

LLAMBÍAS DE AZEVEDO Y LA POLÉMICA EN TORNO A LA NATURALEZA DEL DERECHO

Oscar Sarlo

I. Introducción

Antes que nada, deseo expresar mi agradecimiento a la Academia Nacional de Letras por la invitación para participar de este homenaje, lo cual significa para mi un doble honor.

Es un honor, en primer lugar, por el prestigio de la Academia, al cual han contribuido algunos de los más grandes juristas del Uruguay, donde aún no contamos con una Academia de Ciencias Jurídicas.

Es un honor, además porque Llambías fue sin dudas el protagonista más ilustre de la cátedra que hoy ocupo en la Facultad de Derecho. Y me place especialmente señalarlo porque provengo de una tradición filosófica y teórica bien diversa de la de Llambías, como tendré oportunidad de señalarlo más adelante.

La vida académica, que transita permanentemente entre rupturas y suturas, entre reiteraciones y repeticiones, requiere siempre de estas instancias, donde podamos recordar, revisar, visitar, replantear nuestras tradiciones, permitiéndonos asomarnos a ellas como protagonistas, y no receptores pasivos de las mismas.

Entre los múltiples temas que ameritarían ser tratados en este merecido homenaje al Prof. Juan Llambías de Azevedo, me ha parecido particularmente interesante el referido a su postura acerca de la polémica entre jusnaturalismo y juspositivismo con referencia a la naturaleza del derecho.

Esta polémica, que otrora se consideraba como la cuestión central de la filosofía del derecho, hoy tiende a desdibujarse, y en todo caso, se ha vuelto tan sutil que ha perdido el carácter simple y confrontativo que solía tener.

Esta situación proviene del hecho que desde ambas posturas se ha aprendido, y también se han escuchado sus buenos argumentos, como para advertir que si de veras queremos hablar de lo mismo, entonces no hay más remedio que atender a las evidencias, y esclarecer el lenguaje que nos permita hablar de ellas.

Viendo el vigor de las ideas de Llambías, y el reconocimiento que en su momento había despertado en la comunidad jusfilosófica internacional, no deja de llamar la atención el escaso interés que hoy encuentra en el pensamiento jusnaturalista contemporáneo, cuando muchas de las ideas que lo caracterizan, ya habían sido avanzadas por Llambías.

II. Claves de la polémica jusnaturalismo / juspositivismo

1. Planteamiento

La tradicional contraposición ente juspositivismo y jusnaturalismo suele tomarse a la ligera; muchos adoptan posición en torno a ella o invocan sus posiciones sin tener el cuidado de precisar en qué sentido se plantea la cuestión. Y en verdad, la disputa ha girado sobre diversos ejes, porque hoy tenemos claro que no existe ni un solo tipo de positivismo ni un solo tipo de naturalismo en torno al derecho. Así que será necesario comenzar por adoptar alguno de los puntos de vista que se han elaborado para esclarecer esta polémica.

2. Los ejes de la polémica

Esta polémica se ha reconstruido de diversas maneras debido a la complejidad de cuestiones que se entremezclan. Si bien, como vimos, no resultaría adecuado hablar genéricamente de positivismo y de jusnaturalismo, en este caso, por una cuestión de practicidad, aludiremos básicamente a dos conceptualizaciones, la clásica y la contemporánea, tanto del positivismo como del jusnaturalismo.

Examinando los argumentos intercambiados entre ambas conceptualizaciones del derecho se pueden identificar algunos puntos primarios de disputa:

a) *la cuestión del origen, producción o fuente del derecho.* En el campo positivista la corriente clásica sostiene que lo que se denomina derecho es producido por el Estado, y la corriente contemporánea se limita a afirmar que lo que sea derecho depende de fuentes socialmente identificables, esto es, se trata de una creación social. Por el contrario, desde el campo jusnaturalista, sin negar esto, afirma que ello no es relevante, sino que esa producción humana sólo será derecho cuando se adecue a principios universalmente válidos de justicia.

b) *La cuestión de la eficacia del derecho.* Las corrientes positivistas suelen dar gran relevancia a este aspecto, pues refiere precisamente a la ventaja más notoria que presenta su postura, que es la de aludir a un fenómeno necesario y observable fácticamente. No obstante, cabe señalar que esta cuestión no tiene hoy en día gran relevancia, porque los jusnaturalistas más connotados ya no cuestionan la necesidad de una cierta eficacia para hablar de derecho.

c) *La cuestión del contenido del derecho.* Este pasa por ser el punto central de la disputa; para las conceptualizaciones positivistas

contemporáneas, la cuestión crucial de lo que denominamos derecho, puede ser definido sin referencia a principios morales; es lo que se denomina la tesis de la separación conceptual entre moral y derecho. Esta tesis significa que para definir el derecho no es necesario presuponer un contenido correcto en el mismo, porque el concepto de corrección es un concepto moral, y éste no es objetivable, sino que se trata de una noción subjetiva. Por el contrario, éste es el punto más relevante para los jusnaturalistas; inclusive aquellos jusnaturalistas modernos, que aceptan el carácter institucional del derecho, reservan en última instancia cierta exigencia de corrección para validar un sistema institucional como derecho y no como mera dominación. La “movida” teórica que se ha operado en el jusnaturalismo contemporáneo, consiste en desentenderse de la existencia de un derecho natural que se imponga al derecho positivo, y en su lugar, afirmar la necesidad de incluir en la conceptualización del derecho positivo, la exigencias de corrección que se dan inevitablemente en quienes actúan dentro de él. Como veremos, esta “movida” ya estaba anticipada en la filosofía jurídica de Llambías.

d) *La cuestión de la aplicación del derecho.* El positivismo clásico, especialmente la exégesis francesa, postula que es posible ya no identificar el derecho como sistema, sino aún actuar dentro de él con total independencia de criterios morales. De acuerdo con esta postura, un juez podría (es más: debería) aplicar el derecho sin recurrir a criterios morales. En las corrientes jusnaturalistas, también encontramos muy diversas posturas; para algunos jusnaturalistas clásicos, como Montesquieu o Beccaría, el aplicador del derecho debía sujetarse estrictamente al contenido de la ley, tal como luego sería recogido por la exégesis; en cambio, los jusnaturalistas contemporáneos han oscilado entre sostener que el aplicador debe siempre priorizar los criterios morales, o que tal cosa debería acontecer en ciertos casos difíciles o que afecten la dignidad humana. Este punto ha perdido claridad en la confrontación que analizamos, pues hoy en día muchos positivistas aceptan que las cuestiones morales pesan en las decisiones del aplicador del derecho, siendo una cuestión contingente el determinar cómo y cuánto lo hacen. Sobre esto versa la postura del moderno positivismo inclusivo. Por otra parte, es evidente que es una cuestión dependiente de la respuesta que se de a las demás cuestiones.

e) *La cuestión de la obligatoriedad del derecho positivo.* Para un positivista tradicional, el derecho obliga siempre, porque es de por sí justo, configurando lo que Bobbio denominó positivismo ideológico. Expresión de este punto de vista son las posturas de Hobbes y algunas manifestaciones de la exégesis francesa; el positivismo contemporáneo, en cambio, distingue claramente la cuestión del reconocimiento del

derecho del problema moral de su justificación y obligatoriedad. El jusnaturalismo diría que el derecho sólo obliga (porque sólo es derecho) cuando coincide con (o al menos no se opone a) los principios del derecho natural. Este eje de discusión ha perdido relevancia en la actualidad, porque no existen prácticamente positivistas ideológicos, así como no parece que existan jusnaturalistas revolucionarios, dispuestos a desconocer el derecho que se aparte de sus postulados.

En conclusión, podemos decir que la cuestión central del debate pasa por el punto c), esto es, si la conceptualización del derecho puede hacerse sin apelar a criterios éticos, y paralelamente, si tales criterios son cognoscibles. Pero por la importancia que este punto tiene, será preciso introducir alguna distinción más.

3. Cognitivismo y escepticismo ético.

Siguiendo al profesor chileno Rodolfo Figueroa G., parece interesante detenerse en un punto poco señalado en esta polémica, y que exige distinguir el problema *epistemológico* del cognitivismo ético, del problema *metaético* del escepticismo moral. Ambas posturas han sido mencionadas indiferenciadamente en la polémica.

La cuestión epistemológica del conocimiento ético, refiere a la posibilidad de afirmar la existencia de normas morales; este acceso a lo moral podría basarse en diversas vías: la razón, la revelación, la intuición, como de hecho ha sucedido con diversos filósofos. En cambio, la cuestión metaética del escepticismo refiere sólo a la posibilidad de fundar en una racionalidad objetiva o intersubjetiva la validez de esos principios morales.

Sobre la base de esta distinción, Figueroa sostiene que es perfectamente posible conciliar el cognitivismo ético (postulación de certidumbre acerca de la existencia de principios morales) con el escepticismo metaético (imposibilidad de justificación racional e intersubjetiva de tales creencias); tal cosa sucede cuando se acepta que ese conocimiento ético proviene de la intuición o la revelación, pero se renuncia a hacer de ello una cuestión de ciencia empírica.

4. Conclusión

A modo de conclusión de este breve repaso de las cuestiones involucradas en la disputa entre positivistas y jusnaturalistas, nos quedaremos con tres cuestiones básicas que nos permitirán apreciar el pensamiento de Llambías de Azevedo: la cuestión de las fuentes, la cuestión de la eficacia, y la cuestión de la corrección. Esto dicho, sin perjuicio de destacar, una vez más, que la cuestión central hoy en día gira en torno a la tercera cuestión.

III. La concepción del Derecho en Llambías

1. Sobre la cuestión de las fuentes.

Según el método fenomenológico seguido por Llambías, la primera etapa de la captación eidética del derecho, consiste en la captación de su esencia, esto es de su posibilidad ante la existencia. En esta etapa Llambías ha concluido en lo siguiente:

a) “el derecho es un objeto hecho por el hombre”; “El hombre no es sólo materia del derecho. Es también su creador. Así como hace instrumentos y casas, cuadros y ciencias, morales y religiones, hace también derecho. En esto radica su carácter ‘positivo’. Por eso lo llamamos derecho positivo.” (*Eidética*, p. 43) Quiere decir, que para Llambías es claro que el derecho corresponde al campo de la técnica, de lo hecho por el hombre para lograr ciertos fines.

b) Pero inmediatamente, acota, “Con esto no se alude para nada al estado”, ya que “el derecho puede dictarse en cualquier círculo de hombres; en la iglesia, en la asociación, en la familia, en la comunidad internacional. El estado es sólo uno de los sujetos que dictan derecho” (*Eidética*, pp. 43-44). Se aparta así, del positivismo clásico, que vinculaba el derecho exclusivamente a las fuentes estatales.

c) “Sin embargo” agrega “el derecho mismo no es nada (no es parte) ni en quien lo pone ni en aquellos cuya conducta es su materia”. “La conducta social (...) es materia del derecho (...) del mismo modo como la madera [es materia] de la ciencia que estudia los árboles, de la Botánica”. Especificando la analogía agrega: “el derecho no es hecho por el hombre, tal como éste hace su acción, o un automóvil, sino análogamente a como hace la Química o una novela. El derecho es un conjunto de pensamientos. Decir, pues, que la conducta social es la materia del derecho significa que esa conducta es el correlato objetivo necesario de los pensamientos que constituyen el derecho.” (*Eidética*, pp. 44-45). Por consiguiente, para Llambías, el derecho queda fincado en una dimensión discursiva: no es un producto sensible, sino comprensible intelectualmente: “consiste en pensamientos” (*Eidética*, p. 96)

“En si la conducta es independiente frente al derecho. Pero éste es también independiente frente a la conducta. Su esencia permanece intacta ante toda transgresión de sus disposiciones (...) el derecho violado, sigue siendo derecho. Es más: el derecho ha de contar con este hiato entre la conducta y sus disposiciones pues no tiene sentido decir cómo debe ser la acción, si ya de por si, la acción es tal como debe ser. La violabilidad, pues, pertenece a la esencia del derecho”.

d) “si el derecho es un producto de la actividad consciente del hombre, ha de servir también a fines”. Por consiguiente, “sólo el conocimiento del fin permite la perfecta comprensión del medio” que es el derecho. Y además, “el hombre puede hacer un fin sólo de lo que siente como valioso”, lo cual “significa que el derecho es, en último término, un medio al servicio de valores, y puesto que su objeto es la conducta humana, el derecho aparece ahora como un fenómeno de mediación entre los valores y la conducta.” (*Eidética*, p. 51).

Con esto, queda claro que para Llambías no cabe duda alguna que el derecho es algo “puesto” por el hombre, o sea, que es positivo, y como tal, su fuente es immanente a la sociedad.

2. La existencia del derecho: el derecho vigente.

Según Llambías, del análisis eidético (de la esencia) sólo resulta una mera posibilidad, posibilidad que puede haberse realizado en el pasado (el derecho romano) o podrá acontecer en el futuro (derecho proyectado).

Ahora bien, “*la existencia del derecho es de una modalidad peculiar: se llama ‘vigencia’. La vigencia es el modo en que el derecho existe.*” (*Eidética*, p. 87).

Para Llambías, derecho positivo y derecho vigente no son lo mismo; la vigencia es un plus sobre la positividad. La positividad “*designa una nota esencial del derecho: la de ser puesto, dictado*”. Pero ello no basta para considerarlo existente para una comunidad determinada.

La vigencia no se confunde tampoco con el cumplimiento y la aplicación del derecho positivo (puesto), sino que está algo antes. Ese existir antes de la aplicación, cumplimiento (o violación) es el modo de existencia propio de la categoría del deber ser. “Sólo lo que pertenece a la categoría del deber ser existe como vigente: la moral, el derecho, las reglas de los usos sociales.” (*Eidética*, p. 89).

Tal existencia, depende de “la posibilidad de adaptar la conducta de los hombres a sus disposiciones”, la cual “consiste en que un determinado círculo de hombres viva los mismos contenidos jurídicos como constituyendo su derecho, es decir, que esos contenidos sean los criterios de consideración de su conducta ya sea para ajustarla, para juzgarla e incluso para escapar a ellos.”

De esta manera, la investigación fenomenológica ha mostrado a Llambías que la existencia del derecho requiere además de una cierta eficacia sobre el círculo de personas a los cuales se dirige; es particular, ello cabría destacarlo respecto de los tribunales, que son quienes deben

aplicar el derecho positivo. Por consiguiente, su tesis no diverge mucho de lo que sostienen positivistas como Hans Kelsen o Alf Ross, para quienes se requiere cierto grado de eficacia para poder hablar de la existencia del derecho.

3. La corrección del derecho: el derecho justo.

Finalmente, debemos considerar la cuestión más importante, que tiene que ver con la relación entre el ordenamiento positivo y los principios del derecho natural.

Llambías se plantea esta cuestión como una de las aporías a que da lugar la investigación eidética.

Había afirmado que el derecho era un medio al servicio de valores, pero entonces se plantea “qué relación haya de haber entre el contenido del medio y el contenido del fin (...) ¿trátase de una reproducción, de una coincidencia perfecta entre las exigencias de los valores y las disposiciones del derecho?” (*Eidética*, p. 105).

Planteada la cuestión, adelanta, antes de analizarla a fondo, que “si el problema se resuelve afirmativamente, un sistema de disposiciones que no reprodujera esos valores no sería derecho”. Y para no dejar lugar a dudas acerca de los autores que tiene in mente, agrega que para Santo Tomás de Aquino, Grocio y Rousseau “el derecho que no es justo no es derecho”, con lo cual “se identifica el sistema jurídico con la justicia, y el derecho pierde toda autonomía entitativa”. Y “si la justicia es un ente ideal constituido al margen de los datos del mundo real, entonces (...) ninguna ordenación real sería derecho”. Por el contrario, si “el mundo real está apesado ya en las exigencias de lo ideal, de modo que las leyes del uno son las leyes del otro, como lo veían Hegel y el historicismo, entonces todo derecho positivo es justo, toda ordenación real de los grupos es derecho” (*Eidética*, p.106). De esta manera adelanta que la respuesta no podrá ser ninguna de las dos, porque cualquiera de las dos sería absurda.

La respuesta de Llambías es que el llamado derecho natural, y el derecho positivo son dos entidades diversas y además independientes.

Para comenzar, aclara que “El derecho natural no es un código de leyes que regula todas las relaciones sociales, tal como desde Pufendorf fue formulado por la escuela racionalista. Hoy nadie postula semejante concepción, que ofreció con razón buen flanco a los que lo negaban, invocando las exigencias del devenir histórico y de lo condicionado socialmente.” (*Algunas reflexiones*, pp.170-171). Esto es lo que vuelve necesaria y justificada la existencia de un derecho positivo.

Ahora bien, dentro de esa independencia recíproca entre ambos órdenes normativos, caben todas las contingencias.

En primer lugar, no debe “representarse la distinción entre el derecho natural y el positivo como la oposición entre un derecho ideal y un derecho vigente que siempre estuviera en falta con respecto al primero, de tal modo que un contenido por hallarse en una ley positiva no pudiera ser, por eso mismo, de derecho natural. Por el contrario, en el derecho positivo de Occidente hay muchas disposiciones que son consagración, desarrollo o aplicación de principios jusnaturalistas.” (*Algunas reflexiones*, p. 171)

Por consiguiente, pues, “[e]l derecho positivo puede contener normas del natural y derivar de ellas conclusiones, puede de hecho estar en oposición con él, y , en todo caso, se extiende siempre mucho más que él” (*Algunas...*, p. 171). Y esto, por la sencilla razón que el derecho existe porque los principios del derecho natural no pueden dar respuesta a todas las cuestiones que suscita la convivencia.

De ahí que “la coincidencia o la divergencia con el derecho positivo deja intactos el concepto y la validez del derecho natural” (*Algunas...*, p. 171) y recíprocamente –cabría agregar- el concepto del derecho positivo, aunque no su validez, que para Llambías dependería de la justificación resultante de su adecuación a los principios de justicia de la comunidad, y para otros dependerá de otras convicciones de ética pública.

Esta conclusión se impone a la luz de lo que ya nos había adelantado Llambías en la aporética del derecho. Allí había aislado el conocimiento del derecho (el derecho vigente) del problema axiológico (qué lugar valorativo ocupa el derecho con relación a otros órdenes deontológicos) y el ontológico (condiciones que se requieren para que un círculo de hombres pueda tener por la vivencia común de un sistema jurídico). Dicho con sus propias palabras “si bien sabemos en qué consiste la vivencia (...) esto nada nos dice sobre las bases existenciales de la misma”; en otras palabras, “una cosa es saber qué es un derecho vigente y otra, cuándo y cómo es vigente” (*Eidética*, p. 113).

Esto no tiene nada de sorprendente, considerando la postura de algunos jusnaturalistas contemporáneos, que quieren desvincularse todo compromiso fundamentalista con una determinada ética religiosa. Así, por ejemplo, el ya citado Andrés Ollero, afirma que “[el] conocimiento de que la verdad debe siempre abrirse paso por la fuerza de sus razones marca, por otra parte, una clara frontera entre el prudente cognotivismo (sic) de quienes aspiran a captar las exigencias jurídicas objetivas de un derecho natural y el voluntarismo fundamentalista de quienes solo

reconocen un derecho divino positivo. Ello convierte en caprichosa o malintencionada toda equiparación simplista entre la existencia de una autoridad magisterial libremente aceptada y su inevitable imposición autoritaria, que la convertiría en obligada enemiga de la tolerancia”.

4. Los equívocos terminológicos.

Finalmente, Llambías acomete el esclarecimiento terminológico suscitado en la confrontación entre derecho positivo y derecho natural. Advierte ahí que esa contraposición pudo llevar a suponer que se trata de dos alternativas de un mismo tipo de entidad, hipótesis que rechaza.

Dice al respecto: “El derecho natural no es derecho en el mismo sentido en que lo es el derecho objetivo positivo, no es una ley que tenga las notas esenciales de éste, excepto la positividad, ni mucho menos, una ley natural en el sentido en que emplean esta expresión las ciencias físicas. El derecho natural es un sistema de principios morales de la conducta interpersonal, que, por referirse a ‘lo suyo’ sirve de idea reguladora al derecho positivo.” (*Algunas reflexiones*, p. 172).

El derecho natural no es tal porque se corresponda con las inclinaciones naturales o animales del hombre, como tantas veces se ha invocado. “Los derechos de la naturaleza –acota Llambías– expresan cabalmente una idea opuesta a la del derecho natural. Este significa un orden deontológico fundado en la esencia completa del hombre, en las ideas de persona y comunidad de personas y en los valores que éstas encarnan” (*Algunas reflexiones*, p. 172).¹⁶ Si no se hiciera esta aclaración, se incurriría ostensiblemente en la “falacia naturalista” consistente en derivar normas de hechos, falacia en la cual pretende no caer Llambías.