

LA NATURALEZA DE LA COSA

Los juristas nos vemos continuamente enfrentados con problemas sobre cuya solución parece pesar una condena fatal de persistente recurrencia.¹ Hay cuestiones que son replanteadas como si necesitasen de una permanente revisión o de nuevos enfoques desde distintos puntos de vista. A veces esto es la consecuencia de la insatisfacción ante los resultados obtenidos y de la necesidad de presentar con mayor exactitud los datos de un problema —actitud común a toda ciencia y que juega un papel decisivo en el desarrollo de cualquier disciplina. Otras, en cambio, la recurrencia obedece al deseo de revitalizar y reactualizar ciertos conceptos para adecuarlos a las exigencias reales o supuestas de una sociedad determinada. Y en este caso no es poco frecuente el hecho de que esta reactualización se realice revistiendo antiguas cuestiones con el ropaje de una formulación más sugestiva y acorde con la época. Aquí juegan un papel muy importante la ideología de la justicia y la falta de formalización e insuficiente grado de tecnificación del lenguaje jurídico que hace posible este tipo de cambios aparentes, cambios que, por otra parte, son capaces de desencadenar interminables discusiones entre quienes tratan de afirmar viejas posiciones bajo el manto de la modernidad y quienes procuran desenmascarar a sus antiguos rivales. Algo de esto parece estar ocurriendo actualmente con la llamada inferencia a partir de la naturaleza de la cosa, cuestión que ha despertado especial interés entre los juristas alemanes contemporáneos.² Es mi propósito analizar los términos en que está planteado este problema, ver hasta qué punto está lógicamente justificada la utilización de esta expresión como base del razonamiento jurídico y buscar las razones que explican la importancia que algunos autores atribuyen a la naturaleza de la cosa.

Pero previamente convendrá hacer una breve reseña histórica acerca del uso de la expresión “naturaleza de la cosa” en la ciencia y en la filosofía del derecho.

Esta expresión aparece en las obras jurídicas de fines del siglo XVIII y

¹ Acerca de los problemas recurrentes del derecho, cfr. H. L. Hart, *The concept of law*, Oxford, 1963. Existe versión castellana de esta obra bajo el título *El concepto de derecho*, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963.

² Cuando aquí nos referimos a la naturaleza de la cosa no tenemos en cuenta solamente la expresión alemana *Natur der Sache*, sino también otras tales como *sachlogische Strukturen* (estructuras lógico-materiales), *ontologische Grundgegebenheiten* (datos ontológicos fundamentales), cuya diferente formulación no excluye una gran analogía conceptual.

comienzos del xix.³ Su mención parece ser un fenómeno propio de la literatura alemana. Cuando se la menciona en las obras italianas, francesas o inglesas, se hace siempre referencia a su origen alemán. La importancia que la "naturaleza de la cosa" adquirió en la ciencia jurídica alemana tiene un doble origen: por una parte la creciente influencia de la teoría del derecho natural de la Ilustración en las distintas ramas del derecho positivo alemán y por otra la situación especial de las fuentes de la jurisprudencia alemana.

Un ejemplo típico de la penetración de la teoría del derecho natural en el derecho positivo es la obra de Gallus Kleinschrod, publicada en Erlangen en 1794 y titulada *Desarrollo sistemático de los conceptos fundamentales y de las verdades fundamentales del derecho penal a partir de la naturaleza de la cosa y de la legislación positiva*.⁴ Kleinschrod no define claramente qué ha de entenderse por "naturaleza de la cosa", sino que hace referencia a "verdades filosóficas generales". Pocos años después, Anton Justus Thibaut en su *Teoría de la interpretación lógica del derecho romano (Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts*, Altona, 1799) se refería también a la naturaleza de la cosa y decía: "No hay pocas materias en las que pueda razonarse a partir de la naturaleza de la cosa y en la que los juristas y el Emperador no puedan decidir de acuerdo con la naturaleza de la cosa. Como entre nosotros nada impide que el juez pueda seguir a su razón cuando el derecho positivo no se lo prohíbe expresamente, no hay ninguna duda que no se puede negar la utilidad práctica de este método" (pág. 134 de la 2ª edición de 1806). También encontramos esta misma expresión en las obras de G. H. Feder *Teorías fundamentales para el conocimiento de la voluntad humana y de las leyes naturales de la conducta jurídica (Grundlehren zur Kenntnis des menschlichen Willens und der natürlichen Gesetze des Rechtsverhaltens*, 3ª ed., Göttingen, 1789), en el *Comentario de las Pandectas* de Christian F Glück (*Pandektenkommentar*, Erlangen, 1790), en los *Principios del derecho común alemán* de J. Runde (*Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen, 1791) y en la de Johan Stephan Pütter *Acerca del derecho del Estado y de los Principados alemanes (Beiträge zum deutschen Staats-und Fürstenrecht*, Göttingen, 1779).

Como consecuencia de la recepción del derecho romano, el *Corpus juris civilis* tuvo en Alemania el carácter de un derecho subsidiario al que los jueces recurrían para completar el derecho privado y hasta el siglo xviii el derecho alemán fue en general sometido a un permanente proceso de romanización. Pero en este siglo comienza a desarrollarse una

³ En esta consideración histórica seguimos la exposición de Ralf Dreier en su obra: *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, Berlin, 1965, pp. 35 y ss., y de Herbert Schambeck: *Der Begriff der Natur der Sache*, Wien, 1964, pp. 28 y ss.

⁴ Citado por Ralf Dreier, *op. cit.*, p. 36.

jurisprudencia alemana basada en gran medida en viejas instituciones germánicas que no habían podido ser asimiladas totalmente al derecho romano, en leyes del Reich y en el derecho consuetudinario. Sin embargo, estas fuentes no eran suficientes como para permitir el desarrollo de un sistema científico. Aparecen entonces dos escuelas jurídicas: la llamada “escuela de los analogistas” (*Analogistenschule*) que trató de elaborar el derecho privado común aplicando a los derechos particulares el método de la analogía, y la “escuela especulativa” (*spekulative Schule*) que para superar la dificultad de la insuficiencia de las fuentes introdujo los conceptos de “naturaleza de la cosa” y “naturaleza de las instituciones alemanas”.

A esta última escuela pertenecen Adolf Posse,⁵ Theodor Anton Schmalz,⁶ August Ludwig Reyscher⁷ y Justus Runde.⁸

Bajo la expresión “naturaleza de la cosa”, el derecho natural quedó incorporado a la teoría de las fuentes del derecho. Runde sostenía que a falta de leyes del Reich y de un derecho consuetudinario unitario “es posible inferir partiendo de la naturaleza de la cosa o de una institución jurídica alemana reconocida por la ley, por el derecho consuetudinario o por convenios entre particulares, y esta inferencia tiene validez general al igual que la sana razón; tiene además aplicación cuando faltan disposiciones positivas, en la decisión de conflictos, al igual que los otros principios del derecho hipotético racional”.⁹ Por derecho racional absoluto se entendía entonces los principios del derecho deducidos por la razón y que poseían validez universal, por derecho racional hipotético las normas que se inferían de la esencia o naturaleza de una determinada institución y cuya validez estaba limitada al ordenamiento jurídico al que esta institución pertenecía.

Ludwig Reyscher identifica también derecho natural y naturaleza de la cosa y recurre a esta última como fuente del derecho: “. . . cuando las fuentes históricas no son suficientes, hay que recurrir a la naturaleza de la cosa que, en última instancia, no es otra cosa que la aplicación del derecho natural, es decir una razón general (*naturalis ratio*) aplicada a la naturaleza de las relaciones dadas”.¹⁰ La influencia de Reyscher perduraría más tarde a través de la escuela histórica del derecho.

Tanto la escuela analogista como la especulativa aceptaban el uso de la expresión “naturaleza de la cosa” como fuente del derecho; ambas escuelas no formularon nunca claramente de qué manera era posible inferir proposiciones normativas partiendo de este concepto, pero en

⁵ Cfr. *Abhandlungen einiger vorzüglicher Gegenstände des deutschen Staats- und Privatrechts*, Leipzig, 1802.

⁶ Cfr. *Lehrbuch des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1818.

⁷ Cfr. *Über das Dasein und die Natur des deutschen Rechts*, Leipzig, 1839.

⁸ Cfr. *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen, 1817.

⁹ Citado por Dreier, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰ Cfr. Dreier, *op. cit.*, p. 39, nota 227.

todo caso, y a través de estas escuelas, la naturaleza de la cosa entró en la doctrina jurídica alemana.

Durante la primera mitad del siglo XIX, los procesalistas consideraron también a la naturaleza de la cosa como fuente del derecho positivo. Karl Grolmann publica en 1803 su *Teoría del proceso judicial en los conflictos jurídicos privados según el derecho común alemán*,¹¹ en la que, al analizar las fuentes del derecho, dice con respecto a la naturaleza de la cosa: "Entre las fuentes legales mediatas ocupa una posición fundamental la naturaleza de la cosa, es decir las reglas derivadas de la esencia y finalidad de una institución; pues cuando las leyes no disponen exactamente, autorizan tácitamente aquello que se deduce de la esencia de una institución y también aquellas reglas que derivan... del concepto de finalidad de una determinada acción o institución."¹² Esta línea de pensamiento fue continuada por otros procesalistas tales como Ludwig von Gaisberg,¹³ Justus von Linde,¹⁴ Jeronymus von Bayer,¹⁵ Theodor von Brackenhoeft,¹⁶ y Wilhelm Müller.¹⁷ Todos estos juristas procuran determinar la finalidad de una institución recurriendo no a la voluntad del legislador sino a consideraciones filosóficas, históricas o sociológicas, con respecto a la esencia de la institución; de esta manera el concepto "naturaleza de la cosa" abría la puerta a las ideas del derecho natural.

En la escuela histórica, la "naturaleza de la cosa" siguió vinculada al derecho común privado alemán. Algunos autores, como Karl Friedrich Eichhorn¹⁸ utilizaron este concepto para referirlo únicamente a la esencia de las instituciones jurídicas; otros como Karl A. Mittermeier¹⁹ reivindicaron para la naturaleza de la cosa su importancia como fuente del derecho: la naturaleza de la cosa "descubierta mediante un procedimiento histórico seguro" podía proporcionar "la regla suprema... que ha de guiar al juez al juzgar y decidir acerca de una institución"²⁰

Friedrich Karl von Savigny²¹ y Georg Friedrich Puchta²² desarrollan la teoría del llamado "derecho de los juristas", que tenía un doble aspect-

¹¹ *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach dem gemeinen deutschen Recht*, Giessen, 1803.

¹² Cfr. Dreier, *op. cit.*, p. 49.

¹³ Cfr. *Allgemeine Vorkenntnisse zur Theorie des bürgerlichen Prozesses mit besonderer Rücksicht auf den deutschen gemeinen bürgerlichen Prozess*, Stuttgart, 1820.

¹⁴ Cfr. *Lehrbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses*, Bonn, 1850.

¹⁵ Cfr. *Vorträge über den gemeinen Zivilprozess*, München, 1856.

¹⁶ Cfr. *Erörterungen über die Materie des allgemeinen Theils von Linde's Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses*, Leipzig, 1842.

¹⁷ Cfr. *Über die Natur des Gerichtsgebrauchs und dessen Gesetzkraft*, en: "Zivilistische Abhandlungen", 1. Teil, Giessen, 1833, pp. 160 y ss.

¹⁸ Cfr. *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, en "Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", Berlin, 1815, pp. 124 y ss.

¹⁹ Cfr. *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, 4ª ed., Landshut, 1830.

²⁰ Cfr. Dreier, *op. cit.*, p. 44.

²¹ Cfr. *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840.

²² Cfr. *Pandekten*, 9ª ed., Leipzig, 1863.

to: por una parte se refería al derecho consuetudinario creado por la convicción de los juristas, en representación del pueblo, y que se manifestaba en la aplicación que de él hacían los tribunales y en la *communis opinio doctorum*, y, por otra parte, a un derecho "científico" elaborado mediante la investigación histórica, la interpretación y la formulación de sistemas y principios jurídicos. En este "derecho científico" la "naturaleza de la cosa" fue recogida sistemáticamente, tanto por la teoría de las fuentes del derecho, como por la teoría de las lagunas del derecho. Es difícil sin embargo, encontrar una definición precisa acerca de qué es lo que ha de entenderse por "naturaleza de la cosa"; por otra parte, la equívocidad del concepto permite su utilización más o menos indiferenciada.

En la jurisprudencia de conceptos, la naturaleza de la cosa es usada para designar la "naturaleza jurídica", concepto también equívoco que algunas veces significa el conjunto de normas jurídicas que constituyen una institución jurídica, y otras el concepto dentro del cual hay que subsumir un fenómeno jurídico o social concreto. La naturaleza de la cosa fue puesta al servicio de la analogía o de la "consecuencia jurídica". Karl Georg Wächter decía que cuando el juez no puede resolver el caso recurriendo a la analogía, tiene que "buscar la norma de decisión en la analogía de todo el derecho positivo y en el espíritu del derecho positivo".²³ En la jurisprudencia de conceptos, la naturaleza de la cosa parece perder su acento jusnaturalista y en general ocupa una posición marginal con respecto al concepto positivista de naturaleza jurídica. La idea de la naturaleza de la cosa fue recogida por el derecho comercial alemán y a través de él llegó a la escuela del derecho libre.²⁴

En el derecho comercial, la "naturaleza de la cosa" fue utilizada también como recurso para llenar las lagunas de la ley. Heinrich Thöl²⁵ recurre a este concepto para designar los fundamentos fácticos de la ley tales como la "voluntad, la finalidad y el procedimiento de las partes contratantes . . ." ²⁶

De la lectura de estos autores que tratan de precisar el concepto y la utilización de la "naturaleza de la cosa" es sumamente difícil obtener una definición exacta; pero mucho más lo es cuando se toman en consideración los escritos de la llamada escuela libre del derecho, de la jurisprudencia de intereses y de la *école nouvelle*, que también invocan la naturaleza de la cosa como fuente para llenar las lagunas de la ley.

Heinrich Dernburg, autor frecuentemente citado por los actuales partidarios de la "naturaleza de la cosa",²⁷ es quizá uno de los pocos juristas

²³ Cfr. *Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts*, Stuttgart, 1842, tomo 2, p. 60.

²⁴ Cfr. Dreier, *op. cit.*, p. 51.

²⁵ Cfr. *Das Handelsrecht*, Leipzig, 1875, tomo 1.

²⁶ *Loc. cit.*, pp. 48-49.

²⁷ Cfr. por ejemplo, Werner Maihofer, *Die Natur der Sache*, en "Die ontologische Begründung des Rechts", editado por A. Kaufmann, Darmstadt, 1965, p. 55.

que trata de precisar en esta época qué es lo que ha de entenderse por naturaleza de la cosa, recurriendo a la fórmula del “orden que está ínsito en las relaciones vitales”.²⁸ “Si la analogía no nos permite alcanzar el fin deseado” —dice Dernburg— “la naturaleza de la cosa tendrá que imponerse. Esto no significa especulaciones arbitrarias, tal como se objetó en su época al derecho natural. Hay que reconocer que en las relaciones vitales hay un orden adecuado a sus fines, que es posible desarrollar y hacer valer mediante argumentos a partir de la naturaleza de la cosa”.²⁹ Fórmulas similares se encuentran en Franz Adickes,³⁰ en Josef Kohler,³¹ quien decía que la naturaleza de la cosa “está constituida por aquellas relaciones vitales y por el afán que en ellas reside de obtener una forma jurídica”³² y en Ferdinand Regelsberger “el contenido de una proposición jurídica está determinado esencialmente... por las características reales de aquellas relaciones vitales típicas que constituyen el objeto de un orden, por sus fines económicos, éticos, sociales... Puede decirse: hasta un cierto grado, en las relaciones vitales están prescriptas las líneas para su ordenación jurídica. Una profunda consideración racional de las relaciones vitales puede conducir al conocimiento de estas condiciones. Esta consideración puede descubrir su naturaleza, la famosa e injuriada, la tantas veces rechazada y tantas veces buscada naturaleza de la cosa. Naturaleza de la cosa, razón de las cosas, *naturalis ratio*, finalidad, necesidades de la relación, sentimiento jurídico, son sólo diferentes denominaciones de una misma cosa”.³³

Sin embargo, no se determina cuál es el contenido concreto de este orden inmanente en las cosas. En este sentido, parece ser más sensata la opinión de Hans Reichel, quien reduce la naturaleza de la cosa a aquello que los jueces en una determinada época y lugar consideran como lo justo. En este caso la naturaleza de la cosa significaría tan sólo las opiniones dominantes en una sociedad determinada: “Para que esta expresión (naturaleza de la cosa) sea algo más que un lugar común, que un argumento al que se recurre cuando uno se siente perdido, tiene que estar dotado de un contenido objetivo-normativo. Y en realidad: la naturaleza de la cosa no es nada más que... lo justo, lo recto, lo conforme a la cultura, lo que es saludable en una época. Así pues, cuando el juez quiere desarrollar una proposición jurídica a partir de la naturaleza de la cosa, se pregunta: cuál es la regulación general, universalmente válida en este caso —que no está resuelto ni en la ley ni en el derecho consuetudinario—,

²⁸ Cfr. *Pandekten*, tomo 1, Berlín, 1896, p. 87.

²⁹ Cfr. *Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens*, tomo 1, 2ª ed., Halle, 1902, p. 8.

³⁰ Cfr. *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, Kassel und Göttingen, 1872.

³¹ Cfr. *Über die Interpretation von Gesetzen*, en “*Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart*”, tomo XIII, 1886.

³² Cfr. Kohler, *loc. cit.*, p. 1.

³³ Cfr. *Pandekten*, tomo 1, Leipzig, 1893, p. 68.

que relativamente responde mejor a los postulados de la justicia y a las necesidades de nuestro tiempo y de nuestra comunidad social".³⁴

La *école nouvelle* de François Geny adoptó también esta "noción a la vez imprecisa y fecunda"³⁵ a la que el juez, en su libre investigación científica, tiene que recurrir en caso de silencio de las leyes y del derecho consuetudinario, para resolver un asunto sometido a su decisión. La expresión *nature des choses* se refiere a "todos los elementos de hecho de nuestra vida social", los que tienen a su vez un elemento valorativo: "Bajo el control de principios superiores, de pura razón y de absoluta justicia... podemos aceptar este postulado de que las relaciones de la vida contienen en ellas mismas leyes que deben regirlas".³⁶ En su *Science et Technique* intenta Geny revitalizar el derecho natural católico y encuentra en la naturaleza de la cosa el fundamento ontológico del derecho natural, definido como "el conjunto de reglas jurídicas que la razón obtiene de la naturaleza misma de las cosas, de las que el hombre forma parte, y que corresponden a aquello que hemos llamado los datos naturales y racionales del derecho positivo".³⁷

En la jurisprudencia sociológica, la naturaleza de la cosa designa las características típicas de las relaciones vitales, de las instituciones sociales. Eugen Ehrlich sostenía que "Las normas que surgen de la naturaleza de la cosa son las reglas del actuar que dominan una relación jurídica en la vida, son obra de la vida, no del legislador..."³⁸

Estas tres corrientes, la escuela libre del derecho, la *école nouvelle* y la jurisprudencia sociológica, fueron perdiendo importancia alrededor de los años 20 y con ellas también la expresión "naturaleza de la cosa".

Otras dos corrientes: la teoría institucionalista y la fenomenológica utilizaron también esta fórmula, pero no con tanta frecuencia como lo habían hecho las doctrinas jurídicas anteriores. La teoría institucionalista originada en Francia con Maurice Hauriou tuvo en Alemania no poca importancia a través de la obra de Karl Schmitt. Este concibe al derecho como un orden interno de ámbitos de la vida institucionalmente organizados, tales como la familia, la iglesia, los estamentos sociales, el ejército, etcétera y cree también poder inferir regulaciones jurídicas y decisiones partiendo de la "naturaleza" y de la "esencia" de instituciones sociales y órdenes concretos.³⁹

En 1936, Hans Helmut Dietze publica un libro titulado *El derecho natural del presente*,⁴⁰ que a pesar de su escasa originalidad merece ser

³⁴ Cfr. Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, Zürich, 1915, p. 110.

³⁵ Cfr. *Methode d'interprétation*, tomo II, p. 88.

³⁶ *Loc. cit.*, p. 115.

³⁷ Cfr. *Science et Technique*, tomo II, p. 419.

³⁸ Cfr. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 2ª ed., München und Leipzig, 1929, p. 288.

³⁹ Cfr. Karl Schmitt, *Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934 y *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlín, 1958.

⁴⁰ Cfr. H. H. Dietze, *Das Naturrecht der Gegenwart*, Bonn, 1936.

citado, porque es un buen ejemplo de hasta qué punto es posible inferir, partiendo de un concepto equívoco como es el de la “naturaleza de la cosa” y dejando por supuesto de lado principios elementales de la lógica —error que consciente o inconscientemente cometen todos los que infieren de la esencia o naturaleza de una cosa una norma de deber ser—, toda una serie de principios y proposiciones que repugnarían a muchos de los partidarios de la idea de la naturaleza de la cosa y sin duda alguna a nuestra ideología democrática occidental. En efecto, Dietze fundamenta en la naturaleza de la cosa la “necesidad de un Ministerio de Propaganda”,⁴¹ el “principio de la infalibilidad del Führer”.⁴² Derecho es, según Dietze, “aquello que los hombres arios consideran que es derecho, no derecho (*Unrecht*) lo que ellos rechazan”, “la misma sangre exige un mismo Reich”.⁴³ Esta versión jusnaturalista de Dietze merece ser tenida en cuenta cuando se invoca la panacea de la “naturaleza de la cosa”.

Adolf Reinach es sin duda el representante más significativo de la escuela fenomenológica del derecho. Su teoría apriorística, la llamada *apriorische Gegenstandslehre*, se refiere a la naturaleza de los datos extrapositivos que constituyen la base apriorística de todo derecho positivo en tanto estructura y orden esencial de conceptos del derecho, tales como la posesión, el contrato, la promesa, la obligación, etcétera.⁴⁴ Estos conceptos *a priori* tienen una existencia independiente del derecho positivo y del pensamiento humano. Constituyen entes ideales de una naturaleza similar a la de los números, por ejemplo, cuya existencia no es ni física ni psíquica, y a la de las reglas matemáticas, que valen antes de que el matemático las conozca y acepte, y que tienen, por consiguiente, “validez eterna”.⁴⁵ Estos seres ideales pueden llegar a ser conocidos mediante una intuición esencial, que a su vez permite llegar a las “leyes esenciales” que subyacen a cada una de estas estructuras jurídicas.⁴⁶ La “ley esencial” de la propiedad dispone, según Reinach, entre otras cosas, que el propietario tiene derecho a disponer de la cosa como lo desee.⁴⁷ Y estas leyes constituyen la esencia de cada concepto jurídico. Son las llamadas *Wesengesetze* o *Wesenszusammenhänge*, leyes esenciales o conexiones esenciales⁴⁸ que tienen un carácter diferente al de las leyes naturales. Las leyes *a priori* no son abstraídas del derecho positivo ni tampoco inferidas de meros conceptos. No son juicios sintéticos *a posteriori* ni juicios analíticos, sino juicios sintéticos *a priori*.⁴⁹

⁴¹ *Op. cit.*, p. 292.

⁴² *Op. cit.*, p. 299.

⁴³ *Op. cit.*, pp. 285 y ss.

⁴⁴ Cfr. Adolf Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, publicado en “Gesammelte Schriften”, Halle, 1921, p. 169.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 161.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 238.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 223.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 339.

Una ciencia del derecho que se ocupe de descubrir estas proposiciones sintéticas *a priori* es, según Reinach, una "ciencia pura del derecho".⁵⁰ Esta ciencia pura del derecho es la que nos descubre la naturaleza de los respectivos conceptos.

Pero, por otra parte, el derecho positivo es totalmente libre de aceptar o no estos conceptos *a priori* y puede apartarse de las legalidades inherentes a estas esencias jurídicas. En este sentido es posible distinguir en Reinach dos planos paralelos: el del mundo de las esencias jurídicas ideales, el de los llamados "conceptos fundamentales específicamente jurídicos" y el del derecho positivo. En aquél actúa la naturaleza de la cosa, que para el derecho positivo tiene escasa importancia, ya que no es aceptada como fuente del derecho positivo.⁵¹ Esta actitud con respecto al posible valor de fuente del derecho es compartido también por otros juristas fenomenológicos, tales como Fritz Schreier⁵² y Gerhard Husserl.⁵³ El concepto "naturaleza de la cosa" parece pues haberse alejado, en la escuela fenomenológica, totalmente de la realidad del derecho positivo. Se había llegado así al punto extremo al de que se partió. Si a fines del siglo XVIII los juristas alemanes habían recurrido a la naturaleza de la cosa como fuente subsidiaria del derecho, para solucionar los problemas prácticos del juez frente a la insuficiencia de las leyes, en el primer tercio del siglo XX la naturaleza de la cosa quedaba recluida a un ámbito ideal y *a priori*, lejos de la actividad inmediata del jurista. Ya Kant había expuesto un concepto arquetípico de naturaleza, vinculado al concepto platónico de idea en tanto forma perfecta de una cosa.⁵⁴ Pero a diferencia de Platón, las ideas de Kant no contenían ningún conocimiento de la realidad, sino que más bien eran ideas regulativas con las que la razón procuraba reflexivamente entender el fin último del mundo. Este concepto de Kant abrió la posibilidad de poder referirse a una estructura ideal de deber ser, de una institución, por ejemplo del Estado o de la propiedad, y calificar a esta idea como "naturaleza" de la institución. La vía abierta por Kant fue luego utilizada, recurriendo evidentemente también a la filosofía de Husserl, por la escuela apriorística del derecho.

El desarrollo aquí presentado del concepto de la naturaleza de la cosa es tanto más interesante, y hasta paradójico, si se tiene en cuenta que ya también en el siglo XVIII Kant había señalado muy claramente la distinción existente entre el ámbito del ser y el ámbito del deber ser o del valor. Después de Kant se hace difícil hablar de una identificación entre ser y valor, como lo había hecho la doctrina cristiana que culminara en

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 18.

⁵¹ Cfr. Herbert Schambeck, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

⁵² Cfr. Fritz Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, Leipzig und Wien, 1924.

⁵³ Cfr. Gerhard Husserl, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Berlin, 1925; y *Recht und Zeit*, Frankfurt, 1955.

⁵⁴ Cfr. *Kritik der reinen Vernunft*, B 368.

la fórmula de Tomás de Aquino: “*ens et bonum convertuntur*”. Después de Kant es difícil hablar de un derecho natural que formara parte de una “naturaleza cósmica”, de un orden inscripto por Dios o por la naturaleza en la *natura rerum*, en la *natura objecti* del universo. Precisamente el concepto de naturaleza, como esencia situada en la trascendencia de la cosa en sí, queda fuera del plano del conocimiento racional. Hume, por su parte, se había también referido a la imposibilidad de derivar el deber ser desde el ser. No faltaron tampoco en el siglo XIX juristas que, como Karl Bergbohm, se opusieran a la utilización del concepto de la naturaleza de la cosa en la jurisprudencia. Bergbohm había dicho en 1892: “Todavía se quiere sacar de la naturaleza de la cosa una norma que no está en ella”.⁵⁵ Y en 1910 Hans Kelsen publica su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, en el que recoge la dualidad fundamental entre ser y deber ser.⁵⁶

Desde un punto de vista lógico podría uno, pues, rechazar sin más estas teorías basadas en la naturaleza de la cosa, esgrimiendo los argumentos de Hume o de Kant. Sin embargo, el problema merece tal vez una consideración especial debido a la gran importancia que la teoría de la naturaleza de la cosa tuvo y sigue teniendo entre los juristas alemanes de la segunda posguerra. El origen histórico inmediato del renacimiento de la teoría de la naturaleza de la cosa es el libro que Gustav Radbruch publicara en 1948, titulado *La naturaleza de la cosa como forma del pensamiento jurídico*.⁵⁷ A partir de ese momento comienza en Alemania una gran discusión acerca de si esta obra significa o no un cambio radical en la actitud positivista y relativista de Radbruch y da origen, por otra parte, a una abundante literatura sobre el tema específico de la naturaleza de la cosa.

Queremos referirnos ahora a grandes rasgos a las obras publicadas en Alemania después de 1945 sobre la doctrina de la naturaleza de la cosa,⁵⁸ para tratar luego de reflexionar sobre los siguientes puntos:

- 1) ¿Es científicamente aceptable la invocación de la naturaleza de la cosa como fuente del derecho?
- 2) ¿Significa de alguna manera esta doctrina una superación de la polémica entre jusnaturalismo y juspositivismo?
- 3) ¿tiene algún sentido utilizar la expresión “naturaleza de la cosa” en la ciencia del derecho?

⁵⁵ Cfr. Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, tomo I, p. 353.

⁵⁶ Cfr. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1910.

⁵⁷ Cfr. *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt, 1960. Existe versión castellana de esta obra de E. Garzón Valdés, Córdoba, 1963.

⁵⁸ A la consideración detallada de las principales doctrinas se dedicará un capítulo especial.

4) en caso de que las respuestas a las preguntas anteriores fueran negativas, ¿cómo puede explicarse la importancia que esta doctrina tiene en la actualidad?

No interesa ahora hacer un estudio detallado de las teorías de los juristas que a partir de 1945 se ocuparon del problema de la naturaleza de las cosas,⁵⁹ sino más bien señalar algunas corrientes fundamentales.

En 1947 Helmut Coing publica *Los principios supremos del derecho*⁶⁰ y en 1950 sus *Principios de filosofía del derecho*.⁶¹ Según Coing existe un "orden permanente en las cosas sociales" que impone al legislador su propia legalidad: "En las cosas mismas parece habitar un orden que la justicia tiene tan sólo que conocer y tener en cuenta para poder marchar segura. La pregunta acerca de la medida o criterio con la que termina el análisis de la idea del derecho parece encontrar aquí su respuesta; la naturaleza de las cosas parece dar a la justicia 'abierta' la pauta que falta, de manera tal que la idea del derecho pueda ampliarse al orden cerrado, al indicarnos el orden que se encuentra en las cosas mismas."⁶² Lo que el legislador debe hacer es pues descubrir mediante la razón el orden inmanente de las cosas. La tarea legislativa es más una cuestión de conocimiento que de voluntad. Aquí parece vincular Coing su teoría a la de la *lex aeterna* de los estoicos, sobre todo de Cicerón: "*Lex est ratio summa insita in natura, quae iubet et, quae faciendae sunt, prohibetque contraria. Eadem ratio quom est in hominis mente confirmata et confecta, lex est.*"⁶³

En todas las instituciones y relaciones sociales es posible descubrir, según Coing, leyes permanentes. El estudio de la naturaleza de estas relaciones tiene importancia esencial para la legislación positiva. Así por ejemplo, de la naturaleza del matrimonio pueden inferirse las reglas que han de regir el derecho de familia. La justicia consiste en "otorgar a los hombres y a los procesos sociales un lugar tal en el orden jurídico, que sea el que le corresponde según el orden eterno del ser".⁶⁴ Lo justo es aquello que corresponde al ser, que le pertenece esencialmente. Por eso el estudio de la naturaleza de las cosas está íntimamente vinculado con la posibilidad del establecimiento de un orden ético dotado de

⁵⁹ Las teorías más importantes son examinadas en los diferentes capítulos de este trabajo. Sobre este tema pueden consultarse, entre otros: Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 2ª edición, München, 1947; Johannes Messner, *Das Naturrecht*, 3ª edición, Innsbruck-Wien-München, 1958; Josef Funk, *Das Primat des Naturrechts*, Mödling bei Wien, 1952; Albert Auer, *Der Mensch hat Recht*, Graz-Wien-Köln, 1956; Wilhelm Wieschedel, *Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956; Erik Wolff, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 2ª ed., Karlsruhe, 1959.

⁶⁰ *Die obersten Grundsätze des Rechts*, Heidelberg, 1947.

⁶¹ *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950.

⁶² *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 122.

⁶³ *De Legibus*, I, 6, 18.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 127.

coactividad estatal y permite descubrir el contenido de la idea del derecho.

Coing formula una serie de principios que, según él, han de constituir el “contenido necesario de todo orden jurídico”. Pero a poco que se examine este “contenido necesario”, se llega a la conclusión de que el mismo es sólo un catálogo de los principios aceptados por casi todas las constituciones de los países occidentales y en la Carta de la Naciones Unidas. Como señala Welzel, la obra de Coing “no ha prestado la idea del derecho natural servicio alguno. Más bien ha reforzado nuevamente la antigua sospecha de que el teórico jusnaturalista únicamente hipostasía los deseos políticos de su época o de su persona en proposiciones eternas de derecho natural”.⁶⁵

El concepto de “estructuras lógico-objetivas” de Hans Welzel⁶⁶ es en cierto modo similar al de “naturaleza de la cosa”. Estas estructuras lógico-materiales están dadas de antemano al legislador y fijan los límites de su libre actividad creadora. Son materiales u objetivas porque una vez conocidas existen independientemente de toda aceptación o rechazo posterior. Y son lógicas porque su inobservancia trae aparejada contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico. La ciencia jurídica tiene que elaborar en la materia jurídica aquellas estructuras que están dadas de antemano al legislador y que éste debe tener presente al crear el derecho. Según Welzel, la “superación” del positivismo no se encuentra en la remisión a un derecho “suprapositivo” sino en “la elaboración de aquellas estructuras lógico-objetivas insertas en la materia jurídica y preliminares a toda regulación positiva”.⁶⁷

Welzel menciona como ejemplos de estas estructuras lógico-materiales la “estructura ontológica” de la acción humana y la estructura de la culpa en el derecho penal.⁶⁸ La actitud de Welzel con respecto a estas estructuras es diferente a la de los juristas que buscan en la naturaleza de las cosas una superación del relativismo juspositivista. Mientras para estos últimos se trata de encontrar un sentido, un orden o un contenido en el ámbito del ser desde el que sea posible inferir contenidos de deber ser, para Welzel estas estructuras juegan el papel de limitaciones negativas para el actuar del legislador. Este último no puede dictar leyes cuya realización sea físicamente imposible —aquí parece estar presente la afirmación de Kant “*Du sollst, wenn Du kannst*” (“Debes si puedes”)— o una vez que ha establecido por ejemplo la distinción entre culpa y dolo, dejarla de lado, so pena de imponer un ordenamiento

⁶⁵ *Más allá del jusnaturalismo y del positivismo jurídico*, traducción de Ernesto Garzón Valdés. Córdoba, 1962, p. 18.

⁶⁶ Cfr. Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3ª edición, Göttingen, 1960, pp. 197 y ss.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 198.

⁶⁸ Cfr. Hans Welzel, “Derecho natural y positivismo jurídico”, en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, p. 37.

impracticable o contradictorio. Esta idea de limitación del deber ser por parte del ser ha sido aceptada también por Karl Engisch: la limitación consiste en que “el derecho no puede pretender lo imposible, en que de los fines del derecho surgen determinados medios, en que los instintos, necesidades e intereses del hombre merecen ser tenidos en cuenta y en que hay que respetar las valoraciones contemporáneas”.⁶⁹

Otros dos filósofos del derecho, Günter Stratenwerth⁷⁰ y Ottmar Ballweg⁷¹ han recogido la expresión “estructuras lógico-objetivas” y la han vinculado a la “naturaleza de la cosa”. Según Stratenwerth, “las estructuras lógico-objetivas son datos ónticos que bajo un determinado punto de vista se destacan como esenciales”.⁷² El legislador es libre para elegir sus puntos de vista y aceptar como relevantes ciertos datos ónticos. La decisión valorativa no sigue sino que precede a la consideración lógico-objetiva. En este sentido Stratenwerth coincide con Welzel, quien afirma que la decisión acerca de los valores que una norma jurídica realiza es “originaria e indeducible”.⁷³ Con todo, Stratenwerth va más allá del relativismo welzeliano y llega a sostener que sería una radical malinterpretación considerar que “la naturaleza de la cosa con su referencia a los puntos de vista rectores es capaz de admitir cualquier valoración. Pues la relación entre un determinado punto de vista valorativo y la correspondiente estructura objetiva es indisoluble”.⁷⁴ En este caso parece que avanzamos nuevamente desde un ser pleno de contenidos de valor a la realización de estos valores en el deber ser de la norma.

Ballweg considera que la “estructura lógica de la realidad es la condición para que los hombres no vivan su realidad como un caos sino como orden. El ser es ya un orden”.⁷⁵ La naturaleza de la cosa es la realidad objetivamente verificable, estructurada lógica y objetivamente, cuyo carácter de orden de acuerdo con el ser, constituye el derecho en forma decisiva.⁷⁶ Hay pues un orden en el ser que hay que descubrir para interpretar al mundo y dirigir nuestra conducta.

La preocupación por encontrar un orden estable en la realidad del ser, que nos proteja contra el caos, está presente también en la obra de Erich Fechner, *Filosofía del derecho*, publicada en 1956.⁷⁷ Según Fechner, el derecho, en tanto fenómeno social, está sujeto a las legalidades del mundo real. Hay factores reales de tipo biológico, económico

⁶⁹ Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1953, p. 115.

⁷⁰ *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, Tübingen, 1957.

⁷¹ *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel, 1963.

⁷² *Op. cit.*, p. 17.

⁷³ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed., Göttingen, 1962, p. 242.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 25.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 47.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 67.

⁷⁷ Erich Fechner, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956.

o político que influyen decididamente en la estructuración del derecho. Nos limitaremos aquí a considerar tan sólo los factores de tipo biológico.⁷⁸ Hechos biológicos de fundamental importancia para el orden normativo son la precaria condición del niño recién nacido, la pobreza instintiva del hombre, la diferencia entre los sexos, la necesidad de organización familiar.⁷⁹ Éstas son legalidades “objetivas” cuya no observancia puede sólo traer perjuicios a los miembros de la comunidad.⁸⁰ Existe en lo biológico un orden que hay que respetar. Y este orden es uno solo a diferencia del desorden que es caóticamente múltiple. Tal es el sentido, afirma Fechner, de la frase de *Ana Karenina*: “Todas las familias felices se parecen pero cada familia desgraciada lo es a su manera.”⁸¹

Existen una serie de datos biológicos que el hombre no puede alterar: la necesaria intervención de dos seres para la procreación, la estrecha interdependencia entre el ser concebido y su madre, el desamparo del recién nacido, la necesidad de ayuda del niño, las enfermedades, la muerte. Hay otros datos o legalidades biológicas que pueden ser violados pero cuya “objetividad” es tan grande que el precio de su violación es casi siempre muy elevado. Tales son: el carácter de comunidad permanente del matrimonio y de la familia; la división del trabajo según los sexos; la satisfacción de ciertas necesidades elementales por parte del Estado. “... El factor biológico en la creación del derecho representa un componente que en gran medida está fuera del alcance arbitrario del hombre... Cuando el hombre actúa en contra de las leyes de la vida, sólo puede destruir”, afirma Fechner.⁸² La mención de esta última proposición evoca también otra: “Cuando el hombre intenta rebelarse contra las leyes de la naturaleza, entra en lucha con los principios a los cuales debe su existencia como hombre. Todo actuar contra la naturaleza tiene que conducir a la propia destrucción.” Frase similar formulada por un hombre que también quería encontrar fundamentos biológicos al derecho: Adolf Hitler.⁸³ Sea esto dicho de paso y casi entre paréntesis, para recordar el peligro de la invocación de la naturaleza como fundamento del derecho.

Los factores reales del derecho tienen, según Fechner, un doble carácter: por una parte son previsibles y por otra son coactivos. La previsibilidad de estos hechos permite ordenar las relaciones humanas de tal manera que puedan armonizar con los datos proporcionados por la biología. En segundo lugar, el hombre puede dejar de lado las legalidades naturales,

⁷⁸ Para un examen más detallado de la doctrina de Fechner, ver *op. cit.*, en nota 87.

⁷⁹ Fechner, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁸⁰ Fechner, *op. cit.*, p. 132.

⁸¹ Fechner, *loc. cit.*

⁸² Fechner, *op. cit.*, p. 133.

⁸³ Adolf Hitler, *Mein Kampf*, München, 1933, p. 314.

pero en este caso su ordenamiento corre el riesgo de ser ineficaz o de contener normas de imposible cumplimiento.⁸⁴ En este caso los factores reales juegan el papel de elementos de control o de delimitación similar al de las estructuras lógico-objetivas de Welzel.

Fechner distingue estos factores reales de la naturaleza de las cosas; estas últimas hacen referencia no sólo a algo objetivo, sino también al sentido de una relación vital, sentido que depende de la idea del derecho.⁸⁵ Y aquí por más que se quiere recurrir a fuerzas entelequiales, a la objetividad de la razón, de los sentimientos de valor y de las concepciones religiosas fundamentales, está presente un elemento subjetivo que es imposible de eliminar. Este resultado no puede satisfacer a quienes como Herbert Shambeck⁸⁶ o Werner Maihofer⁸⁷ interpretan la naturaleza de la cosa como fuente del derecho y como puente entre el ámbito del ser y el del deber ser.

Shambeck considera que en la naturaleza de las cosas están ínsitas valoraciones que el legislador debe tener en cuenta para proceder de acuerdo con una forma de pensamiento concreto, natural. Existe un contenido ontológico en los factores reales del derecho positivo que tienen importancia fundamental para el ser del derecho. El orden del derecho es, según Shambeck, "el resultado del conocimiento de las estructuras esenciales de datos que, independientemente de cualquier imposición del derecho, llevan en sí mismos un determinado sentido y, de esta manera, son capaces de proporcionar el orden del derecho positivo un contenido objetivo-ontológico-teleológico".⁸⁸ La naturaleza de la cosa es fuente del derecho y no simple control del legislador.

No es posible entrar a analizar la teoría de la naturaleza de la cosa y sus relaciones con el derecho natural en Werner Maihofer.⁸⁹ Baste tan sólo recordar que, desde su primera publicación en 1954⁹⁰ hasta la más reciente en 1965,⁹¹ Maihofer ha sostenido siempre la posibilidad de fundar un orden normativo concreto, un derecho natural existencial, sobre la naturaleza de las cosas, entendiendo por cosas las relaciones intersubjetivas y las relaciones del hombre con el mundo objetivo. La naturaleza de la cosa es aquí también fuente del derecho y pauta o criterio de justicia.⁹²

Llegamos así con Shambeck y Maihofer a la formulación más radi-

⁸⁴ Fechner, *op. cit.*, pp. 145-146.

⁸⁵ Fechner, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁶ Herbert Shambeck, *Der Begriff der Natur der Sache*, Wien, 1964.

⁸⁷ Para una bibliografía de las obras de Maihofer, ver Ernesto Garzón Valdés, *La naturaleza de la cosa*, Córdoba, 1966.

⁸⁸ Shambeck, *op. cit.*, p. 143.

⁸⁹ Para una exposición más detallada del pensamiento de Maihofer, ver *op. cit.*, en nota 87.

⁹⁰ *Recht und Sein*, Frankfurt, 1954.

⁹¹ *Droit naturel et nature de choses*, en ARSP, LI/2/3, 1965, pp. 233 y ss.

⁹² Cfr. Werner Maihofer, *Die Natur der Sache*, pp. 83-84.

cal y categórica con respecto a la función que juega el concepto de la naturaleza de la cosa en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo. Es hora de terminar este panorama y volver sobre las cuatro preguntas que nos formuláramos más arriba.

1) ¿Es científicamente aceptable la invocación de la naturaleza de la cosa como fuente del derecho?

Cuando se habla de la naturaleza de las cosas como fuente del derecho conviene distinguir distintos casos. Pero antes una observación previa: que por "naturaleza" suele entenderse las características (o la característica) específicas, o distintivas de un objeto. En este caso es necesario disponer de un criterio que permita distinguir las características "naturales" de las "no-naturales". Para no complicar la cuestión podemos aceptar un uso del lenguaje ordinario que califica de naturales a aquellas propiedades que normalmente o por lo general posee una cosa.⁹³

Me interesa aquí considerar distintos tipos de "cosas", diferentes variables que pueden intervenir en la expresión naturaleza de la cosa. Estas "cosas" pueden ser:

a) El hombre en su realidad psicosomática, es decir, como objeto de la naturaleza descrito por diversas ciencias empiriconaturales, tales como la biología, la psicología, la fisiología, la etnología, etcétera.

Las investigaciones del biólogo Portmann, del zoólogo Storch y del psicólogo Buytendijk⁹⁴ han sido recogidas por la ética y el derecho contemporáneos, como lo demuestran las obras de Thomas Würtenberger y de Hans Welzel⁹⁵ y en general de todos aquellos que buscan una fundamentación antropológica del derecho.

Sociólogos como Helmut Schelsky⁹⁶ explican el origen de las instituciones jurídicas como un desarrollo causal que conduce de las necesidades fundamentales o secundarias del hombre a su sa-

⁹³ Cfr. Ralf Dreier, *op. cit.*, p. 94.

⁹⁴ Cfr. A. Portmann, *Zoologie und das neue Bild des Menschen*, Hamburg, 1951; O. Storch, *Zoologische Grundlage der Soziologie*, en "Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", 1951, Band III, Heft 3, pp. 358 y ss., y F. J. J. Buytendijk, *Mensch und Tier*, Hamburg, 1958.

⁹⁵ Cfr. por ejemplo Thomas Würtenberger, *Persona y ley jurídica*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, 1967, y Hans Welzel *Más allá del derecho natural y del juspositivismo*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Argentina, 1963.

⁹⁶ Cfr. Helmut Schelsky, "Acerca de la estabilidad de las instituciones en especial de las constituciones, en *Ensayos sociológicos*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, 1967.

tisfacción institucional o normativa. Tal es la posición también de B. Malinowsky,⁹⁷ de Helmuth Plessner⁹⁸ y de Arnold Gehlen.⁹⁹

- b) Los objetos físicos del mundo, aprehendibles empíricamente. A estas cosas se refiere Erich Fechner cuando habla de las consecuencias que se infieren de la inmovilidad de los bienes raíces o del carácter perecedero de algunos bienes que exigen, por consiguiente, un tratamiento especial.¹⁰⁰
- c) Una entidad metafísica y *a priori*. Tal es por ejemplo el caso de la concepción de Adolf Reinach.
- d) Las relaciones del hombre con sus semejantes y con los objetos mencionados en b). Esta es la posición de Walter Jellinek cuando habla de la "fuerza normativa de lo fáctico" o de Werner Maihofer cuando atribuye a los papeles sociales una posición fundamental en un derecho natural concreto o existencial.

Walter Jellinek, en su *Teoría general del Estado*, señalaba a comienzos de este siglo la importancia del análisis de lo fáctico para la interpretación del origen y subsistencia de los órdenes normativos. "Todo el derecho de un pueblo no es en su origen más que un ejercicio fáctico. El ejercicio continuado crea la idea de la normalidad del ejercicio y aparece de esta manera la norma misma como mandato autoritario de la comunidad, es decir, como norma jurídica".¹⁰¹ Hay una tendencia psicológica a reproducir con mayor facilidad aquello que ha sido repetidamente ejercitado que lo que es reciente o totalmente nuevo. La "fuerza normativa de lo fáctico" está basada en la naturaleza misma del hombre y constituye, según Jellinek, la justificación más acertada del fenómeno social del derecho, del Estado y de la moral religiosa. Y así como en el derecho privado, por ejemplo, la protección de la posesión está fundada sobre la existencia de relaciones posesorias fácticamente dadas, así también todo el orden del derecho no es más que la traducción en normas del deber ser de situaciones reales que, por su persistencia y continuidad, llevan en sí mismas el germen de lo normativo.

Werner Maihofer atribuye legalidades propias a los diferentes papeles y situaciones sociales. El desarrollo de la existencia del hombre no consiste tan sólo en ser sí-mismo sino también en desempeñar auténticamente su papel de ser-como-padre, como comer-

⁹⁷ Cfr. B. Malinowski, *A scientific theory of culture*, 1944 y *The dynamics of cultural change*, 1945.

⁹⁸ Cfr. Helmuth Plessner *Die Stufen des Organischen und der Mensch*, 1928.

⁹⁹ Cfr. Arnold Gehlen, *Der Mensch, seiner Natur und seiner Stellung in der Welt*, 1940.

¹⁰⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 146.

¹⁰¹ Cfr. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., Darmstadt, 1959, p. 329.

ciante, como inquilino, etcétera. A cada papel o posición le corresponde un deber ser que está ínsito en ellos mismos.¹⁰²

También dentro de esta categoría se encuentran quienes consideran que las costumbres sociales tienen tan sólo un carácter estadístico, resultado de la regularidad de acciones que se repiten cuando se dan determinadas circunstancias. La diferencia entre las normas sociales y las jurídicas es entonces resumida de la siguiente manera: "Las normas jurídicas expresan un deber ser, las normas sociales un ser." Tal es la opinión por ejemplo, de Ralf Dreier.¹⁰³ A este tipo de relaciones sociales suele referirse la jurisprudencia cuando habla de la "naturaleza de las relaciones comerciales".¹⁰⁴

- e) Instituciones y conceptos jurídicos. No es poco común la referencia a instituciones tales como el matrimonio, la propiedad, la compraventa, etcétera, para inferir de su "naturaleza" consecuencias de deber ser.

Estas cinco categorías de "cosas" creo que comprenden los distintos ámbitos del ser a los que suele hacerse referencia cuando se quiere utilizar la naturaleza de las cosas como fuente del derecho. Es esta utilización la que quiero poner ahora en tela de juicio. Para esto comenzaré con algunas consideraciones lógicas.

En todos los casos considerados se atribuye al ser un poder normativo. La concepción es antigua: está ya presente en la definición heracliteana de *diké* como aquello que corresponde al ser; es recogida y actualizada por la filosofía aristotélico-tomista y el idealismo objetivo de Hegel, Schelling y Schleiermache. En Inglaterra G. E. Moore puso de manifiesto lo que él llamaba la "falacia naturalista" que consistía precisamente en pretender derivar juicios morales de proposiciones fácticas.¹⁰⁵

Nos interesa aquí el problema de la inferencia de una conclusión de deber ser a partir de premisas de ser. Lógicamente esto es imposible, ya que nada que no esté contenido en las premisas puede aparecer en la conclusión. Si así no fuera, podríamos suponer que un idioma en el que no existiera la expresión "deber ser", mediante un manipuleo de proposiciones con la expresión "ser" o "es" podría llegar a crearse, como por acto de magia, la expresión "deber ser" o "debe ser". Para llegar a conclusiones de deber ser partiendo de premisas de ser es necesario introducir lo que Ulrich Klug llama axioma normológico de regre-

¹⁰² Para una exposición más completa, cfr. *op. cit.*, nota 87.

¹⁰³ Cfr. Ralf Dreier, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 100.

¹⁰⁵ Cfr. sobre este tema, entre otros, Arthur N. Prior, *Logic and the basis of Ethics*, Oxford, 1949.

sión y que dice: "Todo aquello que es condición necesaria para el ser de lo que debe ser, debe también ser."¹⁰⁶ Este axioma muchas veces es dejado de lado y otras está tácitamente supuesto. En el primer caso estamos frente a un salto deductivo, en el segundo frente a un razonamiento entimemático. Cuando se trata de argumentos que invocan la naturaleza de las cosas lo más común es que estemos frente a un salto deductivo. De todas maneras tiene razón Klug cuando afirma que "... la aparición del concepto de la naturaleza de la cosa debería ser en general una señal de atención que hace referencia a una inexactitud lógica."¹⁰⁷ Nos encontramos pues frente a esta alternativa: o bien razonamos válidamente desde el punto de vista lógico e introducimos premisas de deber ser, cuyo contenido ya no depende de la naturaleza de las cosas, o bien invocamos la naturaleza o esencia de las cosas de manera puramente irracional e incontrolable desde el punto de vista de la lógica. Esto último no significa, por cierto, que la invocación a la naturaleza no pueda tener en algunos casos un enorme valor de persuasión. Pero sobre este punto volveré más adelante.

Cuando se recurre a la naturaleza de las cosas como fuente del derecho, recogemos de aquéllas lo que ya de antemano hemos colocado en su "naturaleza". Esto vale para las cinco categorías de cosas mencionadas. Quiero decir aún algo más sobre la teoría de Walter Jellinek y la de Ralf Dreier, así como también acerca de la naturaleza de las instituciones y conceptos jurídicos.

La fuerza normativa de lo fáctico es una metáfora que puede ser utilizada para señalar la vinculación existente entre ciertas costumbres de una sociedad y su orden jurídico positivo. Pero es este último el que califica de jurídicas a aquéllas incorporándolas al ordenamiento legal o permitiendo que los jueces las utilicen en sus decisiones como normas generales en las que basan sus sentencias. No todas las costumbres colectivas o individuales son antecedente necesario del orden positivo: algunas son rechazadas y prohibidas so pena de castigo y otras, practicadas y aceptadas durante largo tiempo, son interrumpidas bruscamente para dar lugar a nuevas formas de convivencia y de conducta individual. Todo código penal está basado en esta selección valorativa de los hábitos humanos; toda revolución implica a su vez la quiebra de un orden tradicionalmente aceptado. En ambos casos el deber ser que se afirma o se niega está basado sobre una valoración originaria que no deriva de la realidad empírica. La fórmula de Jellinek como exposición *a posteriori* de una situación ya dada y la conexión causal que establece entre ser y deber ser es tan sólo aparente y engañosa: "... el derecho sólo puede obtener de la realidad el sentido, valor y deber ser que él mismo y otros poderes éticos hayan colocado de antemano en la realidad median-

¹⁰⁶ Cfr. Ulrich Klug, *Problemas de filosofía del derecho*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, 1966, p. 11.

¹⁰⁷ Ulrich Klug, *op. cit.*, p. 18.

te valoraciones.”¹⁰⁸ Precisamente porque esto es así es que el atribuir a la costumbre y a los hábitos sociales importancia decisiva en la formación del derecho es típico de aquellas sociedades que están dominadas por una ideología conservadora. Por eso estas concepciones entran en crisis cuando se pone en tela de juicio la ideología que las sustenta.¹⁰⁹

Pero también es un error creer, como Ralf Dreier, que las normas sociales expresan un ser a diferencia de la jurídica que expresa un deber ser. Es verdad que las normas sociales o costumbres expresan hábitos, regularidades de conducta que presentan una cierta afinidad con las regularidades que estudian las ciencias naturales. La antropología social puede ser considerada como una *science de moeurs*, como dice Von Wright,¹¹⁰ y en este caso tener un carácter descriptivo como el de las ciencias de la naturaleza.

La diferencia entre las ciencias de las costumbres y las ciencias naturales no reside en que las primeras tengan un carácter estadístico y admitan excepciones y las segundas un carácter nómico sin excepciones. Sería posible llamar a algunas irregularidades estadísticas leyes de la naturaleza. La diferencia está en la manera como se producen las excepciones. Hay una forma en que las costumbres pueden ser violadas que es diferente de la manera como una ley natural es “violada” por un acontecimiento fáctico. Las primeras tienen un carácter “genuinamente normativo” del que carecen las segundas. Este carácter normativo significa que las leyes sociales o costumbres prescriben conductas, influyen en la conducta y ejercen una presión normativa sobre los miembros de una comunidad determinada. Esta presión se manifiesta en las distintas formas de sanciones sociales que estas leyes prescriben para los casos de violación de sus prescripciones. Y estas sanciones pueden ser en algunos casos hasta más severas que las sanciones de una norma jurídica.

La diferencia entre normas sociales y jurídicas no reside pues en el hecho de que aquéllas expresen un ser y éstas un deber ser. Lo que sucede es que Ralf Dreier considera tan sólo el aspecto externo de las normas sociales,¹¹¹ el aspecto que un observador, en este caso el sociólogo, aprecia en una serie de conductas regulares. Pero desde el punto de vista externo el derecho se presenta también como una serie de conductas regulares o estadísticas que ha permitido decir a algunos autores del realismo jurídico escandinavo, como Alf Ross, que la ciencia del derecho consiste en decir lo que los jueces harán y que la actividad

¹⁰⁸ Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung . . .*, p. 114.

¹⁰⁹ Con respecto a las vinculaciones entre ideología conservadora y el valor normativo de la costumbre, cfr. Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung . . .*, p. 114-115; Karl Mannheim, *Idiologie und Utopie*, Frankfurt/Main, 3ª ed., pp. 199 y 236.

¹¹⁰ Georg von Wright, *Norm and Action*, London, 1963, p. 8. Aquí seguimos la interpretación de Von Wright acerca de la distinción entre costumbre y ley jurídica.

¹¹¹ Con respecto al aspecto externo y al aspecto interno de las normas, cfr. H. L. Hart, *The Concept of law*.

del jurista tiene un carácter predictivo semejante al científico natural.¹¹² Desde el punto de vista interno, es decir, desde el punto de vista de los miembros de la comunidad que practica una determinada costumbre social, la norma social se presenta con características muy similares a las de la norma jurídica. No es éste el momento de establecer las diferencias que existen entre norma social y norma jurídica. Posiblemente habría que buscarlas en el carácter generalmente anónimo de aquéllas, en la falta de un legislador determinado, en el hecho de que no necesiten estar escritas. Lo que me interesa destacar aquí es el carácter normativo de las normas sociales. Su incorporación al ordenamiento jurídico no significa un paso del ser al deber ser sino el otorgamiento de una calidad especial, la jurídica.

¿Qué sucede con la llamada "naturaleza" de las instituciones o conceptos jurídicos? La mención de la palabra "naturaleza" parecería indicar que detrás de la "posesión" o de la "propiedad" o del "contrato" habría alguna realidad que el jurista tendría que precisar y descubrir. Eugenio Bulygin¹¹³ ha demostrado con suficiente claridad que en estas palabras no hay ente alguno y que se trata tan sólo de vocablos útiles para designar una serie de hechos condicionantes descritos por una norma y las consecuencias jurídicas prescriptas por aquélla. "A la palabra 'obligación' (por ejemplo) ... no le corresponde nada en la realidad, obligación no es nada fuera de la norma y de los hechos mencionados por ella".¹¹⁴ "Palabras como 'propiedad', 'posesión' o 'matrimonio' tienen significado tan sólo dentro de un contexto legal determinado y el mismo varía de uno a otro contexto. Preguntarse por algo así como la esencia de *la* propiedad o *del* matrimonio sencillamente no tiene sentido".¹¹⁵ Estas palabras no tienen referencia semántica directa y su significado es tan sólo una referencia a hechos condicionantes y consecuencias jurídicas.¹¹⁶ Por lo tanto, cuando se menciona a la naturaleza de una institución jurídica como fuente del derecho, en verdad no se infiere de ningún ente real. En el mejor de los casos lo que se hace es analizar las relaciones que existen entre hechos condicionantes y consecuencias jurídicas. Análisis que no tiene por qué ser considerado como una simple tautología, como parece sugerir Dreier.¹¹⁷

El problema de la naturaleza de las cosas aplicado a las instituciones jurídicas es muy similar al de la llamada naturaleza lógica de una cosa. Se trata aquí también de inferencias analíticas a partir de la definición dada. Por ejemplo, cuando se dice que se infiere de la naturaleza

¹¹² Cfr. Alf Ross, *On Law and Justice*.

¹¹³ Cfr. Eugenio Bulygin, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, 1963.

¹¹⁴ Eugenio Bulygin, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁵ Eugenio Bulygin, *op. cit.*, pp. 28-29.

¹¹⁶ Eugenio Bulygin, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁷ Cfr. Ralf Dreier, *op. cit.*, p. 95.

de la cosa el que las paralelas no se encuentran nunca o de la naturaleza del contrato de compra venta que el comprador está obligado a pagar un precio y el vendedor a entregar una cosa.¹¹⁸ Parece difícil considerar que aquí estamos frente a fuentes del derecho.

Cuando se dice, por ejemplo, reside en la naturaleza del matrimonio el que los cónyuges están obligados a llevar una vida en común, lo que se quiere decir, o mejor aún lo único que se dice, es que la institución M está constituida por una norma X que impone a los sujetos S₁ y S₂ una cierta conducta C. Estas instituciones son modelos de conducta que tienen sentido sólo dentro de un determinado sistema normativo. En las matemáticas no sorprende a nadie la existencia de modelos que sólo funcionan como tales intrasistemáticamente. En el derecho, los juristas no pocas veces quieren ver en estos modelos entidades subsistentes por sí mismas a las que les correspondería un plano ontológico especial. El caso extremo tal vez es el de las entidades *a priori* de la escuela fenomenológica del derecho. Pero aun sin recurrir a este ejemplo, los juristas conocemos también perfectamente las interminables discusiones acerca de la verdadera "naturaleza de una institución" como si hubiera algo más que las normas que la componen. Lo más que puede decirse es que uno acepta como modelo una institución no del derecho positivo sino de la ética o del derecho natural, pero aun en este caso estaremos refiriéndonos siempre a una serie de normas. Y desde luego, no inferimos entonces desde el ser sino también desde el deber ser. Y esto es así porque la estructura normativa del derecho natural no es fundamentalmente diferente de la del derecho positivo. También en el derecho natural está presente un legislador —llámeselo Dios o la Naturaleza—, una voluntad que prescribe lo que debe ser. Como dice Arnold Brecht: "Sin las premisas divinas —es decir, sin una entidad trascendente— con la naturaleza de las cosas sucede lo mismo que con la barba del hombre: observamos que crece naturalmente, pero de aquí no se deduce que tengamos que dejarla crecer".¹¹⁹

Resumiendo: cuando se pretende derivar una norma de deber ser partiendo de la naturaleza de las cosas puede suceder lo siguiente: a) que se cometa un salto deductivo. En este caso no hay inferencia alguna; b) que se razone entimemáticamente e introduzcamos en las cosas el sentido o valor que queremos extraer de las cosas. Esto es lo que hace el legislador cuando atribuye relevancia jurídica a ciertas notas distintivas de las cosas del mundo exterior (es el sentido de la naturaleza de las cosas según Radbruch); c) que creamos estar describiendo la naturaleza de una cosa (institución) y derivando consecuencias de deber ser cuando en realidad estamos tan sólo glosando normas de deber ser de un ordenamiento positivo o jusnaturalista. En todos esos casos

¹¹⁸ Cfr. Dreier, *op. cit.*, p. 96.

¹¹⁹ Arnold Brecht, *Politische Theorie*, Tübingen, 1961, p. 173.

no es posible aceptar que la naturaleza de las cosas funciona como “fuente del derecho”.

Estrechamente vinculada al problema de las fuentes del derecho está la cuestión del papel que la naturaleza de la cosa juega en la interpretación de la ley, sobre todo con relación a las lagunas de la ley. A esta cuestión quiero ahora referirme antes de terminar este primer grupo de cuestiones.

Es bastante común la afirmación de que la “naturaleza de la cosa” puede servir al juez para llenar las lagunas de la legislación positiva. Así, por ejemplo, Max Gutzwiller afirma: “Si el orden jurídico no prevé para un hecho... una categoría jurídica y no puede vincular su decisión mediante interpretación extensiva o mediante analogía el derecho consuetudinario o a la doctrina aceptada, tiene entonces que medir su pensamiento jurídico libre en la balanza de la naturaleza de la cosa.”¹²⁰ Karl Larenz sostiene que la naturaleza de la cosa “es una fuente de conocimiento para la ciencia del derecho y para la jurisprudencia de nuestro tiempo...”¹²¹ En 1900 Heinrich Dernburg había dicho: “También partiendo de la naturaleza de la cosa tenemos que completar el sistema jurídico. Las relaciones vitales llevan en sí mismas, más o menos desarrollados, su orden y su medida. Este orden inmanente en las cosas se llama naturaleza de las cosas. A ella tiene que recurrir el jurista cuando le falta una norma positiva o cuando ésta es incompleta o poco clara.”¹²² Y últimamente Herbert Schambeck considera también que “hay que preguntarse por la naturaleza de las cosas cuando la ley deja una laguna sin cerrar, no sólo por falta de una disposición sino también por falta de una indicación precisa... La naturaleza de las cosas como *medio de complementación de la jurisprudencia* puede llenar las lagunas dentro del marco permitido por la ley...”¹²³ Opinión semejante ha sido defendida también por Werner Maihofer.¹²⁴

Hay que reconocer además que tanto la jurisprudencia alemana como la austriaca y la suiza contienen numerosas referencias a la “naturaleza de las cosas” o a expresiones que son utilizadas en un sentido similar, tales como “esencia de las cosas”, “naturaleza de la respectiva relación”, “esencia de la estructura de la familia”, “sentido de la relación sexual”, etcétera.¹²⁵

¹²⁰ Cfr. Max Gutzwiller, “Zur Lehre von der Natur der Sache”, en *Festschrift gabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Suiza) zur 50. Jahresversammlung des schweizerische Juristenvereines*, Freiburg, 1924, p. 299.

¹²¹ Karl Larenz, “Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung”, en *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 285.

¹²² Heinrich Dernburg, *Pandekten*, L. Band, L. Sección, 6ª edición, Berlín, 1900, p. 84.

¹²³ Herbert Schambeck, *op. cit.*, p. 109.

¹²⁴ Cfr. Cap. —, p. —.

¹²⁵ Para una información más completa acerca de la utilización del concepto de la naturaleza de la cosa en la jurisprudencia alemana, suiza y austriaca, cfr. Schambeck, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

Quando nos enfrentamos con el problema de las lagunas del derecho entramos en el campo de la discusión acerca de si los jueces crean o no derecho. Creo que la respuesta afirmativa es la correcta. Y en este caso, la creación no consiste en la formulación de la sentencia, que tiene el carácter de una norma individual, sino en el establecimiento de la premisa mayor del silogismo que fundamenta la decisión. Es esta premisa mayor, que tiene el carácter de norma general, la que puede ser utilizada luego como precedente judicial.¹²⁶ Pero esta premisa es una premisa de deber ser y valen para ella las consideraciones anteriores con respecto al origen de este tipo de proposiciones y la imposibilidad de su inferencia a partir del ámbito del ser.

2) La segunda cuestión que nos habíamos planteado era: ¿significa la doctrina de la naturaleza de las cosas una superación de la polémica entre jusnaturalismo y juspositivismo?

En la segunda mitad del siglo xx, sobre todo en Alemania, las posiciones declaradamente jusnaturalistas o juspositivistas parecen estar bastante desacreditadas. Al jusnaturalismo se le reprocha principalmente: a) la equívocidad del concepto de derecho natural; b) su carácter abstracto; c) el peligro de su adoctrinamiento y d) la imposibilidad de la existencia de un sistema normativo supralegal.¹²⁷ Estas cuatro objeciones se mueven en diferentes planos: las dos primeras hacen referencia a problemas semánticos y de uso del lenguaje, o sea, qué ha de entenderse por derecho natural; la tercera indica un problema ideológico-político y la cuarta hace referencia a cuestiones que a veces han sido interpretadas como cuestiones ontológicas del derecho, es decir, la de saber cuándo puede decirse que un orden normativo existe. Esta existencia le es negada al derecho natural.

Contra el positivismo jurídico se han formulado también diversas objeciones que se presentan como reacciones contra el formalismo legal, contra el normativismo, contra el fetichismo legal. Norberto Bobbio distingue tres planos en la polémica entre jusnaturalismo y positivismo jurídico: a) el ideológico; b) el de la teoría general del derecho y c) el del modo de aproximarse al estudio del derecho.¹²⁸ De estos tres planos el que más nos interesa ahora es el primero, los dos últimos serán considerados cuando estudiemos la tercera de las cuestiones planteadas.

En 1925 Hans Kelsen¹²⁹ había dicho: "No tiene sentido afirmar que en el despotismo no existe ningún orden jurídico sino que tan sólo domina la arbitrariedad del déspota... El Estado regido despóticamente también representa un orden de la conducta humana. Este orden es

¹²⁶ Sobre el problema de las lagunas de la ley, cfr. Eugenio Bulygin.

¹²⁷ Cfr. Franz Wieacker, *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, Köln/Opladen, 1965, pp. 14 y ss.

¹²⁸ Cfr. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, pp. 74 y ss.

¹²⁹ *Allgemeine Staatslehre*, pp. 335 y ss.

precisamente un orden jurídico. Negarle el carácter de derecho es sólo una ingenuidad jusnaturalista... Lo que es interpretado como arbitrariedad, es sólo la posibilidad del autócrata de poder tomar cualquier decisión... y suprimir o modificar normas establecidas...” Y en 1932 Gustav Radbruch afirmaba: “El juez tiene la obligación profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar el propio sentimiento jurídico ante la orden autoritaria del derecho, preguntar únicamente qué es lo que es derecho y nunca si también es justo.”¹³⁰

En 1933 se produce el advenimiento del nacionalsocialismo. Su dominio terminará con la catástrofe de 1945 y dejará como saldo el mayor número de víctimas que registra la historia.

No pocos juristas consideraron después de 1945 que el Estado nacional socialista había sido en gran parte posible debido a la vigencia de una concepción ideológica juspositivista que había llevado hasta sus últimas consecuencias aquella frase de Fichte: “Siempre es justo obedecer la prescripción legal.” “La ley es la ley”, “La orden es orden”, fueron los argumentos aducidos por quienes pretendieron eludir toda responsabilidad penal por los crímenes cometidos bajo la vigencia de un orden injusto. Se habló entonces de la “conmoción de la actitud fundamental juspositivista y de su engañosa fe en la fuerza de lo puramente formal y racional para garantizar un orden que no sea correcto tan sólo desde el punto de vista lógico, sino también de la vida” o de la “vivencia de la inversión material de un orden de derecho en un orden de no-derecho”¹³¹ y se volvió lugar común hablar de un renacimiento del derecho natural en Alemania.¹³²

La teoría pura del derecho, sobre todo, fue condenada como la gran culpable. Las declaraciones de Kelsen en 1963: “Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, el derecho durante el dominio nazi es derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho”¹³³ provocaron y siguen provocando manifiesta indignación entre muchos juristas que siguen viendo en la ideología del positivismo un peligroso instrumento para el afianzamiento de los regímenes totalitarios. Esta opinión no es exclusiva de los juristas alemanes. En 1963 Samuel I. Shuman publicó un libro titulado *Positivism jurídico. Sus fines y limitaciones*. En él se hace referencia al “lujo del positivismo”. Según Shuman el positivismo sólo es posible como ideología en los países que como los Estados Unidos pueden gozar de una larga tradición democrática y

¹³⁰ *Philosophie des Rechts*, pp. 83.

¹³¹ Cfr. Werner Maihofer, *Das Problem des Naturrechts*, ARSP, XLVI/3, pp. 417-418.

¹³² Para una bibliografía completa sobre este tema, cfr. *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, editado por Werner Maihofer, Darmstadt, 1962.

¹³³ Cfr. Franz Martin Schmoelz, *Das Naturrecht in der politische Theorie*, 1963, p. 148.

están caracterizados por una sociedad abierta. En caso contrario, aconseja Shuman, es más conveniente servirse de la ideología jusnaturalista.¹³⁴

Siempre he tenido dudas acerca de la verdad de la proposición que afirma, sin más, que el positivismo jurídico es siempre una ideología al servicio de las dictaduras. Norberto Bobbio¹³⁵ ha indicado que al menos con respecto a Italia el caso es precisamente el inverso. Y con respecto a Alemania hay que recordar que un jusnaturalista como Hans Helmuth Dietze pretendía basar en la naturaleza de las cosas un derecho natural concreto que respondiera a la ideología nacionalsocialista. También Dietze rechazaba el positivismo jurídico: "El relativismo no tiene ya ninguna importancia en el presente porque su renuncia escéptica a conocer los valores sólo podía ser aceptada en una época que, como la pasada, no tenía un sentimiento unitario de las concepciones del mundo... La teoría pura del derecho conduce a una supervaloración del individuo y a una teoría del Estado sin Estado, por esta razón se han convertido en algo inútil".¹³⁶ No deja de ser significativo, por otra parte, que los dos grandes maestros del relativismo de los valores en el campo del derecho Gustav Radbruch y Hans Kelsen no pudieran enseñar en la Alemania de Hitler.¹³⁷ Sea como sea la acusación contra el positivismo jurídico no parece estar libre de algunas contradicciones históricas.

Lo cierto es que después de 1945 se produce en Alemania una gran reacción contra el positivismo, que absorbe en gran medida la discusión jusfilosófica. Esta reacción pretende, de alguna manera, superar los términos de la tradicional polémica. Es significativo en este sentido el título que Hans Welzel propusiera para la versión castellana de sus estudios filosófico-jurídicos: *Mas allá del jusnaturalismo y del positivismo jurídico*. Lo que se quería era encontrar un nuevo punto de partida que pudiera estar a salvo de las críticas que durante más de un siglo lanzaran contra el derecho natural la escuela histórica, los pandectistas, la teoría pura del derecho y la escuela realista americana.

La noción de la naturaleza de la cosa o de las estructuras lógico-objetivas pareció ofrecer entonces un buen punto de apoyo para saltar por encima de los dos términos de la discusión, y "reducir el rígido dualismo entre ser y deber ser, entre realidad y valor".¹³⁸ Sin embargo, desde el punto de vista lógico, este recurso, como lo hemos visto, es inaceptable. En este sentido pesa sobre la teoría de la naturaleza de las

¹³⁴ Cfr. Samuel I. Shuman, *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Detroit, 1963, pp. 208, 221.

¹³⁵ Cfr. Norberto Bobbio, *op. cit.*, pp. 8 y ss.

¹³⁶ Cfr. Hans H. Dietze, *op. cit.*, pp. 4-5.

¹³⁷ Gustav Radbruch fue expulsado de su cátedra de Heidelberg el 12 de julio de 1933 porque "en virtud de su actividad política anterior no ofrecía garantías de colaboración incondicional con el Estado Nacional". Hans Kelsen se vio obligado también a emigrar.

¹³⁸ Cfr. Gustav Radbruch, *La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, 1963, p. 63.

cosas una objeción de la que estaban libres algunas doctrinas jusnaturalistas que derivaban sus normas de derecho natural de la voluntad de un legislador divino o de proposiciones de deber ser. Desde el punto de vista lógico eran, pues, inatacables. Para quienes utilizan la naturaleza de las cosas razonando entimemáticamente, valen las demás objeciones que se aplican al derecho natural.

La respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas es, pues, negativa.

3) ¿Tiene algún sentido utilizar la expresión “naturaleza de la cosa” como término técnico de la ciencia del derecho?

Esta es la pregunta que se plantea Ralf Dreier en su libro sobre *El concepto de la naturaleza de la cosa*. Después de lo dicho en 1) y en 2) no es difícil suponer que la respuesta a esta cuestión será también negativa. En este punto mis conclusiones coinciden con las de Dreier. La utilización de este concepto ambiguo puede servir más para confundir que para aclarar las ideas. En algunos casos, hablar de la “naturaleza de ciertas cosas” como las instituciones o los conceptos jurídicos carece, como hemos visto, de sentido. En otros, es mejor mencionar expresamente cuáles son las características que se tienen en cuenta en el razonamiento de que se trata y evitar el uso de una expresión que, como decía Ernst Bekker en 1892, “como no obliga a pensar en serio a menudo es utilizada como un sustituto del pensamiento”.¹³⁹ Con la argumentación a partir de la naturaleza de la cosa, no se avanza un sólo paso en el razonamiento científico-jurídico ni se procuran nuevas vías para la creación del derecho. La tarea se reduce a sacar de las cosas el sentido y el valor que previamente se ha depositado en ellas. Esto no significa, desde luego, como lo veremos en el punto 4), que la expresión “naturaleza de la cosa” no tenga importancia desde el punto de vista ideológico-político y como forma de persuasión irracional.

El rechazo del uso de la expresión “naturaleza de la cosa” no quiere decir tampoco que el estudio de las cosas del mundo, del hombre y de la sociedad sea irrelevante para el derecho. Esto significaría negar la importancia que disciplinas tales como la antropología, la psicología o la sociología tienen para el derecho. Lo que sucede es que la importancia de estas ciencias no reside en el hecho de que puedan proporcionar puntos de apoyo para inferir proposiciones de deber ser, como pretenden la ética antropológica o ciertas corrientes sociológicas. Tampoco se trata de convertir a la jurisprudencia en una ciencia empírica como pueden serlo la física o la biología. La tarea del jurista no reside en determinar lo que es sino lo que debe ser. Este deber ser presupone un juicio de

¹³⁹ Cfr. Ernst Immanuel Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, Berlín, 1892, p. 147.

valor. Y este juicio de valor es una proposición que no puede ser extraída de la realidad de las cosas.

Esto no implica que no exista relación alguna entre el ser y el deber ser.¹⁴⁰ Por el contrario, toda prescripción aspira a modificar o influir en la conducta de sus destinatarios, es decir, a actuar en el ámbito del ser. En efecto, todo sistema jurídico o toda norma pueden ser interpretados desde el punto de vista del legislador o del juez como una regla técnica, es decir, como una proposición condicional en cuyo antecedente hay una mención de un fin deseado y cuyo consecuente menciona algo que debe, no debe, puede, no puede hacerse. Una regla técnica sería la siguiente: "Si quieres X debes hacer Y." Este tipo de reglas presupone que Y es condición necesaria de X. La proposición que afirma que algo es condición necesaria de algo es llamada por Von Wright proposición *anankástika*.¹⁴¹ Estas proposiciones *anankásticas* tienen una relación esencial (lógica) con las reglas técnicas.

Las ciencias naturales y la sociología son las que precisamente pueden proporcionar al legislador y al juez las proposiciones *anankásticas* que justifican la inferencia práctica que subyace a toda decisión normativa: Si quieres X debes hacer Y. Quiero X luego hago Y.

El conocimiento de la realidad tiene fundamental importancia para el legislador o para el juez. Dejar de lado totalmente a la realidad puede traer aparejado consigo el que el orden jurídico se transforme en un "conjunto de tabúes sin sentido",¹⁴² como afirma Hart, o que las normas sean incapaces de crear las relaciones normativas que son condición necesaria para la existencia de un orden jurídico (Von Wright). Y no hay duda también que un mejor entendimiento de las relaciones *anankásticas* asegura una mayor estabilidad y permanencia a un orden jurídico, es decir, mayor eficacia, entendiendo aquí la palabra "eficacia" en un sentido político-sociológico. Las estructuras lógico-objetivas o el estudio de la realidad pueden tener importancia como barreras o límites negativos al poder del legislador o del juez. Y esto no es siempre trivial como considera Ulrich Klug.¹⁴³ El haber llamado la importancia sobre este tipo de problemas es uno de los grandes méritos de la sociología jurídica.

Pero esto no tiene nada que ver con la argumentación a partir de la naturaleza de la cosa y con la pretensión de utilizar la realidad como fuente del derecho. La elección de los fines y valores que el legislador quiere realizar no está impuesta por algo así como la "fuerza normativa

¹⁴⁰ Con respecto a las relaciones entre el ser y el deber ser en el derecho, cfr. Ernesto Garzón Valdés, *Über das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Sollen und dem Sein*, ARSP, Beiheft 41, 1965, p. 299.

¹⁴¹ Cfr. George von Wright, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴² Cfr. H. L. Hart, *Separation of Law and Morals*, en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 624.

¹⁴³ Cfr. Ulrich Klug, *op. cit.*, p. —.

de lo fáctico". El derecho seguirá siendo una ciencia dogmática y las ciencias empíricas del hombre lo único que pueden hacer, que no es poco, es determinar el ámbito de lo posible y proporcionarnos los medios adecuados para lograr nuestros fines. Aquí vale la reflexión de J.J.C. Smart: "... ninguna regla moral puede ser deducida puramente desde consideraciones científicas. La ciencia puede ser capaz de decirnos qué medios conducen a qué fines, pero no puede indicarnos cuáles son los fines que debemos perseguir".¹⁴⁴

Llegamos así a nuestra cuarta pregunta.

4) ¿Cómo puede explicarse la importancia que esta doctrina tiene en la actualidad? Es decir, ¿cómo se explica que a pesar de las dificultades lógicas ya señaladas, la teoría de la naturaleza de la cosa haya conseguido tantos partidarios en el pensamiento jurídico contemporáneo alemán?

Como hilo conductor para responder a esta pregunta pueden servirnos algunas consideraciones acerca del significado de algunos términos normativos. En las prescripciones jurídicas y en los juicios morales no se trata tan sólo de enunciar conductas que deben o no deben ser realizadas, sino también de estimular o modificar ciertos tipos de conducta en los destinatarios de la prescripción o del juicio moral. En este sentido, como ha señalado Charles L. Stevenson, los términos morales tienen una especie sutil de significado emotivo: "En virtud de este tipo de significado, los juicios morales modifican actitudes no mediante un llamado a esfuerzos autoconscientes sino por el mecanismo más flexible de la *sugestión*. Los términos emotivos presentan al sujeto del cual se predicán bajo una luz más brillante y de esta manera llevan a la gente... a cambiar sus actitudes."¹⁴⁵ Estos términos son "ambiguos", "vagos" y "flexibles".¹⁴⁶

Los juicios morales encierran una combinación de significados emotivos y significados descriptivos. El significado emotivo "es un significado en el cual la respuesta (al juicio de que se trata) es una serie de emociones".¹⁴⁷ El significado descriptivo es la disposición del término o expresión "para producir un proceso mental cognoscitivo".¹⁴⁸ El significado emotivo, agrega Stevenson, es el poder que una palabra adquiere en virtud de su historia en situaciones emocionales, para evocar o directamente expresar actitudes.¹⁴⁹ El significado descriptivo implica, además de la historia de una expresión, reglas lingüísticas en virtud de las cuales es posible establecer una distinción entre lo que significa y lo que meramente sugiere. En cambio, el significado emotivo no implica estas reglas lingüísticas y, por consiguiente, no puede hacerse

¹⁴⁴ Cfr. J. J. C. Smart, *Philosophie and Scientific Realism*, London, 1963, p. 155.

¹⁴⁵ Charles L. Stevenson, *Ethics and Language*, Oxford, 1944, p. 33.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 62.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 33.

una distinción muy clara entre lo que una expresión significa emocionalmente y lo que sugiere. Las palabras emotivas no significan nada fuera de lo que sugieren.

Esta vinculación entre el significado descriptivo y el emotivo no es siempre fácil de discernir y tal vez sean válidas las objeciones de George C. Kerner en el sentido de que también el significado emotivo está sujeto a reglas lingüísticas y que una regla lingüística, aunque vaga, no por eso deja de ser una regla.¹⁵⁰ De todas maneras, lo importante es señalar que entre el significado descriptivo y el emotivo de una misma palabra existen una serie de relaciones complejas que se desplazan las unas a las otras a lo largo del tiempo y según las circunstancias. Dice Stevenson: "Supongamos, por ejemplo, que un grupo del pueblo desaprueba ciertos aspectos de la democracia, pero sigue aprobando otros... Ellos pueden dejar en este caso sin modificar en nada el significado descriptivo de 'democracia', que gradualmente adquiriría, por su uso, un significado mucho menos laudatorio. Pero, por otra parte, pueden conservar sin cambiar el significado laudatorio, y hacer que 'democracia' adquiriera un sentido descriptivo que hace referencia sólo a aquellos aspectos de la democracia que ellos aprueban."¹⁵¹

Esto por una parte. Además, hay que tener en cuenta que las palabras no sólo sirven para comunicar ideas o deseos o expresar emociones, sino que a veces realizan una función que, si se permite la expresión, puede ser llamada performativa. Las palabras pueden provocar situaciones, crear situaciones o estados de ánimo especiales. Ciertas palabras dichas en un momento y con fórmulas especiales tienen el poder de crear, transformar o destruir un estado de cosas dado. Piénsese en las fórmulas del matrimonio o del bautizo, por ejemplo. Muchas de las vinculaciones entre derecho y magia en los pueblos primitivos se explican precisamente debido a este poder de las palabras. Y algo más: una misma palabra puede llenar o no su función performativa según quién sea el destinatario de la misma. Con una misma palabra, por ejemplo, se puede "insultar" pero no ofender o "insultar y ofender". Argumentar no es lo mismo que convencer o persuadir.¹⁵²

En los juicios morales y políticos las palabras con significado emotivo juegan un papel muy importante y muchas veces cumplen con su función performativa. Estas expresiones son utilizadas en las llamadas "definiciones persuasivas", que a menudo recurren a palabras tales como "real" o "verdadera". Y así, se dice "Una verdadera *x* es *yz*." "Las definiciones persuasivas aspiran a alterar el significado descriptivo de un término sin alterar su significado emocional, dirigiendo de esta manera la emoción

¹⁵⁰ Cfr. George C. Kerner, *The Revolution in Ethical Theory*, Oxford, 1966, pp. 45 y ss.

¹⁵¹ Charles L. Stevenson, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵² Con respecto a la función "performativa" de las palabras, cfr. Austin, *How to do Things with Words*.

hacia otro objeto.”¹⁵³ Otra forma de definición persuasiva consiste en utilizar la palabra “función” en vez de “definición”. Como cuando se dice “la función del hombre es A”. En todos estos casos quien propone la definición o la función tiene ya una idea previa de los valores que atribuye a xz o a A. Y en esto reside el peligro de las definiciones persuasivas; pretenden ser definiciones reales cuando en verdad el elemento predominante en ellas es el valorativo o emocional. Pero no hay duda de que estas definiciones son a veces muy aptas para influir en la conducta de los demás. Los moralistas y los políticos saben perfectamente que no es lo mismo decir “esto debe hacerse porque es bueno o es justo o es democrático”, que decir “esto debe hacerse porque satisface las condiciones X_1, X_2, X_3 ” (estas condiciones harían referencia al significado descriptivo de las palabras “bueno”, “justo” o “democracia”).

Si aplicamos estas consideraciones a la expresión “naturaleza de la cosa”, vemos que mucho de lo dicho con respecto a las palabras de contenido emotivo vale también para esta expresión. También “naturaleza” y “cosa” son utilizados en un sentido “vago”, “impreciso”, y también estas palabras guardan una relación variable con los elementos que constituyen su significado descriptivo.

Tomemos la palabra “naturaleza”. Hemos visto que en algunos casos ni siquiera describe nada, como en el caso de expresiones tales como “naturaleza de la posesión” o “naturaleza de la letra de cambio”, o “naturaleza a priori del contrato de compraventa”. En otros casos, tales como cuando se habla de la “naturaleza del hombre” o “verdadera naturaleza del papel social de comerciante”, se procura disimular un valor o una concepción determinada bajo el manto de una definición real del hombre o del comerciante. La palabra “naturaleza” tiene un valor emotivo muy grande y no pocas veces alcanza un efecto persuasivo más o menos permanente. La calificación de “natural” referida a una acción humana tiene comúnmente el mismo significado que “buena” o “correcta”. Tal es el caso, por ejemplo, cuando se califica como “naturales” o “anti-naturales” a ciertos actos relacionados con la moral sexual de un pueblo. En este sentido es interesante observar cómo los datos proporcionados por las ciencias médicas han contribuido a transformar la relación entre el significado descriptivo y el emotivo de la palabra “natural” o “anti-natural” referida a la valoración de la homosexualidad.

La palabra “naturaleza” tiene un significado emocional en el pensamiento jurídico que arranca de la primera oposición entre *physis* y *nomos*. Lo natural es lo permanente, lo absoluto, el punto de apoyo seguro y el criterio último al que puede recurrirse para corregir el *nomos* cambiante y “relativo”. La invocación de la naturaleza por parte de los teóricos del derecho supralegal está teñida casi siempre de elementos emotivos que desplazan los datos descriptivos y permite utilizar la misma expresión

¹⁵³ Cfr. Richard Robinson, *Definition*, Oxford, 1954, p. 168.

para referirse a contenidos totalmente diferentes y hasta contradictorios. Como dice Bobbio: "En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de la esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes; tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia."¹⁵⁴

Otro tanto sucede con las palabras "cosa", "concreto", "objetivo". Cuando se dice que alguien razona concretamente no se expresa una proposición descriptiva sino que se emite un juicio de valor positivo por oposición a un pensamiento abstracto. Este es el sentido que tiene la palabra "concreto" en Hans H. Dietze cuando rechaza por "abstracta" a la teoría pura del derecho, o en Werner Maihofer cuando formula las bases de un derecho natural concreto, que ha de ser distinguido del derecho natural abstracto porque aquél responde a la naturaleza de las cosas. Esta preocupación por lo concreto no es exclusiva de los pensadores del derecho, sino que es común a la filosofía, la literatura y el arte en general. Es por otra parte característica de nuestro tiempo. Tal vez sea en cierta medida el resultado de la crisis de los ordenamientos normativos jurídicos, religiosos o éticos o de la escala de valores del siglo xx.

En otra parte me he referido *in extenso* a este problema.¹⁵⁵ Quiero ahora tan sólo mencionar que el lema de Husserl "a las cosas mismas", mal o bien interpretado, ha sido considerado por no pocos juristas como una invitación a lo que se ha llamado pensamiento "concreto". A esto se agrega la preocupación de las filosofías de la existencia y de la vida, que han tratado de hacer recaer la atención sobre la posición del hombre en el mundo y el florecimiento de la antropología y de la sociología. En la literatura de la posguerra, en los años 20, época de desilusión y alteración de los valores sociales y políticos, hay también una vuelta a las cosas que no responde solamente a razones de tipo estético. "Si se es completamente honesto, hay que decir que hoy en día no se quiere poesía alguna, esto es asunto superado; el arte aburre, sólo se quieren *facta, facta*", decía Alfred Döblin. No es éste el momento de analizar las posibilidades de estas concepciones; lo que me importa es señalar que el mundo objetivo y la llamada realidad de las cosas se presentan en periodos de crisis como punto de apoyo o de partida para la interpretación de la vida del hombre y de su actuar cotidiano. En el derecho pasa también otro tanto con respecto a las teorías del derecho natural y el positivismo jurídico. Hay un cierto cansancio —justificado o no— provocado por una oposición milenaria que parece ser estéril. El recurso a la naturaleza de las cosas

¹⁵⁴ Cfr. Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 81.

¹⁵⁵ Cfr. Ernesto Garzón Valdés, *El problema de la naturaleza de la cosa en el pensamiento contemporáneo*, Córdoba, 1963.

ha sido un intento de tipo ideológico-emotivo para superar la precariedad persuasiva de los argumentos jusnaturalistas. El concepto de la naturaleza de la cosa no puede ayudar a superar la rígida separación “que existe entre el ámbito del ser y el del deber ser”. Y nadie debe sorprenderse de esta “rígida” separación, como nadie se sorprende de la rígida separación que existe entre un triángulo y un cuadrilátero.¹⁵⁶ Científicamente, el argumento que pretende inferir un deber ser desde la realidad de las cosas es un argumento inútil e inaceptable.

Desde el punto de vista de la ideología y de su valor persuasivo, no puede negarse la importancia de esta expresión. Por eso creo que, a pesar de la recomendación de Ralf Dreier, la fórmula “naturaleza de la cosa” seguirá siendo utilizada por los juristas, sobre todo por legisladores y jueces. Pero es importante tener clara consciencia del significado de la expresión y recordar que las definiciones persuasivas son, en el mejor de los casos un error, y en el peor una mentira, porque aspiran a que alguien modifique sus valoraciones bajo la falsa impresión de que no altera sus valoraciones sino tan sólo corrige su conocimiento de los hechos.¹⁵⁷ Y esto era lo que me interesaba mostrar en esta 4ª cuestión.

Ernesto GARZÓN VALDÉS

Profesor de la Universidad de
Buenos Aires

¹⁵⁶ Cfr. Ulrich Klug, *Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluss vom Sein auf das Sollen*, en “Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen”, University of Tennessee Press, p. 168.

¹⁵⁷ Robinson, *op. cit.*, p. 170.