

# Mi concepto de derecho

por CELIA GASCHO CASSULI

20 de 2015

[www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

Infojus

Id Infojus: DACF150462

## 1. Introducción.

Trazar un concepto de derecho es, sin dudas, una tarea difícil, sobre todo si partimos del principio de que se debe optar por una de las corrientes dominantes: iusnaturalista o iuspositivista. Temo llegar al final de este trabajo sin haberlo hecho. Sin embargo, lo intentaré. La primera dificultad deriva de la educación jurídica. Soy producto de una escuela positivista. A su vez, la profesión requiere una postura positivista, en un Estado cuya Constitución es positivista. Tal vez, la dificultad resida en el hecho de que todo el positivismo que me rodea ya no responde a mis deseos personales, porque parece que ya no me basta sólo el "debe ser". Estoy buscando otras respuestas que no he encontrado en los términos restrictos de la norma positiva.

En este sentido, conduciré este estudio a la búsqueda de justificaciones que me permitan pensar diferente, más adecuadamente con principios y valores capaces de impulsar una nueva forma de considerar el derecho, de acuerdo a un mundo mejor, más humano y fraterno, porque no creo que el derecho deba, ni pueda, distanciarse de la justicia. Aunque mis expectativas están volcadas al Derecho constitucional tributario, cuyos fundamentos no han logrado escapar de un derecho extremadamente positivo, creo que hay lugar para pensar en un sistema tributario más justo y equitativo, capaz de hacer valer algunos principios elementales del constitucionalismo tributario tales como la igualdad y la capacidad contributiva. También pienso que, en esta búsqueda, lo que hoy vemos como un "activismo judicial", una "judicialización" o incluso una "supremocracia" pueden desempeñar un papel importante, porque hay lugar para que los "jueces legisladores" ejerzan la función de completar o modificar una norma jurídica (ya que no es posible alejarse de ella) para obtener un derecho más justo.

San Agustín decía que las leyes deben ser cumplidas sólo si contienen mandamientos justos. Nuestro mundo jurídico siempre ha girado en torno a dos ejes: el derecho natural y el derecho positivo. Hoy ya puede decirse que no es posible caminar sólo por uno de estos mundos. Los tiempos actuales piden una mezcla, y así aparecen otras formas de explicar el derecho, sin que ninguna de esas nuevas tesis tenga suficiente consistencia, de manera que volvemos al mundo del iusnaturalismo o iuspositivismo. A tenor de lo expuesto, es dentro de ese ambiente y con este sentido que pretendo construir y defender "mi concepto de derecho".

## 2. El derecho en la historia.

Principalmente en el campo de las ciencias sociales, cuando el objeto de estudio es complejo, es una buena medida buscar comprenderlo en la simplicidad de su origen y luego "viajar" un poco con él en la historia. Después de todo, ¿de dónde viene el derecho y cómo fue construido? Vamos a empezar por el universo físico-material: al comienzo era el caos; lo que llamamos "las leyes del universo" transforman el caos en cosmos, es decir, el desorden y desorganización en orden y armonía. Una piedra suelta en el aire cae. ¡Y, justo, es de derecho que caiga, porque así es la ley! Del mismo modo, en el mundo social humano, la ley pretende transformar el caos social en comunidades ordenadas y organizadas. Las turbas nómades, centradas en sobrevivir día a día, se organizan en los primeros pueblos y ciudades. La idea de ley, inspirada en la naturaleza, en sus fuerzas, dioses y diosas -entre ellos, la diosa de la justicia- fue y sigue siendo el instrumento histórico de "cosmificar" el caos social. En la fase antigua, según Abbagno:

... el derecho natural es la participación de la comunidad humana en el orden racional del universo. Según los estoicos (a los que se debe la primera formulación de esta doctrina), la participación de los seres vivos en el orden universal se da a través del instinto en los animales, y por medio de la razón en los humanos(3).

Es imposible pensar de otra manera: el derecho nació "derecho natural". El hombre jamás pensó en "normas" mientras vivía en cavernas, de modo nómada y luchando por su supervivencia. Su enemigo, así como su propia fuerza, siempre ha sido la naturaleza y sus leyes naturales. Pero en esa misma naturaleza estaba el embrión de la primera regla: la ley del más fuerte.

Aunque todavía de forma muy rudimentaria, el respeto a la naturaleza llevó al hombre a decidir lo que le parecía más correcto, más justo. Su propia forma de vida le enseñó los límites y le hizo ver que no podía pelear contra el trueno, después contra los animales feroces y luego con su semejante que tenía más fuerza.

La evolución llevó a la necesidad de convivencia social en la que, muy lentamente, principios casi instintivos crearon un derecho basado en una ética moral aceptada en el espacio y en el tiempo de su vigencia. Las necesidades impulsaron al hombre y lo obligaron a convivir con sus semejantes. Cuando se formaron las primeras comunidades, los instintos rudimentarios se volvieron necesarios. Entonces, comenzaron los reglamentos.

Como nos cuenta Coulanges, las creencias y cultos a los muertos y los dioses se remontan a tiempos que no podemos recomponer históricamente. Este culto se cumplió a través de criteriosas normas de conducta que, en cuanto se puede determinar, integraban las costumbres de la gente, a partir de las familias, con sus dioses que formaban parte de los llamados "Lares" (4).

De esta religiosidad nacen las instituciones como el matrimonio y el derecho sucesorio, cuyos efectos y sanciones por sus violaciones fueron meramente morales y éticos. No había aún norma con consecuencias civiles. Incluso el derecho a la propiedad privada, que surge luego, estaba implícito en la religiosidad, porque el "dios" de la familia, así como sus muertos, quieren tener un "domicilio fijo", razón que habría llevado al hombre a abandonar la vida nómada y asentarse en un solo lugar.

Lo que representa el derecho en la Antigüedad sobre la dualidad que se instala entre el derecho natural, y lo que más tarde sería conocido como derecho positivo, puede ser ejemplificado por los escritos de Sófocles. Todos conocemos la historia mitológica de Antígona: violando el decreto de Creonte, a la noche cumple los ritos funerarios de su hermano, para que su alma no quede errante sobre la tierra. En el juicio, en su defensa, afirma que ni siquiera Creonte puede derogar las leyes de Zeus.

Al hombre de la sociedad organizada bajo la mitología primitiva le correspondía cumplir su destino trazado por los dioses. Por más que lo haya intentado, Edipo no puede escapar de su destino: mató a su padre y se casó con su madre. El destino era la ley de la vida, fuera de control como la llegada del invierno y el amanecer.

Este hombre no era ni siquiera consciente de su capacidad de construir conocimiento, de construir historia. Vivía en un mundo que le era dado, incuestionable. La elaboración de los primeros reglamentos, con los rudimentos de derechos y obligaciones, tal vez fue una de las primeras elaboraciones del hombre que descubría la racionalidad y se liberaba del "destino".

Del orden mitológico de la naturaleza (bajo la encomienda de las leyes de la física), se pasó a la discusión racional de la justicia y, como consecuencia, del derecho. Los estoicos fueron los que, quizás, de la mejor manera, concibieron al derecho natural originado del cosmos, que consiste en la necesidad de cada ser individual de armonizarse con el todo en donde está contenido y del cual forma parte. Así también, para Platón, el derecho es lo que permite la convivencia, sea de hombres buenos o malos. Luego, Aristóteles advirtió que no es suficiente que el derecho permita la convivencia; es necesario que sea justa (5).

Esto ilustra muy bien el conflicto que se instala cuando las normas de los hombres (el derecho positivo) intentan imponerse y oponerse a las leyes naturales; las normas "positivas" creadas por quien tiene el poder, como en el caso de Creonte. En palabras de Mendon a:

Sófocles nos coloca en el medio de un conflicto entre el derecho positivo, representado por el decreto de Creonte, y otras reglas que estarían por encima de él, que serían superiores a él, porque han sido registradas no por los emperadores sino por los dioses en la conciencia de los hombres, desde toda la eternidad(6).

Así, es cierto que el derecho antiguo partió de un derecho natural, que no depende de ningún juicio o plan que el hombre tenga o haga sobre él. No hay ninguna intencionalidad de hacerlo bueno o malo. Está fundado sólo sobre un derecho moral, inmutable y universal, instintivo. El sentido de justicia que deriva de él es así porque así le "parece".

Dicho de esta manera, al hombre primitivo, en tanto sujeto solamente al derecho "natural", la tarea de vivir y de convivir no le presentaba mayores problemas, ya que sólo hacía lo que, instintivamente, entendía como correcto. Este hombre, que sólo andaba por la senda del "bien", no cometía ninguna injusticia y era feliz.

Me parece difícil creer que haya sido así. La supervivencia fue una lucha diaria contra las fuerzas de la naturaleza y contra quienes tenían que convivir, otros seres humanos o animales, todos trogloditas feroces. El derecho que regía era, efectivamente, "la ley del más fuerte", con violencia, crueldad, inhumanidad. Sobrevivir es el primer derecho, es la más básica "ley de la vida". Con relación a ella no hay límite ni remordimiento.

De esta manera, sus efectivos derechos se fueron conquistando contra enemigos que poseían las mismas ansias y las mismas necesidades. Una lucha obligatoria, bajo pena de salir derrotado. Ihering sostuvo que "el nacimiento del derecho, así como el nacimiento del hombre, está siempre acompañado de violentos dolores de parto"(7).

Las necesidades crecían y requerían guerras expansionistas, o de territorio o de dominio económico, lo que hizo aún más importante la lucha por el poder. Los ganadores de entonces, como los de ahora, por el medio que sea -guerras civiles, nacimientos privilegiados, respaldados por el otorgamiento de un poder divino-, adquirieron el derecho de hacer las leyes (derecho positivo) que debían regular las relaciones sociales.

Ihering enseñó que "la vida del derecho es la lucha, la lucha de pueblos, de gobiernos, de clases, de individuos (...) el derecho, en su movimiento histórico, se nos presenta en un marco de reflexiones, de luchas y combates; en resumen, de penosos esfuerzos"(8).

En este mismo contexto, en la línea de lo que cuenta Coulanges, cuando se forman las ciudades y éstas comienzan a escribir sus leyes, el que tomó para sí la tarea "... halló un derecho ya establecido, viviendo enraizado en las costumbres, fortalecido por la adhesión unánime" (9). El que hace las leyes es el estrato social superior, que tiene derecho a mandar por haber ganado la batalla de la vida. Así, tanto ayer como hoy, las leyes son expresión de poder, el resultado de intereses e ideologías dominantes.

En Popper podemos encontrar una declaración que, en mi opinión, consiste en una verdad indiscutible: "Nuestra civilización occidental tiene su punto de partida en Grecia. Fue allí, al parecer, donde se dio el primer paso del tribalismo al humanitarismo" (10). También creo que es importante, en esta evolución del derecho, lo que prevé Aristóteles con relación a las leyes en la búsqueda de la justicia, después de enseñar que "Lo justo, por tanto, es en cierto sentido un medio término entre la ganancia y la pérdida de las acciones que no se incluyen entre las voluntarias, y consiste en tener una parte igual antes y después de la acción" (11).

La justicia política es en parte natural y en parte legal; son naturales las cosas que en todos los lugares tienen la misma fuerza y no dependen de la aceptación o no, y es legal aquello que al principio puede ser determinado indiferentemente de una manera o de otra, pero después de determinado ya no es diferente [...] Algunas personas piensan que toda justicia es de este tipo, porque aquello que existe en la naturaleza es inmutable y tiene la misma forma en todos los lugares [...] las cosas que son justas no por naturaleza sino por decisiones humanas no son las mismas en todos los lugares, ya que las constituciones no son las mismas (12).

La verdad es que la transformación de los pueblos que vivían en una tribu en una sociedad organizada a partir de órdenes establecidas fue, sin duda alguna, una lucha de clases. Como lo llamó Popper, lo que conocíamos como "sociedad cerrada" se transformó en una "sociedad abierta", donde los individuos son llamados a reflexionar sobre la política, las leyes, sus deseos, en fin, a tomar decisiones personales. Y como complementa Popper: de esta lucha de clases "resultará claro que la transición de la sociedad cerrada a la abierta podría definirse como una de las más profundas revoluciones experimentadas por la humanidad" (13).

Estos cambios a los que aquí me refiero, con base en lo que relata Popper, se vieron reflejados de manera más profunda y radical en las clases más privilegiadas: la nobleza, que tenía el poder y dictaba las reglas. Los avances o logros se hicieron más evidentes sobre quienes hasta aquel momento no gozaban de ningún derecho o privilegio. La caída de un "derecho natural" que éstos no poseían significó su participación en una sociedad que ahora se mostraba "abierta", aunque organizada por normas producidas y aceptadas por los propios hombres. Un claro ejemplo de esta realidad lo encontramos en el Imperio romano, a pesar de la evolución que promovió en el derecho. Ahí, había leyes para los ciudadanos romanos y leyes para los extranjeros, con evidentes privilegios para los primeros.

Una gran parte de estos logros se produjeron en función de la expansión de un comercio antes restringido a las pequeñas comunidades, y las navegaciones (14) que hicieron que el hombre descubriera que no estaba solo y podía intercambiar experiencias y conocimientos, además de productos, mercaderías y víveres. Esta conquista, por parte de los hombres comunes, que pasaron a ser considerados y escuchados en una "comunidad democrática", terminó por poner en jaque a la oligarquía ateniense. Esta democracia condujo a la guerra del Peloponeso, donde los atenienses lucharon contra la oligarquía, aun tribal, de Esparta. La expansión del comercio también creó la necesidad de regular el curso de los negocios, algo similar a lo que hoy se denomina "seguridad jurídica" de las relaciones comerciales.

Popper relaciona las tendencias totalitarias de la actualidad con lo que había en Esparta, para afirmar que se distancian muy poco. Afirma que "la revolución espiritual y política iniciada con el derrumbe del tribalismo griego alcanzó su culminación en el siglo V, con la explosión de la guerra del Peloponeso" (15).

Pero si queremos seguir siendo humanos, entonces sólo habrá un camino, el de la sociedad abierta. Debemos proseguir hacia lo desconocido, lo incierto y lo inestable sirviéndonos de la razón de que podamos disponer, para procurarnos la seguridad y libertad a que aspiramos (16).

A lo largo de la historia de los pueblos y del derecho, la religiosidad desempeñó un papel fundamental. Según lo afirma Prodi, "Justamente en su esfuerzo por construir su ordenamiento, la Iglesia proporciona una legitimación para una desacralización no sólo del poder político, sino también de la administración de justicia, el foro"(17).

En la civilización greco-romana cristiana occidental, el concepto de derecho natural, como inspirador de la ley positiva, salió del mundo cósmico y fue a la "mente divina". Abbagnano sostiene lo siguiente: "No es de extrañar, por lo tanto, que los juristas medievales hayan considerado el don natural exactamente como un instituto o una tendencia innata, que ellos interpretaron como señal o marca puesta en el hombre por Dios" (18).

Esta idea también fue discutida por Hobbes en su libro Leviatán (19). Aunque Hobbes afirmó que sólo los soberanos podrían ser los legisladores en su territorio, también reconocía que Dios era el soberano de todos los soberanos. Producto de esta concepción según la cual el derecho natural es el que deriva de un pensamiento cristiano, permanece hoy en día un pensamiento iusnaturalista que entiende que éste es superior al derecho positivo y, en caso de conflicto entre las dos corrientes, debe prevalecer aquel que consagra, por encima de las reglas normativas, las reglas que transmiten valores éticos y morales.

Como sostiene Mendon a, los romanos pragmáticos "veían al derecho como un conjunto de reglas incluidas en un todo mayor, que eran las leyes de la naturaleza" (20). Por lo tanto, los romanos creían que las normas no estaban sólo en las leyes dictadas por los que tenían el poder, ya que había otras reglas que estaban por encima de éstas. Al decir de este autor, "el derecho sería apenas un capítulo en toda la legislación natural, y tendría por fin conducir al hombre a la justicia" (21). Ahora bien, el derecho había acompañado el desarrollo del hombre y la evolución de las comunidades, sociedades, ciudades y Estados, siempre en la búsqueda de la felicidad, que para muchos se encontraría por el énfasis en la verdadera igualdad, y para otros por el énfasis en la libertad.

### 3. Aparición del derecho positivo.

Al referirse a las leyes, Hobbes establece que las leyes civiles son las reglas que el Estado impone, a través únicamente de su soberano y que se aplican a todos los súbditos. Éstas pueden ser "las reglas de lo justo y de lo injusto, no habiendo nada que sea reputado injusto sin ser contrario a alguna ley" (22). De este modo, admite las costumbres prolongadas como leyes, en razón de la voluntad expresa del soberano o ante su silencio: "... tal costumbre sólo continúa siendo ley en cuanto el soberano mantiene ese silencio" (23).

La ley natural y la ley civil se contienen una a la otra, y su extensión es idéntica. Así, las leyes naturales, que consisten en la equidad, la justicia, la gratitud en otras virtudes morales dependientes de éstas, la condición de mera naturaleza [...] no son propiamente leyes, sino cualidades que predisponen a los hombres a la paz y a la obediencia(24).

En otras palabras, aunque Hobbes tenía muy en cuenta el derecho natural, fue sin embargo un positivista. Porque entendió que las leyes naturales eran consideradas inmutables y las leyes civiles eran aquellas que fueron erigidas para regular la convivencia social y que fueron dictadas por el soberano, que se sometía a las leyes naturales, puesto que era el "dueño" de las leyes civiles.

Según Bobbio, el positivismo jurídico nació como un esfuerzo para transformar el estudio del derecho en una verdadera ciencia, cuya característica mayor sería su "avaloratividad" (25), con una clara distinción entre los juicios de hecho, objeto de esta ciencia de juicios de valor, que estarían completamente excluidos del campo científico. El positivista pasa así a estudiar un derecho real sin preocuparse por el derecho ideal. Así, el iuspositivismo contrasta frontalmente con el iusnaturalismo, toda vez que para este último la valoración de la norma, es decir, el derecho ideal, debe formar parte del estudio del derecho. Acerca de esta búsqueda, Kant afirmó lo siguiente:

La libertad (independencia del arbitrio de otro), en la medida en que pueda subsistir con la libertad de todos, de acuerdo con una ley universal, es ese derecho único, primitivo, propio de cada hombre, por el simple hecho de ser hombre. La igualdad natural es la imposibilidad moral de ser obligado por los demás a más cosas de aquellas a las que los otros están obligados con respecto a nosotros...(26).

Por eso, para Kant, el deber verdadero y, como consecuencia, la ley mejor es la que nosotros podemos universalizar, es decir, desear aplicar a todos sin distinción. Más adelante añadió: "Todos los deberes son, o deberes de derecho [...] esto es, deberes tales que su legislación puede ser exterior, o deberes de virtud [...] que no son susceptibles de semejante legislación" (27).

En el siglo XX, el derecho sufrirá un duro enfrentamiento entre sus concepciones, al ser creado e instalado el Tribunal Internacional de Núremberg para juzgar los crímenes de la Segunda Guerra Mundial cometidos por los nazis. Dicho tribunal dividió a los juristas, por más que todos recriminaran las barbaries allí practicadas. Nelson Hungria, por ejemplo, tal vez el más grande jurista/penalista que Brasil haya conocido, uno de los autores del anteproyecto del Código Penal brasileño promulgado en 1940, fue un crítico apasionado del juicio de Núremberg. Dado que era extremadamente positivista, por esta convicción no pudo admitir el juicio y la aplicación de penas no previstas y, aún más, con carácter retroactivo. En sus propias palabras:

El Tribunal de Núremberg ha de quedar como una mancha de la civilización contemporánea: ha hecho tabula rasa del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* (con un improvisado plan de juzgamiento, de efecto retroactivo, incriminó hechos pretéritos e impuso a sus autores "obligaciones" y penas puramente arbitrarias); desatendió el principio de "territorialidad de la ley penal", estableció la responsabilidad penal de individuos participantes de tales o cuales asociaciones, aun sin que guardaran relación con los hechos imputados; funcionó en nombre de los vencedores, que habían cometido los mismos hechos atribuidos a los acusados; sus sentencias eran inaplicables, incluso cuando decretaban la pena de muerte (28).

En la exacta posición contraria, encontramos a Radbruch, a quien dedicaré un nuevo y exclusivo título más adelante. Este autor defendió incondicionalmente la justicia practicada en Núremberg. En verdad, con una visión estrictamente objetiva, se puede afirmar que en aquel tribunal se produjo un enfrentamiento entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. De este enfrentamiento resultó ganador este último, aunque el fundamento para imponer las penas por los delitos cometidos a los acusados haya sido, según Radbruch, la utilización del sistema estadounidense del *common law*, que no exige que las leyes sean expresas, toda vez que el derecho se construye exactamente con los precedentes judiciales.

Pero no sólo eso. La gran mayoría de juristas a favor del juicio ocurrido en Núremberg efectivamente adoptó justificaciones supralegales y supranacionales sin ningún origen positivo, sólo en un sentido de justicia inherente al hombre. En ese caso, ante leyes concretas, claras y válidas, pero moralmente injustas, Hart escribió:

El castigo de ellos puede ser visto como socialmente deseable y, sin embargo, para lograr esto mediante la legislación retroactiva, tornando criminoso lo que era permitido o incluso exigido por el derecho del régimen anterior, puede ser

difícil, en sí moralmente odioso o, tal vez, imposible [...] Puede parecer muy tentador decir que las leyes que se asociaran a inequidades o las permitieran no deberían ser reconocidas como válidas, o no deberían tener una calificación de derecho, incluso si el sistema en que fueran promulgadas no reconociera ninguna restricción a la competencia legislativa de su poder legislativo. Fue de esa forma que los argumentos del derecho natural fueron resucitados en Alemania, después de la última guerra...(29).

Por lo tanto, aunque el derecho positivo se proclame autónomo, es decir, construido por el libre albedrío y teóricamente consensuado entre los pueblos, me parece que, en cuestiones claves, no puede dejar de buscar referencias en algo que, supuestamente, se puede validar en todo momento y lugar. Esta discusión ya existió entre Sócrates y los sofistas. El primero creía y buscaba "principios universales y conceptos inmutables", mientras que los segundos argumentaban que la moralidad y la justicia son construcciones meramente contractuales de las distintas sociedades. Por eso, las leyes son tan diferentes entre los pueblos, sin que podamos tildar unas como correctas y otras como erradas.

Aunque es innegable que el libre albedrío, la voluntad, los intereses y las creencias están presentes en la elaboración de leyes en tanto proceso histórico, parece que tampoco hay duda de que, al menos inconscientemente, la sociedad busca de alguna forma ser fiel a ciertos arquetipos implícitos generados -y ésta es la discusión que permanece- en su racionalidad y su sensibilidad. Así, me parece que el debate no está terminado, y el caso Núremberg sigue siendo emblemático.

#### 4. El derecho como poder.

Resulta bastante claro que el derecho construido por el hombre, que más tarde pasó a llamarse "derecho positivo", es la consecuencia de la necesidad de sobrevivir y de la lucha por el poder. Desde los comienzos, hay quienes mandan y quienes obedecen; siempre ha sido así y siempre lo será. Por lo tanto, resulta necesario examinar un poco esta lucha de y por el poder.

Como fue mencionado, al integrarse en sociedad, el hombre se vio obligado a elegir o simplemente aceptar que alguien ejerciera el mando, puesto que hasta los animales tienen un líder o guía. A través de su propia historia o por historias, llegamos al conocimiento de las diferentes formas de elección de los jefes: por mérito, peleas, conocimiento, liderazgo, por edad, pero siempre como una recompensa por hechos o actos que así lo calificaban.

La búsqueda de poder siempre ha sido belicosa. Con cada nuevo mando, nuevas reglas pasan a entrar en vigencia y es cierto que no todas tuvieron el consentimiento de los subordinados. Las leyes fueron órdenes impuestas que generaron revueltas capaces de imponer nuevos órdenes. Los perdedores se levantaban contra la opresión indeseada de las leyes y luchaban contra ellas, a veces escapando de sus tentáculos por la astucia, donde pueden sacar ventaja del estatus. Como bien afirma Kant:

Las ciudades, en su estado natural, tienen derecho de hacer la guerra, como un medio lícito de sustentar su derecho por la fuerza [...] El derecho durante la guerra es una parte del derecho de los pueblos que está sujeta a grandes dificultades, incluso para formar simples nociones de él, y para concebir una ley en ese estado privado de leyes [...] hacer una guerra de acuerdo a principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural de los pueblos [...] y entrar en un estado jurídico (30).

Cárcova afirma con propiedad y fundamento:

El discurso del derecho es el discurso del poder. A través de él se instituyen órganos, se consagran prerrogativas, se constituye a los sujetos. A través de ese discurso se consagra, se sacraliza y se reconduce el poder. [...] El papel del derecho, pues, depende de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social. En manos de los grupos dominantes, constituyen un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados, un mecanismo de defensa y contestación política (31).

Así, en la práctica, la ética se desarrolla en una lucha entre la clase superior, que impone las leyes, y las clases bajas que deben aceptarlas; lucha entre los "jueces" que establecen la culpabilidad y dan órdenes, y los juzgados culpables, que son condenados si no cumplen (poder coercitivo).

La necesidad de un reglamento se impuso como forma de mantener la estabilidad y la continuidad de las organizaciones sociales. Aunque de manera muy elemental, el derecho positivo nace con las comunidades organizadas. Los que ejercían el poder de mando sólo permanecían en el poder con leyes menos agresivas, aun cuando eran coercitivas; y los que obedecían, con un poco más de conciencia y conocimiento, pasaron a hacerlo más espontáneamente, convencidos de las relaciones sociales cuando experimentaron las ventajas de vivir en orden. Ya lo afirmó Hobbes:

Damos el nombre de Estado por adquisición a aquel en que el poder soberano fue adquirido por la fuerza. Y tal poder es así adquirido cuando los hombres, individualmente o en grandes números y por pluralidad de votos, por medio de la muerte o el cautiverio, autorizan todas las acciones del hombre o asamblea que tiene en su poder sus vidas y sus libertades. [...] La validez de los pactos sólo comienza con el establecimiento de un poder civil suficiente para obligar a los hombres a cumplirlas (32).

Por su parte, Hart sostiene una postura muy apropiada y con la cual encuentro afinidad:

La reflexión sobre este aspecto de las cosas revela una verdad tranquilizante: el pasaje de una forma simple de sociedad, en la que las reglas primarias de obligación son el único medio de control social, hacia un mundo jurídico con su poder legislativo, tribunales, funcionarios y sanciones, todos organizados de forma centralizada, trae ganancias apreciables, con un cierto costo. Las ganancias son la adaptabilidad al cambio, la certidumbre y la eficiencia, y son inmensas; el costo es el riesgo de que el poder organizado de forma centralizada pueda ser usado para la opresión de un número de personas, sin el apoyo de las cuales esto puede suceder, mientras que según el régimen más simple de reglas primarias no habría podido. Debido a que este riesgo se ha materializado y puede acontecer, la pretensión de que hay otro modo por el cual el derecho debe conformarse junto con la moral, más allá de lo que se presenta como contenido mínimo del derecho natural, precisa un análisis más cuidadoso (33).

5. ¿Ser positivista o iusnaturalista?.

Raúl Gustavo Ferreyra sostiene lo siguiente:

El hombre forma parte del mundo natural, porque es producto o resultado de la naturaleza o su evolución [...] La naturaleza no dispone, entre sus uniformidades y regularidades, de ningún modelo moral y/o jurídico. El Derecho es una eminente creación de la razón y experiencia del hombre, por tanto es él quien introduce un nuevo patrón o sistema a la naturaleza, que le ha dado la posibilidad de que viva en el mundo.

[...] El Derecho puede ser visto y entendido, pues, como un hecho social, cuyo discurso instrumenta la arquitectura social, dando contenido a las pautas que requiere la organización y aplicación de la fuerza estatal que disponga llevarla a cabo. A partir de tal lectura de ese fenómeno complejo que configuran los sistemas jurídicos, sus propiedades más relevantes consisten en normas y prácticas prescriptivas (34).

En palabras de Lhering, "Defender el derecho es, pues, un deber moral de autopreservación [...] El derecho, sin embargo, es nada más que la suma de sus institutos, asumiendo todos una condición única, física o moral, que condiciona su existencia" (35). En la raíz del mundo conceptual indoeuropeo, encontramos el concepto previsto por Prodi:

... orden como noción fundamental simultánea al universo religioso, físico, moral y jurídico: es la orden que regula las relaciones entre los hombres como entre los astros. Dejemos de lado, por lo tanto, los grandes temas de la formulación de la doctrina de la ley natural o el derecho natural de los grandes pensadores de la Grecia antigua: de ellos tomamos apenas la idea de que el orden político debe coincidir con el orden natural (36).

Vemos, pues, que los autores modernos, en el corazón de la cuestión, "en la idea", buscan inspiración en los estoicos Platón y Aristóteles, como ya se ha mencionado. Todo sería más fácil si yo me convenciera de que el positivismo responde a mi concepto de derecho. Sería una cuestión solamente de adherir a todo lo que ya -y con razón- fue escrito sobre el tema. Después de todo, la tesis de Kelsen es prácticamente irrefutable. Sin embargo, aunque estoy de acuerdo con mucho de lo que elaboran Kelsen y otros autores, no me parece suficiente o, mejor dicho, no me satisface. Para mí, el derecho no es sólo una norma.

La norma jurídica no puede cubrir todos los actos y hechos de nuestra realidad actual. Hay tantas lagunas como normas

existen. Y cómo llenar estas lagunas si no a partir de valores, a los cuales puedo llamar principios éticos o morales, o incluso costumbres comúnmente aceptadas. Principalmente, cuando pienso en el derecho y el sistema de leyes como instrumentos de justicia, el positivismo legal acrecienta sus debilidades. La justicia es más amplia, más compleja, más profunda. Compruebo, entonces, que lo "justo" no cabe en lo "legal". A su vez, la ley sólo tiene efectivamente "poder" cuando goza de aceptación por parte de la sociedad. En Brasil, tenemos un gran número de normas que en el dicho popular "no sirven"; en otras palabras, a pesar de estar vigentes y efectivas, no encuentran la legitimidad necesaria para ser aplicadas.

¿Qué sucede con las "normas injustas"? Ellas existen, en efecto existen. Inclusive, precisamente porque existen es que pretendo, en el estudio de mi tesis, buscar los fundamentos que permitan de alguna forma o incluso obliguen al Poder Judicial, en rigor a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a producir normas capaces de acercar el derecho a la justicia.

Por lo tanto, sin negar los méritos del positivismo legal, prefiero compartir la tesis de mi compatriota Miguel Reale, para quien el derecho es hecho, valor y norma. Entonces ¿la solución es unirse al iusnaturalismo? Está claro que no me resulta demasiado conveniente ni agradable, tampoco satisfactorio. No sería posible "administrar" la humanidad a través de normas de derecho natural. Como se indicó en otro lugar, no es posible concebir que al tiempo en que sólo las normas consuetudinarias, morales o éticas regían la sociedad, había paz y el hombre era más feliz. ¡Muy por el contrario! Según Hart, mientras el hombre es regido por el derecho natural, por más que se presuma un mínimo de aceptación común, difícilmente se logra obtener la generalidad (37). No puede abarcar a todos y tampoco establecer principios que todos estén dispuestos a observar. La verdad es que el orden positivo fue y sigue siendo cada vez más necesario, porque otorga seguridad, igualdad y previsibilidad al juicio de los actos humanos.

No obstante, es preciso reconocer que debe ser reservado, dentro del contexto de las leyes positivas, un espacio para otros órdenes, que no podemos negar que existen, y que se adaptan a las exigencias más instintivas del hombre y de las cuales jamás podrá prescindir o alejarse. Las reglas que sugieren al hombre que trate a sus iguales con respeto y cortesía, aunque no escritas, son inescindibles de la convivencia pacífica de la humanidad.

Y ¿por qué no están escritas? Porque no es necesario escribirlas. Cualquier hombre con sentido común sabe que hay un deber de urbanidad. Hay un verdadero "código de ética" que viene siendo cumplido por la mayoría de la humanidad, salvo los terroristas y criminales. Esto es cada vez más notorio, especialmente en estos tiempos en que estamos expuestos por el poder cibernético, donde nada, o casi nada, se oculta.

Hablando de Hart, quiero hacer más sus palabras cuando escribe:

Por lo tanto, no puede ser seriamente discutido que el desenvolvimiento del derecho, en todos los tiempos y lugares, de hecho haya sido profundamente influenciado, ya sea por la moral convencional, ya sea por ideas de grupos particulares, o incluso por formas de crítica moral iluminada y sostenida por individuos cuyo horizonte moral trascendía la moral comúnmente aceptada [...] un sistema jurídico debería mostrar alguna conformidad específica entre la moral y la justicia, o reposar sobre una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo [...] Aunque esta proposición pueda, en cierto sentido, ser verdadera, no se colige de ello que los criterios de validez jurídica de las leyes concretas usadas en un sistema jurídico deban incluir, de forma tácita, una referencia a la moral o a la justicia(38).

Hart aclara que parte de un positivismo jurídico según el cual "no es una verdad necesaria que las leyes reproduzcan o satisfagan ciertas exigencias de la moral, aunque a menudo, en efecto, lo han hecho"(39). Luego, afirma que el positivismo jurídico ha sido rechazado, y pasa a analizar las razones de ese rechazo. A continuación, al analizar lo que él denomina el "contenido mínimo" del derecho natural, y suponiendo que la supervivencia del hombre es un fin en sí mismo, afirma lo siguiente:

... el derecho y la moral deberían incluir un contenido específico [...] Sin tal contenido, el derecho y la moral no pueden apoyar el desenvolvimiento del propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen, al asociarse unos con otros. En la ausencia de este contenido, los hombres, tal como son, no tendrían una razón para obedecer voluntariamente a cualquier regla; y, sin un mínimo de cooperación dada voluntariamente por aquellos que consideran que sus intereses deben someterse a esas reglas, y mantenerlas, sería imposible la coerción de los otros que no se conformasen voluntariamente con tales reglas...(40).



El derecho natural está muy bien representado por Hobbes en su Leviatán. El hombre, en su "estado de naturaleza", es egoísta como en la vida animal: vive de acuerdo con sus pasiones e intereses, en conflicto constante. Sin embargo, este hombre se da cuenta de que es necesario un control y un mando, para dominar al "hombre que es lobo del hombre". En este contexto, Hobbes "crea" un hombre artificial que renuncia a su libertad a favor de un tercero, que podrá cuidar mejor de sus intereses y necesidades. Aquí se encontraría el embrión del "contrato social" de Rousseau (41), pero al mismo tiempo pone en jaque su teoría del "noble salvaje".

Las reglas de la ley natural, según Leviatán, se basan en la razón, pero en ese contexto resulta necesaria la existencia de un Estado y de un poder absoluto, soberano. Para que ese Estado se constituya es necesario que los hombres así lo quieran y, aún más, que esos mismos ciudadanos renuncien a su derecho natural de libertad y de autodefensa, transmitiendo esta responsabilidad al soberano que asume el deber de garantizar la paz social. Podría decirse que, según Hobbes, el hombre debe buscar la paz, cumplir los pactos que celebre, ser agradecido, complaciente, ejercitar el perdón y no declarar odio o desprecio; tomar más en cuenta la paz futura que el mal del pasado, reconociendo que los demás son sus iguales por naturaleza.

Después de afirmar que "la facultad de juicio en general es la facultad de pensar lo particular como contenido en lo universal" (42), Kant afirma que "un ser racional no debe concebir a sus máximas como leyes prácticas universales, sólo debe concebirlas como principios que determinan el fundamento de la voluntad, no según la materia, sino en la forma"(43).

Para Kant, la voluntad sólo podría determinarse por las máximas legislativas. No se debe confundir la voluntad con la ley que guía los fenómenos naturales, ya que la voluntad es la realización de la independencia, de la libertad del hombre. La ley moral es el deber del hombre y es imposible escapar de ella. La conciencia de este deber está demostrando ser la razón que hace cumplir las leyes (reglas) morales y que la libertad permite al hombre actuar según su conciencia. En sus propias palabras:

Admitiéndose que la razón pura pueda encerrar en sí un fundamento práctico, suficiente para la determinación de la voluntad, entonces hay leyes prácticas; pero si no se lo admite, entonces todos los principios prácticos serían meras máximas [...] Todos los principios prácticos materiales son, como tales, sin excepción, de una misma clase, perteneciendo al principio universal del amor a sí mismo, o sea, la felicidad propia(44).

El filósofo alemán concluye: "La razón pura es su propia práctica, proporcionando [al hombre] una ley universal que llamamos ley moral" (45). Para Kant, que tuvo gran influencia sobre todo el pensamiento europeo posterior, el hombre tiene un sentido moral interior que proviene de su racionalidad. De este sentido moral deriva la noción del deber, cuya expresión práctica está en el derecho.

## 6. Las diferentes maneras de explicar el derecho.

Lo que he observado en los estudios desarrollados, con la meta de poder formar mi propio concepto del derecho, es que no todo está explicado y resuelto con la adhesión a la corriente iusnaturalista o iuspositivista. Kant postula una división del derecho -hasta hoy no desmentida- de una manera sencilla: "El derecho, como ciencia sistemática, se divide en derecho natural, que se funda en principios puramente a priori, y en derecho positivo (regulador), que tiene por principio la voluntad del legislador" (46).

Es posible definir el derecho natural como aquella corriente jurídica que defiende que la ley, para ser "ley", debe ser conforme a la justicia. Como afirma Bobbio, en ese caso sólo sería posible aceptar como derecho "únicamente lo que es justo":

Si la justicia fuese una verdad equivalente o por lo menos demostrable, como una verdad matemática, de modo que ningún hombre pudiese tener dudas sobre lo que es justo o injusto [...] si la distinción entre lo justo y lo injusto no es universal, es preciso plantear la pregunta: ¿a quién compete establecer lo que es justo o injusto?(47).

Hobbes sostiene:

El derecho natural, al que los autores generalmente llaman ius naturale, es la libertad que cada hombre tiene de utilizar

su poder como bien le convenga, para preservar su propia naturaleza, esto es, su vida; y consecuentemente, es la libertad de hacer todo aquello que, según su juicio y razón, es indicado para lograr ese fin (48).

De esta primera ley fundamental deriva la segunda:

El hombre debe estar de acuerdo con la renuncia de sus derechos sobre todas las cosas, contentándose con la misma libertad que permite a los demás, en la medida en que considera tal decisión necesaria para la manutención de la paz y de su propia defensa [...] Renunciar al derecho a algo es lo mismo que privarse de la libertad de negar al otro el beneficio de su derecho a esa misma cosa (49).

Así, mientras que para el iusnaturalista una norma sólo es válida si es justa, para el positivista la norma sólo es justa si es válida. Kant explica el positivismo en los siguientes términos: "el conjunto de leyes susceptibles de una legislación exterior se llama teoría de derecho, o simplemente, derecho (jus). Cuando esa legislación existe, forma la ciencia del derecho positivo" (50).

Para Ihering, "En el sentido objetivo, es el conjunto de leyes fundamentales editadas por el Estado, o sea, el ordenamiento jurídico de la vida, y en el sentido subjetivo, es la actuación concreta de la norma abstracta en el derecho específico de determinada persona" (51). Desde esta perspectiva, la justicia confirma la validez de la norma; mientras que, para los iusnaturalistas, lo que confirma la validez de la norma es su justicia. Mientras que el derecho positivo es elaboración y construcción, el derecho natural es descubierto como una sensata interpretación de algo a priori existente, sea en el orden cósmico, sea en la razón, o en la mente divina. Ahora bien, los estudiosos trajeron a la luz diferentes formas -o fórmulas- para explicar el derecho.

En primer lugar, cabe destacar a Cossio, cuyos estudios pude conocer a través de Vilanova, durante un tiempo su seguidor y creador de un nuevo título para su construcción de derecho: la neoeología. Cossio ha desarrollado una nueva idea del derecho, llamada "teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad"; según Vilanova, "... donde reinterpretaba el normativismo kelseniano como lógica jurídica y exponía sus propias ideas: la conducta humana misma (y no la norma) es el objeto de estudio de los juristas"(52).

La conducta humana sería el elemento básico en el estudio del derecho, sin perjuicio de no abandonar los preceptos de Kelsen. Sin embargo, mientras Kelsen utiliza en su construcción la ontología (esencia), Cossio propone una teoría deontológica (de valor). También critica el hecho de que Kelsen valora excesivamente la sanción como elemento esencial para el cumplimiento de las normas.

Mientras Kelsen se encargó de la norma "deber ser", Cossio se ocupó de la conducta humana. Nosotros, y hablo a partir de mí misma, debemos considerar que no podemos despegar la idea de derecho de la idea de justicia. Mientras Kelsen, de alguna manera, da prioridad a la eficiencia del derecho para producir justicia, Cossio pone el foco en la conducta humana respecto de su adecuación al derecho.

Kelsen partía de la máxima "incumplida la obligación, debe haber sanción", a la cual Cossio añade otro elemento, un sujeto (juez) capaz de aplicar dicha sanción, porque el incumplimiento o la ilicitud no genera automáticamente sanción. Sancionar no es consecuencia automática aplicable. Así, mientras que para Kelsen el derecho se identifica con la norma, para Cossio la identificación es con la conducta del hombre, para quien el derecho es una idea y no un concepto. Vilanova afirma que Cossio, por culpa de sus creencias políticas, terminó irritando a los sectores influyentes de la Curia, a los liberales, a los antiperonistas y los peronistas, todo por el deseo de restaurar parte de las ideas de Marx en su tesis.

La egología es "un iuspositivismo realista de valor". En palabras de Vilanova, la "teoría egológica del Derecho" construida por Cossio "trató prácticamente todos los temas de las disciplinas conocidas entre nosotros como teoría general y filosofía del derecho: la conducta, la norma, los valores, la relación entre norma y conducta, la positividad, la vigencia, la validez, la lógica jurídica..."(53).

Luego de enumerar las características de egología (54), Vilanova aclara lo siguiente:

La definición de la egología como iuspositivismo realista valorativo la inserta con identidad propia en el debate iusfilosófico. Reivindico nuevamente para Cossio el mérito de haber sido el primero en definir de ese modo el campo de

la teoría jurídica e invito a todos los juristas e teóricos que se sientan atraídos por esta forma de pensar, a quienes se resisten a ver el derecho como algo sin lugar y sin tiempo, como (puras) normas y como (pura) naturaleza o hechos brutos, a considerar las cinco tesis como un buen punto de partida (55).

Cossio es criticado cuando intenta poner la norma y la moral, al mismo tiempo, como el objeto de su tesis, porque, en la verdad, intenta ajustar el iuspositivismo y iusnaturalismo en el mismo caso. Esta idea desarrollada por Cossio, y mejorada por Villanova, no prosperó, ni en la Argentina ni en Brasil, aunque he encontrado aquí algunos pocos seguidores, como Antonio Luiz Machado Neto, jurista y sociólogo bahiano, profesor de las Universidades de Bahía y Brasilia, prohibido por el régimen militar que se instaló en 1964. De alguna manera, el trabajo y las ideas de Machado Neto tienen hoy en Brasil quizás una sola seguidora y discípula: Marília Muricy.

También he encontrado referencias a la teoría egológica de Cossio en Cárcova: "Cossio lució una inteligencia aguda, una información muy vasta y una prospectiva científica que le permitió plantear o insinuar [...] las cuestiones que articulan política y derecho o ideología y derecho" (56). Cárcova también hace referencia al "encuentro" de las ideologías de Cossio con las ideas de Marx, como ya he mencionado anteriormente. Según este autor, Cossio se habría apoyado en Marx "para producir algunos esclarecimientos jurídicos que no podrían haberse alcanzado sin sus enseñanzas" (57). Cossio hace, en verdad, según Cárcova, una reinterpretación existencial del marxismo. Sin embargo, aunque elogia el trabajo de Cossio, al final Cárcova afirma que se trata de "una visión que no compartimos y que tiende a desaparecer del horizonte de sentido de la filosofía social, política y jurídica de nuestra época" (58).

En segundo lugar, también cabe destacar la llamada Escuela realista del derecho. Aunque esta escuela puede considerarse como positivista, sus seguidores como Karl Llewellyn y Jerome Frank, incluso Alf Ross, Holmes y otros, no están satisfechos con la visión del derecho como mero sistema jurídico compuesto de estándares válidos. Según ellos, es necesario que se introduzca también el elemento de eficiencia y justicia, porque el derecho es también un hecho social. La norma jurídica tiene validez únicamente si reúne condiciones de ser efectivamente aplicada, atributo al que se denomina "eficacia". Bobbio afirma que esta doctrina se puede resumir así: "El derecho es el conjunto de reglas que son efectivamente seguidas en una determinada sociedad" (59). Bobbio critica a sus seguidores, exactamente por la "confusión" que crean alrededor de la pretendida "eficacia de la norma". En sus propias palabras:

Al hablar de eficacia, los realistas se refieren al comportamiento de los jueces, de aquellos que deben hacer respetar las reglas de conducta impuestas a los ciudadanos. Las normas jurídicas son, pues, aquellas que los jueces aplican en el ejercicio de sus funciones, vale decir, en dirimir las controversias (60).

Particularmente, la doctrina realista es de mi agrado en lo relativo a la aplicación efectiva del derecho por los jueces, la verdadera norma jurídica. Sin embargo, no me parece correcto despreciar los demás conceptos. El derecho que estoy construyendo a través de este estudio no es excluyente. En cada una de las teorías y construcciones, hay alguna cuestión que puede ser considerada.

Creo que, si continúo buscando, voy a encontrarme con una infinidad de otras escuelas, teorías, construcciones y numerosas definiciones y conceptos. Cárcova, por ejemplo, reserva gran parte de la obra consultada al "pos positivismo", debido a lo que él llama una "crisis de los modelos paradigmáticos de la teoría jurídica" (61). Así, expone el pensamiento de muchos eruditos contemporáneos para dar a conocer sus teorías, o, mejor dicho, sus conceptos del derecho.

No quiero seguir profundizando, pero no puedo dejar de mencionar la existencia de la teoría, más ética y filosófica que jurídica (62), que fue llamada "utilitaria" o "consecuencialista", para la cual la "ley" buena es la que le hace bien a un mayor número de personas. Acogida y más diseminada en Estados Unidos, tiene como prioridad el bienestar de los individuos y la sociedad, y encontró en Stuart Mill un influyente erudito. Sin embargo, a pesar de reconocer que el derecho debe también considerar su utilidad y sus consecuencias, no puedo creer que sea a través de objetivos tan prosaicos -el bienestar- que pueda llevarse a cabo la búsqueda de la justicia.

Otra manera de explicar el derecho, y ésta me parece más adecuada y más cercana de lo que creo que es mi concepto de derecho, es la de Miguel Reale. Si bien coincido en términos de conceptualización con la afirmación de que "desde el punto de vista formal [...] una norma es una proposición", considerando "por proposición un conjunto de palabras que poseen un significado en su unidad" (63), sin embargo, esto no confiere suficientes atributos a una norma jurídica para ser aceptada, validada y aplicada. Es necesario más. Y ese "más" lo encuentro mientras leo en Reale que "es de la integración del hecho en valor [...] que surge la norma" (64). No es posible concebir uno de los factores independientemente de los demás.

Cuando, por lo tanto, se declara que el derecho debe ser visto como "vida humana objetivada", como "conducta en interferencia subjetiva", o como "experiencia histórico-cultural" [...] es preciso distinguir entre el hecho y el derecho [...] y el hecho en cuanto factor o dimensión de esa experiencia [...] el hecho, en esta acepción particular, es todo aquello que en la vida del derecho corresponde a lo ya dado o ya puesto en el medio social y que valorativamente se integra en la unidad ordenadora de la norma jurídica, resultando de la dialéctica de esos tres factores el derecho como "hecho histórico cultural" (65).

Este punto de vista del derecho, que el autor llamó "Teoría tridimensional do direito", a mi entender no desprecia ni el positivismo ni el naturalismo, sino que busca los datos en ambos para producir una nueva forma de mirar el derecho, dado que no son suficientes la norma ni el valor. Siempre habrá un hecho que dará sustento o buscará una solución. Son los tres elementos inescindibles, por lo que es injusto el debate acerca de la precedencia o antecendencia cronológica de un elemento sobre el otro. La teoría de Reale se distingue de las demás por ser, según el propio autor, "concreta y dinámica". Sus tres elementos son inescindibles por su correlación "de naturaleza funcional e dialéctica":

En suma, el término "tridimensional" sólo puede ser comprendido rigurosamente como la traducción de un proceso dialéctico, en el cual el elemento normativo integra en sí y supera la correlación fáctico-axiológica, pudiendo la norma [...] convertirse en hecho, en un momento ulterior del proceso, pero solamente como referencia y en función de una nueva integración normativa determinada por nuevas exigencias axiológicas y nuevas complicaciones fácticas (66).

Reale busca en Lask y Radbruch las razones por las que surgió la Teoría tridimensional toda vez que "ambos todavía aún concebían el mundo jurídico a la luz de la 'Filosofía de valores'"(67), construida como forma de reaccionar contra lo que llamó "el empobrecimiento al que el positivismo había sometido a la imagen de lo real [...] sin siquiera preocuparse por el valor"(68). Más adelante, el autor observa: "Es a esa luz que considero la experiencia jurídica 'una experiencia tridimensional de carácter normativo bilateral atributivo', con los términos hecho, valor y norma indicando los factores o momentos de una realidad en sí misma dialéctica, como es el mundo del derecho"(69).

Así, es cierto que la norma jurídica no puede ser interpretada o aplicada abstrayéndola de los hechos y valores, tanto de los que dieron lugar a su surgimiento como de los que surgen de la aplicación de la norma. Además, la norma no puede estar fuera del contexto de la historia, esencialmente dinámica y dialéctica. Resulta interesante señalar que Reale, en cierto sentido, critica la concepción egológica de Cossio referida supra, pues aquel toma la "(tri)dimensión" en el sentido de mera "conducta en su interferencia intersubjetiva", toda vez que la dimensión para él está en un "sentido evidentemente filosófico, y no físico-matemático".

Por lo tanto, al considerar la experiencia jurídica en su funcionalidad, sólo puede entenderse en términos de normativismo concreto. De este modo, se consustancia en las reglas de derecho toda la gama de valores, intereses y motivos que componen la vida humana, y que el intérprete debe buscar captar, no sólo según los significados privados emergentes de la "praxis social", sino también en la unidad sistemática y objetiva del ordenamiento vigente.

Es preciso complementar esta parte del estudio emprendido, en mi búsqueda por el concepto de derecho, con las ideas de Radbruch, las cuales compartí tan pronto como empecé la lectura. Coinciden con mi forma de pensar sus ideas y sentimientos para demostrar la imposibilidad de cumplir "las leyes" por el mero hecho de ser "leyes"; de que la legalidad, en tanto no comparta sus designios con la justicia, deja de ser obligatoria.

Muchos fueron los comentarios con respecto a un cambio en la postura del autor como consecuencia de las dificultades de la guerra. A mí no me parece importante establecer si Radbruch sólo "adecuó" su pensamiento o si, efectivamente, se convirtió en acérrimo antipositivista. No creo que sea necesario combatir el positivismo para admitir la necesidad de tomar en consideración la existencia de principios y valores superiores a los ordenados por la ley.

La letra de la ley, inevitablemente, en algún momento es interpretada por el jurista, por el operador de derecho. En la aplicación del derecho está implícito un "juicio", y no hay juicio sin valores, sin ideología, sin conceptos (o prejuicios). La buena técnica jurídica nunca será un acto mecánico; si así fuera, el derecho no sería un hecho social.

También recurrí a Alexy, quien cuestiona si para Radbruch la violación de los criterios éticos o morales es capaz de retirar de la norma (ley), o del sistema regulatorio, su carácter jurídico. Alexy mismo concluyó como positivo, ya que demostró que esas transgresiones de la norma habrían superado un "umbral de injusticia", llamado también "argumento

da injusticia". Este "umbral de injusticia" habría sido planeado por Radbruch en la siguiente declaración:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia.(70).

En otras palabras, hay un límite para que se pueda concebir la inaplicabilidad del derecho positivo, de la ley establecida. Y este límite está en la capacidad de sustento de la ley, en la injusticia que en su nombre está o estará comprometida. También es cierto que la dificultad de aplicar la ley positiva es capaz de justificar su anulación. Creo que esta posición es atemporal. Aunque Radbruch ha construido este concepto después de sufrir la violencia de la Segunda Guerra, no significa que hoy no tengamos situaciones en que las injusticias se estén cometiendo en nombre del cumplimiento de la ley. Porque no todas las leyes pueden ser cubiertas por el derecho, y el propio derecho -y mucho más la justicia- estará, muchas veces, por encima de las leyes.

En un pasado muy reciente en Brasil, en nombre del orden impuesto por una dictadura militar y a través de leyes efectivamente positivas, se cometieron crueldades y atrocidades que provocaron que muchos brasileños, todavía hoy, se sientan dolidos. Y no fue diferente en otros países sudamericanos como la Argentina, Chile y Uruguay. En la actualidad, es evidente que, sin las mismas atrocidades, todavía se privilegia la ley a expensas de la justicia.

Coincide exactamente con lo que creo es el derecho su transcripción de la noticia publicada sobre la decisión del Tribunal de Wiesbaden: "las leyes que declaraban transferidas al Estado las propiedades de los judíos estaban en contradicción con el derecho natural y eran por lo tanto nulas desde el tiempo de su promulgación" (71). Aun sobre la culpabilidad de quienes protestaron contra las leyes allí vigentes en la época del nacional-socialismo desplegado por Hitler, se lee en Radbruch:

Ningún juez podía apelar a una ley y dictar sentencia de acuerdo con ella, cuando esa ley no solamente era injusta sino delictiva. Nosotros apelamos a los derechos humanos que están por encima de toda norma escrita, al inalienable e inmemorial derecho que niega validez a las órdenes delictivas de los tiranos inhumanos (72).

Incluso, en cuanto a la responsabilidad de quienes cumplieron ciegamente estas leyes allí vigentes, como los jueces que aplicaron penas crueles a los insurgentes, viene a complementar:

Partiendo de estas consideraciones, creo yo que deben ser acusados aquellos jueces que han dictado sentencias incompatibles con los mandatos de la humanidad, y condenado a penas de muerte por motivos insignificantes (73).

Aún encontramos ejemplos de este orden en otros escenarios, como en la política del Apartheid, que justificó numerosas decisiones legales, pero inadmisibles. La legislación que predominó y condujo a Sudáfrica contenía vicios de concepto insalubres, ya que no era viable la "correcta" aplicación del derecho y de la justicia. Afirma Radbruch:

El positivismo, además, no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes [...] En verdad, toda ley positiva lleva consigo un valor, sin consideración de su contenido: es siempre mejor que ninguna ley, ya que crea al menos seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el valor único, ni el decisivo, que el derecho ha de realizar. Junto a la seguridad encontramos otros dos valores: conveniencia y justicia (74).

Radbruch teje más comentarios sobre los despropósitos del positivismo en sus Cinco minutos de filosofía del derecho:

Las órdenes son órdenes, es la ley del soldado. La ley es la ley, dice el abogado, puesto que hace unos cien años desapareció el último iusnaturalista, no sabe excepciones en este género para la validez de las leyes ni el precepto de la obediencia que los ciudadanos deben [...] A esta concepción del derecho y su validez, la llamamos positivismo, fue lo que dejó indefenso a personas y abogados contra las leyes más arbitrarias, más crueles y más delincuentes(75).

Radbruch tampoco está de acuerdo con la tentativa de aplicar el entendimiento de que el derecho solamente sería lo que es útil para el pueblo, porque al fin y al cabo, incluso si hubo ilegalidades u otras graves violaciones de los principios

éticos o morales, serían admisibles, siempre que el pueblo pudiera sacar ventajas. Una vez más estoy de acuerdo con Radbruch en lo que hace a la competencia para no respetar el orden creado positivamente, cuando se refiere a los jueces. Efectivamente, al tratarse de una función equivalente a la legislativa, cuya tarea pertenece, en el Estado democrático, específicamente a los representantes elegidos para ese fin, también en el Poder Judicial, a quienes les es encomendado por la Carta Magna la posibilidad de "hacer leyes" con carácter subsidiario, esta tarea debe pertenecer sólo a la Corte Suprema.

Hay una cuestión con la cual me preocupo cuando se trata de la violación del orden puesto: ¿Dónde está la línea divisoria entre el deber de cumplir la ley positiva y el deber de no cumplirla, en nombre del respeto a una ley superior, humanitaria, ética o moral? Esta situación también preocupó a Radbruch, cuando teje más comentarios sobre los jueces que impusieron la pena de muerte para los que no cumplieron las leyes vigentes del régimen nazi. Radbruch se pregunta si lo habrán hecho por creer en el principio positivista según el cual "ley es ley", o si estarían coaccionados por el sistema, de manera de sentirse amedrentados de perder su propia vida por aplicar arbitrariamente las normas "legales". Es evidente -y no me parece lógico pensar de otro modo- que, tal cual como dice Radbruch, debemos buscar la justicia y cumplir, al mismo tiempo, con la seguridad jurídica, porque ella es parte de la justicia(76).

La democracia es por cierto un valioso bien, el estado de derecho es, empero, como el pan cotidiano, el agua que se toma, el aire que se respira y lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el estado de derecho (77).

Radbruch nos muestra que, entre los conceptos a priori relacionados con el derecho, la democracia es uno de ellos: sin democracia hay riesgo, o casi certeza, de leyes injustas. El profesor Ferreira de Melo sostiene muy claramente:

... la norma jurídica, para ganar un mínimo de adhesión social que la haga ser voluntariamente obedecida, debe ser matizada siempre por la idea y sentimiento de lo ético, lo justo y lo útil. Así, la aceptación de la norma dependerá menos de su validez formal, que son meras observancias técnicas, que de su validez material, a la cual, en nuestro acuerdo semántico, es la cualidad de la norma en mostrarse compatible con lo socialmente deseado y básicamente necesario para la eticidad de las relaciones humanas (78).

Cabe señalar también el momento en que la norma jurídica es producida o aplicada. Es importante destacar que la sociedad no está siempre lista para recibir la norma que actuará sobre sus comportamientos. A veces, es preciso esperar un momento más oportuno, cuando la norma es la esperanza de una vuelta a la paz social. No se admite reglar las guerras en tiempo de paz. No podemos olvidar que el derecho es, siempre, un proceso de construcción histórica y validación/legitimación social. En este sentido, podemos también valernos de Ferreira de Melo:

... igualmente importante es la validez material de la norma que ha de ser buscada por su capacidad de adecuar sus fines al sentimiento y a la idea de lo justo y de lo socialmente útil (validez ética), tanto como presentarse como expectativa segura de cierta conducta en una relación legítima de pretensión x prestación (validez funcional) (79).

Según el autor, está siempre en juego la validez y eficacia de la norma. En este contexto, entra en juego la cuestión de la integridad en las normas jurídicas. Con el sistema jurídico "completo", es decir, siendo la norma jurídica positiva capaz y suficiente para resolver los conflictos, no admitiendo, por lo tanto, la existencia de lagunas, el propio sistema jurídico soluciona el problema a través de otra norma cuyo mando es que "todo lo que no está prohibido está permitido". En efecto, Larenz afirmó esta máxima usando la expresión "silencio elocuente de la ley" (80). La conducta justa va más allá de la no agresión a la ley. Es también lo que se entiende en la teoría de Kelsen, para quien todo lo que no está determinado, o expresamente prohibido, estará automáticamente permitido, ya sea positiva o negativamente (81). No comparto la idea de que el sistema es "completo". No es posible que normas positivas, es decir, el derecho como un conjunto de normas que contiene todos los mandos requeridos para la convivencia social y de los actos del Estado, presente respuesta a todos los conflictos que el progreso de la humanidad trae.

Acerca de la integridad del sistema, Dantas concluye su estudio afirmando que "no pasa de mera ficción" porque la codificación, por más completa que sea, termina por disponer sobre las formas de decidir, en casos donde la ley lo omite. Por esta razón, no se puede negar que los sistemas jurídicos necesitan ser efectivamente "completados". Y ello, sin lugar a duda, excede los límites de la norma previamente establecida, o sea, el derecho positivo no encuentra respuesta a todas las demandas (82).

Por lo tanto, inclusive, apoyo la posibilidad de que, aunque el sistema jurídico brasileño ha sido diseñado dentro de los límites estrictamente positivistas, las normas jurídicas nazcan no sólo del Poder Legislativo sino también del Poder Judicial, el cual, en los resultados que se le pide que lo haga, requiere encontrar soluciones, incluso cuando la norma jurídica establecida no trae la respuesta. En esas ocasiones, cuando el Poder Judicial es llamado a "legislar", siempre termina haciendo uso de otras especies de "leyes". Nuestro sistema constitucional permite y apoya a una gran parte de estas decisiones normativas cuando, en su texto, encuentra un gran número de derechos y garantías individuales que son principios nacidos de la moral y ética generalmente aceptados.

Barroso afirma que, convencionalmente, los órganos judiciales no ejercerían por "voluntad propia, pero concretan la voluntad política mayoritaria manifestada por el constituyente o por el legislador" (83). Su actividad se limitaría a interpretar y aplicar el conjunto de reglas y principios, conceptos y convenciones. Ése sería el "discurso estándar" ("discurso padr o").

... los jueces no inventan el derecho de nada. Su papel es el de aplicar normas que fueron positivadas por el constituyente o por el legislador. Incluso cuando desempeñen una función creativa de derecho para un caso concreto, deberán hacerlo a la luz de valores compartidos por la comunidad de cada tiempo (84).

De esa manera, no es posible concebir un sistema jurídico completo. Debemos admitir que esto es un conjunto desordenado y discontinuo, capaz de contener un "vacío" exactamente porque le falta una solución a una pregunta específica. En efecto, tiene lagunas y, por ser abierto e incompleto, corresponde al Poder Judicial darle la exactitud necesaria. No obstante, como dijo el mismo Barroso (ahora Ministro de la Corte Suprema), supra transcripto, tiene su fuente en los "valores compartidos por la comunidad", es decir, la solución de la disputa abarca el derecho natural, las reglas morales y los principios éticos, así como también un derecho consuetudinario, a pesar de que todo el sistema brasileño está construido sobre el derecho positivo.

Las normas "principiológicas" constitucionales, a pesar de no estar reglamentadas por órdenes infraconstitucionales, comenzaron a ser vistas no como meros complementos, sino como formas expresas de valores sociales. En su aplicación efectiva, el peso de las decisiones judiciales ha sido relevante, toda vez que realizan la concreción de esas mandas. Los principios se han mostrado, a pesar de su carácter genérico, como fundamento de muchas decisiones positivas, permitiendo al Poder Judicial crear la norma adecuada a la realización de la justicia y, por lo tanto, formar parte del derecho positivo.

Maria Helena Diniz sostiene que "El derecho debe ser visto en su dinámica como una realidad que está en perpetuo movimiento" (85). Con todo el derecho positivo brasileño, no es posible concebir la existencia de normas completas que abarquen todos los casos y circunstancias. No sin razón, existen normas positivas que determinan la aplicación de los "principios generales del derecho, la moral, analogía y otras fuentes del derecho", cuando no hay ninguna norma específica que proporcione la solución a determinado litigio. En otras palabras, el propio derecho positivo admite la existencia de "lagunas", de forma que negar su existencia sería admitir que el sistema proporciona formas de solución que no son necesarias.

Un buen ejemplo al respecto es el que ofrece Ronald Dworkin. Este autor "crea" al juez Hércules, quien, al verse ante casos controvertidos para los cuales no hay una regla específica aplicable, imagina la solución a través de dos teorías políticas, que para ser aplicadas implican la construcción de nuevas reglas. Así, enseña Dworkin que Hércules "... debe recurrir a otras reglas constitucionales y a las prácticas establecidas en el contexto de esas reglas, para ver cuál de esas dos teorías se armoniza mejor con el sistema como un todo" (86). A su vez, expresa: "Hércules debe, por tanto, examinar la cuestión no apenas como un problema de ajuste entre una teoría y las reglas de la institución, sino también como una cuestión de filosofía política. Él debe decidir cuál concepción es la elaboración más satisfactoria..."(87).

Kant afirmaba lo siguiente:

... una acción es lítica (licitum) cuando no es contraria a la obligación; y esa libertad, que no está circunscripta por ningún imperativo contrario, se llama facultad (facultas moralis). De aquí se deduce fácilmente lo que es una acción ilícita (illicitum)(88).

Me gustaría destacar una vez más a Hart, en su "Pos-escrito", cuando refuta las críticas que le hizo Dworkin, donde tal vez he encontrado la mejor "palanca" para mover mi mundo de derecho. Cito:

... las reglas y los principios jurídicos [...] tienen, muchas veces, lo que designo, con frecuencia, por "textura abiertas", de forma que, cuando la cuestión consiste en saber si una regla dada se aplica a un caso concreto, el derecho es incapaz de determinar una respuesta en cualquiera de los dos sentidos y, así, viene a provocarse que es parcialmente indeterminado. Tales casos no son apenas "casos difíciles", controvertidos en el sentido de que juristas razonables e inteligentes discordar acerca de cuál es la respuesta que es jurídicamente correcta, pero el derecho en tales casos es, no fundamental, incompleto; no proporciona ninguna respuesta a los temas involucrados en este tipo de situaciones. No están jurídicamente regulados y, para obtener una decisión en estos casos, los tribunales deben ejercer la función restringida de la creación de derecho, lo que yo llamo la "discreción"(89).

Las críticas de Dworkin permitieron a Hart mejorar de su discurso. Dieron a Hart la oportunidad de aclarar aún más y mejor su pensamiento, trayendo más recursos, que fueron capaces de fomentar y permitir la construcción y la defensa de un concepto de derecho sin tantos vínculos con otros conceptos tradicionales. Allí es donde he encontrado justificaciones para liberarme de las amarras de "prejuicios" que impone la doctrina tradicional.

## 7. Mi concepto de derecho.

A lo largo de la historia, independientemente de la época en que nos enfoquemos, el derecho positivo, aun cuando rudimentariamente construido, representó el poder. O provenía del más fuerte, del victorioso en la guerra, del revolucionario que logró hacer valer su reclamo, del descendiente de la familia real, de los elegidos por la voluntad popular (dictadura de las mayorías), de la iglesia o religiones en general. El progreso es un impulso íntimo, que actúa desde adentro indistintamente, sobre todos, tanto en quien manda como en quien obedece. Sin embargo, lo que se observa es que esta ley del más fuerte viene perdiendo potencia.

El positivismo, puro y simple, que hizo escuela con Kelsen, ya no responde a las preocupaciones sociales. Así, surge la oportunidad a que un nuevo concepto de derecho pueda construirse con eficacia. El derecho positivo, así como el Estado democrático, siguen siendo lo mejor que conocemos, razón por la cual aún no los reemplazamos, a pesar de sus "lagunas" y fallas. Sin embargo, proyecto una forma de derecho más actual, humana y justa de practicarse. Ésta pasa, con certeza, por el Poder Judicial. Aunque este Poder Judicial al que me refiero ha sido últimamente objeto de muchas críticas, quiero creer que tales críticas están dirigidas a personas que están allí en el uso del cargo y no a la institución en sí. Creo en el Poder Judicial y considero que el derecho ideal puede ser construido allí. Como bien afirma Hart:

La afirmación de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral no va más allá de que un buen sistema se debe conformar en ciertos puntos [...] con las exigencias de la justicia y de la moral. [...] Puede decirse que la distinción entre un buen sistema jurídico, que se conforma en ciertos puntos con la moral y la justicia, y un sistema jurídico que no lo hace es maliciosa, esto porque es necesariamente realizado un mínimo de justicia siempre que el comportamiento humano es controlado por reglas generales anunciadas públicamente y aplicadas por vía judicial (90).

El mismo Hart nos instiga a que hagamos una elección entre las maneras de clasificar las reglas del derecho, entre un modo más amplio y un modo más restringido. Asimismo, advierte que la elección tiene que ver con la importancia de estos conceptos, para hacer uno más valioso que el otro. Textualmente: "El más amplio de estos dos conceptos rivales de derecho incluye al más restringido"(91).

Entonces, si elegimos la opción del concepto amplio, abarcaremos todas las reglas, tanto primarias como secundarias, formalmente válidas según el sistema vigente, sin cuidado sobre la posibilidad de que entre ellas haya normas que dañen moralmente a la sociedad, y tendremos un amplio conjunto de reglas que pueden darnos una idea del derecho; sin embargo, si adoptamos un concepto más restringido, desterrando lo que nos parece moral o éticamente ofensivo, optando por un concepto restringido, Hart alerta que "no hay nada que ganar". Estaríamos de esta manera excluyendo las reglas que tendrían que encontrar otra disciplina para albergarse, y que no nos traen beneficios, "a no ser confusión". Por lo tanto, si adoptamos un concepto más amplio de la ley, "podemos incluir en él el estudio de cualesquiera aspectos específicos que las leyes moralmente inicuas tengan, así como también la reacción que la sociedad tenga contra éstas"(92).

De esa manera, tiendo a reconocer mi concepto de derecho bajo un punto de vista más amplio. Las restricciones, las purezas, pueden tener sus ventajas, son más fáciles de ser conceptualizadas, definidas y defendidas. Sin embargo, no las considero las mejores. Cada vez que intento clasificar o conceptualizar un instituto jurídico, de la clase que sea, intento buscar lo que me sea más útil, incluso porque lo "cierto" y lo "errado" siempre incluyen un elemento subjetivo que



tiende a implicar un estudio. Lo cierto y lo errado están en esa contraposición dependiendo del punto de vista del investigador o del usuario del bien o del objeto estudiado.

Lo cierto y lo errado como puntos de vista, a los que todo ser racional tiene derecho, fueron expresados muy bien por Lutero en su conocida frase "Cada cabeza tiene su sentencia". Esto es cierto. Sin embargo, debemos evitar el relativismo moral o legal, mediante el cual todo es válido y todo es cierto. La diversidad de ideas y conceptos es lo que impulsa la evolución social. Sin embargo, los principios o normas comunes, asumidas y validadas en el contexto social, son el mortero que dan la necesaria unidad y solidez al tejido social.

Quiero valerme de una anécdota contada por Pietro Ubaldi, ciertamente conocida, pero que bien puede ilustrar este problema. Se dice que un misionero en África, en el afán de evangelizar, preguntó al campesino: "¿qué opinas sobre el bien y el mal?". A lo que éste respondió: "el mal es cuando el vecino roba mi vaca". El misionero aprobó. "Sin duda, robar es un acto moralmente reprochable", pero añadió: "¿Y qué es el bien?". El campesino respondió rápida y fuertemente: "el bien es cuando puedo robar vacas a mi vecino"(93).

Así, dejando a salvo que no deberíamos caer en el relativismo moral o legal, al crear mi propio concepto de derecho debo tomar en consideración lo que será más útil. En este contexto, veo que lo más útil es un concepto abierto, grande y amplio, con el fin de contemplar un universo capaz de proporcionar una visión más completa del derecho. Como sostuve al principio de este estudio, quiero poder abarcar en mi concepto de derecho todo lo que sea capaz de propiciar un mundo mejor, más humano, solidario y fraterno. Me gustaría también que mi concepto de derecho permita pensar en un sistema tributario brasileño más justo y equitativo, lo que no parece ser muy fácil, aunque no es imposible.

En la búsqueda de este derecho que quiero conceptualizar, tengo una postura más positiva del Poder Judicial, en el cual deposito la confianza que ya no tengo en otros poderes de la República. Confío, asimismo, en la Constitución brasileña que, a pesar de que constantemente es cambiada, modificada, proporciona fundamentos y justificaciones que permiten este importante papel que el Poder Judicial puede cumplir y ha estado cumpliendo.

Del conjunto de obras que he leído y analizado, se destaca claramente una tendencia, que yo no llamaría una "vuelta", sino la aproximación a las leyes naturales, en la medida en que constata una flexibilización de las reglas rígidas del positivismo en busca de acomodarse socialmente. Hay sí una "media vuelta" al iusnaturalismo, nacida, al parecer, de un clamor popular, pero no sin una lucha.

Todavía, quien efectivamente "hace" la ley es el estrato social superior; superior porque ganó el derecho de mandar, por haber ganado la batalla de la vida (por la guerra, por un voto, por derecho hereditario, etc.). En la práctica es una lucha entre la clase que posee el poder y así impone las leyes a los "súbditos" que deben aceptarlas. De este modo, los beneficios y conquistas de esta clase "inferior", como no caminan hacia adelante, avanzan de manera tortuosa, por impulsos y contraimpulsos.

Autorizar la mejora siempre le correspondió a la clase dirigente, como ocurrió con el fin de la esclavitud, la moderación de los castigos y multas, entre otros hitos importantes. Por otro lado, las clases menos privilegiadas restituyen a los superiores el bien que recibieron bajo la forma de evolución de costumbres y obediencia. Pero no por eso dejan de crear sus propias reglas para escapar de la rigidez impuesta, siempre en el sentido social del iusnaturalismo más igualitario, tanto imponiendo el poder constituido como "convenciendo" a los jueces a "legislar" para asistir al justo, que todavía no es ley.

Así como las leyes tienen normas positivas que caducan, también existen las no escritas que imponen su valor. La verdad es que las leyes, aquellas debidamente positivas, sólo regulan hechos concretos preexistentes o latentes, y cae en desuso o verdadero abandono todo lo que ya no responde a las inquietudes de la sociedad. Así también, la evolución social y tecnológica produce avances más rápidos que la capacidad del legislativo para regularlos.

El derecho actual está humanizándose. En este sentido, la tendencia es aumentar la aplicación de la ley natural, regulada o no. Esto es porque los principios éticos y morales encuentran legitimidad para imponer la disciplina de sus leyes, porque se busca, sobre todo, cumplir con el sagrado deber de respetar la vida en sus derechos fundamentales. Con este enfoque superamos los riesgos del relativismo arriba señalado y comentado.

Las entidades representativas de la sociedad deben, en un futuro próximo, ampliar su influencia, actuando como agentes

vivos de la reglamentación no gubernamental, por lo tanto, fuera del derecho positivo e incluso contra él. Hay un clamor popular por el respeto a los valores morales, independientemente de su estandarización formal. Creo que mi búsqueda hacia un derecho más "útil" no es sólo mía. El cambio ya se está plasmando. Sin embargo, ningún cambio puede ser de manera abrupta, bajo pena de ser rechazado por parte de sus destinatarios. Ya se está viendo un positivismo "moderado" que permite la inserción de "leyes naturales" sin abandonar la columna vertebral del orden y sistematización requeridos por la actual coyuntura.

Notas al pie.

(1) Célia Gascho Cassuli es abogada desde 1978, especialista en Derecho tributario por el IBET, S o Paulo, SP (2000), Maestría en Ciencia Jurídica por la Univali, Itajaí, SC (2005). Profesora de Derecho Tributario en los cursos de graduación y posgraduación del Centro Universitario - Católica de Santa Catarina. Autora del libro O Direito de Crédito do Contribuinte (2006); coautora de Comentários ao Código de Direitos e Deveres do Contribuinte de Santa Catarina (2007); coordinadora de la obra Empresa em Foco - Partilhando Conhecimentos (2010); autora de diversos artículos publicados en libros y revistas especializadas, en especial en materia tributaria.

(2) Este artículo fue realizado como trabajo de evaluación de la materia "Problemas Jurídicos Contemporáneos", en el Curso de Doctorado Intensivo (UBA), con el Profesor Doctor Raúl Gustavo Ferreyra, y obtuvo la máxima calificación. Fue traducido por Sofía Aberastury, Traductora Pública en Idioma Portugués (UBA - 2009). Se ofrece traducción al español de todas las citas textuales en portugués, cuyo original se transcribe en nota al pie.

(3) ABBAGNANO, Nicola, Dicionário de Filosofia, 3ª ed., S o Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 278; original: "... o direito natural é a participa o da comunidade humana na ordem racional do universo. Segundo os estoicos (aos quais se deve a primeira formula o dessa doutrina), a participa o dos seres vivos na ordem universal se dá por meio do instinto dos animais, e por meio da raz o nos humanos".

(4) COULANGES, Fustel de, A Cidade Antiga, S o Paulo, Martin Claret, 2002, pp. 13/66.

(5) ARISTÓTELES, Ética a Nic macos, 4ª ed., Brasília, Editora UnB, 2001.

(6) MENDON A, Jacy de Souza, Introdu o ao Estudo do Direito, S o Paulo, Saraiva, 2002, p. 34; original: "Sófocles nos coloca no meio do conflito entre o Direito Positivo, representado pelo decreto de Creonte, e outras regras, que estariam acima dele, que seriam superiores a ele, que seriam mais importantes do que ele, por terem sido inscritas n o pelos imperadores mas pelos deuses na consci ncia dos homens, desde toda a eternidade".

(7) IHERING, Rudolf von, A Luta pelo Direito, 3a ed., trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, S o Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 35; original: "o nascimento do direito, assim como o nascimento do homem, é sempre acompanhado das violentas dores do parto".

(8) IHERING, Rudolf von, A Luta pelo Direito, ob. cit., pp. 27 y 33; original: "A vida do direito é a luta, a luta de povos, de governos, de classes, de indivíduos. [...] o direito, em seu movimento histórico, apresenta-nos um quadro de reflex es, de lutas e de combates, em resumo, de penosos esfor os".

(9) COULANGES, Fustel de, A Cidade Antiga, ob. cit., p. 93; original: "... achou um direito já estabelecido, vivendo enraizado nos costumes, fortalecido pela un nime ades o".

(10) POPPER, Karl R., La sociedad abierta y sus enemigos, trad. Eduardo Loedel, Barcelona, Paidós Ibérica, 1992, pp. 171 y 173.

(11) ARISTÓTELES, Ética a Nic macos, 4ª ed., trad. Mário da Gama Kury, Brasília, UnB, 1985, p. 103; original: "O justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e a perda nas a es que n o se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinh o igual antes e depois da a o".

(12) *Ibíd.*, p. 109; original: "A *justi a* política é em parte natural e em parte legal; s o naturais as coisas que em todos os lugares t m a mesma for a e n o dependem de as aceitarmos ou n o, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já n o é diferente [...] Algumas pessoas pensam que toda *justi a* é deste tipo, porque aquilo que existe por natureza é imutável e tem a mesma forma em todos os lugares [...] as coisas que s o justas n o por natureza mas por decis es humanas n o s o as mesmas em todos os lugares, já que as constitui es n o s o as mesmas".

(13) POPPER, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, ob. cit., pp. 171 y 173.

(14) El pueblo ateniense fue el primero en considerarse dominador y señor del mar.

(15) POPPER, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, ob. cit., p. 179.

(16) *Ibíd.*, p. 195.

(17) PRODI, Paolo, *Uma História da Justi a*, trad. Karina Jannini, S o Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 115; original: "Justamente no seu esfor o de construir o seu ordenamento, a Igreja fornece a legitima o para uma dessacraliza o n o apenas do poder político, mas também da administra o da *justi a*, do foro".

(18) ABBAGNANO, Nicola, *Dicionário de Filosofia*, ob. cit., p. 280; original: "N o causa estranheza, portanto, que os juristas medievais tenham considerado o Dom natural exatamente como um instituto ou uma tend ncia inata, que eles interpretam como sinal ou marca posta no homem por Deus".

(19) HOBBS, Thomas, *Leviat*, trad. Rosina D'Angina, S o Paulo, Martin Claret, 2009, p. 262.

(20) MENDON A, Jacy de Souza, *Introdu o ao Estudo do Direito*, ob. cit., p. 36; original: "viam o Direito como um conjunto de regras inseridas num todo maior, que eram as leis da natureza".

(21) *Ibíd.*; original: "O Direito seria apenas um capítulo no todo da legisla o natural, e teria por fim conduzir o homem *Justi a*".

(22) HOBBS, Thomas, *Leviat*, ob. cit., pp. 188/189; original: "as regras do justo e do injusto, n o havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei".

(23) *Ibíd.*; original: "... tal costume só continua a ser lei enquanto o soberano mantém esse sil ncio".

(24) *Ibíd.*; original: "A lei natural e a lei civil cont m-se uma na outra, e sua extens o é id ntica. Assim, as leis naturais, que consistem na equidade, na *justi a*, na gratid o em outras virtudes morais destas dependentes, na condi o de mera natureza [...] n o s o propriamente leis, mas qualidades que predisp em os homens paz e a obedi ncia".

(25) BOBBIO, Norberto, *O Positivismo Jurídico*, trad. Mário Pugliesi, S o Paulo, Ícone, 1995, p. 135.

(26) KANT, Immanuel, *Doutrina do Direito*, 2ª ed., trad. Edson Bini, S o Paulo, Icone, 1993, p. 55; original: "A liberdade (independ ncia do arbítrio de outro), na medida em que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal, é esse direito único, primitivo, próprio de cada homem, pelo simples fato de ser homem. A Igualdade natural, isto é, a impossibilidade moral de ser obrigado pelos demais a mais coisas do que aquelas a que est o obrigados com respeito a nós...".

(27) *Ibíd.*, p. 57; original: "Todos os deveres s o, ou deveres de direito [...] isto é, deveres tais que sua legisla o poder ser exterior, ou deveres de virtude [...] que n o s o suscetíveis de semelhante legisla o".

(28) HUNGRIA, Nélon, Comentários ao Código Penal, T. I, V. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 31; original: "O Tribunal de Nuremberg há de ficar como uma nódoa da civiliza o contempor nea: fez tabua rasa do nullum crimen nulla poena sine lege (com um improvisado Plano de Julgamento, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e imp s aos seus autores o 'enforcamento' e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da 'territorialidade da Lei Penal'; estabeleceu a responsabilidade penal de indivíduos participantes de tais ou quais associa es, ainda que alheios aos fatos a ele imputados, funcionou em nome de vencedores, que haviam cometido os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas senten as eram inaplicáveis, ainda quando decretavam a pena de morte".

(29) HART, H. L. A., O Conceito de Direito, Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Funda o Calouste Gulbenkian, 1972, p. 224; original: "O castigo deles pode ser visto como socialmente desejável e, contudo, para o conseguir através da legisla o francamente retroactiva, tornando criminoso o que era permitido ou mesmo exigido pelo direito do regime anterior, pode ser difícil, em si moralmente odioso ou, talvez, impossível [...] Pode parecer ent o tentador dizer que as leis que se associaram iniquidade ou a permitiram n o deviam ser reconhecidas como válidas, ou n o deviam ter a qualifica o de direito, mesmo se o sistema em que foram promulgadas n o reconhecia qualquer restri o compet ncia legislativa do seu poder legislativo. Foi dessa forma que os argumentos de Direito Natural foram ressuscitados na Alemanha, depois da última guerra...".

(30) KANT, Immanuel, Doutrina do Direito, ob. cit., pp. 194-195; original: "As cidades, em seu estado natural respectivo t m direito de fazer a guerra, como um meio lícito de sustentar seu direito pela for a [...] O direito durante a guerra é uma parte do direito de gentes que está sujeita a grandes dificuldades, mesmo para formar uma simples no o dele, e para conceber uma lei nesse estado privado de leis [...] fazer uma guerra de acordo com princípios tais, que seja sempre possível sair desse estado natural dos povos [...] e adentrar num estado jurídico".

(31) CÁRCOVA, Carlos María, Las teorías jurídicas postpositivistas, Buenos Aires, Adeledo Perrot, 2012, pp. 139-140.

(32) HOBBS, Thomas, Leviat , ob. cit., p. 144; original: "Damos o nome de Estado por aquisi o quele em que o poder soberano foi adquirido pela for a. E tal poder é assim adquirido quando os homens, individualmente ou em grande número e por pluralidade de votos, por medo da morte ou do cativo, autorizam todas as a es daquele homem ou assembleia que tem em seu poder suas vidas e suas liberdades. [...] A validade dos pactos só come a com a institui o de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los".

(33) HART, H. L. A., O Conceito de Direito, ob. cit., p. 218; original: "A reflex o sobre este aspecto das coisas revela uma verdade tranquilizante: a passagem da forma simples de sociedade, em que as regras primárias de obriga o s o o único meio de controle social, para o mundo jurídico com seu poder legislativo, tribunais, funcionários e san es, todos organizados de forma centralizada, traz ganhos apreciáveis, com um certo custo. Os ganhos s o os da adaptabilidade mudan a, certeza e efici ncia, e s o imensos; o custo é o risco de que o poder organizado de forma centralizada bem possa ser usado para a oress o dum número de pessoas, sem o apoio das quais ele pode passar, de um modo que o regime mais simples das regras primárias n o podia. Porque este risco se tem materializado e tal pode acontecer de novo, a pretens o de que há outro modo pelo qual o direito deve conformar-se com a moral para além do que apresentamos como o conteúdo mínimo do Direito Natural, necessita de análise mais cuidadosa".

(34) FERREYRA, Raúl Gustavo, "Enfoque sobre el mundo del derecho. Constitución y derechos fundamentales", en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 11, n° 21, Buenos Aires, 2013, pp. 244 y 254.

(35) IHERING, Rudolf von, A Luta pelo Direito, ob. cit., p. 43; original: "Defender o direito é, pois, dever moral de autopreserva o... O direito, porém, nada mais é do que a soma de seus institutos, pressupondo todos uma condi o única, física ou moral, que lhe condiciona a exist ncia".

(36) PRODI, Paolo, Uma História da Justi a, ob. cit., p. 16; original: "... ordem como no o fundamental contemporaneamente do universo religioso, físico, moral e jurídico: é a ordem que regula a rela o entre os homens como entre os astros. Deixemos de lado, portanto, os grandes temas da formula o da doutrina da lei natural e do direito natural nos grandes pensadores da Grécia antiga: deles tomemos apenas a ideia de que a ordem política deve coincidir com a ordem natural".

(37) HART, H. L. A., O Conceito de Direito, ob. cit., pp. 216-217.

(38) *Ibíd.*, p. 201; original: "Assim, não se pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida e sustentada por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite [...] um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer [...] Embora esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência moral ou justiça".

(39) *Ibíd.*, p. 202; original: "não é uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências de moral, embora de facto o tenham frequentemente feito".

(40) *Ibíd.*, pp. 209/210; original: "... o direito e a moral deviam incluir um conteúdo específico [...] sem um tal conteúdo, o direito e a moral não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros. Na ausência deste conteúdo os homens, tais como são, não teriam uma razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras; e, sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras, e mantê-las, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente com tais regras...".

(41) Para este iluminista, el hombre nace bueno y es corrompido por la sociedad.

(42) KANT, Immanuel, *Crítica da faculdade do juízo*, trad. Valério Rohden e António Marques, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005, p. 23; original: "A faculdade do juízo em geral é a faculdade de pensar o particular como contido no universal".

(43) *Ibíd.*, p. 37; original: "Um ser racional não deve conceber as suas máximas como leis práticas universais, podendo apenas concebê-las como princípios que determinam o fundamento da vontade, não segundo a matéria, mas sim pela forma".

(44) *Ibíd.*, pp. 31-33; original: "Admitindo-se que a razão pura possa encerrar em si um fundamento prático, suficiente para a determinação da vontade, então há leis práticas, mas se não se admite o mesmo, então todos os princípios práticos ser o meras máximas. [...] Todos os princípios práticos materiais são, como tais, sem exceção, de uma mesma classe, pertencendo ao princípio universal do amor a si mesmo, ou seja, felicidade própria".

(45) *Ibíd.*, p. 41.

(46) KANT, Immanuel, *Doutrina do Direito*, *ob. cit.*, p. 55; original: "O Direito, como ciência sistemática, divide-se em Direito natural, que se funda em princípios puramente a priori, e em Direito positivo (regulamentar), que tem por princípio a vontade do legislador".

(47) BOBBIO, Norberto, *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed., trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, São Paulo, Edipro, 2003, pp. 55 y 57; original: "se a justiça fosse uma verdade evidente ou pelo menos demonstrável, como uma verdade matemática, de modo que nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto [...] se a distinção entre o justo e o injusto não é universal, é preciso colocar o problema: a quem compete estabelecer o que justo ou injusto?".

(48) HOBBS, Thomas, *Leviatã*, *ob. cit.*, p. 97; original: "O direito natural, a que os autores geralmente chamam jus naturale, é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder como bem lhe aprouver, para preservar sua própria natureza, isto é, sua vida; e consequentemente, é a liberdade de fazer tudo aquilo que, segundo seu julgamento e razão, é indicado para atingir a esse fim".

(49) *Ibíd.*, p. 98; original: "O homem deve concordar com a renúncia de seus direitos sobre todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, na medida em que considerar tal decisão necessária à manutenção da paz e de sua própria defesa [...] renunciar ao direito a algo é o mesmo que privar-se da liberdade de negar ao outro o benefício de seu direito mesma coisa".

(50) KANT, Immanuel, Doutrina do Direito, ob. cit., p. 44; original: "O conjunto das leis suscetíveis de uma legislação exterior se chama teoria do Direito, ou simplesmente, Direito (jus). Quando essa legislação existe, forma a ciência do Direito positivo".

(51) IHERING, Rudolf von, A Luta pelo Direito, ob. cit., p. 29; original: "No sentido objetivo, é o conjunto de leis fundamentais editadas pelo Estado, ou seja, o ordenamento jurídico da vida e, no sentido subjetivo, é a atuação concreta da norma abstrata no direito específico de determinada pessoa".

(52) VILANOVA, José M., El concepto de derecho - Estudios iuspositivistas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 20-21.

(53) *Ibíd.*, 26 y 24, respectivamente.

(54) "(1) La teoría jurídica estudia -o debe estudiar- el derecho positivo. (2) El derecho es conducta. (3) La conducta es siempre valiosa (positiva o negativamente). (4) La conducta es libre. (5) El derecho es conducta en interferencia intersubjetiva".

(55) VILANOVA, José M., El concepto de derecho..., ob. cit., p. 27.

(56) CÁRCOVA, Carlos María, Las teorías jurídicas postpositivistas, ob. cit., p. 95.

(57) *Ibíd.*, p. 99.

(58) *Ibíd.*, p. 104.

(59) BOBBIO, Norberto, Teoría da Norma Jurídica, ob. cit., pp. 142-143; original: "É direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade".

(60) *Ibíd.*; original: "Falando de eficácia, os realistas se referem ao comportamento dos juizes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Normas jurídicas são, pois, aquelas que os juizes aplicam no exercício de suas funções, vale dizer, no dirimir as controvérsias".

(61) CÁRCOVA, Carlos María, Las teorías jurídicas postpositivistas, ob. cit., p. 107.

(62) Aplicada también a otras ciencias, principalmente política y economía.

(63) BOBBIO, Norberto, Teoría da Norma Jurídica, ob. cit., pp. 72-73; original: "Do ponto de vista formal [...] uma norma é um propósito"; "por propósito entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade".

(64) REALE, Miguel, Teoría Tridimensional do Direito, 5ª ed., 6ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 59; original: "é da íntegra do fato em valor [...] que surge a norma".

(65) *Ibíd.*; original: "Quando, pois, se declara que o direito deve ser visto como 'vida humana objetivada', como 'conduta em interferência intersubjetiva', ou como 'experiência histórico-cultural' [...] mister é distinguir entre o fato do direito [...] e o fato enquanto fator ou dimensão daquela experiência [...] fato, nesta acepção particular, é tudo aquilo que na vida do direito corresponde ao já dado ou ao já posto no meio social e que valorativamente se integra na unidade ordenadora da norma jurídica, resultando da dialeticidade desses três fatores o direito como 'fato histórico cultural'".

(66) *Ibíd.*, p. 57; original: "Em suma, o termo 'tridimensional' só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo

um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fáctica-axiológica, podendo a norma [...] converter-se em fato, em ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrelações fácticas".

(67) *Ibíd.*, p. 68; original: "ambos ainda conceberam o mundo jurídico luz da 'Filosofia dos valores'".

(68) *Ibíd.*; original: "empobrecimento a que o positivismo submetera a imagem do real [...] sem sequer cuidar do valor".

(69) *Ibíd.*, p. 75; original: "É a essa luz que considero a experiência jurídica uma 'experiência tridimensional de carácter normativa bilateral atributivo', com os termos fato, valor e norma indicando os fatores ou momentos de uma realidade em si mesma dialética, como é o mundo do direito".

(70) RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. trad. María I. A. de Vázquez, Buenos Aires, Adeledo-Perrot, 1962, p. 37.

(71) *Ibíd.*, p. 22.

(72) *Ibíd.*, pp. 31-32.

(73) *Ibíd.*

(74) *Ibíd.*, pp. 35-36.

(75) RADBRUCH, Gustav, "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", apud obra *Filosofia do Direito*, 6ª ed., trad. Cabral de Moncada, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1997, p. 415.

(76) RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, ob. cit., pp. 46, 47 y 51.

(77) *Ibíd.*

(78) FERREIRA DE MELO, Osvaldo, *Temas Atuais de Política do Direito*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 15-16; original: "... a norma jurídica, para ganhar um mínimo de adesão social que a faça voluntariamente obedecida, deve ser matizada sempre pela ideia e sentimento do ético, do legítimo, do justo e do útil. Assim, a aceitação da norma irá depender menos de sua validade formal, que das meras observâncias técnicas, que de sua validade material, a qual, em nosso acordo semântico, é a qualidade da norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário éticidade das relações humanas".

(79) *Ibíd.*, p. 56; original: "... igualmente importante é a validade material da norma que há de ser buscada pela sua capacidade de adequar seus fins ao sentimento e ideia do justo e do socialmente útil (validade ética), bem como apresentar-se como expectativa segura de certa conduta em uma relação legítima de pretensão x prestação (validade funcional)".

(80) LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed., trad. José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 448.

(81) KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 273.

(82) DANTAS, Aldemiro, "A Plenitude do Ordenamento Jurídico - O Problema da Lacuna", em *Lacunas no Ordenamento Jurídico*, Renan Lotufo (coord.), São Paulo, Manole, 2005, pp. 87-88.

(83) BARROSO, Luis Roberto, "Constituinte, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo", em Revista Jurídica da Presidência, Vol. 12, nº 96, Fev./Mai, Brasília, 2010, p. 20; original: "vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador".

(84) *Ibid.*, p. 21; original: "... juizes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, devem o fazer à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo".

(85) DINIZ, Maria Helena, As lacunas no direito. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 72; original: "O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento".

(86) DWORKIN, Ronald, Levando os Direitos a Sério, trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 167; original: "... deve voltar-se para outras regras constitucionais restantes e para as práticas estabelecidas no contexto dessas regras, para ver qual dessas duas teorias se harmoniza melhor com o sistema constitucional como um todo".

(87) *Ibid.*; original: "Hércules deve, portanto, examinar a questão não apenas como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política. Ele deve decidir qual concepção é a mais elaborada e mais satisfatória...".

(88) KANT, Immanuel, Doutrina do Direito, *ob. cit.*, p. 36; original: "... uma ação é lícita (licitum) quando não é contrária à obrigação; e essa liberdade, que não está circunscrita por nenhum imperativo contrário chama-se faculdade (facultas moralis). Daqui deduz-se facilmente que é uma ação ilícita (illicitum)".

(89) HART, H. L. A., O Conceito de Direito, 3ª ed., com "Pós-escrito" editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, pp. 314/315; original: "... as regras e os princípios jurídicos... têm, muitas vezes, o que designo, com frequência, por 'textura aberta', de forma que, quando a questão é de saber se uma dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos e, assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado. Tais casos não são apenas 'casos difíceis', controversos no sentido de que juristas razoáveis e inteligentes podem discordar acerca de qual a resposta que é juridicamente correcta, mas o direito em tais casos é, no fundamental, incompleto; não fornece qualquer resposta para as questões em causa, em tais situações. Não estão juridicamente regulados e, para se obter uma decisão nesses casos, os tribunais devem exercer a função restrita de criação do direito que eu designo como 'poder discricionário'".

(90) *Ibid.*; original: "a pretensão de que há uma conexão necessária entre o direito e a moral não ultrapassa a afirmação de que um bom sistema jurídico se deve conformar em certos pontos [...] com as exigências da justiça e da moral. [...] Pode dizer-se que a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em certos pontos com a moral e a justiça, e um sistema jurídico que não o faz é falaciosa, isto porque é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial".

(91) *Ibid.*; original: "O mais amplo destes dois conceitos rivais de direito inclui o mais restrito".

(92) *Ibid.*, p. 226; original: "podemos incluir nele o estudo de quaisquer aspectos específicos que as leis moralmente iníquas tenham, bem como a reacção que a sociedade tenha contra estas".

(93) UBALDI, Pietro, Evolução e Evangelho, 3ª ed., trad. Carlos Torres Pastorino, 1958, p. 99. Cópia digitalizada disponível em [http://www2.uefs.br/filosofia-bv/pdfs/ubaldi\\_16.pdf](http://www2.uefs.br/filosofia-bv/pdfs/ubaldi_16.pdf).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

\* ABBAGNANO, Nicola, Dicionário de Filosofia, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999.

\* ARISTÓTELES, Ética a Nicomacos, 4ª ed., Brasília, Editora UnB, 2001.



- \* ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, 4ª ed., trad. Mário da Gama Kury, Brasília, UnB, 1985.
- \* BARROSO, Luis Roberto, "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo", em Revista Jurídica da Presidência, Vol. 12, nº 96, Fev./Mai, Brasília, 2010.
- \* BOBBIO, Norberto, O Positivismo Jurídico, trad. Mário Pugliesi, São Paulo, Ícone, 1995.
- \* BOBBIO, Norberto, Teoria da Norma Jurídica, 2ª ed., trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, São Paulo, Edipro, 2003.
- \* CÁRCOVA, Carlos María, Las teorías jurídicas postpositivistas, Buenos Aires, Adeledo Perrot, 2012.
- \* COULANGES, Fustel de, A Cidade Antiga, São Paulo, Martin Claret, 2002.
- \* DANTAS, Aldemiro, "A Plenitude do Ordenamento Jurídico - O Problema da Lacuna", em Lacunas no Ordenamento Jurídico, Renan Lotufo (coord.), São Paulo, Manole, 2005.
- \* DINIZ, Maria Helena, As lacunas no direito. São Paulo, Saraiva, 2002.
- \* DWORKIN, Ronald, Levando os Direitos a Sério, trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- \* FERREIRA DE MELO, Osvaldo, Temas Atuais de Política do Direito, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- \* FERREYRA, Raúl Gustavo, "Enfoque sobre el mundo del derecho. Constitución y derechos fundamentales", em Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 11, nº 21, Buenos Aires, 2013.
- \* HART, H. L. A., O Conceito de Direito, 3ª ed., com "Pós-escrito" editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- \* HART, H. L. A., O Conceito de Direito, Pós-escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz, trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.
- \* HOBBS, Thomas, Leviatã, trad. Rosina D'Angina, São Paulo, Martin Claret, 2009.
- \* HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, T. I, V. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- \* IHERING, Rudolf von, A Luta pelo Direito, 3ª ed., trad. J. Cretella Jr. E

Agnes Cretella, S o Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

\* KANT, Immanuel, Crítica da faculdade do juízo, trad. Valério Rohden e António Marques, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005.

\* KANT, Immanuel, Doutrina do Direito, 2ª ed., trad. Edson Bini, S o Paulo, Icone, 1993.

\* KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, trad. João Baptista Machado, S o Paulo, Martins Fontes, 2000.

\* LARENZ, Karl, Metodologia da Ciência do Direito. 3ª ed., trad. José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

\* MENDONÇA, Jacy de Souza, Introdução ao Estudo do Direito, S o Paulo, Saraiva, 2002.

\* POPPER, Karl R., La sociedad abierta y sus enemigos, trad. Eduardo Loedel, Barcelona, Paidós Ibérica, 1992.

\* PRODI, Paolo, Uma História da Justiça, trad. Karina Jannini, S o Paulo, Martins Fontes, 2005.

\* RADBRUCH, Gustav, "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", apêndice a obra Filosofia do Direito, 6ª ed., trad. Cabral de Moncada, Coimbra, Arménio Amado Editor, 1997.

\* RADBRUCH, Gustav, Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. trad. María I. A. de Vásquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

\* REALE, Miguel, Teoria Tridimensional do Direito, 5ª ed., 6ª tiragem, S o Paulo, Saraiva, 2003.

\* UBALDI, Pietro, Evolução e Evangelho, 3ª ed., trad. Carlos Torres Pastorino, 1958, p. 99. Cópia digitalizada disponível em [http://www2.uefs.br/filosofia-bv/pdfs/ubaldi\\_16.pdf](http://www2.uefs.br/filosofia-bv/pdfs/ubaldi_16.pdf).

\* VILANOVA, José M., El concepto de derecho - Estudios iuspositivistas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.