

## LA TEORIA PLURIDIMENSIONAL DEL DERECHO

*José Antonio Silva Vallejo*

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

### SUMARIO:

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I.- Dedicatoria: Los Hombres simbólicos y la teoría pluridimensional del Derecho ..... | 313 |
| II.- Las tareas de la teoría pluridimensional del Derecho .....                        | 314 |
| III.- La Cientificidad del Derecho .....                                               | 315 |
| IV.- El concepto del Derecho ..                                                        | 317 |
| V.- El Legalismo .....                                                                 | 318 |
| VI.- Crítica del Legalismo .....                                                       | 319 |
| VII.- El Normativismo .....                                                            | 324 |
| VIII.- El Ius-Naturalismo .....                                                        | 326 |

### I.- DEDICATORIA: LOS HOMBRES SIMBOLICOS Y LA TEORIA PLURIDIMENSIONAL DEL DERECHO

Así como Max Arias Schereiber Pezet, a quien dedico este estudio, fue un hombre crucial, un hombre del destino, un hombre simbólico, en el sentido de Emerson<sup>1</sup> a quien le rendimos culto en este "Liber Amicorum" como lo quería Carlyle, en "El Culto de los Héroes"<sup>2</sup>, así también la Teoría Pluridimensional del

<sup>1</sup> Ralph Waldo Emerson (1803 - 1882).- Trascendentalista norteamericano, sostiene en su famosa obra "Hombres Simbólicos", escrita en 1850, que, "el genio allí donde aparece, concentra las energías dispersas de su medio, desencadena las tendencias difusas y las pone de manifiesto. Es como un fermento o un catalizador que pone en marcha los acontecimientos...". "Cada ser tiene su ley propia, un modo de existir en cuya fidelidad radica la verdadera plenitud".

<sup>2</sup> Tomas Carlyle.- Historiador inglés, (1795 - 1881). Escribió en "Los héroes y el culto de los héroes", semblanzas geniales de Shakespeare, Lutero, Cromwell y Knox; sosteniendo que la historia consiste en la biografía de los grandes hombres: "Los hombres de acción forman la médula de la historia, la historia es el campo de acción de las grandes personalidades".

Derecho es una encrucijada de caminos o un punto de convergencia o una llave maestra para unificar la Teoría General del Derecho y las Teorías Especiales del Delito, del Proceso, de la Constitución, del Trabajo, del Contrato, del Negocio Jurídico, de la Prueba, etc.

## **II.- LAS TAREAS DE LA TEORIA PLURIDIMENSIONAL DEL DERECHO**

Epoca 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 GASTON MORIN, 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 limpuissance des lois"; para FRANCESCO CARNELUTTI la contemplacion 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 Valdéz, Lima, 1988, pag. 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", pag. 919 y sgts. Lima, 1991.

Frente a ello, la Teoría Pluridimensional del Derecho se aboca a la solución integral del problema, partiendo de una premisa fundamental: la cientificidad del Derecho, habida cuenta 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 al 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 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 ésta ecuación: la Fé 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 mas 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.

### III.- LA CIENTIFICIDAD DEL DERECHO

En su célebre conferencia de Berlín pronunciada en 1847 JULIUS HERMANN Von KIRSCHMANN habló sobre “el carácter a-científico de la llamada ciencia del Derecho<sup>3</sup> 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 de 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 paradójal y admirable intitulado “Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft”: “La Auticientificidad de la Ciencia del Derecho”, Berlín, Rotschi, 1932.

Entre nosotros, nuestro estimado colega y amigo JOSE PALOMINO MANCHEGO ha tenido el merito de reunir en un Libro intitulado “DISCUSIÓN SOBRE EL CARÁCTER ANTI-CIENTIFICO DEL DERECHO” los planteamientos que van DE KIRSCHMANN A LA DISCUSIÓN EPISTEMOLÓGICA ACTUAL. Lima, Edit. Grijley, 1999, con arreglo al siguiente plan:

---

<sup>3</sup> Léase su traducida en el Libro de Savigny – Kirschmann – Zitelmann – Kantorowicz: “La Ciencia del Derecho”. Pág. 247 y sigs. Editorial Losada S.A., Buenos Aires. 1949.

**PRESENTACIÓN****JOSE F. PALOMINO MANCHEGO**

El mensaje de Kirchmann

ix

**PRELIMINARES****APROXIMACIÓN A LA EXPERIENCIA JURÍDICA Y EL CONCEPTO DEL DERECHO****ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO**

Delimitación conceptual del Derecho

3

**PRIMERA SECCION  
EL RETO DE KIRCHMANN****ENRIQUE PEDRO HABA**

Kirchman sabia menos... !pero vio mejor!

47

**JULIUS HERNANN VON KIRCHMANN**

El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho

125

**SEGUNDA SECCION  
CONTROVERSIAS ACTUALES****ENRIQUE PEDRO HABA**Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho  
Contemporáneo

159

**FRANCOIS OST**

Ciencia del Derecho

237

**TERCERA SECCION  
CRITICA RADICAL HOY****CHRISTIAN COURTIS**

Estrategia de nuestra araña

253

**EPILOGO****ENRIQUE PEDRO HABA**

Racionalidad e irracionalidad en el Derecho

271

Empero, la aparente falta de cientificidad 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 que hay ciencias matemáticas cuyo objeto está constituido por ciertos 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.

#### IV.- 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 ius-naturalismo, el marxismo-leninismo, el tridimensionalismo y el pluridimensionalismo.

## V.- 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 en 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 cast., 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 a 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 Bonecasse las citas pertinentes de esta escuela se resumen en la frase lapidaria de BUGNET quien respondiendo a la pregunta de uno de sus alumnos sobre "Q'uest q c'est le droit civil" respondiera desembozadamente: "Yo no conozco el Derecho Civil. Yo sólo enseño el Código de Napoleón".

"Los Códigos, -escribe Laurent, - no dejan nada al arbitrio del interprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho. El Derecho 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 define 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 la 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 transforma en legislador; a falta de ley, hará una para el caso particular 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"<sup>4</sup>.

## VI.- CRITICA DEL LEGALISMO

### a) 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 del 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 supra-legal, porque tuvo la virtud de satisfacer los anhelos de justicia de un pueblo desconfiado ya de ella. Su

---

<sup>4</sup> JULIEN BONECASSE: "Elementos de Derecho Civil" Tomo I. Págs. 126 y 127. Ed. Cajica, Puebla, 1945.

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 supra-legal o su creación pretoriana del Derecho en la que la Jurisprudencia es la fuerza viviente, la verdadera fuente creadora del Derecho, argumentos éstos, que hacen de MAGNAUD uno de los grandes pioneros de la escuela del 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 el despacho de beneficencia de Charly, para ella, su madre y su hijo;

Considerando que en el instante en que la procesada hubo de arrebatar 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 Luisa Ménard, muy claramente establecida, el juez puede y debe interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley;

Considerando que el hambre es susceptible de arrebatar 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 lo 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 Ménard, que se ofrece a restituir al panadero P., con el producto del primer trabajo que pueda procurarse;

Que si ciertos estado 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 aplicación del art. 64 del Código Penal.

Por estos motivos, el Tribunal absuelve a Luisa Ménard del hecho por el que ha sido perseguida, sin costas.

Como dijo HENRY LEYRET: "La sentencia absolutoria de Luisa Ménard 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 presidente Magnaud recibía la aprobación casi unánime de Francia"<sup>5</sup>.

"Los periodistas se juntaron para incriminar sus sentencias con la misma mala fé que habían empleado para atacar su sentencia. Hay que citar,

---

<sup>5</sup> CFR.: LEYRET: "Las sentencias del buen Juez Magnaud". Cit., pág. 13

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 Ménard, ni reintegrado al panadero, lo ridiculiza de poseer "una visión harto falsa de la sociedad y del papel del magistrado en ella".

El "Jornual des Débats", extremando su malevolencia, se muestra todavía más dura y despiadado censor del magistrado que ha tenido la audacia de absolver a una "ladrona".

Añade LEYRET "¿Qué innovación, qué peligro... Como "Le Journal des Débats", como "La République Française", los dos principales reflectores del pensamiento ministerial de ésta 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".

"Inamovible, el presidente Magnaud 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 minima*. El 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-

nos los unos a los otros a las alegrías del estado de naturaleza". La opinión no perdona esa decisión monstruosa<sup>6</sup>.

#### **b) LA CRITICA 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 de Nancy (1861-1938) con su fundamental libro que todos deberíamos de leer "Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo", París, 1899, 2ª edición París 1932, para llegar a la conclusión 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 la 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 = sentencia) 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 arrêtes de la Jurisprudence française".

PLANIOI 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 1927; COLIN y CAPITANT: "Curso Elemental de Derecho Civil", con notas de Demófilo de Buen; Madrid, Ed. Reus, 1922, 9 Vols.; LOUIS JOSSERAND: "Curso de Derecho Civil Francés", París, 1938, traducción castellana por Ed. Bosch, Bs. Aires, 1950; HERNY LEON y JEAN MAZEAUD: "Lecciones de Derecho Civil" traducción castellana por la ed. E.J.E.A., Bs. Aires, 1959;

---

<sup>6</sup> CFR LEYRET; Ob. Cit., pág. 16

GERARD CORNÚ: *Derecho Civil*, 7ª edición traducción castellana por Editorial Juricentro San José de Costa Rica 1997.

En fin, además de los grandes tratados de Derecho Civil de la escuela francesa, como son los de MARTY, CARBONNIER, GHESTIN y GOUBEAUX, A. WEILL y F. TERRE, CABRILLAC, etc., es preciso citar a una revista cuya lectura es fundamental: la REVUE TRIMESTRIELLE 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 éstos estudiarla, sistematizarla y guiarla también: por la jurisprudencia, pero más allá de la jurisprudencia, ésta 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"<sup>7</sup>.

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"<sup>8</sup>.

## VII.- 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

---

<sup>7</sup> LOUIS JOSSERAND: *Derecho Civil*, Vol. I. Pág. 97, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950.

<sup>8</sup> HENRY, LEON y JEAN MAZEAUD: "Lecciones de Derecho Civil", Vol. I. Pág. 170. E.J.E.A., B. Aires, 1959.

la tesis sostenida por BINDING (1841-1920), profesor en Leipzig, en el más famoso y conocido de sus libros: "Die Normen 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 provocada una verdadera avalancha de críticos y de críticas"<sup>9</sup>.

Ahora bien, al margen de la lucha 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, sobretudo, a Kelsen (1881-1973) cuyo punto de partida está formulado en sus "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", 1911 (Problemas escogidos de la Teoría 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 lógica 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 conferencias en francés en Ginebra en el Instituto de Altos Estudios Internacionales y, luego, a causa de la guerra viajó a los Estados

---

<sup>9</sup> ARMIN KAUFMANN: "Teoría de las Normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna", Pág. 51, trad. castellana de Enrique Bacigalupo, ed. Depalma, Bs. Aires, 1977.

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, falleciendo 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 bio-bibliografía que está escrita fundamentalmente en alemán, inglés, francés y castellano.

Bástenos con decir, parafraseando al profesor EUSTAQUIO GALAN Y GUTIERREZ de la Universidad de Madrid que Kelsen "se asemeja al Rey Midas porque convierte en normas a todo cuanto toca".

### **VIII.- EL IUS-NATURALISMO**

A diferencia del 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 consitituye per-sé 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 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 incomprendible sin las obras de Platón y Aristóteles. De ellas nace el pensamiento moderno. A ellas hay que referirnos siempre que querramos hacer filosofía<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> RAMON XIRAU: "Introducción a la historia de la Filosofía". Pág. 48 in fine y 49. Editorial Limasa, México, 2000.

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 un 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: La 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"<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> ARISTÓTELES: "Moral a Nicómaco" Libro V, Capítulo IV, Pág. 142 en "Obras completas de Aristóteles", Tomo I, Pág. 142. Traducción de Patricio de Azcárate. Editorial Anaconda. Buenos Aires. 1947.

“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 honroso salario se hacen tiranos”<sup>12</sup>.

“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”<sup>13</sup>.

### EL IUS-NATURALISMO ROMANO

Aún 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<sup>14</sup>.

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 encontramos desde el Libro I, intitulado “De Justitia et Iure”, “De la Justicia y del 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

---

<sup>12</sup> ARISTÓLES, Ob. Cit. Pág. 149.

<sup>13</sup> Ibid., Pág. 150.

<sup>14</sup> HUMBERTO CUENCA: “Proceso Civil Romano”, Introducción, Pág. XXVIII, Ejea; Bs. Aires, 1957.

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 Iuris precepta; 4).- Como Iuris-Prudentia.

Entendido como ius, ya dijimos que Celso lo definió como el arte de lo bueno y de lo equitativo. Pero, además, en dicho sentido de ius, Papiniano lo entendió como Ius Civile y 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 I, 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 Iurisprudencia 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 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, iurisprudencia; tetralogía, ésta, a la que habría que añadir aún, las seis concepciones que, según el profesor RICCARDO ORESTANO, encierra el significado de Derecho Romano:

- 1) Como Derecho Histórico, strictu sensu considerado;
- 2) Como tradición romanista;
- 3) Como Derecho Común;
- 4) Como Derecho Romano actual o “Pandectística”;
- 5) Como Romanística;

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

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

- 1) Su "Introduzione allo studio del diritto romano", editorial Il Mulino, Bologna, 1987. Hermoso y fundamental libro es este bello capolavoro de Orestano.
- 2) "Diritto Romano", en "Novísimo Digesto Italiano", Volumen V (Cri-Dis), Pág. 1024 a 1047, editado por la U.T.E.T., Torino, 1960.

### EL IUS NATURALISMO CRISTIANO

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

SAN AGUSTIN de HIPONA y  
SANTO TOMAS 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 desenfadada y, luego, a los 42 años leyendo el "**Hortensio**" de Cicerón una auto-crítica 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.

- 1) "Las Confesiones" escrita en los años 397 – 398.
- 2) "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 a 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 se 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 Cassino, 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 estos 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 el 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 profesaban 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".

Sus obras fundamentales son "Del Ente y de la Esencia", "Quaestiones Disputatae", "Quaestiones quod-libetales", "Summa contra los gentiles" sobre todo: "Summa Theologica".

"La Summa Theologica" es un formidable sistema inspirado en la filosofía de Aristóteles, a la luz del Evangelio, construido en tres partes, sobre 38 tratados, 631 cuestiones, 3000 artículos y 10000 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 las 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 1879 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 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 en el 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".

Para mayores referencias, confróntese:

SANTO TOMÁS DE AQUINO: "Suma Teológica" Tomo I: Introducción General por Santiago Ramírez O.P.- Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1947.

KLIMKE – Colomer: Historia de la Filosofía, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1955.

ETIENNE GILSON: "El Tomismo. Introducción a la Filosofía de Santo Tomás de Aquino" 2ª Edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1989.

ETIENNE GILSON: "El Ser y la Esencia". Ediciones Desclée de Brouwer, Bs. Aires. 1951.

- A.D. SERTILLANGES, O.P.: "Las Grandes Tesis de la Filosofía Tomista". Ediciones Desclée de Brouwer, Bs. Aires, 1948.
- A.D. SERTILLANGES: "Santo Tomás de Aquino". Ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1948.
- JACQUES MARITAIN: "El Doctor Angélico". Ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1947.
- MARTIN GRABMANN: "Santo Tomás de Aquino", 2ª Edición, Ed. Labor, Barcelona, 1952.
- GILBERT K. CHESTERTON: "Santo Tomás de Aquino" 9ª edición, Colección Austral, Espasa – Calpe Argentina, Bs. Aires, 1959.
- STANISLAS BRETON: "Santo Tomás". Edaf., Madrid, 1976.
- REGINALD GARRIGOU – LAGRANGE O.P. "La Síntesis Tomista", ediciones Desclée de Brouwer, Buenos Aires, 1947.
- ENRIQUE DORIGA S.J. – MARIO ALZADORA VALDES – JOSE LEON BARANDIARAN: "La Aventura Intelectual de Santo Tomás", Universidad del Pacífico, Departamento de Humanidades, Lima, 1975.
- LOUIS LACHANCE O.P.: "El Concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás", Buenos Aires, 1953.