

JULIEN FREUND

EL DERECHO ACTUAL

y *Minima moralia* (Alain de Benoist)

y **El Problema del Positivismo Jurídico**
(Norberto Bobbio)

Presentación, traducción (del francés) y notas:

NÉSTOR LUIS MONTEZANTI



Editorial de la
Universidad Nacional del Sur

El derecho actual y mínima moralía Alain de Benoist y el problema del positivismo jurídico
Norberto Bobbio / seleccionado por Néstor Luis Montezanti - 1a ed. - Bahía Blanca :
Univ.

Nacional del Sur - Ediuns, 2008.
226 p. ; 21x15 cm. (Docencia)

Traducido por: Néstor Luis Montezanti
ISBN 978-987-1171-91-0

1. Derecho. I. Montezanti, Néstor Luis, selec. II. Montezanti, Néstor Luis, trad. III. Título
CDD 340

Títulos originales: *Le droit d'aujourd'hui*.

Presses Universitaires de France,

Dossiers Logos, Vendôme, 1972;

Minima moralia, Krisis nº 7 y 8, París, 1991;

e *Il problema del positivismo giuridico*

(traducción de Ernesto Garzón Valdez)

Ilustración de tapa: Honoré Daumier,
serie "Les gens de justice", plancha 36



Red de Editoriales
Universitarias Nacionales



**Editorial de la
Universidad Nacional del Sur**
E-mail: ediuns@uns.edu.ar

Queda hecho el depósito que establece la ley 11.723

© Ediuns, reimpresión 2012

PRESENTACIÓN

Instaurada, después de ímproba lucha, la carrera de Derecho en la Universidad Nacional del Sur, y cometido a hacerme cargo del dictado de la primera materia específicamente jurídica, *Introducción al Derecho*, hallé de enorme utilidad bibliográfica este librito, que yo poseía en su versión original gracias a la invalorable gentileza de la Dra. Betty Kerlleñevich (hoy, fallecida).

Parecióme pues aplicable al caso aquel viejo refrán *La necesidad tiene cara de hereje*, y fue así que, constreñido por el tiempo y las urgencias académicas, me decidí a verter al venerable idioma que tenemos la dicha de poseer los argentinos, y que en vetustos tiempos fue considerado el de Cervantes, las páginas magistrales del maestro de Estrasburgo.

Dentro de este contexto coyuntural, deberá ser entendido -y juzgado con la benevolencia que el mester humano impone- este trabajo.

Julien Freund es virtualmente desconocido en nuestras tierras, acostumbradas a un atraso del orden de los treinta años respecto de las ideas imperantes en Europa. Francés, de estirpe alemana, nació en Alsacia-Lorena y murió allí, tras escasos 72 años de fructífera existencia terrenal, este profesor universitario que supo, además, de las angustias del partisanismo y de la militancia política concreta. Co fundador de la *polemología*, dedicó buena parte de sus estudios a la ciencia de la política y, dentro de este marco necesario, abarcó al derecho.

Le droit d'aujourd'hui -editado por *Presses Universitaires de France* en 1972- es un trabajo clásico conforme a los cánones del estudio universitario europeo.

¹ *Rioplatense* y no *español*. Todos los estudiosos de la lengua reconocen y destacan las notables diferencias que separan a la lengua usual en el Río de la Plata del venerable idioma nacido en la estepa castellana. El inglés de los EE.UU.A. ya hace años que ha adquirido -legítimamente- patente de autonomía respecto de su homólogo de las brumosas islas y es llamado, sin ambages, *americano*. A nadie le atrae la atención. A nosotros parecemos herético distinguir el rioplatense del español. Tal vez esto marque, más que las palabras conceptuosas, la presencia real de un *Imperio*...

De acuerdo con la regla de la *lectio*, Freund elige 33 documentos salidos de la pluma de primerísimas figuras del pensamiento jurídico, ordenándolos conforme a un método propio, precediéndolos de una *introducción* y rematándolos de una *conclusión* de factura propia. Que constituyen un acabado trabajo de síntesis, ya que no se limitan a un resumen de esas empinadas posiciones sino que incluyen juicios propios -y atinadísimos- del autor, que redondean y signan la obra. Introdúcese, así, la *questio* y, con ella, la esencia del quehacer universitario. A ello añade la traducción de los de origen alemán, aprovechando aquel bilingüismo inicial que tanto provecho dio a su obra. Deberá entenderse, pues, que todos los textos titulados en alemán han sido traducidos por Freund, salvo cuando expresa -y excepcionalmente- se indique quién lo hizo en su lugar.

Incorporamos así, a la Universidad argentina, una obra imprescindible de ahora en más, que sin duda beneficiará a quienes deban introducirse en el arduo estudio del derecho, por lo menos en el ámbito de la Universidad Nacional del Sur.

Esta nueva edición se ve enriquecida con algunas notas agregadas para facilitar la confrontación de los textos y por la inclusión del estudio titulado *Minima moralia*, del polígrafo francés **Alain de Benoist** -también traducido por mí-, que trata magistralmente un punto sobre el cual no abunda la bibliografía para encararlo como es menester lo haga un alumno de Derecho, y que tiene la ventaja adicional de incluir una muy útil recensión de posiciones.

Para la presentación del autor, he preferido -por elementales autoridad y humildad- la nota que dedicó al profesor su igual Piet Tommissen -flamenco-, publicada en la revista parisina *Éléments* n° 79, de enero 1994, que también me permití traducir conforme a la regla de la precariedad ya explicada, y que se reproduce a continuación.

En fin, esta nueva edición (que reviste un carácter especial, al cumplirse con ella el décimo aniversario de la instauración de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional del Sur, *questio* más que dudosa cuando apareció la primera) incluye como segunda *addenda* la obrita *El problema del Positivismo Jurídico*, del inolvidable maestro italiano **Norberto Bobbio**, quien nos dejó a principios de 2004 tras casi un siglo de fructífera existencia terrenal, particularmente en el campo jurídico. Se trata de la reproducción literal de la edición hecha en Buenos Aires por EUdeBA en 1965, hoy inhallable. Si bien Bobbio no es desconocido a los noveles estudiantes de Derecho, este texto sí les es hasta ahora casi inaccesible, y se evidencia como *positivamente* útil para ellos.

Néstor Luis Montezanti

Un maestro del pensamiento

“Ninguna técnica ni ninguna ciencia pueden diferir indefinidamente el límite que constituye la muerte”². Al escribir esta frase dieciocho años atrás, Julien Freund sabía que un día haría la experiencia, y lo aceptaba con serenidad. Aunque su última operación había sido exitosa, se extinguió en su cama en el hospital de Estrasburgo, el 10 septiembre 1993. Sus íntimos perdieron un marido, un padre, un abuelo, un hermano y un tío ejemplares; sus amigos, un hombre notable desde todo punto de vista; las ciencias humanas, un erudito de envergadura.

Tras el golpe, compruebo cuánto luchó Freund por retrasar el momento fatídico. No por temor, ya que sabía que “el término fatal está inscripto en el destino del ser”³, pero solamente para concluir su obra sobre la esencia de lo económico. Es pues a justo título que menciona, en el prólogo, un “desafío a la enfermedad”.

Anunciándome el deceso, uno de sus hijos me dijo que su padre había tenido su vida tan absorbida por las preocupaciones científicas, que había descuidado su cuerpo. El número de sus publicaciones y conferencias, la variedad de asuntos tan magistralmente tratados, su costumbre de escribir a pluma los cursos dados en Estrasburgo, Brujas y otros lugares, sus viajes incesantes por todo el mundo, confirman sin duda esta aseveración.

El pensamiento de Freund, según sus propias palabras, “ha estado signado por la dimisión general al día siguiente de la derrota de 1940”⁴. Las experiencias negativas vividas en la Resistencia y en los medios políticos y sindicales que frecuentó enseguida, le hicieron tomar la decisión de “preparar la admisión en filosofía y explicar qué es la política”⁵. Desde su tesis sobre la esencia de la política, que Raymond Aron “habría querido escribir, tal vez de otra manera, pero con el mismo espíritu”⁶, Freund

² **J. Freund:** *La signification de la mort et le projet collectif*, en *Archives de sciences sociales des religions*, 39, 1975, p. 40.

³ *Ibid.*, p. 39.

⁴ *Propos apparemment incongrus sur décadence et mutation*, en *Actions et recherches sociales*, diciembre 1986, p. 65.

⁵ **J. Freund:** *L'aventure du politique. Entretiens avec Charles Blanchet*, Critérim, 1991, p. 33. Esta confidencia fue recordada por Nicolás Baverez.

⁶ **Raymond Aron:** *Un moraliste au temps des idéologies*, Flammarion, 1993, p. 324.

no cesó de interesarse por los fenómenos de la crisis, del conflicto y de la guerra, y de familiarizarse con la lectura del pensamiento de una serie de autores aún poco conocidos o malinterpretados en Francia: Max Weber, Carl Schmitt, Georg Simmel.

Prosiguiendo con la reflexión sobre la esencia de las variantes del ser humano (lo económico, lo religioso, lo científico, lo estético, lo ético) y de sus relaciones (lo jurídico, lo pedagógico, lo social), Freund adquirió poco a poco la convicción de “vivir el fin de un determinado mundo”. De esta constatación surgió su obra sobre la decadencia. Sin embargo, sería injusto tildar al sabio de derrotismo: “interesa preservar y consolidar el espíritu de resistencia en la decadencia a fin de dar a la transición hacia la nueva civilización las posibilidades indispensables de firmeza y lucidez”⁷.

Para finalizar estas líneas, séame permitido subrayar un aspecto de la personalidad del gran difunto, a saber su integridad intelectual. Distinguió siempre la ciencia de la acción, sin escapar sin embargo de sus responsabilidades de estudioso y de ciudadano. Fue no obstante tildado de “marxista” y hasta de “fascista”: “Es el precio que debe pagarse desde que se adopta este tipo de actitud”⁸.

Piet Tommisen

⁷ J. Freund: *Philosophie philosophique*, Le Découverte, 1990, p.11.

⁸ *Ibid.*, p. 242.

El derecho actual

Julien Freund

Introducción

Lo que es verdadero para las otras disciplinas y actividades humanas, lo es igualmente para el derecho, sin excepción. Toda reflexión sobre la naturaleza, los fundamentos, el fin y la significación del derecho toca problemas que no pueden ser resueltos por la vía y los métodos puramente jurídicos, ya que son de orden filosófico. No se puede resolver matemáticamente el problema de la esencia del número. Mientras que los matemáticos, los sociólogos y los especialistas de otras ciencias⁹ reconocen sin dificultad los límites de sus propias disciplinas, ciertos juristas, particularmente ciertos partidarios del positivismo jurídico, ven en este reconocimiento una suerte de desgracia.

⁹ Debe señalarse, sin embargo, que el concepto de *ciencia* dista de ser pacífico y de estar desprovisto de ambigüedades y de incertidumbres. Véase, si no, la definición que, con fuerte tributo al positivismo, da de ella José Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía* (Buenos Aires, Sudamericana, 1971; t. I, p. 284): “La ciencia es un modo de conocimiento que aspira a formular mediante lenguajes rigurosos y apropiados -en lo posible, con auxilio del lenguaje matemático- leyes por medio de las cuales se rigen los fenómenos. Estas leyes son de diversos órdenes. Todas tienen, empero, varios elementos en común: ser capaces de *describir* series de fenómenos; ser *comprobables* por medio de la observación de los hechos y de la experimentación; ser capaces de *predecir* -ya sea mediante predicción completa, ya mediante predicción estadística- acontecimientos futuros.” A esto responde, con acierto, Max Black: “Ni la observación, ni la generalización, ni el uso hipotético deductivo de aserciones, ni la mensura, ni la utilización de instrumentos, ni la construcción, ni todos ellos juntos, pueden ser tenidos como *esenciales* para la ciencia. Porque se pueden encontrar ramas científicas en donde no se usan estos criterios o tienen poca influencia. La astronomía no hace experimentación, las matemáticas no hacen observación, la astronomía es dudosamente descriptiva, la arqueología raramente recurre a mensuras, muchas taxonomías no necesitan generalizaciones abstractas, y la biología con gran esfuerzo está comenzando apenas a utilizar la idealización matemática y la generalización. Los caracteres mencionados no son ni necesarios ni suficientes, pero pueden estar presentes en mayor o menor grado y contribuir a caracterizar lo que reconocemos como científico. Su *desaparición conjunta* remueve de una actividad el carácter científico; su presencia en alto grado crea condiciones reconocidas como preminentemente científicas. Esta línea de pensamiento nos obliga a abandonar la búsqueda de una esencia intemporal e inmutable en favor de un sistema de criterios interactuantes” -N. del T.-.

Sin embargo, la filosofía no tiene nada que ganar con la ampliación del espectro de problemas, sino con investigar las preguntas, las confusiones y los equívocos más frecuentes. Al posar filosóficamente el problema del derecho en esta introducción, no pretendo hacer otra cosa que contribuir, en lo posible, al esclarecimiento de la cuestión.

Todo hombre tiene una experiencia jurídica aunque ella no se acompañe de una toma de conciencia clara y reflexiva de la noción de derecho. Desde que entra en contacto con el medio social, sigue, por hábito o no, ciertas reglas, se abstiene de hacer ciertas cosas porque sabe -poco importa cómo- que están prohibidas y que arriesga, en caso de infracción, recibir sanciones. Se trata de una experiencia concreta y directa a la cual ninguna persona escapa, ni siquiera el jurista especializado que estudia el derecho en su gabinete de trabajo. El error estaría pues en suponer que no encontraríamos el derecho sino en el tribunal, en la notaría o en la Facultad de Derecho. En realidad, toda relación social es portadora de derecho, aunque generalmente no se tome conciencia sino en forma negativa, a propósito de las consecuencias que entraña la violación de las reglas. Toda profesión, toda actividad, está regida por el derecho, a despecho de las divisiones anárquicas del universo jurídico: derecho civil, penal, administrativo, internacional privado y público, aeronáutico, fiscal, *etc.* No son más que agrupamientos cómodos, a comodidad de los especialistas, que pueden lamentablemente suscitar la ilusión de que el derecho sería un asunto puramente de profesionales, siendo que en la realidad es de uso corriente y uno de los aspectos de nuestra experiencia social cotidiana.

La reflexión filosófica y sociológica sobre esta experiencia nos permite determinar un cierto número de **caracteres del derecho**. Juega en primer lugar un papel regulador en la sociedad en vista a armonizar en lo posible las relaciones de los individuos entre ellos, de los individuos y los grupos y, más generalmente, de la colectividad como tal. Si bien no puede impedir los conflictos, es el instrumento social destinado a encontrarles una solución. Queda distinguir entre los conflictos internos que dan lugar a las contradicciones, las divergencias interpretativas o las oposiciones entre las teorías jurídicas, y los conflictos exteriores que son de índole extra-jurídica. Es un conflicto propio del derecho, por ejemplo, la controversia sobre el derecho natural y el derecho positivo, el derecho objetivo y el derecho subjetivo, que no son susceptibles de ser resueltos porque versan sobre la naturaleza del derecho y pertenecen por ende al orden filosófico. Es menester sobre todo reconocer y conjurar los conflictos extra-jurídicos que nacen normalmente durante la vida social corriente (desavenencias matrimoniales, daños causados a terceros, reclamos sobre cosas y propiedades, *etc.*). Su función consiste en este caso en desapasionar los antagonismos, en reducir el litigio a sus límites objetivos mediante el procedimiento judicial y a encontrar la solución más equitativa. Así entendido, el derecho tiene una doble función: una que podríamos llamar *directa*, que consiste en la regulación positiva, normal y, por así decir, natural

de la sociedad. A la otra la podríamos denominar *indirecta*, en el sentido que ensaya enderezar las irregularidades, las anomalías y los errores. Este aspecto **regulador** es el que motiva a ciertos juristas para considerarlo la sustancia de su definición general del derecho.

En segundo lugar, el derecho tiene un carácter **dogmático**. La regla o la ley es impuesta y vale en tanto que tal, imperativamente, sin réplica ni crítica, mientras no sea modificada. Sin embargo, una vez establecida, esta modificación vale como cualquiera otra regla o ley. Se la puede eventualmente ignorar o violar, pero a riesgo de sufrir una sanción. No importa que sea científicamente correcta, científicamente exacta o empíricamente adecuada: prescribe una línea de conducta y habilita el uso de la coacción en caso de desobediencia o violación por los individuos. No excluye la discusión antes de ser aplicada, como lo demuestra por ejemplo la institución del proceso, pero una vez pronunciada la sentencia, ella es ejecutoria. No corresponde, sin embargo, atribuir a esta noción dogmática un carácter peyorativo y verla como el vestigio de un período retrógrado o anticrítico de la humanidad. En ninguna sociedad las relaciones son del mismo tipo, sea enteramente igualitarias o totalmente jerárquicas o definitivamente dogmáticas. Una sociedad así sería no viable y, sin duda, importaría un contrasentido social. En efecto, la multiplicidad de actividades humanas: económica, religiosa, científica, pedagógica, *etc.*, que son todas específicas, introducen cada una de ellas otros tipos de relaciones específicas igualmente indispensables. Sin duda podemos reprochar a toda disposición jurídica el ser arbitraria porque es impuesta por vía de autoridad, sin atemperación crítica. Debe considerarse, sin embargo, que en general el legislador se informa antes de dictar la ley, aunque puede errar y cometer omisiones, como le ocurre a todo el mundo, incluso a los que se pretenden mejor informados. Por otra parte, todo problema humano conlleva varias soluciones; debe elegirse una que aparente responder mejor a la situación, aunque no contemple exhaustivamente todos los aspectos del problema. De todos modos, otra disposición destinada a reglar la misma situación sería igualmente arbitraria, porque todo aquello que es impuesto, sea un postulado, un axioma, una tesis, una presuposición, un orden o una idea, comportan inevitablemente, por esencia, un coeficiente de arbitrariedad. El papel del derecho es introducir reglas vigentes para todo el mundo -y, desde este punto de vista, la relación jurídica es una de las formas de las relaciones igualitarias- y de liberarnos de la incoherencia opresiva de las arbitrariedades individuales.

En tercer lugar, del derecho funda un **orden convencional** o voluntario, establecido por acuerdo expreso o implícito, y de tal suerte artificial y modificable a designio de la voluntad humana. A diferencia del orden llamado *natural*, que se caracteriza por lo que podría denominarse un determinismo intrínseco, en el sentido que no depende de la voluntad humana y está establecido originariamente, el orden jurídico es obligatorio, o sea que toma el aspecto de una *coerción* impuesta a los

hombres por una autoridad humana. A menos que razones morales aconsejen la obediencia, esta coacción no es eficaz sino en la medida en que tal autoridad es capaz de hacer respetar las leyes. Así la ley, en sentido jurídico, no es universal; está limitada espacial y temporalmente en las fronteras territoriales de la autoridad política que tiene el poder de coacción. Su validez está limitada a una unidad política. Dicho de otra manera, cada unidad política posee un sistema jurídico que le es propio y que puede ser diferente del de otras unidades políticas.

En último lugar, el derecho tiene una **significación práctica**. No es un concepto aplicable a una situación ideal o teórica sino que está destinado a determinar normativamente un orden real. Tiene, pues, una finalidad de orden material e institucional. Para emplear los términos alemanes actualmente en boga, podríamos decir que no es solamente un *Sein* sino también un *Dasein*. Podemos por cierto imaginar un derecho ideal para una sociedad utópica, pero sus disposiciones carecerían de fuerza jurídica, huera de un poder jurisdiccional y de situaciones concretas y conflictuales a regular. No siendo pues válido más que para un orden real, el derecho es un elemento de estabilización de las sociedades. Una regla que no valiera cada vez sino para un caso singular, en el sentido que habría que inventar otras para resolver los restantes casos singulares de la misma índole, no es una regla porque es incapaz de edificar un orden. Por definición, ella implica continuidad y aplicabilidad a una pluralidad de casos y situaciones. Instrumento de estabilidad, el derecho confiere frecuentemente *legitimidad* a un *estado de hecho*. Como tal, tiene evidentemente un carácter *conservador*, sin asignarle al término un significado peyorativo fruto del prejuicio ni considerar por ende al derecho como una forma refractaria a la evolución o al cambio o fijo en el estupor de un orden supuestamente inmutable. No solamente se modifica con el desarrollo general de la sociedad, sino que también posee las virtudes de la anticipación y de la contestación. Es frecuentemente en nombre del derecho que se combate a las injusticias sociales y que se reivindican las reformas y los cambios muchas veces revolucionarios. No se debe confundir, pues, derecho y *derecho adquirido*. Toda conservación exige creación o declina, que es lo contrario de la conservación. En consecuencia, en la medida en que el derecho contribuye al desarrollo de la sociedad en la misma medida que las otras fuerzas sociales, contribuye asimismo a su permanencia temporal. Una creación sin continuidad y sin estabilidad no produce jamás una obra, no es más que espontaneidad que se hunde en su fuente.

Por esenciales que sean para la comprensión del derecho, estos caracteres no son sin embargo evidentes como tales. No sólo que los juristas los niegan o los encubren, sino que debaten sobre su pertinencia en el seno del sistema jurídico a construir y de la posibilidad de abarcar adecuadamente todos los aspectos del derecho, sino que están bien lejos de ponerse de acuerdo sobre la mejor manera de enfrentar los problemas. Es menester pues ubicarse en un nivel superior al de la simple descripción

para apreciar la medida de la significación de las controversias que dividen a los juristas, y ensayar una inteligencia filosófica más completa y posiblemente más profunda de las implicancias del derecho y de la actividad jurídica. Como todas las otras disciplinas, la ciencia jurídica da lugar a conflictos de método y a teorías diversas sobre el condicionamiento externo del derecho por la sociedad. Estos problemas han retomado actualidad a raíz de la importancia de la explicación marxista, aunque aún en los medios marxistas existen diferencias profundas sobre el punto.

a/ Derecho y fuerza.- Es sabido que Rousseau enfocó el problema de una manera particularmente incisiva, aunque su posición haya dado lugar a muchos malentendidos. La cuestión es si hay antinomia entre fuerza y derecho y si, en caso de conflicto, éste puede primar sobre aquélla. El debate se traslada así, indirectamente, a las relaciones entre derecho y política. De hecho, la oposición puede ser enfocada de diversas maneras no totalmente concordantes. Antes de nada, ¿puede el derecho reemplazar a la fuerza? Es necesario tener en cuenta que el derecho no se aplica por sí mismo, sino que presupone una autoridad que dispone de la coacción y ejecuta las sentencias. Contrariamente a lo que parece creer Max Weber, la coacción no es lógica ni ontológicamente inherente al derecho. Ciertamente él es normativo y prescriptivo pero no posee en sí mismo la fuerza de imponer o de hacer respetar aquello que prescribe. La coerción le viene del exterior: es política o hierocrática según los casos. Esto importa preservar la especificidad del uno y de la otra, sin confundirlos y sin hacer predominar a uno sobre el otro. Si la fuerza sola produce derecho, no hay más derecho sino una sucesión de voluntades políticas discrecionales y caprichosas. No porque esta solución conduzca a aberraciones, se deduce que la proposición inversa, la sustitución de la fuerza por el derecho, sería deseable. Así, la mayor parte de las teorías que pretenden poder eliminar la fuerza, reposan sobre este paralogismo. En el Estado de Derecho en que reinara exclusivamente la ley, no solamente el derecho sería impotente sino que la política misma terminaría paralizada. Toda la experiencia y, sobre todo, ciertos acontecimientos actuales muestran que, si el Estado no cumple sus funciones normales, la política no muere sino que otras fuerzas, no oficiales ni controladas, toman el lugar de la política declinante, fundan la policía, instituyen sus tribunales, *etc.* El derecho no excluye la **fuerza** sino la **violencia**.

Aquí aparece el segundo aspecto del problema. Se suele asimilar Estado de Derecho y Estado de Paz, en el sentido que el derecho sería por sí mismo el fundamento de la paz. En realidad, no es más que un medio entre otros muchos, por ejemplo el amor o la solidaridad que preconizan los pacifistas, para hacer reinar la paz. Posiblemente sea el medio más racional. De todos modos, no puede impedir la violencia, porque ella nace de impulsos incontrolables, a falta de ser ella misma una fuerza. La paz es un asunto primordialmente político y no jurídico. Es precisamente porque la política es más poderosa para impedir la violencia, tanto interior como exterior, que

puede imponer las soluciones por la vía del derecho. Dicho de otra manera, el derecho no instaura la paz por sí mismo, pero contribuye a mantenerla cuando la política la ha establecido y se orienta a imponer y hacer respetar soluciones por la vía del derecho con preferencia a la de la violencia. Si la voluntad política se decide por el recurso deliberado a la violencia, el derecho no lo puede impedir.

b) Derecho natural y derecho positivo.- Se trata, en realidad, de una querrela entre positivistas y iusnaturalistas. Sin hacer acá una exposición histórica, es evidente que la noción de derecho natural es equívoca. No hay, en efecto, nada en común entre el derecho natural de Calicles, concebido como manifestación de la fuerza que un hombre posee naturalmente, y el derecho del hombre del estado de *natura* de Hobbes y los estoicos, que veían en la ley natural una regla universal y cósmica válida para todos los seres razonables, fueran dioses u hombres. Del mismo modo hay una enorme diferencia entre el derecho natural de Aristóteles, variable y tendiente a corregir el derecho positivo para hacerlo más justo, y el de Wolff como el fundamento inmutable de la moral y del derecho positivo. De todos modos, existe una tradición de derecho natural que un jurista alemán contemporáneo, Cathrein, ha resumido así: el derecho natural es un aspecto de la moral y como tal determina los “principios jurídicos que son independientes del espacio y el tiempo, que tienen una validez independiente de toda institución humana y que constituyen el presupuesto de toda convivencia de seres razonables”, de suerte que el derecho positivo no tiene validez si no se le conforma. A lo que los positivistas responden que no hay otro derecho que el que ha sido establecido por los hombres y que es válido porque ha sido establecido y tal como ha sido establecido, independientemente de toda norma trascendente, sea divina o natural. El derecho natural no sería, pues, otra cosa que una noción metafísica o moral, pero jamás jurídica, no sólo porque no es formulable en leyes coactivas precisas sino porque sus pretendidas máximas son indeterminables. En el mejor de los casos, la noción de naturaleza es ambigua. No hay derecho sino de la convención, de la decisión o de la voluntad, y en consecuencia lo único cierto es lo que está establecido por costumbres o leyes en las compilaciones o códigos, y por lo que determinan las diversas instancias jurisdiccionales.

Sin abrir la discusión y sin aludir a los recientes trabajos de J. Richter que retoma una concepción del derecho natural aristotélico muy diferente del tradicional, los partidarios del derecho natural, aun considerando que la expresión no es feliz, se encargan de remarcar que, si no se reconoce otro derecho que el positivo, se corre el riesgo de considerar justo únicamente a lo que es conforme a las leyes establecidas. ¿En virtud de qué norma podemos entonces declarar que una ley es injusta? Max Weber constata que es precisamente en nombre de la justicia que no es positiva, que los revolucionarios se rebelan contra el orden establecido y sus leyes positivas, para instaurar un orden distinto. Otros señalan que el positivismo reduce al jurista a un

simple comentador de los códigos, que no puede pronunciarse sobre la coherencia o incoherencia del sistema o eventualmente sus lagunas. Al final de cuentas, deben aceptarse como normas últimas aquellas que determina el poder instalado. Retomando la idea de Montesquieu: “antes de que hubiera leyes había productos de justicia”, A. Reinach, sin referirse jamás al derecho natural y siguiendo estrictamente el método fenomenológico de Husserl, muestra que hay “figuras jurídicas” o proposiciones *a priori* independientes de todo derecho positivo y que son tan necesarias y generales como las geométricas.

El problema del derecho natural, aunque no la noción misma, se inscribe en la dialéctica de la política y la moral. La cuestión es saber si, como lo cree el positivismo, una idea puede ser definitivamente superada o si, por el contrario, puede renacer continuamente bajo otras formas correspondientes con el nuevo contexto social. En este sentido, el problema subyacente al del derecho natural es eterno, en la medida en que el hombre estará siempre dispuesto a resistir, por diversas razones y sea cual fuere el régimen, ciertas prescripciones de derecho positivo. En otras palabras, es la idea misma de justicia, esencial para el derecho porque constituye su finalidad, quien se ubica en el corazón de la querrela entre positivistas e iusnaturalistas. Si se adopta la posición de estricto positivismo jurídico, habrá que convenir que el problema de la justicia está definitivamente resuelto: es justo aquello que cada gobierno, sea cual fuere, estipula. Servidor del orden existente, el jurista no puede más que andar a remolque del derecho subjetivo, donde el albedrío se extiende más considerablemente, aún si ello condujera a la catástrofe, a menos que eventualmente ese derecho subjetivo sirviera de *Ersatz* al derecho natural.

c) Derecho objetivo y derecho subjetivo.- Este debate es sin duda más inmediatamente actual que el precedente, aunque siempre haya sido clásico salvo porque los filósofos no le han conferido importancia sino ahora. Se entiende por derecho objetivo el que es independiente de la voluntad propia del beneficiario, que por tanto no concierne directamente al individuo como tal sino al orden general de la colectividad. Ejemplos: una constitución, un código de procedimiento, el derecho consuetudinario. Por *derecho subjetivo* se entiende al que protege una prerrogativa o un interés particular y que tiene por causa una voluntad singular, por lo que da pretexto a la reivindicación por parte del individuo que hace “valer sus derechos” o exige que se los garantice. Ejemplos: las disposiciones testamentarias, los contratos, los derechos adquiridos o la libertad de conciencia. El primero apunta al interés general de la colectividad, el segundo a un interés propio. En otras palabras: en el primer caso es la colectividad quien lo sostiene, en el otro, el individuo.

En todos los tiempos los dos tipos de derecho han coexistido. Desde los privilegios medievales hasta la constitución de la propiedad y de la libertad en derecho (los jurisconsultos romanos consideraban a la libertad como *facultas* y no como *ius* y oponían incluso la propiedad {*dominium*} al *ius*). Es fundamentalmente con Duns

Scoto y Occam y más tarde con Grocio, que definió al derecho como *ius est qualitas moralis personae competens ad aliquid iuste habendum vel agendum*, que el derecho subjetivo tomó la delantera correlativamente con la creciente influencia del individualismo. Es imposible describir aquí el camino que ha conducido a hacer el fundamento de numerosos sistemas jurídicos modernos la institución creciente de reivindicaciones individuales, como el derecho a la salud, a la información objetiva *etc.* Nótese sin embargo que rápidamente invadió igualmente la esfera de la política, primero con Rousseau que concibió al cuerpo social como la expresión de una voluntad general, y luego con los trabajos de numerosos juristas como Jellinek, que se esforzaron en reducir las reglas de derecho y aún las de la reglamentación, a la voluntad subjetiva del Estado. Ciertas teorías anarquistas y sindicalistas han acentuado la tendencia hasta justificar la violencia en nombre de los derechos del individuo. La supremacía del derecho subjetivo es hoy en día tal que las teorías comunitaristas se entrechocan entre sí porque, en contradicción con sus propósitos, afirman la prioridad de los derechos subjetivos de sus miembros sobre la organización misma. Hemos llegado al punto que, en la actualidad, el derecho es considerado cada vez menos como una norma general de relaciones entre los miembros de una colectividad, sino sobre todo como *la justificación de las exigencias de los individuos y la protección de los intereses particulares de los grupos.*

Esto supera la simple oposición teórica entre derecho objetivo y derecho subjetivo para adquirir una cabal dimensión social. El reconocimiento de la legitimidad de todas las reivindicaciones desordenadas de individuos y grupos en nombre de una justicia abstracta e inconsistente, lleva a hacerle perder al derecho en general su significación y su razón de ser, pues deja de estar al servicio de la regularización de las relaciones sociales y deviene un medio de sujetar o someter a la sociedad misma. No hay razón para asombrarse si numerosos espíritus están ya dispuestos a reconocer, por lo menos implícitamente, un *derecho a la violencia* (lo que constituye una aberración desde el punto de vista jurídico). Es así que la importancia desmesurada acordada en nuestros días, a nombre de un pretendido derecho, a toda suerte de reivindicaciones subjetivas e irreflexivas, conduce a las desregulaciones y a la legitimación de todos los gustos, aún los más extravagantes y agresivos. Se sigue una *desintegración social* cuyo límite extremo es lo que en sociología se denomina estado *anómico* y en política, siguiendo a Hobbes, el estado de *natura*, es decir, una situación en la que el derecho dejaría de existir y donde sólo la fuerza física o los grupos informales harían la ley. ¿Qué es, en efecto, el estado de *natura* sino un estado no jurídico que se caracteriza por el hecho que cualquiera puede decir: *es ley lo que yo quiero?* No sería en ningún caso cuestión de proscribir el derecho subjetivo, que siempre ha representado un aspecto ordinario y necesario del derecho y que, como tal, ha contribuido no solamente al desarrollo del pensamiento jurídico sino al de toda la civilización en general, por lo menos la occidental. En efecto, ha coexistido en todos los tiempos, salvo tal vez en los sistemas de *dharma* hindú o de *fiqh* islámico. Lo que

debe remarcarse es que, desde que resulta preponderante y tiende a confiscar el pensamiento jurídico en provecho de puras reivindicaciones particulares de individuos o de grupos, deviene una *corrupción interna* del concepto mismo de derecho.