

ro e innegable que de hecho y de derecho se producen sustanciales variantes en relevantes aspectos tanto dentro de la vigencia misma de la relación laboral, como posteriores a su eventual terminación. Creemos que se alteran renglones como: salario, que podría ser mayor; jornada de trabajo, que resultaría inferior en número de horas laborables; beneficios fundamentados y calculados en el salario base; clasificación de puestos dentro de la empresa; también se vería afectado un posible pago de prestaciones legales; y, finalmente, una hipotética remuneración por concepto de indemnizaciones con motivo de impedimentos para el trabajo.

Como corolario de este ensayo, reflexionamos sobre el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la costumbre en el Derecho del Trabajo, y al llegar a la ineludible conclusión de que, en última instancia es al Juez de Trabajo a quien compete resolver ese problema, rememoramos las palabras de Wilhelm Herschel, citado por quien en vida nos distinguió con su amistad: Héctor Genoud:

“El Derecho del Trabajo tiene un color especial por la fuerte acentuación de lo humano, en estrecho contacto con lo técnico y económico... Unicamente los que penetran en el espíritu del Derecho del Trabajo, y no solamente con la cabeza sino también con el corazón, pueden comprender su esencia, y la del trabajo personalmente dependiente”.<sup>(16)</sup>

Y nuestra fe está totalmente puesta en el intelecto y en la sensibilidad de los jueces del trabajo de Costa Rica.

## ESTRUCTURALISMO Y DERECHO

Dr. FERNANDO MORA

### I.—CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Hay términos —afirma Vittorio Frosini—<sup>(1)</sup> cuyo uso sirve para caracterizar todo el modo de pensar de una generación desde que consiente en poner en crisis los problemas tradicionales y presentar una serie de nuevas soluciones —o al menos, reconquistar el sentido íntimo de esos problemas, y renovar el sentido de la vida. Tales términos, en efecto, pertenecen no sólo al lenguaje de los doctos, sino que se convierten también en posesión de la conciencia del hombre común: cuando terminan por ser empleados corrientemente, establecen más bien el puente de unión entre la alta y la media cultura.

Para Frosini un ejemplo de tal fenómeno es el término “naturalaleza”, en la segunda mitad del siglo XVIII que “gracias, sobre todo, a la obra de Juan Jacobo Rousseau” llegó a ser “una especie de moneda ideal, de larga circulación intelectual” con la que se entró a revalorar concepciones y convenciones “hasta entonces aceptadas”.

Un fenómeno similar encontramos hoy en día, especialmente a partir de la post guerra, con el término “estructura”. “He aquí, —repite Frosini— a propósito de la formación de un nuevo gobierno, un articulista político de un gran diario hablar desde el titular, de la estructura del gobierno; y he aquí a otro invocar... reformas de estructura; y a un crítico teatral presentar observaciones con respecto a objetos, de estructura en la composición de un espectáculo”.

Evidentemente **estructura** ha entrado de lleno en nuestro vocabulario y particularmente en aquel relacionado con una problemática social así como se ha introducido recientemente en las ciencias del hombre.

(16) Vid. Héctor Genoud. “EL JUEZ DEL TRABAJO”. Págs. 89 y 90. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968.

(1) *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, II - III, 1959, pág. 167.

Sin embargo, el término es de uso más antiguo en las “materias de orden teórico”, como la ingeniería, o en la economía en la que el marxismo habla de estructura (económica), super-estructura (jurídica y política), que en las dichas ciencias del hombre. Debo anotar que Frosini<sup>(2)</sup> insiste en el uso mecanicista que Marx hace de los términos “estructura” y “superestructura”. No entraremos a decidir si es acertada o no tal afirmación pues no es fundamental en este análisis.

En todo caso podríamos decir que “estructura” puede tener dos sentidos: el sentido mecánico de las ciencias técnicas (o de la economía marxista); estructura como parte fundamental o no, que puede separarse de las otras, a las que está unida según leyes físicas que gobiernan el mundo de la materia inerte”. “El mismo Marx —dice Frosini— aunque haya empleado el término en el campo del análisis social, lo usó en forma análoga”.

Por otra parte, se entiende la “estructura” en un sentido orgánico como “unidad profunda de una forma viviente: representa, por así decirlo, la forma interna de un organismo...”<sup>(3)</sup>

Estructura es orden, ordenamiento, ordenamiento según ciertas reglas, pero es también, para decirlo con A. Jacob<sup>(4)</sup> la “dependencia entre los hechos de un sistema” o como lo expresa Frosini para la ciencia jurídica<sup>(5)</sup>, si el derecho es el conjunto de formas en que se objetiva la acción y forma “la entendemos no como lo opuesto a “contenido” o “materia”, sino como forma interna de la acción misma, estructura es esa forma interna de la acción. Este último, al menos, es el sentido que deberíamos darle a “estructura” en el campo de la ciencia jurídica como veremos al finalizar este desarrollo.

La estructura entonces es esa armazón interna cuyo equilibrio, además, en un momento dado depende de la permanencia de sus elementos, íntimamente trabados entre sí e interdependientes y que, en caso de desaparecer o ser eliminados implican un cambio total de la estructura misma.

(2) Op. cit., p. 168.

(3) Frosini, op. cit., p. 168.

(4) *Sur le structuralisme*, “Les études philosophiques”, 1969, Nº 2, p. 175.

(5) *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 12.

## II.—EL DERECHO COMO CIENCIA DE ESTRUCTURAS

El Derecho es una ciencia de estructuras; no quiero con ello decir que sólo el Derecho lo sea. La ciencia en general, funciona a base de estructuras. Sólo que esto último no podríamos descubrirlo sino cuando empezamos a usar el término con un contenido particular.

Lo que afirmo es que el Derecho es un fenómeno necesariamente de estructuras. Lo será la norma, individualmente considerada; lo son las instituciones jurídicas, particularmente consideradas, y dentro de un Código; lo son los códigos; los sistemas de Derecho Público y de Derecho Privado; lo es el Derecho todo.

El jurista, sin meditar sobre ello, ha estado haciendo ciencia fundamentalmente de estructuras. En un sentido metodológico, ha sido siempre un estructuralista. La única diferencia es que hoy en día ha ampliado el campo de la estructura, esencialmente cambiándola, al comprender que hay todo un proceso dialéctico, de interacción, entre comunidad y norma, en el que se debe basar fundamentalmente la investigación científica, como veremos adelante.

La mejor demostración quizá se dé en casos como el reconocimiento de la sociedad de hecho, o del matrimonio de hecho; en el caso del reconocimiento de hecho de hijo natural, al asumir el padre, por ejemplo, sus gastos (posesión notoria de estado).

Cierto: algunos de estos fenómenos existen ya antes de la nueva tendencia en la investigación jurídica. Diríamos que son las nuevas estructuras, que empiezan a aflorar en la regulación de la conducta. Posteriormente el jurista sabrá por qué se desarrolló así la institución al descubrir la superación del mero formalismo normativista y encontrar que el Derecho no es sólo norma sino la interacción dialéctica entre norma y comunidad o, como veremos en otra parte de este trabajo, acción humana objetivada en la norma pero siempre actuante.

“De modo que —dice Frosini—<sup>(6)</sup> parafraseando el título de una obra del filósofo inglés Bernard Bosanquet, que definía la lógica como una “morfología del pensamiento”, se puede decir que en la más iluminada investigación contemporánea el derecho hoy

(6) *Il concetto* ... cit., p. 176.

se manifiesta como una "morfología de la acción", como un desarrollo de estructuras, que constituyen la lógica de la acción humana en la vida social".

Creo que así ha trabajado el jurista desde siempre. El biólogo trabaja sobre los fenómenos de la vida y estudiándolos descubre las estructuras internas de los fenómenos. Lo mismo diríamos en el caso de otras ciencias. El ingeniero trabaja con estructuras, pero estructuras mecánicas y no orgánicas. El jurista en cambio no trabaja con nada distinto de las estructuras mismas, en sentido orgánico. Es más: su quehacer cotidiano se refiere a esas estructuras normativas. Dentro de un momento lo veremos más claro.

Releyendo mis notas para este trabajo me encuentro de nuevo con la siguiente afirmación: "Sin embargo, quisiéramos observar que Rawlins y Weidlé y algunos otros, han dirigido su atención, al valerse del método de interpretación morfológica, a las obras de arte figurativas y literarias; es decir, a productos de la actividad estética, en las que la forma interna no emerge con la claridad con que se impone en el caso de la música".<sup>(7)</sup> Como se ve, el autor insiste en las grandes posibilidades del método estructuralista aún en ramas de la actividad humana como las estéticas, menos evidentes en su "forma interna" que otras. Y me digo ¡qué posibilidades inmensas abre el método morfológico a la ciencia jurídica! cuando el mismo autor, en otra obra suya<sup>(8)</sup> afirma que "el derecho se puede definir en efecto como el conjunto de las formas en las que se objetiva la acción", agregando que el significado de forma debe entenderse no ya como opuesto al de contenido o materia, es decir como figura abstracta de la realidad o substancia de la acción, sino como forma interna de la acción misma como su estructura, que asegura la salvación y la certeza de la acción, rescatándola de su vitalidad efímera para conferirle una estabilidad y sobrevivencia, un carácter sagrado, merced a un proceso de alienación de la voluntad psicológica del agente; la ley es un efecto, una acción ejemplificada, un paradigma de la acción, conforme al cual se puede conjugar el actuar".

Permitaseme hacer este parangón: la conducta informe viene a obtener una significación social en el momento en que una

(7) Frosini, *Il concetto* . . . , cit., p. 174.

(8) *La struttura* . . . , cit., p. 12.

estructura, una forma interna le insufla sentido: como el significado pleno que adquiere la masa informe o carente de significado propio de un balón cuando se le insufla aire, y cada uno de sus elementos recibe la ubicación y grado de tensión necesarios para llegar a ser un gato, o un perro, o cualquier otra figura.

Ahora bien, si esto es el Derecho, creo justificado insistir en que el Derecho es una ciencia de estructuras puesto que, fundamentalmente, trabaja con ellas y no con ninguna otra cosa.

No debemos olvidar que Derecho es un sistema dentro del que las partes no adquieren significación ni son definibles sino "en función del todo coherente". Parafraseando a Frosini,<sup>(9)</sup> un ordenamiento jurídico total es una estructura, es decir "un organismo ideal viviente", apercibido de caracteres de autorregulación y de continuidad dinámica (recordemos que el Derecho tiene sus propios sistemas de cambio, formal o empírico).

## OPOSICIONES BINARIAS.

El derecho es una estructura que funciona sobre oposiciones binarias: "estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo de forma y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del Derecho positivo. En cuanto a la oposición entre Derecho público y privado tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas".<sup>(10)</sup>

Debo aclarar que en la teoría anterior a Kelsen, derecho objetivo y derecho subjetivo no son nociones propiamente opuestas, sino que se refieren a fenómenos diversos: al Derecho subjetivo, se suele decir, se opone el deber jurídico, afirmación poco feliz. En todo

(9) *Il concetto* . . . , cit., p. 173.

(10) Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Eudéba, Buenos Aires, 1960, p. 113. Naturalmente, es sabido que Kelsen precisamente, trata de demostrar cómo todas estas oposiciones son artificiales y superfluas. Pero la ciencia jurídica post-kelseniana, insiste en su carácter esencial, natural y ha intentado revigotizarlas.

caso, para Kelsen, por ejemplo, si son nociones que vienen presentadas como opuestas. "Valiéndose de una ingeniosa imagen, Georges Gurwitsch ha comparado la relación que media entre ambas a la existencia entre las superficies convexa y cóncava de un cono hueco; la última encuéntrase determinada por la otra, que le imprime su forma peculiar, mas no se confunde con ella".<sup>(11)</sup>

Kelsen en cambio, puede afirmar que son nociones opuestas identificando precisamente la norma con el deber jurídico.<sup>(12)</sup> Lo anterior es a su vez posible mediante la inversión que hace entre norma que prescribe una conducta y norma que sanciona la violación de la primera. Bien sabemos que para Kelsen la norma sancionadora es la primaria y en consecuencia la secundaria es la norma que impone un deber jurídico, cuya violación provoca la aplicación de la norma primaria sancionadora. "Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado".<sup>(13)</sup>

Aclarado el por qué Kelsen ejemplifica la estructura binaria del Derecho aún con el ejemplo de la oposición entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo, digamos que quedan fuera del elenco de las oposiciones básicas del Derecho dos ejemplos fundamentales: uno en el microcosmos del fenómeno: la norma y otro en el macrocosmos: las grandes dicotomías históricas del Derecho, eminentemente dialécticas.

Prestemos nuestra atención al fenómeno microcósmico: a la norma jurídica.

Dentro del sistema jurídico, la norma tiene una estructura lógica: es decir, está constituida por ciertos elementos invariables, que la componen y que permiten, precisamente diferenciarla, de otros tipos de normas no jurídicas (morales, religiosas, del trato social).

En primer término toda norma contiene de modo más o menos explícito, una hipótesis y una disposición.

(11) *L'idée du Droit Social*, Paris 1932, p. 49, cit. por Eduardo García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1969, p. 37.

(12) *Teoría pura del Derecho*, cit. p. 121.

(13) Op. et loc. cit.

La norma parte de un juicio hipotético de cuya realización en la vida real depende el nacimiento de consecuencias determinadas por la norma.

Ese primer aspecto de la norma es la llamada hipótesis o supuesto jurídico.

Dado, en la realidad, el supuesto, entra en acción la segunda fase en la estructura lógica de la norma: la disposición o efecto jurídico de la realización de la hipótesis.

"Si A luego B",  $A \rightarrow B$ . Por ejemplo: "Artículo 467 C. de C. El vendedor quedará obligado, en toda venta, al saneamiento."

Lo anterior nos lleva a otro aspecto —el que nos interesa— de la estructura lógica de la norma. La norma jurídica implica siempre un sujeto activo y un sujeto pasivo: el primero es el derecho-habiente, el segundo el obligado, el primero es el titular de un derecho subjetivo, el segundo el obligado por un deber jurídico. Frente a un sujeto activo derecho-habiente, habrá siempre un sujeto obligado.

Este fenómeno de bilateralidad que en derecho se describe siempre con el símil de las dos caras de una moneda, es uno de los elementos esenciales que nos permiten diferenciar el orden jurídico de los demás órdenes normativos, pero a su vez nos obliga a reconocer, en primer lugar que la norma es una estructura en la que el elemento esencial es la bilateralidad es decir la eterna oposición entre derecho subjetivo y deber, entre derecho habiente y obligado, entre sujeto activo y sujeto pasivo. Es sobre la base de esa oposición binaria que el Derecho no solamente funciona, sino que es Derecho. Sin esa eterna oposición de dos términos no tendríamos norma jurídica, sino norma moral, o religiosa, o de trato social.

Pasemos al aspecto microcósmico.

Hay en la estructura del Derecho una dicotomía perenne: aquella que produce el concepto de equidad enfrentado al de legalidad. La equidad es una dichosa rectificación de la justicia, dirá Aristóteles<sup>(14)</sup> entendiéndolo justo como lo legal o como "lo justo legal" y la equidad como esa necesidad de conformar lo legal a lo real para no caer en lo que los juristas romanos describirían más claramente con la expresión: "summum ius summa injuria".

(14) *Ética a Nicomaco*, V, 10.

La intervención de la "aequitas" en el concepto del Derecho, en todo caso, ha producido la coexistencia, durante largos períodos, de dos sub-estructuras jurídicas dentro de la estructura del Derecho.

El fenómeno se ha producido siempre como consecuencia de los formalismos excesivos del Derecho común o de base, o a causa de la fosilización de éste, y se caracteriza por un concepto en el que la equidad no es según la entendemos hoy en día, "justicia del caso concreto" o "regla de un derecho social en contraposición al estatal", sino "surgimiento, primero limitado y, luego, históricamente siempre más amplio, de nuevas valoraciones y nuevos principios, invocados al principio "supplendi vel corrigendi gratia" el Derecho tradicional, después de modo siempre más amplio, hasta que, en el desarrollo histórico, reglas en un principio llamadas excepcionales y luego sistematizadas como derecho especial "no llegan jamás a integrarse en el Derecho general y común y frente a las que éste termina a veces por adquirir la fisonomía de rastro histórico".

Aclaremos sin embargo, que el valor de la dicotomía consiste precisamente en que, en un momento histórico determinado, encontramos subsistiendo, el uno junto al otro, dos sistemas jurídicos que resuelven los mismos problemas de modo diverso, inspirados en principios diferentes. Y la subsistencia de esas dicotomías es la que ha, en buena parte, enriquecido el Derecho.

En la historia del Derecho hemos podido localizar al menos cuatro grandes etapas caracterizadas por esa dicotomía:

I) *ius civile* y *ius honorarium* en el Derecho Romano. "La división del Derecho privado romano en *ius civile* y *ius honorarium* tiene, en el sistema de la compilación justiniana, un mero valor de dato histórico. En cambio, durante toda la época clásica, tal dualismo tiene primordial importancia. Son dos grandes sistemas jurídicos distintos por la manera de originarse, por los efectos que producen e incluso desde un punto de vista formal.

"*Ius honorarium* es el que está integrado por aquella masa de normas jurídicas que provienen de los edictos de los magistrados jurisdiccionales "pretore y ediles curules" y se da en el edicto: no es jurisprudencia. "*Ius civile* es una expresión que no tiene en los textos romanos una significación constante, sino que se emplea

con distintas acepciones, según el término a que se la contraponga. Como opuesto al derecho introducido por los magistrados en la dicotomía *ius civile ius honorarium*, es Derecho civil todo el Derecho que nace de otras fuentes: *ius civile est quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum auctoritate prudentium venit*".<sup>(15)</sup>

Acaparado poco a poco el poder legislativo por los emperadores, la misión innovadora del Derecho honorario cesa y en la compilación justiniana el dualismo se ha fundido en una masa unitaria de cuya disparidad de origen queda sólo el recurso histórico".<sup>(16)</sup>

II) La "common law" y los fueros locales: "La Carta Magna", de 1215 es el compromiso más célebre habido en la historia de Inglaterra entre los intereses de los señores feudales y las pretensiones reales". A través de él las cortes reales aceptan no crear nuevos "writs" (breves) y mantener el *status quo* lo que produce, durante dos siglos y medio la coexistencia de una *comune lex* con los derechos locales. Al final de la Edad Media estos han desaparecido.

III) *Common Law* y *equity law*. La historia termina por imponer la "common law". Sin embargo, ésta se basaba fundamentalmente en un sistema restringido de writs (las acciones de la ley y la fórmula del Derecho romano) que no permitió al Derecho adecuarse al múltiple crecimiento de las relaciones jurídicas, ni adaptarse a los cambios conceptuales: "los sentimientos de interés social, de justicia" propios del Renacimiento no encuentran apoyo en un Derecho anquilosado y víctima de sus propios frenos.

Al igual que en el período anterior, la idea de que en caso de no encontrar adecuada solución al problema se puede recurrir al rey, originó la intervención del Canciller, entonces consejero y confesor del rey, por delegación de éste. Este sacerdote-juez inició la aplicación de conceptos más cristianos, "equitativos", y procedimientos del derecho canónico, más efectivos, y originó la "equity law".

En 1616, al término de un nuevo conflicto entre las cortes del "common law" aliadas al Parlamento y las cortes reales, se vuelve a crear una situación basada en el *status quo*.

(15) Arias Ramos, *Derecho Romano*, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1954. I, p. 35.

(16) Arias Ramos, op. cit. I, ps. 35-36.

Aún hoy en día subsisten aspectos de la estructura dualista del Derecho inglés.

IV) El mismo fenómeno dicotómico encontramos en la Edad Media con respecto al **Derecho Comercial**. Hemos visto cómo la intervención del pretor permitió la flexibilización del formalista “derecho civil” o *ius quiritarium* y la creación de una normatividad rica y variada, en Roma.

Este fenómeno hizo innecesaria una diferenciación jurídica.

Sin embargo, caído el imperio, resquebrajado el Estado, lo primero que desaparece son los engranajes políticos de la estructura estatal y las instituciones de Derecho público: desaparece el pretor.

En consecuencia, el renacer del comercio en los burgos medioevales y principalmente el de las ciudades marineras italianas (Amalfi, Génova, Pisa, Venecia) se encuentra con un Derecho común incapaz, por la ausencia de elementos flexibilizadores, (el pretor) de dar una normativa a un desarrollo económico creciente. Un ordenamiento jurídico nutrido en la vida estática del agro no responde a las necesidades de las veloces transacciones mercantiles.

Y así, por un proceso que no interesa aquí relatar, nace un sistema jurídico paralelo al derecho común, creado por mercaderes, para ser aplicado entre ellos por mercaderes (cónsules), *mercaturae causam*. Durante un largo período una masa importante de relaciones jurídicas permanecieron sujetos a dos órdenes normativos: el Derecho Común y el *ius mercatorum*. Epocas posteriores verán desaparecer esta dualidad.

Ciertamente, como se puede fácilmente constatar, un sistema jurídico imperante se ve superado por un orden nuevo, basado en procedimientos más flexibles o en normas sustantivas más acordes con la realidad imperante y en resoluciones jurisdiccionales más equitativas. Sin embargo, lo interesante del fenómeno radica en que, si bien se trata de un fenómeno dialéctico, visto en un plano diacrónico, sincrónicamente, hay en el derecho un larguísimo período en que el sistema jurídico se fundamenta en esa dicotomía marcocrósica: por siglos ambas normativas subsisten y coexisten.

Lo que nace “*supplendi vel corrigendi gratia*”,<sup>(17)</sup> se impone paulatinamente, por la fuerza de su lógica, o de su equidad, o de

(17) Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, Giuffré, Milano, 1962, p. 2.

su flexibilidad, elabora una base cada vez más amplia de “nuevas valoraciones y principios”, y llega a constituirse en uno de los términos de la gran oposición del sistema.

“Esta dicotomía puede parecer ilógica a un observador preocupado de simetrías sistemáticas, quien podrá preguntarse si la distinción entre *hereditas* y *bonorum possessio* o la posibilidad de conceder en “*equity*” una cierta ejecución específica que es insostenible en *common law* no constituyan inútiles complicaciones.

Pero a quien observa más atentamente no escapará cómo la dicotomía realiza una profunda función conciliadora de la rigidez (que por otra parte es certeza) del derecho con su eterna exigencia de elasticidad, de adecuación. La distinción dentro de un sistema tradicional, en instituciones que compiten con las del primero, permite precisamente conciliar la adopción de nuevos principios con un camino lento y experimental, que permita ensayarlos, introduciéndolos primero en algunos sectores y después en otros, admitiéndoles, en vía abstracta, su general aplicabilidad y fuerza de expansión pero también aplicándolos inicialmente ahí donde son más necesarios. Es así el tiempo el que permitirá la lenta expansión de principios que podemos históricamente llamar especiales —precisamente porque su aplicación está limitada a un ámbito determinado, si bien son, en línea de principio, aplicables en un ámbito general —que más tarde se estabilizan y extienden su alcance terminando luego por fundirse en el sistema general”.<sup>(18)</sup>

De modo que a la lista de dicotomías fundamentales en el Derecho citada por Kelsen (aunque lo hiciera para demostrar que no existían): derecho objetivo  $\leftrightarrow$  derecho subjetivo; derecho público  $\leftrightarrow$  privado; Estado  $\leftrightarrow$  Derecho, debemos agregar como básicas la oposición constante que nace de la tensión interno-estructural de la norma y la de las grandes dicotomías históricas del Derecho.

El jurista sabe, cualquier jurista lo sabe, que el Derecho funciona según ese sistema binario fundamental, esencial a la naturaleza del Derecho mismo.

(18) Ascarelli, *op. et loc. cit.*

Creo que ha quedado claro que la base de la ciencia jurídica, su material de trabajo, su objeto es, prácticamente, una típica constante y necesaria oposición binaria: la norma: esto es, el juego derecho-deber; sujeto activo-sujeto pasivo; derecho habiente-obligado. Además están todos los demás juegos de oposiciones.

Ahora bien. Me parece que también se ha dado una cierta base que permite afirmar que la norma no adquiere sentido, sino dentro de una estructura más desarrollada: la institución (como ejemplo citemos: la familia, la compraventa, el orden sucesoral). En cierto sentido el Derecho es un conjunto de instituciones a su vez constituidas por normas. Claro, las instituciones se agrupan, por razones prácticas y didácticas en Leyes y Códigos (que no son sino leyes de espectro más amplio que las corrientes, o conjuntos de leyes pertenecientes a una misma "familia" de problemas jurídicos).

Y entre todos esos sistemas se establece una cierta jerarquía, que, como veremos, para unos (Kelsen) será de tipo mecanicista: las normas de menor rango adquieren validez jurídico-formal porque se fundan en otras de rango superior, hasta llegar a la Primera Constitución o "norma fundamental"; que no es sino una hipótesis básica de la construcción de una teoría Pura del Derecho.<sup>(19)</sup> La norma fundamental no es "puesta", sino "supuesta" y de ella se deriva, en el descenso del rango, una jerarquía de normas que, para usar la expresión de Kelsen, no constituyen "un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas",<sup>(20)</sup> sino una "estructura jerárquica" cuyas normas "se distribuyen en diversos estratos superpuestos".<sup>(21)</sup> "La unidad del orden —dice Kelsen— reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto".

Para otros, en cambio, la jerarquía entre las normas jurídicas, en los diversos órdenes o sistemas es más bien orgánica. "El

(19) *Teoría Pura del Derecho*, cit. ps. 138 y 55.

(20) Op. cit. p. 147.

(21) Op. loc. cit.

reino de los códigos y de los artículos de la ley es un reino de símbolos, con propio significado precisamente en cuanto signos, signos que nos reenvían a los signos expresivos de la realidad de la acción; el problema es ciertamente, el de establecer en primer lugar la máxima coherencia posible entre el significante y el significado (la norma debe interpretar de la mejor manera posible la acción), y en consecuencia también entre los signos mismos de una totalidad de la oración, del discurso, reconociendo en tal coherencia la expresión de una implícita exigencia de estructuralidad".<sup>(22)</sup>

Pero, independientemente, de la forma en que sea analizada la estructura jurídica (mecánica u orgánica) nos encontramos con que el jurista, al trabajar en su laboratorio, lo hace siempre siguiendo ciertas pautas: sea para crear las normas de una institución, sea para indagar el verdadero significado normativo de la institución ya existente. Tales pautas son impuestas por la materia misma con que se trabaja: la norma.

Si la norma jurídica es bilateral por definición, como una moneda: con dos caras, la única forma científica de trabajar con el Derecho (y así fue siempre) es separar los elementos, en cabeza de un titular, similares, es decir, sus derechos y por otra parte separar sus opuestos en cabeza del otro titular. Este es el procedimiento más provechoso y fructífero si se quiere investigar el Derecho a fin de saber, por ejemplo cuáles son los deberes y derechos del comprador y cuáles los del vendedor, en la compraventa.

Ahora bien: si lo que se pretende investigar es la compraventa en dos ramas del Derecho (la civil y la mercantil) el método consiste en localizar sus elementos similares para luego localizar los elementos diferenciadores.

Lo interesante es que, la naturaleza estructural del Derecho nos lleva, necesariamente a emplear un método discursivo; es decir, la descripción de los derechos del comprador no se puede hacer sino a través de una relación sintagmática en la que cada derecho no se explica sino en relación con otro y el conjunto forma una cadena de derechos (podría serlo de deberes) íntimamente entrelazada y cada uno de cuyos elementos no adquiere inteligibilidad sino en el conjunto.

(22) Frosini, *La struttura del diritto*, cit., p. 31.

Desearía dar un ejemplo, pero es difícil, porque el fenómeno es sumamente complejo: creo que es evidente para un jurista: no puede no serlo puesto que la base de su ciencia, metodológica, es precisamente esa. Por otra parte me atrevería a adelantar que el Derecho es una inmensa cadena sintagmática: un sistema jurídico no se divide en "ramas" sino por razones prácticas y pedagógicas. Pero lo cierto es que es un grande e inmenso discurso, desde cualquier ángulo que se le vea. El problema fundamental sería —y ya lo dijimos— establecer la máxima coherencia entre significativo y en consecuencia también entre los signos mismos de la totalidad del discurso, reconociendo en tal coherencia la expresión de una implícita exigencia de estructuralidad.<sup>(23)</sup>

En todo caso, un ejemplo práctico de un corte en la gran cadena sintagmático-jurídica podría ser el siguiente:

#### Código Civil:

Artículo 485.—Por la ocupación puede adquirirse el dominio de las cosas muebles que no pertenecen a nadie.

Artículo 488.—Por la caza o pesca se adquiere el dominio de los animales fieros o salvajes . . .

Artículo 489.—Se puede cazar o pescar en los terrenos o aguas públicas, conformándose con los respectivos reglamentos. En la propiedad particular no se puede cazar o pescar sin el permiso del dueño.

Artículo 490.—La ocupación por medio de la caza y de la pesca se regirá por los reglamentos especiales y por las siguientes bases.

Artículo 491.—El cazador se hace dueño del animal que caza, por el acto de apoderarse de él. Se considera cogido el animal que ha sido muerto por el cazador en el acto venatorio, y también el que está preso en sus redes.

Artículo 492.—Si la presa herida muere en terreno ajeno, el propietario o quien le represente deberá entregarla al cazador o permitir que entre a buscarla.

Artículo 493.—El propietario que no cumpliere con la prevención del artículo anterior, pagará el valor de la fiera; y el cazador perderá ésta si entra a buscarla sin permiso de aquel.

En todo caso es responsable el cazador de los daños que cause y cuando haya más de un cazador, serán todos solidariamente responsables.

Artículo 494.—Los animales feroces que escapen del encierro en que les tengan sus dueños, podrán ser destruidos por cualquiera y podrán también ser ocupados desde que el dueño deje de perseguirlos.

No creo necesario explicar en este caso tan claro cómo es que en la porción transcrita de la gran cadena sintagmático-jurídica, hay una relación íntima y constante entre todos sus elementos que, por otra parte no adquieren plena significación sino en el discurso total.

Por otra parte, si lo que se pretende no es ya localizar los derechos o los deberes de un sujeto en una institución sino determinar las "relaciones" entre "instituciones" es decir, qué elementos comunes tienen instituciones diversas que las pueden hacer formar parte de organismos mayores, y más complejos, el procedimiento es otro: es un procedimiento básicamente "asociativo": en este caso el jurista intenta localizar las "relaciones asociativas" o "cadenas paradigmático-asociativas": aquellas cuyos elementos pueden ser agrupados en función de elementos comunes: sean de forma o de sentido, o de ambos a la vez.

Así, una cadena paradigmática con base en la forma la encontraríamos en la similitud entre dos contratos, por ejemplo compraventa y permuta (quizá dación en pago).

Podría ser un ejemplo de paradigma de sentido el caso de una donación realizada mediante la forma donación o mediante la forma simulatoria denominada compraventa o mediante la fórmula simulatoria de garantía real con el subsiguiente remate y adjudicación o mediante dación en pago.

Casos de asociación de contenido y forma las hallamos en las relaciones entre compraventa civil, mercantil, administrativa.

(23) Frosini, op. cit. p. 31.

Naturalmente, si pasamos al Derecho comparado, la ejemplificación podría ser más rica: trust-fideicomiso, por ejemplo. Es precisamente en el ámbito del derecho comparado en donde, según los autores, puede un método estructuralista dar sus mayores frutos,<sup>(24)</sup> pues “el estructuralista es necesariamente y por esencia un comparatista”.<sup>(25)</sup> Pasemos ahora a otro problema.

### Diacronía y sincronía.

La investigación jurídica ha sido tradicionalmente “sincrónica”: un replegarse sobre el Derecho objetivo; estudiar la norma en sus implicaciones estáticas; el significado de sus términos, para explicarla en función de principios jurídicos también considerados inmutables en cuanto básicos, lo cual, como opina Frosini<sup>(26)</sup> ha sido un lastre para el desarrollo del Derecho. La acción se refleja en sí misma “objetivándose en forma que regula y rige la acción, frena su impulso, la obliga a replegarse sobre la propia estructura jurídica”.

En cambio, se podría decir que la tendencia nueva es ampliar el campo de la estructura jurídica reconociendo dentro del ámbito de la misma no solamente la “acción objetivada” en la norma sino también, todo el fenómeno que nace de la interacción entre la acción a secas y la acción objetivada, es decir la norma. Por otra parte, la tesis originaria ha llevado al derecho a un análisis sincrónico de sus fuentes: puesto que “concebida bajo el perfil normativo, toda fuente de producción de Derecho (en un sistema continental) no puede sino reducirse a la “fons fontium”, que es la ley en la que se compendia y se realiza toda la vida de los sistemas jurídicos, y en la que vienen a coincidir tanto la fuente de cognición del Derecho, cuanto aquella de calificación jurídica (de formación) porque sólo la ley tendrá el poder de conferirles una validez objetiva “erga omnes”.

Estamos aquí en el nuevo formalismo jurídico, en el más puro formalismo jurídico que nos reconduce a la “Grund norm”, a

(24) Lamsdorff- Galagane, *Estructuralismo en la filosofía del derecho*, Porto, Santiago de Compostela, 1969.

(25) A. J. ARNAUD, *Structuralisme et Droit*, “Arch. de Phil. du Droit”, 1968, (13), 283 ss., p. 284, cit. por, LAMSDORF op. cit.

(26) *La Estructura*, cit. p. 79.

la norma madre, a la norma fundamental. En cambio, otras tesis, por ejemplo la nueva posición de Santi Romano o de Capograssi supera la etapa del formalismo kelseniano y encuentra lo jurídico no sólo en la norma sino también (o más bien) en la acción, en la vida humana.

El derecho objetivo no es sino la “acción objetivada”, la vida humana objetivada (Recasens Siches). Es más, el derecho objetivo no obtiene su verdadera afirmación sino cuando la norma es cumplida o violada. Trasladado este fenómeno al ámbito de la colectividad, el Derecho objetivo, no obtiene su verdadera afirmación sino desde el momento de su eficacia o validez material: es decir, cuando la comunidad reconoce la norma, la acepta, la cumple, o cuando la incumple con plena conciencia de que rompe un precepto legal (la comunidad, no el individuo). Claro que la comunidad no ignora la norma de modo caprichoso sino cuando la norma no responde a la necesidad que se supone debe proveer.<sup>(27)</sup> La jurisprudencia simplemente constata el hecho: las partes no emplearon el sistema prescrito porque no responde a la realidad. En ese campo de ideas es en donde cabe la “consuetudo” como fuente normativa. ¿Por qué? Porque, si la fuente única fuera la ley, el Derecho debería ser siempre una manifestación de voluntad (la del legislador) concepto dentro del cual no cabría la costumbre que no es sino un proceso colectivo inconsciente, no voluntario:

La “opinio iuris seu necessitatis” será “creencia, sentimiento, convicción, pero nunca voluntad, ni de un individuo ni de la colectividad”.<sup>(28)</sup>

Se podría objetar que la costumbre es siempre un acto de voluntad del legislador, que la reconoce. Como afirma Santi Romano<sup>(29)</sup> la costumbre, “es fuente involuntaria del Derecho, no sólo respecto a aquellos entre quienes surge, sino también frente al legislador; es un hecho normativo, entendida esta expresión en un sentido contrapuesto al de acto normativo, del todo autónomo, y por ello, ejemplo típico pero no exclusivo, del *ius involuntarium*. Lo mismo se podría decir de los principios generales como fuente

(27) Ej. Derecho de la navegación costarricense: ver cas. Burche Vs. Flota Mercante Gran Colombiana y otros. II, Sem., 1967, p. 777.

(28) Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 66.

(29) *Frammenti . . .*, Cit., p. 66.

del Derecho, que no están compilados, ni redactados, ni implícitos en él, pero que se “deducen de la estructura esencial de las instituciones en las que se concretan”. (29 bis)

Todo lo dicho nos propone el siguiente interrogante: el verdadero derecho es el objetivo o el subjetivo?<sup>(30)</sup> Subjetivo en el sentido visto. Creo que la respuesta se inclina por el segundo criterio. El Derecho es el conjunto de acciones realizadas por los individuos en acatamiento o violación de las normas objetivas, que no son sino conducta objetivada. Tal afirmación nos lleva a esta otra. El Derecho es un fenómeno dialéctico producto de la interacción entre el Derecho Objetivo y el Derecho Subjetivo, es el producto de normas y comunidad en acción.

Con todo ello desembocamos en un estructuralismo eminentemente diacrónico. La etapa jurídica de un estructuralismo sincrónico ha sido superada. Lo que queda es un desenvolvimiento dialéctico en el tiempo.

### III.—EL ESTRUCTURALISMO JURIDICO-FORMAL.

El estudio de la realidad jurídica puede ser considerado desde tres ángulos: como norma, como relación, como ordenamiento.<sup>(31)</sup> Más bien digamos que, fundamental e históricamente, el estudio de la realidad jurídica ha sido proyectado en alguno de esos tres ángulos: norma, relación, ordenamiento. Trataremos ahora de ver la estructura jurídica normativa y la del ordenamiento. Evidentemente el más completo planteamiento de la “teoría normativa”, también llamada “pura”, del Derecho, ha sido el de Kelsen. Pura en el sentido de científico-jurista, es decir, ajeno a todo elemento político, sociológico, psicológico o biológico, moral o teológico.

“¿Qué es una teoría pura del Derecho”, se pregunta Kelsen al inicio de su Teoría pura del Derecho, y se responde:

“La teoría pura del Derecho es una Teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho en particular. Es una teoría general del Derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.”

(29 bis) Op. et loc. cit.

(30) Croce, cit. por Santi Romano, op. cit. p. 67.

(31) Frosini, *La struttura . . .* cit., p. 61.

En tal sentido, Kelsen elabora una estructura que comprenda cualquier sistema jurídico positivo, actual o pasado, y pretende cubrir cualquiera futuro. “Quiere mantenerse como teoría —sigue diciendo Kelsen— y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse”. Así, como axiología, la axiología jurídica según Kelsen es una axiología positiva, que se funda en un derecho positivo. “Una ciencia del derecho —insiste— o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva”.<sup>(32)</sup> Como consecuencia el Derecho es ajeno a toda valoración ética y lo que es más importante: “si comprobásemos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y mediante ella, con el hecho que la ha creado”.<sup>(33)</sup>

Como se ve, la estructura que de tal concepción nazca es una estructura cerrada, ajena a toda imputación externa, puesto que, conforme Kelsen, posee sus propias normas internas de creación; la ley jurídica no es pues, una ley causal, sino una norma de imputación, pero además, es una ley perteneciente a una estructura con sus propias leyes de creación, leyes también de imputación, no causales, internas. De ahí que el derecho pueda ser estudiado desde un punto de vista estático y desde un punto de vista dinámico: como norma o como proceso creador de normas.

Si consideramos en bloque todo lo dicho se evidencia el fondo de las afirmaciones: “La presentación de la norma como forma, pero como forma externa de la acción” puesto que el aspecto dinámico nada tiene que ver con lo externo al fenómeno jurídico sino que es un dinamismo interno, perteneciente al mismo sistema formal. Forma —dice Frosini— pero “separada netamente de su contenido político”.<sup>(34)</sup>

Quizá el problema más serio que tal posición plantea es el relativo a la costumbre como fuente de derecho, que ya antes analizaremos. Coherentemente con lo dicho, Kelsen sostiene que el

(32) Op. cit. p. 18.

(33) Op. cit. p. 19.

(34) Op. cit. p. 63.

Derecho como teoría estática es un conjunto de normas determinantes de la conducta humana; y como teoría dinámica es un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. Sin embargo, hay que apuntar a Kelsen lo siguiente:

“Como en el orden de la naturaleza no se puede separar —decía Goethe— la pulpa de la cáscara que la reviste, así sucede en el mundo de la praxis, que es una naturaleza del hombre”;<sup>(35)</sup> no podemos válidamente separar la forma del contenido. “La forma jurídica<sup>(36)</sup> no constituye simplemente el revestimiento externo, la cáscara que se aplica sobre el núcleo vivo de la acción . . . ; la forma jurídica, en cuanto a forma formada, es decir, definida, objetiva, es la que es porque consiste en la cristalización de un proceso de la praxis; entre la forma y el contenido puede que no haya correspondencia, pero hay ciertamente un condicionamiento recíproco, porque tanto la una como el otro se refieren a la estructura de la praxis, considerada desde el punto de vista de la acción individual o bien desde el punto de vista de la forma de la acción”.

Pero volvamos a Kelsen. En este “estructuralismo” kelseniano en que la forma es la forma externa a la acción, el derecho se convierte en una simple técnica de control social, es decir, “artificialidad”, “instrumentalidad”, “mecánica de la coacción.”<sup>(37)</sup> Estáticamente dirá Kelsen, la norma determina la acción humana, dinámicamente, el derecho es el conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La conducta humana pasa a segundo término: la norma, formalmente considerada, emanada del órgano con capacidad para dictarla, es lo importante y lo único que el jurista debe tomar en consideración, lo cual, en el fondo equivale a renunciar, la ciencia jurídica, a la propia responsabilidad civil,<sup>(38)</sup> a la responsabilidad de ver en el Derecho, no una instrumentalidad, como fin en sí misma, sino una instrumentalidad como medio de garantizar la convivencia.

Ciertamente, como estructuralismo jurídico, el más perfecto sin duda es el de Kelsen: en él cualquier “variante” o “variación” o “transformación” de la estructura, se explica por el sistema

(35) Frosini, *La struttura* . . . p. 64.

(36) Frosini, op. cit. p. 64.

(37) Frosini, op. cit., p. 65.

(38) Frosini, op. cit. p. 66.

mismo: cualquier derecho positivo, pasado o presente, puede ser reducido a la “pirámide jurídica” de Kelsen. Pero es aquí también en donde, una vez más falta el “estructuralismo” kelseniano: puesto que “un orden jurídico para el ius —filósofo vienés— no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura —dice Kelsen— expresamente jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos.”<sup>(39)</sup> Ciertamente, este planteamiento es el que permite, como lo afirma Recaséns Siches,<sup>(40)</sup> “Hacer del derecho una ciencia fácilmente formalizable en lenguaje lógico-matemático . . .”, pero evidentemente, es un planteamiento que deja —a propósito es cierto— por fuera, los problemas que Kelsen llamó “metajurídicos” pero esenciales a la Filosofía del Derecho; “¿Cómo se explica, en general, que haya transformaciones en el Derecho?, tiende, en general, el Derecho por el mero hecho de serlo, hacia algún fin determinado?, ¿por qué, en general, existe Derecho?”<sup>(41)</sup>

La teoría pura del Derecho nos niega una respuesta.

**Formalismo jurisprudencial.** Por otra parte ninguna diferencia existe, substancialmente, entre quien hace ciencia jurídico-formal con base en la norma y quien lo hace sobre la jurisprudencia, es decir como crítica de la razón jurídica en el sentido de razón teórica y no como razón práctica pues éste ignora también que el Derecho no puede ser la norma vacía de contenido, la mera razón teórica, ni tampoco la sola acción actuante —valga el pleonismo— es decir la mera razón práctica, sino una acción que de alguna manera vivifica “la forma de la acción”, es decir, la norma dándole contenido: al cumplirla o al violarla.

“El derecho está constituido, en realidad del conjunto de comportamientos de los individuos, para quienes las reglas jurídicas consisten en otros tantos paradigmas, conforme a los cuales pueden conjugarse las varias formas de la acción.”<sup>(42)</sup> Pero dejemos este aspecto para el próximo capítulo.

(39) Kelsen, op. cit., p. 147.

(40) *Filosofía del Derecho*, Porúa, México, 2 ed., 1961, ps. 292-293, cit. por LAMSDORFF-GALAGANE Vladimiro *Estructuralismo en la Filosofía del Derecho*, Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1969, p. 91.

(41) LAMSDORFF G. op. cit. p. 92.

(42) Frosini *La struttura* . . . p. 26.

#### IV.—HACIA UN NUEVO ESTRUCTURALISMO.

La estructura jurídica del ordenamiento.

Al formalismo viene a oponerse el “realismo” jurídico o “realismo” institucional.

El nuevo desarrollo parte de la teoría de la institución y de la fundación, de Hauriou. Para Hauriou la “institución” es una “idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos de poder, y reglamentadas por procedimientos”.

Según, pues, la teoría de la institución, a partir de una idea de obra, idea común, se forma un organismo. Un organismo orientado no simplemente a un fin sino con vistas a la acción, lo que lleva a la creación de un plan de acción y de una organización. De la interacción viva de todos estos elementos: la idea de empresa, la organización de un poder y la producción de órganos que permiten llevar adelante la acción, la labor que los órganos de poder desempeñan y la reglamentación procedimental de la conducta de los miembros del grupo social que dan origen a la institución, que la fundan, nace un ordenamiento jurídico.

Esta teoría, desemboca, en vista del pluralismo institucional, en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos (Santi Romano) pero no es eso lo que nos interesa para nuestro desarrollo.

Lo que llega a revestir trascendental importancia es la derivación de conclusiones que podríamos sintetizar con la expresión “ubi societas, ibi jus”. Es el fenómeno de agrupación con fines inmediatos organizativos y normadores tendientes a fines mediatos lo que origina un ordenamiento jurídico. Podemos identificar esta postura en la iusfilosofía hasta antes de la obra de Santi Romano, “Frammenti di un dizionario giuridico”.<sup>(43)</sup> En esta obra Romano cambia “institución” por “estructura” (es decir, en lugar del término institución, usado en sus escritos anteriores, emplea sistemáticamente el término “estructura”) e invierte los términos “ubiso-

cietas, ibi jus” por “ubi jus, ibi societas”: “el derecho es él mismo, fuerza organizativa de la sociedad, y es, por ello en las formas concretas de la vida jurídica que podemos reconocer las articulaciones de la vida social”.<sup>(44)</sup>

Leyendo los “Frammenti” resulta verdaderamente inspirador el siguiente párrafo de Santi Romano:

“La existencia de un “jus involuntarium”, con una extensión y una importancia mayores de lo que generalmente se cree (el autor se está refiriendo a un problema que ya tratamos principalmente centrado en la costumbre como fuente de derecho, de difícil ubicación en un sistema formal) aparece más evidente si, en vez de la teoría llamada normativa, o, mejor, como integración de ella, se acoge la así llamada institucional. Entonces cada ordenamiento jurídico considerado en su aspecto no solamente más amplio y comprensivo, sino también más decisivo para comprender su naturaleza, se revela, no en un complejo de normas más bien como un producto y una derivación, sino como un ente social, poseedor de una propia organización y, por tanto, de una vida que se identifica con el espíritu jurídico que la anima y que no puede separarse de la estructura del ente, así como el espíritu vital no puede separarse del cuerpo viviente sino mediante pura abstracción”.

Es interesante apuntar cómo Frosini afirma, sin demostrarlo, que tales orientaciones del pensamiento iusfilosófico obedecen a las influencias de la “institutional theory”, de los Estados Unidos, empleada en el análisis económico de la primera postguerra, y de la trasposición de esta teoría en el ámbito de la lingüística operada en la segunda postguerra.<sup>(45)</sup>

Posiciones más desarrolladas de la escuela institucionalista italiana afirmarán no ya que “el derecho es una estructura del cuerpo social” (Santi Romano) sino que es “la profunda estructura interna de la acción, el rico y profundo contenido vital de ella”,<sup>(46)</sup> misma idea contenida en esta otra afirmación:

“... lo que es característico —el “quid saliens” del asunto— es que este sistema de órdenes se inserta de modo imprescin-

(44) Frosini, op. cit. p. 73.

(45) Frosini, op. cit. p. 76.

(46) Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune*, citado por Frosini, *Il concetto di struttura...*, cit., p. 176.

(43) Giuffrè, Milano, 1953.

dible, sistemático, connatural, en la órbita y en la acción del sujeto".<sup>(47)</sup>

De lo expuesto podemos concluir que:

A) la naturaleza del derecho es praxis: consiste precisamente en la misma acción humana alienada de la subjetividad, objetivada en formas . . . "

B) estas formas, gracias a las cuales llegan a instaurarse y a mantenerse relaciones jurídicas entre los sujetos, encuentran expresión en las normas, es decir en ciertas palabras o símbolos".

C) la praxis es jurídica en cuanto puede ser relacionada con una acción en sentido jurídico, la que es condición y medida para la valoración de una acción singular, concreta".

D) para que una acción sea jurídica es necesario que sea definida no por sí misma sino en relación a un organismo de la acción, a una estructura completa, a una morfología de la praxis".

La acción jurídica es tal, en cuanto inserta en un tejido práctico, coordinada a otras acciones, que se condicionan recíprocamente en la actuación. En tal sentido . . . el derecho es una realidad de hecho, o sea una realidad práctica, de la que la norma no es sino un símbolo técnico; ella permite en efecto la identificación y la relación de una acción entre las acciones; en tal sentido el derecho es una disciplina de las acciones, fundada sobre el respeto de sus formas, es decir sobre el deber".<sup>(48)</sup>

La anterior concepción estructural del derecho, dirá Frosini<sup>(49)</sup> se puede llamar "morfológica" para distinguirla de la doctrina formalística, en cuanto a la concreticidad de la praxis; podría también llamarse "naturalística", para diferenciarla del positivismo jurídico, que reduce el derecho a técnica de mando o control social.

Creo que en este momento la imagen ha cambiado con respecto a qué cosa sea estructuralmente el derecho hoy en día. El paso fundamental se da en el momento en que se supera el formalismo imperante en la primera mitad del siglo presente, que eleva la norma como forma al lugar más alto (forma entendida como externa

(47) Capograssi, "Analisi dell'esperienza comune", Opere, II, Giuffrè, Milano, 1959, p. 246.

(48) Frosini, *La struttura . . .* cit, p. 76 y ss.

(49) Op. cit. pág. 77.

a la acción, vacía de contenido, identificada con la palabra de la normal) y se pasa a una concepción dinámica del derecho en que la norma es siempre forma pero en sentido de estructura viva: el contenido es uno solo con la forma y todo no es sino la acción misma del sujeto, del sujeto determinado. El derecho no es entonces sino una "morfología de la praxis", como lo afirmó Frosini.

De lo anterior el paso es rápido hacia una concepción dialéctica en que derecho no es, ni puede serlo, lo que el orden normativo expresa, sino, cómo la comunidad entiende la norma y la convierte en "praxis", y cómo, a su vez, la praxis da contenido y hace inteligible la norma. El fruto de una tal concepción ha sido el enriquecimiento de la investigación jurídica en que el objeto a investigar no es ya sólo la norma en su letra muerta, sino la norma actuante en la comunidad y la comunidad actuante en la norma. Y no es que la dogmática jurídica no sea importante. Al contrario, nos permite ver en la aparente desorganización de las normas la unidad profunda que hace su organismo y su subsistencia<sup>(50)</sup> y nos ayuda a comprender que esa unidad obedece a la existencia, en el sistema del derecho, de un "conjunto de principios básicos" en los que el ordenamiento total se funda y que existen en la praxis misma. Pero se va más allá de una dogmática jurídica.

El derecho, en definitiva viene a ser "un complejo de estructuras de la acción, cada una de las cuales viene así a constituir una relación dinámica entre diversos elementos, una sucesión coherente entre diversas fases de desarrollo"<sup>(51)</sup> y "significa atribuir al derecho mismo un carácter de experiencia común, fundamental y compleja del hombre; en cuanto vive en comunidad civil".<sup>(51)</sup> Todo ello, insiste Frosini, "implica reconocer en el comportamiento jurídico un carácter de naturalidad en el mundo de los hombres".

No voy a explotar esta última afirmación, pero es evidente el rico filón que representa en un replanteamiento de las tesis ius-naturalistas.

En todo caso, una tal concepción ha llevado, por otra parte, a abrir las puertas a todo un mundo de investigación, hasta entonces desconocido por el jurista y que será la materia de nuestro próximo capítulo, aunque sea sólo en forma sintética.

(50) Capograssi, op. cit., p. 258.

(51) Frosini, *La struttura . . .*, cit. p. 16.

(51 bis) Op. et loc. cit.

## V.—CONSECUENCIAS O EFECTOS DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN ESTRUCTURAL EN EL DERECHO.

La cadena evolutiva acerca de la naturaleza del derecho que va desde la concepción institucional de Hauriou, pasando por la teoría de los ordenamientos plúrimos de Santi Romano, hasta llegar a las tesis de Capograssi y Frosini (cito por supuesto, a los más conspicuos representantes de esa evolución) del derecho como "morfología de la praxis", ha tenido trascendentales consecuencias en la interpretación del derecho: **principalmente ha elevado el rango de las situaciones de hecho** obligando cada vez más al legislador a incluirlas en la estructura normativa, desde que son una realidad en la estructura plena del ordenamiento jurídico, y obligando al Juez a reconocerlas más fácilmente, con menos obstáculos formales.

En el derecho de familia, legislación y jurisprudencia hacen menos resistencia a la "legalización" del matrimonio de hecho y de la filiación de hecho, facilitando su reconocimiento pleno, si no siempre por medio de la norma expresa, a través, al menos, de la declaración judicial.

En el derecho comercial, legislación y jurisprudencia abandonan el esquema formal-normativo de la personalidad jurídica de los entes colectivos, lo superan y detectan la realidad de un esquema mucho más amplio, verdadero substrato que para fines ilícitos o defraudatorios a veces se ampara tras el biombo de estructuras jurídico-formales. Las consecuencias de tal "superación de la personalidad jurídica"<sup>(52)</sup> son trascendentales en el derecho tributario y en el laboral, así como en el comercial mismo.

Sin embargo, creo que la mayor importancia de la nueva concepción estructural del derecho es quizá el haber abierto los ojos al investigador jurídico, obligándole a ver cómo el derecho no puede ser sólo el conjunto normativo sino el conjunto normativo actuante en una comunidad concreta o más bien interactuante con ella. Recién empiezan en nuestro país a abrirse campo las investigaciones empíricas del derecho, rechazadas hasta ahora por el jurista por su carácter eminentemente sociológico pero principalmente, rechazadas por seguirse creyendo que el ordenamiento jurídico es única y exclusivamente el formal-normativo, a la manera de Kelsen.

(52) SERICK Rudolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Ariel, Barcelona, 1958; VERRUCOLI Piero, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capital*, Giuffarè, Milano, 1964.

No quiero cerrar este trabajo (y este capítulo, en particular), sin antes volver a algo ya afirmado: un estudio estructuralista del derecho (ya sea con una concepción formal o con una morfológica) es una vena inagotable para la investigación comparatística del derecho, porque el estructuralismo, como cité antes, "es necesariamente y por esencia" un método comparatista.

## VI.—CONCLUSION.

"Con estos antecedentes no es aventura afirmar, a modo de conclusión, que nadie que aspire hoy a realizar labor científica, dentro del campo de alguna de las ciencias del espíritu, podrá prescindir de la concepción estructural de su objeto de conocimiento, si es que desea estar a la altura del saber de su tiempo. Es ingenuo pretender —como lo hacen algunos— que la estructura es una de tantas modas intelectuales, más o menos pasajeras. Se trata nada menos que de la expresión filosófica del ansia por entrar en un contacto inmediato con la realidad, con las cosas mismas tal como se nos ofrecen, que acucia al hombre contemporáneo".<sup>(53)</sup>

(53) AFTALION GARCIA OLANO-VILANOVA, *Introducción al Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 8ª ed., 1967, p. 33.

## BIBLIOGRAFIA

- AFTALION-GARCIA OLANO-VILANOVA, *Introducción al Estudio del Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 8ª ed., 1967.
- ARIAS RAMOS J., *Derecho Romano*, Rev. Der. Priv., Madrid, 1954, I.
- ASCARELLI Tullio, *Corso di Diritto Commerciale*, Giuffré, Milano, 1962.
- BARTOLOMEI Giangaetano, reseña a *Lo strutturalismo nella lingua moderna*, de Ernest Cassirer, "Filosofía" (rev.), 1970, IV.
- BELIC Oldrich, *Les principes méthodologiques du structuralisme esthétique Tchecoslovaque*, "La Pensée" (rev.), 154, 1970.
- BOBBIO Norberto, *Dell 'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 2, 1970.
- CAMMARATA Angelo Ermanno, voz "Formalismo giuridico", *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1968, XVII.
- CAPOGRASSI Giuseppe, *Opere*, Giuffré, Milano, 1959, II.
- CASTBERG, Fred, *La philosophie du droit*, Ed. Pedone, París, 1970.
- CORVEZ Maurice, *Le structuralisme de Jacques Lacan*, "Revue philosophique de Louvain", 90, 1968.
- DAVID René, *Les grands systemes de droit contemporains*, Dalloz, París, 3ª Ed., 1969.
- DENNINGER E. — FROSINI V., A propósito de "La struttura del diritto" di V. Frosini (estudio crítico), "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 1, 1970.
- DESPOTOPULOS K. I., *Il sistema del diritto*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 3, 1963.
- FROSINI Vittorio, *La struttura del diritto*, Giuffré, Milano, 1968.
- FROSINI Vittorio, *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, "Rev. Intern. Filos. del Diritto", 2-3, 1959.
- FROSINI Vittorio, *La critica italiana a Kelsen*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 2-4, 1961.

- HELLER Herman, *Teoría del Estado*, F. C. E. México, 6ª Ed., 1968.
- JACOB ANDRE, *Sur le structuralisme*. "Les études philosophiques" (Rev.), 2, 1962.
- KELSEN Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- LAMSDORFF-GALAGANE Vladimiro, *¿Estructuralismo en la filosofía del derecho?*, Ed. Porto, Santiago de Compostela, 1969.
- MANTOVANI G., *Sul marxismo strutturalista di Althusser*, "Rev. di Filos. Neoscolástica", 6, 1967.
- MATHIEU Vittorio, *Sistemi logici e sistemi giuridici*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 2, 1970.
- MAURO VAIANI Luisa, *Alle origini del metodo strutturale: corso di linguistica generale di Ferninad de Saussure*, Riv. Filos. Neo-clasica, 2-3, 1968.
- MOUCHET Y ZORRAQUIN, *Introducción al derecho*, Perrot, Buenos Aires, 6ª ed., 1967.
- PACI Enzo, *Vico, le structuralisme et l'encyclopédie phénoménologique des sciences, les études philosophiques* (rev), 3-4, 1968.
- REALE Miguel, *Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto*, "Riv. Intern. Filos. del Diritto", 2-4, 1961.
- ROMANO Santi, *El ordenamiento juridico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- ROMANO Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffré, Milano, 1953.
- SAUSSURE Ferdinand, *Curso de lingüística general*, Losada, Buenos Aires, 1955.