

LAS DIFERENTES CONCEPCIONES DEL DERECHO*

“Un jurista que niegue la aplicación del derecho natural opinando que le basta el derecho positivo, se asemeja a un morador de una vivienda quien repudie aspirar aire de afuera creyendo que vive del aire de adentro...”.

Werner Goldschmidt

Sumario: 1. Introducción. 2. El iusnaturalismo. 2.1. El iusnaturalismo teológico. 2.2. El iusnaturalismo racionalista. 2.3. Escuela histórica del derecho. 3. Positivismo. 3.1. El positivismo jurídico. 3.2. Positivismo Kelsiano. 4. El realismo jurídico. 4.1. El realismo jurídico norteamericano. 4.2. Realismo escandinavo. 5. Las teorías tridimensionalistas. 5.1. El tridimensionalismo de Miguel Reale. 5.2. La teoría tridimensionalista del mundo jurídico. 6. Conclusiones.

1. Introducción

En teoría, más aún para los estudiantes de leyes y para los propios abogados, debería ser sumamente sencillo definir o conceptualizar al “derecho”, ya que todas las personas tienen por lo menos una noción general y aproximada del mismo. Ahora bien, en realidad, dicha tarea es hartamente difícil de realizar, tal es así que **Carlos Santiago Nino** manifiesta que la pregunta ¿qué es el derecho? es “*la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas*”. Asimismo, ya **Emmanuel Kant** había dicho que: “*Todavía buscan los juristas una definición de su concepto del derecho*”¹.

Quizás, uno de los inconvenientes que se tiene al conceptualizar al derecho es que al hablar de “derecho” no lo hacemos con un significado único e inequívoco sino que nos referimos a una multiplicidad de significados que se relacionan entre sí, como por ejemplo: 1) Ciencia o disciplina científica; 2) Facultad, potestad o prerrogativa del individuo (derecho subjetivo); 3) Conjunto de normas jurídicas que forman el ordenamiento vigente (derecho objetivo); 4) Ideal de justicia; 5) Producto social o cultural, etc.

Planteadas las problemáticas, es conveniente advertir que a través del presente trabajo no se buscará conceptualizar al derecho, sino más bien lo que se procurará es exponer cuál es la concepción del derecho para las corrientes más emblemáticas del pensamiento jurídico: *el iusnaturalismo, el positivismo, el realismo y el tridimensionalismo*.

* **Publicado** en: Revista Jurídica CEDUC, N.º 19, 2010.

¹ De por sí, importa señalar que las palabras de Emmanuel Kant hoy en día no han perdido su valor.

2. El iusnaturalismo

El iusnaturalismo tuvo su mayor influencia en los siglos XVII y XVIII, tiempo en el que desempeñó un rol de gran magnitud en la formación de los juristas y en la elaboración de los principios jurídicos dominantes.

Tal vez, quien explica con mayor claridad en qué consiste la concepción iusnaturalista es **Carlos Nino**, doctrinario que manifiesta que el iusnaturalismo se caracteriza en sostener conjuntamente dos tesis:

a) *Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.*

b) *Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.*

Para el citado autor, si alguien rechaza alguna de las dos tesis, aun cuando acepte una sola, no será generalmente considerado un iusnaturalista².

Desde otro punto de vista, **Edgardo Fernández Sabaté** responde a la pregunta ¿cuándo una doctrina es iusnaturalista? diciendo: “*Una doctrina es iusnaturalista cuando postula la existencia de una fuente jurídica anterior a la palabra del legislador humano, cualquiera que fuese dicha fuente y aunque no quiera reconocerse como iusnaturalista*”³.

Es preciso destacar que dentro de la corriente iusnaturalista se encuentran doctrinas muy variadas, pero que tienen como denominador común la creencia de que el derecho “positivo” debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denominan “derecho natural”⁴. Ello indica que es una postura que afirma la supremacía y preexistencia del derecho natural ante el positivo, y que el derecho positivo debe ser fiel reflejo del derecho natural.

Para la doctrina del derecho natural, por encima de las normas dictadas por los hombres se encuentra un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera naturaleza humana. Ello incluye el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones

² Cfr. NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*, 2^a ed. amp. y rev., 12^a reimp, Buenos Aires, Astrea, 2003, pág., 28.

³ FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 328.

⁴ Derecho Natural: “Conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, justas, eternas e inmutables”. (OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 27^a ed., Buenos Aires, Heliasta, 2000, pág. 325). Para **Kant** el derecho natural es el conjunto de principios universales, absolutos, perfectos e inmutables, derivados de la propia razón humana, que rigen la conducta del hombre de acuerdo con el imperativo categórico: “obra de tal manera que la norma de tus actos pueda valer como principio de conducta o de legislación universal”.

de raza, a no ser coaccionado sin un debido proceso legal, etc. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar “derecho natural”.

Por consiguiente, las normas positivas dictadas por el hombre sólo serán consideradas “derecho” en la medida que estén conformes al derecho natural y no lo contradigan. Así, *el orden jurídico se justifica por su conformidad a los principios superiores que deben guiarlo, y cuyo conocimiento permite valorar el contenido de las normas. La obligatoriedad del derecho no deriva, por lo tanto, de la simple existencia de un mandato –ya sea divino o humano-, sino de su adecuación a los preceptos fundamentales que constituyen su base racional*⁵.

Para los iusnaturalistas, la ley positiva encuentra su propio fundamento en el derecho natural, por consiguiente, “el derecho” se justifica no sólo por su origen, sino también por su contenido. Es decir, para que las normas tengan validez y fuerza obligatoria no basta que sean la expresión de una voluntad competente para sancionarlas: se requiere, además, su conformidad a los preceptos del derecho natural, que les proporcionan su legitimidad intrínseca. Y de esa conformidad deriva, al mismo tiempo, la obligación racional de acatarlas, convirtiéndolas en reglas moralmente obligatorias, porque la conciencia humana debe cumplir las normas cuyo contenido responde a las exigencias de la naturaleza, la justicia y la razón⁶.

Ahora bien, si bien todos los iusnaturalistas coinciden al defender las dos tesis alegadas por **Carlos Nino**, importa señalar que existen discrepancias acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado “derecho natural”. En tal sentido, se pueden distinguir dos corrientes: el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista, doctrinas que serán analizadas a continuación. Así también, se examinará la escuela histórica del derecho, escuela que también ha sido encasillada como una corriente iusnaturalista.

2.1 Iusnaturalismo teológico

Eduardo García Máynez pone de relieve que el pensamiento iusnaturalista adquirió un matiz teológico a partir de **Sócrates** y **Sófocles**⁷. Lo justo y natural no tiene fundamento en el poder ni deriva de la voluntad del legislador, no se basa en las peculiaridades o atributos de la especie humana sino en el arbitrio divino. Frente al derecho escrito, creado por los hombres, aparecen las leyes de los dioses. Las leyes humanas son perecederas y cambiantes con validez relativa, mientras que las leyes divinas son eternas e inmutables por lo que tienen validez absoluta.

⁵ CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; *Introducción al Derecho*, 7ma. Ed, Buenos Aires, Perrot, 1970, págs. 33-34.

⁶ Cfr. CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., págs. 33-34.

⁷ Véase: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.

La doctrina cristiana, especialmente debido a los aportes de **San Agustín y Santo Tomás**, tuvo una gran importancia para el desarrollo del iusnaturalismo teológico. Para **San Agustín**, el derecho se presenta como la ley eterna de la razón divina. La *lex aeterna* es la voluntad de Dios que manda conservar el orden natural, dirigiendo todo lo creado hacia sus propios fines. Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres. **San Agustín** sostiene que frente a la *lex naturalis* se encuentra la ley humana que deriva de la voluntad del legislador humano; pero para ser considerada como derecho debe ser justa y recta, es decir debe participar de la ley eterna y natural.

En parecido sentido, **Santo Tomás de Aquino**, en su obra “*Suma Teológica*”, distingue las leyes en cuatro categorías: ley eterna, ley natural, ley divina y ley humana. La ley eterna es la misma Razón Divina que gobierna el mundo y que nadie puede conocer enteramente en sí misma, sino sólo parcialmente a través de sus manifestaciones. La ley natural es la participación de la ley eterna a la criatura racional, mediante la razón. Ley divina es la revelada por Dios a través de las Sagradas Escrituras. La ley humana es una “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”⁸.

Santo Tomás brinda un criterio negativo de determinación. “La voluntad humana –dice–, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo”. Por lo tanto, mientras lo natural da el contenido de lo justo, como derivación de la ley eterna, la voluntad humana no puede crear nada justo que se oponga al derecho natural. Si se realiza un acto que no se adecue al mismo, por definición se trataría de un acto injusto y en consecuencia no sería derecho⁹.

Ese derecho natural no sólo es un derecho que debe ser, sino un verdadero derecho, aplicable a todos los hombres y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable¹⁰. Se tiene que los caracteres del derecho natural son: *unidad*, pues a través de sus distintos preceptos se orienta hacia un solo fin, que está ordenado por la Ley Eterna; el Bien Común. *Universalidad*, que puede tomarse en dos sentidos. Es universal en tanto su validez abarca todo tiempo y lugar. Resulta ser el elemento común a la idéntica naturaleza del hombre. Pero, además, es universal en tanto da validez (verdad) a todo conocimiento derivado de ella. *Inmutabilidad*, la ley natural es inmutable pues es una emanación de la Ley Eterna. No obstante, **Santo Tomás** reconoce cierta mutación posible en relación a los preceptos secundarios. *Indelibilidad*, vale decir, no es necesario que se traduzca a leyes escritas ya que está puesta en el corazón y en la mente de los hombres¹¹.

⁸ PACHECO, Máximo; *Teoría del Derecho*, 4ta. ed., reimp., Santiago, 2000, pág. 736.

⁹ RUSSO, Eduardo Ángel; *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la postmodernidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, págs. 48-50.

¹⁰ NINO, Carlos Santiago; op. cit., pág. 28.

¹¹ Cfr. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., págs. 48-50.

Se puede concluir, entonces, que el iusnaturalismo trascendental posee los siguientes elementos caracterizadores: a) es una teoría en la cual el derecho tiene su fundamento en Dios, en el Dios cristiano trascendente; b) El derecho natural es una participación en la Ley eterna y constituye el contenido del objeto de la justicia; c) Este derecho natural es cognoscible por la razón; d) El derecho positivo no es tal si no se adecua a los principios del derecho natural; y, e) Existe una íntima unión entre derecho y moral¹².

El iusnaturalismo de orientación cristiana ha sido criticado por asentarse en postulados que todo individuo no creyente no comparte.

Como respuesta a esta crítica, **Jacques Leclercq** considera que el derecho natural no está dirigido sólo a creyentes de determinada religión, y que no debe deducirse de un plan divino sino de la “naturaleza social del hombre”, siendo la sociología “la ciencia auxiliar por excelencia del derecho natural”¹³.

2.2. Iusnaturalismo racionalista

El iusnaturalismo racionalista se originó en el llamado movimiento iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII. Según esta concepción el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios sino de la naturaleza o estructura de la razón humana.

La escuela racionalista del derecho natural comienza con **Hugo Grocio**, protestante, quien sostenía que el derecho natural tendría la misma validez universal de siempre aunque Dios no existiese, pues se origina en la Razón humana, que es absoluta¹⁴. Otros exponentes son: **Thomas Hobbes, John Locke, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Gottfried Wilhelm Leibnitz, Christian Wolf, Jean Jacques Rousseau, y Emmanuel Kant**, entre otros.

El iusnaturalismo racional o profano, se caracteriza dentro de la corriente iusnaturalista por operarse una “desconexión” entre el sistema de derecho natural y su fundamento en un Dios trascendente. Este iusnaturalismo tiende a centralizar su enfoque en un análisis de la naturaleza humana (en el hombre), y a encontrar a través de la razón una serie de caracteres fundamentales de ésta. Por ejemplo, la necesidad de la conservación de la vida, de la libertad, de la igualdad, etcétera. Cada uno de tales caracteres, se constituye en un “valor”, previo a cualquier ordenamiento positivo, que además, se impone como contenido necesario de tales ordenamientos¹⁵.

¹² Cfr. RUSSO, Eduardo Ángel, op. cit., pág. 51

¹³ LECLERCQ, Jacques; *El Derecho y la Sociedad*, Herder, Barcelona, 1965, págs 45-48, citado por RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., pág. 51

¹⁴ FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., pág. 329.

¹⁵ RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., pág. 54

En **Santo Tomás** el derecho tenía una fundamentación en el Plan de Dios, como objeto de justicia, poniéndose el acento en el sujeto del deber que realiza el acto justo. Aquí, en cambio, se pone el acento en el sujeto portador de su derecho como sustento del sistema de normas y de la sociedad civil. Las obligaciones o deberes surgen a partir de los derechos naturales de los individuos¹⁶.

Grocio reconoció, en *De Iure Belli ac Pacis*, que el derecho deriva o resulta del instinto social y racional del hombre, a diferencia de los escolásticos que aunque reconocían la cualidad racional del hombre, la atribuían pero como consecuencia de la voluntad de Dios. De esta manera, **Grocio** afirmó que el derecho deriva del *appetitus sociales* o del *appetitus societatis* que tiene el hombre; es decir, para él, el derecho no es otra cosa que un producto que resulta del apetito social o de sociedad que tienen los hombres para vivir en grupos organizados, donde impera una fuerza común bajo el imperio del derecho natural y de la razón. Este derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres, que indica que cualquier acción debe corresponder a la misma naturaleza racional del hombre porque el derecho se reduce a su contenido intrínsecamente justo o natural.

Desde un aspecto más teórico, **Samuel Pufendorf** perfeccionó el derecho natural convirtiéndolo en un impresionante sistema general de doctrinas. En su obra "*De iure naturae et Gentium libri octo*" (1672) completa y supera a Grocio, en la ruptura definitiva del derecho natural de su conexión con la Teología revelada¹⁷.

Con **Pufendorf** la escuela del derecho natural presenta en forma típica uno de los sistemas más completos y elaborados. Aborda ante todo la distinción entre derecho y teología; distingue, además, estableciendo una neta antítesis, el derecho natural del derecho positivo. El primero tiene la supremacía; existe previamente al Estado, conserva siempre su imperio y a él debe atenerse el derecho positivo. **Pufendorf** distingue además, en conexión con esto, los derechos innatos de los adquiridos. Los innatos son propios del hombre aislado, antes de que llegue a ser "socio", esto es, antes de que pertenezca a la colectividad. Los adquiridos son los derechos que se añaden al hombre, en cuanto pertenece a una sociedad (a la familia y al Estado)¹⁸.

En resumen, para el iusnaturalismo laico o racional el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social. Sin embargo, ambas posturas reducen el derecho a un contenido intrínsecamente justo o natural, ya que para los iusnaturalistas -tanto teológicos como laicos o racionales- el derecho es un valor justo o natural.

2.3. Escuela histórica del derecho

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ MONITOR – SCHLOSSER; *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Trad. Ángel Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1980, pág. 53

¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio; *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Revisada por Luís Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 63.

Tanto para **Carlos Nino** como para **Eduardo Russo**, la Escuela Histórica del Derecho es una corriente iusnaturalista de índole encubierta, en razón de que, en general, sus adherentes fueron reacios a asignarse a sí mismos con tal calificativo.

La Escuela Histórica, fue iniciada por **Hugo** y llevada al triunfo por **Savigny** en el siglo XIX. Ella, juntamente con el movimiento romántico al cual pertenece, constituye una reacción al racionalismo anterior. La Escuela Histórica, al concebir el derecho, en analogía con el lenguaje y con toda la cultura en general, como producto específico de cada pueblo en un momento determinado de su historia, se dirige al orden real de repartos como auténtica encarnación del espíritu del pueblo¹⁹.

Esta concepción se traslada a la sociedad como una realidad que es producida por el tiempo y por la historia, es un organismo social en el cual el individuo no tiene dominio. **Savigny** y **Puchta** consideran que el derecho es el producto de la evolución histórica de ese organismo social; el derecho viene dado por el pasado del pueblo, por la esencia de la nación y de su historia, adoptando el particular comportamiento de cada país, es decir, el derecho es un producto del espíritu del pueblo.

La Escuela histórica rechaza el derecho natural racionalista, por ser incompatibles con la evolución de la sociedad, también rechaza la codificación²⁰, ya que estanca el desarrollo del derecho, por elaborar síntesis sistemáticas de leyes que adquieren gran estabilidad y fijeza, es por ello que la fuente formal del derecho es la costumbre jurídica, producida por las fuentes interiores del pueblo y modificada por la práctica jurídica y la jurisprudencia. Para la Escuela Histórica el fundamento del derecho no está en la razón del hombre, sino en algo exterior a él, en el espíritu del pueblo, de quien lo recibe todo.

Para **Savigny**, el derecho no es una creación del legislador, sino una elaboración instintiva del pueblo, que se manifiesta en los hechos y que sólo en una fase posterior de su desenvolvimiento adquiere una elaboración por obra de los juristas. A la labor de los juristas sigue después la legislación, que se funda en las costumbres preexistentes. Las leyes tienen, pues, una función enteramente secundaria: no hacer más que precisar los principios elaborados por la conciencia jurídica popular.

En definitiva, la Escuela Histórica al igual que todas las formas de iusnaturalismo anteriores y posteriores, habla del derecho que debiera ser como si realmente fuera, en

¹⁹ GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 215/216.

²⁰ Por ello, cuando en 1814 Thibaut propone, al liberarse los alemanes de la dominación napoleónica, la codificación del Derecho positivo con el fin de actualizar y unificar el antiguo Derecho germánico, Savigny se opone a la espera de que “el espíritu del pueblo” evolucionase suficientemente. (RUSSO; Eduardo Ángel; op. cit., pág. 56). Al combatir el propósito de los partidarios de un código civil en Alemania, a ejemplo del Código Napoleón en Francia, se manifiesta en general contrario a la codificación, afirmando por lo demás que su país aún no estaba preparado para recibir un código. Se oponía al criterio racionalista de los partidarios de la codificación, que creían posible la formulación de textos legales exentos de toda influencia histórica y capaces de adaptarse a todos los pueblos y todos los tiempos. (CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., págs. 560-561).

lugar de hablar del derecho que es (si es que es algo), por lo que constituye también una teoría metafísica²¹.

3. El positivismo²²

El positivismo, en general, es una doctrina filosófica que funda la verdad solamente en el método experimental de las ciencias llamadas positivas y que rechaza o niega cualquier interpretación teológica y metafísica. Para el positivismo, la realidad empírica se convierte en lo verdadero y en el único objeto del conocimiento. A través del método científico se debe explicar la totalidad de los fenómenos, sean de orden natural o espiritual. Todo aquello que no pueda someterse a las premisas y condiciones de esta concepción de la ciencia carece absolutamente de valor. Lo que se encuentre más allá de lo regido por la relación causa-efecto pertenece a la fantasía²³.

3.1. Positivismo jurídico

La expresión positivismo jurídico es ambigua, ya la misma tiene dos sentidos diferentes. Por un lado, se encuentra el positivismo científico, que sería aquel regido por un método de investigación riguroso, sistemático y verificable, sin dogmas y sin apelaciones sobrenaturales²⁴ y, por otro lado, está el positivismo jurídico –con una acepción más restringida– entendido como la concepción particular del derecho que eleva a la ley sobre las restantes fuentes del derecho y conceptúa al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente²⁵.

El primer sentido proviene de la terminología de **Augusto Comte** quien caracterizó como “estado positivo o real” al tercer momento de la evolución del pensamiento humano, luego de los que él denominó “estado teológico” y “estado metafísico”. El estado positivo comtiano es empírico y relativo, y presupone la invariabilidad y el poder predictivo de las leyes de la naturaleza²⁶.

²¹ RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., págs. 56-57.

²² La palabra “positivismo” fue incluida en el lenguaje filosófico y científico por **Augusto Comte** para designar un movimiento intelectual que él inició. **Comte** rechazó tanto las especulaciones e imaginaciones teológicas como las construcciones y razonamientos metafísicos. Planteó la necesidad de pasar a la era positiva, en la que la ciencia dependería de la observación empírica y de la conexión de hechos mediante la experiencia. Éstos serían los únicos métodos válidos para un ejercicio científico.

²³ Los principales caracteres del positivismo científico son: a) el rechazo de la metafísica y de toda proposición no vinculada con hechos constatados; b) el empirismo, único medio de llevar a cabo observaciones sistemáticas y ciertas, para deducir conclusiones válidas y; c) el fenomenalismo, que sólo acepta la experiencia obtenida por la observación de los fenómenos.

²⁴ El inmenso éxito que tuvieron las ciencias naturales en la primera mitad del siglo XIX prepararon la base para que el positivismo propusiera la aplicación de los métodos de las ciencias naturales en las sociales. Siendo que el positivismo invadió todas las ciencias sociales –incluso a la filosofía– la ciencia jurídica no fue la excepción.

²⁵ “El positivismo jurídico es una aplicación del positivismo filosófico. Este último sólo admite como material científico hechos sensorialmente observables y relaciones sensorialmente observables entre hechos; con ello, el positivismo filosófico se considera vencedor de etapas previas de la humanidad: de la teológica y de la metafísica”. (Ver GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., págs. 101-102).

²⁶ Véase RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., págs. 70-71

El segundo sentido, por su parte, reduce su ámbito al campo del derecho, y se caracteriza por el análisis del derecho positivo –el derecho puesto por el gobernante– en oposición al derecho natural –o derecho puesto por Dios o por la naturaleza–. Este sentido restringido aparece y se desarrolla simultáneamente con la concepción moderna del Estado, consolidándose como doctrina jurídica en el siglo XIX, especialmente a partir de la aparición del Código Civil napoleónico²⁷.

En general, el positivismo jurídico comparte la aversión contra las especulaciones teológicas y las construcciones metafísicas e insiste en la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión. El positivismo rechaza toda idea de un derecho natural, ya que los principios generales del derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia. El derecho se sustrae a todo enfoque axiológico o ético.

El concepto positivista de la ley considera al derecho sólo en su estructura formal. Toda argumentación e interpretación más profunda, metafísico-jurídica cae como “especulación indemostrable” en el rechazo²⁸.

Para esta corriente, los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión. El derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Son las normas y no las convicciones morales las que establecen la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas²⁹.

3.2. Positivismo Kelsiano

El positivismo alcanzó su punto cimero con la rigurosa construcción teórica de **Hans Kelsen**³⁰.

Hans Kelsen elabora su pensamiento aplicando la pureza del método para delimitar con rigor el campo estrictamente normativo del derecho, eliminando del mismo todos los elementos extraños (sociológicos, históricos, psicológicos, políticos y científico-

²⁷ Cfr. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., págs. 70-71.

²⁸ MONITOR – SCHLOSSER; op. cit., pág. 156.

²⁹ Según **Werner Goldschmidt**, el positivismo jurídico *es una doctrina infradimensional del mundo jurídico*. Para el mentado doctrinario, la corriente positivista concibe el mundo jurídico como un conjunto de normas con eficacia, por consiguiente, *es un unidimensionalismo normológico con arraigo sociológico*. La justicia del establecimiento y funcionamiento de la norma queda como objeto acientífico fuera del ámbito de cualquier ciencia, no sólo de la ciencia jurídica. A su vez, los hechos sociales presentan al jurista sólo enmarcados en normas. Su investigación libre es una tarea científica, pero corresponde a la Sociología. Mientras que las adopciones, las incapacidades por prodigalidad, la usura, los concubinatos, etc., no hallan plasmación normológica, todos estos fenómenos no existen en el mundo jurídico el cual se identifica con el boletín oficial. (GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., pág. 102).

³⁰ FERNANDEZ SESSAREGO; *Derecho y Persona*, Ed. INESLA, pág. 41.

naturales)³¹. Según **Kelsen**, la Ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado. Por ello no es una ciencia de hechos, como la Sociología, sino una Ciencia de normas; su objeto no es lo que es o lo que sucede, sino un complejo de normas. Su carácter científico sólo está garantizado si se limita estrictamente a su misión y si mantiene “puro” su método de toda mezcla de elementos ajenos a su esencia –es decir, de todo empréstito de una “Ciencia de hechos” (como de la Sociología, de la Psicología), pero también de toda influencia de “dogmas”, ya sean de naturaleza ética o religiosa–. Como conocimiento “puro”, no tiene que perseguir fines prácticos inmediatos, sino más bien eliminar de su consideración todo aquello que no guarde relación con la peculiaridad de su objeto como complejo de normas³².

Su concepción de la ciencia jurídica deriva de una teoría del conocimiento fundada en la radical separación del mundo del ser (naturaleza) del mundo del deber ser. Las normas jurídicas –que constituyen una categoría sin aplicación en el mundo de la naturaleza– pertenecen a la esfera del deber ser. El derecho es una realidad espiritual y no natural. La norma jurídica no es un imperativo de la voluntad sino un juicio hipotético (si es A debe ser B), que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Si en el dominio de la naturaleza la forma de enlace de los hechos es la causalidad, en el mundo de la normatividad lo es la imputación³³.

Para **Kelsen** el objeto de estudio de la ciencia jurídica se contrae a sólo el ordenamiento normativo, con prescindencia de la vida humana, relegada a constituirse en el contenido factual de las normas. Los valores resultan ser, dentro del planteamiento Kelsiano, elementos de naturaleza metajurídica³⁴.

La “Teoría pura del Derecho” no se ocupa de los contenidos, sino de la estructura lógica de las normas jurídicas; examina el sentido, la posibilidad y los límites de un enunciado jurídico en general (no de un determinado enunciado jurídico) y la clase y modo de su realización³⁵. Una norma jurídica, subraya **Kelsen**, no vale porque tiene un contenido determinado, sino porque ha sido creada de un modo determinado, legitimado, en último término, por una Norma fundamental presupuesta. Por ello, prosigue, “todo

³¹ CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., pág. 571; “**Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo**” (KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed, 6ª reimp., Buenos Aires, Eumeba, 2006, pág. 81); “El unidimensionalismo normológico más conocido es el de Hans Kelsen, quien en su Teoría Pura del Derecho, quiere decantar lo jurídico de sus impurezas sociológicas y dikelógicas, reduciéndolo a un conjunto de normas”. (GOLDSCHMIDT, Werner; pág. 34).

³² LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. ed., Barcelona, Ariel, pág. 91; “Hans Kelsen hizo de la separación entre el mundo de las normas y el mundo de los hechos, un absoluto que fue fundamento de la Teoría Pura. Según el maestro vienés, el propio concepto de pureza obligaba a mantener una radical separación entre ambos mundos, para evitar que la teoría jurídica se “confunda” –son sus palabras– con la sociología, la psicología, la ética o la teoría política” (RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., pág. 136).

³³ CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., pág. 571.

³⁴ FERNANDEZ SESSAREGO; op. cit., pág. 52; “El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional”. (KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed, 6ª reimp., Buenos Aires, Eumeba, 2006, pág. 40).

³⁵ LARENZ, Karl; op. cit., pág. 92.

contenido arbitrario puede ser derecho. No existe una conducta humana que como tal, en virtud de su contenido, estuviera excluida de ser contenido de una norma jurídica³⁶.

Esto lleva a **Kelsen** a un cambio de sentido tanto del significado tradicional del derecho como de lo antijurídico. Una conducta no es “antijurídica” porque sea contraria al valor y, por ello, condenable según cualquier pauta “trascendente” al derecho positivo, o también por su “cualidad interna”; sino “sola y exclusivamente” porque “el derecho positivo la ha hecho condición de un acto coactivo, es decir, de una sanción”. Lo antijurídico no es la negación del derecho, y no es gravado como una sanción porque es condenable; sino que se califica de “antijurídico” –sin valoración alguna– porque un orden jurídico positivo lo ha unido a un acto coactivo, como consecuencia jurídica que debe sobrevenir³⁷.

4. El realismo jurídico

La evidente presencia de la vida humana social en el contexto de “lo jurídico”, explica la aparición, fundamentalmente en los países del norte de Europa y en los Estados Unidos de Norteamérica, de una escuela, denominada realista en el primero de esos lugares y conocida como sociológica en el segundo de ellos³⁸.

El realismo aparece a mediados del siglo pasado, luego del positivismo de la escuela de la exégesis pero bastante antes del positivismo kelsiano³⁹. Esta corriente de pensamiento, con diferentes matices, considera que la dimensión social es el objeto de estudio de la ciencia jurídica⁴⁰. Según los realistas, hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables⁴¹.

El realismo pretende superar la tradicional separación entre el ser y el deber ser para afirmar que el derecho tiene un ser, una realidad de la que debe ocuparse el investigador jurídico; tal realidad no se encuentra en las normas ni en la doctrina sino en

³⁶ LARENZ, Karl; op. cit., pág. 94.; “Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra ‘debe’ ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo. Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica”. (KELSEN, Hans; op. cit., pág. 45).

³⁷ LARENZ, Karl; op. cit., pág. 97 y ss.; “Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional” (KELSEN; Hans; ob. cit., pág. 46).

³⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 43.

³⁹ RUSSO, Eduardo; op. cit., pág. 135

⁴⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 43.

⁴¹ NINO, Carlos Santiago; op. cit., pág. 46.

los fallos de los jueces y operadores del derecho. El derecho es una realidad, no se halla en las fuentes legales, doctrinarias y consuetudinarias sino en las sentencias de los jueces y tribunales.

La suma de condiciones que delimitan el actuar del hombre, conforman una realidad determinada y el derecho, no la norma formal ni su contenido justo, es precisamente la experiencia jurídica. En otras palabras, el derecho no es otra cosa que una experiencia de realidades relativas a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales.

Para el iusrealismo el derecho como objeto de estudio no son las normas ni los valores sino los hechos⁴². Es cierto que las normas jurídicas son trascendentales para conocer el derecho, pero su importancia no radica en sí mismas por ser normas formales ni en su contenido justo, sino en las actitudes y conductas humanas que derivan de dichas normas y valores. En cierta forma, esta corriente subordina a la ciencia del derecho a una rama de las ciencias sociales.

Por tanto, para los iusrealistas la ciencia jurídica y la teoría jurídica parten de las ciencias sociales y de la teoría social para explicar a las conductas humanas no sólo como fenómenos jurídicos sino sobre todo como fenómenos sociales⁴³.

4.1. Realismo jurídico norteamericano

La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así, el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas. Lo que les preocupa a los realistas se reduce a saber lo que los jueces hacen en realidad al resolver las disputas que se presentan ante ellos. No obstante, las decisiones de los tribunales son inciertas e impredecibles; asimismo, las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la expresión de los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada.

Oliver Wendell Holmes (1841-1935) es el indiscutido padre de la escuela que se conoce como realismo norteamericano o realismo conductivista. Define, principalmente, al estudio del Derecho como el estudio de las predicciones de la conducta de los tribunales⁴⁴. **Holmes** sostuvo que el derecho es el reflejo de la historia de una nación y que sólo a través de los estudios de las teorías jurídicas y los históricos, es posible descubrir su esencia⁴⁵.

⁴² El objeto principal de la ciencia del derecho son los hechos, es decir los fenómenos sociales.

⁴³ El iusrealismo reduce a la ciencia del derecho a una ciencia social empírica, pero acepta que es una ciencia normativa no por estar compuesta de normas vigentes sino porque los hechos sociales se refieren forzosamente a esas normas; es decir, todas las proposiciones normativas acerca del derecho se refieren en última instancia a los fenómenos sociales que le dan sustento.

⁴⁴ RUSSO, Eduardo; op. cit., pág. 138.

⁴⁵ PACHECO, Máximo; op. cit., pág. 771.

Para el citado autor el objeto del derecho es la predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia. “Yo entiendo por derecho las profecías acerca de los que los tribunales harán en concreto; nada más y nada menos”⁴⁶.

Cabe señalar que tal es la trascendencia de **Oliver Wendell Holmes** que su frase: “La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia” se ha convertido en el credo del realismo norteamericano.

Otro de los exponentes del realismo norteamericano es **Félix S. Cohen**. Según este autor, el derecho sería un cuerpo de normas conforme a las cuales los tribunales deciden casos, pero no interesa la norma escrita, el derecho en los libros, sino su aplicación, su vigencia, su efecto concreto sobre la vida y el patrimonio. Las normas, en todo caso, no serían sino los patrones según los cuales los jueces deciden, es decir, el conjunto de sentencias potenciales sistemáticamente relacionadas. La uniformidad predecible en las sentencias judiciales debería – según **Cohen** – ser investigada a través de las fuerzas motivadoras del fallo. **Cohen** dice que: “El derecho no es una ciencia sino una actividad pragmática”.

Una versión ecléctica del realismo la presenta **Benjamín Nathan Cardozo** (1870-1938). En lo referente a su idea de derecho, nos dice que: “...yo no quiero significar que me incluya entre los juristas que parecen sostener que en realidad no hay otro Derecho que las decisiones de los tribunales. Pienso que la verdad se halla a mitad del camino entre los extremos ... La teoría de los autores más viejos era que el juez no legislaba en absoluto. Una norma preexistente estaba siempre presente, incrustada – cuando estaba oculta– en el cuerpo del Derecho consuetudinario ... Hoy más bien existe el peligro de incurrir en otro error, contrario al anterior”; “el derecho nunca es, sino que está siempre a punto de ser. Se materializa solamente cuando es encarnado en una sentencia y, al materializarse, expira. No hay normas o principios; sólo hay sentencias aisladas”⁴⁷.

Cardozo analiza el problema de las lagunas legales, tratando de demostrar que en el procedimiento judicial siempre existe una creación del derecho; el juez interpreta la conciencia social y le da efectos jurídicos; y con ello al mismo tiempo contribuye a modificar la conciencia que él interpreta. El juez debe proceder a la valoración de intereses en conflictos, ponderándolos unos frente a los otros, a fin de conseguir, mediante su fallo, el mayor equilibrio social posible. Al tener el juez que elegir entre dos o más posibilidades lógicamente admisibles, influirán en su elección una serie de factores, entre los cuales se destacan sus creencias tradicionales y sus convicciones propias⁴⁸.

Para resumir el pensamiento de **Cardozo** se puede decir que la tarea del juez es la aplicación de las normas ya existentes y, frente a las lagunas de las mismas, la creación del derecho. Claro que en la aplicación de la norma el juez cumple el papel fundamental de

⁴⁶ HOLMES, Oliver W.; *La Senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, 1975, Buenos Aires, pág. 21.

⁴⁷ CARDOZO, Benjamín N.; *La naturaleza de la función judicial*, citado por RUSSO, Eduardo, op. cit., pág. 142/143.

⁴⁸ PACHECO, Máximo; op. cit., págs. 771 y ss.

decidir en qué dirección se desarrollará el derecho. “Mi análisis de la función judicial viene, entonces, a decir más o menos esto: que la lógica, la Historia, la Costumbre, la Utilidad y los standards de recta conducta aceptados, son las fuerzas que, singularmente o en combinación, moldean el progreso del Derecho. Cuál de estas fuerzas dominará en cada caso dependen en gran medida de la importancia o valor de los intereses sociales que van a ser promovidos o menospreciados”⁴⁹.

Roscoe Pound fue otro de los autores norteamericanos que consolidaron la concepción del derecho como algo estrechamente vinculado a la realidad de la vida humana. Según **Pound**, “el Derecho es una institución social destinada a satisfacer las necesidades sociales mediante una ordenación de la conducta humana a través de una sociedad políticamente organizada; el Derecho es un instrumento de mejora social, de civilización, que ha de cumplir su función, realizando la felicidad general”.

Pound no cree en la existencia de normas jurídicas ideales con validez eterna e inmutable, ya que el Derecho debe cambiar cuando se transforman las situaciones sociales; de aquí que la validez de ideales jurídicos esté condicionada por situaciones concretas de la sociedad⁵⁰.

La visión de **Pound** es más política que técnico-jurídica, en el sentido de considerar que la jurisprudencia debe dirigirse a evitar los conflictos conciliando los intereses sociales en pugna⁵¹.

4.2. Realismo escandinavo

Esta escuela realista tiene su origen en la Universidad de Upsala (Suecia), pudiendo considerarse a **Axel Hägerström**, quien fuera profesor de dicha universidad entre 1893 y 1933, como su fundador.

Esta escuela comparte con la anterior, la radical tendencia antimetafísica y, de igual manera, sostiene que los conceptos jurídicos fundamentales, tal como los definen el positivismo o el iusnaturalismo, carecen de correlato fáctico⁵².

Si la escuela norteamericana recibía el nombre de “realismo conductivista”, a la escuela escandinava, por su parte, se le conoce como “realismo psicológico”. Esas denominaciones están indicando las diferencias entre ambas tendencias. Según esta escuela una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica popular. La aplicación de la misma por parte de los tribunales es sólo consecuencia de dicha vigencia, y no, como el realismo norteamericano, un elemento definitorio del derecho. La determinación de tal vigencia requiere una investigación psico-sociológica sobre la

⁴⁹ CARDOZO, Benjamin; op.cit., pág. 89; citado por RUSSO, Eduardo; op. cit., pág. 146.

⁵⁰ PACHECO, Máximo; op. cit., pág. 772.

⁵¹ RUSSO, Eduardo; op. cit., pág. 150.

⁵² RUSSO, Eduardo; op. cit., pág. 151.

aceptación o rechazo que una comunidad determinada haga de ciertas pautas de comportamiento.

La noción de “conciencia jurídica popular” presenta una cierta semejanza con el “espíritu del pueblo” de **Savigny**. Pero para éste ésta era una categoría metafísica, inverificable, mientras que el realismo pretende una verificación empírica de todos los conceptos⁵³.

A diferencia del realismo norteamericano, el realismo escandinavo tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial, al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y, por ende, hacia el derecho.

A parte de **Axel Hägerström**, otros importantes representantes de esta escuela fueron **Karl Olivecrona** y **Alf Ross**.

Para los realistas escandinavos –*incluso más radicales que sus contrapartes norteamericanos*– la naturaleza del derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas: el derecho no es otra cosa que los hechos sociales. Destacan que el derecho es una gran maquinaria con el propósito de proteger a la sociedad. De hecho, el ejercicio de la fuerza es vista como parte integral del concepto de derecho. Por esta razón, el derecho se define –para **Olivecrona**– como reglas acerca del uso de la fuerza; y –para **Ross**– como un instrumento del poder. De esta manera, **Ross** afirma que “el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza”. Asimismo, admiten que la mayoría de la gente obedece al derecho como hábito y sin la necesidad de recurrir a la fuerza física. No obstante, consideran que la amenaza de coerción es un importante factor psicológico que asegura dicho cumplimiento.

En conclusión, para los iusrealistas, tanto norteamericanos como escandinavos, el derecho se distingue de los valores justos o naturales de los iusnaturalistas –teológicos y laicos o racionales– y se diferencia de las normas formales o vigentes de los iusformalistas en que se fundamenta en hechos sociales que eficazmente son aplicados u observados por la sociedad. Por tanto, para los iusrealistas el derecho es un hecho eficaz o real.

5. Las teorías tridimensionalistas

Hasta el momento, se han visto tres de las principales concepciones del derecho: el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo. Al iusnaturalismo le interesan los “valores”, al iuspositivismo las “normas”, y al iusrealismo los “hechos”. *Muchas veces se ha caracterizado a las tres primeras concepciones señalando que cada una de ellas se fija, respectivamente, en el elemento normativo, conductista (sobre todo, la conducta de los jueces) y valorativo del Derecho. Recurriendo a una metáfora arquitectónica, es como si*

⁵³ RUSSO, Eduardo; op. cit., pág. 152.

*el edificio del Derecho se viera preferentemente desde el punto de vista de su estructura, de su funcionalidad o de su idealidad*⁵⁴.

Cabe indicar que las concepciones mencionadas analizan al derecho desde una postura infradimensional, pero, sin lugar a dudas, dan un gran aporte a la filosofía del derecho.

Con un análisis profundo se puede concluir que los tres aspectos considerados en forma separada por las corrientes estudiadas pueden formar parte de una misma concepción del derecho. Esta forma de concebir al derecho es el pilar de las teorías tridimensionalistas, entre las cuales se pueden citar: la Teoría tridimensional del derecho de **Miguel Reale** y de la Teoría Trialista de **Werner Goldschmidt**.

La concepción tridimensional del derecho surge como una reacción frente a las posiciones reductivistas de lo jurídico que la preceden en el tiempo. Se yergue como respuesta ante todo unidimensionalismo, en un afán por abarcar el derecho como una unitaria y dinámica totalidad⁵⁵. *Frente a la concepción tridimensional y a la teoría trialista se hallan todas aquellas tesis que intentan captar el fenómeno jurídico científicamente en sólo alguna o algunas de sus tres dimensiones, tesis las cuales, en comparación con el tridimensionalismo, pueden tildarse de infradimensionalistas*⁵⁶.

El origen germánico del tridimensionalismo tiene carácter de una reconciliación. En efecto, en Alemania florecía, por un lado, la ciencia normológica en forma de la ciencia pandectista de **Windscheid**, y también ya en la forma exegética provocada por la promulgación del Código Civil de 1896. Por otro lado, acabaron a elaborar la nueva filosofía de los valores **Windelband** y **Rickert**, de la escuela neokantiana de **Baden**, y más tarde **Scheler**, de filiación fenomenológica. La teoría de los valores permitía rejuvenecer el estudio de la justicia, toda vez que en los círculos no católicos la fe en el Derecho Natural había sido debilitada por los excesos del jusnaturalismo protestante y los ataques del positivismo filosófico y jurídico. Juntamente con **Windelband** y **Rickert** vive **Max Weber**, que introduce en Alemania la sociología cultural y dedica gran energía al análisis de la sociología jurídica. No es, por ello, por casualidad que en este ambiente un discípulo de **Rickert**, **Emilio Lask**, alude por primera vez a la estructura tridimensional del mundo jurídico y que en el mismo círculo algo más tarde **Kantorowicz** acuña el término trialismo⁵⁷.

El origen francés del tridimensionalismo es, a diferencia del alemán, vehementemente polémico. El Código Civil francés data de 1804. Por consiguiente, la luna de miel que cada ley celebra al principio de la realidad, y que en Francia se había encarnado en la Escuela Exegética, al fin del siglo XIX ya había pasado. El divorcio entre la norma del Código, por un lado, y la realidad social y la injusticia de aquélla con respecto

⁵⁴ ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación*, 2da. ed, Barcelona, 2007, pág. 20.

⁵⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 60

⁵⁶ GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., pág. 18

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., págs. 18-19

a ésta, por el otro lado, se hacía evidente: la realidad en tiempos de redacción del Código había padecido profundas alteraciones por la industrialización capitalista del mundo ocurrida con posterioridad. Es **François Gény**, quien pone de relieve la necesidad de tener bien presente lo dado (la realidad social), lo construido (la norma) y el Derecho Natural (la justicia)⁵⁸.

En Italia encuéntrase algunos autores que pueden ser considerados como tridimensionalistas. En las obras de **Idilio Vanni**, **Giorgio Del Vecchio** y **Norberto Bobbio** se admite la presencia en el derecho de tres perspectivas, pero dentro de un esquema en el cual cada uno de dichos elementos aparecen como objetos separables, no integrados dinámica y esencialmente. La apreciación de tales autores, como lo resalta **Reale**, es meramente didáctica, en cuanto se realiza en función de las tareas sectoriales que corresponden a la Filosofía del Derecho, pero sin incidir en la estructura misma de “lo jurídico”⁵⁹.

En el mundo de habla castellana destacan por su tridimensionalismo los egregios nombres de **Luiz Legaz** y **Lacambra**, **Eduardo García Maynes** y **Luis Recaséns Fiches**, quien se adhirió a esta posición luego de conocer la obra de **Reale**⁶⁰.

El tridimensionalismo surge, en un primer momento, como la comprobación objetiva que realizan, en la experiencia jurídica, algunos pocos jusfilósofos de la existencia, de los tres elementos antes indicados, pero sin que tal verificación signifique el llegar a encontrar entre ellos un específico tipo de relación esencial. Para dichos filósofos del derecho las mencionadas perspectivas constituían sólo elementos separables e independientes. No se planteaba aún, en este inicial momento, una teoría integradora de los mismos. **Reale** designa a esta modalidad del tridimensionalismo como “genérico y abstracto”⁶¹.

El tridimensionalismo jurídico en su versión dinámica, que se perfila y se desarrolla nítidamente a partir de la década del 50, significa la demostración de la experiencia jurídica tal como ella se nos presenta, como un quehacer humano insito en el devenir histórico-cultural⁶².

5.1. El tridimensionalismo de Miguel Reale.

Corresponde al jusfilósofo brasileño **Miguel Reale** el indiscutible mérito de haber desarrollado y divulgado esta novedosa posición, a partir de la publicación de su obra capital en el año de 1953. A él se debe el haber acuñado la expresión tridimensionalismo”

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., págs. 51-52.

⁶⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 53.

⁶¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 50.

⁶² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 56.

con la que se conoce este original planteamiento que, al igual que la teoría egológica, germina en Latinoamérica⁶³.

La teoría realiana pretende superar dos obstáculos: las visiones unilaterales del derecho y el tridimensionalismo abstracto. El primero, comprende el sociologismo, el normativismo y el moralismo jurídico; el segundo, el tridimensionalismo precedente que ella buscó perfeccionar.

Miguel Reale inicia su reflexión sobre el derecho partiendo de la concepción de que el hombre es un ser social e histórico, y que se mueve dentro de una realidad específica que es la cultura, de la cual resulta su experiencia social, que tiene diferentes variables, una de las cuales es la experiencia jurídica.

Según **Reale** la integración de los elementos del derecho es dialéctica y significa “una correlación permanente y progresiva, entre dos o más términos”. Esto supone que tales elementos no se pueden comprender separados unos de otros, siendo al mismo tiempo irreductibles unos a otros. Ellos tienen “únicamente plenitud de significado en la unidad concreta de la relación que constituyen en cuanto que se correlacionan y participan de dicha unidad”⁶⁴.

Uno de puntos capitales de la doctrina de **Reale**, como él mismo lo señala, “es la integración del hecho en valor [...] de lo que surge la norma”. Para añadir que la correlación de los tres elementos es funcional y dialéctica, “dada la polaridad existente entre el hecho y valor de cuya tensión resulta el momento normativo, como noción superadora e integrante en los límites circunstanciales de lugar y tiempo”⁶⁵. **Reale** privilegia así la dimensión normológica frente a la sociológica-existencial y a la axiológica⁶⁶.

Gracias al desarrollo del pensamiento tridimensional que elabora **Miguel Reale** – que se hallaba también contenido en nuestro trabajo de 1950 –, se hace patente que las tres dimensiones propias de la experiencia jurídica se integran en un proceso dinámico y unitario. Es decir que a las dimensiones del derecho no se les aprehende aisladamente sino en la unidad misma del derecho⁶⁷.

Para **Reale**, el fundamento último del Derecho radica en la naturaleza humana, en las tendencias naturales del hombre, considerando a éste en el sentido de un ser racional destinado por la naturaleza a vivir en sociedad y realizar sus fines superiores. Todo ser humano representa un valor y la persona humana es el valor fuente de todos los valores. El valor que constituye el fin del derecho es la Justicia, la cual no sólo puede ser realizada

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ REALE, Miguel; *La teoría tridimensional del derecho*, cit. por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., págs. 61-62.

⁶⁵ REALE, Miguel; op. cit., citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pág. 61.

⁶⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 58.

⁶⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 63

en la vida social. Si bien para el jurista el derecho es una norma, ésta no puede ser entendida por sí misma, sin tomar en cuenta su contexto social y los valores que concretamente se realizan en ello. En la idea de Justicia, **Reale** sigue a Santo Tomás, así como también en la importancia que concede al “bien común”⁶⁸.

El tridimensionalismo descarta toda pretensión por hacer de la ciencia jurídica una mera especulación sobre los valores. Evita también su reducción a un formalismo abstracto y espectral o a un genérico conductivismo de corte sociológico. La posición tridimensional, apoyada en un primer momento en la fenomenología existencial, facilita una comprensión global de las tres dimensiones que constituyen la unidad dinámica de la experiencia jurídica.

Es posible afirmar que el tridimensionalismo no es una construcción exclusivamente conceptual sino que representa el resultado de una verificación objetiva de la consistencia fáctico-axiológico-normativa de cualquier porción o momento de la experiencia jurídica ofrecido a la comprensión espiritual.

7.2. La teoría trialista del mundo jurídico.

Antes de dar cuenta de la concepción trialista del derecho,⁶⁹ cabe señalar que **Bidar Campos** sostiene que *la tesis de Goldschmidt supera en mucho a todas las perspectivas iusfilosóficas intentadas por otros autores, tanto enrolados en la tridimensionalidad como en la uni o en la bidimensionalidad*⁷⁰.

Para **Goldschmidt** el derecho es un fenómeno organizado⁷¹, en cuyo centro se halla el orden de repartos –conductas-, descrito e integrado por el ordenamiento normativo, y por encima, se advierte la justicia que valora conjuntamente tanto el uno como el otro⁷².

La teoría trialista del mundo jurídico –que pone el acento en considerar en cada fenómeno jurídico los hechos, las normas y los valores en juego– propicia el

⁶⁸ PACHECO, Máximo; op. cit., pág. 779.

⁶⁹ “Goldschmidt fundó la teoría trialista del mundo jurídico en 1960, en su obra ‘Introducción al Derecho’. Sin perjuicio de las afinidades previas del autor con la egología fundada por Carlos Cossio, la teoría fue iniciada tratando de brindar bases para pensar el Derecho con miras a la justicia. [...] El trialismo tuvo la última elaboración general por su autor en 1967, en la tercera edición de la ‘Introducción’, que desde entonces se llama ‘Introducción filosófica al Derecho’, pero luego ha recibido otros numerosos aportes y en este caso presentamos su metodología como consideramos que se halla en la actualidad”. (CIURO CALDANI, Miguel Ángel; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica* ...op. cit., pág. 50)

⁷⁰ BIDART CAMPOS, Germán; *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969, pág. 21.

⁷¹ “Como la voz ‘derecho’ sigue provocando múltiples controversias.... Goldschmidt utiliza en su reemplazo la locución ‘mundo jurídico’, con la que se designa al fenómeno jurídico en la totalidad de sus tres elementos: conductas, normas y valor, que componen la tridimensionalidad”. (BIDART CAMPOS, Germán; op. cit., pág. 11).

⁷² Cfr. DABOVE, María Isolina – NAWOJCZYK, Érika – BARBERO, Dariel; *Werner Goldschmidt y Robert Alexy: Corsi e Ricorsi del Integrativismo Jurídico*; en “Dos Filosofías del Derecho Argentinas Anticipatorias”. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio, Miguel Angel Ciuro Caldani (Coordinador), Mariano Novelli y Silvina Peseta (Compiladores), 1ª ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, pág. 53.

reconocimiento de lo que denomina *complejidad pura*. **Goldschmidt** señalaba que **Kelsen**, a través de su “teoría pura”, había superado la complejidad impura de la mezcla de las dimensiones jurídicas, siendo necesario –ahora– reconocer la complejidad pero en pureza. Ello supone individualizar en el análisis de un problema jurídico cada una de sus dimensiones, sin desprestigiar las relaciones entre cada una de ellas. Según **Goldschmidt** el camino no era el retorno a la complejidad impura sino el desarrollo de una *complejidad pura*, que integre las decisiones en todas las dimensiones de la juridicidad y en sus horizontes políticos y culturales. En síntesis, **Goldschmidt** destacó la necesidad de reconocer la complejidad del objeto a tratar, mediante el reconocimiento integrado de los aspectos fácticos, normativos y axiológicos del fenómeno jurídico⁷³.

En la teoría trialista, tanto las normas (dimensión normológica) como los repartos (dimensión sociológica) y los valores (dimensión axiológica o dikelógica) forman parte del mundo jurídico, hallándose íntimamente ligados pero sin confundirse. Ninguna de las tres nociones puede dar cuenta individualmente del Derecho, que las requiere ineluctablemente, pues otorgan ópticas distintas, todas necesarias. De esta manera, el trialismo consigue integrar acabadamente las tres ‘jurísticas’ respetando las diferencias para acceder a cada dimensión por los métodos que contribuyan a un debate más esclarecedor. La teoría trialista constituye, de tal modo, una “complejidad pura integrada”⁷⁴.

A diferencia del “deductivismo” que predomina en la teoría “pura” a través de su construcción piramidal, el trialismo utiliza de modo predominante el método inductivo en el reconocimiento de la realidad social y el método deductivo en la estructura del ordenamiento normativo y en el funcionamiento de las normas. Incluso, sobre todo en su versión originaria, emplea el método intuitivo en aspectos de la dimensión dikelógica⁷⁵.

Según el trialismo, el orden en la consideración de las tres dimensiones jurídicas ha de variar según la meta respectiva. Desde el punto de vista filosófico corresponde un orden socio-normativo-axiológico. Desde el enfoque científico y en la práctica del abogado litigante o del juez se ha de recorrer el modo habitual un orden normo-socio-axiológico⁷⁶.

Con miras al cumplimiento de su meta, el trialismo señala como objeto general de interés de la dimensión sociológica del derecho a las adjudicaciones de potencia e impotencia relacionadas con hombres, entendiendo por potencia e impotencia a lo que favorece o perjudica al ser y, en los seres vivos, a la vida. Se considera que por estar vinculadas a seres humanos son adjudicaciones “jurídicas”⁷⁷.

⁷³ Cfr. CHAUMET, Mario E; *El Trialismo (La actualidad de una teoría del derecho elaborada por un pensador visionario)*, en “Dos Filosofías del Derecho Argentinas Anticipatorias”; op. cit., pág. 28.

⁷⁴ NOVELLI, Mariano; *La teoría Trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes*, en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent2810.pdf>, del 01/04/09.

⁷⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; op. cit., pág. 56.

⁷⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; op. cit., págs. 56-57.

⁷⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; op. cit., pág. 58.

Para realizar su meta de reflejar la realidad de la vida de la manera más nítida posible, el trialismo construye el concepto de norma como la “captación lógica neutral de un reparto proyectado”. La norma “capta” un reparto proyectado, es decir, de manera simultánea lo describe y lo integra. La descripción se refiere al contenido de la voluntad del autor de la norma y a su cumplimiento. Si el primer propósito se logra, la norma es fiel, y la tarea para lograr esa fidelidad es la interpretación. Si el segundo objetivo se consigue la norma es exacta, y la tarea para obtener la exactitud es la aplicación⁷⁸. La norma es una captación lógica de un reparto por parte de un tercero neutral. La norma describe el reparto, es decir, la voluntad del autor del reparto por lo cual se dice que el ordenamiento normativo posee una función descriptiva. Pero conviene advertir que al hablar de norma no se debe pensar tan sólo en la norma escrita, que tiene una expresión lingüística, sino también en la norma no escrita que carece de esa formulación⁷⁹.

En el trialismo los valores son *entes ideales exigentes* (contienen un “deber ser” ideal). En el planteo Goldschmidtiano los valores son considerados en muchos casos objetivos y naturales y en ese ámbito se sitúa en posición muy destacada la justicia, de modo que la diferenciación de la dimensión dikelógica respecto de la realidad social y de las normas es muy intensa. A su vez, **Ciuro Caldani** propone considerar al ente ideal exigente “justicia” y a los otros valores como idealidades “construidas”⁸⁰. Así, lo justo no es necesariamente universal ni eterno, sino que ha de establecerse respecto de cada situación⁸¹.

Dentro de la teoría trialista, el análisis de la justicia está en pie de igualdad con el de la realidad social y el de las normas. Esto implica también que el Derecho no puede ser enteramente un objeto ideal valorativo, independientemente de los hombres, y su necesaria confrontación con lo dado, ya sea ideal o material, en las normas y las conductas, implica un respeto por lo mutable, es decir, lo dependiente de los hombres o por ellos construido. Además, hay interrelaciones e influencias recíprocas⁸².

8. Conclusiones

Definir qué es el derecho es, sin duda alguna, la tarea esencial de la filosofía jurídica. Sin embargo, hasta la fecha, los juristas no han llegado a una definición -final y única- del mismo.

A través del presente trabajo, se ha podido repasar las diferentes concepciones del derecho según las corrientes más representativas del pensamiento jurídico. Así, se tiene que:

⁷⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; op. cit., pág. 65.

⁷⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán; op. cit., pág. 16/17.

⁸⁰ Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; op. cit., pág. 77.

⁸¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; op. cit., pág. 80

⁸² GALATI, Elvio; *Una interpretación Goldschmidtiana del objetivismo valorativo de Werner Goldschmidt*, en “Dos Filosofías del Derecho Argentinas Anticipatorias”; op. cit., pág. 103/104.

Para el iusnaturalismo:

- Por encima de las normas dictadas por los hombres se encuentra un conjunto de principios morales universalmente válidos, inmutables y asequibles a la razón humana, que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera naturaleza humana;
- Las normas positivas dictadas por los hombres sólo serán consideradas “derecho” en la medida que estén conformes al derecho natural y no lo contradigan. Por consiguiente, “el derecho” se justifica no sólo por su origen sino también por su contenido;
- Para que las normas tengan validez y fuerza obligatoria no basta que sean la expresión de una voluntad competente para sancionarlas sino que, además, se requiere su conformidad a los preceptos del derecho natural, que les proporcionan su legitimidad intrínseca. Un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Según el positivismo jurídico:

- Los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros;
- Todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido, esto sin importar su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral.

Para el realismo jurídico:

- El derecho es una realidad que no se halla en las fuentes legales, doctrinarias y consuetudinarias sino en las sentencias de los jueces y tribunales;
- El objeto del derecho no son las normas ni los valores sino los hechos; el derecho no es otra cosa que una experiencia de realidades relativas a la conducta humana;
- Las normas jurídicas son trascendentales para conocer el derecho, pero su importancia no radica en sí mismas por ser normas formales ni en su contenido justo, sino en las actitudes y conductas humanas que derivan de dichas normas y valores.

Para las teorías tridimensionalistas:

- El derecho no es sólo norma, hechos o valores, sino que el mismo está integrado por normas (dimensión normológica) hechos (dimensión sociológica) y valores (dimensión axiológica o dikelógica);

- Las tres dimensiones propias de la experiencia jurídica se integran en un proceso dinámico y unitario, formando así una complejidad pura; es decir que a las dimensiones del derecho no se les aprehende aisladamente sino en la unidad misma del derecho.

Bibliografía.

- ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación*, 2da. ed, Barcelona, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán; *Filosofía del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*; 1ed, Rosario, F.I.J., 2000.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel (Coordinador), NOVELLI, Mariano y PEZZETTA Silvina (Compiladores); *Dos Filosofías del Derecho Argentinas Anticipatorias”. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*; 1ª ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007:
 - CHAUMET, Mario E; *El Trialismo (La actualidad de una teoría del derecho elaborada por un pensador visionario)*.
 - DABOVE, María Isolina – NAWOJCZYK, Érika – BARBERO, Daniel; *Werner Goldschmidt y Robert Alexy: Corsi e Ricorsi del Integrativismo Jurídico*.
 - GALATI, Elvio; *Una interpretación Goldschmidtiana del objetivismo valorativo de Werner Goldschmi*.
- DEL VECCHIO, Giorgio; *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Revisada por Luís Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1997.
- FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; *Derecho y Persona*, Ed. INESLA.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.
- GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980.
- HOLMES, Oliver W. Holmes; *La Senda del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975.
- KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed, 6ª reimp., Buenos Aires, Eumeba, 2006.
- LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. ed., Barcelona, Ariel.
- MOUCHET, Carlos – ZORRAQUIN BECU, Ricardo; *Introducción al Derecho*, 7ma. Ed, Buenos Aires, Perrot, 1970.
- MONITOR – SCHLOSSER; *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Trad. Ángel Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1980.
- NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. amp. y rev., 12ª reimp, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- NOVELLI, Mariano; *La teoría trialista frente a la teoría pura. Reflexiones comparativas sobre tres cuestiones jurídicas relevantes*, en <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent2810.pdf> , del 01/04/09.
- OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 27ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2000.
- PACHECO, Máximo; *Teoría del Derecho*, 4ta. ed., reimp., Santiago, 2000.
- RUSSO, Eduardo Ángel; *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la postmodernidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.