

## LOGICA Y DERECHO

### Introducción

Hace poco tiempo, en una brillante disertación del prestigioso maestro de Filosofía del Derecho, Luis Recaséns Siches, dada en el Aula Magna de la Universidad de Valencia, se escuchó la tesis de que ni para el conocimiento, ni para la aplicación de la norma jurídica es necesaria la Lógica. Para preparar mejor a su auditorio fue exponiendo opiniones de juristas contemporáneos, según las cuales, ni en las sentencias judiciales existe una verdadera “subsunción” como pretendía la dogmática jurídica desde los pandectistas, pues la construcción lógica de las sentencias es artificio “a posteriori”, una vez conocido el hecho y el Derecho aplicable y tomada una decisión, que es la que se refleja en el fallo. La tesis había sido expuesta por el maestro en su obra “Nueva filosofía de la interpretación del Derecho”. Al recalcar en esta posición, Recaséns Siches empleó la expresión “lo razonable”, justificándola por causa de que existen casos de interpretación jurídica en los cuales se pone de manifiesto que la Lógica tradicional conduce a resultados disparatados, irritantes e injustos. Ante ellos—decía Recaséns—sentimos y comprendemos que hay razones muy importantes y decisivas para tratar el problema de modo que se prescindiera de aquella Lógica. ¿Significa esto la eliminación de la Lógica en el Derecho? Es de advertir que en esta disertación del citado profesor no se hizo alusión alguna a las modernas corrientes logísticas en el campo del Derecho.

Oyéndole, vino a mi mente el recuerdo de aquel pasaje de Luis Vives que se contiene en su obra “Prelección al libro de las leyes de Cicerón”, donde al referirse al tema que vamos a tratar, después de transcribir un párrafo del filósofo latino cuando éste alude al jurisconsulto Servio Sulpicio y su dialéctica, escribe Vives: “Todo esto es de Cicerón. Transcribí todo este pasaje para que, los que creen que aquella filosofía racional que llaman Lógica, no tiene que ver con el conocimiento de las leyes, se den

por enterados de la grandísima utilidad que les reporta y hasta qué punto tienen de ella necesidad” (1).

En verdad, resulta harto difícil, no sólo para lo juristas teóricos, sino para quienes hemos tenido ocasión de asumir la augusta función judicial, que no exista rastro lógico en la sentencia, sino sólo apariencia y artificiosidad, cuando la Jurisprudencia cuida tanto de que los fallos de los órganos judiciales inferiores sean “congruentes”. ¿No consiste la congruencia en la adecuada conexión lógica entre la norma aplicada y las circunstancias de hecho del punto controvertido que el juez ha de juzgar?

Igualmente resulta difícil admitir que la aplicación del Derecho sea ajena a la Lógica, cuando los juristas sabemos que la función de aplicar el Derecho positivo requiere de una previa actividad interpretadora y ésta se basa muchas veces en principios lógicos, ya relativos a un párrafo determinado, ya relativos al sistema jurídico del cual forma parte la norma aplicada. Ni cabe desconocer que para interpretar, antes es necesario conocer la norma aplicable. Siendo, pues, ésta un objeto de conocimiento, los principios relativos al conocimiento en general tienen su proyección en el conocimiento del Derecho. Así, pues, si la lógica asegura nuestro conocimiento en general, igualmente ha de asegurar nuestro conocimiento del Derecho. La conclusión es válida, tanto si se trata de la Lógica aristotélica, como si se trata de la Lógica entendida al modo de Leibniz como “scientia generalis”.

Como objeto de conocimiento es obvio que el Derecho ofrece variados aspectos, tantos como perspectivas desde las cuales le consideremos, lo cual ya debe advertirnos que en su conocimiento no basta adoptar una sola de esas perspectivas, ni siquiera apoyados en la abstracción más abstracta del conocimiento concreto sobre el Derecho.

Recientemente ha expuesto Zubiri que la verdad sólo es posible respecto de la inteligencia. Pero ni el juzgar ni el concebir son las funciones primarias del conocimiento, porque juicios y conceptos se forman sobre la realidad que está presente. En cualquier acto de intelección se presenta como algo distinto lo real y la actualización de lo real. Inteligir es tener meramente actualizado lo que es en realidad, la cual puede definirse como un modo de representación en una formalidad determinada. Hay un último aspecto de la verdad que es aquél en que la realidad se presenta como algo previo, a lo cual remite el acto intelectual. La verdad sólo se da en la inteligencia, pero en ella es la verdad de la cosa. Hay, pues, en nuestro conocimiento un doble aspecto de la verdad: el lógico y el

(1) Obras completas. Trad. Ribera. Ed. Aguilar, t. I, pág. 695.

ontológico. Este último constituye la "patencia" de la verdad como característica de la misma, a la que hay que añadir otros dos caracteres: la "confianza", en cuanto nos permite apoyarnos en ella y obtener seguridad en el conocimiento; y el de "manifestación", en cuanto expresión de la naturaleza de la cosa (2).

¿Hasta qué punto la Lógica fundamenta el conocimiento y la aplicación del Derecho? Interesa mucho el tema, dado el gran número de juristas que siguen actualmente las corrientes lógicas, y que parten del principio de que la Lógica se nos presenta como la única filosofía posible sobre el Derecho, dentro de ese conocido proceso que tiende a liberar la Filosofía de todo contenido metafísico.

Fue Leibniz quien afirmó que en el pensamiento jurídico tan importante como la Lógica es la Metafísica. "Sed Logica in primis et Methaphisica omittenda non est, seu regulae quaedam philosophicae in iure obtinentes, quas regulis iuris vulgo male inmiscet" (3). Y al tratar de cuestiones jurídicas concretas, nos presenta la Lógica jurídica en relación con aquéllas, como conteniendo las reglas precisas para su resolución, reglas que forman parte de la "mathesis universalis".

Esta idea de Leibniz resurge a raíz de las "Investigaciones lógicas" de Edmundo Husserl. La Lógica fundamenta el conocimiento científico, porque así lo requieren las imperfecciones de las Ciencias particulares. En éstas, ni resulta comprensible la función de sus conceptos y proposiciones, ni se analizan exactamente los supuestos, por lo cual el conjunto de sus conocimientos no queda al abrigo de la duda teórica. Y es para superar ésta que Husserl propone un orden de investigación que afecte por igual a todo conocimiento científico y que lo fundamente. Es la teoría de la Ciencia o Lógica. En todas las ciencias particulares se expresan juicios, en todas ellas se juzga sobre sus respectivos objetos y se expresan normas. Por ello, al formular el sistema general de enjuiciar y de normar el sistema vale para todas las Ciencias, a todas las cuales le sirve de fundamento.

Pero al intentar comprender la realidad o verdad de las cosas el hombre no se limita a la intelección. Como ha dicho Zubiri, comprender es algo más que inteligir. La comprensión recae sobre la estructura misma de la realidad. Y en esta operación intervienen entendimiento y razón. El inteligir se entiende tiene diversas modalidades y no es la razón, pero

---

(2) Conferencias pronunciadas por el maestro en febrero y marzo de 1966 en la Sociedad de Estudios y Publicaciones.

(3) "Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentia", pág. 201.

está abocado a ella. La razón es apertura incoativa (nos lleva de un algo a otro algo), porque la verdad es abierta e incoativa. Es un esfuerzo tenso, dinámico, y como por tanteo, hacia la estructura interna de las cosas.

El propio Zubiri recuerda que el mundo del "Logos" surge entre los griegos como algo perteneciente a la estructura del ente, algo que expresa la cosa tal cual es, no tal como se piensa sobre ella o se la conoce. Trátase de "una visión teórica del mundo" (4). El "Logos" es para los griegos el principio, superior al meramente biológico, capaz de distinguir al hombre del animal; la actividad del espíritu, el poder de reflexión y dirección, el intelecto imponiéndose a la necesidad y a la fuerza bruta. Gracias a él, el griego interpreta el cosmos en lugar de sumergirse en éste, como se hiciera en el pensamiento oriental a través de un cierto orden. A través del "Logos", Grecia enseñó a los hombres a señorear el mundo que nos rodea; y al proyectarlo sobre la conducta humana dio origen al "Nomos" como orden de la misma, así respecto de la persona, como de la Polis. De este modo, el ser fue interpretado como razón y se afirmó la racionalidad de las cosas.

Aristóteles, al descubrir la sustancia de éstas y distinguirla de los accidentes, creó las bases de su Lógica. Esta surge desde el principio como una parte de la Filosofía, gracias a la distinción entre el ser del juicio y el ser de la cosa, en lo que se diferenció de su maestro Platón. Y surge con carácter instrumental. La Lógica tiene por objeto el ser, formalmente considerado en su objetividad mental. En cambio, la Metafísica como parte de la Filosofía, tiene por objeto ese mismo ser, pero formalmente considerado en su entidad. No es un azar—ha dicho Heidegger—que la teoría del Aristóteles, referida al "Logos", se incluyese bajo la rúbrica del *Organon*, en cuanto se convierte en algo que se utiliza para obtener y asegurar la verdad (5). De ahí su carácter instrumental.

Sin embargo, no puede confundirse con un arte, si por éste se entiende un conjunto de reglas prácticas que guían la acción humana. Ciertamente, Santo Tomás considera la Lógica como Arte de las Artes, porque nos guía en la acción racional, pero no menos cierto es que el propio Doctor Angélico escribe: "In speculationis alia rationalis scientia est dialectica... et alia scientia demonstrativa". Para el Aquinatense la Lógica es también Ciencia, y Ciencia de la Ciencia de lo real. Las relaciones aquí consideradas, no son las ontológicas sobre las cuales recae primeramente la aten-

(4) "Sócrates y la sabiduría griega". Escorial, núm. 2.

(5) "Einführung in die Methaphisique". Tubingen, 1953, pág. 92-3.

ción del espíritu, "primae intentiones", objeto de una primera abstracción, sino las relaciones lógicas que nacen de la comprensión de objetos abstractos y sobre los cuales recapacita la razón reflexiva, "secundae intentiones", como objetos de segunda abstracción (6).

En Kant la Lógica aparece también con carácter instrumental; pero el filósofo de Koenisberg distingue entre un uso general y un uso particular del intelecto humano, a cada uno de los cuales corresponde un tipo de Lógica. Al primero la Lógica General. Al segundo, la Lógica aplicada. Mientras la primera puede denominarse Lógica Elemental, la segunda constituye el organon de una Ciencia determinada. La Lógica General o Elemental considera la forma lógica en la relación de los conocimientos entre sí. Y como puede haber conceptos referidos "a priori" a objetos de experiencia, puede llamarse a la Lógica General, Lógica Trascendental. Puede concebirse así una Ciencia del intelecto puro y del conocimiento racional, gracias a la cual podemos pensar objetos plenamente "a priori", que es precisamente la Lógica Trascendental según Kant, para diferenciarla de la Lógica referida a objetos empíricos. La Lógica Trascendental comprende la Analítica o Lógica de la Verdad, que estudia los elementos del puro conocimiento y los principios sin los cuales ningún objeto puede ser pensado; y Dialéctica o crítica de la apariencia. La Lógica Trascendental está constituida por las leyes que rigen la razón y el intelecto humanos (7).

Es sabido que en buena parte, la "Crítica de la razón pura" es Lógica Trascendental. Pero el subjetivismo gnoseológico del que se resiente esta obra kantiana, así como su erróneo concepto del juicio sintético "a priori", deben contar a la hora de enjuiciar los frutos de su concepción lógica. Las mismas categorías no son más que formas puras del conocer humano, especie de redes en las cuales queda apresado el fenómeno. Por eso el filósofo alemán podía afirmar que el mundo que conocemos no estamos seguros de que sea tal como lo vemos, sino que sólo podemos afirmar que nosotros lo vemos así. Hay, pues, una clara disociación entre el conocer y el ser, que habiéndose originado en Descartes, prosigue a través de Kant y llega hasta los filósofos contemporáneos, contribuyendo a la eliminación de las formas sustanciales operada por la Filosofía moderna. Y es de subrayar que el neokantismo, tanto en su Escuela de Marburgo, como en la Escuela de Baden, inspirado en el Kant de la Crítica de la razón pura, construye una teoría del conocimiento inmanente al

---

(6) Mercier. "Lógica". Ed. 1927, pág. 130, nota 1.

(7) F. Barone: "Kant e la logica formale". *Filosofía*, VII, 4.ª ed., 1956.

hombre de carácter meramente formal, mediante el desarrollo del concepto de la Lógica Trascendental, especialmente la segunda de las citadas Escuelas, más relacionada con el Círculo de Viena (8).

Mientras en el realismo gnoseológico el conocimiento pende del ser expresado en la definición "Veritas est quod est", como verdad ontológica que condiciona la verdad lógica, esto es, la verdad del que conoce, de ahí la definición "quaedam adecuatio rei et intellectus", en el formalismo gnoseológico es el pensar el que crea la base del ser. Por eso Hegel podrá afirmar: "Todo cuanto es racional es real, y lo real es racional. En tal persuasión queda apaciguada toda libre conciencia, como también la Filosofía, y de ella deriva toda consideración del mundo, así espiritual como material". "La idea y su existencia son dos partes distintas y conjuntas como el alma y el cuerpo". "De manera que la existencia forma el cuerpo de la idea, como éste se subordina al alma, de la cual emana...". "La unidad de la existencia y de la idea, del cuerpo y del alma, es verdaderamente idea". Este "panlogismo" lo expresó Hegel con el conocido principio: "Todo lo real es racional, y todo lo racional es real" (9).

En la "Lógica del conocimiento puro", Hermann Cohen parte de este principio al afirmar que el pensar crea la base del ser. De aquí que el conocimiento puro es pensamiento que tiene su origen en el mismo ser humano. Así construye su Lógica con plena identificación entre pensar y ser. No hay más ser que el lógico. Las cosas no son dadas ("gegeben"), sino propuestas ("aufgegeben"). Y el mismo objeto del conocimiento es creación del método trascendental creado por Kant. De este modo la teoría del conocimiento se identifica con la Lógica Trascendental y ésta se reconoce como la única Metafísica posible (10).

Ahora bien, y como se pregunta González Vicen: ¿Se constituye para nosotros el ser efectivamente en el juicio, o representa una objetividad hacia la cual es posible un acceso directo? ¿Existe una relación de la conciencia cognoscente con sus contenidos que no sea la de la síntesis categorial? Contestar estas preguntas supone una superación del neokan-

---

(8) El Círculo de Viena, surgido en 1929, relaciónase con una asociación filosófica fundada por Moritz Schlik, cuya orientación común es un empirismo lógico o físico-analista, siendo sus representantes más destacados Carnap, Frank, Neurath y Reisenbach.

(9) Introducción a su "Filosofía del Derecho". Ed. Italiana de Turchiariulo, 1948, págs. 26 y 32.

(10) "Logik des reinem Erkennis", 3.<sup>a</sup> ed., 1922.

tismo, aunque se haga por vía neokantiana, como hizo Siegfried Marck al formular su concepto rector de la verdad en la *Lógica* (11).

Una *Lógica* del conocimiento, necesaria por imperfección de las ciencias particulares, con un sentido idéntico al formulado por Leibniz será el descubrimiento de Edmund Husserl. Hay un orden del conocimiento que es esencial a todo conocimiento humano y que constituye el contenido de esa *Lógica* llamada *Teoría de la Ciencia* (12). Sus antecedentes se encuentran en Bolzano ("*Wiissenschaftlehre*" publicada en 1837) y principalmente en el pensamiento de Francisco Brentano.

Para Husserl, mientras la *Lógica* aristotélica no es más que la *Lógica* de la contradicción y de la consecuencia, su *Lógica*, de naturaleza formal, tiene una orientación óntica y no epistemológica. Expresa leyes ideales de las que todas las Ciencias pueden hacer uso y en las cuales todas basan el fundamento de su conocer, pues que conocer significa en todas ellas formular juicios sobre el objeto de sus respectivos conocimientos. El modo de formularlos no sólo es idéntico, sino que es expresivo de una norma. Por eso la *Lógica* de Husserl es normativa y está constituida por proposiciones (13).

Refiriéndose a esta *Lógica* husserliana Nicolas Hartmann dice que "más acá del idealismo y del realismo, la *Lógica* dibuja el edificio de formas y relaciones formales, como un mundo de dependencias y estructuras de contenido, existentes en sí mismos, que permanecen indiferentes ante la participación en ellos del sujeto (14). Todos los entes lógicos son objetivos y poseen un ser ideal, de modo que las leyes lógicas no lo son del pensamiento, ni del conocimiento, sino normas de este ser ideal y de las relaciones contenidas en él. Aquí la relación entre pensamiento y ser no tiene carácter de identidad; tampoco de dependencia recíproca. El pensar ideal está unido al ser ideal, pero no a la inversa.

Con esto la esfera lógica se amplía mucho, pues, es comprensiva así de las enunciaciones de la *Lógica* aristotélica y tradicional, como de todas las enunciaciones de la *Lógica* formal e incluso de todas las posibles estructuras de contenido. Esta ha sido, según Hartmann, la inmensa labor llevada a cabo por la fenomenología, la cual nos muestra el mundo objetivo e ideal de lo lógico como límite superior de todo conocimiento, entendiendo lo lógico como estructura immanente de éste. No obstante,

---

(11) "Substanz und Funktions begrif in der Rechtsphilosophie". Ed. 1925.

(12) "Investigaciones lógicas". Cap. I. Madrid, 1929. Ed. Rev. de Occidente.

(13) Véase el trabajo de C. Cossío en el Anuario de FILOSOFÍA DEL DERECHO. V. VII, 1960. "La norma y el imperativo".

(14) "Grundzüge einer Methaphisik der Erkenntnis", pág. 25.

para Hartmann la Lógica no tiene carácter de ultimidad, pues participa de una esfera más amplia de perspectivas, estructuras y conexiones que es la esfera del ser ideal, que algunos llaman “ontológico-formal”. Sin embargo, Hartmann rechaza el calificativo de “formal”. Hay estructuras ideales que no tienen traducción concreta en el mundo real; por eso no pueden coincidir la ontología formal y la material, y por ello mismo, no son equivalentes a las ontologías ideal y real las llamadas ontología formal y material, respectivamente.

Para Hartmann la Lógica no es la Ciencia del pensamiento y la Ontología no puede limitarse a ser la doctrina del ser ideal o esencia. Esta sólo constituye la mitad de la Ontología. Debe añadirse la doctrina del ser real. El ser posee una Lógica propia que es distinta de la Lógica de las estructuras ideales. De aquí que sólo pueda tener sentido—concluye Hartmann—una Lógica del ser entendida como estructura normativa categorial, o de relacionalidad en general, al margen de la esfera lógico-ideal y del sujeto, de su intelecto y de su pensamiento. Si esto es o no Lógica, no puede determinarse desde el ámbito de la Ontología, sino desde el ámbito de la misma Lógica (15).

En los últimos tiempos aparecen doctrinas agrupadas bajo la común denominación de “logística” con clara tendencia a una Lógica simbólica y matemática. Fue Couturat quien en 1904 propuso el nombre de “logística” y el término es empleado por Whitehead y B. Russell (16). La “logística” se ha desarrollado al margen de la Filosofía. Esto puede explicar que hayan seguido esta corriente pensadores filosóficos de la más diversa tendencia. Así, Bochenski lo hace desde perspectivas filosóficas tradicionales. Whitehead desde un punto de vista realista moderado, y Fraenkel desde un plano platónico. Bertrand Russell oscila entre la corriente neoplatónica y el empirismo a que conduce el atomismo lógico que propugna en su filosofía de la ciencia.

Heidegger ha subrayado cómo en los países anglosajones la “logística” se ha erigido en la única filosofía posible, cuyos resultados y métodos suministran datos seguros e inmediatos a la técnica (17). Los mismos cerebros electrónicos, tan del día, funcionan a base de principios logísticos. Como tal filosofía—ha dicho Russell—la “logística” se ha conver-

---

(15) Ob. cit. págs. 192-3 y 314-5.

(16) “Principia mathematica”.

(17) “Was heisst Denken?”, pág. 10.

tido en “investigación de la forma lógica de los hechos” (18). Esto puede explicar la creciente relación entre la Física y la Filosofía.

Con estas corrientes la Lógica se ha convertido en la Teoría de la Ciencia. Se prescinde de la Metafísica—como ya hiciera en el pasado siglo el positivismo que iniciara Augusto Comte—por ser imposible lógicamente pensando. La Metafísica es “un sin sentido lógico”. Carnap afirma que la realidad metafísica no es constituible. Dewey, que la Epistemología no es más que un conjunto de concepciones lógicas y de prejuicios psicológicos y metafísicos fuera de lugar, pues que el elemento esencial en la teoría del conocimiento es el lógico (19). Así se conceptúa la Lógica como la “Teoría de la investigación de la investigación científica”, que suministra a toda Ciencia “aserciones garantizadas”. Lo declara también Peirce, quien añade: “Con una expresión más justa diríamos que, así como la investigación de la investigación es la causa cognoscendi de las formas lógicas, la investigación primaria es a su vez, la causa essendi de las formas que nos descubre la investigación de la investigación” (20).

Obsérvese, sin embargo, que salvando el punto exclusivamente formal, tan característico de la “logística”, la conclusión a que se llega es paralela a la formulada por Santo Tomás de Aquino y citada más arriba, al conceptuar la Lógica como “Ciencia de la Ciencia de lo real”.

En Europa el movimiento logista tiene su origen en el Círculo de Viena. El principal representante es Ludwig Wittgenstein, quien expuso su teoría en su “Tractatus logico-philosophicus” (1921). Para él la Lógica es la técnica que verifica sus proposiciones de acuerdo con un sistema de reglas que constituyen un lenguaje artificial. Estas proposiciones son “tautológicas”, es decir, no dicen nada por su contenido. El mundo está constituido y se interpreta mediante “proposiciones atómicas” que corresponden a los “hechos atómicos” en los cuales consiste. Las proposiciones lógicas representan la estructura del mundo. Mediante la Lógica habla la naturaleza misma de los signos esencialmente necesarios. Siempre hay algo en común entre la estructura de la proposición y la estructura del hecho, y es la “figura”. Esta no puede situarse fuera de su forma de representación. La Lógica llena el mundo y los límites de éste son también sus límites. De ahí que los límites del lenguaje signifiquen los límites de mi mundo.

Sin embargo, Wittgenstein piensa que la cuestión de los límites del mun-

(18) “The scientific Method in Philosophy” en *Mysticism and logic*. Ed. española, pág. 112.

(19) “Lógica. Teoría de la investigación”. Ed. Imaz. México, 1950, págs. 511-85.

(20) “Collected Papers”. Cambridge. Citado por Dewey en obra citada pág. 22.

do no es problema filosófico, sino ético. Sólo la buena o la mala voluntad del hombre modifica estos límites. Por eso al eliminar el concepto de Filosofía proclama que la Lógica es su heredera (21).

### APLICACION DE LA LOGISTICA AL DERECHO

Gómez Arboleya en "Supuestos cardinales de la ciencia jurídica moderna" (22) arrancando de la implantación en Europa de las monarquías absolutas, recuerda que el Príncipe buscaba la unidad del Estado mediante la unificación del orden jurídico, pues sin él no se comprendía la unidad política. Para lograr esa unidad el jurista se alía con el Príncipe contra el estamento noble y el eclesiástico. Tras de la Revolución francesa, el Estado nacional de ella surgido, convierte al jurista en legista, en puro científico. Se servía de la Lógica con un carácter formal que albergaba en su seno un racionalismo filosófico constructivo de fondo burgués. Y el orden jurídico, más que un sistema justo, viene a ser la ordenación de la sociedad burguesa con un sentido unitario que suscitará la necesidad de promulgar los Códigos. Por eso la literatura jurídica se centra en el precepto como una conexión entre el supuesto fáctico y la consecuencia jurídica, mediante un lenguaje técnico en el cual la palabra expresa el elemento lógico del sistema. De ahí la importancia de la interpretación lógica y sistemática de la ley. La misma Jurisprudencia se nos aparece con un claro sentido logicista de aplicación del Derecho nacional. La Ciencia jurídica, con evidente carácter conceptualista, pretendía construir sus conceptos a base de abstracción de la realidad jurídica por método inductivo. Sólo cuando atisbaba los problemas fundamentales del Derecho notaba la insuficiencia de su método y lamentaba la ausencia de la Filosofía. El caso de Rodolfo Ihiering es muy aleccionador (23).

La conciencia lógica del Derecho por vía neokantiana aparece en Rodolfo Stammler, al diferenciar la Teoría General de la Técnica jurídica e intentar conseguir un concepto universal del Derecho que no puede identificarse con su consideración técnica. Al conceptuar el Derecho como "el orden imperativo e inviolable de la vida social" cargaba sobre el elemento formal (imperatividad e inviolabilidad) la esencia universal de la norma jurídica. La Filosofía del Derecho se convierte así en "el sistema de las

(21) Ob. cit. pág. 21.

(22) 1.<sup>a</sup> ed., págs. 62-5.

(23) Véase el prólogo a la 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> ediciones de su obra "Das Zweck im Recht". Leipzig, 1855, pág. 117.

formas puras que envuelve nuestras nociones jurídicas”, siendo imprescindible para llegar a una verdadera Ciencia del Derecho (23’). Lo formal equivale a “condicionante” (“bedingend”). De las formas o elementos lógicos condicionantes es posible obtener una doctrina, mientras lo material se degrada en masa caótica si se prescinde de la determinación formal del pensamiento. Estas formas puras no son algo innato, ni gozan de una existencia aparte. Sólo se manifiestan dentro de un Derecho históricamente determinado y se le revelan al jurista en los hechos concretos de la vida jurídica. En definitiva, tratase de la aplicación de la Lógica Trascendental de Kant a la esfera del Derecho, pero su doctrina se centra más en el conocimiento de éste, siguiendo la teoría gnoseológica de Marburgo, que en la estructura lógica de la normatividad jurídica.

Este último enfoque es la obra de Hans Kelsen, al que cabría relacionar con la Escuela neokantiana de Baden. Aunque su teoría sobre el Derecho es posterior en la intención a su teoría sobre el Estado (partiendo de la doctrina de Jellineck y Laband) conceptúa el Derecho partiendo de lo que el jurista austríaco llama “pureza metodológica”, esto es, exclusión de todo punto de mira que no sea el estrictamente jurídico, a los cuales denomina “metajurídicos”. Nuestro conocimiento sólo puede versar sobre el Derecho positivo y la Ciencia sobre éste ha de ser “despreocupada”, libre de intereses ideológicos y políticos. En todo caso, nuestro conocimiento es el que crea el objeto conforme a sus leyes inmanentes (24).

La norma jurídica se presenta como un deber ser en conexión lógica con otro deber ser y éste con otro hasta llegar a la norma fundamental. En la estructura lógica de la norma distingue el “Tabestand” o supuesto fáctico y el “Zurechnung” o consecuencia jurídica, relacionados entre sí mediante nexo lógico. De ahí su idea de la Ciencia jurídica: el sistema de la Lógica del deber ser. Una Lógica distinta de la aristotélica que se funda en el ser. Kelsen separa el ser del deber ser con una línea tan tajante como la de la Moral y el Derecho en el pensamiento kantiano. Trátase de la oposición entre los vocablos alemanes “Sein” y “Sollen”, equivalentes respectivamente a norma de la naturaleza y norma del espí-

---

(23’) “Tratado de Filosofía del Derecho”. Ed. Reus, 1930.

(24) “Compendio de la teoría general del Estado”. Ed. Boch, 1928; “Teoría general del Estado”. Ed Boch, Barcelona, 1934; “La teoría pura del Derecho”. Buenos Aires, 1941; “Derecho y paz en las relaciones internacionales”. México, 1943; “Sociedad y naturaleza”. Buenos Aires, 1945; “La idea del Derecho Natural y otros ensayos”. Buenos Aires, 1946; “Interpretations of modern legal philosophies”. New-York, 1947.

ritu, y correlativa a la distinción en Ciencias de la Naturaleza y del Espíritu o de la Cultura.

El deber ser jurídico está al margen de todo otro deber, incluido el deber moral. El sistema Estado-Derecho es un sistema ideal de normas o proposiciones que expresan una conexión lógica entre elementos propios independientemente de si son o no realizadas. Más todavía, la norma jurídica es independiente del sujeto de la misma y del acto psíquico que la soporta. Es el reflejo del pensamiento de Husserl con su concepción de la Lógica pura contrapuesta a un conocimiento real-psicológico. Por eso concibe la personalidad jurídica como simple sujeto de la imputación.

Más tarde, en contacto con el "fiscalismo" americano, Kelsen elabora su pensamiento en un sentido lógico positivista, que sin abandonar la distinción ser-deber ser como contraposición lógica que conserva su utilidad para basar la ciencia normativa pura del Derecho, debilita su contraposición ontológica, por lo mismo que se disuelve en el de "realidad" e "ideología", y el deber ser se logifica hasta convertirse en la expresión lógica no de la realidad, sino de la ideología. Las normas son ideologías y el deber ser que ellas constituyen es su forma lógica. De este modo, el deber ser se convierte en un punto de vista sobre el ser de la norma jurídica.

La doctrina kelseniana de la etapa europea sirvió a Fritz Schreier, aprovechando también la doctrina de Husserl, para enfocar el problema del Derecho, desde el punto de vista de la estructura lógica de sus normas, que expuso en su obra "Concepto y formas fundamentales del Derecho", aparecida en la segunda década de nuestro siglo. Del detalle de su doctrina me ocupé hace algunos años (25). Ahora sólo interesa destacar un breve resumen de la misma. Tarea de la Filosofía del Derecho—piensa Schreier—es la solución del problema de la esencia del Derecho y le parece encontrarla en la estructura lógica de la norma jurídica. De propósito rehuye la consideración de otros aspectos. A él sólo interesa el aspecto lógico-formal, para desde esta posición rechazar el positivismo y el yusnaturalismo. A este último lo rechaza, porque "ha sido suficientemente rebatido por Stammler" y porque "pretende captar una esencia partiendo del estudio de un devenir, lo que es irrealizable" (26).

Considera la Filosofía del Derecho como una Ciencia lógica al modo que hemos explicado antes lo concebía Leibnitz. El fin supremo de todo

(25) "Apostillas a una obra de Fritz Schreier", en Anuario de FILOSOFÍA DEL DERECHO. Madrid, 1955, vol. III.

(26) "Concepto y formas fundamentales del Derecho", Ed. Losada, S. A. Buenos Aires, pág. 25 y ss.

conocimiento científico es la axiomatización. “No se pretende definir el objeto de la ciencia, sino de formular los axiomas de los cuales puede inferirse la totalidad de los conocimientos de cada territorio científico, por medio de simples operaciones de lógica formal. La definición del objeto de la ciencia constituiría un regreso a una noción vacía de contenido”. No ofrece, pues, una noción del Derecho, pues al igual que en las Matemáticas no se define la cantidad y el número y se opera con ellos, así el Derecho no requiere la definición.

A través del análisis fenomenológico, teniendo presente los anteriores principios, Schreier estudia el Derecho como objeto irreal, en el sentido de constituir un objeto que no pertenece a la naturaleza, comprendida ésta en el propio concepto de Kelsen expuso con anterioridad. Distingue el Derecho concreto y el Derecho abstracto. También distingue entre Derecho posible y Derecho real. “Los principios de la teoría jurídica pura, afirma, han sido caracterizados como principios a priori y formales. Tales principios son apriorísticos, como los que valen para las esencias; de aquí que hablemos de la esencia del Derecho, o del Derecho en sentido absoluto”.

También las categorías del entendimiento puro son, al mismo tiempo, “a priori” y formales, por lo cual, tomando en consideración todo aquello que concuerda con las condiciones formales de la experiencia, es posible, respecto de toda clase de Derecho, se pueda considerar a la teoría pura como la doctrina del Derecho posible. Así, pues, continúa Schreier, todas las proposiciones que reúnan tales caracteres son proposiciones jurídicas en cuanto satisfacen las condiciones de la teoría jurídica formal. Estas condiciones representan puras formas vacías que habrán de llenar las distintas proposiciones para convertirse en Derecho real. Tales formas separan lo jurídico de lo que no es jurídico (27).

El Derecho real tiene una mayor extensión que el positivo, entendido éste como cualquier manifestación de la actividad de un legislador. Así se explica la posibilidad de una ley en sentido formal que no sea al tiempo ley en sentido material, esto es, proposición jurídica.

A través de esta apuntada posición doctrinal, Schreier considera el deber ser jurídico como algo puramente formal que forma parte de la Ciencia de las ciencias—la Lógica—que investiga apriorísticamente las teorías posibles sobre el Derecho (28).

Giorgio Del Vecchio intentó también encontrar la noción universal

---

(27) Ob. cit. Cap. I de la primera parte.

(28) Ob. cit. Epílogo, pág. 273, y el último cap. de la 2.<sup>a</sup> parte.

del Derecho como expresión de la unidad de éste, en la forma lógica. He aquí su pensamiento: “Si podemos reconocer como jurídicas instituciones diversas y comprender el Derecho mismo como mudable y vario, nos fundamos implícitamente sobre una noción constante, pues lo múltiple supone la unidad. No podríamos hablar de una evolución jurídica, sino refiriéndonos a una cierta continuidad, a alguna cosa que permita seguir el hilo de esta evolución y recoger en una categoría única los fenómenos jurídicos sucesivos. En suma, atribuir carácter jurídico a instituciones y ordenamientos diversos es al propio tiempo la prueba de la existencia de una noción unitaria. Pero esta noción tiene sólo un significado formal; no es una norma o precepto jurídico (porque en tal caso tendría un contenido particular y ya no sería universal); ni mucho menos constituye un ideal de Derecho, esto es, una determinación de la justicia que se contraponga a los datos históricos del Derecho, como algo más perfecto, porque también en este caso sería algo concreto con un contenido particular. Es en cambio, un elemento que uniforma todas las proposiciones jurídicas y las caracteriza a todas de idéntico modo, permaneciendo indiferente, “adiaforo”, con respecto al contenido de ellas. O dicho con otras palabras: la forma lógica no nos dice lo que es justo o lo que es injusto, sino cuál es el sentido sobre cualquier afirmación sobre lo uno y lo otro. Es en suma, el signo o carácter universal de la juridicidad. Recordando a Kant afirma que la forma lógica responde a la pregunta “quid jus?” y no a la pregunta “quid juris?” (29).

En Europa, por último, pueden recordarse otras posiciones lógicas: la de Ulrich Klug, reducida a la aplicación del Derecho (Rechtsfindung) (30); la de Loevinger, desde un punto de vista práctico; y la de Heinrich Maier desde el punto de vista gnoscológico (31).

En Iberoamérica destacan, en primer lugar, el traductor de las obras de Hans Kelsen, E. García Maynez, quien parte de la existencia de la Lógica jurídica o Lógica del deber ser. Utiliza las enseñanzas de Husserl y Pfänder para exponer los axiomas fundamentales de una ontología formal del Derecho. Estos axiomas son principios puramente formales porque nada tienen que ver con los contenidos concretos de las normas jurídicas, aunque patentizan las conexiones lógicas que dimanarían de las esencias mismas de los diversos tipos de regulación jurídica. Pretende así dife-

(29) “Filosofía del Derecho”. Ed. Bosch, 1929, pág. 56.

(30) “Juristische Logik”. Springer Verlag, Berlín-Göttingen-Heidelberg, 1951. Véase comentario del profesor Legaz Lacambra en Anuario de FILOSOFÍA DEL DERECHO. Vol. II, pág. 317.

(31) Véase el citado comentario del profesor Legaz en nota anterior, pág. 324.

renciar tales axiomas de las leyes sobre las esencias, establecidas por Adolfo Reinach. Y destaca que tales axiomas son verdades de razón en el sentido de Leibnitz, Son axiomas que se imponen al legislador, por lo que son universales y resultan ser lo único absoluto en el campo del Derecho. Entre ellos cita el de contradicción, el de exclusión de tercer término, el de razón suficiente, y el de identidad, aplicándolos a numerosos ejemplos que cita de carácter jurídico (32). Sin embargo, no es exclusivamente lógico, porque en su teoría se observa una apertura hacia el mundo de los valores jurídicos. En efecto, profesando García Maynez un objetivismo axiológico, basado en la filosofía de Max Scheler y Nicolai Hartmann, funda en él la validez objetiva de la solución personalista en los conflictos de valores y lo aplica a la solución de los conflictos estimativos, es decir, conflictos de normas pertenecientes a sistemas heterogéneos, aunque no encuentra aplicación adecuada a los restantes conflictos, susceptibles de solución con sólo los principios de la Lógica jurídica.

En segundo lugar, cabe destacar la posición de Carlos Cossio, con su Escuela Ecológica. Aun dentro de la corriente logística en general y del Kelsenismo en particular, la Escuela Ecológica ofrece en su teoría una peculiar posición, que sin prescindir del punto de vista ontológico sobre el Derecho, descansa principalmente en el punto de *vista* lógico, incluso con aplicación de la Lógica trascendental.

Para Cossio la Ciencia del Derecho, en tanto que Ciencia de la realidad, considera el ser de la conducta jurídica en su deber ser o ideal real. Ella ofrece una cuádruple tarea: la ontología jurídica, la axiología jurídica, la lógica formal y la lógica trascendental. Todas cuatro incidiendo sobre las ciencias jurídicas particulares. "La teoría ecológica es así el reexamen de todos los supuestos filosóficos de la Ciencia del Derecho, en tanto que ésta es la conceptualización dogmática de ese dato humano viviente, que llamamos Derecho" (33). El objeto de esta Ciencia se fija sobre tres ejes: la dogmática jurídica, la lógica jurídica y la estimativa jurídica. La dogmática jurídica no es la dogmática teleológica. La Lógica jurídica no es la Lógica del ser, sino de la conducta que implica libertad. La estimativa jurídica no es la moral, sino la que sienta la Jurisprudencia, que es la que realiza la apertura de la experiencia al valor orden, el valor que rescata al Derecho de la nada (34).

La Ciencia del Derecho conoce su objeto mediante las normas del De-

(32) "Introducción a la lógica jurídica". Ed. México, 1953.

(33) "La teoría ecológica". Ed. 1944, pág. 114.

(34) "La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho". Ed. Arayu. Buenos Aires. 1954. pág. 8.

recho vivido, único real y existente; pero para tratarlo científicamente ha de teorizarlo con la Lógica que le es propia. Distingue entre la Lógica formal y la trascendental. En la primera, el pensamiento, apoyado al mínimo en el objeto, se retrovierte sobre sí mismo para estudiarse en su estructura. En cambio, en la segunda el pensamiento se investiga apoyado al máximo en su objeto. Mientras la Lógica formal es una Lógica de las clases (analítica y clasificatoria), la Lógica trascendental (sintética y constitutiva) lo es de las relaciones que pone en juego el espíritu en sus actos gnoseológicos, con lo cual anticipa algo del objeto a concebir. Esta doble distinción se sobreentiende dentro de la Lógica del deber ser, caracterizada porque en ella la cópula establece una referencia y una imputación, a diferencia de la Lógica del ser, cuya relación copulativa establece una referencia y un enunciado. “Esta distinción entre el ser de la cópula y el ser del juicio es decisiva para nosotros—afirma Cossio—porque la norma es juicio” (35).

Norma es una forma de apodíctica necesidad. Es forma porque configura un contenido. La estructura normativa se mantiene la misma para todos los contenidos y ella simplemente coloca en relación imputativa a los elementos que contiene. Las normas son, pues, representaciones intelectuales de los objetos reales de la Ciencia jurídica. La metodología de Husserl enseña que basta un caso ejemplar para poder intuir en él la esencia con toda la universalidad. La técnica pertinente consiste en poner tal caso ejemplar dentro del paréntesis fenomenológico, prescindiendo de toda tesis de existencia al respecto, a fin de reducirlo a la vivencia con que lo hemos vivido. En esta vivencia los ojos de la inteligencia pueden contemplar, tanto el acto indubitable de vivirlo (noesis), como el acto en que se presenta simplemente el puro consistir del caso ejemplar (noema) (36).

Dentro de la fenomenología husserliana Cossio analiza la estructura de la norma jurídica, precisando que el primer paso para ello consiste en el análisis noético de la misma. “Este análisis noético demuestra, sin réplica posible, que el juzgar y el normar, como vivencias, pertenecen a la misma familia. Y si el juzgar pertenece al grupo de las vivencias lógicas o actos actualmente objetivantes como los llama Husserl, ha de reconocerse que el normar también es una vivencia lógica”.

El segundo paso fenomenológico nos conduce al ser del juicio y al ser de la norma como esencias. Si el ser del uno y de la otra los apresamos de la misma manera, habremos captado la esencia que les es común, sin

---

(35) “Teoría de la verdad jurídica”. Ed. Losada. Buenos Aires, 1954, pág. 96.

(36) “Teoría de la verdad...”. Ob. cit., pág. 59.

perjuicio de que un análisis posterior nos permita distinguir las respectivas notas que los singulariza; y nos encontraremos, con que “el juicio y la norma son, por igual, formalizables... Uno y otra son, pues, esencias formales” (37).

El tercer paso fenomenológico consiste en el análisis de la verificación. Es necesario comprobar si la verificación de las normas presenta las mismas características primarias que la verificación de los juicios. Así se llega a la conclusión de que también las normas son independientes de las intuiciones que las verificarían, por lo menos, en el grado de abstracción en que estamos situados. “Una norma jurídica no es verdadera norma, si no tiene la verificación intuitiva que reclama toda significación” (38). La norma es una significación en el sentido lógico de la palabra.

En la norma jurídica distingue Cossio dos elementos: la endonorma y la perinorma. La primera significa la conceptualización de la prestación. La segunda expresa la conceptualización de la sanción. Con esta distinción se propone terminar con el caos de las designaciones de normas primarias y secundarias (o sustantivas y adjetivas). La norma jurídica tiene carácter disyuntivo. “La disyunción lógica puede ser predicativa (dado A debe ser B o C) o proposicional (dado A debe ser B, o dado no-B debe ser S). La norma jurídica es disyuntiva proposicional.

En su estructura distingue los elementos necesarios de los contingentes. Estos últimos están constituidos por los componentes dogmáticos. Los elementos necesarios están constituidos por un lado por los componentes estimativos y por otro por los elementos lógicos. Los primeros forman parte de los elementos materiales de la norma jurídica, junto con los componentes dogmáticos. Los segundos son los elementos formales de la norma.

Cossio sostiene que la experiencia jurídica es vida humana plenaria, que el Derecho es conducta efectiva de los hombres, que el Derecho es orden. “La ley no manda nada, sino representa una conducta en su libertad, aunque la represente por anticipado” (39).

Pero si la norma jurídica es conducta, ésta se integra al vivirse como un deber ser existencial y no como un ser. “La teoría egológica puede

(37) “La teoría egológica...”. Ob. cit., págs. 300-331.

(38) “La teoría egológica...”. Ob. cit., pág. 302. En la nota 184 dice: “La disyunción lógica de la norma puede ser predicativa (dado A debe ser B o C) o proposicional (dado A debe ser B; o dado no-B debe ser S). La tesis de que la norma jurídica es un juicio disyuntivo se refiere a la última especie de disyunción, y fue mantenida en su obra “La plenitud del ordenamiento jurídico”, 1939.

(39) “La valoración jurídica...”. Ob. cit., pág. 114.

mostrar como un descubrimiento, que la mismidad intuitiva de la conducta que interesa al jurista, aparece en el conocimiento de sí misma con que la conducta se integra al vivirse como un deber ser existencial y no como ser. Ya Ortega y Gasset ha mostrado, con galanura sin par y con profundidad vigorosa, que la conducta lleva en la vida consciente, un pensamiento de sí misma, que como ideario programático integra su prontitud para algo y para su contrario” (40).

Mas a diferencia de Kelsen, este deber ser significado por la norma jurídica no tiene la primacía absorbente que en el fundador de la Escuela de Viena, sino que no pudiendo soslayar el aspecto activo de la relación jurídica, considera en correspondencia estrecha con ese deber la existencia de una facultad. Cossio lo expresa así: “Es cierto que la endonorma no representa conceptualmente sólo una facultad, sino también—y en primer término—un deber o prestación. Pero en este punto la Teoría egológica, haciendo teoría pura del Derecho, rectifica la idea de Kelsen, de que el aspecto primordial y necesario del Derecho en sentido subjetivo sea la noción del deber jurídico, quedando la de facultad jurídica como un aspecto secundario e irrelevante. Son dos nociones absolutamente inseparables, porque son correlativas, de modo que si una es primordial y necesaria, la otra también lo es”. “La teoría egológica concede el prius lógico de la relación al concepto de facultad, porque la libertad es lo primero en el Derecho... por ser precisamente su dato ontológico” (41).

“El sentido de la facultad o libertad jurídica se establece en la correlación con el deber jurídico o prestación, que está a su frente, y cuyo sentido integra en la imputación normativa que los reúne en la norma. En cambio, el sentido de entuerto se establece en la correlación de éste con la sanción, que está, a su vez, a su frente en la imputación normativa que los reúne en la norma” (42).

Así quedan caracterizados los elementos lógicos de la norma jurídica que, con los elementos valorativos, forman en el pensamiento egológico los elementos necesarios de la misma. Esto por lo que respecta al conocimiento y a la estructura de la norma jurídica.

En orden a su aplicación, la Teoría egológica considera una serie de problemas básicos. Destaquemos entre ellos y en primer lugar, el de la aplicación de la norma jurídica. Y por supuesto, lo hace aprovechando sus anteriores conclusiones. Así afirma: “La valoración se intercala entre la interpretación de la ley y las determinaciones contingentes de la misma,

---

(40) “Teoría de la verdad...”. Ob. cit., pág. 114.

(41) “La teoría egológica...”. Ob. cit., pág. 333.

(42) “La teoría egológica...”. Ob. cit., pág. 325.

porque la interpretación busca el sentido jurídico de estas determinaciones". Y añade: "es por la valoración jurídica que la ley tiene que ser interpretada cada vez que se la aplica, por claro que sea su texto y por terminante que sea su contenido" (43). "La valoración de la ley no destruye o desarticula la imputación normativa, porque la imputación, como tal, no siendo ella misma ninguna circunstancia del caso, escapa a la valoración: la imputación, en sí misma, es inteligible, pero no intuible".

En segundo lugar, aborda el problema del desuso de la ley, sentando esta afirmación: "Desde el punto de vista lógico trascendental no tenemos ningún problema..., pues ya hemos fundamentado la tesis de que no es verdadera norma la que no tenga una verificación intuitiva... En el desuso la ley ha perdido el sentido de ser norma" (44).

Después aborda el problema de la sentencia judicial, partiendo de la base de que la ley es el elemento formal de la Sentencia, así como ésta es lo concreto. Las circunstancias del caso son "el ingrediente empírico" que pone al Juez frente a la realidad. Esas circunstancias son divididas en tres clases: 1.º las contenidas en la ley; 2.º las no mencionadas (por ejemplo, el artículo 1.113 del Código Civil argentino, equivalente al 1.902 de nuestro Código) y que son comunes; 3.º que no las mencione y sean particulares o singulares del caso. La interpretación de la ley por el juez es un procedimiento de creación jurídica inmanente al Derecho. Y la decisión judicial "como estructura de la validez concreta del Derecho" es una norma individual. "¿Con cuál de las especies se hace verdadera la valoración jurídica representada en la ley?", se pregunta Cossio. Y contesta: "Esto desde el punto de vista lógico, ya no es una pura subsunción, como dice Kelsen con rigurosa exactitud; pues la elección de la especie es un acto estimativo" (45).

Cossio califica a la Jurisprudencia como "pauta para comprobar la objetividad emocional de la intuición judicial", afirmando además: "Definida la Jurisprudencia de los tribunales como los fallos de contenido concordante por su identidad, sea que se trate de una concordancia actual, cuando ya existe pluralidad de fallos en estas condiciones, sea que se trate de una concordancia potencial, cuando se pronuncia por vez primera un tribunal de última instancia imprimiendo el rumbo a las sentencias posteriores, es evidente que el fenómeno de la Jurisprudencia nos suministrará

(43) "La valoración...". Ob. cit., pág. 132.

(44) "Teoría de la verdad...". Ob. cit., pág. 256.

(45) "La teoría egológica...". Ob. cit., pág. 66-72. "La valoración...". Ob. citada, pág. 115. Recogeré estas opiniones en el último capítulo.

la más firme y utilizable objetivación del valor orden, primario en el plexo axiológico que traduce el ser ontológico del Derecho” (46).

Si el juez crea el Derecho a través de su Sentencia, si la Jurisprudencia cambia el sentido de la ley imprimiendo nuevo rumbo a las Sentencias posteriores, ¿acaso cabe una sentencia contra ley? Cossio contesta esta pregunta de este modo: “la verdad es que no hay sentencias contra ley; sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella”. “La verdad es que la sentencia contra ley se hace problema con la apariencia de contradicción lógica sólo bajo la idea de que cada ley es por sí algo autónomo e independiente. Pero la noción de una sentencia contra ley que resulta por abandonar la norma genérica, en la que la sentencia claramente podría subsumirse, de modo que quedarían en contradicción lógica esta norma y la norma individual de la sentencia, es un espejismo que se desvanece con la noción del ordenamiento jurídico como un todo”. “Esto demuestra que cuando una sentencia tiene, como fuente formal, una norma específica del ordenamiento para subsumirse en ella, tiene a la par también como fuente formal, esa otra norma más general que deriva del ordenamiento en conjunto, y en cuya virtud puede convalidarse por un órgano supremo. En este caso, la sentencia contra ley queda jurídicamente habilitada por esta norma subsidiaria... Para que la norma de habilitación alcance la fuerza lógica, pareja a la de la norma específica general que desaloja... se requiere agregarle la decisión de un funcionario supremo” (47). Esa norma subsidiaria es la que Fritz Schreier ha llamado “norma de habilitación”.

#### FUNCION DE LA LOGICA EN EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

Es obvio que el conocimiento del Derecho debe enfocarse dentro de la teoría general de conocimiento humano, como una parte de ésta que se dirige a conocer un objeto especial. De lo ya expuesto se deduce la influencia que en esta gnosis tienen el objeto y la metodología. Como se deduce la clase de objeto que es el Derecho: algo que es propio del espíritu humano. De todos modos, el aprehenderlo significa tanto como poseer

(46) “Teoría de la verdad...”. Ob. cit., págs. 246-255. “La norma y el imperativo”. Anuario de FILOSOFÍA DEL DERECHO. Madrid, 1961, pág. 169.

(47) “Teoría de la verdad...”. Ob. cit., pág. 259. Recogeré esta opinión en el último capítulo de este trabajo.

la verdad jurídica, es decir, una de tantas relaciones entre el hombre y la verdad.

La relación entre hombre y verdad es tan íntima que el hundimiento de ésta supondría el hundimiento de aquél. Zubiri ha subrayado que más que la tendencia hacia la verdad lo que en nosotros existe es la tendencia a conocer la realidad. Lo que el hombre siente y busca es la realidad y sólo indirectamente la verdad (48). Los juicios y conceptos humanos se forman en contacto con la realidad. ¿Qué es ésta? “Lo que es de suyo” independientemente de toda intelección humana; un modo de presentación de “lo que es” en una formalidad determinada. De ahí la necesidad de distinguir, por un lado, la realidad en sí, y por otro, la actualidad de esa realidad en mi inteligencia. Esta actualidad constituye la verdad primaria y radical que se da en mi inteligencia, pero en ella la verdad es de la cosa en sí. Es esa verdad radical y primaria sobre la cual se lanza el hombre en búsqueda afanosa mediante su actividad gnoseológica, con posibilidad de acertar en su apresamiento, pero también con posibilidad de errar. Una vez situado en la realidad, inexorablemente atenido a ella y henchido de ella, el hombre se ve lanzado a una búsqueda interminable e indefinida de la realidad en cuanto tal.

Sin embargo, no basta esta primera operación de inteligir las cosas como “un de suyo” en su formalidad de realidad. El hombre tiene que realizar una segunda operación que es comprender. Comprender es algo más que inteligir, aunque no hay comprensión sin inteligencia de las cosas. La comprensión recae sobre la estructura de las cosas. La comprensión afecta al entendimiento y a la razón en el hombre. En su búsqueda de la realidad, lo que pretende es encontrar la explicación de cómo son las cosas. Estas se nos presentan en forma de impresión. La impresión no es algo meramente subjetivo, puesto que en ella se nos patentiza algo que “es de suyo”. La impresión es el modo subjetivo de la primera presencia objetiva de una cosa. Esto lo llama Zubiri “intelección sentiente” o “sentir intelectual”. La verdad se presenta siempre al hombre en forma de impresión idéntica y el hombre se sitúa en ese piélago de realidad: está instalado en el orden trascendental. La intelección sentiente, basa a su vez, la intelección inquiriente, la cual posibilita la comprensión de algo. La intelección sentiente es “un ir hacia algo” en tensión dinámica, un abrirse paso el hombre como por tanteo, a través de la presencia y la manifestación de la cosa real. Esta intelección no es la razón, pero está

---

(48) Seguimos el pensamiento desarrollado por el maestro en sus conferencias de febrero y marzo de 1966 en la Sociedad de Estudios y Publicaciones de Madrid.

abocada a ella. La razón es apertura incoativa, porque nos lleva de un algo a otro algo. Con esfuerzo tenso, dinámico, y por tanteo, nos lleva hacia la estructura interna de la cosa.

Mas para encontrar esa estructura es necesario sujetar aquella actividad a un método que nos sirva de "esbozo". Este esbozo es algo previo y determinado. Cuando lo hacemos, pensamos. Pensar es concebir una posibilidad de intelección, interponiendo entre nuestra inteligencia y las cosas una posibilidad de acercamiento y una versión constitutiva hacia el futuro, porque la inteligencia sentiente se mueve en dirección al futuro. Por esto afirma Zubiri contra Bergson que la inteligencia sentiente no es la distensión de un solo estado, sino que también ella está incurso en la vida, como en un perpetuo devenir. Y afirma frente a Heidegger, que el futuro del hombre no es sólo el resultado de sus proyectos, sino que es la fluente realidad la que obliga a la inteligencia a moverse en el ámbito de la futurización. Pensar es, pues, un movimiento hacia el futuro, como posibilidad de entender unas cosas apelando a otras. ¿Cómo se encuentra el hombre con las cosas? Puede ocurrir que el sistema de posibilidades elegido nos conduzca a algo que efectivamente está en las cosas, tal y como se había previsto y esbozado. Esta coincidencia constituye "lo racional". Pero también podemos adoptar una posición más modesta, en cuanto nos conformemos con una convergencia hacia la realidad: es el logro de "lo razonable".

Cuando nos acercamos a la realidad, puede ocurrir que mediante nuestro esbozo ratifiquemos las cosas, de modo que lo afirmado de ellas responda a la realidad de las mismas. Hay entonces conformidad entre nuestro pensamiento y la realidad de las mismas, lo que da lugar a la verdad lógica, la verdad del sujeto cognoscente. Ahora bien, si lo que se afirma es algo previo a la realidad, las cosas pueden ratificar lo afirmado por cumplimiento de posibilidades, a lo cual llama Zubiri "historia". Así como la actualidad de una potencia es "hecho", la realización de posibilidades es "suceso". La articulación de los sucesos, abriendo cada uno el ámbito del siguiente, constituye la trama de la historia. Toda verdad de razón es a la vez, verdad lógica y verdad histórica: tiene la lógica de la conformidad, junto a la lógica del cumplimiento.

En el enfrentamiento del hombre con la realidad nos diferenciamos del animal, pues éste "no se siente". Esta esencia repercute sobre la estructura misma del hombre, considerado como sujeto cognoscente, con una serie de notas características, la primera de las cuales es llamada por Zubiri "subjetualidad", ya que al aprehender las cosas el hombre se aprehende también a sí mismo cual otra realidad y se reactualiza en

cada uno de los actos que forman la fluencia del hombre. La segunda nota se llama "reflexibilidad". El ser humano es el sujeto de sus vivencias y centro del universo por su sentido de la orientación. Tiene una subjetualidad dotada de "intrínseca reflexibilidad". La inteligencia humana, por ser sentiente, está dirigida hacia sí misma, es refleja. Tiene percepción sintiéndose envuelta en ella. Aprende "coopren-diéndose a sí mismo".

El hombre no sólo aprende, sino que está abierto a toda realidad, a toda verdad, la cual encontrada por vía de razón afecta al sujeto. Es la estructura de éste—según Zubiri—la que determina la subjetividad. El descubrir la estructura de algo es un acto mío, porque lo he esbozado yo, que pongo las condiciones de inteligibilidad de la estructura de la realidad que intento conocer. El esbozo que interpongo entre mí y la cosa, supone una cierta idea de mí mismo que pertenece a mi propia realidad. Por eso mi encuentro con las cosas puede ser verdadero y puede ser falso, pero nunca exclusivamente subjetivo.

Es posible que la verdad sea actualizada sólo en la inteligencia que la constata por vez primera; pero es cierto que también otras inteligencias son capaces de aprehensión más o menos posteriormente. Es el carácter "público" de la verdad. En esta publicidad hay una dimensión más honda, que deriva del hecho de hallarse el hombre constituido en un "phylum" genético, con antepasados y descendientes. La afección que recibe e infiere a los demás es una "hexis" o "habitud", que tiene su expresión en el lenguaje.

Por otra parte, la verdad real, al ser intelegida, se constituye en sentido para la vida. La verdad domina al hombre, se apodera de éste en la forma de espíritu objetivo. Zubiri distingue tres momentos en este apoderamiento. Un primer momento es "la instalación en la verdad". El hombre cuando alcanza una verdad la hace suya. Y aunque la instalación en la verdad ofrezca distintos matices en cada hombre, está unida a la de los demás por el carácter público de la verdad. Un segundo momento es "la configuración de la verdad". Esta nos afecta al conocerla configurándonos. Las realidades verdaderas actualizadas en mentes distintas configuran distintamente. Así, la mentalidad occidental ha echado mano del "logos" para interpretar la realidad, en tanto la oriental ha sido más tarda en aplicarlo. El tercer momento es el de "la posibilidad". Por nuestra situación genética somos miembros convivientes entres tres generaciones. Esta triplicidad es una forma interna de la publicidad de la verdad. El modo con que la generación número uno entrega a la número dos y ésta a la número tres las verdades en forma de instalación y con-

figuración, llámase tradición. Mediante la transmisión que ésta realiza se comprende mejor el término historicidad, que no es lo que pasa, sino lo que queda como verdad poseída, decantado en un sistema de posibilidades. La historicidad tiene dimensión de futuro. Es algo que no llegará sino inscrito en una posibilidad. Consiste en que algo pueda llegar a ser futuro. Por eso la verdad es progresiva e histórica.

Sigue, pues, vigente la distinción entre la verdad del sujeto cognoscente (verdad lógica) y la verdad existente (verdad ontológica), entre el "es" del juicio y el "es" de las cosas, como lo observó ya Aristóteles frente a su maestro Platón. Desde entonces, la Lógica no ha podido ser más que la determinación de la estructura de las formas del pensar y de sus reglas, habida cuenta de la distinción entre el pensar y el ser. De aquí que la Lógica no haya podido aportar una explicación suficiente de tal distinción en la cual radica el Quid de la Filosofía, y de ahí que sea la Lógica la que necesite un fundamento filosófico, no sólo en cuanto a su origen, sino incluso en cuanto a su interpretación del pensar y de las reglas que lo rigen. Así lo ha subrayado también Heidegger (49).

Como sigue siendo válida la idea de Santo Tomás de que la Lógica es Ciencia de la Ciencia de lo real, o investigación de la investigación científica, en frase de Peirce. En este sentido puede concluirse, como hace Dewey, que el elemento lógico es esencial a la teoría del conocimiento. Ahora bien, en ese elemento lógico hay que distinguir por un lado lo subjetivo (las condiciones de intelegibilidad del sujeto y el esbozo previo y determinado) y por otro lo objetivo (la estructura de la realidad). Al primero corresponde la Lógica del sujeto o ideal, en la terminología de Hartmann. Al segundo corresponde la Lógica del ser en la terminología del propio autor. Es a ésta, de naturaleza objetiva, a la que corresponden esas normas ideales y esas relaciones intrínsecas a las que se refieren Husserl y el propio Hartmann. Y son ellas las que representan la estructura del mundo o de la realidad (Wittgenstein). Pero si para conocer la realidad o verdad ontológica el doble elemento lógico subjetivo y objetivo nos son necesarios, no olvidemos la doble posibilidad que tenemos de acertar o de errar y que en todo caso la verdad ontológica está por encima de la verdad lógica. Es a la primera a la que hay que sujetar en definitiva nuestro juicio.

¿Existe la realidad jurídica? Ni como filósofos, ni como juristas, ni

---

(49) Legaz Lacambra, en "La lógica, como posibilidad del pensamiento jurídico", en *Anuario de FILOSOFÍA DEL DERECHO*, vol. V, pág. 4 y nota 7, y pág. 5, nota 9.

como simples ciudadanos, ni como hombres, podemos dudar siquiera de esta realidad. Una realidad ciertamente compleja, porque ofrece múltiples aspectos en su conocimiento. Y porque es una realidad verdadera configura distintamente a cada mentalidad. Así, puede explicarse que el Derecho sea una cosa distinta para el filósofo, el científico, el ciudadano o el hombre simple, y en cambio, sea una misma cosa a la vez. Depende de la perspectiva en que se le considere, como diría Ortega y Gasset. Una de estas perspectivas es la lógica. Basta esto para comprender que ella no agota el conocimiento del Derecho como realidad. Y aun considerando la realidad jurídica como conjunto de hechos, considerando la logística como la investigación de la forma lógica de tales hechos (Russell), siempre quedará la perspectiva ontológica a la que deberá subordinarse la lógica jurídica. Y como la Ontología jurídica viene a ser un punto de vista metafísico sobre esa realidad que llamamos Derecho, es evidente que a la base de la Lógica jurídica está la Filosofía sobre el Derecho. Convenimos con Wittgstein en que los límites del mundo jurídico no constituyen un problema filosófico-lógico, sino un problema ético (50).

Es la Etica, con sus valores sociales, la que suministra el contenido de las normas jurídicas, encuadrado en estructuras normativas categoriales o Lógica del ser, como piensa Hartmann. Y así, puede admitirse que la Lógica jurídica participe de la esfera de lo ontológico-formal y que las normas jurídicas presenten el aspecto formal y óntico que para las leyes ideales de la Lógica señala Husserl. Como puede admitirse, teniendo presente en todo caso ese contenido ético, que la Logística venga a ser la investigación de la forma lógica de los hechos jurídicos, según cree Russell; o los axiomas formales que fundamentan los contenidos concretos de las normas jurídicas, como expresa García Maynez.

Ningún jurista duda acerca de que el Derecho sea una realidad social de la vida humana, que se manifiesta a través de la conducta de los hombres. Como fenómeno social existen principalmente dos perspectivas para su conocimiento: la sociológica y la científica. La primera cuenta con juristas prestigiosos como Duguit, Jerusalem, Wurzel, Huber, Gurtvich, Ehrlich, Somló, Durkheim y otros. Su punto de vista parte de la consideración de que las reglas de conducta jurídica son siempre hechos sociales, un producto de las fuerzas que actúan en la sociedad, como afirma Ehrlich (51). La Sociología jurídica es así una ciencia de observación.

---

(50) Véase la bibliografía y el comentario del profesor Legaz en el trabajo citado en nota anterior, págs. 45-7.

(51) "Soziologie des Rechts", págs. 31 y 289.

pues su cometido es registrar hechos, no valorarlos. Y el Derecho es un producto de las relaciones de dependencia entre los hombres. Su función es ordenadora y conformadora de las relaciones de la asociación humana. Duguit afirma que el Derecho es algo "que se da" en la vida social, un fenómeno de la convivencia humana (52). Sin embargo, aunque de mucha utilidad para el conocimiento de la realidad jurídica, esta perspectiva no es suficiente, no ya por la insuficiencia intrínseca de la observación inductiva, por cuanto no podemos calificar siquiera un hecho jurídico sin idea sobre el mismo, conocida previamente, sino porque resulta imposible distinguir el Derecho y el hecho, ni siquiera acudiendo al subterfugio de los "hechos normativos" como hace Gurtvich (53). La misma observación inductiva de los hechos jurídicos nos conduce al conocimiento de ciertas estructuras internas de los mismos, que justifican la necesidad de la segunda de las perspectivas señaladas.

El conocimiento científico del Derecho o Teoría General del Derecho tiene por objetivo—según Kelsen—el analizar la estructura del Derecho, fijando las nociones fundamentales de su conocimiento. Bobbio dirá que se trata de estudiar los signos intelectuales empleados por los juristas para afirmar, interpretar, complementar y conciliar entre sí, las reglas de un sistema jurídico (54). Una búsqueda del fundamento de la regla jurídica positiva, de su aplicación e interpretación, según piensa Paul Roubier (55). Una sistematización de los conceptos fundamentales utilizados por las ciencias jurídicas particulares, según piensa Bagolini (56). La búsqueda de lo esencial en lo concreto, como expresa Miguel Reale (57). A veces, estas esencias se reducen a lo "a priori" y formal en el Derecho como en el caso de Schreier (58). Otras veces este mismo punto de mira lógico-formal no excluye la axiología jurídica. Y este es el caso de Cossio, como quedó expuesto con anterioridad.

Cossio distingue un triple aspecto en el conocimiento de la realidad jurídica: cuando se considera el ser de la conducta jurídica como deber ser positivo o ideal real, que es lo propio de la Ciencia General del De-

(52) "Traité de droit constitutionnel". Ed. París, 1927, págs. 462-3.

(53) "Le temps present et l'idee du droit social". Ed. 1931, pág. 119.

(54) "Nature et fonction de la Philosophie du droit". Archives de Philosophie du droit, 1962, págs. 1-11.

(55) "Philosophie du droit et Theorie générale du droit", en Archives de Philosophie du droit. París, 1962, págs. 149-154.

(56) "Philosophie du droit et Theorie générale du droit", en Archives de Philosophie du droit. París, 1962, págs. 85-91.

(57) Archives de Philosophie du droit. París, 1962, págs. 45-59.

(58) Ob. cit. sobre el concepto y formas fundamentales del Derecho.

recho; cuando se considera el deber ser positivo de la conducta jurídica en su ser efectivo, que es lo propio de la Sociología; y cuando se considera el deber ser positivo de la conducta jurídica como deber ser puro o ideal verdadero, que es lo propio de la Axiología (59). Los dos primeros aspectos los relaciona así: "La intuición jurídica contiene un dato de sentido común al jurista y al sociólogo del Derecho, que presenta a la curiosidad científica, la contingencia inherente a los hechos. El jurista estudiará la mutua confrontación de libertad y valor de la conducta jurídica, en la cual se integran, limitándose. El sociólogo busca la manera de comprender como hecho lo que en la conducta hay de libertad y de valor que se crean a sí mismos intersubjetivamente... De este modo aparece que el camino de ambas modalidades de comprensión de la realidad jurídica son idénticos, pero con rumbos contrarios... El jurista realiza su comprensión como protagonistas, en tanto el sociólogo lo hace como espectador".

Si como expresa Karl Jaspers (60) la Ciencia consiste en el conocimiento metódico, cuyo contenido es de certeza constrictiva y de validez universal, la Ciencia General del Derecho también tiene idéntico objetivo. Su contenido de certeza constrictiva y de validez universal recae en las normas jurídicas, no de éste o del otro sistema jurídico positivo, sino comunes a todos los sistemas posibles, hasta el punto de constituir la estructura esencial del Derecho. Su objeto es, pues, ideal, puesto que las normas expresan ideas y juicios. Por eso la Ciencia General del Derecho es una Ciencia del espíritu. ¿Trátase de un objeto cultural? La pregunta puede contestarse afirmativamente, si por cultura entendemos el cultivo de la personalidad humana en sí misma y en su proyección social, pues no cabe duda que el Derecho responde al desarrollo de un aspecto de nuestra personalidad y de nuestra propia vida. Pero si por cultura se entiende un sistema o unidad orgánica de desarrollo del conocimiento humano propio de un pueblo o conjunto de pueblos en una determinada singladura histórica, la contestación no puede ser del todo afirmativa, porque por encima de las concretas manifestaciones jurídicas de tales culturas, puede observarse un sistema jurídico esencial a todas ellas. La validez de una norma jurídica esencial no puede depender del hecho de que se haya constatado o no, en una determinada cultura histórica y de que en ella se la haya puesto o no en vigor. En este último sentido, el

---

(59) "La teoría egológica...". Ob. cit., 1944, pág. 114.

(60) "Esencia y valor de la ciencia". Universidad. Rev. Univ. de Santa Fe, Argentina, 1939, núm. 5, pág. 161.

elemento cultural influye en la concreción positiva de la esencia jurídica.

“El cambio de la ley positiva—ha dicho el profesor Jaime Guasp—cambiará simplemente la medida del objeto, pero de ninguna manera el objeto a medir, que podrá seguir siendo el mismo”. Y refiriéndose a las palabras de Kirchman, según las cuales basta la decisión de un legislador para que bibliotecas enteras se conviertan en basura, añade: “Lo primero que tiene que hacer el Derecho para ser verdadera ciencia, es reivindicar el dominio de su propio objeto, expulsar de él a los usurpadores y afirmar que en el objeto jurídico, en cuanto objeto científico, nadie, excepto la ciencia misma, a compás de sus exigencias racionales, puede pretender una intromisión” (61). Es más, de acuerdo con lo que llevamos dicho, subraya que la verdadera esencia del Derecho “estriba en una noción que garantiza, por sí sola, el posible manejo científico y por ende la exactitud, de todos los desarrollos jurídicos. Lo que da a la materia social su forma de Derecho es un concepto sencillo, pero al mismo tiempo dotado de aquella condición de fatalidad e indispensabilidad que asegura su posible tratamiento objetivo. Ese concepto no es otro que el de la rigurosa necesidad social”. “Es extraño, por supuesto, que este concepto de la necesidad no se haya manifestado hasta ahora en la doctrina del Derecho con el carácter de nota definidora del mismo que evidentemente tiene”. La Ciencia del Derecho significa—prosigue—una contemplación abstracta, pero de un objeto rigurosamente individualizado, que no puede ser otro que los hechos jurídicos. El Derecho es vida humana objetivada, y sus leyes se descubren en definitiva tan fatales como puedan serlo las leyes naturales y de ninguna manera más contingentes o violables. De ahí que rechace la pretensión de que la Ciencia del Derecho sea una Ciencia valorativa y afirme que “tiene que ser una Ciencia descriptiva” (62).

Efectivamente, a través de los más variados hechos jurídicos, abstra-yéndolos y sistematizándolos metódicamente, podremos llegar a conocer las esencias jurídicas de certeza constrictiva, de naturaleza objetiva y de validez universal. Esta es sin disputa una de las vertientes de la Ciencia del Derecho como investigación de la realidad jurídica. Trátase de la parte descriptiva. Pero la Ciencia del Derecho tiene otra parte especulativa que necesariamente ha de partir de una antropología jurídica, supuesto que el Derecho es vida humana en su aspecto social. En esta parte la Ciencia del Derecho debe contar con los fines esenciales del ser humano

---

(61) “Exactitud y Derecho”. Anuario de FILOSOFÍA DEL DERECHO, 1957. Vol. V, páginas 136, 144-7 y 149.

(62) Trabajo citado en nota anterior, pág. 145.

y con los valores que en ellos están contenidos, aunque el fundamento de unos y de otros corresponda a la Filosofía del Derecho. Sólo así, desde ambos puntos de vista, se pueden investigar científicamente las esencias jurídicas, las cuales constituyen la estructura de todo Derecho Positivo. Este encuentra por delante los conceptos jurídicos que pasan a formar parte de él: él no los produce de ningún modo. Así lo expresa Orlando Pugliese (63).

Las esencias jurídicas como ideas objetivas, universales y constrictivas tienen un ser, son de naturaleza óntica. El ser en cuanto idea, desde Platón, es de por sí ejemplar, modelo o arquetipo debido. Dos son los elementos que forman ese ser: el elemento lógico y el axiológico. Basta analizar cualquier concepto esencial de la vida jurídica para apercibirnos de ello. Por ejemplo, el concepto del contrato. Sus elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa) están tan lógicamente trabados entre sí y con los efectos propios de cada contrato, que el elemento lógico se nos hace patente apenas analizamos su esencia. Más todavía, la interpretación lógica de aquellos elementos esenciales no sólo nos sirve para la determinación de los efectos jurídicos del contrato, sino incluso para distinguir una clase de contrato de otra que le sea afín. De otro lado, el elemento axiológico se desprende del análisis de los mismos elementos esenciales del contrato. El consentimiento de los sujetos de un contrato recae ciertamente sobre un objeto jurídico, pero en función del fin objetivo representado en la causa del contrato. Y tanto éste como aquéllos responden siempre a una valoración que es la base del contrato.

Siguiendo a Husserl podríamos decir que la ontología jurídica es una ontología regional del ser. Ahora bien, así como el ser se fundamenta en la idea, así resulta también—como ha dicho Heidegger—coronado por el deber ser. El sentido de las esencias jurídicas es su deber ser, por lo mismo que queda dicho son de carácter constrictivo y de validez universal. Por eso son arquetipos debidos. Este deber ser es ya de por sí un valor, lo que refuerza la necesidad de considerar el elemento axiológico en una investigación científica sobre el Derecho. Adolfo Reinach demostró por método fenomenológico que en las esencias jurídicas tienen validez principios “a priori” y que la doctrina “a priori” del Derecho se propone la investigación de las leyes eternas del ser que tienen su asiento en los puros conceptos jurídicos fundamentales (64).

---

(63) “Consideraciones sobre el problema del Derecho”. Anuario de Filosofía DEL DERECHO. Madrid, 1957, vol. V, pág. 259.

(64) “Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil”. Ed. Bosch, 1934.

La norma jurídica como deber ser se proyecta sobre la vida humana constriéndola a una determinada conducta. De ahí que se afirme que el Derecho es conducta, vida social objetivada, o como dice Cossio, ordenación de la conducta efectiva de los hombres” (65). Y añade: “pues la Ciencia del Derecho se limita a la representación verdadera de los objetos jurídicos y estos objetos son las acciones humanas en cuanto valoraciones jurídicas, de modo que la representación científica está completa con la representación normativa de esos valores positivos”. A esa representación verdadera o verdad jurídica se accede mediante dos criterios: el uno positivo y axiológico y el otro negativo y formal. Este está constituido por la vivencia lógica de la contradicción. Aquél por la fuerza de convicción en su representación conceptual. La técnica egológica los resume así: “después de haber recostado el problema o el caso en la estructura normativa completa, a fin de darle fisonomía lógica mediante la mención conceptual, el jurista, sirviéndose de circunstancias no mentadas, procede a alterar axiológicamente los conceptos desformalizados mientras no incurra en vivencia de contradicción, hasta dar con la variante que se le ofrezca con mayor fuerza de convicción, como representación conceptual” (66).

Sin embargo, esa fuerza de convicción de la norma jurídica (tanto si se considera en esencia, como si se considera en su concreción positiva) no puede originarse en la misma norma, sino en un principio moral humano que responda a los fines esenciales del hombre en relación con una metafísica trascendental de su existencia, que es lo que comunica vigor al deber ser de la norma reflejado en su conciencia, de modo que le constriña a una determinada conducta jurídica. En la norma jurídica positiva, además de ese origen ético, del que se deriva igualmente su fuerza de convicción, habrá que contar con la fuerza de convicción derivada del ideal político-social al cual sirve la norma de cauce realizador. En todo caso, la fuerza de convicción ejerce el papel de vivificar la esencia jurídica de la norma (en sus tres elementos, óntico, lógico y axiológico) hasta convertirla en norma concreta de vida jurídica, habida cuenta de las circunstancias sociales de la comunidad política en donde se promulgue.

Analizados el ser de la norma jurídica y sus elementos esenciales, así como su sentido, el deber ser jurídico, es fácil colegir que la verdad jurídica es un caso específico del conocimiento de la verdad; y tan firme

---

(65) “La valoración jurídica...”. Ob. cit., pág. 77.

(66) “Teoría de la verdad...”. Ob. cit., págs. 242, 245-6.

es el papel de la Lógica respecto del conocimiento de ésta como lo es respecto del conocimiento de aquélla. La Lógica nos ayuda a aprehender el ser del Derecho con sus elementos esenciales, dentro de una rigurosa epistemología; pero además nos es imprescindible para conocer el elemento lógico de las estructuras jurídicas. Es principalmente aquí donde cabe aplicar los postulados de la logística, pero sin encerrarnos exclusivamente en principios "a priori" y formales, como pretende Fritz Schreier.

### FUNCION DE LA LOGICA EN LA APLICACION DEL DERECHO

Para precisar esa función lo primero que se necesita es saber qué Derecho resulta aplicable. O lo que es igual, determinar las fuentes de ese Derecho. Tomemos como ejemplo el artículo sexto de nuestro Código Civil, de evidente valor general para todo el sistema español, así público como privado. En su párrafo segundo se establece: "cuando no hubiere ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar, y en su defecto, los principios generales del Derecho". Según este precepto, tres son las fuentes formales en nuestro sistema jurídico: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Dejemos al margen la cuestión de si por estos últimos debe entenderse el Derecho Natural o los principios del Derecho histórico patrio (67). Lo que no se puede dudar es que en esas tres fuentes se resume para el sistema jurídico español el Derecho válido para ser aplicado. Ahora bien, validez no equivale a positividad. Para que ésta exista en la norma jurídica es necesario que una a su validez la determinación concreta, con arreglo a circunstancias fácticas que la capacite para producir de inmediato efectos jurídicos. Por eso, en nuestro sistema sólo son verdaderamente fuentes de Derecho positivo la ley y la costumbre. Los principios generales constituyen Derecho válido, mas no positivo, por cuanto la positividad de la norma por ellos inspirada sólo será alcanzada, a virtud de la determinación concreta con arreglo a las circunstancias fácticas que realice el órgano jurisdiccional competente (judicial o administrativo). En la ley la con-

---

(67) El primer criterio lo sostiene el profesor Castro y Bravo en "Derecho civil de España". Ed. Madrid, 1949. El segundo criterio, siguiendo la tradición desde Sánchez Román, lo mantiene en la actualidad el profesor Castán Tobeñas. No falta la posición intermedia representada por el profesor Pérez González, en el sentido de que, agotado el principio histórico, se puede acudir al Derecho Natural.

creación es anterior a su aplicación. En la costumbre la concreción es coetánea a su manifestación y aplicación. En los principios generales la concreción es posterior al reconocimiento de su validez. Es esta la nota distintiva de esta fuente del Derecho respecto de las dos primeras, y a la vez, lo que la diferencia con el "Derecho posible" de que nos habla Schreier.

Cuando una esencia jurídica, habida cuenta de su triple elemento, está inspirada en un principio ético, correspondiente a un fin esencial del hombre, y respondiendo a una necesidad, se halla vivificada por una fuerza de convicción social oportuna, origina el Derecho posible. Cuadra a la Doctrina jurídica el papel de expresar este Derecho. Recordemos que la Escuela Histórica reconocía a la Doctrina jurídica el valor de fuente formal del Derecho, en cuanto cauce técnico de precisión de la conciencia jurídica del pueblo, verdadera y última fuente para dicha Escuela. Sin embargo, la Doctrina jurídica, por sí misma, no puede ofrecernos el carácter de validez jurídica, si no es reconocida como fuente por el sistema jurídico de que se trate. Así ocurrió en España con la doctrina de Baldo y Bartolo en el reinado de los Reyes Católicos, como ocurriera antes en el sistema romano con la doctrina de sus cinco clásicos juristas.

Así, pues, norma jurídica válida quiere decir norma potencialmente aplicable en un sistema de Derecho. La aplicabilidad puede ser inmediata como en la ley y en la costumbre; y puede ser mediata como en los principios generales del Derecho. La validez no puede confundirse con la vigencia (68). La vigencia está referida a los efectos de la norma jurídica. Cuando ésta se encuentra en disposición inmediata de surtir efectos jurídicos por aplicación a un caso dado, la norma está vigente. Nuestro Código Civil parece distinguir la diferencia al disponer en su artículo primero: "Las leyes obligarán... a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa". La promulgación equivale a publicidad de la norma y a constatación de su existencia. Mientras no está en disposición de surtir efectos, mientras está en la situación de "vacatio legis" la norma existe, pero no está vigente. En la ley la vigencia suele ser posterior a su existencia, aunque por excepción puede ser coetánea y aun anterior cuando es retroactiva. En la costumbre la existencia y la vigencia se dan a la vez. En los principios generales la vigencia se da tras del acto del órgano jurisdiccional correspondiente en virtud del cual

---

(68) "Validez significa que las normas del ordenamiento deben ser obedecidas y aplicadas". Kelsen, en "Law and Peace in international relations". Cambridge, 1942, Harvard University Press.

el principio es adaptado al hecho, originando una norma positiva. Por tanto, para que una norma válida alcance positividad en un sistema jurídico se requiere que en ella se dé la publicidad y la vigencia. De ahí que Kelsen haya afirmado que la norma jurídica es positiva cuando aparece al mismo tiempo como ser y como deber ser (69).

Carlos Cossio, cuya teoría egológica está motivada en la consideración del artículo 7.º del Código Civil argentino (semejante al artículo 6.º del nuestro), a propósito de positividad y vigencia expresa lo que sigue: “la vigencia, pues, es la existencia como temporalidad del Derecho, propia y plena, a saber: el presente”; “positividad significa la realidad empírica de la experiencia; la positividad, pues, es la existencia como presencia del Derecho”.

“La referencia accesoria que tienen los términos vigencia y positividad divergen en ángulo recto: la de la vigencia corre en el sentido del tiempo y se opone a los histórico; la de la positividad es transversal al tiempo y se opone a lo ideal. Pero el punto común de ambas posiciones es el mismo. Este punto común es la existencia, la cual se califica de presente como tiempo y como presencia a la vez, gracias al peculiar contenido de este adjetivo” (70).

Tanto la ley como la costumbre requieren para ser aplicadas de interpretación, esto es, de aquella operación intelectual necesaria para esclarecer e indagar el sentido de la norma jurídica positiva. ¿Qué debemos entender por este sentido? Teniendo presente que toda norma positiva es una esencia jurídica concretada con arreglo a unas circunstancias sociales en un espacio y un tiempo determinados, el sentido forzosamente ha de ser la congruencia entre la idea esencial y el tipo fáctico concretado en la norma, y uno y otro elemento sirviendo a un fin objetivo. En el caso de la ley, encontrar su sentido será investigar la “mens legis”. A ello contribuirá sin duda la consideración de la “mens legislatoris”, cuando ésta puede proporcionarnos un más riguroso sentido de la ley en relación con “la mens legis”. Así, por ejemplo, no se puede interpretar como equivalente a Derecho Natural los principios generales del Derecho de que trata nuestro Código Civil en el párrafo segundo del artículo 6.º, porque no haciendo referencia expresa al primero, la “mens legislatoris” de la Comisión Codificadora, formada por mayoría de juristas que pro-

(69) “El problema de la positividad del Derecho consiste precisamente en eso: en que aparece al mismo tiempo como ser y deber ser, aun cuando estas dos categorías se excluyan lógicamente”. “La idea del Derecho Natural”. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, t. VI, pág. 236. Córdoba, Argentina, 1943.

(70) “Teoría de la verdad...”. Ob. cit., pág. 183.

fesaban las ideas de la Escuela Histórica—tan contraria al Derecho Natural—nos lleva consecuentemente a interpretar tal expresión como “principios del Derecho histórico patrio”.

Fundamentalmente toda interpretación es declarativa, porque lo que se propone el intérprete es fijar el contenido de la norma positiva en orden a sus efectos jurídicos dentro del caso al que se aplica la norma. Mayormente se aprecia esta cualidad declarativa en la interpretación cuando por razón de algún elemento de la norma, que es dudoso; sea necesaria su aclaración. Tal sucede cuando el texto de la ley se nos presenta con carácter ambiguo o cuando los hechos a través de los cuales se manifiesta la costumbre puede dar lugar a sentidos diversos en la interpretación de la norma consuetudinaria. Otras veces la interpretación, sin dejar de ser declarativa, aparece con carácter corrector, bien por ceñir el texto de una ley o el sentido de una norma consuetudinaria a los límites estrictos de su sentido objetivo (interpretación restrictiva), bien porque a virtud de un nexo lógico se comprende bajo este sentido casos que la norma positiva de que se trate no contiene realmente (interpretación extensiva o integradora). Este es el caso de la analogía, instrumento de expansión lógica del Derecho positivo, útil en las llamadas “lagunas” del sistema jurídico. Las “lagunas” son los huecos que la organización jurídica—al fin, como toda obra humana, deficiente—no puede evitar, y que la sola Lógica—como ha dicho Geny—es impotente para llenar, y ante los cuales la interpretación no puede rehusar las soluciones que la vida reclama.

En toda interpretación se ha de tener presente los medios técnicos que ya señaló Savigny, y que para ley positiva son los siguientes: el gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático. Todos ellos sirven al mismo fin y cooperan a la indivisible actividad del intérprete para encontrar el sentido de la ley. Los dos últimos son en verdad uno mismo, pues que ambos consisten en la aplicación de la Lógica a la actividad interpretadora, sin más diferencia de que así como el primero se refiere a la congruencia entre los distintos elementos de la ley que se interpreta, el segundo amplía su punto de vista lógico a la congruencia entre la ley que se interpreta y el sistema jurídico positivo del cual forma parte la ley interpretada. De los cuatro medios técnicos sólo el primero no resulta aplicable a la norma consuetudinaria, salvo que ésta conste por escrito. En un caso y otro, tanto para ley como para la costumbre, lo que resulta destacable es la importancia de la Lógica en la interpretación de toda norma positiva. Poco importa si hemos de valernos de la Lógica tradicional o de la Lógica moderna. Lo que importa es el razonamiento necesario para encontrar la solución correcta; lo que importa es hallar la razón que nos

permita la más auténtica aplicación de la norma positiva, y esto, no cabe duda, es Lógica aplicada.

La interpretación puede ser pública y privada según el carácter de quien haga la interpretación. Cifándome a la primera, pues que se trata del paso obligado para la aplicación de una norma positiva a un caso dado, ya que antes de determinar sus efectos es necesario precisar el sentido de la norma, se puede afirmar que puede ejercitar este papel toda autoridad—no sólo judicial—que aplique una norma de Derecho positivo. Así, las autoridades de la Administración pública, cuando a virtud de sus atribuciones regladas o discrecionales son autores de decisiones jurídicas que causan efectos entre la Administración y los administrados. Su interpretación del Derecho vigente forzosamente antecede a su aplicación. Si no se recurre contra estas decisiones, resultado de la aplicación de éste, los efectos se realizan normalmente. Si se recurre en vía gubernativa, hay un órgano supremo dentro de la Administración que determina el sentido y los efectos de la norma aplicada con carácter definitivo “causando estado”, tras de lo cual aún cabe el recurso contencioso administrativo a decidir por vía judicial mediante Sentencia del órgano supremo. Es a éste a quien corresponde en definitiva declarar el sentido de la norma positiva.

El que la interpretación ofrezca fundamentalmente un carácter declarativo no quiere decir que el intérprete se aferre a una posición inmovilista. En España, Joaquín Dualde (71) denunciaba esta posición en 1933, al par que criticaba la interpretación como búsqueda de la voluntad del legislador, “esa nebulosa prelógica que pesa sobre el juriconsulto y que le hace despreocuparse del principio de contradicción”: “Demostrado el fracaso intelectual del legislador—añadía—, la teoría de la evolución histórica intenta acudir a solucionar el problema; su principio fundamental es: los preceptos legales debe transformarlos el intérprete dentro de ciertos límites, para ponerlos en armonía con las circunstancias”. Es evidente, por lo dicho antes, que la evolución en éstas determinará la evolución del sentido de la norma que busca el intérprete; pero esto no supone una transformación de la misma como cree Dualde. Incluso es posible que la desaparición de las circunstancias que motivaron el precepto legal, aconsejen un nuevo precepto más acorde con las circunstancias del momento; pero esto ya no es función del intérprete, sino del órgano legislativo, y mientras éste no modifique el precepto, la vigencia del mismo marcará la pauta a seguir por el intérprete. Lo que importa es no caer

---

(71) “Una revolución en la lógica del Derecho”. Ed. Bosch.

en “la manía o fetichismo de lo general que impide ponderar los elementos relevantes de cada caso concreto” como acertadamente dice Recaséns Siches (72).

El propio autor nos advierte: “Ya a primera vista se percibe que la cuestión sobre cuál sea el método justificado de interpretación está muy íntimamente relacionada con el problema sobre la esencia de la función jurisdiccional (judicial y administrativa)”. Y añade: “la función jurisdiccional tiene en todos sus casos una dimensión creadora, mayor o menor, pero siempre en alguna medida” (73). Recaséns recuerda las posiciones doctrinales que en los últimos tiempos han puesto en evidencia el carácter creador que la función jurisdiccional tiene necesaria e inevitablemente; pero lo hace desde el punto de vista de la “individualización” que el intérprete en función de órgano jurisdiccional hace del precepto positivo (74). Mas como en definitiva el órgano supremo de interpretación del Derecho positivo es de naturaleza judicial, abordaremos la cuestión después de ocuparnos de la función judicial.

El juez—decía Luis Vives en su obra “*Aedes legum*”—es el hombre por cuya boca habla y vive el Derecho. Juzgar es definir el Derecho aplicable y decidir una solución del caso con arreglo a aquél. El Juez o Tribunal no puede abstenerse de juzgar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, porque incurre en responsabilidad (párrafo 1.º del artículo 6.º de nuestro Código Civil). La manifestación de su juicio es la Sentencia, donde el juez conjuga lógicamente las circunstancias de facto recogidas en los resultandos de la misma, con el Derecho aplicable expresamente referido en los considerandos de su Sentencia. Tal conjugación lógica se transparenta en el fallo, el cual debe ser congruente con los resultandos y los considerandos. Esa congruencia no es más que el nexo lógico que debe existir entre unos y otros, de modo que en definitiva, el fallo de la Sentencia resulte razonable. Volveremos sobre esta cualidad más adelante.

La norma aplicable es el ámbito de la Sentencia. Las circunstancias del caso constituyen, como ha dicho Cossio, “el ingrediente empírico” dividido en tres clases: 1.º, que estén contenidos en la norma aplicable; 2.º, que ésta no los mencione, pero sean de carácter común; 3.º, que no los mencione y sean de carácter singular. El tercer elemento de la Sentencia es “la vivencia del Juez”, esto es, la valoración del caso, ya que

---

(72) Obra citada en el texto. Ed. Fondo de Cultura Económica, México.

(73) Ob. cit., cap. IV, pág. 179.

(74) Ob. cit., pág. 30.

para el Juez “el Derecho es orden, seguridad, poder, paz social, cooperación, solidaridad y justicia, todo lo cual es el contenido necesario del Derecho y que el Juez encarna”. De este modo, la decisión judicial, como estructura de la validez concreta del Derecho, se transforma en una norma individual del caso fallado. De ahí que Cossio afirme que el Juez crea una norma individual “a posteriori” de la norma general que regula el caso (75).

Sin embargo, aunque el fallo de una Sentencia sea realmente una norma particular para quienes son sujetos del proceso, no existe realmente acto creador por parte del Juez o Tribunal cuando se trata de la aplicación de la ley o de la costumbre, sino sólo una determinación declaratoria de éstas en vista de las circunstancias de hecho del caso fallado.

En cambio, cuando el Juez o Tribunal no puede recurrir a una norma de Derecho positivo (ley o costumbre) y ha de recurrir a un principio general de Derecho, es decir, a una norma jurídica válida para el sistema de que se trate, pero sin positividad ni vigencia concretas, entonces sí es cierto que su Sentencia resulta un acto creador, porque esa norma válida significada por el principio general se positiviza al adaptarla a las circunstancias del caso y el fallo la declara vigente. En este caso el Juez asume el papel de órgano legislador. Aquí halla su propio ámbito la Equidad, tan ponderada en todos los tiempos por la doctrina jurídica y que ahora es propugnada por numerosos autores, entre ellos por el mismo Recaséns Siches, que resalta el acierto de la definición aristotélica: “*Correctio legis in quo deficit propter universalitatem*” (76). Nuestro Código Civil la permite a través de la aplicación de la tercera fuente contenida en el párrafo segundo del ya citado artículo 6.º.

“Aequitas—decía Luis Vives—universalitas est quaedam, lex deductio et species”, porque fundándose en un principio jurídico universal, el Juez lo adapta a la naturaleza del caso que ha de fallar, concretándolo en una norma, como lo haría el legislador mismo si estuviere presente” (77). “La equidad—dice Castro y Bravo—no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de Justicia, para decidir un caso para el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la norma general”. Castan Tobeñas la determina de este modo: “criterio de determinación y valoración del Derecho, que busca la ade-

(75) “La teoría egológica...”. Ob. cit., págs. 241-2.

(76) Ob. cit., cap. VI, pág. 252.

(77) Sánchez Agesta: “Un capítulo de Vives”. Revista de Legislación y Jurisprudencia., 1935, pág. 513.

cuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal, que permita dar a los casos concretos de la vida con sentido flexible y humano, el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias". Para Biondo Biondi "la aequitas no es doctrina abstracta, sino entidad jurídica o medio técnico para adecuar jus a justitia, en todos los casos en que surge oposición entre ellos" (78).

Si es evidente la creación de una norma positiva por el Juez o Tribunal cuando en su Sentencia el fallo se basa en un principio jurídico superior válido en el sistema de que se trate (es indiferente a este respecto que sea o no Derecho Natural), adaptado congruentemente a las circunstancias del caso, no lo es cuando se trata de la aplicación de la ley o de la costumbre. En la aplicación de éstas se ha venido diciendo desde el pasado siglo que la función del Juez era la de realizar un silogismo cuya premisa mayor fuera la norma positiva, la premisa menor el caso a fallar y la conclusión, el fallo de la Sentencia. Esta operación judicial recibía en la doctrina el nombre de "subsunción".

En el capítulo IV de su "Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho", Recaséns Siches se refiere a la "caduca concepción mecánica de la función judicial como silogismo". Cita entre los antecedentes doctrinales de la misma a Juan Jacobo Rousseau y su distinción intuitiva de que aun cuando todo caso concreto debe ser resuelto según los principios establecidos por la ley, cada situación singular tiene dimensiones y caracteres peculiares, que exigen por parte del funcionario administrativo o judicial una actitud de espíritu diferente de la actitud mental del legislador. No obstante, la concepción mecánica que ya propugnara Montesquieu triunfó sobre la base de estos dos principios: la idea de que la ley positiva debe encarnar la expresión de la racionalidad pura aplicada al mundo de lo humano, y la idea del régimen en el que la ley impera decisivamente en todos los asuntos del Estado. Habría de añadirse—y esto no lo recuerda Recaséns—el afán garantizador de los derechos de la persona humana, el cual exigía una objetividad jurídica preestablecida, por encima de la posible arbitrariedad judicial, que contribuye a explicar esa preeminencia de la ley. Ese afán cristalizó en el Derecho Penal en los principios "Nullum crimen sine lege" y "Nulla poena sine lege", como cristalizó en las Constituciones políticas europeas y americanas en los respectivos capítulos de garantías del ciudadano.

Recaséns cita diversos textos de la Escuela de la Exégesis francesa

---

(78) "Arte y ciencia del Derecho". Barcelona, 1953, pág. 165.

que demuestran esa concepción mecánica. He aquí dos muestras: Laurent escribía (“Cours elementaire de droit civil”. T. I. Prefacio): “los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los Códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el Código... Diría que deben resignarse a ella”. Otro representante de dicha Escuela, Demolombe, declaraba: “¡Los textos ante todo!... tengo por objeto aplicar, interpretar el Código Napoleón mismo, considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria... y tener siempre como base los artículos mismos de la ley” (“Cours du Code Napoleón” (T. I, pág. XII). Como puede observar el lector en ellos se advierte primordialmente la preocupación por la objetividad jurídica, por encima de toda posible arbitrariedad subjetiva del intérprete y aplicador del Derecho.

“La concepción mecánica de la función judicial—afirma Recaséns—entendida como el desenvolvimiento de un silogismo ha sido demoledoramente criticada desde campos de pensamiento tan diversos, como el de la teoría pura del derecho de Kelsen, la jurisprudencia teleológica de Ihering, las nuevas doctrinas de estimativa jurídica de Geny y Stammler, la política legislativa de Cruet y Morin, los movimientos renovadores del Common Law, la sociología jurídica alemana, francesa y norteamericana, las varias manifestaciones de la filosofía jurídica existencialista, las nuevas teorías de Derecho Procesal, el realismo jurídico en los Estados Unidos, la teoría francesa de la Institución, etc.” (79).

Sobre la distinción de las normas jurídicas en perfectas e imperfectas en orden a su aplicación inmediata, Recaséns expresa su pensamiento de que las primeras únicamente son las “individualizadas en los fallos y resoluciones jurisdiccionales”; pues “la norma general nunca es Derecho directamente aplicable”. “Es patente que las normas individualizadas en la sentencia judicial o en la resolución administrativa contienen ingredientes nuevos que no existen en las normas generales. ¿Quién aporta tales ingredientes nuevos que no figuraban en la norma general? El órgano jurisdiccional (juez o funcionario administrativo)”. Y añade: “si es un hecho necesario que el juez al dictar una sentencia aporta a la norma contenida en el fallo ingredientes que no figuraban en la norma general, resulta entonces patente con plenaria claridad que la función judicial tiene di-

---

(79) Ob. cit., págs. 179 y 203.

mensiones creadoras” (80). “La aportación consiste en individualizar el sentido general de la norma convirtiéndola en una norma particular de directa aplicación” (81).

Mas debemos preguntarnos: ¿Basta esa aportación para justificar la acción creadora? Es evidente que no. Porque en la mayor parte de los casos la labor del órgano jurisdiccional consiste en relacionar el Derecho positivo con los hechos, realizando, eso sí, una labor de individualización de la norma general, pero que no supone creación alguna de norma jurídica nueva, distinta de la vigente y ya creada por el órgano legislativo correspondiente. Aparte queda el caso ya referido de aplicación de los principios generales en el que evidentemente existe acto de creación.

Refiriéndose a la función judicial, Recaséns subraya—como queda dicho más arriba—que “contiene valoraciones” y que “la sentencia es un juicio axiológico”. “El problema de hallar cuál sea la norma positiva justamente aplicable al problema concreto no es un problema de conocimiento de realidades, sino que es un problema de valoración” (82). Mas aunque esto sea en parte cierto, porque al aplicar el Derecho no podemos desconocer su triple estructura (óptica, lógica y axiológica), lo que no puede ignorarse es el papel ejercido por los otros dos elementos junto al axiológico, en la declaración del fallo de la sentencia judicial. Sin olvidar la actividad cognoscitiva que respecto del Derecho aplicable y de la realidad a la que hay que aplicarlo, debe realizar el órgano jurisdiccional.

También, y de conformidad con lo ya expuesto, Recaséns dice: “la índole del Derecho positivo consiste en constituir unos pensamientos humanos, concebidos al conjuro de determinadas necesidades prácticas en la vida social, y destinados a moldear normativamente unas ciertas situaciones reales de esa vida de relación: a moldear precisamente las situaciones reales que suscitaron la elaboración de esas normas. Dependen de las circunstancias; son circunstanciales”. “Resulta, pues, bien claro que la validez de las normas jurídico-positivas está necesariamente condicionada por el “contexto situacional” en el que se produjeron y para el cual se produjeron” (83). Así se pronuncia contra el criterio inmovilista en la interpretación del sentido de la norma jurídica, lo que no obsta, por otro lado, al deseo legítimo de certeza y seguridad jurídicas (84).

---

(80) Idem., pág. 210.

(81) Idem., pág. 211.

(82) Idem., págs. 222 y 227.

(83) Idem., págs. 266-7.

(84) Idem., cap. IV, pág. 270 y ss.

Destaquemos ahora la posición de Recaséns en orden a la Lógica. Basado en las ideas que se acaban de exponer afirma: "La Lógica tradicional no le sirve al jurista para comprender e interpretar de modo justo los contenidos de las disposiciones jurídicas; no le sirve para crear la norma individualizada de la sentencia judicial o decisión administrativa; como tampoco le sirve al legislador para su tarea de sentar reglas generales" (85). Tan rotunda afirmación supone el desconocimiento de la estructura lógica de la normatividad jurídica. Si se admite ésta, tal cual ha quedado de manifiesto en las páginas anteriores, su proyección es forfosa tanto en la función legisladora como en la aplicadora e interpretadora del Derecho. Ya se ha dicho que la interpretación lógica y sistemática constituyen un medio técnico imprescindible en la interpretación del Derecho positivo.

La antedicha afirmación de Recaséns se funda en la sutil distinción entre "lo racional" y "lo razonable". He aquí cómo expone su argumento: "Adviértase en primer lugar, que a uno se le ocurre, sin habérselo propuesto deliberadamente, como la cosa más natural del mundo, el preguntarse por cuáles son las razones de esa otra interpretación que indiscutiblemente parece la más adecuada y justa. Es decir, a uno se le ocurre hablar de razones. Ahora bien, esas razones—sean ellas cuales fueren—, a pesar de ser razones, son algo distinto de lo racional en el sentido de la Lógica tradicional. Porque ya se ha visto que empleando la Lógica tradicional, se llega precisamente a la conclusión de que aquel precepto (se refiere al Reglamento de Policía de ferrocarriles polacos, prohibiendo pasar perros al andén) no prohibía pasar al andén osos. Entonces resulta, que por lo visto, hay razones diferentes de lo racional de tipo matemático. Estamos empezando a oler el terreno del logos de lo humano".

"Parece ser, pues, que la razón no se agota en el campo tradicionalmente conocido como lo racional, sino que tiene también otros campos. Por de pronto, ahora empezamos a otear un campo de la razón diferente del campo de lo racional, a saber, empezamos a vislumbrar el campo de lo razonable, como otro de los sectores de la razón. Creo que esta palabra "lo razonable" es muy expresiva para designar el ámbito y la índole de lo que podríamos denominar también logos de lo humano y que desde otros puntos de vista ha sido llamado también razón vital e histórica" (86). "Esta teoría de lo razonable o del logos de lo humano es lo que va a

---

(85) *Idem.*, pág. 167.

(86) *Idem.*, pág. 157.

proyectar luz meridiana sobre el problema de la interpretación” (87), pues que ella proporciona los cuadros en que se da la experiencia vital e histórica, la conexión entre fines y medios y el contenido axiológico, de todo lo cual carece la Lógica tradicional. Es de advertir que en diversos pasajes de su obra afirma Recaséns que su teoría nada va contra el logicismo de la teoría pura del derecho. No obstante, ya desde el comienzo sienta esta afirmación: “La observación patentiza, que de hecho la dinámica jurídica —la creación, el funcionamiento y la aplicación del Derecho—no se desarrolla como un puro proceso lógico” (88). Es esto lo que ha dado lugar a la “polifacética ofensiva contra la Lógica en el campo jurídico” (89), aun reconociendo que el campo de lo jurídico es “un campo que tiene su propio logos” (90).

En definitiva, si el Derecho tiene su propia Lógica no se comprende una actitud que la excluya de la dinámica jurídica. Mucho menos después de lo expuesto sobre la estructura lógica como uno de los elementos esenciales de la norma jurídica. Por tanto, la triple consideración óptica, lógica y axiológica deberán tenerse en cuenta cuando de aquella dinámica se trate y más concretamente en la aplicación e interpretación de la norma positiva. De ahí el papel de la Lógica (tradicional o moderna) en la interpretación. Ella no lo es todo, porque su función habrá de concertarse con la de los otros dos elementos integradores de la esencia de toda norma jurídica, de donde se deduce efectivamente, la necesidad de un logos propiamente jurídico (lo cual excluye la consideración del Derecho como una parte de la Lógica moderna como cree Schreier), cuya peculiaridad resulta mayormente acentuada por ese “contexto situacional” de que habla Recaséns y que está constituido por las circunstancias fácticas. Sin olvidar el contenido ético-social y político que ofrece toda norma de Derecho positivo.

Si recordamos ahora la diferencia entre “lo racional” y “lo razonable” según el pensamiento de Zubiri, tendremos que el juez no puede ser ese elemento mecánico que desde los tiempos del auge de la interpretación voluntarista de la ley se ha pretendido. Esa plena coincidencia entre la voluntad de la ley y el caso fallado es lo racional, como queda dicho. Lo razonable vendrá a ser una posición del juez más modesta desde el punto de vista lógico, pero más viva, más humana, por lo mismo que significa una convergencia de su criterio hacia la realidad jurídica por

---

(87) Idem., pág. 164.

(88) Idem., pág. 31.

(89) Idem., pág. 32.

(90) Idem., pág. 178.

un lado y hacia la realidad circunstancial del caso a fallar por otro. Lo cual no deja de ser lógico, aunque traspasado por un criterio valuativo del juez. Tiene razón Cossio cuando afirma: “es por la valoración jurídica que la ley tiene que ser interpretada cada vez que se la aplica, por claro que sea su texto y por terminante que sea su contenido”.

“El problema de cada caso—prosigue el citado profesor—para el juez es, pues, el siguiente: ¿Con cuál de las especies se hace la valoración jurídica representada en la ley? Y esto, desde el punto de vista lógico, ya no es una pura subsunción, sino una creación dentro de la subsunción, como dice Kelsen con rigurosa exactitud; pues la elección de la especie es un acto estimativo: la única razón que, para elegirla, tiene el juez en tanto que juez, es que la especie elegida y no otra, realiza el orden, la seguridad, la justicia, etc., representados genéricamente en la ley. Y esa vivencia de un sentido que determina la elección del juez, es inseparable e inalienable del juez, porque es vida humana viviente; es ontológicamente patrimonio del juez”. “La vivencia del orden, de la seguridad, de la justicia, etcétera, está condicionada necesariamente por las circunstancias del caso, porque precisamente son ellas que van a ser evaluadas; de modo que variando las circunstancias puede variar la valoración, con lo cual el juez se desplaza de una especie a otra de las contenidas en la ley” (91).

Ahora bien, aunque sea cierta esa vivencia de un sentido por parte del juez, aunque por el hecho de variar las circunstancias de un mismo caso genérico haya de variarse de valoración y consecuentemente el juez se desplace de una especie jurídica a otra de las contenidas en la norma positiva, y todo ello dentro de la congruencia entre ésta y el caso a fallar, con todo, esto no justifica que la sentencia sea un acto creador, sino sólo declarativo del Derecho positivo para el caso. Tan sólo considerando el fallo como una norma jurídica particular para los sujetos del proceso que a él ha dado lugar, podría considerarse como acto creador, pero en el mismo tono menor que supone la creación a través de las cláusulas de un contrato suscrito por determinadas personas, basado en las disposiciones legales vigentes. En este sentido se dice que el contrato es ley para las partes contratantes. Mas lo que aquí se quiere expresar es que mediante las cláusulas libremente consentidas por las partes contratantes, siempre subordinadas a los preceptos de la ley sobre tal contrato, se concreta más circunstancialmente lo dispuesto en ésta. Lo propio ocurre en la sentencia. En ambos casos, el Derecho existe y es positivo y sirve de

---

(91) Citado en el capítulo segundo de este trabajo.

fundamento al acto jurídico. Crear no es declarar y aplicar a los hechos una norma jurídica positiva.

Si la sentencia fuera un acto de creación de Derecho positivo tendríamos que admitir: 1.º Que es una fuente formal. 2.º La necesidad de establecer su jerarquía respecto de otras fuentes formales. Lo primero queda vedado en nuestro sistema a tenor de lo dispuesto por el artículo 6.º de nuestro Código Civil, pues es categórico su silencio, pese a lo establecido con anterioridad por nuestras leyes procesales respecto de la Jurisprudencia. Lo segundo sería imprescindible para determinar el valor de esa fuente en relación con las demás, con arreglo al principio universal de que una norma jurídica de rango inferior cede ante otra de rango superior si entre ambas existe contradicción. Nuestro sistema prevé la cuestión respecto de la costumbre, pues aun no existiendo duda de que la comunidad que la establece realiza un acto creador de Derecho, la norma consuetudinaria, siendo de rango inferior a la ley, no puede contradecirla. Por esto no se admite la costumbre contra ley.

Admitido, pues, que existiera sentencia contra ley, siendo como ésta fuente formal de Derecho, dependería de la jerarquía fijada en el sistema jurídico correspondiente el que prevaleciera o no frente a la ley. En nuestro sistema no cabe tal posibilidad. Por eso el quebrantamiento de la ley en las sentencias judiciales lleva aparejado el recurso de casación ante el órgano judicial superior.

Es sabido que la doctrina egológica tiene como uno de sus elementos primarios el precedente judicial anglosajón. Esto explica la posición de Cossio sobre este punto. “La verdad es...—nos dice—que no hay sentencias contra ley; sólo hay sentencias que tienen fuerza de convicción o que carecen de ella”. “En rigor, la locución sólo expresa una falta de fuerza de convicción superlativa con el lenguaje de una ciencia racionalista, en cuanto el Derecho está identificado con la norma, y en cuanto se acentúa el desvalor de la situación resultante con tan enfática descalificación”. “En todo ello, si la sentencia convence, si su fuerza de convicción gana la conciencia de los juristas, si la conceptualización normativa de la justicia desaloja a la vivencia de la contradicción haciéndola desaparecer, entonces no se verá una sentencia contra ley, sino una nueva jurisprudencia científica, en los términos que ya hemos estudiado. Pero si nada de esto ocurre, entonces se hablará de una sentencia contra ley irremediable” (92).

“La verdad es—prosigue—que la sentencia contra ley se hace proble-

---

(92) Teoría de la verdad...”. Ob. cit., págs. 262-3.

ma con la apariencia de una contradicción lógica, sólo bajo la idea de que cada ley es de por sí algo autónomo e independiente. Pero la noción es una sentencia contra ley que resulta por abandonar la norma genérica en la que la sentencia claramente podría subsumirse, de modo que quedarían en contradicción lógica esta norma y la norma individual de la sentencia, es un espejismo que se desvanece con la noción del ordenamiento jurídico como un todo”.

“Esto demuestra que cuando una sentencia tiene, como fuente formal una norma específica del ordenamiento para subsumirse en ella, tiene a la par, también como fuente formal, esa otra norma más general, que deriva del ordenamiento en conjunto, y en cuya virtud puede convalidarse por un órgano supremo. En este caso, la sentencia contra ley queda jurídicamente habilitada por esta norma subsidiaria que Schreier ha llamado “norma de habilitación”. “Para que la norma de habilitación alcance fuerza lógica pareja a la de la norma específica general que desaloja, se requiere agregarle... la decisión de un funcionario supremo” (93).

Llama la atención esa norma de habilitación a la cual Cossio califica de subsidiaria, porque este último término puede comprenderse en dos sentidos: el primero como norma que sólo se aplica a falta de otra más principal. Es el caso de la costumbre respecto de la ley en nuestro sistema jurídico. El segundo sentido puede tomarse como norma válida que inspira y fundamenta toda otra surgida de cualquiera de las fuentes formales reconocidas en un sistema. En este sentido subsidiariedad equivale a subyacencia. Entonces sí cabe que una norma surgida de cualquier fuente formal y que aparentemente contradiga lógicamente a otra, pero no contradiga, antes bien muestre con claridad su nexos lógico respecto a la norma válida subyacente a todo el sistema positivo, quede por ello habilitada y legitimada. Este es el sentido empleado por Castro y Bravo cuando se refiere a los principios generales del Derecho que él identifica con el Derecho Natural, y niega que el artículo 6.º de nuestro Código Civil establezca jerarquía alguna entre las tres fuentes formales que este artículo cita (94).

Naturalmente, la posibilidad de prevalencia de la sentencia contra ley justificada por su nexos lógico con la norma de habilitación, tendrá que cargar sobre la fuerza de convicción moral y social que se desprenda de la misma. Y por supuesto, para que una sentencia contra ley pueda convalidarse conforme a una norma de habilitación será necesario la conva-

---

(93) Citado en el capítulo segundo de este trabajo.

(94) Véase obra citada, “Derecho civil de España”.

lide un órgano supremo. Su necesidad estriba además, y sobre todo, en la exigencia de una objetividad en la función de valorar, interpretar y aplicar el Derecho positivo. Fijar en cualquier órgano judicial el criterio sería peligroso y contraproducente, cuando para un mismo caso fallado se hubieran dado diversidad de fallos o fallos contradictorios. El principio procesal de que la cosa juzgada “pro veritate habetur” requiere un último criterio objetivo lo más acertado posible. Más todavía, el fenómeno de objetivación axiológica por el órgano judicial adecuado se nos ofrece más interesante como posibilidad de elaboración de una ciencia dogmática que sirva de pauta a la comprobación de la objetividad emocional mostrada por la intuición de los jueces en sus sentencias. La posibilidad de esta objetividad valorativa se basa—como decía Husserl—en que la vivencia cognoscente se constituye sobre un “nosotros” como sujeto; y se basa en ese carácter de “publicidad” que el conocimiento de la verdad asigna Zubiri. Basta aplicar esto a la verdad y realidad jurídicas para comprender aquella posibilidad, si no bastara la afirmación de Savigny de que el auténtico jurista tiene una especial sensibilidad vocacional para lo jurídico. La verdad jurídica domina al jurista de tal modo, que instalándose en ella, la hace suya, hasta configurarle. En esta común configuración cabe hallar la objetivación axiológica del Derecho positivo y el criterio supremo de valoración axiológica objetiva de los órganos judiciales.

Al definir los romanos la Jurisprudencia como “divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia” acertaron mucho más que las definiciones modernas de la misma, tan formales, pues que esa valoración objetiva fundada en el conocimiento de la verdad jurídica no puede desligarse de las cosas humanas y su fundamento divino. Las definiciones modernas sólo toman en consideración el dato de la uniformidad y de la concordancia en las sentencias del órgano judicial supremo. La Jurisprudencia no puede ser sólo el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho positivo mostrado a través de las sentencias del órgano judicial supremo. Por las mismas razones expuestas respecto del juez, existe una valoración, una estimación valiosa en las sentencias del Tribunal Supremo. Esa valoración, de carácter objetivo se patentiza cuando se da la concordancia entre dos o más sentencias, como se patentiza también el nexo lógico que les sirve de estructura y que es el mismo para esas sentencias concordantes. Entonces se dice que la concordancia es actual; aunque puede ser también potencial “cuando—como dice Cossio—se pronuncia por primera vez un Tribunal de última instancia, imprimien-

do el rumbo de las sentencias posteriores” (95). En un caso y otro la valoración objetiva se expresa a través de la experiencia judicial, de tanto interés no sólo para la aplicación del Derecho positivo, sino para la elaboración de éste, como reconoce nuestro Código Civil en sus Disposiciones Adicionales.

Tal valoración, realizada por la Jurisprudencia, explica los cambios observados por el jurista a través del tiempo en la aplicación del Derecho positivo, en tanto las normas de éste han permanecido inalterables. En nuestra Patria el fenómeno es fácilmente observable respecto del Derecho Civil, precisamente el más inalterable de las distintas ramas del Derecho. En efecto, puede observarse cómo nuestra Jurisprudencia se ha esforzado continuamente en mostrar un criterio valorativo más en consonancia con los valores sociales que caracterizan nuestro tiempo, corrigiendo el evidente sentido individualista de nuestro Código, incluso supliendo sus lagunas. Así ha ocurrido con la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho y sobre la responsabilidad civil objetiva.

Ismael Peidró Pastor,  
Profesor adjunto. (Universidad de Valencia)

---

(95) Véase nota (47).