, tal como el derecho moderno lo caracteriza y define, y los atributos de la personalidad que a aquél se imputan. Así, cuando se dice que el patrimonio es un atributo de la personalidad, y como tal, "la personalidad misma del individuo considerada en relación a los objetos exteriores" (Aubry - Rau) se está determinando la subjetividad por la idea de propiedad. Y ya sabemos que, de acuerdo a las concepciones jurídicas tradicionales en torno al patrimonio, no interesa tanto su contenido económico actual, más o menos cuantioso; lo relevante es la aptitud por la cual, si se permite un recurso aristotélico, la personalidad se realiza en lo económico como potencia: el patrimonio en acto está constituido por las titularidades actuales del sujeto, pero en potencia, su voluntad - su subjetividad - es ilimitado.

Ahora bien, cuando decimos que el derecho moderno asienta en un sistema de valores fundado en la idea de libertad que se realiza en la propiedad, el término "propiedad" no debe circunscribirse al de propiedad sobre cosas - o bienes - , aunque obviamente los comprende. Propiedad es todo lo exterior, lo externo a la voluntad subjetiva, lo que la determina y permita que ella, en suma, sea lo que es. El discurso dialéctico asume aquí una significación precisa. La voluntad subjetiva - la subjetividad - es lo que es, a través de lo que no es ella misma. No se trata de un galimatías. El ser racional de la voluntad se afirma a través de lo que es externo a ella: la propiedad alude, entonces, a la "afirmación" de la voluntad a través de lo que es su "exterioridad". Pueden ser cosas estrictamente, pero también puede ser otra "voluntad", externa a ella, y esto da nacimiento al contrato. En los contratos, las voluntades se han "exteriorizado" a sí mismas haciéndose cada una objeto de la otra, respectivamente.

Mucho más aún. Aceptada la racionalidad de la relación entre la voluntad y su exterioridad, como exigencia de la idea de libertad, se afianza un sistema ético en que toda pauta del obrar, de la conducta, se valora en función de aquella exigencia racional. Toda negación de la propiedad, en el sentido amplio señalado es negación de libertad y, por ende, de la voluntad misma. De donde toda afirmación de esa propiedad es fortalecimiento de la libertad. Y de ahí porqué, también, lo moral en sentido estricto, sufre un proceso de debilitamiento racional indefectible. Lo moral enfrenta a la libertad consigo misma y no con su exterioridad, con lo susceptible de "propiedad", y de tal modo queda deferida al propio juicio, ajeno a la administración de justicia. Lo cual es también una exigencia del ethos moderno. Dicho, en términos más políticos que filosóficos, se alude a la moral privada que constituyó, como señala Diez

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Corral, "una garantía formal contra los excesos del despotismo, la configuración de una última instancia segura y leve en la organización política, conjugable con las máximas pretensiones burguesas".

La ética subjetiva, en suma, se afianza como voluntad de poder - y en esto tiene razón Nietzsche - a través del egocentrismo. En el solipsismo el hombre desciende a su Yo profundo e impone una voluntad de poder. He aquí, finalmente, las reglas del juego que encuentran justificación racional a partir de la idea de libertad. La paradoja no puede ser más palmaria. Pero es constatable paso a paso. El último paso ha de ser la justificación atemporal de la libertad en sí, como exigencia de la razón: y entonces es ya, ideológica.

Volvemos, de tal modo, al principio pero seguramente con más elementos para comprender lo hasta aquí dicho. Los valores se nutren de modelos de vigencia fáctica condicionantes de la actividad valorativa de alguien; pero esos modelos responden, implícitamente, a su fundamento ontológico. Aunque todo hombre se forja un proyecto en base a su cotidianidad, que es obvia, lo cotidiano se muestra como lo puramente óptico. Detrás de lo cotidiano, del modo de ser, subyace la exigencia de justificación de los modelos de vigencia fáctica. La libertad, vendrá a erigirse en la exigencia racional de la cotidianidad del ethos moderno. Pero cuando la exigencia se ha ideologizado, se ha hecho axioma ideológico, constituye una idea - fuerza que moviliza, de distintas maneras, a la voluntad.

Esto, a su vez, permite advertir el fundamento de la legitimidad del orden jurídico. Decíamos, al comenzar, que la reflexión iusfilosófica moderna tiende a deslindar la pura legalidad de la legitimidad. Pues bien, la legalidad realiza la exigencia de orden, pero no en cuanto orden en sí, sino en cuanto al orden referido al presupuesto ético social que, como tal, desarrolla. El desarrollo mismo se hace tangible en los valores asignados al derecho como realizador de aquel presupuesto ético social. Y si, en términos generales, el orden como totalidad realiza dicho presupuesto se dice que es un orden justo. La justicia, en suma, no es sino la armonía, la conciliación entre el orden y su presupuesto ético social. La justicia del orden, como totalidad, es, pues, una referencia ética.

Pero la justicia se realiza todos los días, además, particularmente. Cada vez que se establece una relación jurídica ella lleva la impronta que mediatiza el orden normativo a ella referido. Cada vez que el juez dirime o resuelve un conflicto suscitado en relación al orden normativo, se dirá que hace justicia - ello es, que su fallo es justo - si la aplicación del orden al caso, realiza singularmente el presupuesto del orden como totalidad. Por eso es que se afirma que la justicia es igualdad, pero en esta afirmación ha de tenerse presente que tal igualdad presupone la idea de libertad.

VI. LA IDEOLOGÍA DE LA LIBERTAD. SU CRISIS

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El idealismo afianzó la cosmovisión del hombre moderno e hizo de la ley el medio de obtener su legitimidad. Sin embargo esa cosmovisión conduciría, lo acabamos de ver, a la justificación de la voluntad de dominio que constituiría, al cabo, la expresión más clara de la ética subjetiva. La libertad quedaría, poco a poco, confinada a la idea y las relaciones sociales comenzaron a desbordar su metafísica.

Los positivismos constituyen, precisamente, la reacción. Reniegan de la idea, controvierten la metafísica, proclaman la vigencia de los hechos. Y así, mientras la ley pretende ser justificada en la racionalidad de la idea, en forma constante la jurisprudencia fue cediendo a la presión que "irracionalmente" provocaba la realidad. Es claro, realidad no como racionalidad de lo real; más bien como "irrealidad de lo racional", desmintiendo la visión totalizante que pudiesen pretender las premisas de la razón práctica kantiana o de la ética hegeliana. Sin embargo las luchas reivindicaron, para sí, el triunfo de la libertad. ¿Qué libertad? ¿Contra qué, en última instancia, se rebelaron los positivismos?

No es fácil desarrollarlo en pocas palabras. Pero he aquí una síntesis que nos muestra el proceso. El individuo libre que proponía Kant - dice agudamente Isaiah Berlin en Dos conceptos de libertad - es un ser trascendente que está más allá de la causalidad natural. ¿No implica esto sustituir la metafísica teocéntrica por otra egocéntrica? Así lo entiende el mismo autor: "en su versión a priori, explica, es una forma de individualismo protestante secularizado en el que el puesto de Dios está ocupado por la idea de vida racional y el puesto del alma individual que tiende a la unión con Dios está sustituido por la idea de individuo, dotado de razón que tiende a ser gobernado por la razón y sólo por la razón y a no depender de nada que pueda desviarlo o engañarlo con la implicación de su naturaleza irracional".

Ocurre sin embargo que los hechos, con su elocuencia, revelaron que el ente "individuo" libre a priori se encarna en cada ser humano cuya facticidad, cuya realidad - como persona, decimos hoy - , responde no sólo a su naturaleza óptica, física, que lo determina, sino también a las determinaciones de su mundo. Nos sinceramos: hay aquí una connotación fenomenológica. Pero es inevitable. El mundo del hombre, al par que atribuyó la libertad a priori al individuo, libró al azar al ejercicio de la libertad. Bien: quizá no fue demasiado al azar, pues el egocentrismo se manifiesta como voluntad de dominio y esa manifestación no es sino el poder mismo en acción. "La libertad de los lobos - dice el mismo Berlin - frecuentemente ha significado la muerte de las ovejas... Las libertades legales, agrega, son compatibles con los extremos de explotación, brutalidad e injusticia".

En suma, los positivismos reaccionaron contra la ley escrita como expresión de la libertad racional irrealizada. Fueron, por eso, una reacción contra el ejercicio del poder que, en nombre de la libertad general, negaba la propia idea. Buena parte de la lucha y de la angustia por el derecho, en estos últimos ciento cincuenta años, es obra de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desafíos de esos positivismos, aunque hoy pueda considerárseles superados. Queda como saldo de todos ellos la dicotomía entre el indeterminismo individualista y el determinismo histórico: el iusnaturalismo racionalista redujo el concepto de individuo a su subjetividad, y, como consecuencia, la libertad al mero voluntarismo. Pero la idea de libertad, ya lo mostró Hegel, se realiza dialécticamente ante las determinaciones de la necesidad. Para Hegel era la razón que se realiza en la historia y que encarna el Espíritu Objetivo. Pero - ¡ay! - bien pronto los positivismos vinieron a despojar a las determinaciones históricas del contexto puramente racional en que dialécticamente las concibió el idealismo. Como bien se ha dicho en este aspecto: la libertad y la necesidad histórica se contraponen en una relación dialéctica. La libertad es un marco de actuación, pero actuación determinada por el contexto social en que la historia se realiza objetivamente, en los hechos, no en la pura idea.

Bien lo comprendió Dilthey cuando metafóricamente advertía que en las venas del sujeto cognoscente que Locke, Hume y Kant construyeron no corre sangre real sino el enrarecido jugo de la razón como actividad meramente intelectual. Y añadía en el prólogo de su Introducción a las ciencias del espíritu: "los elementos más importantes de nuestra imagen y conocimiento de la realidad, como son la unidad personal viviente, el mundo externo, los individuos fuera de nosotros, su vida en el tiempo y sus recíprocos influjos, pueden ser todos explicados partiendo de esa naturaleza total humana de cuyo real proceso vital son querer, sentir y representar tan sólo los lados diversos. Las preguntas que todos necesitamos dirigir a la filosofía no pueden ser contestadas suponiendo un rígido a priori de nuestra facultad cognoscitiva; sólo se contestan mediante una consideración evolutiva - *Entwicklungsgeschichte* - que parte de la totalidad de nuestro ser".

El hombre es, en suma, relatividad, historicidad. Cuando esto es comprendido, cuando, como decía el mismo Dilthey, "en toda comprensión de la vida hay algo irracional, como la vida misma lo es", cuando, reaccionando contra el idealismo hegeliano, él mismo destaca que lo que nos es dado - *das uns Gebotene* - es irracional y que los elementos mediante los cuales representamos son entre sí irreductibles, es posible replantear auténticamente el tema de la libertad. Pero el replanteo ha de chocar con la idea de libertad transformada en ideología. Los positivismos hicieron al hombre total objeto de la ciencia. Objeto de las ciencias de la naturaleza y de las ciencias de la cultura. Biología, antropología, psicología individual y social, sociología... La justificación atemporal de la libertad en sí, como exigencia de la razón, no tendría ya cabida cuando aquella antropología, psicología o sociología, trasladaron el problema epistemológico al fundamento empírico del conocimiento. La racionalidad pura de la libertad quedó, en suma, como ciencia fracasada, como un sistema de creencias que tiene pretensiones de científicidad pero que la ciencia, fundada en hechos, en circunstancias empíricas, cuestiona y relativiza. La libertad quedó encerrada como ideología, aun

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hoy esgrimida como idea - fuerza que es la ultima ratio de la razón "pura".

Lo que quedó sin replantear por los positivimos, o lo que éstos no pudieron replantear, fue la ética social basada en la idea de libertad que había gestado nada menos que el ego cogito cartesiano. Ello provocó no pocas tensiones y no menos conflictos. Mientras el conocimiento científico, fuese natural o en el ámbito de las llamadas ciencias sociales, afirmaron - y afirman, obviamente todavía - su superioridad cognoscitiva, la ideología de la libertad se aferra a una pretendida superioridad ética y, pretende referir todo conocimiento a sus postulados. Sin embargo - destaca Alvin Gouldner - "es dudoso que se haya demostrado alguna vez la pretensión de la ciencia social de poseer una superioridad cognoscitiva general, o la pretensión de la ideología de poseer una superioridad moral".

Pero, aunque indemostrable - no hemos de intentar demostrarlo nosotros ahora - , la ética social basada en la idea de libertad reposa en las convicciones más profundas y por eso, como decíamos antes, viene a erigirse en la metafísica de la subjetividad. Recalcamos: la libertad como idea, como voluntad, como subjetividad en suma.

¿Es posible, acaso, atisbar otro fundamento ontológico de la libertad que no se agote en el "en sí" de la subjetividad? Creemos que la única posibilidad está en el replanteo de aquella "voluntad de libertad" conducente a la voluntad de dominio que termina por negar la propia idea de libertad. Pero veamos qué ocurre en el ámbito de las justificaciones axiológico - jurídicas.

VII. EL PROYECTO AXIOLÓGICO

La ética de la subjetividad, auténtica metafísica, contiene un proyecto vital. Es un proyecto de hombre egocéntrico. Obviamente, construye una sociedad bajo esos imperativos a priori. No es extraño, pues, que los valores más altos que postula el derecho moderno, descansen en la axiología de la libertad. Y, como su presupuesto, el derecho construye dogmáticamente sus categorías a partir de las nociones de voluntad e interés.

La voluntad - se ha dicho - presupone en el sujeto la aptitud psicológica para entender y para querer, como facultad volitiva de determinación, y, además, la libertad para obrar conforme a la facultad volitiva de determinación. El interés - en el sentido de interés jurídico - no es sino la atribución de legitimidad del querer ante determinaciones concretas. Solo hay, en este sentido, interés para el sujeto si su facultad volitiva de determinación se dirige al poder - ser (o tener).

Se infiere, pues, que la voluntad en el derecho afirma un querer libre dirigido a satisfacer un interés "subjetivado". Cuando el Code Napoleón inaugura la era de la codificación moderna, hace ya dos siglos, ningún exégeta preguntó sobre la justicia del orden legítimo. Esa justicia estaba

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

positivizada a través de la ley. El orden y la seguridad jurídicos garantizados a través de la aplicación literal de la ley. En suma, la justificación del orden descansaba en la ley; la legitimidad en la legalidad.

Han pasado dos siglos. Los positivismos dejaron su huella y hoy, mas allá de ellos, la razón histórica de Dilthey, o la razón vital de Ortega y Gasset si se prefiere, han culminado un ciclo que también llegó al derecho. Decía precisamente Ortega: "la irracionalidad de los principios en la cual desemboca el racionalismo, proviene de que se extiende por razón de la razón pura, esto es, la razón sola y aparte; pero desaparece si la razón pura se funda en la razón vital. El irracionalismo a que se ve condenada precisamente la razón pura se convierte en claro e irónico racionalismo de la razón vital". Trasladado este pensamiento al derecho, diríamos: la legalidad como razón pura del orden jurídico se torna, a la postre, irracional, si no se integra y se mantiene aparte de los hechos. Es que éstos - los hechos - solo han de lograr adecuarse a modelos racionales a condición de que la razón jurídica no sea una razón puramente legal, a priori, dogmática. Si así ocurre, la racionalidad desembocará en la irrealidad, y, por lo tanto en la irracionalidad del derecho mismo. En cambio la ley, adecuada a la realidad, transforma a ésta en un dato con sentido jurídico y permite el planteo ulterior de sus justificaciones. El valor - la axiología jurídica - es la síntesis suprema que conjuga la realidad como dato y el fin o intencionalidad ética. La justificación implica un criterio axiológico, valorativo, que da sustento a la legitimidad.

Es claro que hablamos aquí de hechos, de realidad. ¿Con qué alcances puede intentarse una integración lógica entre las normas, los principios del obrar humano y esos hechos o realidades ? He ahí un auténtico desafío. La lógica tradicional, de raigambre kantiana, no concibe la posibilidad de conjugar el noúmeno con los fenómenos, los juicios a priori que enuncian verdades de razón, universales, y los juicios a posteriori que fundan su validez en la experiencia, en la facultad cognoscente, y que, en suma, escindió la razón teórica o del conocimiento de la razón práctica o de la conducta.

Ello, que conllevó a la separación entre lógica formal y lógica material o causal, está virtualmente en crisis. El aporte de los llamados positivismos lógicos consiste precisamente en el intento de demostrar que toda proposición relativa a la conducta humana - proposición normativa si se trata del derecho - tiene significado lógico si los hechos, la realidad, lo empírico, en fin, la confirman o la niegan. Pero, es claro, que no se trata de recibir la realidad o lo empírico a niveles puramente ónticos, pues, en ese caso, la labor se reduciría a un juicio de apreciación subjetiva, psicológica. Cuando se exige la confrontación con lo real, se satisface el imperativo de conjugar la coherencia normativa con el fundamento ontológico de la realidad que se integra en el juicio normativo formal, abstracto y general.

Por eso tiene razón Esser al calificar a este proceso como dialéctico:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dialéctica que está implícita - dice - en la búsqueda de una solución convincente e instauradora de la paz judicial, porque es al mismo tiempo razonable y conforme a derecho. La aplicación del derecho - añade - y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales. Es claro, sin embargo, que el marco de referencia normativo pone límites a las proposiciones. Como apunta Perelman recordando la tópica del mismo Esser - seguida en Alemania por Martin Kriele y Othmar Ballweg y que recoge Recaséns Siches - aunque el razonamiento jurídico deje de ser una simple deducción silogística cuya conclusión tenga que imponerse aunque parezca poco razonable, tampoco es la pura búsqueda de una solución equitativa que se puede llegar o no a insertar en el orden jurídico. "Si así fuera - comenta Perelman - el juez dejaría de encontrarse ligado al legislador y se suprimiría la tradicional distinción entre lo justo de lege lata y lo justo de lege ferenda. La tarea que al juez se le impone es, pues, la búsqueda de una síntesis, en la que tenga en cuenta, a la vez, el valor de la solución y su conformidad con el derecho".

Quiere decir, pues, que todo orden jurídico tiende a realizar un cierto y determinado proyecto axiológico, un cierto y determinado proyecto de sociedad jurídicamente organizada, que se aprehende en cada acto de razonamiento que integra las normas con los hechos. Sólo puede, en rigor, clamarse por la injusticia de una norma, por la injusticia de un fallo, o, en su caso, por la injusticia de un orden visto como totalidad, en esa confrontación inevitable, entre los fundamentos ontológicos de la realidad y el modo en que esa realidad es conducida por la norma, por el orden. Por supuesto que inciden en la apreciación los componentes ideológicos, inconscientes, que tienden a provocar la adhesión irracional a pautas, muchas veces interesadas en mantener la justificación de determinadas estructuras normativas. Aquí reside la tensión permanente y nunca resuelta entre el derecho vigente y el sentimiento de justicia.

Si a esta altura se nos preguntara si el proyecto axiológico del derecho está en crisis - mucho se habla de ella en estos tiempos - , diríamos que asistimos, sin saberlo cabalmente muchas veces, a una dicotomía o desfasaje entre los criterios axiológicos que imperan en el contexto ético social y el marco normativo al que debe atenerse el jurista y el juez. El proyecto egocentrista no alcanza, hoy, a justificarse a sí mismo a pesar que son muchos los enunciados normativos que lo realizan, todavía, en la letra de la ley. La ideología de la libertad omnipresente en los enunciados es percibida más de una vez como la justificación de la opresión. Porque, como ya lo dijimos, la voluntad de libertad, en los hechos, se resuelve en voluntad de dominio.

La voluntad de dominio se manifiesta hoy, particularmente, en la que, con cierta sofisticación, da en llamarse tecnocracia o "ideología tecnológica". Ha dicho, en este punto con razón, Alvin Gouldner: "la conciencia tecnocrática concibe fantasiosamente la ciencia y la tecnología como el absoluto utópico, que es la perfecta fusión del poder

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ilimitado y el bien, y al que todos se someterán voluntariamente, superando de este modo todos los conflictos sociales. Lo tecnocrático se convierte, pues, en la secularización de la deidad". El "fin de las ideologías" a que aludía Habermas, no es sino la continuidad de la ideología impregnada de la nueva conciencia tecnocrática. Su resultado: para describirlo, nada mejor que recurrir a la que se ha dado en llamar la visión profética de Alexis de Tocqueville: "Una multitud innumerable de hombres semejantes o iguales que se mueven sin reposo, para procurarse pequeños y vulgares placeres de que llenar su alma, y en este sentido cada uno se retira al margen de las cosas y actúa como extranjero al destino de los demás. Si bien es cierto que vive con sus conciudadanos, está a su lado, pero no los ve, no los toca y no los siente en su alma. Cada uno no existe nada más que en sí y para sí. Por encima de ellos se eleva un poder inmenso y tutelar, que se encarga de velar por sus placeres. Es absoluto, detallista, previsor y suave. Gusta que sus conciudadanos gocen, con tal que no piensen más que en gozar. Cubre para ello a la sociedad con un tejido de pequeñas reglas complicadas, sutiles, minuciosas y uniformes, a través de las cuales los espíritus más originales o las almas más vigorosas, no pueden elevarse sobre el vulgo . . .".

¿No es esto, al cabo, una muestra cabal de la irracionalidad a que ha conducido la idea de libertad como pura idea, como pura racionalidad? No nos cabe duda, y es por ello que la integración de la lógica formal con la lógica material, constituye un aporte significativo para devolver a la libertad su significado actuante, su realización. Y ello conduce, como anticipábamos antes, al replanteo de la "voluntad de libertad" como pura subjetividad, que ha concluido por negar, en los hechos, la misma idea de libertad.

VIII. EL DRAMA DE SIEMPRE. LA LUCHA POR LA JUSTICIA

En tanto se comprenda que la justicia no es una categoría que se agota en la igualdad formal, apenas inteligible y abstracta, que descansa en la libertad como nómeno, el derecho puede aspirar a replantear su proyecto axiológico. El "dar a cada uno lo suyo" no puede desentenderse del modo en que "lo suyo de cada cual" se realiza en un orden social y jurídico dado, como totalidad, y en cada una de sus relaciones singulares.

Ha de entenderse de tal modo que los valores supremos de la convivencia - la paz, el orden, la seguridad, y, en fin, la justicia - son tales, es decir son auténticos valores porque a través de ellos es posible emitir un juicio sobre los contenidos que encarnan la realización de proyectos de vida real, proyectos de convivencia.

Quizá, en torno a esos contenidos, el aporte más significativo que puede intentarse es de mostrar que la libertad ha sido una conquista, pero que, cristalizada como un fin en sí, ha concluido por negarse a sí misma.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Porque la libertad sólo es el medio que permite al hombre, a cada hombre, intentar en convivencia la realización de su proyecto personal sin que a ese proyecto se oponga el proyecto de dominación de otros, en nombre también de la libertad.

El noúmeno de la libertad irrealizada ha alentado, a la postre, a los escépticos de la libertad. De allí que se asiste, hoy, a un mundo que inevitablemente va camino de sustituir el proyecto egocéntrico basado en la soledad del yo que se agota en sí y que al cabo conduce a los escepticismos, por un proyecto en que cada yo adquiere significación - sentido - porque existen otros. De la subjetividad que agota el proyecto en su propia voluntad se reconduce la libertad a ser, ella misma, posibilidad de que cada proyecto personal sea realizable en convivencia. Es que, en suma, no hay proyecto personal sin referencia al mundo que trasciende la subjetividad y que exige la coexistencia del proyecto de vida común. He ahí un nuevo y radical presupuesto: el proyecto de vida común a todos, síntesis de proyectos individuales a cuya plenitud sólo puede aspirarse si cada proyecto individual se construye no para servir al individuo sino para asumir el mundo en que la persona sólo puede reconocerse a sí misma, liberándose de su "en - sí" para encontrarse en "nos - otros".

Si el derecho continúa siendo un orden de la conducta humana, y básicamente, un orden de la conducta exterior, realizará la Justicia, como orden, en tanto garantice, como siempre, "dar a cada uno lo suyo", que se traduce como dar a cada cual las posibilidades de realización personal en convivencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Del Vecchio, Giorgio, Historia de la filosofía del derecho, tr. Luis Legaz y Lacambra, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1964.
- Hartmann, Nicolai, Ontología. I. Fundamentos, tr. José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.
- Mesa Mengibar, Andrés, ¿Es posible la aplicación del análisis estructural al derecho?, en "Estructuralismo y derecho", de autores varios, Madrid, Alianza Editorial, 1973.
- Hernández Gil, Antonio, Metodología de la ciencia del derecho, Madrid, 1971.
- Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica, Madrid, Civitas, 1976.
- Goldner, Alvin W., La dialéctica de la ideología y la tecnología, tr. Néstor A. Míguez, Madrid, Alianza Editorial, 1978.
- Berlín, Isaiah, Libertad y necesidad en la historia, tr. Julio Bayón, Madrid, Revista de Occidente, 1974.
- Esser, Josef, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado, tr. Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961.
- Rodríguez Paniagua, José María, Derecho y sociedad, Madrid, Tecnos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1979.

- Henkel, Heinrich, Introducción a la filosofía del derecho, tr. Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Taurus, 1968.
- Rodríguez Arias Bustamante, Lino, Ciencia y filosofía del derecho, Bs. As., Ejea, 1961.
- Marcuse, Herbert, Razón y revolución, tr. Julieta Fombona de Sucre, Madrid, Alianza Editorial, 1971.
- Perelman, Ch., La lógica jurídica y la nueva retórica, tr. Luis Díez - Picazo, Madrid, Civitas, 1979.
- Farrel, Martín Diego, La metodología del positivismo lógico, Bs. As., Astrea, 1976.
- Fasso, Guido, Historia de la filosofía del derecho, II. La edad moderna, tr. José F. Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, Madrid, 1979.
- Weber, Max, Economía y sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.
- Quiroga Lavié, Humberto, y colaboradores, Introducción a la teoría social de Max Weber, Pannedille, 1970.
- Recaséns Siches, Luis, Nueva filosofía de la interpretación del derecho, 2ª ed., México, Porrúa, 1973.
- Rodríguez Paniagua, José María, Derecho y ética, Madrid, Tecnos, 1977
- Díez - Picazo, Luis, Derecho y masificación social. Tecnología y derecho (dos esbozos), Madrid, Civitas, 1975.
- Legaz y Lacambra, Luis, Filosofía del derecho, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1975.
- Radbruch, Gustavo, Introducción a la filosofía del derecho, tr. W. Rocés, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.