www.carloscossio.com.ar

LAS TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO

(Bases para su análisis)

Por el Dr. Carlos COSSIO

SUMARIO: 1. *El tema y el método.*—2. Otra vez Savigny.—3. Un caso judicial ejemplar.—4. Deformación o adecuación de la vida social.—5. Condicionamiento de las tendencias que actualiza el mundo de los juristas: el jusnaturalismo metafísico, el *empirismo exegético*, el *racionalismo dogmático*, el historicismo casuístico, el sociologismo ecléctico y la egologia existencial.—6. Condicionamiento de las tendencias que actualiza el mundo social: la conservación del poder, la actuación a través de estructuras, la politización de la verdad.

EL TEMA Y SU MÉTODO

El Derecho existe como actualidad. Esto es una evidencia; no interesa aquí aclarar por que sólo el jurista egológico puede dar razón de esta evidencia; nos basta atenernos a ella: el Derecho existe como actualidad, existe en la medida en que se actualiza, por eso es forzoso que haya en él una tendencia a la actualidad.

Calando hondo, la expresión resulta redundante. Pero la expresión nos sirve para justificar que preguntemos por las tendencias actuales del Derecho, las cuales son actuales *no solamente* por ser las de ahora, sino también por ser las que están actuando en su seno para darle fisonomía concreta. Con esto estamos ya en el tema que promete esta meditación: tendencias actuales del Derecho.

Sin embargo, debo excusarme acerca de la realización de esta tarea, porque es una tarea imposible dentro del marco de espacio y tiempo que una breve meditación me concede. Para afrontar mi compromiso, debo limitarme; y en el modo de limitarme, me encuentro con dos caminos opuestos:

1. Podría abordar el tema *globalmente*, es decir, señalar sólo líneas muy generales como grandes tendencias que afectan al ordenamiento jurídico

www.carloscossio.com.ar

en algunos puntos capitales. Así lo hicieron en su hora DUGUIT [1] y RIPERT [2] en libros ejemplares. Pero lo que cabe en un libro, no cabe en una meditación. Reducido a la dimensión de ésta, el inmenso material resultaría incoloro y aparecería borroso. Y lo que es peor, mi esfuerzo nacería muerto por la falta de un nexo de comprensión vital por parte de muchos lectores, pues no debo suponer que todo lector sea un jurista o un sociólogo. Un grado de abstracción tan general, cortaría, respecto de esos lectores, el nexo de interés personal que yo necesito encontrar en quienquiera para que él y yo nos entendamos recíprocamente. Con esto vengo a decir también que, sin este nexo, no creo que habría un recto entendimiento ni siquiera con un jurista o un sociólogo.

2. Prefiero, así, tomar otro camino, a saber, ver bien *un detalle* y a través del detalle barruntar el conjunto. Esto será fragmentario, pero es viviente en razón de su carácter intuitivo. Así el problema se radicará en algo que el lector comprenda por estar en su propia vida como posibilidad inmediata, no como posibilidad abstracta. El lector tomará el problema con emoción, con esa emoción con que vivimos las cosas propias porque son concretas y que es la misma con que captamos las cosas concretas cuando pueden ser propias. El tema, sin duda, queda alterado. Se hablará de aquello que condiciona la tendencia del Derecho a la actualidad, más que de las tendencias actuales del Derecho. Pero con esto el tema se enriquece porque se habrán dado las bases que el análisis de esta segunda cuestión presupone, la cual, por lo demás, sigue siendo la preocupación primaria de esta meditación.

Merced a este giro metódico —y sólo gracias a él—, se me abre la posibilidad de mostrar una cosa permanente que reputo capital cuando se trata de esclarecer las tendencias actuales del Derecho. Es algo que los juristas omiten cuando abordan la cuestión. En rigor está en juego esa transposición de la filosofía en ciencia y de la vida en Derecho, que opera siempre en toda tarea de investigación de realidades, en forma semejante a como una partitura musical para piano puede ser transpuesta para que la ejecute un violoncelista sobre la base del cambio de la clave. Porque la omisión en que incurren los juristas no se debe tanto a que ellos crean que los perfiles filosóficos de un tema, carecen de interés para el

[1] LEÓN DUGUIT, *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code de Napoleón*, 1912; y *Les transformations du Droit public*, 1921.

[2] GEORGES RIPERT, *Le déclin du Droit*, 1949.

www.carloscossio.com.ar

hombre culto en general, sino porque ellos ignoran el nexo que existe entre la filosofía y la vida cuando se lo transpone a la relación que se da entre la ciencia del Derecho y el Derecho mismo.

2. Otra vez Savigny

Aproximémonos al importante aspecto que deseo destacar. Se trataría de hacer ver que las tendencias operantes en la actualización del Derecho, provienen de dos mundos diversos cuyas proyecciones y relaciones el profano ignora, no obstante que le toca padecerlas cuando el caso se le hace cosa propia y tiene que ir a los tribunales en demanda de justicia. Hace más de un siglo que Savigny advirtió la confluencia de aquellos dos mundos en el hecho del Derecho [3]; pero todavía estamos a la espera de que se tematice lo que uno y otro aportan cuando se trata de esclarecer la tendencia del Derecho a actualizarse.

Uno de esos mundos es el *mundo social* donde todos estamos inmersos por nuestros hábitos, ideas y costumbres, de modo que las tendencias del Derecho dependen también de lo que en ese mundo prevalezca como tendencias económicas, políticas, sociales, técnicas e ideológicas. Esta dependencia social del Derecho es permanentemente vivida por cualquier integrante del grupo societario, como lo comprueba el siguiente hecho: Aquellas tendencias originan entre los individuos una nueva manera de entenderse entre sí; y cada vez que una solución jurídica discrepa con ellas, se produce un desentendimiento comunitario que lleva a calificar de injusto al Derecho.

Corresponde agregar que entre aquellas tendencias, cuentan también las de carácter científico que en un momento dado prevalecen en las diversas ciencias; y que, en el mundo moderno, las tendencias científicas van pasando a primer plano, dado que la ciencia trabaja por la verdad desnuda y dado que es una actitud definitoria del hombre contemporáneo, la de reglar su vida cada vez más por la verdad.

El otro mundo es *el mundo de los juristas*. Mundo hermético y esotérico, mundo de tecnicismos que se construye como aspiración de ciencia desde hace quince décadas, al cual recurre el ciudadano en apuros cifrando

[3] Savigny, *Sistema de Derecho Romano actual*, especialmente el parágrafo 14. Ver en castellano el volumen *La Ciencia del Derecho*, págs. 59 a 63, Buenos Aires, 1949, ed. Losada, con el texto completo de Savigny.

www.carloscossio.com.ar

siempre muchas esperanzas en él y recogiendo con frecuencia tantas decepciones. Este mundo corresponde a nuestra idea de una división del trabajo social; y aunque esta idea tiene hoy perfiles desconocidos para los hombres de comienzo del siglo XIX, avala con firmeza la afirmación de SAVIGNY "de que quien del Derecho hace su profesión, tendrá más influencia sobre el mismo que los demás gracias a su mayor pericia".

Lo que yo deseo mostrar es que las tendencias que aparecen en la actualización del Derecho, en gran parte dependen *de lo que el jurista entienda por verdad jurídica.*

No se arguya en este punto que un abogado es apenas un condotiero del cliente que le paga para que lo defienda, de modo que estando asi identificado su interés con el de éste, la presión que ejercite por una determinada actualización del Derecho es la misma que la que ya está referida al hablar de la que corresponde al interés de su cliente. El argumento, que no vale para el buen juez ni para el tratadista que aspira a hacer ciencia jurídica, tampoco vale para el abogado respecto de la cuestión que deseamos destacar; pues si bien es cierto que el condotiero defiende parasitariamente un interés ajeno, tanto como el abogado presiona en el sentido del interés de su cliente, no ha de olvidarse que la defensa del condotiero será diferente según la naturaleza del instrumento que utilice, puñal o revólver. Y la noción que un abogado tenga, como jurista, de la verdad jurídica es, precisamente, el instrumento que utiliza para responder a las cuestiones que se le consultan o para presionar en la solución de un problema en el sentido con que lo tiene enfocado y encuadrado, incluso cuando busca de evadirla para salvar el interés de su cliente. El camino de la evasión no le está dado solamente por el contenido de este interés, sino a la par por la visión de las rutas y atajos que le suministra su noción de lo que es la verdad jurídica.

No hay duda, como advirtió HOLMES [4], que también el juez y el jurista científico actúan con una premisa mayor inarticulada que corresponde a la situación que tienen o han tomado en el grupo social donde están inmersos. Esto es así en cuanto que ellos también son hombres y, por consiguiente, también están situados dentro de la sociedad a que pertenecen. Pero además, en cuanto juristas, todo jurista actúa de acuerdo a lo que él entienda por verdad jurídica, en la medida que en esta noción

[4] OLIVER W. HOLMES, *The Path of the Law*, p. 80, en la compilación *The Mind and Faith of Justice Holmes* efectuada por Max Lerner, (Boston, 1951, Little, Brown & Co.).

www.carloscossio.com.ar

se radican sus específicos intereses vitales. Pues a este respecto se produce un fenómeno *de perspectiva* similar al que viven diferentes personas cuando contemplan un mismo lago situadas en diversos puntos de su ribera. La idea que el jurista tenga acerca de la verdad jurídica, lo coloca automáticamente en una determinada perspectiva; lo cual viene a significar que, por este solo hecho, el jurista está predeterminado a presionar la solución de sus casos en una determinada dirección. Con este motivo vamos a ver cómo estas perspectivas, cuando no son *inoperantes,* son *deformantes* de la realidad social; deformación que, por cierto, no deja de actuar como tendencia en el fenómeno de la actualización.

La cuestión revelará, una vez más, la crisis de fundamentos que aflige a la ciencia del Derecho, pues si la perspectiva resulta inoperante por resultar ajena a su propio propósito, el jurista queda reducido a un practicón de circunstancia al quedar reducida a un verbalismo su jactancia científica. Y si la perspectiva resulta deformante. . ., ya veremos a donde la deformación lo lleva al actuar como tendencia. No en balde ha sido muchas veces señalada la dimensión conservadora y aun reaccionaria con que se presenta el jurista contemporáneo como profesional.[5]

[5] Ya lo advirtió COMTE en su *Cours de Philosophie positive:* "La política retrógrada está dirigida por abogados y literatos, convertidos en patronos de sus antiguos amos", dice refiriéndose a la situación que precede a la Revolución Francesa (Ver el *Resumé* de RIGOLAGE, p. 55, t. III); e insiste: "la dirección intelectual del mundo político reside, en Francia, en la clase de los legistas y de los metafísicos, o más exactamente, de los abogados y de los literatos". También MAX WEBBER ha ligado la formación del capitalismo con ese pensamiento formalista que prevalece todavía hoy entre los juristas, en mérito de que el Derecho formalista es calculable y este cálculo resultaba una condición necesaria para el capitalismo. (Ver su *Historia Económica General,* pp. 352 a 356; México, 1942, F. de C. E.): "La creación de un derecho semejante se logró cuando el Estado moderno se asoció con los juristas para imponer sus exigencias de dominio". Con referencias más directas al conservatismo social de nuestros días, HAROLD J. LASKI ha tocado el punto en su *Democracy in crisis,* pp. 128 a 146, (London, 1933, Allen & Unwin) y en *The State in Theory and Practice,* pp. 176 y sgts., (London, 1935, Allen & Unwin). En el primero de estos libros dice lo siguiente: "Además es importante señalar que el interés de los abogados como profesión, siempre está del lado del *statu quo.* Las razones para esto, si complejas, son obvias. El abogado gana su sustento sirviendo las necesidades de una sociedad capitalista. Mayores ganancias deben ir, en general, para aquellos que se dedican al trabajo comercial. El abogado de una gran compañía nada tiene que ganar, y sí mucho que perder, con la decadencia de una civilización capitalista. Emplea su vida en pelear por los intereses de los hombres de negocio; su renta está en función de las necesidades y errores

www.carloscossio.com.ar

3. Un caso judicial ejemplar

Entremos en materia partiendo de un caso judicial.[6] La ley argentina, en forma similar a como existe la institución del divorcio sin disolución del vínculo en los países de tradición católica, cuando se instaura una demanda de esta especie por uno de los cónyuges, intercala de inmediato una especie de juicio accesorio comunmente llamado "juicio de alimentos" con el objeto de proteger a la esposa mediante la fijación de una pensión en dinero que debe pasarle el marido, para que ella pueda vivir mientras dure la tramitación del divorcio. En este sentido el Código procesal vigente en Buenos Aires en 1949, consignaba cono única disposición, en su art. 607, la siguiente norma: "No se admitirá en el juicio sumario sobre alimentos, discusión alguna sobre el derecho a percibirlos, ni sobre su entidad. Cualquier reclamación sobre el particular deberá ventilarse en juicio ordinario, debiendo entre tanto suministrarse los alimentos provisorios señalados". La norma parece no poder ser más clara y terminante; y una abundante y coincidente jurisprudencia había declarado que para fijar la pensión no se podía hacer cuestión acerca de cuál de los cónyuges fuese el culpable del divorcio, declarando también que la

de aquéllos. A la verdad, sería sorprendente en una asociación tan íntima, si el abogado no asimilara la filosofía de ellos y no llegara a creer muy sinceramente que el bienestar de la sociedad depende de lo que ellos presuponen. Para él, conectarse con las causas cuya finalidad sea negar estos presupuestos, significa perjudicar su utilización dañando su reputación para lo saludable". "Otro aspecto de este problema requiere subrayarse. Los hábitos del abogado están enraizados en el precedente y la tradición". Y en el segundo libro se lee: "Es un sano instinto el que ha persuadido a las clases laboriosas para mirar la profesión jurídica como uno de los parapetos protectores del conservatismo. Debo subrayar que de ninguna manera y en ninguna forma estoy cuestionando la buena voluntad del abogado o del sistema jurídico. Simplemente estoy diciendo que una vez que los postulados de la sociedad en la cual ellos funcionan, involucran desigualdad, la principal presión de su influencia ha de ser para mantenerla". Y aquí es oportuno recordar cuánto influye la profesión del abogado en la tarea judicial. Nada menos que Oliver W. Holmes, juez de máxima magnitud, pudo decir: "¿Puedo preguntar lo que sería de un tribunal, sin ser ayudado? El Derecho está creado por los abogados, más aún que por los magistrados". (Discurso pronunciado el 15 de Febrero de 1885, en el banquete del Suffolk Bar Association. Ver la compilación *The Mind and Faith of Justice Holmes*, efectuada por Max Lerner; Boston, 1951, Little, Brown & Co.).

[6] Sentencia registrada con el No. 26. 574 en la Revista "La Ley", t. 55, p. 113, Buenos Aires, 1949.

www.carloscossio.com.ar

pensión, una vez establecida, no podía ser disminuída bajo ningún pretexto y mucho menos podía ser suprimida. Lo que por alguna de estas causas pudiere haber sido entregado indebidamente a la esposa, tenía la oportunidad para contabilizarse de otra manera, al establecer la división de los bienes gananciales al final del juicio principal o en un ulterior juicio ordinario independiente.

Pero en el año 1949 se llevó a los tribunales de Buenos Aires, el siguiente caso. Una señora demandó por divorcio a su marido, fundando la demanda en alguna de las causas admitidas por la ley. Pide de inmediato la pensión alimenticia a que acabo de referirme, indicando una cantidad; se da vista al marido de este pedido y éste se muestra conforme; y el juez provee en consonancia aceptando ese monto, de modo que la resolución judicial queda firme con acuerdo de partes. Más he aquí que a los pocos meses, pendiente todavía el juicio principal, el marido solicita por vía incidental —esto es, no como una demanda ordinaria aparte, sino dentro del juicio de divorcio pendiente, como una cuestión integrante del mismo— que a la esposa se le suprima la pensión en razón de que, por poder, ha contraído nuevas nupcias en México, para probar lo cual acompaña la copia fotográfica de la partida del reciente matrimonio. Al dársele translado de esta petición a la esposa, quien ya vive publicamente en su nuevo hogar en Buenos Aires, ella admite los hechos y reconoce la autenticidad de la flamante partida de matrimonio, pero se opone a que se le quite la pensión alimentaria y pretende que el dinero que por esta causa recibe, se compute a la cuenta de bienes gananciales en el juicio de divorcio cuando éste concluya.

El caso tuvo solución diversa en primera y segunda instancia.

El juez de primera instancia rechazó la petición del marido haciendo valer, como argumento principalísimo, "que la claridad del artículo 607 haría obvia cualquier otra consideración". La sentencia fue emitida con un directo fundamento en la ley, en riguroso silogismo de palabras. A todas luces, con un fallo opuesto, el juez se sentía caer en vivencia de contradicción frente a la ley y afrontó a conciencia —a dura conciencia—, su noción de lo que la ley significaba para él.

La Cámara de Apelaciones revocó la resolución de primera instancia e hizo lugar al petitorio del marido. Emitió un fallo pretoriano, sin apoyo en ninguna norma escrita que, por cierto, era inútil buscar porque no la había en la legislación argentina. Gravitó en su sentencia la tremenda e insoportable situación de que la aplicación del artículo 607 citado, llevara a un marido a subvencionar con una pensión monetaria a su sucesor en

Revista de la Facultad de Derecho de México, Nº 30, México, 1958

www.carloscossio.com.ar

el lecho conyugal. La Cámara dijo que "si bien es cierto que el artículo 607 del Código de procedimiento no admite discusión alguna sobre el derecho a los alimentos por vía incidental, no puede extremarse su aplicación literal sin estudiar las particularidades de cada caso". Y luego, refiriéndose a la partida del nuevo matrimonio: "Este documento, cuya autenticidad no ha sido negada por la esposa, tiene tal importancia, *prima facie,* que inclina al tribunal a considerar el presente caso entre los comprendidos en las excepciones de la regla del artículo 607". Pero como el Código no consignaba ninguna excepción, el tribunal no se libraba de que el jurista tradicional viera en su fallo una típica sentencia contra ley.[7] Lo más que pudo hacer el tribunal, fue invocar entre sus precedentes un par de excepciones, igualmente pretorianas, referidas a situaciones totalmente diferentes de las que se daban en este caso.

Estas dos sentencias, como he dicho, son muy diferentes entre sí en cuanto que la primera tiene un fundamento normativo explícito y la segunda no; la primera se remite a una disposición legal perfectamente aplicable para tomar validez; la segunda toma su validez únicamente de la situación que el ordenamiento jurídico en conjunto asigna a un órgano de suprema instancia.

4. Deformación o adecuación respecto de la vida social.

Pero también ambas sentencias son diferentes respecto de otra cosa mucho más fundamental. La sentencia del Juez era una sentencia deformante de la actualidad argentina, en tanto que la de la Cámara de Apelaciones se le correspondía con perfecta adecuación. El punto es decisivo para nuestro tema. Deformante de lo que la sociedad ya está viviendo como actualidad, en el sentido de lo que sería una conformidad de la sociedad consigo misma al vivir su vida en entendimiento comunitario. Estar conforme con la vida que se hace, es un supremo valor colectivo; siendo esta conformidad la que padecería deformación en nuestro ejemplo. Dada la estructura de la vida humana en cuya virtud ésta se vive a sí misma en proyección hacia adelante para reencontrarse en el futuro sobre

[7] La teoría egológica ha disuelto la paradoja de las mal llamadas sentencias contra ley, mostrando que sólo hay sentencias con fuerza de convicción o sin ella. Ver Cossio, *Teoría de la Verdad jurídica,* págs. 258 y sgts. (Buenos Aires, 1954, Ed. Losada). Pero es innecesario tratar el tema en la presente coyuntura.

www.carloscossio.com.ar

la base de este proyecto, aquella conformidad con la vida que se está haciendo, significa que lo que se hace es lo que debemos hacer. Sólo cuando se da esta equivalencia, la vida está asumida como libertad; y es obvio que, en tal caso, la libertad, lejos de ser anarquía, es la socialidad perfecta en la misma medida que exista una conformidad general con la vida que hacemos como grupo social. Y esta conformidad se evidencia en el entendimiento comunitario que la expresa como expresión directa, al ser cada actitud, para los demás, lo que los demás esperan de cada cual; con lo que cada cual entra, sin fricciones, en la integración del proyecto existencial de la vida personal de los demás.

En el caso de nuestro fallo judicial, todo esto es harto patente porque ni siquiera cabe la duda que ocasiona una opinión comunitaria dividida en grupos ponderables. Creo que una encuesta entre todos los maridos argentinos, para conocer qué asentimiento tendría la perspectiva de que fueran colocados en una situación como la que emerge del fallo de primera instancia, evidenciaría una repulsa unánime. En la Argentina de hoy, ningún marido estaría conforme con semejante forma de vida; la vida social no sería, así, para ellos, una vida de entendimiento comunitario sino de desentendimiento. Y si la misma encuesta se extendiera a las esposas argentinas, es más que probable que arrojara un resultado coincidente con la de los maridos. Por esto es que se puede decir, sin ninguna duda, que el fallo de primera instancia de nuestro ejemplo, era una sentencia deformante de lo que la sociedad argentina vive ya como actualidad, en el sentido de una conformidad consigo misma.

Y bien, este ejemplo, con sus dos sentencias opuestas, nos va a servir para mostrar cómo el jurista, por ser un protagonista dentro de la experiencia jurídica, presiona dentro de ésta por llevar el Derecho hacia un determinado rumbo, predeterminado por la noción que él tenga de la verdad jurídica. Una sentencia, una ley, una constitución plantean el mismo problema, sólo que con diversa amplitud. Como la vida intersubjetiva aparece por igual en ellas tres, a pesar de estar referida con un distinto grado de proximidad y concreción, la deformación de la vida o la adecuación a ella son posibilidades que en los tres casos se presentan, en tratándose de la tendencia a actualizarse que el Derecho tiene.

En la historia de la ciencia jurídica, seis son las actitudes fundamentales con las que a modo de un *instrumento,* los juristas han manejado técnicamente la experiencia jurídica. Como ya he dicho, cada una de estas actitudes los sitúa ante el Derecho en una determinada *perspectiva.* No voy a hacer ahora la crítica de fundamentos, tantas veces ya hecha, de aquellas actitu-

www.carloscossio.com.ar

des. Ahora quiero, dándolas a todas por buenas, mostrar cómo se resolvería nuestro caso del ejemplo con cada una de ellas, para que resalten las tendencias de actualización que pueden poner en juego los juristas desde el privilegiado lugar que ocupan en la experiencia jurídica. Así se verá que esas tendencias, frente a los casos concretos, cuando no son *inoperantes* (lo cual descalifica toda pretensión científica, arrumbándolas en el mundo sideral de las fantasías intelectuales), son o *deformantes* de lo que la sociedad ya vive como actualidad en el sentido arriba señalado de lo que sería una conformidad de la sociedad consigo misma por su entendimiento comunitario, o son *adecuadas* a aquella conformidad sirviendo para expresar este entendimiento.

Todavía deseo hacerme cargo de una dificultad anexa a la idea de que su noción de la verdad jurídica, lo sitúa automáticamente al jurista en una determinada perspectiva respecto de la experiencia jurídica. Parecería legítimo concluir, entonces, que todas sus respuestas están condenadas a ser deformantes, porque ninguna podría eludir la deformación inherente a su propia perspectiva, tal como le ocurre a los espectadores que ven el mismo lago desde diversos puntos de su ribera, en el símil de que hemos hablado. Las respuestas del jurista, por corresponder a una perspectiva que las condiciona, habrían de ser siempre, no ya tendenciales, sino tendenciosas en el sentido de una deformación de la experiencia. Esto es exacto para toda respuesta que presione dentro de su problema en forma deformante. Pero la ciencia en general trata de darnos una perspectiva arcóntica, esto es, una perspectiva que presente sin deformación a la experiencia, tal como si para contemplar nuestro lago tomáramos un avión con objeto de mirarlo desde su vertical. Esto es lo que se aprecia con suma nitidez en la Geometría cuando, por ejemplo, nos habla del círculo y enuncia en teoremas sus diversas propiedades. La imagen sensible de un círculo, tal como la tenemos en la experiencia, siempre es deformante porque nos lo presenta como diversas elipses, salvo que tomemos el punto de vista geométrico y lo contemplemos desde la perpendicular a su centro. También hay aquí una perspectiva, pero es una perspectiva arcóntica que permite un lenguaje universal de entendimiento para todo espectador, sobre la base de la validez de sus teoremas como adecuación a la experiencia, porque puede trasponer todas las imágenes sensibles al canon de la imagen arcóntica, en la medida en que aquéllas se presentan como meras proyecciones de ésta de acuerdo a lo que enseña la Geometría proyectiva.

La ciencia del Derecho también es una aventura por lograr imágenes

www.carloscossio.com.ar

arcónticas de la experiencia jurídica. Pronto se verá cuánto significa en este sentido la actitud egológica, la más reciente de las actitudes fundamentales asumidas por la Jurisprudencia. Pero desde ya conviene advertir que no puede dar una perspectiva arcóntica, ninguna actitud cuyo desarrollo forzoso la lleve a la alternativa de ser inoperante o deformante. Sólo puede aspirar a ese resultado, una actitud que se adecúe como expresión al entendimiento comunitario que ya se vive como posibilidad efectiva en la realidad. Es claro que en este terreno el jurista también puede errar al pronunciarse; pero su error será, en tal caso, un error de hecho; no es el error forzoso a que lo lleva la coherencia con sus presupuestos teóricos, como ocurre en los otros casos. Aquí se ve el esfuerzo por acomodar la vida a la norma, con sacrificio de lo que la vida ya contiene en su entraña como mutuo entendimiento; en tanto que allí aparece el esfuerzo por acomodar la norma a la vida, sin sacrificar la norma al reducir su normatividad a la normatividad del ordenamiento jurídico en conjunto.

Después de estas consideraciones, pueden ser muy lacónicas las referencias pertinentes. Veamos, pues, cómo se afrontaría el caso judicial de nuestro ejemplo, desde todas aquellas actitudes fundamentales.

5) Condicionamiento de las tendencias que actualiza el mundo de los juristas

a) *El jusnaturalismo metafísico.*—Como el Derecho Natural se radica siempre en una referencia al bien supremo por vía racional, lo más probable es que se nos dijera que en el caso judicial de nuestro ejemplo no está en juego ningún principio de Derecho Natural, con lo cual el jurista quedaría en punto cero para resolver este problema. El instrumento jusnaturalista le habría resultado *inoperante*. Librado a sus propias fuerzas, buscaría salida por otro camino con un sentido puramente pragmático.

Podría ser, sin embargo, que el jurista jusnaturalista recordara que la obediencia a la autoridad legalmente constituída es, para su doctrina, un principio de Derecho Natural; y que emanando de una tal autoridad el recordado artículo 607 del Código de Procedimiento, se decidiera así a aplicarlo, coincidiendo en la solución con nuestro Juez de primera instancia. En este caso, el instrumento jusnaturalista resultaría *deformante* de nuestra realidad societaria en los términos ya analizados. La deformación, por lo

www.carloscossio.com.ar

demás, al girar en la dirección del poder estatal, se presenta como de carácter conservadora según ha sido debidamente advertido por la doctrina [8].

b) *El empirismo exegético.*—La Escuela de la Exégesis da su llave maestra remitiéndonos a la intención psicológica del legislador.

De esto resulta que el instrumento exegético nos hace pasatistas en forma tanto más acentuada cuanto más tiempo ha transcurrido desde la promulgación de una ley, cerrando los ojos a la evolución de los valores, costumbres e ideas que haya traído la historia desde entonces transcurrida. Se contraría, así, progresivamente la tendencia del Derecho a su actualidad, con lo cual el instrumento exegético resulta intrínsecamente *deformante.*

O si no, como ocurre en el caso judicial de nuestro ejemplo, cuando nada se sabe de la intención del legislador por ignorársela o porque no la tuvo para el caso, el instrumento exegético resulta *inoperante* al dejar también al jurista en punto cero sobre su problema, en franquía para sus andanzas pragmáticas.

c) *El racionalismo dogmático.*—Con esta actitud, el jurista se enclaustra exclusivamente en la ley o, para ser más precisos, en la norma legal; la cual, siendo una significación, es intemporal. *Dura lex sed lex.* Un caso se resuelve aplicando la ley, sin más requisito que el de la compatibilidad de todas las leyes del ordenamiento jurídico.

Este es el sentido del fallo de 1ª Instancia de nuestro ejemplo; y de allí se colige que el instrumento racionalista resulta *deformante* de la vida en su actualidad, a la vez que se advierte que la actitud es conservadora en forma similar a la del Derecho Natural. Precisamente la deformación vital, que en nuestro ejemplo tiene un tono superlativo, deja sin fuerza de convicción a la idea de que es más valioso aplicar la ley por dura e injusta que

[8] KELSEN, en su trabajo *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science,* (en *The Western Political Quarterly, december,* 1949, p. 494, *University of Utah*), dice: "La doctrina del Derecho Natural tiene, en conjunto, un carácter estrictamente conservador. Su tendencia reformista, de alguna importancia en el campo del Derecho Internacional, es algo más vale sobreestimado en lo que concierne al Derecho interno. Es altamente característico que allí donde tal tendencia reformista aparece, no se supone que la adaptación del derecho positivo a lo que se presenta como Derecho Natural, sea el automático efecto del último, sino que se mira como el resultado de un acto de la autoridad legislativa". Y Kelsen recuerda la tesis de Pufendorf: "la presunción de justicia siempre está del lado del príncipe (la autoridad)".

www.carloscossio.com.ar

sea, que no consumar un acto de patente justicia violando una ley. Y el racionalismo dogmático está tan lejos de la realidad viviente, que frente a una tal situación aconseja como único remedio la obtención de una diferente ley del Poder Legislativo.

Pero la experiencia presenta jueces al lado del legislador; y todo el mundo sabe que contar con buenos jueces es una verdadera felicidad social. En contra de la idea muy expandida, de que el juez es un auxiliar del legislador, la verdad, al revés, es lo contrario: tanto lógica como históricamente, el legislador es un auxiliar del juez; las leyes que dicta el primero, tienden a hacer más fácil y segura la tarea del segundo. Por otra parte, nadie duda que el legislador puede remediar la situación que crea una ley injusta: pero mientras no la remedie, la experiencia enseña que los jueces —los buenos jueces— no permanecen impasibles a la espera del remedio legislativo, sino que se hacen cargo de las urgencias existenciales que les plantean los casos a resolver, mediante una creación intersticial del Derecho que les está conferida por el ordenamiento jurídico considerado como un todo; así se explican los cambios de jurisprudencia y las mal llamadas sentencias contra ley, no menos que el fenómeno del desuso. La verdad es que los jueces también viven su propia realidad, cuyo carácter coexistencial es innegable; y que es la presión de esta realidad la que promueve el ejercicio de su facultad intersticial creadora, para no caer ellos, a su turno, en desentimiento con el resto de la comunidad. De cualquier manera, frente a la creación judicial, el instrumento dogmático resulta *inoperante*.

d) *El historicismo casuísta*.—Esta actitud supone un cuerpo de Derecho no escrito superior al legislador, no suprimible por éste en su conjunto, que siempre sigue en vigencia. Las leyes sólo son sus correcciones como addenda o erratas, de modo que las normas anteriores subsisten a la par de la ley restringiéndola en su alcance de acuerdo al espíritu precedente. Por eso se buscarían con valimiento los precedentes anteriores, para resolver un caso en concordancia como se lo hubiera hecho antes, incluso restringiendo la ley en esta medida si esto resultara satisfactorio.

Así, nuestro caso judicial del ejemplo se resolvería en una forma u otra, según hubiese o no un precedente favorable. La actitud, como en la exégesis, es pasatista y por eso mismo el instrumento historicista resulta *deformante*.

Ocurre, sin embargo, que al aumentar con el tiempo la cantidad de precedentes y en la medida en que la imprenta permite, hoy, tener fácil constancia de todos los fallos judiciales, los precedentes a considerar, casi

www.carloscossio.com.ar

infinitos, superan la posibilidad de conocimiento de cualquier hombre y el instrumento historicista se torna cada vez más y más inmanejable, resultando *inoperante.*

e) *El sociologismo ecléctico.*—La idea directora es, ahora, la de que el Derecho se presenta como un campo de intereses contrapuestos que pujan por imponerse, llegando, a veces, al estado de conflicto. El sociologismo introduce una distinción entre ellos, diferenciando intereses individuales, intereses sociales e intereses gubernamentales. Los individuales se sustentan en la vida personal de quien los pretende, justificándose por ella. Los sociales se sustentan en la vida de la colectividad como un conjunto de mutuo entendimiento, justificándose por el agrupamiento societario. Los gubernamentales se sustentan en las necesidades de la conducción social, justificándose por la responsabilidad del Gobierno estatal. Un criterio científico del Derecho, ajeno a la política, habría de circunscribirse a los segundos, que constituyen lo que se llama el *orden público;* la primacía teórica que así se les reconoce, se impondría normativamente a través de los intersticios que la ley siempre deja a la creación judicial [9], en el caso de no estar expresamente consagrada en la ley. Roscoe Pound, el más eminente teorizador de esta escuela, agrupa los numerosos intereses sociales en las siguientes seis categorías: interés social en la seguridad general, interés social en la moralidad general, interés social en la seguridad de las instituciones, interés social en la conservación de los recursos nacionales, interés social en el progreso general e interés social en la vida individual [10].

Dejando de lado la imprecisión teórica de ciertos aspectos de esta construcción doctrinaria (v. g., la contraposición entre intereses sociales y gubernamentales o la exclusión de los intereses individuales que retornan parcialmente, con retorno, por lo demás, forzoso, en la última categoría), el instrumento sociologista no suministra ningún criterio de prelación entre estas categorías cuando los intereses de dos de ellas llevan a soluciones opues-

[9] Ver una clásica síntesis de la posición, en EDWIN W. PATTERSON, *Pound's Theory of Social Interests* (hay traducción castellana, editorial Losada, Bs. As., 1951, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social), en el volumen Interpretations of Modern Legal Philosophies, New York, 1947); y su *Jurisprudence,* pp. 518 a 527, (Brooklyn, 1953, The Foundation Press).

[10] Ver ROSCOE POUND, *A Survey of Social Interests,* en Harvard Law Review, t. 57 año 1943.

www.carloscossio.com.ar

tas [11]; con lo cual la opción judicial, como cosa del arbitrio libre de todo canon, contiene el riesgo de una deformación de la realidad viviente en la medida en que no se la remite a un hecho inherente a la opción misma para darle apoyo. Buscarle apoyo en hechos extrínsecos a la propia opción, como son los intereses tabulados en aquellas categorías, por importante que resulte para completar la decisión judicial, no libera al arbitrio de la incertidumbre precisamente por ser arbitrio. Así el caso judicial de nuestro ejemplo, si fuera subsumido bajo el interés social por la seguridad de las instituciones, determinaría un fallo como el de nuestro juez de 1ª Instancia con su alcance *deformante;* y si fuera subsumido bajo el interés social por la moralidad general, determinaría un fallo concordante con el de nuestra Cámara de Apelaciones.

Por otra parte, si el litigio girara en torno de un interés individual no comprendido entre los diversos intereses sociales o en torno de un interés gubernamental tampoco allí comprendido, el instrumento sociologista resulta *inoperante.*

f) *La egología existencial.*—El instrumento egológico se afirma sobre una interpretación de la justicia como entendimiento societario. En cuanto substrato de un sentido, el entendimiento societario se produce al ser las actitudes de cada cual para los demás, lo que los demás esperan de cada cual; con lo que cada cual entra, sin fricciones, en la integración del proyecto existencial de la vida personal de los demás. Y en cuanto sentido de ese substrato, reconocido como justicia, el entendimiento societario radica en la séxtupla posibilidad de que haya orden y no ritualismo, seguridad y no inseguridad, poder y no opresión, paz y no discordia, cooperación y no masificación, solidaridad y no aislamiento, porque la justicia tiene que ser alguna de esas cosas al refractarse en el cerrado plexo axiológico de los valores de alteridad que la modalizan. En cuanto substrato y en cuanto sentido, el entendimiento societario queda visto, así, por su anverso y por su reverso, con la trascendencia, más arriba ya señalada, que la vida, siendo libertad, le otorga al ser asumida como libertad. Por eso el estar conforme con la vida que se hace es un supremo valor colectivo, si esa conformidad significa que lo que se hace es también lo que debemos hacer.

Sin duda, es difícil saber qué es la justicia; lo demuestra un fracaso de

[11] JULIO CUETO RÚA, *El "Common Law"*, esp. cap. IV, (Buenos Aires, 1957, ed. La Ley), señala con claridad superlativa, en un completo análisis teórico, este punto muerto del sociologismo ecléctico.

www.carloscossio.com.ar

2,400 años de análisis filosófico. Y parece igualmente difícil saber qué son cada uno de los seis valores bilaterales que la acompañan en plexo y en los que ella se refracta de manera tal que cada uno admite una doble afirmación de este tipo: "la justicia es paz" y "la paz es justicia". Por el contrario, es fácil, casi infalible, establecer si una situación concreta es más o menos justa o valiosa que otra, cual si la vivencia de "un mejor o peor" poseyera en estos casos una proximidad que la del "qué" no tiene. Husserl nos ha enseñado [12] que lo que no es la radical "pertenencia" de cada yo, que lo "ajeno", esto es, el no-yo, se constituye sobre dos especies de vivencias inequiparables, a saber: la de las cosas, cuya vivencia simplemente las explícita de acuerdo a sí mismas y en donde la explicación avanza sin saber hacia que consistir va, porque la vivencia no tiene en sí ningún *qué* pre-constituído; y la de los *alter ego* o prójimos cuya explicitación avanza en una dirección fija, porque están originariamente pre-constituídos en la vivencia como *egos*, a mi imagen y semejanza. Esta profunda diferencia vivencial no empece a que, en ambos casos, la constitución originaria sea la de un *qué* (allí una cosa y aquí un quien), el cual resulta fundante y previo al pronunciarnos acerca de la existencia objetiva, en lo siguiente: para saber que existe algo determinado, han de concordar la existencia del dato con el consistir de algún *qué;* si concuerdan, diremos que existe eso (por ejemplo, que existe un pájaro); y si no concuerdan, diremos que no existe un pájaro, que es otra cosa lo que existe. La vida está, así, compelida a hacerse cuestión de ambas cosas, de la existencia del dato y de su consistir, para no quedar enclaustrada en el ámbito subjetivo de su "pertenencia" radical; el gozne de toda extraversión, de toda intencionalidad trascendente, es la pregunta por el "qué" y por eso ésta se impone a la inteligencia como una cuestión necesariamente previa.

Pero nada parecido nos dice Husserl acerca de la constitución de lo que es "pertenencia" del yo. Sin embargo, el asunto nos resulta decisivo. La vida no puede hacer cuestión acerca de su propia existencia; ya lo advirtió Descartes con su justamente célebre apotegma "pienso, luego existo". Además, como mi propia vida vive su *qué* —y en rigor, todos sus *qué*, según lo ha señalado Husserl—, huelga que las vivencias que a mí se refieren estén pendientes de constituir mis *qué*. Carece de sentido constituir, para vivir, un consistir en el que ya se está, precisamente por vivirlo. Y como la vida es libertad, opción, el plano originario de las vivencias que a mí mismo

[12] HUSSERL, *Meditations Cartésiennes,* cinquième méditation (Paris, 1931, ed. Armand Colin).

www.carloscossio.com.ar

apuntan, viene a ser directamente el de "lo mejor o lo peor" que corresponde a la opción con que la libertad se fenomenaliza. Como todos los valores de su plexo y como todos los valores de conducta y acaso también como todos los valores sin discriminación, la justicia es un mejor frente a un peor; claro está, un peculiar mejor. La justicia carece de un *qué* constitutivo originario, por mucho que esto repugne a un pensamiento de cuño cosmológico. En la justicia no hay una objetividad entitativa, sino una objetividad apreciativa porque sólo esto intenciona la vivencia en que emerge. A su respecto, el *qué* es una construcción ulterior y fundada, no previa y fundante, porque la vida no hace cuestión, con ella, de nada que no sea, en parte al menos, la vida misma que se está viviendo. Si decimos que algo es justo, es sobre la base de ser mejor que otra cosa, de ser más justo que otra cosa; y en esto lo "mejor" o lo "más qué", es lo determinable de que se hace cuestión; que no lo "justo" a secas, que ya va vivido por ser un modo de la propia vida, a saber, el modo coexistencial cuyo "mejor" es el entendimiento societario. Lo justo a secas es algo que para la vida no es cuestión ni puede serlo, porque siendo una alternativa, como tal se desvanece desligada de su contraposición. Y el ser una alternativa le viene de la vida misma, en cuanto que modo de ella.

Sobre estas bases, frente a una norma legal, el instrumento egológico se dirige a descubrir la circunstancia genérica del caso, por donde pasa ese límite entre lo mejor y lo peor, haciéndola la circunstancia arcóntica del campo enunciado por la ley. Si esta circunstancia está entre las enunciadas por la ley, ésta resulta de aplicación lisa y llana en la creación judicial como justicia; pero si no lo está, esa creación judicial al señalarla intersticialmente, restringirá el alcance del texto legal a los casos en que ella aparezca (o en que no aparezca, según la dirección de su construcción conceptual) o lo ampliará de la misma manera. De cualquier manera, el juez siempre estará cabalgando sobre el sentido de la actualidad viviente en cuanto sentido de justicia. Así cobra plenitud el bello aforismo de don José Antolín del Cueto, "la ley reina, pero la jurisprudencia gobierna" [13]. La adecuación de la opción judicial tiene su canon y su garantía en estar remitida a la tematización de un hecho inherente a la opción misma, por lo cual ésta queda ineludiblemente ligada a ese hecho tan pronto como lo tematice. Este hecho es la seguridad con que se advierte, sobre el caso concreto, cuál de entre varias soluciones es la más justa. La actitud egológica,

[13] Sobre todo esto, ver Cossio, *El Derecho en el Derecho judicial,* cap. IV; y *Teoría de la Verdad jurídica,* caps. V y VI.

www.carloscossio.com.ar

al buscar su fundamento en el caso mismo, permite de por sí superar toda deformación y toda inoperancia técnicas.

En el caso judicial de nuestro ejemplo, su circunstancia arcóntica, la que lo exhibe en su peculiar sentido, es, obviamente, el hecho de las nuevas nupcias contraídas por la esposa comprometida en un juicio de divorcio pendiente de decisión judicial. El fallo de la Cámara de Apelaciones, al tenerla en cuenta, viene a decir que el artículo 607 del Código no es aplicable cuando se da semejante circunstancia, restringiendo con ello el alcance literal de la norma legal y haciendo justicia de verdad, esto es, justicia en correspondencia con la realidad como entendimiento societario. En cambio, el fallo del 1ª Instancia, proyectado a la realidad viviente, perturbaba la paz creando un irritante conflicto entre los esposos litigantes; y, además, en cuanto acto de poder del juez, resultaba un acto de opresión para el primer marido porque el magistrado no inculcaba de ese modo nada convincente para nadie. En efecto; podría argüirse con exactitud, que el fallo de primera instancia incrementaba la seguridad situacional de la esposa. Pero el artículo 607 no está para aumentar su seguridad, sino para impedir que quede sumida en la inseguridad, como lo comprueba la jurisprudencia reinante que deniega la pensión alimentaria cuando la esposa tiene suficientes bienes propios. En nuestro caso, para la esposa no era un problema de verse sumida en la inseguridad, porque ya su segundo matrimonio le otorgaba el mismo amparo marital que podía emanar del primero. Bajo esta luz, la contraposición seguridad-inseguridad tiene un sentido muy diferente al del mero aumento compulsivo de la seguridad; y es esta diferencia la que permite comprender que la sentencia de primera instancia resultara opresiva para el primer marido en cuanto que, como superación de un conflicto, no inculcaba nada vigente en nuestro entendimiento societario, ni lo podía inculcar: esta sentencia aumentaba la seguridad de la esposa porque ésta quedaba amparada por ambos maridos; es decir, que consagraba un *status* de amparo en favor de la esposa que se divorcia y se vuelve a casar, superior al que tiene la esposa que se divorcia y no se vuelve a casar; lo cual significaría un desentendimiento societario dentro del módulo monogámico con que vivimos y nos entendemos; de ahí su falta de fuerza de convicción. Por eso semejante *status* de mayor seguridad para la esposa litigante, era injusto al no resultar un "mejor que. . ." como entendimiento societario. La doble protección concedida a la esposa que se vuelve a casar era, como solución, peor, comparada con la protección simple que se concede a las esposas que no se vuelven a casar, porque éstas quedan en inferiores condiciones que aquélla a pesar de que su comportamiento

www.carloscossio.com.ar

corresponde mejor a las exigencias ambientales de entendimiento en que queda situada la mujer que se divorcia.

6) Condicionamiento de las tendencias que actualiza el mundo social

Más importantes todavía son las tendencias que gravitan en la actualización del Derecho, como consecuencia de lo que prevalece como orientación económica, social, política, técnica e ideológica en un momento dado y que, de modo espontáneo e insensible, altera el entendimiento societario originando una nueva manera de entenderse.

No vamos a seguirlas en su influjo, ni siquiera con ejemplos ilustrativos. Basta tener presente que todo eso se condensa como opinión pública y que la opinión pública está templada por una emoción que es tributaria, a la vez, de lo que se ha vivido como historia, de lo que es problema o urgencia en el presente, y de las perspectivas que como porvenir abre la opinión técnica.

En cambio, sí nos toca destacar que, cualquiera sea el contenido de una tendencia semejante, su actualización no depende solamente del contenido mismo. Depende, en mayor medida, del engaste que este contenido tenga en el mundo social donde se hace presente, porque este engastamiento, actuando a modo del muelle que sujeta un clástico, le permitirá o lo privará de aprovechar esa fuerza de conjunto que se radica en la sociedad como un todo y solamente en ella.

Tres de estos engastes reclaman peculiar atención en la sociedad contemporánea.

a) *La conservación del poder.*—La sociedad, ciertamente, no tiene otra existencia que la de los individuos que la componen. Pero esto no significa que la sociedad sea un conglomerado de individuos sueltos, al cual podamos referirnos como a un puñado de municiones; ni tampoco que la sociedad sea un recipiente hueco, dador de un único centro de gravedad al líquido que se le vierta y en donde éste, con plácida uniformidad, se reparte por igual en todas direcciones con la misma presión. Por el contrario, la sociedad se organiza espontáneamente creando diversos centros de poder de diferentes potencias y distintas jerarquías, que entran en múltiples relaciones de fuerza en la forma de un equilibrio permanentemente inestable. Ejemplos de estos centros de poder pueden verse en el Estado como gobierno, cada vez

www.carloscossio.com.ar

más poderoso en el mundo moderno; en las iglesias, otrora supremas pero todavía poderosísimas; en los sindicatos, con posibilidades de poder incontrarrestable; en el periodismo, casi soberano en el siglo XIX y hoy visiblemente declinante; en la banca por su control del crédito; en los consorcios industriales; en las universidades cuando alcanzan cierto fundado prestigio; en las fuerzas militares cuando se trazan una órbita diversa del gobierno civil; en las logias y en general en toda asociación que se defina por sus intereses de grupo. Estos centros de poder están dando situación política al individuo dentro de la sociedad, por la participación que éste tiene en ellos, en cuanto que la suprema defensa que un individuo tiene respecto de la sociedad depende del apoyo que le otorgue algún grupo social. Frente a la sociedad, el individuo aislado está inerme.

Ahora bien; el poder infunde o inculca espíritu contando con la fuerza en este juego. El poder es este traspaso espiritual con el cual un espíritu toma posesión de otro y que sirve para superar un conflicto, dominándolo, al tomar posesión del conflicto. Pero este origen espiritual del poder no lo deja ajeno a la fuerza, pues si la dominación es, en último término, represión por la fuerza, la fuerza es *ratio* —la *última ratio*— si se ajusta a los términos del conflicto que, para dominarlo, encara, habiendo, por consiguiente, inculcación en la fuerza como *ratio* [14]. La paradojal cuestión se aclara con esta decisiva observación: Cuando un contenido espiritual como ideal real, está en expansión, ese contenido es predominante, esto es, está dominando desde antes, por anticipación, es en eso mismo pre-dominante. Y siendo así, no es extraño que el poder pueda inculcarlo aún con actos de fuerza, por el mero hecho del ejercicio de ésta. No resulta absurdo entonces que la fuerza del poder sea el poder de la fuerza.

Pero esto mismo explica lo que ocurre cuando el poder declina, cuando los centros de poder poco o nada tienen ya para inculcar. En esta situación, al revés, el uso de la fuerza está otorgando poder a las instituciones que la ejercitan, ahora sólo para sostenerse en sus posiciones. "Por eso está en la lógica social del poder, que los grupos que lo detentan no se avengan a perderlo sin hacer resistencia" [15].

Todo esto hace ver que cualquier cálculo sobre las tendencias que pue-

[14] Sobre todo esto, ver Cossío, *Los Valores jurídicos*, cap. III, en Anuario de Filosofía del Derecho, t. IV; Madrid, 1956, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

[15] Cossío, *La Política como conciencia*, pág. 240; Buenos Aires, 1957, ed. Abeledo-Perrot.

www.carloscossio.com.ar

dan actualizarse en el Derecho, debe proyectarse sobre una consideración de la distribución de la fuerza entre los diversos centros de poder que estén afectados por el cambio; y ello no sólo como un balance del poderío de los grupos antagónicos, sino también por la resistencia que vayan a oponer quienes meramente traten de conservar un poder que les permite conservarse en sus posiciones.

b) *La actualización a través de estructuras.*—Este aspecto de la cuestión es de capital importancia para la sociología jurídica, aunque desgraciadamente no sea asunto de explicar con sencillez. Ensayemos de hacerlo visible sobre un escorzo.

La estructura de la producción económica, antes de que apareciera el capitalismo, consistía en la producción manufacturada de una mercancía M (por ejemplo, un novillo en estado o un carruaje), la cual se convertía en dinero D al venderse en el mercado, sirviendo este precio para adquirir otra mercancía M. Estos símbolos M-D-M muestran la peculiar dirección y la permanente fuerza que, por razones de estructura, gravitaban sobre los individuos comprometidos en el proceso de producción condicionando sus intenciones individuales como si se tratara de un horizonte al cual no podían eludir. Esta estructura significaba que la producción en conjunto se regulaba por el consumo, pues carecería de sentido que quien producía un novillo (M) y lo vendía en el mercado por un precio (D), invirtiera ese dinero en comprar al precio de mercado otro novillo (M) igual al que acababa de vender. Lo invertiría en comprar otras mercancías (M) que necesitaba para su consumo o uso personal, por ejemplo diez corderos o un arado. El movimiento de la producción no habría de producirse, si hubiera de moverse por la adquisición de una mercancía que ya se tenía, quitando al intercambio toda utilidad por falta de sentido. Mientras estuviera dada esta estructura M-D-M de la producción, toda actualización emergente del esfuerzo individual tenía prefijada una cierta dirección calculable por la estructura misma y no por los deseos o anhelos personales, ya que la estructura, presente como circunstancia, resultaba superior e independiente de las voluntades individuales, circunscribiendo las posibilidades de opción de éstas.

Cuando adviene el capitalismo, la estructura de la producción se modifica fundamentalmente. Ahora es el caso de que alguien comienza disponiendo de una suma de dinero D (por ejemplo, $100,000); con ella produce una mercancía M (por ejemplo, un carruaje), a la cual la vende en el mercado para obtener nuevamente dinero D. La estructura, por lo tanto, es D-M-D. Ahora es claro que el proceso de la producción no se regula por el

www.carloscossio.com.ar

consumo, sino por el deseo de obtener más dinero como ganancia, pues ese proceso así estructurado no se movería por carecer de sentido, si la venta del carruaje sólo hiciera recuperar los $100,000 que ya se tenían al comienzo. Ahora el dinero funciona para obtener más dinero, en un horizonte abierto y sin término. Y otra vez vemos cómo la estructura, presente como circunstancia —por lo tanto superior a las voluntades individuales e independiente de ellas al circunscribirlas en sus posibilidades de opción—, está fijando por anticipado una cierta dirección, a toda actualización emergente del esfuerzo individual; dirección calculable por la estructura misma en cuanto que condicionada por ella [16].

Ahora bien; computar la estructura dentro de la cual los seres humanos actualizan un determinado esfuerzo, resulta indispensable cuando se quiere señalar las tendencias actuales del Derecho. Esta actualidad es, por fuerza, una actualización; y acabamos de ver que para la actualización no bastan los deseos y anhelos individuales; es imprescindible que a estas apetencias se les ofrezca una opción posible dentro del horizonte en que están proyectadas; y ello depende fundamentalmente de la estructura que tiene su circunstancia. El Derecho, por ser entendimiento societario, vive en la forma primaria de un asentimiento o consenso colectivo que lo presenta como cumplimiento espontáneo, el cual es la base para comprender todo lo demás que aparece en la experiencia jurídica, incluso el delito. Y es precisamente este carácter plurindividual que tiene todo consenso colectivo, lo que obliga al jurista a habérselas con la psicología del hombre medio; no con la psicología del santo, ni del mártir, ni del héroe, las cuales si bien sirven para poner en tensión las valoraciones vigentes, no le otorgan a éstas su existencia efectiva. Por eso es inútil y pueril esperar de la sola psicología del hombre medio, un cambio de rumbo fundamental en la actualización del Derecho; esta psicología tiene un repertorio preestablecido de respuestas, que serán más o menos las mismas mientras aquélla se despliegue en las mismas condiciones estructurales. Por eso para hablar de tendencias modificatorias del Derecho, es necesario que la modificación afecte a la estructura que condiciona la vida jurídica que habría de ser suplantada. Sin esta afectación no puede haber una tendencia jurídica que esté actuando, por más que abunden anhelos y deseos individuales. En cambio, alterada la estructura,

[16] Un análisis a fondo de estas dos estructuras M-D-M y D-M-D, puede verse en PAUL M. SWEEZY, *Teoría del desarrollo capitalista*, cap. IV, (México, 1945, Fondo de Cultura Económica), con detenido examen del descubrimiento marxista al respecto.

www.carloscossio.com.ar

el mismo repertorio de respuestas del hombre medio toma otro rumbo consonante con ella y fundado en ese repertorio, sin caer en la utopía de que se transmute en santo, mártir o héroe.

Así se explica el fracaso del remedio "moralista" al que han apelado desesperadamente todos los gobiernos occidentales, con motivo de la desarticulación económica que sobreviene después de la segunda guerra mundial, cuando la inflación desata un vertiginoso desequilibrio entre los salarios y el precio de las mercancías elementales. Desde que los productores de alimentos, por ejemplo, actúan con la psicología del hombre medio y en cuanto ellos se desenvuelven dentro de una estructura cuyo sentido es la mayor ganancia de dinero, es inútil pedirles que detengan la elevación del precio de esos productos por un acto espontáneo de "moralidad", determinado por una razón de bien público o de bienestar social. No hay motivación moral que pueda ocasionar semejante efecto colectivo, no ya por suponer una debilidad en las fuerzas morales, sino porque la moralidad estaría actuando fuera de órbita, es decir, porque se pretendería que la moral actuara donde la moral no puede actuar. Nadie duda que si todos los hombres fueran tan santos como el Pobrecillo de Asís, la cuestión social estaría resuelta desde hace siete siglos. Pero no es un problema de santos, sino de hombres con una dimensión media muy diferente. Y la única manera de aprovechar la espontaneidad de esta dimensión media, es hacerla jugar en una estructura que, como circunstancia, la condicione de otro modo. Por eso hablar de las tendencias actuales del Derecho, significa hablar de una modificación de estructuras sociales; sin ello, sólo se habla de deseos y anhelos, pero no de una realidad histórica [17] como tendencia jurídica.

[17] Un caso de especial interés para el Derecho político del mundo contemporáneo, que he estudiado largamente en mi libro *La Política como conciencia,* págs. 55 a 92, (ed. cit.), concierne a la crisis que afecta al Poder Legislativo de cuño anglo-norteamericano que se universaliza en la civilización en el siglo XIX. Esta institución está destinada a consubstanciarse con la democracia como sistema de vida, hasta el punto que la desaparición del Parlamento popular significaría la desaparición de la democracia en conjunto. Y en la medida en que el Estado democrático es un Estado de partidos políticos, el Parlamento como institución es el punto donde se unifican la política y el gobierno democráticos.

Ocurre, sin embargo, que la institución está afectada de una creciente ineficacia institucional, superior a la voluntad de los hombres para remediarla dentro de la estructura con que la conocemos. El hecho de su esterilidad comienza a cundir ya como caricatura en la opinión pública de todas partes; y nada mejor que esto preludia una desaparición sociológica por desprestigio, a corto plazo.

La ineficacia deriva de una visible antinomia. Por un lado, el carácter inter-

Revista de la Facultad de Derecho de México, Nº 30, México, 1958

www.carloscossio.com.ar

c) *La politización de la verdad.*—Entre los diversos factores que promueven el movimiento de la historia, la verdad es uno de ellos. No ha sido nunca el más importante y acaso nunca llegue a serlo; pero se ofrece con la característica de ser un factor constante en ese movimiento. Por eso merece que se lo considere en forma especial, al hablar de las tendencias actuales del Derecho. Y ello tanto más cuanto que, con el progreso de las ciencias, cada vez se acentúa en el hombre contemporáneo la apetencia de reglar su vida por la verdad.

Para hilvanar esta reflexión, tomemos un caso muy ilustrativo. Sea el que se refiere a la defensa institucional de la familia, a partir de la idea de que la familia es algo así como la célula social de cuya salud depende la salud de la sociedad misma. La idea constituye hoy un verdadero estribillo de políticos y juristas, cada vez que se agitan cuestiones como la implantación del divorcio o la protección del niño frente al desamparo que le crea la concentración industrial de las grandes urbes.

La idea es científicamente exacta; sólo que no actúa en concreto como fuerza operante dentro de los límites con que la ciencia la convalida. En la República Argentina, por ejemplo, debido a la tradición colonial que todavía gravita intensamente y debido también a la educación en colegios católicos recibida por las clases dirigentes, se sobreentiende, cuando se habla de la familia, que se trata de la familia católica. Es decir, que todo lo que contravenga a la teoría de la Iglesia Católica sobre la familia, ya estaría afectando a la célula social.

Naturalmente que basta pensar en la existencia de países no católicos, donde el mismo problema se presenta sobre la misma idea que entre nosotros, para advertir que la fundamentación está alterada por factores ajenos a la verdad y que la verdad ha sido asociada a otros intereses del medio social para servirse de ella en el sentido de su bandería. De la misma manera,

vencionista del Estado moderno, que obliga a dar respuestas afirmativas a un conjunto tan variado de problemas técnicos, que no hay ya hombres conocedores de todos ellos. Y por otro, la mediocridad general de los diputados exaltados a su función sobre la base de los méritos partidarios de carácter proselitista, base ineludible que se acentúa con la mera vigencia de la idea democrática, por cuanto en este proselitismo radica la existencia misma de un partido y para éste su propia existencia tiene que ser computada con preferencia a toda otra cosa. La actual estructura institucional tiende a anular, ya la existencia de un partido, ya la eficacia de la representación partidaria de diputados. En el referido libro he sugerido una solución —a *mi juicio la única solución*— de tan tremendo problema, sobre la base de configurar las actividades política y legislativa del Parlamento, de diversa manera.

www.carloscossio.com.ar

sería suficiente pensar que la República Argentina, socialmente considerada, es cosa diferente vista desde arriba o vista desde abajo; es decir, vista desde las clases dirigentes con su tradición colonial y su educación católica, que vista desde ese mundo proletario, hoy ya más numeroso que el anterior, cuya tendencia a apartarse de la Iglesia actúa desde la crisis del capitalismo originario, en la medida en que la Iglesia, por su estructura económica de rentista, es una institución capitalista ella misma que no se acomoda a la estructura del moderno capitalismo industrial del empresario [18]. También así advertiríamos la misma alteración de fundamentación más arriba señalada.

Si nosotros nos limitáramos a lo que la ciencia dice, fijando el alcance de la metáfora de que la familia es la célula social, habríamos de decir aproximadamente lo siguiente y nada más: Todo individuo tiene el sentimiento de pertenecer a una comunidad; esto es una verdad existencial en razón de que la existencia humana es coexistencia. El sentimiento comunitario en general, en sí mismo, antes de estar referido a esta o a aquella comunidad, es una aptitud o vocación humana porque el individuo como tal sólo se realiza en comunidad y mediante participación en ella; por eso esa realidad funcional que es la sociedad, no teniendo otra existencia que la de los individuos que la componen, se levanta sobre aquel sentimiento y de él depende.

Ahora bien; la circunstancia primaria que ese sentimiento encuentra para comenzar a actualizarse y tomar cuerpo, impuesta con antelación a toda otra ya por la propia debilidad biológica del infante, es la asociación familiar. Allí comienza la comprensión del prójimo como miembro de mi propia comunidad, para extenderse más tarde, con otras dimensiones y otras tonalidades, a la comunidad de un mismo caserío, de una misma ciudad, de una misma región, de un mismo Estado, de una misma nación y acaso de una única Humanidad. La familia es, sin duda alguna, el punto de partida de esta integración de la vida humana, que la lleva a la plena realización de lo que fuere su destino personal. Pero lo importante en esta trayectoria, es que la familia resulta insustituible como punto de partida.

En efecto. Podemos admitir que un niño, en un orfelinato perfecto —y es cosa muy problemática la existencia de orfelinatos perfectos—, puede recibir mejor cuidado físico que en un hogar (por ejemplo, agua caliente diaria para bañarse), así como también una mejor instrucción intelectual.

[18] Sobre el punto, ver Cossío, *La Política como conciencia*, ed. cit., págs. 96 a 115.

www.carloscossio.com.ar

Pero jamás el orfelinato puede equipararse a la familia en lo que concierne al desarrollo de su vida afectiva, por lo que en ello ponen la madre, el padre, los hermanos, los abuelos, los tíos, los primos y las amistades familiares. Y esto es lo decisivo porque la emoción es la fuente principal para comprender la vida propia y la ajena, la historia y la sociedad, en cuanto que captamos con el sentimiento el núcleo de todo valor. En esto radica la función elemental o celular de la familia; y no puede ir más allá de esto, de acuerdo a la verdad científica, la defensa de la familia como célula social. Lo cual no significa, por cierto, que sea la familia tal como la concibe la Iglesia Católica según sacramentación y sólo ella; ni siquiera, tampoco, que sean sólo los padres biológicos quienes pueden dar calor familiar a la extraversión intersubjetiva originaria del niño, pues los padres adoptivos pueden hacerlo igualmente bien si son seres que conviven con afecto y buen ejemplo. De la misma manera, la existencia del divorcio no es una cuestión que se identifica con la función celular de la familia, en el sentido de que el divorcio de por sí y siempre, destruiría esta función; pues sin contar el caso de que el divorcio por mutuo consentimiento, tratándose de un matrimonio sin hijos, presenta una situación vital muy diferente a la que presenta un matrimonio con hijos —tan diferente, que para no ver la diferencia se necesita ser muy racionalista y razonar sólo con "principios", en vez de razonar con la realidad—, sin contar casos de esta especie, la verdad es que ordinariamente los cónyuges llegan al divorcio cuando ya la función celular de la familia está destruída desde tiempo atrás [19].

La familia es algo socialmente importante en grado superlativo y tiene una función celular insustituible, en cuanto es, para el niño, la circunstancia originaria más llena de posibilidades radicales y el horizonte más rico en matices profundos, en lo que concierne a su futura personalidad social; y ello en razón de la vía emocional con que la familia nos abre a la comprensión del prójimo. Admito que para la constitución de la personalidad individual de alguien, un verdadero maestro cuenta más que la familia, como lo comprueba el conflicto generacional entre padres e hijos que casi toda familia encuentra en su seno cuando los hijos entran en la posesión de su propia personalidad. Pero en lo que concierne a su personalidad social, a la comprensión del prójimo con que deben integrarse, a la aptitud para reconocer sú calidad de partes en un destino común, la

[19] Ver CARLOS GARBER, *El divorcio en el Derecho Internacional Privado*, en "La Ley", tomo 78, Buenos Aires, 1955.

www.carloscossio.com.ar

familia es la iniciación insustituible e insuperable. Esta es su verdadera función celular, la cual basta y sobra para defenderla por sí misma, frente a toda eventualidad de disloque en este mundo del siglo XX en que la civilización sufre una de sus reacomodaciones más trascendentes.

Pero defender la función celular de la familia rodeándola de otros requisitos y dándole otro alcance, cual si esa función común a cualquier tipo de familia fuese, en rigor, sólo lo que acerca de ella dice una determinada doctrina social o religiosa, es usar la verdad en beneficio de una ideología y comprometerla con parcialidad en la suerte que esta ideología corra en su lucha por el poder político. Naturalmente que tamaña politización de la verdad significa ocasionar una fuerte perturbación en el entendimiento societario —y a veces, incluso, más perturbación que bien—, en cuanto que el entendimiento societario indefectiblemente se empaña y dificulta si no se sabe vivir de acuerdo a la verdad.

Sin embargo, el juego de la verdad en la política social está destinado a esta politización, por cuya virtud de mil maneras otros intereses la enlazan y la complican, subordinándola a las luchas de banderías. En la medida en que en la historia, además de la verdad, pesan otros factores más poderosos que ella; y en la medida en que allí no se trata de la verdadera verdad sino del valor vital de la verdad, aquella politización es una fatalidad en la actualización del Derecho que condena a éste a estar siempre retrasado respecto de su vocación por un perfecto entendimiento societario. Sólo el día que la política tome otro sesgo por el papel que en ella se asigne a la verdad, sólo cuando la verdad política signifique una política de la verdad, sólo entonces el contenido de las verdades podrán guiarnos, mucho más que ahora, en el difícil cálculo o vaticinio científico concerniente a las tendencias actuales del Derecho.

De cualquier manera, el hombre en general y el jurista en particular no van a dejar de formularse esta pregunta, porque el Derecho avanza moviéndose hacia su actualidad. Pero conviene saber que, para la respuesta, no basta señalar anhelos o deseos colectivos ni necesidades populares, con ser, sin duda, factores de realidad indispensables. Quien dé una respuesta tiene que comenzar encuadrando estos factores dentro de la situación social que los está condicionando en su viabilidad ambiental, a fin de poder ponderar las chances (sic) efectivas de hacerse realidad jurídica que ellos tengan. Tal condicionamiento, dentro de la evolución normal que quepa en un ordenamiento jurídico subsistente al automodificarse, depende del engaste social que ofrezca el problema en cuestión, según cual sea la fuerza de los centros de poder que resulten comprometidos, según la

www.carloscossio.com.ar

estructura que quede afectada y según la potencia de la verdad que esté en juego; y depende también, no en escasa medida, de la conciencia científica alcanzada por el asesoramiento jurídico que actúa permanentemente en ello.

Como he dicho, este planteamiento corresponde a la actualización del Derecho como fenómeno de evolución dentro de un ordenamiento jurídico que, subsistiendo, se modifica de acuerdo a lo que él mismo provee para modificarse. Que si se tratara de hablar de las tendencias actuales del Derecho sobrevinientes por vía revolucionaria, entonces nuevas glosas habrían de agregarse a propósito de cada uno de los tópicos estudiados. Pero en verdad eso significaría señalar ante todo, como tendencia actual, la inminencia de una revolución.