

enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica. En un caso la forma de enlace de los hechos es la causalidad, en el otro la imputación, que es conocida por la Teoría Pura del Derecho como la *Legalidad particular del Derecho*.²¹

Resumiendo y para que no haya equívocos, enuncio a continuación:

1° Que las leyes éticas o morales son mandatos imperativos;

2° Que las leyes jurídicas se expresan mediante juicios o proposiciones hipotéticas que enlazan la condición con la consecuencia, según el principio de imputación: *Si A es, debe ser B*; y

3° Que las leyes de la naturaleza se expresan mediante juicios o proposiciones según el principio de causalidad: *Si A es, tiene que ser B*.

La *Teoría Pura del Derecho* permanece como el paradigma de la Jurisprudencia del siglo XX, lo que, sin embargo, no quiere decir que sea el *non plus ultra* del pensamiento jurídico. Es un paradigma científico, no un dogma.

Medellín, 20 de noviembre de 1.996

DERECHO, ÉTICA Y PERSONA

Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE*

1) EL IUSNATURALISMO Y EL COMUNITARISMO.

EL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Hace tiempo que nosotros elaboramos la concepción filosófico-jurídica en torno al **iusnaturalismo** y al **comunitarismo**¹.

De esta manera conjugamos los principios fundamentales del Derecho con las exigencias de la realidad social. A este respecto cabe señalar la posición que ha tomado cuerpo en América Latina, denominada **El uso alternativo del derecho**, que defiende los intereses colectivos mediante la organización comunitaria y la capacitación legal orientada hacia la auto-organización que se ha manifestado en el *Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos*, cuya sede se encuentra en Bogotá. Se trata de organizaciones no gubernamentales destinadas a apoyar las formas organizativas de la comunidad para defender los *derechos populares*, lo cual implica introducir el derecho en el interior de las relaciones sociales y, al **Juez**, en el ámbito de los conflictos de los distintos estamentos de la sociedad, revistiendo a la teoría de una tendencia **clasista**², que hemos criticado en nuestra obra *Del derecho liberal al derecho comunitario (La presencia de la moral en el derecho)*

* Director Honorario del Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela.

1 Lino RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE. *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ejea, 1961, p 82.

2 Hildegar RONDÓN DE SANSÓ. *El Estado Social de Derecho, Encuentro y alternativas*. Venezuela, 1994, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, s. f., Tomo 2. pp 874-876.

2) EL SISTEMA PLURALISTA, LA ESCUELA HISTÓRICA DE SAVIGNY Y EL ESTADO DEL JUEZ. SUPRANACIONALIZACIÓN DEL DERECHO.

Es obvio que nos situamos dentro de un **sistema pluralista** en todos los órdenes de la vida comunitaria, que exige que esta diversidad institucional arraigue en una nueva concepción del Derecho, que René MARCIC ha compendiado en el paradigma «Del Estado de la Ley al *Estado del Juez*», lo cual supone sostener que el Derecho es anterior al Estado, porque viene a vincularse directamente con el **pueblo**, como sostuvo la **Escuela histórica de Savigny**. Esta Escuela condena el espíritu del **Code Civil** francés, reprochando a sus redactores de haber vaciado el derecho, al racionalizarlo, de su fuente viva y de haber privilegiado indebidamente la **voluntad del legislador**. La tesis que él despliega es nítida, porque denuncia el carácter artificial de las leyes y de los códigos. Savigny define el derecho positivo como el «momento de la vida de un pueblo». Así contra la concepción napoleónica de un orden jurídico de estructura **lógico-sistemática**, él señala, por el contrario, el carácter **organicista y viviente** del derecho que es, dice él, fundamentalmente ligado a la lengua de un pueblo, a sus costumbres, a su moral, a su religión.

Independientemente de la alternativa del jusnaturalismo y del juspositivismo, Savigny estima que «el **derecho histórico** es al mismo tiempo **natural**, porque corresponde a la norma de un pueblo históricamente existente, y **positivo**, porque se considera en vigor y sentido como válido en la conciencia popular». Puchta (1798-1846) recogerá la intuición historicista de Savigny y la conectará a la noción romántica de **Volkgeist** cuyo arraigo profundo es suficiente a indicar la desconianza que sustenta el historicismo respecto de las estructuras y de las competencias estáticas. Es obvio que las sociedades tienen necesidad de las leyes y de las estructuras jurídicas; empero la legitimidad de la ley y del derecho, lejos de participar del **contractualismo**, reside en «la necesidad histórica superior» misteriosa e incontrolable, cuyo testimonio es la costumbre, la nación, las creencias..., que ha dado lugar a que algunos estimen que las concepciones de Savigny y de Puchta recogen la inspiración irracionalista del **romanticismo**³. Savigny es el artífice del **devenir jurídico**.

Es menester recoger aquí, que HEGEL había expuesto, antes que Savigny, el **conflicto mortal entre las leyes y las costumbres**, resaltando su admiración, durante la juventud, de «la Bella Ciudad Griega», en la cual las costumbres eran las leyes vivientes; empero, le reprocha a Savigny, el que no elevó su pensamiento a un

3 Simone GOYARD-FABRE. *Les Fondaments de L'ordre Juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p. 199.

nivel auténticamente **filosófico**. El admite que la costumbre y la historia sean las fuentes del derecho; pero a condición de que ellas sean mediatizadas por el **pensamiento**.

Así constituye no solamente un absurdo sino también una afrenta, dice Hegel, «negar a una nación...la capacidad de hacer un código». Este **racionalismo hegeliano** escapa al historicismo que rechaza las nociones metajurídicas y las perspectivas teológicas, por cuanto pone en evidencia el **relativismo** y el **movilismo de las culturas**; por consiguiente, la especificidad de las diversas comunidades, cuestionando el universalismo y el individualismo de los grandes racionalismos modernos⁴.

Sin duda que Savigny capta una **tercera vía** que, en su momento histórico, no pudo tener aceptación, como tampoco alcanzó desarrollo su planteamiento del **Derecho Popular**, que debiera haber desembocado en un **sociologismo jurídico** cuando, por el contrario, culminó en el **dogmatismo**, puesto que estábamos ante la necesidad de enriquecer la doctrina y, por ende, el mundo de los conceptos en una época en que lo social no se había manifestado, y menos, con la virulencia de nuestro tiempo, que está exigiendo un auténtico replanteamiento del problema de la justicia, que exige un enfoque tesonero y novedoso del perfil judicial. Ahora al **juez** le corresponde un papel principal, para lo cual es necesario darle una exigente formación moral, doctrinaria y técnica mediante una selección rigurosa; es decir, se abre brecha en la posición **formalista** con miras a alcanzar el conocimiento de la **experiencia** mediante una función creadora que se desenvuelve también en el mundo **espiritual**. De este modo se limita el **poder del legislador**, que no tan sólo está sometido a la norma constitucional, sino que antes que a ésta se encuentra subordinado al pueblo. Esto es muy importante porque se vienen a restringir las funciones parlamentarias. El **Parlamento** deja de ser el primer poder en el Estado encargado de la materia jurídica, puesto que lo que es peculiar a él no es «buscar» y «encontrar» el Derecho, sino el «diario».

He aquí el **Estado del Juez**, creándose un espacio nuevo que estaba indebidamente ocupado por la clase política, que es llenado por el tribunal que sirve de mediador entre el **hombre, el Estado y el Derecho**. Por ello expresa René Marcic: «El Estado del futuro será, pues, el **Estado del Juez y de la jurisprudencia** de análoga manera a como el prototipo del Estado Moderno fue el **Estado de la Ley y de la Administración**»⁵.

4 *Ibidem*. pp 200 y 20.

5 Lino RODRÍGUEZ-ARIAS B. *Del Derecho Liberal al Derecho Comunitario, Centenario del Código Civil*, Madrid, 1989, Tomo IV. pp. 253-254.

Es notorio que las **buenas leyes** son el único sostén de la **felicidad nacional** y que la bondad de las leyes es inseparable de la uniformidad; pero no es menos cierto, que esta felicidad no puede encontrarse en una legislación que ya no responde al devenir de los tiempos, por cuanto que todo lo que existe en esta vida, está expuesto a la hipertrofia y al deterioro, a lo cual no escapa la ley. La voluntad legal ha contribuido a suprimir los absolutismos de las decisiones incontroladas, ha reconocido derechos a los ciudadanos frente al poder y se esfuerza por alcanzar la igualdad entre los hombres, si bien el **distanciamiento** actual entre el **derecho** y la **sociedad** ha conducido a que lo jurídico no goce de simpatía entre el pueblo, porque se le confunde con lo formalista, lo convencional y lo opresivo de la espontaneidad vital.

De acuerdo a la preocupación social, característica de nuestra época, que rechaza las posiciones formalistas, debemos empeñarnos en lograr una compenetración entre el **derecho** y la **sociedad**, con el propósito de alcanzar la convivencia entre los hombres y los pueblos bajo el signo de la paz. De aquí que debe conjugarse el **derecho popular** y el **derecho de los juristas**, en consideración a que el derecho no se da en estado de pureza jurídica, ya que están en él presentes **factores políticos y socioeconómicos** y de otra índole, por lo que se impone una mayor relevancia del juez por su mayor contacto con la realidad social, máxime cuando asistimos a la **supranacionalización del derecho**, cuyos lazos con el Estado no tan sólo se han debilitado, sino que contemplamos su tendencia a la universalización en algunos de sus postulados básicos del orden jurídico, como ocurre con la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, como asimismo han surgido bloques de naciones que se dan su propia legislación⁶.

Sergio Cotta nos recuerda que la historia humana nos enseña que existen reglas jurídicas que, si no pueden calificarse de universales, no obstante son supranacionales, conforme hemos recogido más arriba. Así nos cita como ejemplos relevantes: 1°. La **Europa Medieval** que, a pesar de su completa y diversa articulación política, conocía la unidad jurídica, gracias al derecho de inspiración romano-justiniano, que se llamó «derecho común». 2o. Los **países islámicos**, basados en el «derecho coránico». Y 3°. **Inglaterra** con su **Commonwealth** (Canadá, Australia y Nueva Zelanda), además con los EE UU, el **common law**, de origen británico medieval⁷. Aparte de que en la actualidad el hecho más relevante es la **Comunidad Europea**, dándose ciertos atisbos de entendimiento e integración en la

6 Antonio HERNÁNDEZ GOL. *Saber Jurídico y Lenguaje. Obras Completas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1989, Tomo 6. pp 41, 23, 111, 160, 170, 663.

7 *¿Qué es el Derecho?* Madrid, Ed. Rialp, 1993. pp. 89-90.

América Latina, con la particularidad de que el concepto de **nación** -que refutó Bolívar por ser expresión del individualismo francés-, no ha penetrado en la conciencia de todos sus pueblos, con escasas minorías nacionalistas, lo cual coarta alcanzar su unidad; pues ésta requiere para madurar asentarse en sólidos cimientos institucionales.

6) PREEMINENCIA DE LA SOBERANÍA DEL DERECHO Y SU ACTUALIZACIÓN.

LA ÉTICA DEL JUEZ Y LA PERSONA: LA AUTENTICIDAD DEL DERECHO

Así el poder judicial deja de ser la cenicienta de la clasificación tripartita de Montesquieu y asume el papel de tercer poder, quien entra en contacto directo con el pueblo, a lo cual va cediendo el Parlamento con mucho recelo; empero ello responde a una exigencia de la vida actual, que rechaza el absolutismo de los partidos políticos y aspira a una vinculación de los jueces al Derecho. Porque a partir de la posibilidad abstracta de la ley, el juez debe buscar, en cada caso, la esencia del Derecho en la realidad concreta, con lo cual el círculo se amplía. Entonces la **soberanía popular** debe someterse a la **soberanía del derecho**, ampliando la participación del ciudadano en el orden jurídico. De esta manera se rompe con la conexión entre el Derecho y el Estado, que se da en el liberalismo, en la democracia y en el socialismo, donde el derecho discurre por los derroteros estatales⁸.

Ahora pasa a correr su propia aventura en un tipo de organización social, que da relevancia a la **sociedad civil**, que fue relegada en los otros sistemas políticos a la prepotencia estatal, en cambio en nuestra posición el juez se libera de esta subordinación.

Es el momento en que entra en acción la **Teoría Institucional del Derecho**, no en la vertiente francesa de Hauriou y Renard y, sí por el contrario, en la de Santi Romano, inspirada en la «Teoría Orgánica» de Otto Gierke; pues así como Hauriou restringe el término **Institución** a ser «fuente del Derecho», el jurista italiano la identifica con el derecho mismo, con lo cual sustituye el concepto de **comunidad** -utilizado por Gierke- por el de institución «que es más amplio y... más completo, aparte de ser más estrictamente jurídico.

Asistimos a la superación de la visión individualista del derecho como «complejo de normas, por el derecho como «organización», desde el momento que en la posición de Santi Romano se concibe el derecho -reiteramos-, como la institución

8 Antonio HERNÁNDEZ GIL. *Conceptos Jurídicos Fundamentales, Obras Completas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, Tomo I. p. 476.

misma. He aquí la concepción pluralista del derecho a que nos venimos refiriendo, que se manifiesta en el «pluralismo nacionalista» de Savigny, convertido en «pluralismo comunitario» en Gierke -característico de las comunidades infraestatales- y trocado en el jurista italiano, como «pluralismo institucional».

Sin duda que sobre esta corriente doctrinal del derecho hemos de construir la tesis de la subordinación de la «soberanía popular» a la «soberanía del derecho, en la que el juez pasa a jugar un importante papel, dentro de los requisitos de «competencia, honestidad y medida», con acendrada conciencia de **servicio a la comunidad**.

Cuando se revisten de este prestigio gozan del apoyo popular, como se advirtió en el **Gobierno Italiano** de Silvio Berlusconi cuando éste intentó restringir el poder de los jueces en sus funciones contra la corrupciones y se produjo una sorprendente reacción del pueblo en defensa del sistema judicial. El gobernante se vió forzado a rectificar su equivocada actitud, prevaleciendo definitivamente el poder del Derecho sobre el poder político. Quedó demostrado que el gran hombre de negocios olvidó que Roma fue la **Cuna del Derecho**, ya que ninguna institución tiene razón de existir sin aparecer previamente estructurada jurídicamente.

En verdad, lo que debe imponerse es un **equilibrio** entre el **poder del Estado**-que nunca habrá de subestimarse- y la **potencialidad de la sociedad civil**, asentada en los principios **participativos, comunitarios, culturales y morales**, para obtener buenos dirigentes con acusada sensibilidad social, siempre dispuestos a precisar las necesidades populares a fin de que los acuerdos sean expresión de la voluntad del pueblo al servicio del **Derecho Comunitario**, en el que adquiere relieve la **institución judicial**.

Esto en consideración a que las **reglas jurídicas** -como nos dice Levi-, presentan siempre un cierto grado de **ambigüedad**, lo cual es conveniente para el desenvolvimiento de la sociedad, pues de lo contrario ésta permanecería estancada al privarla de la posibilidad de realizar cambios sociales. Aquí se produce la «participación de la **comunidad** en la eliminación de esas ambigüedades». Luego, en última instancia, de la aplicación de una regla ya establecida depende la actitud del juez, con lo cual éste imprime más claridad a la teoría jurídica.

Tal posición se explica -según Labarca Prieto-, al ser propio del hombre la búsqueda de la **seguridad**, lo cual nos confirma el dicho de que todo ser humano tiene «su propio mundo».

Igualmente en el área jurídica la persona humana quiere hallarse segura de que la fuerza necesaria para la ordenación de la vida social debe ajustarse a sus canales regulares, sin correr el temor de exponerse a los riesgos que trae consigo la inestabilidad en su espacio vital, en tanto en cuanto que la aplicación de la justicia

habrá de estar sometida a la exigencias de un ordenamiento jurídico en consonancia con la **vida comunitaria**⁹.

Estamos, por consiguiente, ante una participación directa del juez en la **actualización del Derecho**, en cada caso concreto, más allá de la norma dada por el legislador -en el Parlamento- en un momento histórico determinado. Esta es la forma de reforzar la aplicación de la ley con la actualización del Derecho a través de la vuelta a lo **objetivo, lo concreto y la historicidad**, ya que como nos dice Hernández Gil, Savigny no cultivó la historia del Derecho, sino que la consideró como parte integrante y esencial de lo jurídico. Por éste procedimiento el juez cumple una función controladora de los poderes del Estado en beneficio de las **sociedades intermedias y del hombre** como ser espiritual. De esta manera la actividad del juez va más allá del juicio técnico y toma en consideración las **valoraciones morales, sociales e históricas**, que él ausculta como mandatos de la comunidad popular.

Téngase presente que el derecho **regulador de la conducta**, correspondiéndole a la **ética** ser su ciencia normativa, cuyo comportamiento pertenece exclusivamente al hombre al tomar «conciencia de su actuar», lo que conlleva en él «sentido de responsabilidad», introduciéndonos en la órbita de la **axiología** o «Teoría de los Valores», que desde la época de Nietzsche se estima que el drama del hombre está en función de un conflicto valorativo, caracterizado en nuestro siglo por los contrastes ideológicos -o conflicto de ideas e intereses-, que han desembocado en las dos guerras universales, seguido en nuestros días por los **nuevos paradigmas** que, con tanto acierto, puso en boga Thomas Khun, como problema central de la Filosofía y de nuestra «cosmovisión»¹⁰.

Es obvio que en nuestra sociedad estamos asistiendo a cambios profundos en su estructuración, por cuanto es estas «ideas directrices» palidece el verticalismo; es decir, se toma conciencia de la **simbiosis de idea y realidad** y, en su lugar, adquiere relevancia la conjunción de estos dos mundos como un signo de nuestro tiempo. En consecuencia, se da una participación entre los **conceptos ideales** y los **conceptos sociales** a fin de conjugar lo «a priori» con lo «a posteriori», mediante las creaciones objetivas y el seguimiento de la realidad.

Aquí la **persona** es el valor-fuente de todos los valores, debido a que todo lo que el hombre hace, en cualquier campo de su actividad, sólo tiene significado o

9 Consideración retrospectiva de Benjamín N. Cardozo o la función creadora del juez en el Derecho. Maracaibo, Editorial de la Universidad del Zulia, 1990, No.11. pp. 136, 139-141.

10 Miguel REALE. A ética do juiz na cultura contemporânea, *Revista Forense*, São Paulo, Separata, vol. 325. pp. 63-64

legitimidad en la medida en que corresponde a un interés o a una aspiración del hombre en cuanto persona que toma conciencia de sus **deberes comunitarios** y empieza a sentirse más segura protegida por su entorno social y el juez como representante de un Derecho vivo y justo. De esta manera lo justo se dirige al hombre para asegurar su **integridad** y defender su **dignidad**, contra todas las lesiones físicas o morales, como medio de personificar lo justo, apoyándose sobre la **naturaleza**, en razón de que no se puede desconocer la presencia en ella de la dimensión **bio-ética**, que es la que nos eleva a la realidad de la persona que la trasciende, capaz de afrontar el interrogativo sobre el sentido de la vida, a través de una actitud reflexiva y contemplativa dirigida al ser del hombre.

De aquí la urgencia de hallar soluciones a los dilemas morales, suscitados en medida creciente con el progreso de la tecnología, a la que hay que dar respuesta mediante el significado de la empresa ética de la vida humana¹¹.

Así conseguimos pasar de la **naturaleza genérica** a la **substancia individual**, de una **justicia abstracta**, que se queda tan sólo en la mera **forma jurídica**, a una **justicia concreta** que percibe una forma moral más comprensiva. Esto nos permite vincularnos a las cualidades inherentes a una estructura de la **humanidad común**¹².

Luego la **ética del juez** no puede reducirse a un catecismo de deberes abstractos, presuponiendo, al contrario, la vivencia del derecho en su circunstancialidad cultural, donde primero aparece su personalidad y, después, el conocimiento jurídico que debe poseer para hallarse en condiciones de dictar la sentencia que es -con expresión metafórica- cuando el derecho se hace carne, adquiriendo la categoría de sistema de normas en la que se puntualiza, mejor dicho, se identifica específicamente con la relación vital que constituye el objeto esencial de la ley¹³, que surge de la vida comunitaria.

Esta es la visión consustancial del **Derecho comunitario**, que no se concibe sin la unidad indisoluble de la **persona** y de la **comunidad**, lo cual consigue abrir la mente del hombre -superando su **egoísmo individual**- hacia los otros -todos ellos personas-, que no viven pendientes de su talante narcisista, envanecidos de sí mismos, sino entregados espiritualmente al quehacer y a las exigencias de los miembros de la comunidad social. Tengamos en cuenta que el **egoísmo** no tan sólo afecta al **patrimonio**, sino que, esencialmente, agravia la **vida espiritual de la persona**,

11 Vittorio POSSENTI. La bioética alla ricerca dei principi: La persona, *Humana iura*, Suplemento de derechos humanos, *Persona y Derecho*, Pamplona, 1993, No.3. p. 143.

12 Jean-Marc TRIGEAUD. La personne, en *Archives de philosophie du Droit*, París, 1989. p. 121.

13 Miguel REALE. *Op. cit.* pp. 65-66.

puesto que causa graves desórdenes en las relaciones humanas, perturbando el mundo de las **virtudes sociales** que constituyen el bálsamo que aromatiza la armonía y la paz de los hombres en el ámbito de su convivencia social. **¡Por qué el egoísmo corroe las entrañas de la Humanidad!**.

Tal actitud no es nada fácil de plasmarla en la práctica, por cuanto el egoísmo se halla fuertemente arraigado en nuestra **naturaleza**, debido al impacto de la **animalidad** en el ser humano, cuyo sello pone de relieve la preeminencia de sus tendencias egoístas sobre las de carácter solidario, a pesar de que este último nos proporciona a la postre mayores satisfacciones, por situarnos en el ámbito de una **vida más digna y feliz**.

Es obvio que si la humanidad llegase a alcanzar algún día esta promisoría conquista social, se esfumarían los problemas que de toda índole nos acosan sin que se vislumbre la más remota esperanza de solución. Únicamente si la humanidad toma el camino de la **acción comunitaria**, activando los resortes trascendentales que se dan en la **persona humana**, se habrá abierto hacia la luz y la esperanza de un nuevo mundo, mediante la promoción de un **Derecho justo y equitativo**, puesto al servicio de los grandes ideales.

A través de este enriquecimiento del derecho alcanzamos el cenit de su **personalización**, que se extiende a **todo hombre** en consideración a que ella recubre todas las individualidades -no en sentido empírico-, sino en cuanto se fundan sobre un principio «espiritualmente activo», que crea y unifica al ser humano. Desde esta perspectiva, el derecho encarna también una **ética de proposiciones orientadoras**, a la vez que en atención a su «naturaleza», se afirma en su función «distributiva y conmutativa». Aquí la justicia personal redefine el verdadero problema de la «**exclusión**», que no se enfoca, en nombre de los derechos naturales del hombre, sosteniendo que algunos tienen «menos» que otros, sino **que algunos han sido olvidados y son víctimas de una imposibilidad para recibirlos**¹⁴.

Esta desigualdad irritante, entre los avaros que no se sacian en la posesión de los bienes, habiéndose creado una vida fastuosa que han convertido en una imprescindible falsa necesidad, es la causante de la **otra cara de la sociedad** -la pobreza crítica-, que animaliza al ser humano despojándole de sus derechos esenciales a la vez que le castran para ejercer sus personalísimos deberes, que le tonifican y le irradian la aureola que ilumina su mundo espiritual. Así pues, la sociedad actual sufre una **ruptura**, entre los **sectores sociales** y no un más o menos desequilibrio, que exige una terapia que rescate al hombre en su plenitud.

14 Jean Marc TRIGEAUD. Derecho natural y derechos humanos, *Persona y Derecho*, Pamplona (España), Universidad de Navarra, 1993. No.28. p. 299.

Pues la **persona** -que se presume está en todo hombre-, se beneficia de las más nobles intenciones; por el contrario, cada hombre concreto y real, a veces está tentado -de forma individual y colectiva-, a oponer ha dicho testimonio **reacciones violentas y destructoras**, con lo cual deja de tratarse como persona¹⁵. No obstante a la **irracionalidad**, que se vuelve temible cuando pierde los frenos de la virtud de la continencia. Entonces afloran los resabios del **hombre-animal**, próximo a la **ley de la selva**, si bien en ésta no se rompe el **equilibrio ecológico**, mientras que en el **orden social** siempre nos hallamos expuestos al riesgo y al vacío del **caos**, que tan sólo podemos detener y eludir si nos sometemos a los rectos principios del «ordenamiento jurídico» y, muy en especial, de la «mora».

Es evidente que entonces el Derecho ha conseguido elevarse del mero **formalismo** y de la simple **legalidad**, expuestos las más de las veces a su interpretación torcida, al ámbito de la **autenticidad jurídica**. Así dejamos atrás la concepción positivista de Bergbohm, en «strictu sensu», como una ciencia del derecho que, en tanto que disciplina científica, no tenía como objeto más que el estudio del **derecho positivo**; pues comprende las normas vigentes y no indagaba de ningún modo los fundamentos o las razones del derecho. Porque la historia del positivismo muestra que la **doctrina** no es considerada como proyecto científico, ya que aparte de introducir parámetros psicológicos, sociológicos e historicistas, hace llamamiento a criterios **ideológicos o axiológicos**, que desvirtúan la científicidad y la neutralidad de sus principios originarios¹⁶.

Luego se observa que el **universo jurídico** se caracteriza por su complejidad, lo que impide que un saber de tipo operatorio sea suficiente para hacerlo inteligible. Esto conduce a una **ilusión positivista**, que hace incurrir a los diversos positivistas, por su común voluntad cientista, en rehusar incorporar al derecho el **poder normativo del espíritu**; pues enfocan la normatividad únicamente como el instrumento posible para hacer y edificar los sistemas jurídicos axiológicamente neutros. Entonces falta buscar la fuente original del derecho, quedando reservado al **constructivismo de la doctrina** -como advierte Carré de Malberg-, comprender los conceptos del derecho y las reglas constituidas por un orden jurídico que no revelan el sentido de su obligatoriedad sin una mediación **reflexiva**¹⁷. Ya que si las normas nacieran de los **hechos**, los hombres no serían más animales regidos por una causalidad física, al darse una traición intelectual, dado que su obligatoriedad procede de actos conscientes de las personas para su elaboración y su cumplimiento.

15 *Ibidem*. p. 303.

16 Simone GOYARD-FABRE. *Op. cit.* p. 123.

17 *Ibidem*. pp. 372-373.

Así acentuamos el **Humanismo moderno**, no cifrado exclusivamente en su exaltación racional sino, fundamentalmente, en su **integridad espiritual**, porque si los animales son regidos por una causalidad instintiva el ser humano dispone, además de la racionalidad, del valioso recurso de la **intuición** que le eleva a las delicias del Cosmos y del cielo; pues cuando la persona toma conciencia del nosotros, del bien común y de la solidaridad, constituye la estructura coherente de la **política como modo de vida**¹⁸.

Esta **autenticidad jurídica**, caracterizada por no concretarse a lo meramente formal y sí, por el contrario, por profundizar en su multiforme contenido enriquecido por aspectos muy diversos, supone la crisis del **principio de legalidad**. Esto conlleva la extensión del fenómeno **jurisprudencial**, mediante el robustecimiento del **poder de los jueces**, para hacer frente a la ampliación de las conductas humanas y de las relaciones sociales, dentro de lo que, ha calificado Rawls, el «equilibrio reflexivo», a fin de evitar el desajuste entre el **orden y el desorden**. A este respecto, hay que resaltar el papel que juega el **marco de la moral** que, como es notorio, no abarca a la totalidad de lo jurídico.

El derecho es un normativo social dirigido a crear un **sistema de organización** que, entre otras funciones, permite la aplicación de las reglas del derecho dentro del **cuadro social**, en el que actúan las personas, las instituciones y otros entes, al efecto de proteger la libre personalidad moral de los particulares y a regular la comunidad de vida social. De una parte, la **justicia** es reconocida por el postulado de la **igualdad** ante el derecho y, por consiguiente, frente a la realización justa del derecho y la moral, que exige a las personas un **comportamiento honesto**¹⁹.

Establezcamos, pues, la correlación entre la persona, el derecho y la ética, respetando sus especificaciones con vistas a contemplar un **ordenamiento jurídico** firme en su contenido axiológico, que tome en cuenta el principio lógico-formal, empero que siempre prevalezca el mandato **ético-social**, máxime cuando en nuestro tiempo la rama de la **justicia social** se parangona con la **cuestión social**. Por eso, nos da grima de aquellos científicos, técnicos, hombres de negocios y demás congéneres que, cuando actúan en la vida, tan sólo les interesa satisfacer su egoísmo individual o desentenderse de los problemas de la comunidad, a pretexto de refugiarse en su medio conceptual; claro es, que sin tomar conciencia del **nosotros**. A este abominable comportamiento humano debemos la causa de que nuestra sociedad corra el riesgo de precipitarse hacia una situación delicada que la exponga a

18 Sergio COTTA. *Op. cit.* p. 68.

19 Neil MACCORMICK y Ota WEINBERGER. *Pour une théorie institutionnelle du droit*, Bruxelles, Kluwer Editions Belgique, 1992. p. 171.

su disolución moral, social y política, por cuanto pone en juego -para triunfar en la vida social- todas las artimañas y vilezas propias de una clase social tan veleidosa como lo es la que suele dirigir nuestros destinos.

Únicamente podremos soslayar este desenlace fatal si nos consagramos con fervor y empeño a enrumbar todos nuestros compromisos -que se nos presenten dentro del espacio vital- como expresión del pensamiento contundente y justo de los preclaros juristas que han dejado huella indeleble en la historia de la humanidad. Luego seamos conscientes del reto que desafía -al venidero siglo XXI- al rescate de la **dignidad de la persona humana**, tan denigrada en el decurso de la historia. En ella afinan los derechos inviolables que son intrínsecos a la naturaleza del hombre que, en cuanto persona, es un cuerpo trascendido de espíritu o un espíritu que forma una unidad sustancial con el cuerpo, dentro de la solidaridad espiritual y social de los hombres, porque tienen fines comunes y, respecto a lo propio de cada persona, los de más deben, no sólo respetar, sino ayudar, fomentar y proteger. Así el «ser» de la persona implica, intrínsecamente, el «deber ser», donde se entrecruzan la **ética** y el **derecho**²⁰.

Tal compenetración de estos dos grandes valores de la humanidad nos confirma que, cuando se produce una fisura en su entendimiento, repercute desfavorablemente en la **ordenación social**, lo cual a su vez debilita la fortaleza que debe revestir la constitución de la **persona humana**, que entonces se minimiza reduciéndose a un mero «individuo», que inclusive pierde la connotación que ostentaba en la época de la Revolución Francesa, que obedecía a unos principios ideológicos de gran firmeza institucional. Por eso, ahora, habrán de insuflarse nuevas motivaciones en el hombre de nuestro tiempo para que recobre su «hábito espiritual» que le impulse a realizar nuevas iniciativas redentoras. Entonces es cuando se eleva a la persona -como expone Fernández Sessarego- a **valor supremo**, descartándose la patrimonialidad e individualidad del derecho, para descubrir su **solidaridad**, como valor jurídico de la primera magnitud, dentro de una dimensión comunitaria, que reconoce a la persona como fin en si misma y no como medio, que rechaza la cosificación del hombre, a la que es tan proclive la tecnología que tiende a deshumanizarle, cuando el **universo de los objetos** debe estar al servicio de la persona²¹.

20 Javier HERVADA. Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, *Persona y Derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, Suplemento «Humana Iura» de derechos humanos, 1991. pp. 359, 365, 377 a 379.

21 *Derecho y persona*. Lima, Ediciones INESLA, 1990. pp. 101, 82, 102 y 103.

Esto habrá de alcanzarse mediante la instauración del hermoso ideal del pensamiento **personalista comunitario** en este mundo difuso, e inclusive en la parte del **universo** que el hombre vaya **descubriendo** a la vez que lo asimila a su civilización y cultura, proceso que requerirá la proyección de estas experiencias en el campo del derecho a través de los **Códigos y Leyes**.