

La plenitud del orden jurídico

La bibliografía jurídica hispanoamericana se ha enriquecido recientemente con la aportación de un joven filósofo-jurista argentino: Carlos Cossío, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Plata y uno de los más eficaces propulsores en su país de los estudios de esa disciplina. El volumen en cuestión—*La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley*. Buenos Aires. Editorial Losada, 1939—encabeza, además, una serie de publicaciones del recién fundado Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que el mismo Cossío preside. Consideramos útil hacer una referencia de esta obra, que plantea interesantes cuestiones de teoría jurídica, a las que no debe permanecer ajeno el pensamiento español en esta hora de necesaria renovación en todos los órdenes de la vida cultural.

El autor parte del reconocimiento del postulado de la *plenitud* del orden jurídico como una verdad lógicojurídica *a priori*: "La norma correlativa y periférica en cuya virtud está jurídicamente permitido todo lo que no está regulado de otro modo, nos parece un descubrimiento muy importante para aclarar la estructura lógica del orden jurídico, siempre que esté deducida de la libertad en cuanto supuesto gnoseológico del Derecho, es decir, que se llegue para ella a un fundamento apriorístico del Derecho" (p. 16). Por eso considera, con razón, insuficiente la fundamentación de Zitelmann y, especialmente, la de Donati (1).

(1) Donati: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*. Milano 1910. Zitelmann: *Lücken im Recht*. Leizzig, 1903. Además de la bibliografía citada por Cossío, cfr. también: Burckardt: *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, 1925; Darmstaedter: *Recht und Rechtsordnung*, 1925, especialmente pág. 214 y sigs.; B. Donati: *Il principio del diritto*, 1933, especialmente cap. III y IV, pág. 142 y siguientes; Elze: *Lücken im Gesetz. Begriff und Ausfüllung Ein Beitrag zur Methodologie des Rechts*, 1913, Herrfahrdt: *Lücken im Recht*, 1915; Jung: *Von der lo-*

quien infiere de todas las normas positivas y con validez de norma positiva, la norma correlativa en cuya virtud está jurídicamente permitido todo lo que no está prohibido. Las razones que opone Cossío a esta fundamentación empírica son dignas de atención por el rigor filosófico-jurídico que las sustenta. Ahora bien: la plenitud del orden jurídico, ¿puede fundarse en esta norma de libertad en cualquier régimen jurídico, o sólo en el llamado régimen de Estado de Derecho?

Giorgio del Vecchio, en su excelente monografía sobre los principios generales del Derecho (1) limita a este régimen de Estado de Derecho la validez de la norma que da por jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, como completadora del orden jurídico en cuestión. Allí, por el contrario, donde, por ejemplo, imperase el criterio de la escuela del Derecho libre, el principio carecería de validez, en virtud de la ilimitada libertad que al juez concede dicha escuela, y del mismo modo, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* tiene su contradicción en determinados regímenes jurídicos, como la tuvo en el Derecho romano, que admitió la analogía en su legislación penal. Sin embargo, a juicio nuestro, el razonamiento de Del Vecchio peca por un manejo equivoco del concepto de Estado de Derecho, sólo disculpable porque este concepto es ya en sí mismo un concepto equivoco. El equivoco de Del Vecchio consiste en elevar la forma histórica del Estado llamada *Estado de Derecho* a la única forma posible de Estado en la que el Derecho tiene existencia. Error tanto más chocante cuanto que, convertido Del Vecchio a la fe fascista, ha consi-

gischen Geschlossenheit des Rechts, en la *Festgabe für Dernburg*, 1900; Reichel: *Gesetz und Richterspruch*, 1915; Sauer: *Filosofía jurídica y social*, edición española, 1933, § 35; Schmitt: *Gesetz und Urteil*, 1913; Schreier: *Die Interpretation der Gesetze und der Rechtsgeschäfte*, 1927; Somlo: *Juristische Grundlehre*, 1925; Spiegel: *Gesetz und Recht*, 1913; Stammler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, tercera edición, 1928, § 132. Véase también particularmente Del Vecchio: *Los principios generales del Derecho*, edición española, Barcelona, 1933, y la bibliografía citada en el texto, así como en el prólogo de F. Clemente de Diego, y el apéndice de Ossorio Morales.

(1) *Los principios generales del Derecho*, VI: "Es necesario no olvidar, ante todo, que el principio de la imposibilidad jurídica de imponer a los individuos limitaciones no fundadas en la Ley, no es propio de todo ordenamiento jurídico, sino sólo de algunos que—como el nuestro—han asumido la forma del *estado de Derecho*. Esto nos induce a pensar que aquel principio no es, como se ha sostenido, un complemento lógico necesario de todo sistema jurídico, sino un principio sustancial y concreto que puede estar o no reconocido por un sistema determinado.." (Páginas 40-42.)

derado siempre al Estado fascista como un Estado de Derecho (1), por considerar al fascismo como un heredero de la gran tradición universal del jusnaturalismo, en la que precisamente se ha forjado la ideología del Estado de Derecho. Sin embargo, Del Vecchio ha tenido que comprender que la estructura interna del Estado fascista no es la del Estado (liberal) de Derecho, aun cuando no piensa que esa mutación en la estructura técnica afecte a la calificación jurídica. Pero si ya de este modo se formaliza el concepto de Estado de Derecho, haciéndole admitir tan distintos contenidos políticos como el liberal y el fascista, ¿dónde empieza y dónde acaba la consideración de un Estado cualquiera como Estado jurídico, puesto que todo Estado implica, por esencia y definición, la existencia en su ámbito de un ordenamiento *jurídico*? La solución no puede ser sino, o bien admitir con Kelsen que todo Estado es, en cuanto Estado, Estado de Derecho, o bien ceñir el concepto de Estado de Derecho a una determinada forma histórica del Estado, a un tipo concreto político de Estado, que no conserva vigencia en el momento en que cambia por otro el contenido político que le dió vida (2). Hecha esta aclaración, la validez de aquel principio que considera jurídicamente permitido todo lo que no está jurídicamente prohibido conserva su plena vigencia, cualquiera que sea la forma concreta política de Estado, siempre, claro es, que éste conozca un régimen jurídico de convivencia y no impere la arbitrariedad desenfrenada, cosa, por otra parte, que no es pensable como fenómeno permanente.

En un régimen de primacía estricta de la ley, el campo de lo permitido—en cuanto no prohibido—es conocido de antemano, y la seguridad que proporciona al ciudadano es la ventaja de ese régimen; pero el principio no dejaría de ser verdad ni aun en un régimen de *Derecho libre* o de poderes excepcionales, etc., pues también el impedimento puesto por el Juez o el Poder ejecutivo a la libertad es una limitación jurídica, y es claro que por grandes que sean esas limitaciones no podrán exceder de un cierto tope, no exactamente determinable, pero del que puede decirse *a priori* que constituye la frontera que separa un régimen

(1) Véase *Saggi intorno allo Stato* (ediciones españolas: *Crisis del Derecho y crisis del Estado* Madrid, Reus, 1935; trad. de Castaño, y *El Estado nuevo*, edición de Beneyto, 1939, especialmente el ensayo *Estado fascista y viejo régimen*.)

(2) Es lo que hemos hecho en nuestro ensayo *El Estado de Derecho en la actualidad*, Madrid, Reus, 1934, reeditado en el volumen *Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940.

semejante del de arbitrariedad pura y simple, caracterizada por la ausencia absoluta de toda norma. Ahora bien: la arbitrariedad no es *Derecho libre*, sino sencillamente la ausencia de Derecho, y sólo donde el Derecho falta existe radical incerteza sobre lo que puede hacerse, porque reina la misma incerteza sobre lo que debe omitirse.

Afirmada la plenitud del orden jurídico, la consecuencia, o mejor, una nueva expresión de lo mismo es la negación de *lagunas* del orden jurídico. La doctrina jurídica tradicional plantea el problema distinguiendo entre lagunas del Derecho (para negarlas) y lagunas de la legislación (que afirma). Como Kelsen (1), Cossío rechaza esta distinción: "Nosotros rechazamos por artificiosa la distinción entre lagunas

(1) Véase Kelsen: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, página 100 y siguientes. La existencia de una "laguna" no significa "dass eine Entscheidung mangels einer Norm logisch unmöglich, sondern nur, dass die—logisch mögliche—stattgebende oder abweisende Entscheidung von der zur Entscheidung, das heisst zur Gesetzesanwendung berufenen Instanz als zu unzumutbar oder als zu ungerecht empfunden wird, al so unzumutbar oder so ungerecht, dass sie zu der Annahme neigt, der Gesetzgeber habe an diesen Fall gar nicht gedacht und hätte, wenn er an ihn gedacht hätte, anders entschieden, als auf Grund des Gesetzes entschieden werden müsste". Respecto a las lagunas de la Ley, o lagunas "técnicas", se trata, o de una laguna en el sentido originario de la palabra, es decir, "eine Differenz zwischen positivem Recht und Wunschrecht, oder jene Unbestimmtheit, die sich aus dem Rahmencharakter der Norm ergibt". Si, por ejemplo, la Ley regula la obligatoriedad de la compraventa y no dice nada sobre quién ha de soportar el riesgo si la cosa desaparece antes de su entrega, sin culpa de las partes, no es, en rigor, que "no diga nada", sino que no dice que el vendedor quede libre de la obligación de entregar la cosa o indemnizar por su pérdida si desaparece; en una palabra, carga el riesgo sobre el vendedor y no sobre el comprador. En los otros casos sólo se trata de que los órganos encargados de la aplicación del Derecho decidan, dentro del margen de libertad que la norma les concede, lo que en ésta queda necesariamente indeterminado. Otras veces, ciertamente, es el mismo legislador quien da por supuesta la existencia de lagunas, y en ese caso remite al Juez la labor de colmarlas, procediendo como si él fuese legislador. Para Kelsen, esta fórmula es típicamente ideológica: "Die Anwendung des Gesetzes, die gegebenenfalls nur eine—nach Ermessen des Rechtsanwenders zu beurteilende—rechtspolitische Unzumutbarkeit ist, wer als eine rechtologische Unmöglichkeit dargestellt" (pág. 106). Cfr. Stammler: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, § 132: el Derecho, en cuanto tal, siempre suministra respuestas; donde el Derecho calla, debe buscarse la solución justa. Ahora bien, cuando las soluciones del Derecho positivo están en contradicción con la idea del Derecho, se dice que existe una laguna: "Dann aber muss dieses angeblich lückenhafte Recht, das in Wahrheit in seinen positivem Bestande ja gar keine Lucke aufweist, in der rechtlichen Praxis durchgeführt werden, und es bleibt nur die Frage einer anzustrebenden Abänderung des dann geltenden Rechts "

del Derecho y lagunas de la Ley, sostenida en el plano teórico por la posición tradicional. A nosotros nos parece que carece de sentido afirmar que la ley tiene lagunas, entendiendo esta afirmación como algo que es (teoría) y no como algo que debe ser (axiología)" (págs. 21-22). Lo que Cossío quiere decir con esta distinción entre teoría y axiología es lo siguiente: una *laguna de la ley* no significa una ausencia de solución, sino una solución injusta; ahora bien, "las soluciones injustas no dejan de ser soluciones respecto del todo, y las llamadas lagunas de la ley enfocan el mismo y único problema que se presenta a la Lógica jurídica cuando hablamos de lagunas del Derecho" (pág. 23). No cabe, pues, la distinción. Pero si se insiste en señalar una laguna en la ley, entonces no se entra en el dominio de la lógica, sino en el de la estimativa, "con lo cual no está en tela de juicio la noción de todo, porque un valor, la justicia en este caso, no constituye la estructura de un objeto, sino simplemente lo califica". En sentido equivoco, pues, las lagunas de la ley significan lo mismo que las lagunas del Derecho; pero, en sentido unívoco, "la expresión laguna de la ley es una metáfora para señalar una injusticia" (pág. 24).

Pero Cossío ve muy agudamente que "la estimativa jurídica, en cuanto realidad, cursa por los cauces de la Lógica"; no hay, por tanto, dos problemas, uno de lógica y otro de axiología, pues todo caso jurídico implica en unidad el problema lógicojurídico y el axiológicojurídico. Y así, responde con toda agudeza a la doctrina usual sobre la analogía (1). O se considera que ésta es "sólo raciocinio", como piensa N. Bobbio (2), y que sólo por esta operación lógica del raciocinio es posible extender a un caso no legislado las normas aplicables a otro caso análogo, se mantiene la separación de los dos tipos de plenitud del Derecho (lógico y axiológico); o se piensa con Donati que el Juez completa, al interpretar extensivamente, la plenitud del orden jurídico con una norma positiva, en virtud de la cual, un caso no legislado, en lugar de caer bajo la norma que lo consideraría permitido, cae bajo esa otra norma positiva y contingente; y entonces cabe preguntarse cómo es posible que esa norma positiva y contingente complete un orden que ya era pleno en virtud de la norma de libertad (está permitido todo lo no

(1) Sobre la supuesta diferencia entre la *analogia legis* y la *analogia juris*, véanse las acertadas explicaciones de Del Vecchio *Los principios generales del Derecho*, página 12 y sigs.

(2) *L'analogia nella logica del Diritto* Torino, 1938.

prohibido). La razón de estas dificultades radica en que "la analogía jurídica no está en la esfera teórica", no es analogía lógica, "sino un juicio estimativo sobre la analogía lógica que consiste en calificar como justo el proceder lógico que nos lleva a lo lógicamente consecuente, sin perjuicio de que sea injusto en sí el resultado (lo análogo) cuando es injusto el término de comparación analógica" (pág. 28). Hay, pues, que distinguir dos significaciones del vocablo analogía: una como modo del raciocinio en la dialéctica formal del pensamiento, y otra como contenidos axiológicos similares constitutivos de las especies de un mismo género. Por eso, cuando el legislador dice "leyes análogas" no sólo se refiere a leyes generales o similares cuya semejanza se establece efectivamente por un razonamiento analógico (en sentido lógico), sino que se refiere también al valor normativo que se confiere a este resultado, pues si no estuviera dispuesto que lo análogo también debe ser, de nada nos valdría saber simplemente que son casos análogos. "La analogía jurídica establece la justicia de un igual trato para dos casos esencialmente iguales; es decir, establece la justicia de la igualdad", y este juicio de valor es lo que da sentido a la analogía lógica involucrada en una norma" (pág. 129). O sea: "la analogía lógica es la verdad de una igualdad, en tanto que la analogía jurídica es la justicia de la igualdad" (pág. 137) y "un principio de Derecho natural en el sentido de que es justicia racional" (pág. 139). Esta analogía no es natural al Derecho, en el sentido de ingrediente lógico del mismo, y así se explica la desconcertante contradicción aparente de la teoría y la práctica, ante el hecho de que a veces no se aplique la analogía, porque ninguna norma la autoriza, y otras veces se la aplique, aunque no se la autorice expresamente; pues se trata de "dos procesos sociológicojurídicos que se desarrollan en todo el Occidente con muy diversa fecha de origen"; el último trae la analogía en la interpretación judicial como dato sociológico del proceso, y el primero no. Para defender la justicia de la igualdad basta con reconocer como un valor a la razón; para defender la justicia de la desigualdad hay, naturalmente, que recurrir a otros criterios. La analogía jurídica, como analogía lógica, ha de estar prescrita por la ley, porque las verdades lógicas no son asunto de la conciencia popular; pero la analogía como juicio de valor sobre la bondad de la analogía lógica sí que cursa sociológicamente a través de la conciencia consuetudinaria, y así es como alcanza vigencia, aun cuando no esté reconocida expresamente por la ley.

Con esta concepción, la plenitud hermética del orden jurídico se eleva por encima de la positividad de las normas positivas y alcanza la categoría de postulado lógicoapriorístico. Cossío recurre a menudo, en este punto, a los postulados de la fenomenología husserliana, superando el punto de vista estrictamente neokantiano-marburgiano de sus obras anteriores, aun cuando, desde luego, sin abandonar el hogar de la "teoría pura del Derecho" de Kelsen, de quien Cossío se considera discípulo. Esta combinación de kelsenismo y fenomenología recuerda la tan conocida de Kaufmann y Schreier. Ya se sabe, sin embargo, el peligro de esta posición: que, en rigor, no tiene nada de fenomenología auténtica (1). En realidad, la fenomenología no ha tenido, en el campo jurídico, la suerte que, por ejemplo, ha gozado el neokantismo, con figuras como la de Stammler y el propio Kelsen. Esto puede parecer tanto más sorprendente cuanto que, en el ámbito puramente filosófico, las figuras de la fenomenología—Husserl, Scheler, Heidegger—representan una dirección filosófica no sólo de mayor magnitud, sino incluso más certera y porvenirista que la neokantiana. Lo cierto es, sin embargo, que de la aplicación de la fenomenología a la ciencia jurídica no han sobre-

(1) La fenomenología fué primeramente aplicada al Derecho por A. Reinach. *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, segunda edición, 1922 (edición española de J. L. Alvarez, Barcelona, Bosch, 1934); B. Schapp: *Die neue Wissenschaft vom Recht* (edición española del tomo I, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1930), y G. Husserl: *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925; *Recht und Welt*, 1929; *Negatives Sollen im bürgerlichen Recht*, 1931; *Der Rechtsgegenstand*, 1933. Cfr. las críticas de J. G. de la Serna (*Un libro sobre filosofía del Derecho*, en el núm. 67 de la *Revista de Occidente*, 1929). Recaséns (*Los temas de la filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1934, cap. VI-VII) considera que Schapp "pisa terreno más firme y más fecundo" que Reinach, por haber orientado el tema fenomenológico "hacia la consideración finalista y estimativa, quizás sin darse cuenta el propio Schapp de la importancia de ese viraje". En cambio, J. Medina (*Situación presente de la Filosofía jurídica*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 77 y sigs.) piensa que "la posición de Reinach quizá sea la más estricta dentro de la escuela, y su fracaso sólo se debe a haber sido una aplicación precipitada", considerando menos afortunadas las aplicaciones de Schapp y G. Husserl, el cual se ha apropiado, precipitada y superficialmente, el pensamiento de Heidegger. Bastante distinta es la orientación fenomenológica de Kaufmann y Schreier, discípulos de Kelsen, los cuales, a decir verdad, poco han logrado de nuevo que no esté en la doctrina del maestro, y lo que han logrado no puede asegurarse que se deba al método fenomenológico que aplican (cuestión aparte es la de los motivos que el propio Kelsen pueda tener de común con la crítica husserliana del psicologismo, crítica que tampoco constituye más que un aspecto mínimo, aun cuando importante en sí mismo, de la fenomenología).

venido progresos decisivos para ésta como los que, evidentemente, aportó el neokantismo. La razón de esto puede hallarse en que, en general, se aplica fragmentariamente el pensamiento de Husserl, mientras que las disciplinas prácticas, como lo es el Derecho, pueden esperar apoyos infinitamente más fecundos de la dirección Scheler-Heidegger, especialmente de la de este último, que ha efectuado un viraje fundamental en el pensamiento filosófico. La fenomenología jurídica al uso tiene, pues, mucho de fenomenología mínima y apócrifa. Por eso nos parece un poco ingenuo que Cossío hable de "un punto de partida fenomenológico respecto de la noción de Juez" y que crea haber realizado una "reducción eidética" de esta noción; pues para deducir que la misión del Juez es juzgar y que la obligación de juzgar no se basa en la ley, sino en la misma esencia de la función juzgadora, no es preciso, en realidad, poner en marcha la complicada máquina filosófica del *epojé*. Por lo demás, no se tome esta observación como una crítica. En definitiva, Cossío no trata de elaborar sobre estas bases un sistema de Filosofía del Derecho, sino tan sólo de aclarar conceptos de la Filosofía del Derecho a la luz de una determinada Filosofía. Y aparte de que el procedimiento, en sí, no puede ser más legítimo, poco importa—en una obra de la naturaleza de la que comentamos—creer que se extrae de una Filosofía más de lo que efectivamente se extrae, si lo extraído representa una adquisición positiva por relación a los conocimientos anteriores.

El autor endereza todas estas consideraciones teóricas al esclarecimiento y crítica del artículo 7 del proyecto de reforma del Código Civil argentino, que dice así: "Los jueces no se abstendrán de juzgar por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Cuando una cuestión civil no pudiere resolverse dentro de los preceptos legales, se atenderá a lo dispuesto por otros análogos, y en último término, a los principios generales del Derecho, con arreglo a las circunstancias del caso." Frente a esta redacción, Cossío propone está otra, de acuerdo con sus puntos de vista teóricojurídicos: "En los casos de oscuridad o insuficiencia de las leyes o de ausencia de precepto legal expreso, los Jueces explicitarán científicamente la norma jurídica aplicable, extrayéndola de las instituciones análogas y, en su defecto, de la idea de justicia, en cuanto pueda constituir los juicios estimativos de la conciencia nacional, de tal manera que la sentencia se reconozca como parte lógica de una consideración sistemática de nuestro Derecho vigente." Las razones de esta formulación están en lo dicho anteriormente. Por de pronto, la obligación de

juzgar propia de los Jueces no deriva de la ley, sino de la esencia de su función; constituye, por tanto, un *a priori* respecto del orden jurídico, y es innecesario que éste la determine como si fuese creación suya, amenazando con sanción al que la incumple. Observemos a esto, tan sólo, que si bien es cierto que la obligación de juzgar del Juez no es obra de un determinado ordenamiento jurídico, no puede considerarse como un *a priori* respecto de *todo* ordenamiento jurídico, pues más bien es una exigencia de la idea misma de orden jurídico, la cual no puede pensarse sin la existencia de un Juez que aplica las normas generales, y con esta aplicación crea las normas individuales que lo completan. Ahora bien, el Juez tiene obligación de crear estas normas—es decir, de juzgar—por el “deber ser” ínsito en el orden jurídico en cuestión, y por eso no está totalmente desprovisto de sentido, aunque tampoco sea necesario, que ese orden jurídico reafirme su pretendida intrínseca valiosidad recordando al Juez la obligación de aplicarlo en todo momento, aun cuando falten normas legisladas exactamente aplicables al caso.

También prefiere Cossío que se diga “instituciones análogas” en lugar de “leyes análogas”, porque “las leyes se vertebran en unidades institucionales; y sin considerar el plexo institucional, la analogía de un fragmento puede ser una infundada analogía. Una ley que confiere claramente amplios poderes al padre, no puede sin más ser extendida a una oscura situación similar del tutor; en cambio, puede serlo si las facultades claramente conferidas al tutor no lo han sido claramente para el padre; la analogía, en este caso, funciona desde el tutor al padre, pero no desde el padre al tutor; y la diferencia tiene un puro fundamento institucional” (págs. 124-25).

Rechaza Cossío la expresión “principios generales del Derecho”, ya que “tienen título suficiente para aspirar a esa calificación tanto los juicios estimativos supremos cuanto los principios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico” (pág. 151). Ahora bien, la referencia a estos últimos por parte del Legislador es inútil, pues éste sólo legisla cuando determina el contenido del comportamiento. Hoy la ciencia jurídica ha vuelto en parte, como reconoce Cossío, a la posición de la escuela jussu-naturalista, notablemente enriquecida después de la experiencia del siglo XIX. Es evidente que, desde el punto de vista de los objetos u ontología formal, el Derecho contiene siempre y necesariamente juicios de valor, los cuales “no se circunscriben a rellenar las figuras jurídicas trazadas por el legislador, sino que preexisten en la sociedad cubriendo to-

dos sus intersticios de la más variada forma, con una riqueza de situaciones que sorprende al observador más prevenido, pues es frecuente notar que actuamos sobre una valoración sólo en el momento en que la violamos; antes estábamos tan compenetrados con ella que no advertíamos su presencia, cual el organismo en salud no traba nuestros movimientos. Los principios generales del Derecho, son así, estos juicios estimativos de valor muy general o supremo capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor" (págs. 154-55). Ahora bien: sólo aquellos juicios estimativos que corresponden al concepto lógico del Derecho pueden tenerse en cuenta, y a este propósito Cossío se opone a las corrientes que pugnan por una "moralización" del Derecho, que borran la distinción entre Derecho y moral y superan los problemas científicojurídicos no en la órbita éticojurídica, sino en la éticomoral (pág. 157). También a nosotros nos parece que el Derecho no puede ser confundido con la moral, y que "ni la pureza, ni la nobleza ni ningún otro contenido moral puede sustituir o desalojar a la justicia en cuanto principio ético del comportamiento jurídico", y que "un Juez no puede sentenciar por piedad ni por caridad" (pág. 156). Pero no hay que exagerar la oposición entre la justicia y los restantes valores morales. La justicia es un valor moral como los demás, sino que no el más alto—como creía la ética griega, especialmente Platón—, sino el más inferior, porque contiene un mínimo de exigencias éticas positivas, por lo que sus preceptos son más bien negativos: no hacer daño a otro, no sobrepasar la esfera de libertad ajena, etc.; si bien de este modo constituye la justicia la *base y fundamento* de toda moralidad, pues los valores espirituales y culturales en general sólo pueden florecer donde están firmemente asegurados el cuerpo, la vida, la propiedad, la libertad personal, etc. La justicia es, pues, *un valor inferior, pero fundamental* (1), y en cuanto tal está fundado a su vez en el valor objetivo del orden jurídico. A su vez, este orden jurídico, representa "un punto de vista sobre la justicia", entendida ahora ésta no como virtud, como un valor moral de la persona, sino como un *ideal moral logicizado* y viviente, sin agotarse, en las distintas realizaciones del Derecho positivo. *El Derecho es un esfuerzo incesante por transmutar jurídicamente los contenidos morales de la conciencia individual o social.* Aquí radica la

(1) N. Hartmann: *Ethik*, 1926, pág. 381 y sigs.

parte de verdad de la tesis del idealismo gentiliano (1) que reduce el Derecho a moral, aun cuando esta tesis pueda ser objeto de otras críticas (2) y no deba aceptarse incondicionalmente y sin reservas. Por lo demás, es cierto que ningún contenido moral y ningún valor éticoperso-nal puede sustituir a la idea de justicia lógica insita en un orden jurídico determinado, ni desplazar subrepticamente—por la labor de un juez que aplique unos “principios generales del Derecho”—el espíritu ni las consecuencias de una legislación determinada, que en sí misma representa un valor inatacable para todos los órganos encargados de su aplicación.

Los juicios estimativos que constituyen los principios generales del Derecho son, según Cossío, principios racionales y no simplemente empíricos. “Tomando partido en la polémica metafísica para superar el historicismo, pero no para desconocerlo, hagamos valer el argumento de que también la razón es un valor histórico, aunque su sentido es la eternidad y la universalidad, de modo que invocando todo lo que invoca el historicismo, la razón reclama su puesto en el curso de la vida con los mismos derechos que los otros valores, de tal manera que desconocerla en su sentido es mutilar aquella vida que el historicismo pretende salvar intacta de ultrajes” (pág. 161). Señalemos la corrección filosófica de esta postura, en la que aparece nítidamente planteado “el tema de nuestro tiempo”, que consiste precisamente en superar la antítesis de vitalismo y racionalismo salvando la *ratio*, no como principio antivital y anti-histórico, sino inserta en la vida, la cual, a su vez, no tiene sentido si no se la considera como dotada de un *minimum* de “forma”. Una vida (humana) absolutamente informe y antirracional, es una abstracción tan vacía de realidad como una razón pura al margen de la vida. Esta posición lleva a Cossío a considerar bajo una luz favorable la fórmula stammleriana del “Derecho natural de contenido variable” y a admitir “un ideal de la razón de variable contenido en los términos de un derecho natural, porque su fundamento participa, sin moverse, del movimiento de la historia, tal como el punto céntrico de una esfera permanece inmóvil en su movimiento de rotación” (págs. 162-3). De aquí esa alu-

(1) Cfr. G. Gentile: *I fondamenti della filosofia del diritto*, 1916 (nuevas ediciones de 1923 y sigs.; edición española en prensa, en las publicaciones del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, con una noticia preliminar de L. Legaz).

(2) Vid., por ejemplo, M. Ascoli: *L'interpretazione delle leggi*, 1928, y nuestro estudio *La Filosofía jurídica de G. Gentile*, 1940.

sión a la “conciencia nacional” en la determinación de los principios generales del Derecho, pues “la conciencia nacional es la realidad viviente y concreta de nuestro ser histórico” (pág. 166). Por mucho que las sentencias de los Tribunales de un país reflejen una ciencia ecuménica y por mucho que la vida de un país participe en la cultura universal, contendrán siempre aquéllas un ingrediente específico propio de las peculiaridades nacionales. “Este es el valor de la argentinidad que se ha de forjar en el siglo XX y de la cual el nuevo Código ha de ser alta expresión. Pues la historia argentina se transparenta en su sentido fundamental si ponemos bajo el común denominador del problema de la libertad a todo el trayecto que va desde la Revolución de mayo a la batalla de Caseros, y si resolvemos con el común denominador de la civilización, planteado por Sármiento con insuperable símbolo, todas las ecuaciones del nuevo trayecto que va desde aquella fecha hasta otra de nuestros días que quizá sea irreverente precisar aquí” (págs. 166-67) (1).

* * *

La cuestión planteada por Cossío en el interesante estudio que ligeramente hemos reseñado posee, por de pronto, un alto interés teórico, al que se une un no menor interés pragmático, por así decirlo, en cuanto sirve de “fiel contraste” del llamado “formalismo” de la ciencia jurídica moderna.

Para nosotros, como para Cossío, el postulado de la plenitud herméutica del orden jurídico es incommovible, y no lo quebranta, a juicio nuestro, ni la distinción entre lagunas del Derecho y lagunas de la Ley, definitivamente refutada por nuestro autor, ni la distinción entre lagunas “trascendentes”—que implican ausencia total de regulación de un hecho social—y lagunas “inmanentes”—que aparecerían dentro del orden jurídico, cuando una cuestión es regulada jurídicamente y no otra cuestión íntimamente ligada con ésta—, propugnada por Schreier (2), quien de este modo se sitúa abiertamente en el campo de las exigencias jurídicopolíticas. Y es claro que nuestra posición no es, precisamente, la de despreciar estas exigencias, sino la de reconocer que se trata de cues-

1) El autor se refiere, indudablemente, a la revolución del 6 de septiembre, acerca de la cual puede consultarse su libro del mismo título. Buenos Aires, 1933.

(2) *Die Interpretation der Gesetze und der Rechtsgeschäfte*, 1927.

tiones diferentes. El Derecho, por su misma existencia, que es la existencia de ciertos valores, contiene un "deber ser judicialmente aplicado", y donde exista una imposibilidad de aplicación judicial es que hay ausencia de Derecho. Esta ausencia de Derecho será lamentable desde el punto de vista de la justicia y de la política jurídica; pero que el Derecho falte no quiere decir que el Derecho existente sea deficiente (desde el punto de vista lógico), sino que ciertas materias que quedan bajo el dominio exclusivo de la costumbre, de la convención, etc., sería preferible (desde el punto de vista de la justicia) que fuesen objeto de la regulación jurídica. En la situación jurídica actual de España tenemos un caso palpable de esta necesaria diferenciación de aspectos y cuestiones. Es evidente la necesidad de una reforma de nuestra legislación, de acuerdo con los principios informantes del nuevo Estado. Esa reforma se va llevando parcialmente a cabo mediante actos legislativos sucesivos que afectan ya al Código civil, ya a la legislación social o administrativa, penal, etc. Tampoco puede negarse que existe incluso una contradicción de mayor o menor alcance entre el espíritu y los "principios generales" de la antigua legislación y los que han de informar las leyes futuras emanadas de la revolución nacional. Existen, por consiguiente, todos los supuestos más desfavorables para hablar de "unidad" y "plenitud" de nuestro ordenamiento jurídico, en este momento de transición entre dos épocas. Pero eso sólo quiere decir que en estos momentos tienen que predominar entre nosotros las consideraciones de política jurídica, los puntos de vista estimativos, con arreglo a los cuales es injusto o inadecuado tal o cual sector de la legislación anterior; mas no por eso pierden su verdad los puntos de vista puramente lógicoteoréticos, con arreglo a los cuales sigue siendo rigurosamente cierto que, para nuestros jueces, nuestro ordenamiento jurídico actual (pese a sus deficiencias y contradicciones, inevitables en este momento transitorio entre una legislación pretérita que ha de ser sustituida por otra, pero que aún no lo ha sido del todo ni aun en su mayor parte, y esa futura legislación de la que sólo existen anticipos y tanteos) sigue siendo un "todo herméticamente pleno", y por consiguiente conserva su sentido la norma del artículo 6.º del Código civil, que prescribe que los jueces que se abstengan de juzgar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirán en responsabilidad. Otra cosa es que la vigencia de esta norma determine, acaso, mayor cantidad de sentencias "injustas" en su contenido, porque así nos lo parece desde el punto de vista del ideal todavía no realizado en la futura legislación

(para no hablar de las posibilidades que posea ya desde este momento el juez para resolver determinadas cuestiones, no previstas en las normas legisladas, con arreglo a los nuevos principios generales del Derecho que se desprenden, verbigracia, del Fuero del Trabajo, considerado como fuente del Derecho) (1).

Ahora bien: del hecho de que el orden jurídico sea un todo herméticamente pleno no debe pasarse a lo que llamó Bergbohm "fuerza de expansión lógica del Derecho" (*logische Expansionskraft des Rechts*), pues si bien es cierto que el contenido de las normas jurídicas encuentra expresión en forma lógica, lo es también que ese contenido no puede ser aumentado lo más mínimo por la Lógica: la Lógica puede poner orden en los contenidos, pero no crear contenidos nuevos. Por la Lógica no puede descubrirse en los normas ningún sentido nuevo que ya de antemano no estuviese contenido en ellos (2). Por importante que el elemento lógico aparezca dentro del orden jurídico, no es más que un elemento secundario; es un medio para un fin práctico, pues el Derecho tiene fines prácticos y no fines lógicos. Por eso, cuando decimos que el orden jurídico constituye un todo herméticamente pleno, lo hacemos pensando en esa norma según la cual está jurídicamente permitido todo cuanto no se halla jurídicamente prohibido, la cual no posee un sentido puramente lógico, sino precisamente ético. Pues el Derecho tiene sus raíces en la vida moral de la persona, y la vida es ética y metafísicamente libertad. Y a esa libertad pertenece incluso el aspecto puramente formal de la misma, aspecto o momento que si no puede considerarse como supremo, sí en cambio como fundamental, y en ese momento enraiza esta libertad jurídica de hacer lo que jurídicamente no está vedado hacer. Por eso, el postulado de la plenitud hermética, en cuanto dicha plenitud está determinada en última instancia por la norma de libertad, posee un profundo sentido moral.

(1) Sobre el Fuero del Trabajo como fuente de Derecho véase Prieto-Sancho: *Ilustración popular al Fuero del Trabajo*, Zaragoza, 1938; I Serrano: *Fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*, Valladolid 1939; A. Gallart y Folch: *Los principios fundamentales del Fuero del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1939. Con especial referencia al tema discutido en el texto, nuestro artículo: "El Fuero del Trabajo como fuente del Derecho" (en la *Revista del Trabajo*, en prensa).

(2) Cfr. J. Möör: "Das Logische im Recht", en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, p. 172. Cfr. nuestro estudio Kelsen: *Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la escuela de Viena*, Barcelona, Bosch 1933 páginas 270 y sigs.

Si el Derecho posee plenitud desde el punto de vista lógicoteorético, la función del Juez—aplicar el Derecho—es una función predominantemente lógica: lógica desde el punto de vista formal, creadora en su aspecto material. Formalmente, la función del Juez es formar el silogismo, cuya premisa mayor está en las normas y la *propositio minor* en el caso concreto; siendo su específica misión decidir rectamente en la conclusión. Lo mismo ocurre cuando la norma general le delega para obrar como obraría si actuase como legislador (según la expresión del Código suizo de las obligaciones): la norma ideal formulada entonces por el legislador es el contenido de la norma delegante, y el silogismo es idéntico. Sin embargo, *materialiter*, en la sentencia hay algo nuevo y distinto del simple silogismo: hay la continuación del proceso creador del Derecho. Esto es lo que ha puesto de relieve precisamente la escuela de Kelsen, que, por otra parte, representa un peculiar formalismo, aun cuando no precisamente ese feo formalismo de los juristas que ha contribuido al descrédito y crisis de la ciencia jurídica. Se apoya, pues, en un completo malentendido decir contra Kelsen, por ejemplo, que “si los límites del poder discrecional no son trazados por él mismo, sino por el Derecho, se puede reconocer que el imperio del Derecho está plenamente asegurado. Tal es el *absolutismo jurídico* moderno. Hay algo de común con el absolutismo político del siglo XVIII, en tanto que este último se traducía en términos jurídicos. El dogma de la omnipotencia de la ley ha cedido su plaza al de la omnipotencia del Derecho. La interpretación estaba ya proscrita, pues se creía que la ley podía preverlo todo. En nuestros días, los partidarios del absolutismo jurídico estiman que el Derecho lo prevé todo: la función del Juez se reduce a la construcción de silogismos; la tarea de la administración a lo mismo. Pero tal teoría ensancha la función del Derecho más allá de todo límite. En lugar de ser una fuerza social viva y activa, el Derecho pasaría al estado amorfo de una nebulosa” (1), después de haber dicho que “la construcción jurídica (kelseniana) no tiene nada que ver con la vida jurídica real”, lo cual es verdad sólo si se piensa que la vida, jurídica o no, puede subsistir en sí como vida caótica, informe, ajena a toda forma, lo cual es precisamente lo que no tiene nada que ver con la realidad de la vida, la cual es vida en cuanto posee forma y racionalidad inmanentes. También aquí puede mostrarse

(1) Alexéef. “L'Etat, le Droit et le pouvoir discretionnaire des autorités publiques”, en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 218.

que el formalismo filosóficojurídico kelseniano no es el formalismo jurídico que le imputan sus adversarios. En virtud de este formalismo, los órganos no legisladores estarían materialmente vinculados a la ley en términos tan absolutos que ninguna libertad de movimientos estaría permitida al Juez ni a la Administración. Lo contrario es la verdad respecto de Kelsen. En otro lugar hemos citado el siguiente caso, que confirma este aserto (1): En el verano de 1930, el Tribunal austriaco de Justicia Constitucional declaró la posibilidad de revisar la validez de los actos de la Administración por los cuales concedía ésta la dispensa del impedimento de vínculo anterior para contraer nuevo matrimonio; ahora bien, tal decisión del Tribunal de J. C. significaba el triunfo de la opinión contraria a la que en el anterior Tribunal había sostenido el propio Kelsen como ponente; pues según esta opinión, la Justicia estaba ligada al acto administrativo. Pero si se tiene en cuenta que por no existir en Austria una ley de matrimonio civil era asunto "discrecional" para la Administración el otorgamiento de semejante dispensa, no extrañará que la crítica adversa a Kelsen se revolviese contra éste alegando que "concedía a la Administración facultades creadoras de Derecho". Dejando, pues, a un lado la cuestión de fondo, resulta que para Kelsen la Administración, ligada sin duda formalmente a la ley, poseía un margen de libertad suficiente para conceder dispensas matrimoniales no previstas en la legislación; mientras que para los magistrados componentes del Tribunal de Justicia Constitucional en el verano de 1930, la Administración no poseía tal margen de libertad. Otra cosa es que en el fondo de toda esta cuestión jurídica hubiese un difícil y complicado problema políticosocial, cual era el de que la opinión sustentada por Kelsen resultase favorable al divorcio, mientras que en virtud de la decisión del Tribunal quedaban invalidados *ipso facto* alrededor de 50.000 matrimonios contraídos al amparo de la dispensa otorgada por la Administración, "en virtud de una delegación puramente formal de las normas generales", según el criterio kelseniano.

Señalemos también a este propósito que el formalismo y el logicismo de Kelsen son de tan peculiar índole que precisamente le impiden reconocer que el orden jurídico, en sí mismo considerado, posea logicidad inmanente. Kelsen afirma lo contrario. Es la ciencia jurídica la que hace

(1) Cfr. nuestro *Kelsen...*, cit., pág. 272.

del Derecho un "orden". "Si se distingue, dice (1), entre Derecho y ciencia jurídica, como se distingue entre naturaleza y ciencia natural, no se puede ver en el Derecho y en la naturaleza, en tanto que se les considere como objetos del conocimiento, más que puros alógicos." Claro que a esto puede oponerse desde un punto de vista inmanente que el Derecho no es lo mismo que la naturaleza, pues siendo aquél un producto espiritual, ha de conservar necesariamente las trazas lógicas del espíritu que lo crea. Para Kelsen es la ciencia jurídica la que produce las normas, es decir, los "juicios hipotéticos" en que, según él, éstas consisten. Pero ¿por qué no había de poder disponer el legislador de los mismos medios que el jurista y producir por sí mismo los juicios hipotéticos, antes de que la ciencia jurídica se lo atribuyera? Lo que en este punto tiene de verdadero la doctrina de Kelsen es que, como ya se ha indicado, lo lógico no es lo primario en el Derecho, el cual posee fines prácticos y responde a una exigencia moral, como moral es su fundamento en la vida de la persona: mas no por eso carece de logicidad inmanente (2).

Cuando en España los problemas fundamentales de la ciencia jurídica vuelvan de nuevo a ser objeto de meditación—esperamos que ya lo son en la mente de nuestros mejores juristas—habrá que enfrentarse con estas cuestiones y con las infinitas con ellas vinculadas. Nuestra hora es excepcionalmente propicia para una renovación de las concepciones jurídicas vigentes. Y esta hora nos impone, además, el *imperativo de originalidad*, hasta el punto en que en la ciencia es posible dejarse guiar por el afán de originalidad, que en sí mismo no tiene nada que ver con

(1) Kelsen "Rechtswissenschaft und Recht", en la *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, III, pág. 162.

(2) Cfr. nuestro *Kelsen...*, cit., pág. 274. Esta verdad no la destruyen críticas como la de Tezner (*Rechtslogik und Rechtswirklichkeit*, 1925, pág. 15), cuando dice que el Derecho "mag ein Sollensein, so hat es dennoch Seinsqualitäten. Es ist bald plum, bald hypokritisch, bald vollkommen, bald krupelhalt, bald menschlich, bald barbarisch, bald vernünftig, bald irrsinnig wie das Hexenrecht, bald weise, bald idiotisch wie die formale Beweistheorie und das Zensurrecht des Vormärz, bald alles zugleich. Wie sollte auch das Recht Logik und nichts als Logik sein, da doch gar nicht gezeugnet werden kann, dass eine Rechtsordnung bestimmte Rechtsinstitute logisch besser durchbildet haben könne wie die andere?" Pero afirmar la logicidad inmanente del orden jurídico no es afirmar que éste sea "sólo Lógica", ni la Lógica que le es propia impide que se puedan emitir con plena razón juicios estimativos adversos acerca de las determinaciones jurídicas concretas, y que a esos juicios estimativos se les llame "faltas de lógica".

el afán de verdad. Originalidad quiere decir aquí, simplemente, no petrificarse en el pensamiento tradicional y no dejarse arrastrar tampoco por concepciones nuevas vigentes en países europeos de mayor o menor afinidad política al nuestro, sólo por el hecho de su vigencia en esos regímenes afines (pero no idénticos). España tiene que decir al mundo "su" palabra. Y así como Santa Teresa encontraba a Dios aun en los pucheros, así también en estas áridas cuestiones relativas al orden jurídico, su plenitud hermética o sus lagunas, la posición y función del Juez, etc., debe encontrarse viva, colándose por todos sus intersticios, esa concepción humanista, de respeto a la libertad profunda de la persona que ha de estar en la base del pensamiento español.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA.

Catedrático de la Universidad de Santiago.