

La teoría pluridimensional del Derecho

José Antonio Silva Vallejo*

Lex

* Doctor en Derecho, ex-Vocal de la Corte Suprema, Miembro Honorario del Instituto Español de Derecho Procesal, ex – Decano de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

I. LAS TAREAS DE LA TEORÍA PLURIDIMENSIONAL DEL DERECHO

Época de crisis, época de angustias, nuestros tiempos, viven la edad de la inquietud, cuyo tema central es la crisis del Derecho cuyo diagnóstico es variable según algunos, así para Gastón Morín, se trata de una “*rebelión de los hechos contra el Código*” según lo dijo en su célebre libro de 1925; para Jean Cruet se trata de un fenómeno de impotencia de las leyes como lo dejó sentado desde 1908 en “*La vie du Droit et l'impuissance des lois*”; para Francesco Carnelutti la contemplación era agonística, como lo dijera en “*La morte del diritto*”, en una célebre conferencia en la Universidad de Padua en mayo de 1951; y nosotros hemos hablado de una “*catástrofe en el Proceso Civil*” en nuestro estudio “*Reforma o Revolución Procesal en el Perú*”, en el libro Homenaje a Mario Alzamora Valdez, Lima, 1988, Pág. 570 a 596 y, también en “*La Crisis de la Magistratura y La reforma del Proceso Civil*” en nuestro Libro “*La Ciencia del Derecho Procesal*”, Pág. 919 y siguientes. Lima, 1991.

Frente a ello, la teoría pluridimensional del Derecho se aboca la solución integral del problema, partiendo de una premisa fundamental: la científicidad del Derecho, habida cuen-

ta de que los escépticos y los detractores niegan la validez científica del Derecho ; establece, luego, el concepto del Derecho y, resuelve, en base a la Hermenéutica, el problema fundamental que se contrae la esencia de la crisis: el de la desinterpretación del Derecho. Para ello, estudia la sentencia que es el tema central de la fenomenología del Derecho. La Teoría general de la impugnación es el epílogo de esta meditación en base a la consideración de que la verdad es un producto del pensamiento dialéctico y en la dialéctica reside el gran eje dinámico y creador del Derecho.

Frente al contraste dialéctico de las impugnaciones y de la controversia se yerguen, cual faro luminoso que ilumina toda la ciencia y la doctrina pluridimensional, el perfil cristológico de toda esta ecuación: la fe en el Derecho que es todo un mensaje que brota del corazón y del espíritu como un puente hacia la ciudad de Dios y que tiene en el Evangelio de San Juan, en las Epístolas de San Pablo y en las Encíclicas de un santo y de un sabio de nuestro tiempo la más alta y profunda revelación del fin y del destino de nuestra sociedad y del Derecho: aludo a las doctrinas de Juan Pablo II, acaso el más notable Papa de todos los tiempos.

II. LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO

En su célebre conferencia de Berlín pronunciado en 1847, Julius Hermann von Kirschmann habló sobre “el carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho⁽¹⁾ en la que, en esencia, sostuvo que “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”. Escépticos y críticos de todos los temperamentos nos han acusado y reprochado desde entonces de practicar una disciplina carente toda fundamentación científica habida cuenta de las veleidades, y caprichos de la Jurisprudencia, de la falta de rigor de nuestras leyes a diferencia de la indiscutible imperatividad y carácter apodíctico de las leyes de la Física, de la Química, de la Biología, y del rigor de la Matemática y, a *fortiori*, hasta de las vicisitudes y decadencia de los mismos hombres de Derecho llámense juristas, profesores, jueces, legisladores y abogados.

Todo ello lo ha planteado Wilhelm Lundstedt en un libro paradójico y admirable intitulado “*Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*”: “La Autenticidad de la Ciencia del derecho”, Berlín, Rotschi, 1932.

Entre nosotros, nuestro estimado colega y amigo José Palomino Manchego ha tenido el mérito de reunir en un libro intitulado “Discusión sobre el carácter anticientífico del derecho” los planteamientos que van de Kirschmann a la discusión epistemológica actual. Lima, editorial Grijley, 1999, con arreglo al siguiente plan:

PRESENTACIÓN

José F. Palomino Manchego
El mensaje de Kirschmann

PRELIMINARES

APROXIMACIÓN A LA
EXPERIENCIA JURÍDICA Y EL
CONCEPTO DEL DERECHO

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Delimitación conceptual del Derecho

PRIMERA SECCIÓN EL RETO DE KIRSCHMANN

ENRIQUE PEDRO HABA
Kirschmann sabía menos... ¡Pero vio mejor!

JULIUS HERMANN Von KIRSCHMANN
El carácter científico de la llamada Ciencia del Derecho

SEGUNDA SECCIÓN CONTROVERSIAS ACTUALES

ENRIQUE PEDRO HABA
Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho Contemporáneo.

FRANCOIS OST
Ciencia del Derecho

TERCERA SECCIÓN CRÍTICA RADICAL HOY

CHRISTIAN COURTIS
Estrategia de nuestra araña

(1) Léase traducida en el libro de Savigny- Kirschmann-Zitelmann-Kantorowicz: “La Ciencia del Derecho”, Pág. 247 y siguientes. Editorial Losada S.A., Buenos Aires 1949.

EPÍLOGO

ENRIQUE PEDRO HABA

Racionalidad e irracionalidad en el Derecho

Empero, la aparente falta de científicidad de nuestra ciencia se diluye si se tiene en cuenta una distinción fundamental puesta en evidencia por WINDELBAND y RICKERT y la llamada Escuela de Baden o Escuela Sud-Occidental Alemana o Escuela Axiológica o de los valores, en el sentido de que hay ciencias matemáticas cuyo objeto está constituido por objetos ideales, que son los números a partir de los cuales el rigor lógico-matemático de sus planteamientos es indiscutible; hay otras ciencias, las naturales, constituidas por los objetos que se dan en el mundo de la naturaleza cuyas evidencias y leyes son también indiscutibles. Empero, hay otra clase de ciencias que se dan en el mundo de la cultura y que son las ciencias culturales tales como el Derecho y la Sociología, cuyos planteamientos se hacen evidentes merced a la interpretación.

Son ciencias interpretativas cuyo rigor se hace evidente a la luz de la intuición fenomenológica, de la fe filosófica o simplemente, en los casos más sencillos, mediante el razonamiento deductivo o analógico o a contrario, etc.

En las ciencias culturales su contextura epistemológica se evidencia cuando tienen su propio objeto, sus propios sujetos, su propio contenido y su propia metodología. Cuando se dan estos presupuestos epistemológicos estamos frente a una ciencia jurídica.

De esta manera se demuestra el rigor epistemológico de la ciencia del Derecho.

III. EL CONCEPTO DEL DERECHO

El concepto del Derecho es un a priori en la fundamentación, comprensión y estructuración epistemológica de nuestra ciencia.

La importancia de su análisis es fundamental porque es el punto de partida de toda la construcción ulterior de nuestra disciplina.

Ahora bien, seis grandes teorías se disputan la primacía en la formalización y desiderata de este tema: El legalismo el normativismo, el iusnaturalismo, el marxismo-leninismo, el tridimensionalismo y el pluridimensionalismo.

IV. EL LEGALISMO

La concepción legalista de Derecho es la que establece una relación de identidad entre Derecho y ley y está representada por la Escuela Francesa de la exégesis en el Derecho Civil.

Julien Bonecasse, profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos, fue quien acuñó e hizo circular esta denominación en seis libros admirables que deben leerse:

1. "La Escuela Francesa de la Exégesis en el Derecho Civil". Traducción castellana del Licenciado José M. Cajica, Editorial Cajica-Porrúa, México. 1945.

2. "Elementos de Derecho Civil", tomo I, traducción castellana, Edit. Cajica Porrúa, México, 1945; Págs. 118 a 145.

3. "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia", Traducción

castellana, Ed. Cajica-Porrúa, México, 1945.

4. “Introducción al estudio del Derecho” Trad. Cast., Ed. Cajica-Porrúa, México, 1945.

5. “La notion du droit en France au XIX siècle. Contribution à l’étude de la philosophie du droit contemporaine”, París, 1919.

6. “La pensée juridique française de 1804 à l’heure présente”, Burdeos, 1933.

En suma y siguiendo a Boncasse las citas pertinentes de esta escuela su resumen en la frase lapidaria de Bugnet quien, respondiendo a la pregunta de uno de sus alumnos sobre “*Qu’est ce que le droit civil*” propusiera desembozadamente: “Yo no conozco el Derecho Civil. Yo solo enseño el Código de Napoleón”.

“Los Códigos, -escribe Laurent,- no dejan nada al arbitrio del intérprete ; este no tiene ya por misión hacer el Derecho. El Derecho ya está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos “auténticos” .

A su vez, Blondeau no vaciló en proclamar que “La ley es la única fuente de las decisiones jurídicas y “si el juez se encuentra en presencia de una ley ambigua o de leyes contradictorias, escapándosele el pensamiento del legislador tendrá motivos tan poderosos para abstenerse como para actuar y considerar esas leyes como no existentes, y por lo mismo, para rechazar la demanda”.

El colmo de esta actitud positivista lo planteó Mourlon: “Para el jurisconsulto, para el abogado, para el Juez -escribe- un solo Derecho existe, el Derecho positivo...Se defi-

ne como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí. Las demás no son materias de Derecho, y el juez que se apoyara en ellas para motivar sus decisiones, sobrepasaría los límites de sus facultades. Solamente al legislador pertenece el derecho de determinar, entre las numerosas y algunas veces tan controvertidas reglas del derecho natural las que son igualmente obligatorias... *Dura lex, sed lex*; un buen magistrado humilla su razón ante la de ley”.

Baudry-Lacantinerie estaría dispuesto también, en su fuero interno, a adherirse a la opinión de Blondeau cuando el legislador no ha previsto un caso; de todas maneras, si acepta entonces que el juez puede fallar, no deja de admitir que el juez se transforma en legislador de aquí sus facultades; no es ya exclusivamente juez.

“Hay un inconveniente – dice – en permitir al juez que falle según la equidad cuando la ley es muda; consiste en que se le somete. Sería aún más inconveniente obligar en estos casos al juez a remitirse al poder legislativo , es decir, a solicitar de este poder la ley que constituiría la regla de su decisión futura; y, como dice Portalis, entre dos males, el legislador debió escoger el menor”. Por una contradicción muy singular, Baudry – Lacantinerie declara que siendo la independencia del legislador más grande que la del Juez, “su arbitrio es más temible que el del juez”; en estas condiciones, el honorable decano concluye que debería evitarse “transformar al legislador en juez”, pues este resultado es más grave que el “transformar al juez en legislador”⁽²⁾.

⁽²⁾ Julien Boncasse: Elementos de Derecho Civil” Tomo I . Págs.126 y 127. Ed. Cajica, Puebla, 1945.

V. CRÍTICA DEL LEGALISMO

Las sentencias de Magnaud

El primero en arremeter contra la dogmática del legalismo a ultranza fue un Juez en sus sentencias: Paul Magnaud quien llegó a ser Presidente de Tribunal de Chateau- Thierry a quien sus compatriotas lo llamaban "*le bon juge*"- el buen juez-, por sus fallos lapidarios, por sus sentencias justas, por su interpretación supralegal, porque tuvo la virtud de satisfacer los anhelos de justicia de un pueblo desconfiado ya de ella. Su fama traspasó las fronteras y sus sentencias recopiladas por HENRY LEYRET las tengo a la vista en su traducción castellana, editadas por la editorial Temis , Bogotá, 1976, bajo el título de "Las sentencias del Buen Juez Magnaud", en las que no sé si admiro más su intuición emotiva del Derecho, su interpretación supralegal o su creación pretoriana del Derecho en la que la Jurisprudencia es la fuerza viviente, la verdadera fuente creadora del Derecho, argumentos estos, que hacen de Magnaud uno de los grandes pioneros de la Escuela de Derecho Libre que tuvo en Alemania su gran auge, bajo el nombre de movimiento del "Frei-Recht".

Así, cito el caso de la sentencia absolutoria de Luisa Menard, por la que en audiencia del 4 de marzo de 1898 el Tribunal absuelve considerando que la procesada tiene a su cargo un hijo de dos años, para el cual nadie le presta auxilio, y que, desde hace algún tiempo se encuentra sin trabajo, a pesar de sus esfuerzos para procurárselo;

Que al realizar el hecho contaba por todo recurso con el pan de dos kilos y las dos libras

de carne que le entrega cada semana al despacho de beneficencia de Charly, para ella, su madre y su hijo;

Considerando que en el instante en que la procesada hubo de arrebatarse un pan en casa del panadero P., no tenía dinero , y que los artículos que había recibido estaban agotados hacía ya treinta y seis horas;

Que ni ella ni su madre habían comido durante ese lapso de tiempo, dejando para el niño algunas gotas de leche que tenían en la casa;

Que es lamentable que en una sociedad bien organizada, uno de los miembros de esta sociedad, sobre todo una madre de familia, no pueda encontrar pan de otro modo que cometiendo una falta;

Que cuando se presenta una situación semejante a la de Lucía Menard, muy claramente establecida, el juez puede y debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley;

Considerando que el hambre es susceptible de arrebatarse a todo ser humano una parte de su libre arbitrio , y de aminorar en él , en una gran medida, la noción del bien y del mal;

Que un acto ordinariamente reprensible, pierde mucho de su carácter fraudulento, cuando el que le comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad , sin el cual la naturaleza rehúsa poner en ejercicio nuestra constitución física;

Que la intención de delinquir está todavía mucho más atenuada cuando a las torturas



angustiosas resultantes de una larga privación de nutrición se junta, como en este caso, el deseo, tan natural en una madre, de evitarlas a su tierno hijo, del que solo ella tiene la carga;

Que de todo esto resulta que los caracteres de la aprehensión fraudulenta, libre y voluntariamente perpetrada, no se encuentran en el hecho cometido por Luisa Menard, que se ofrece a restituir al panadero P., por el producto del primer trabajo que pueda procurarse;

Que si ciertos estados patológicos, notablemente el estado de preñez, han sido muchas veces motivo de estimar irresponsables a los autores de robos cometidos sin necesidad, esta irresponsabilidad debe, con más poderosa razón, ser admitida a favor de los que no han obrado sino según los irresistibles impulsos del hambre.

Que ha lugar, en consecuencia, a declarar la absolución de la procesada, sin costas, por la aplicación del Art. 64 del Código Penal.

Por esos motivos, el tribunal absuelve a Luisa Menard del hecho por el que ha sido perseguida, sin costas.

Como dijo Henry Leyret: “La sentencia absolutoria de Luisa Mesnard es universalmente conocida. La prensa francesa la reprodujo, la prensa extranjera también. Comentada, discutida, aplaudida, reprobada, suscita tanto la admiración de unos como la indignación de otros. En verdad que fue la inmensa mayoría de los ciudadanos la que se admiró; que fue una ínfima minoría de fariseos la que se indignó. Mientras que el presi-

dente Magnaud recibía la aprobación casi unánime de Francia”⁽³⁾.

“Los periodistas se juntaron para incriminar sus sentencias con la misma mala fe que habían empleado para acatar su sentencia. Hay que citar, para memoria, los dos órganos parisienses donde se produjeron estas críticas acerbas, estas invectivas apasionadas: “Le Journal des Débats” y “La République Française”, precisamente las dos hojas más identificadas con la política retrógrada, salvajemente egoísta, suave con los ricos y dura con los pobres, del gran avaro de Francia, señor Méline.” “La République Française” reprocha con acritud al magistrado de Chateau-Thierry el “ruido” hecho alrededor de su nombre, lo vitupera por no haber socorrido a Luisa Menard, ni reintegrado al panadero, lo ridiculiza de poseer “una visión hartamente falsa de la sociedad y del papel del magistrado en ella”.

El “Journal des Débats”, extremando su malevolencia, se muestra todavía más duro y despiadado censor del magistrado que ha tenido la audacia de absolver una “ladrona”.

Añade LEYRET “¿Qué innovación, que peligro?... Como “Le Journal des Débats”, como la “République Française”, los dos principales reflectores del pensamiento ministerial de esta época, el fiscal general ante la Audiencia de Amiens no soporta semejante revolución de las costumbres judiciales. Cortesano respetuoso de los prejuicios de sus señores, no puede tolerar que uno de los jueces de su jurisdicción ose desafiar a la sociedad con tales doctrinas”.

⁽³⁾ CFR.:Leyret: “Las sentencias del buen Magnaud”. Cit., Pág. 13

“Inamovible, el presidente Magnud escapa por lo mismo a toda remoción a toda medida de rigor. Queda al alto magistrado un medio de combatir a este juez independiente: la apelación a mínima. Él la usa, y la sentencia de Chateau-Thierry fue diferida de urgencia a la Audiencia de Amiens.

Ante esta noticia se produce en el país una conmoción general. Esa desaprobación oficial de un magistrado compasivo con los pobres sobreviene en el momento en que, por un voto expresivo de la Cámara, era fijado en el tablero de anuncios de todas las alcaldías de Francia, un discurso del diputado Viviani fustigando a los indignos magistrados complacientes con los poderosos, y la escandalosa apelación contra la piedad subleva la conciencia pública”.

“En vano los triunfantes fariseos escriben en “Les Débats” que no podía ser de otro modo, “porque entonces valía más cerrar nuestros tribunales, poner en la reserva a los jueces, licenciar la Guardia Civil y abandonar los unos a los otros a las alegrías del estado de naturaleza”. La opinión no perdona esa decisión monstruosa”.⁽⁴⁾

La crítica del legalismo por Francois Geny

Empero la crítica del juez Magnaud estaba limitada y circunscrita a la singularidad del caso.

Fue preciso llegar a la obra de Francois Geny, profesor y decano en la facultad de Derecho en la Universidad de Nancy (1861-1938) con su fundamental libro que todos

deberíamos de leer “Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo” París, 1899 segunda edición París 1932, para llegar a las conclusiones de que: a) El derecho es una ciencia interpretativa; b) A la luz de sus métodos de interpretación, el juez debe renovar el espíritu de la ley, sin esperar la intervención del legislador casi siempre tardía ante la evolución social a la que el Derecho debe adaptarse. c) En una frase escultórica: “Por el Código Civil, pero más allá del Código Civil” Geny no solamente lapida a la escuela de Exégesis y con ella al legalismo a ultranza sino que propicia el advenimiento de dos grandes escuelas: 1) La Escuela Científica del Derecho Civil Francés, que tuvo en Marcel Planiol al más grande de todos los profesores de nuestra disciplina; 2) A la escuela de los arretistas (de arrete= sentencias) que fueron los más grandes comentaristas no ya del Código Civil, sino de la Jurisprudencia. Léase en tal sentido, una obra fundamental: Henry Capitant, “Les grandes aretes de la Jurisprudence française”.

Planiol y Ripert, con el concurso de los profesores Savatier, Rovast, Picard, Maury, Vialeton, Trasbot, Esmein, Radovant, Gabolde, Nast, Hamel, Perreau, Lepargneur y Becque: “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés” Cfr. Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz en 13 volúmenes, cultural S.A., La Habana 1937; Colin y Capitant: en “Curso Elemental de Derecho Civil”, con notas de Demófilo de Buen; Madrid, Ed. Reus, 1922, 9 volúmenes; Louis Josserand: “Curso de Derecho Civil Francés”, París, 1938, traducción castellana por Editorial San José de Costa Rica 19967.

⁽⁴⁾ CFR Leyret: Cit., Pág.16



En fin, además de los grandes tratados de Derecho Civil de la Escuela Francesa, como lo son los de Marty, Carboner, Ghestin y Goubeaux, A. Weil y F. Terre, Cabrillac, etc., es preciso citar a una revista cuya lectura es fundamental: *La Revue Trimestrille de Droit Civil* fundada en 1903 por A. Esmein cuyo primer estudio constituía todo un programa: “Es preciso que la doctrina tome a la jurisprudencia como su principal objeto de estudio: no perderá por ello su originalidad ni su fuerza; adquirirá, por el contrario, una savia rejuvenecida y nuevas floraciones”.

O, como decía Josserand: “No es posible decir mejor que la jurisprudencia es la materia prima sobre la cual tienen que trabajar el escritor y el profesor; corresponde a estos estudiarla, sistematizarla y guiarla también: por la jurisprudencia, pero más allá de la jurisprudencia, esa debe ser su divisa; hay lugar en ella a la vez para una especie de clínica jurídica y para lo que Geny llama muy felizmente “La libre investigación científica”⁽⁵⁾.

O, como dicen los Mazeaud: “No existe hiato entre la ley y la jurisprudencia, esta infunde sangre nueva en aquella, la torna aplicable a las situaciones más nuevas. Incluso cuando se toma grandes libertades con la ley, la jurisprudencia le asegura su perennidad: la jurisprudencia es para la ley la fuente de la juventud”⁽⁶⁾.

EL NORMATIVISMO

Para el normativismo “todo el Derecho consiste en normas y no es derecho aquello que no pueda reducirse a normas”.

Tal es la tesis patrocinada por Bierling (1841-1919) profesor en Greifswald, en su obra “*Juristische Prinzipienlehre*” página 30; pero es también la tesis sostenida por Binding (1841-1920), profesor en Leipzig, en el más famoso y conocido de sus libros: “*Die Norman und ihre uebertretung*”, tomo I, 1972, en el que nos dice que “las normas son las órdenes obligatorias con contenido jurídico” (Pág. 45) o que son las “proposiciones jurídicas obligatorias bajo la forma de prohibiciones o mandatos (Pág. 45).

“Las normas preceden conceptualmente a las leyes penales: son proposiciones jurídicas independientes”.

Pero, como dice Armin Kaufmann “estas tesis de Binding han provocado una verdadera avalancha de críticos y de críticas”⁽⁷⁾.

Ahora bien, al margen de las luchas de escuelas, el normativismo es la tesis patrocinada por los teóricos de la “*Allgemeine Rechtslehre*” o teoría general del Derecho y así, además de mencionar a los ya citados profesores, cito a Merkel (1836-1896), Bergbohm (1849-1927), Somló (1873-1920), pero, sobre todo, a Kelsen (1881-1973) cuyo punto de partida está formulado en sus “*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*”, 1911 (Problemas esco-

⁽⁵⁾ Louis Josserand: “Derecho Civil”, Vol. 1. Pág. 97, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950.

⁽⁶⁾ Henry, León y Jean Mazeaud: “Lecciones de Derecho Civil”, Vol. 1. Pág. 170. E.J.E.A., Buenos Aires, 1959.

⁽⁷⁾ Armin Kaufmann: “Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna”, Pág. 51, traducción al castellana de Enrique Bacigalupo, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1977.

gidos de la Teoría General del Estado) y cuyo clímax se alcanza en su famosa “Reine Rechtslehre” o “Teoría Pura del Derecho” de 1932, última edición en francés traducida al castellano en 1960.

Para Kelsen la norma jurídica es un juicio hipotético; el Derecho es un sistema de normas escalonadas en una pirámide jurídica: norma fundamental, que es la Constitución; norma primaria que es la ley y norma secundaria que es la sentencia y el contrato; pero, además, la norma jurídica es un centro de imputación lógico desarrollado sobre la lógica del deber-ser y no del ser.

El deber-ser jurídico es un imperativo sujeto a coerción a diferencia del deber ser moral que no está sujeto a coerción.

Profesor en Viena, fue llamado en 1919 a redactar la Constitución de la nueva República de Austria y así es el creador de la Constitución austriaca de 1920, juez Constitucional en la Corte Constitucional creada por él, pasó en 1930 a la universidad de Colonia. Al advenimiento del Tercer Reich se alejó de Alemania y pasó a dictar conferencia en francés en Ginebra en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y, luego, a causa de la guerra viajó a Estados Unidos donde profesó en la Universidad de Harvard en la que publicó, bajo su patrocinio, en 1945, su “*General Theory of Law and State*” pasando finalmente a la Universidad de California en la que se jubiló en 1952, falleció en Berkeley el 19 de abril de 1973.

Sobre Kelsen se han escrito infinidad de estudios en libros, revistas, tesis y reseñas periodísticas. Abarcaría ingentes páginas esta

breve reflexión si nos abocáramos a su biografía que está escrita fundamentalmente en alemán, inglés, francés y castellano.

Bástenos con decir, parafraseando al profesor Eustaqui Galán y Gutiérrez de la Universidad de Madrid que Kelsen “se asemeja al rey Midas porque convierte en normas a todo cuanto toca”.

EL IUS-NATURALISMO

A diferencia de legalismo y del normativismo que enfocan el Derecho desde una sola perspectiva y que, por ello, bien pueden ser llamados pensamiento unidimensional, el Ius-Naturalismo plantea el problema desde dos dimensiones: la ley y la justicia o la norma y los valores.

Ahora bien; el Ius-Naturalismo no constituye *per se* un pensamiento unívoco. Es multívoco; así hay un Ius-Naturalismo griego, un Ius-Naturalismo romano, un Ius-Naturalismo cristiano, un Ius-Naturalismo racionalista e iluminista y un Ius-Naturalismo neo-tomista.

EL IUS-NATURALISMO GRIEGO

Está representado fundamentalmente por los dos más grandes filósofos del genio griego: Platón y Aristóteles.

Ha escrito Alfred North Whitehead que la historia de la filosofía occidental podría reducirse a una serie de notas al pie de la obra de Platón. Por mi parte yo me habría limitado a decir que la filosofía de Occidente sería incomprensible sin las obras de Platón y Aristóteles. De ellas nace el pensamiento moderno. A ellas hay que referirnos siempre que queramos hacer filosofía⁽⁸⁾.



Platón analizó con espíritu sistemático el tema del Estado en su Diálogo “La República” y, al final de su vida en “Las Leyes”. En “La República” Platón inicia el tema con una discusión sobre la justicia entre Sócrates, que es el interlocutor, con Glaucón, Polemarco y Adimante. Según Glaucón no hay hombres justos o injustos sino que todo depende de las oportunidades del momento. La justicia es a su vez una mera convención y no una virtud nacida del fondo mismo del hombre.

A esta teoría se refiere Platón poniendo en boca de Sócrates que la justicia humana es ambigua y contradictoria que solo se logra y perfecciona con la sabiduría.

De allí que para hacer una justicia perfecta los gobernantes deben ser filósofos. De allí que el ideal de una sociedad perfecta estriba en que la política se subordine a la ética, sin la cual la política degenera en ambiciones personales o en la mera defensa de intereses. La ley moral tiene una sanción suprema en una vida futura. Así, pues, el gobernante debe ser filósofo, es decir, un hombre sabio, porque ama la justicia que es la base y sostén de todo el Estado. El mal es simplemente el resultado de la ignorancia. El hombre sabio, el filósofo no podría desear el mal ni ser causa de la injusticia.

Aristóteles plantea el problema en el libro V de su “*Ética a Nicómaco*” en la que sostiene que la justicia es la virtud suprema por ser la más perfecta. Hay dos clases de justicia: justicia individual o distributiva que consiste a

dar a cada uno lo suyo ni más, ni menos; y la justicia social o conmutativa o reparadora o represiva que regula las relaciones de unos ciudadanos con otros, lo mismo las voluntarias que las involuntarias.

“He aquí siempre que hay contienda se busca el amparo del juez. Ir al juez es ir a la justicia porque el juez nos representa a la justicia viva y personificada. Se busca un juez que ocupe un medio entre las partes, y a veces se da a los jueces nombre de mediadores como si estuviéramos seguros de haber encontrado la justicia, una vez que hemos hallado el justo medio. Lo justo, pues, es un medio, puesto que el mismo juez lo es”⁽⁹⁾.

“El juicio es la decisión sobre lo justo y lo injusto”. Por esta causa atribuimos el poder no al individuo sino a la razón”. “El magistrado a quien está confiado el poder es el guardador de la justicia”. “Por lo tanto el magistrado merece una recompensa que debe dársele y esta recompensa es el honor y la consideración. Los que no se contentan con este oneroso salario se hacen tiranos”⁽¹⁰⁾.

“En la justicia civil y en el derecho político se puede distinguir lo que es natural y lo que es puramente legal. Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las soluciones que los hombres pueden dar en un sentido o en otro. Lo puramente legal es todo lo que, en un principio resulta de los decretos y las leyes”⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ RAMÓN XIRAU: “Introducción a la Historia de la Filosofía”. Pág. 48 in fine y 49. Editorial Limusa, México, 2000.

⁽⁹⁾ Aristóteles: “Moral o Nicómaco” libro V, Capítulo IV, Pág.142 en “Obras completas de Aristóteles”. Tomo I, Pág. 142. Traducción de Patricio de Arzcárate. Editorial Anaconda. Buenos Aires. 1947.

⁽¹⁰⁾ Aristóteles, Ob. . Cit. Pág. 149.

⁽¹¹⁾ *Ibíd.* ., Pág. 150.

EL IUS NATURALISMO ROMANO

Aun cuando algunos romanistas han sostenido que el Derecho Romano “fue un Derecho eminentemente pragmático y casuista porque tendió exclusivamente a satisfacer las necesidades de la vida” y que “Los jurisconsultos romanos no pretendieron elaborar una ciencia jurídica y poco se cuidaron de reducir a principios el mundo de sus conocimientos”. “Ignoraron la filosofía de los valores jurídicos y por ello su labor está despojada de contenido dogmático”. “Empíricos geniales”, “Casuistas insignes” tales son los calificativos de un notable romanista venezolano en un libro famoso⁽¹²⁾.

Grave error, resultante, acaso de enfrascarse en los textos de la masa papiniana en el Digesto habida cuenta que Papiniano, el más famoso de los jurisconsultos clásicos, dedicó la más importante de sus obras – los “19 Libri Responsorum” a tratar y responder las más variadas cuestiones solucionando brillantemente casos concretos.

Empero, no hay más que abrir el digesto para encontrarnos desde el Libro I, intitulado “De Justitia et Iure”, “De la Justicia y el Derecho”, desde el primer fragmento, se empieza con una definición ius – naturalista del Derecho: “nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi”, “Conviene que el que ha de dedicarse al Derecho conozca primero de dónde proviene la palabra Ius (derecho). Llámase así de iustitia, porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo

bueno y de lo equitativo”.

Y es que el concepto del Derecho en el Derecho Romano fue entendido pluridimensionalmente: 1) Como Ius ; 2) Como Iustitia ; 3) Como Ius precepta ; 4) Como Iuris- Prudentia.

Entendido como ius, ya dijimos que Celso lo definió como el arte de lo bueno y lo equitativo. Pero además, en dicho sentido de ius, Papiniano lo entendió como Ius Civile e Ius Praetorium. “Derecho Civil (ius civile) es el que dimana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos” (Fragmento 7, D.I;1).

“Ius Praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civiles” “Derecho Pretoriano es el que introdujeron los pretores para ayudar suplir o corregir el Derecho Civil” (Fr. 7 D. I.1).

Entendido como Iustitia el Derecho es definido por Ulpiano como la “constans et perpetua voluntas suum enique tribuendi”, como la voluntad constante y permanente de darle a cada uno lo suyo” (Fragmento 10, Digesto Libro, Título Primero).

Entendido como iuris el Derecho era concebido por ULPIANO como una trilogía de preceptos: vivir honestamente, no dañar a otro y darle a cada uno lo suyo.

Entendido como iuris el Derecho era concebido como la ciencia de lo justo y de lo injusto (Fr.10, 2, D. I, 1).

Así, pues, el Derecho Romano nos precede

⁽¹²⁾ Humberto Cuenca : “Proceso Civil Romano”, Pág. XXVIII, Ejea; Buenos Aires, 1957.



en el tiempo al elaborar una concepción pluridimensional en la que la técnica de los juristas romanos nos lleva a una cuádruple concepción entendida como *ius*, *iustitia*, *iuris*, *iurisprudentia*; tetralogía esta, a la que habría que añadir aun, las seis concepciones que, según el profesor Riccardo Orestano, encierra el significado de Derecho Romano:

Como Derecho Histórico, *strictu sensu* considerado;

Como tradición romanista;

Como Derecho Común;

Como Derecho Romano actual o “Pandectística”;

Como Romanística;

Como Romanismo o aspiración idealista o expresión epónima o metafórica, objeto de apología que sirve para la inspiración política sentimental.

Esta interesantísima concepción hexadimensional del Derecho Romano debe consultarse leyendo dos estudios fundamentales del gran maestro de Génova:

Su “Introduzione allo studio del diritto romano”, editorial Il Mulino, Bologna, 1987. Hermoso y fundamental libro es este bello capolavoro de Orestano.

“Diritto Romano”, en “Novissimo Digesto Italiano”, Volumen V (Cfr.- Dis), Pág. 1024 a 1047, editado por la U. T. E., Torino, 1960.

EL IUS NATURALISMO CRISTIANO

Está representado por los dos más grandes filósofos del pensamiento medieval:

San Agustín de Hipona y

Santo Tomás de Aquino

SAN AGUSTÍN DE HIPONA

Nació el 13 de noviembre del 354 en Tagaste, Numidia y murió en Hipona el 28 de agosto del año 430.

Su vida nos narra el contraste entre los dos extremos; una juventud caótica y desenfrenada y, luego, a los 42 años leyendo el “HORTENSIO” de Cicerón una autocrítica y llamada a la reflexión en la que su madre, Santa Mónica y San Ambrosio, obispo de Milán, lo separan de los maniqueos y al leer las epístolas de San Pablo se convierte al cristianismo y empieza a escribir su ingente doctrina en la que destacan sus dos obras fundamentales.

“Las confesiones” escrita en los años 397-398

“La ciudad de Dios”, terminada en el año 426.

Se trata de una filosofía de la historia, de una historiología en la que se contraponen Roma, la ciudad corrupta e inmoral con sus leyes humanas y su justicia imperfecta frente a “La Ciudad de Dios” y la grandeza divina con sus leyes divinas en las que consagra la justicia natural.

El contraste entre las dos dimensiones resalta los dos grandes perfiles del derecho natural.

Santo Tomás de Aquino, llamado “EL Doctor Angélico”, nació en 1225 en el Castillo de Roccasecca, en la provincia de Nápoles, de

la aristocrática familia de los Condes de Aquino. A los cinco años fue llevado al Monasterio de Monte Casino, donde fue educado con su tío el Abad Sinibaldo. A los nueve años fue llevado a la Universidad de Nápoles a estudiar el Trivium y el Quatrivium, que constituían las siete artes de la Cultura Medioeval. Terminados los estudios en 1243, regresó al Monasterio de Santo Domingo el Mayor de la Orden de Predicadores y acabado el noviciado se fue a París donde fue discípulo de San Alberto Magno, a quien acompañó a Colonia en 1248.

A los 25 años comenzó a enseñar en la Universidad de París, en la que después de una serie de vicisitudes se enfrentó con los profesores averroístas que enseñaban la versión musulmana de Aristóteles y con los profesores franciscanos que enseñaban el agustinismo, como Juan Peckham.

Más tarde la Orden Dominica le encargó la organización del estudio teológico en la Universidad de Nápoles y, finalmente, en 1274, cuando se dirigía al Concilio de Lyon murió en el Monasterio Cisterciense de Fossanova, cerca de Terracina, en donde poco antes de su muerte les hizo a los monjes una maravillosa interpretación de “El Cantar de los Cantares”.

“La Summa Theológica” es un formidable sistema inspirado en la filosofía de Aristóteles, a la luz del Evangelio, construido en tres partes, sobre 38 tratados, 631 cuestiones, 3. 000 artículos y 10. 000 objeciones, maravillosamente dispuestas formando un todo y un sistema orgánico. La admirable arquitectónica y la claridad de su doctrina hicieron que se le

llame el Doctor Universal y, aunque después de su muerte, algunos de sus planteamientos fueron discutidos, la verdad de su ciencia, de sus enjuiciamientos y de su metodología se impuso con la Bula de su canonización del 14 de julio de 1323 en la que se dejó establecido que “Santo Tomás de Aquino resplandece como lucero de la mañana entre filas de los bienaventurados” y que el Señor habría obrado maravillas en él, tanto en santidad, como en milagros, en sabiduría, porque, después de los Apóstoles y de los Padres, nadie ha iluminado tanto a la Iglesia como él”.

En 1567, Pío V, en su bula “Mirabilis Deus” lo declaró “Doctor de la Iglesia Universal”; Benedicto XIV, uno de los pontífices más sabios de la Iglesia lo declaró en 1756 “Príncipe de los Teólogos y honra Preclarísima de la Orden de Predicadores” y el Papa León XIII, en su Encíclica “Aeterni Patris” del 04 de agosto de 1819 proclamó la necesidad de enseñar en las universidades las doctrinas de Santo Tomás: *“Así, pues, por el bien de la sociedad y por el incremento de todas las ciencias, exhortamos a todos a restablecer la áurea doctrina de Santo Tomás de Aquino y propagarla en todas partes”*.

Según Santo Tomás de Aquino “La ley es la ordenación de la razón que persigue el bien común y promulgada solemnemente por el Superior de la sociedad organizada” (Suma Teológica, I-II-9-90 y siguientes).

“La ley eterna no es otra cosa que la razón de la divina sabiduría, es directiva de todos los actos de las criaturas”. “la ley natural es en la participación de la ley eterna del hombre”. “la ley humana es la que es dada por los hombres en



tanto tiene razón de ley y se deriva de la ley natural". "La sociedad civil tiene su raíz en la misma naturaleza humana y el fin propio de la autoridad legítima es procurar el bien común y si el régimen se endereza no al bien común del pueblo sino al bien privado del que gobierne, el régimen será injusto y perverso". Tal régimen denominase tiránico y en tal caso la sociedad tiene derecho a resistirle y a defenderse".

- 1.- La teoría pluridimensional del Derecho;
 - 1.1)- La concepción legalista del Derecho representada por la Escuela Francesa de la Exégesis y sus grandes representantes: Bugnet, Duranton, Demolombe, Laurent, Huc, Aubry, Rau, Marcadé, Moulon, Baudry Lacantinerie, etc;
 - 2.- Crítica de esta posición por el buen Juez Magnaud;
 - 3.- Crítica de esta posición por Francois Geny;
 - 4.- Raymond Saleilles;
 - 5.- La escuela científica y la escuela de los "arretistas";
 - 6.- La concepción normativista del Derecho: Bierling, Bergbohm, Binding, Merkel y los teóricos de la "allgemeine Rechtslehre";
 - 7.- La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen;
 - 8.- Crítica de la teoría pura del Derecho y del normativismo.
- Filosofía del Derecho, sus grandes temas y sus grandes escuelas.

BIBLIOGRAFÍA

- JULIEN BONNECASE : “La escuela francesa de la exégesis en el Derecho Civil”, traducción castellana del Licenciado José M. Cajica, Editorial Cajica – Porrúa, México, 1945.
- JULIEN BONNECASE : “Elementos de Derecho Civil”, tomo I, Traducción castellana, Edit. Cajica-Porrúa, México 1945; Págs. 118 a 145.
- JULIEN BONNECASE : “La filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia”, traducción castellana, Edit. Cajica-Porrúa, México 1945.
- JULIEN BONNECASE: “Introducción al Estudio del Derecho”, traducción castellana, Edit. Cajica-Porrúa, México 1945.
- JULIEN BONNECASE : “La notion du droit en France au XIX siècle. Contribution a l’etude de la philosophie du droit contemporaine”, París, 1919.
- JULIEN BONNECASE : “La pensée juridique française de 1804 a l’heure présent”, Burdeos, 1933; Henry Leyret : “Las sentencias del buen Juez Magnaud”, editorial Temis, Bogotá, 1976.
- FRANCOIS GENY : “Métodos de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo”, París, 1899.
- HENRY CAPITANT : “Les grands arrêts de la jurisprudence civile”, 10e édition, 1994, par Francois Terré et Yves Lequette, éditions Dalloz, París,1994.
- LOUIS JOSSERAND : “Derecho Civil” volumen I, pág. 97, editorial Bosch, Buenos Aires, 1950.
- GEORGES RIPERT Y JEAN BOULANGER : “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”, Tomo I, págs. 82 a 86, 196-197, 275 a 282, editorial La Ley, Buenos Aires, 1963.
- HENRY, LEON, Y JEAN MAZEAUD : “Lecciones de Derecho Civil”, Vol. I, pág. 170, E.J.E.A., Buenos Aires, 1959; Giovanni Tarello : “La Escuela de la Exégesis y su difusión en Italia. Para la historia de la Civilística Moderna” en el volumen de Tarello “Cultura Jurídica y Política del Derecho”, pág. 63 a 91, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- J. HAESAERT: “Théorie Générale du Droit”, Librairie du Recueil Sirey, París, 1948, Pág. 39 y sgtes.
- WILHELM SAUER : “Filosofía Jurídica y Social”, pág. 13 y sgtes.; editorial Labor S.A.; Barcelona, 1933.
- LUIS RECASENS SICHES : “Tratado general de Filosofía del Derecho”, editorial Porrúa S.A., México, 1978, Pág. 25 y sgtes.
- LUIS RECASENS SICHES : “Paronama del pensamiento jurídico en el siglo XX”, tomo I, Pág. 26 y sgtes., editorial Porrúa, México, 1963.
- JOSÉ ANTONIO SILVA VALLEJO “Historia General del Derecho”, páginas 454 a 456, Universidad Alas Peruanas, Lima 2005.



Escena de carnavales en Lima.