

REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA MATERIAL DEL DERECHO

DR. HÉCTOR RAÚL SANDLER*

I. Hoy por hoy, la opinión iusfilosófica dominante niega la existencia de un "derecho natural" en el sentido de un orden jurídico impuesto al hombre por un poder sobrehumano.

Sin embargo, desde los días de euforia positivista de principios de siglo, en el sentido de no admitir más ordenes jurídicos que el positivado por el Estado, las posiciones contrarias a ciertas conclusiones, semejantes a las que llegaba el derecho natural, se han suavizado. Si bien nada parece remover del archivo definitivo a las construcciones *iusnaturalistas* de antaño, en muchos autores ajenos a esa escuela, pero de indiscutible predicamento, resuena el lenguaje y la problemática de aquella doctrina¹.

A partir de algunos espectaculares fracasos del Estado en papel de exclusivo legislador, producidos durante el presente siglo en muy diferentes circunstancias y, sobre todo,

* Director del Departamento de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

¹ Un breve pero interesante examen sobre esta nueva actitud se encuentra en el ensayo de Miguel Villero Terán, "La evolución de la filosofía del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica", en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, 1979. Recientemente el maestro Bobbio, aunque sigue negando la existencia de un derecho natural, admite la posibilidad de la existencia de "derechos naturales": Bobbio, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

visto el desorden padecido por muchos pueblos por causa del Derecho dictado por sus gobiernos, en la práctica y en la teoría, han reaparecido ideas y proposiciones que hubieran sido aceptadas con todo beneplácito por los iusnaturalistas más exigentes.

II. El enfrentamiento extremo —que en ciertos casos aún perdura— entre positivistas e iusnaturalistas es una actitud que cierra el paso a un trabajo en común para el hallazgo de soluciones a problemas urgentes de la sociedad contemporánea. Este enfrentamiento desaparecería si se reconociera, con mayor claridad y frecuencia, la existencia de dos tipos de problemas en la búsqueda o construcción del derecho. Unos, son los problemas que afronta quien busca *interpretar y aplicar la ley ya positivada* por el Estado; otros muy distintos los que enfrenta quien tiene que *dictar una ley positiva*. Mientras los primeros exigen, prevalentemente, una actitud dogmática y un método formal, cuyo punto de partida es la proposición positivada, los problemas de la segunda clase no se satisfacen o no se satisfacen en grado de corrección conveniente, sin el dominio de ciertos conocimientos y conceptos propios de otros campos, distintos al que plantea el ordenamiento jurídico. En otro trabajo inédito, difundido para mis clases, he propuesto designar a este conocimiento —que por el momento es una actividad filosófica— con el nombre de *Teoría Material del Derecho*².

III. La distinción entre ambas clases de problemas no siempre tiene igual importancia práctica. No suele tenerla cuando un *orden jurídico* se mantiene en sus estructuras esenciales y los cambios en la sociedad se producen muy lentamente³. Pero, en otras circunstancias históricas, como

² Sandler, H. R., *La noción de Constitución económica y la actualidad de Alberdi*, 8^{ta} Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Tucumán, agosto 1993.

³ Esto implica decir que, pese a la inevitable evolución, se mantiene un cierto estado de dinámico equilibrio entre el *orden jurídico*, el *orden político*, el *orden económico* y el *orden cultural-espiritual*. Sobre estos conceptos volveré más adelante.

suelen ser los períodos de crisis o revolucionarios, la ciencia dogmática jurídica, la ciencia desarrollada como conocimiento de la ley dada, pasa a un segundo plano y hasta puede ser un obstáculo para la función legislativa que demanda la sociedad⁴. Ese conocimiento sirve, a lo sumo, como un reservorio de conceptos que pueden o no ser utilizados para *ordenar jurídicamente* el nuevo estado de cosas.

IV. El hecho social más relevante del presente siglo es que ha terminado la era de los cambios evolutivos con aceleración cero. El cambio de las relaciones e instituciones sociales marcha a velocidades con elevado grado de aceleración. La raíz originaria de esta evolución acelerada estaría en la revolución científica y tecnológica⁵; pero también ha contribuido al proceso la propagación de la democratización política y la posibilidad, visualizada por grandes masas de personas y pueblos, de acceder "normalmente" a los bienes y servicios que es capaz de producir una economía moderna. Este arrollador proceso rebajó (e, incluso descalificó) en su calidad de "fuerzas ordenadoras del comportamiento social" a muchas instituciones morales y religiosas de antaño. Bajo tales condiciones *la ley positivada por el Estado nacional se convirtió —a partir de la Revolución Industrial— en el principal instrumento para restablecer o mejorar un orden atacado simultáneamente en sus diversos frentes*. Incluso, dando un paso más, la ley positiva fue usada —por los diversos gobiernos— como la más eficaz herramienta para establecer órdenes sociales de acuerdo a modelos inventados por pensadores de su tiempo.

V. Es un hecho que todos los que pretenden mejorar su posición relativa dentro del orden social, los que exigen mitigar (cuando no solucionar) las angustias que padecen y que

⁴ Este es el punto de vista que dejó entrever Alberdi al criticar el Proyecto de Código Civil de Vélez Sarsfield. Véase mi trabajo, "La noción de constitución económica y actualidad de Alberdi", ponencia en 2^{da} Jornada de Filosofía Jurídica y Social, Tucumán, agosto 1993.

⁵ Drucker, Peter F., *Post-Capitalism Society*, Harper Business, 1994.

atribuyen a la sociedad, los que se sienten inspirados en los motivos más diversos o movilizadas por los más contradictorios fines, suelen proponer (y muchas veces lo consiguen), la incorporación al *ordenamiento jurídico* de "su" ley⁶. O sea introducir preceptos legales que —según sus cálculos— habrán de resolver "el" o "su" problema social o sectorial. Desde la relación laboran en un sector de la producción hasta la reelección presidencial.

VI. La misma revolución científica, técnica, política, económica y cultural ha comenzado a afectar al Estado nacional, forma política que emergió como privilegiado centro ordenador de la sociedad (tal como obró en forma muy clara en el siglo XIX y parte del XX). El proceso de globalización de los procesos sociales comenzó bastante tiempo antes; pero es a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial (1939-45) y en especial, desde la década de los '80, cuando se aprecia con qué fuerza la evolución va transformando al original Estado nacional (de fuerte contenido real y emotivo), en una seca 'organización' a cargo de políticos y funcionarios profesionales, la que se ve sometida a los más variados factores e intereses internacionales. Organización que —en el mejor de los supuestos— pareciera destinada a "administrar" no sólo la ley positiva por ella dictada, sino a actuar como agente de emergentes poderes mundiales.

⁶ Uso las palabras "orden" y "ordenamiento" con un sentido técnico. Con esta última noción un sistema de normas (objeto ideal en sentido lógico); con la palabra orden aludo a un estado de cosas real. Cada orden real contiene cosas que se encuentran en relación recíproca según cierta "legalidad intrínseca" del orden en consideración. Así es posible hablar de un orden político, un orden jurídico y un orden económico, cada uno de ellos portador de su propia "legalidad intrínseca", la que debe ajustarse a su fundamento o sentido de ese orden. El sentido del orden político puede ser la seguridad de sus integrantes, el del orden económico posibilitar que los hombres produzcan lo que satisfaga sus necesidades materiales, el del cultural espiritual que el hombre encuentre y cumpla el sentido de su vida, etc. La excepcionalidad del orden jurídico es que el sentido o fundamento de su "legalidad intrínseca", se producir "ordenamientos". Sistemas de normas cuyo contenido generalmente son conductas humanas que pertenecen a los otros órdenes.

Frente a este hecho el problema de cómo legislar para el nuevo orden humano —desde la aldea a la sociedad mundial— exige un saber, un conocimiento que aunque aproveche mucho de lo forjado por la ciencia dogmática jurídica, poco puede obtener de ésta en cuanto el contenido a regular.

VII. Sin duda que aun bajo las nuevas condiciones, las técnicas de interpretación seguirán manteniendo enorme importancia, sobre todo para los integrantes de las organizaciones encargadas de utilizar la ley y los organismos destinados a aplicar el Derecho positivo; pero esas técnicas, por el momento, carecen de significación para afrontar la cuestión de ordenar mediante la ley jurídica. La caducidad acelerada del orden existente es vista, desde un ángulo optimista, como la apertura de "nuevas posibilidades"; desde otro no pesimista pero sí realista la etapa de transformación de los órdenes es el paso por zonas peligrosas: el orden, necesario para la vida, se desploma; el viejo está dejando de regir y el nuevo está por llegar; un cierto desorden impera. Exigencias vitales imponen establecer algún orden. No es asombroso que en tales momentos se sobrevalore a la medida urgente, la medida oportuna, la que "salva" la situación⁷. Pero este modo de acción importa otorgar un privilegiado lugar al valor oportunidad. Una consideración exclusiva de este valor lleva al "oportunistismo", una manera degenerada de legislar. ¿Por qué degenerada? Porque la legislación oportunista es causante del desorden social: elimina, cuando menos, el valor seguridad. Y el orden jurídico, para cumplir su sentido ordenador, debe producir un ordenamiento que, además de oportuno, sea justo y seguro. Todo al mismo tiempo.

⁷ Los decretos de "necesidad y urgencia" que, con razón, tanta bulla producen, no son sin embargo una cuestión doméstica. Revelan tanto el estado de transición en el que estamos como la carencia de efectivas teorías que permitan cruzar la etapa con el mínimo riesgo. Para ver el desajuste entre la teoría y la praxis en la realidad económica argentina, ver el reciente libro de Conesa, Eduardo R., *Los secretos del desarrollo. Claves para entender y superar el estancamiento de la Argentina de hoy*, Planeta, Buenos Aires, 1964.

VIII. La vida contemporánea ha puesto en evidencia con toda claridad dos cosas: una, que *la ley positiva es un producto humano* y dos, que *ella es uno de los más potentes ordenadores del "orden social"*. Pero es precisamente esta potencia del ordenamiento jurídico, su aptitud formal para intentar moldear los más diversos comportamientos humanos, los pertenecientes a cualquiera de los específicos órdenes en que se vertebra la vida, es esa potencia formal la que puede afectar el cometido de todos los demás órdenes sociales: la economía, la política, la cultura espiritual. En otras palabras, la ley positivada por el Estado como expresión del poder puede tanto ordenar como desordenar la vida humana. Esta es la razón por la que desde un punto de vista material resulta a veces muy difícil calificar como "Derecho" a preceptos jurídicos que desordenan la sociedad o la vida de los hombres imponiéndoles conductas económicas, políticas, religiosas, morales o educativas que no se ajustan a la legalidad intrínseca de cada uno de los órdenes a los que ellas pertenecen.

IX. En la actualidad, dado que el modo de ser del orden político más aceptado es *la democracia*, los diversos miembros que pululan en la vida social son sumamente activos. Bregan por leyes "ordenadoras" que sirvan a su particular interés. Es muy dudoso que las leyes así dictadas sean siempre eficaces para establecer un orden satisfactorio para todos. Lejos de descalificar a la democracia, lo que hay que hacer es identificar las causas de las dificultades, provenientes, por lo común, de cierta discordia en el entretrejado de los órdenes. Es una vulgaridad decir que las malas leyes se deben al puro predominio de los intereses. Esto, en el mejor de los casos, es una verdad de Perogrullo. Los malestares más persistentes suelen provenir de las llamadas "fallas estructurales"; ellas son el síntoma de una falta de armonía entre los órdenes constitutivos del orden social.

La mayor dificultad para detectar esa falta de armonía radical se debe a la carencia de un aparato teórico adecuado. Adecuado para describir la realidad social en sus fundamentos materiales y espirituales y, en consecuencia, impropio para evaluar los reales efectos de la legislación. No son pocas las veces en que leyes entusiastamente peticionadas, fervorosamente aplaudidas, rigurosamente aplicadas, funcionaron

como la carabina de Ambrosio: dañaron no sólo al orden general sino —paradójicamente— a sus mismos propulsores o supuestos beneficiarios. Las leyes congelando los alquileres a partir de los años '40 son un ejemplo patente de error legislativo fundado en ignorancia teórica⁸.

X. Dado el creciente tamaño y complejidad de la sociedad moderna como el mayor espacio para el pluralismo político y social junto con la progresiva disminución de la soberanía del Estado nacional, es probable que el proceso de enmarcamiento legislativo aumente. A la vista de las desgraciadas experiencias causadas por "procesos de inflación legislativa" vividos en la segunda mitad del siglo en varios países —entre los que está el nuestro— los legisladores debieran ser más cautelosos en el dictado de leyes para resolver problemas sociales y los interesados más prudentes en sus peticiones. En el mundo actual los remedios legales pueden producir efectos catastróficos. Los ejemplos más notorios se encuentran en el campo de la economía y del sistema monetario. Pero lejos están de ser los únicos⁹.

¿Pero bastará con demandar prudencia a los miembros de la sociedad y cautela a quienes dictan leyes? Si quienes por vocación o decisión han asumido la función de *teorizar sobre los problemas jurídicos* no desarrollan teorías (tan fundadas como comprensibles) sobre cómo debe ser el ordenamiento jurídico correcto que requiere una sociedad democrática, sostenida por el trabajo de sus miembros en un orden económico eficaz, la tarea legislativa será inútil cuando no dañina¹⁰.

⁸ Sobre este problema, Sandler, H. R., *Alquileres e Inflación*, Jus, México, 1972.

⁹ Pese a los notorios fracasos que han caracterizado a gran parte de la legislación "progresista" en el campo industrial y laboral, los grupos sociales y económicos no dan muestra de perder su fe en el Derecho. En parte se debe a la necesidad propagandística: es más fácil movilizar a los simpatizantes tras una ley que modificar la realidad. Pero en buena medida ello se debe a un palmario desconocimiento de la impetente jurídica en algunos campos de la economía social. Entre nosotros, el monumento a esa impetencia es el art. 14 (nuevo) de la Constitución Nacional.

¹⁰ Un buen análisis del papel de la Corte Suprema en la formulación de un ordenamiento jurídico contrario a la Constitución Nacional,

En realidad la mayor parte de las "leyes desordenadoras" de la vida social argentina no han hecho más que reflejar en preceptos jurídicos el bajo nivel de la ciencia jurídica en cuanto "teoría material" del Derecho. Ciertaacompañamiento de la opinión de los juristas con la opinión vulgar frente a hechos sociales, especialmente los económicos, cuyo juicio crítico fundado hubiera sido orientador, o su silencio frente a imprevistos cambios de actitud de los líderes políticos, manteniéndose a la expectativa de los resultados como el hombre común, son hechos parejos al desplazamiento del jurista como principal agente de la legislación ordenadora. Legislación que, en general, pero especialmente en economía, ha quedado en manos de especialistas. Gente que es la antítesis de quien dominando la noción de orden posee un conocimiento holístico de la realidad. Estos hechos revelan la ausencia de un fuerte pensamiento respecto de las condiciones materiales del Derecho correcto.

XI. En verdad y paradójicamente, bajo las condiciones antes descriptas, una "ciencia jurídica" desarrollada para interpretar la ley positivada pese a la honesta voluntad de sus cultores, tiende más bien a completar la ruina de la sociedad. Al hacer viables los yerros legislativos o inventar subterfugios para eludir la ley completa la mala obra. Podría hacerse un buen inventario de decisiones administrativas y judiciales —formalmente impecables— causantes o concurrentes a la promoción del desorden social. Otro tanto se podría hacer con todos los inventos jurídico-técnicos concurrentes a configurar una moral social que tiene como valor el incumplimiento de la ley¹¹.

La dogmática jurídica tuvo y ha de tener propósitos más elevados. Su tarea es la de permitirnos encontrar, gracias a sus conceptos, teorías y métodos en el laberinto de los hechos y las leyes positivas, el hilo de Ariadna que nos conduzca al descubrimiento del Derecho correcto para el caso concreto. Tarea que, con su modesta singularidad, contribuye al buen

en Kaufman, Gustavo Ariel et al. en *La Seguridad Jurídica y el Progreso Económico*, premio anual de Adeba, Texts, Buenos Aires, 1993.

¹¹ Sobre el grave problema de la moral social y el Derecho, Nino, Carlos S., *Un País al Margen de la Ley*, Emeccé, Buenos Aires, 1993.

orden social. Gestión parcial, pero que por su reiteración cotidiana garantiza el sostén de una sociedad armónica y consistente consigo misma. Pero el problema actual consiste precisamente en que una ciencia como la dogmática nada tiene que decir sobre tales armonías y consistencias del orden social. Porque ambas cosas son el supuesto del que la ciencia dogmática debe partir. No ha de ser ella quien se haga cargo de tal trabajo.

XII. La dogmática jurídica rinde lo que tiene que rendir sólo si trata con un ordenamiento positivo correcto. Un ordenamiento jurídico no alcanza a ser correcto con satisfacer la legalidad intrínseca propia del orden jurídico. Requiere, además, de la consistencia de sus disposiciones con la legalidad intrínseca de los otros órdenes que vertebran la conducta humana. Pero esas disposiciones, materia o contenidos de la ley, son datos para el legislador a ser suministrados por el sentido común o por pensadores que dominan otros conocimientos, además del dogmático jurídico. Juristas que dominan ciertos conocimientos básicos sobre la realidad natural, social y espiritual del hombre¹².

La "materia" a reglar por el Derecho es, en sentido amplio, el conocimiento que suministran diversas teorías sobre el hombre, sobre los órdenes en los que éste participa y sobre el sentido de su existencia. Esta tarea no ha sido científicamente cumplida ni es fácil cumplirla. Por ello y por su carácter previo y holístico requieren un preliminar trabajo filosófico¹³.

¹² Este problema no es exclusivo de los juristas. Existe para todo aquel que estudie algo "orgánico", cuya realidad compleja se presenta como un entretelado juego de sistemas. Lo que dijo Konrad Lorenz acerca de los problemas que presenta el estudio de la conducta animal vale para los estudios del orden jurídico, como realidad humana: "Las manifestaciones vitales objeto de nuestra exposición constituyen 'todas' de estructura sumamente complicada cuyas partes o 'sub-todas' están ensambladas y gobernadas entre sí de tal manera que resulta imposible comprender las unas sin las otras. De ahí que la exposición resulta tan difícil no se sabe por dónde empezar para que el lector desde el principio, se haga con el extremo de la cinta simbólica que mantiene unida la totalidad". (*La Ciencia Natural del Hombre, Metáforas 33, Barcelona 1993*).

¹³ Lorenz expresa en otro pasaje de su obra: "Todo investigador que quiere explicar los fenómenos que constituyen el objeto de estudio de su

XIII. Los juristas, luego de décadas de estudios dedicados a la dogmática jurídica y frente a la crisis en que se encuentran las ciencias sociales, somos reacios a participar en asuntos de contenido. Preferimos recluirmos en el protector formalismo jurídico y considerar ajenos a nuestra incumbencia aquellos conocimientos. Esta renuencia es grave. El desconocimiento de los problemas "de fondo" de los "ámbitos vecinos", para usar el lenguaje de Lorenz, omite iluminar un panorama social ya muy oscuro por sí mismo. Incluso, al ignorar la realidad de fondo a la que la ley jurídica afecta, no sólo prestamos apoyo técnico a disposiciones gubernamentales terriblemente "desordenadoras" sin el menor cargo de conciencia, sino que producimos otros efectos igualmente nocivos. Por un lado desacreditamos *la función social del jurista*, reducida a formalizador técnico de la injusticia o la inseguridad. Por el otro, lo que es peor, desacreditamos al derecho como ordenador social. Contribuimos a confirmar la idea tan vulgar como generalizada de que el derecho no es un orden autónomo, que tiene su propia legalidad intrínseca que debe ser satisfecha para ser tal.

Limitada al puro ordenamiento, la actividad del jurista importa una recaída [malamente disimulada mediante el uso de sofisticadas técnicas] en el más viejo de los prejuicios metafísicos: que el Derecho es la mera voluntad del más fuerte.

XV. Toda "materia" que regula una ley tiene sus propios condicionantes que operan como criterios para juzgar su grado de acierto del ordenamiento. Esto es obvio y no conozco

disciplina deberá poseer sólidos conocimientos específicos del ámbito científico inmediato más general y básico en el que se inserta su propio ámbito. (aunque no necesita, en principio, ocuparse de las leyes más precisas, especiales y cada vez más complejas de los ámbitos vecinos superiores", *op. cit.*, p. 29. Si el orden jurídico es un fenómeno social, su conocimiento exige el dominio de "sólidos conocimientos" de los ámbitos sociales que le son inmediatos, tales como el orden económico, el orden político y el orden cultural-espiritual. El error en que suele incurrirse es creer que ese conocimiento básico puede ser sustituido con el que se desarrolla "oficialmente" en los programas de las escuelas de economía.

jurista que lo ponga en duda. Lo nuevo en la actualidad es que por el desarrollo formidable de las ciencias naturales, la tecnología y la especialización, la tarea de describir aquella "materia" ha ido pasando, progresivamente, del conocimiento común (cosa que dominaba el jurista de ayer) a especialistas en ciencias ajenas a la ciencia del Derecho. El efecto práctico es el alejamiento del jurista de las cuestiones de contenido.

Paralelamente, a medida que el Derecho es considerado cada vez menos una ciencia de lo social, las nuevas ciencias de la sociedad —desde la sociología general hasta la economía positiva— con su pretensión de dominar con exclusividad "la materia" a ser regulada por leyes positivas, se convierten en protolegisladoras. Tal pretensión no debiera ser aceptada sin serios cuestionamientos. Pero como tales cuestionamientos, dada la ausencia de una teoría material del Derecho, no se hacen, de hecho asumen calidad de legisladores los "especialistas" en cada sector.

Pocas conductas sociales ocurren en la realidad sin alguna vinculación, directa o indirecta, con disposiciones legales y por obra del poder coactivo del Estado. De hecho el gran papel de la *ley positiva* es suplementar las legalidades de los otros órdenes cuando éstos, por la creciente complejidad de la realidad social y los nuevos desafíos de la evolución, se tornan insuficientes para ordenar "armónicamente" la vida social.

Pero el gran invento del orden jurídico y su producto, el ordenamiento legal, supone conocer aquellas legalidades no jurídicas, la índole de los desafíos no jurídicos y de la calidad de los remedios jurídicos capaces de producir un orden armónico. Mediante ignorancia o error en cualquiera de esas fases, la ley positiva —en lugar de establecer el orden deseado— puede dar lugar a un orden inasperado o provocar, directamente, el desorden.

Se reconoce que el ordenamiento jurídico —producto del orden jurídico— es uno de los principales ordenadores de la sociedad contemporánea. Y pese a todo esto se renuncia a formalizar un filosofar que ponga de relieve esas conexiones reales y forje los conceptos teóricos para dominarlas. Esta renuncia implica trabar a la sociedad en el cumplimiento de una inevitable función: la función legislativa.

XV. Pecaríamos de injustos si no reconociéramos que muchos iusfilósofos contemporáneos (a los que no se puede ni se debe calificar de *iusnaturalistas*), muestran gran preocupación por los problemas de la *ley* debida. Algunos han tratado, en gran estilo, de desarrollar toda una filosofía jurídica que permita razonar con solvencia acerca de *cómo debe ser el contenido de la ley para que configure un derecho positivo correcto*¹⁴.

No obstante, hasta donde llega mi conocimiento, la necesidad de una teoría material del Derecho no ha sido destacada con toda la fuerza que el asunto merece. Y, desde luego, menor es la atención que ha recibido en la enseñanza universitaria.

¹⁴ Aparte de Th. Viehwag, citado al comienzo, en el campo de la filosofía jurídica por sus planteos tendientes a relacionarla con los problemas globales del orden, merecen ser nombrados Jenkins, Iredell (*Social Order and the Limits of Law*, 1980); y Anderson, Robert y Dawsey, James (*From Wasteland to Promised Land*, 1982).