

EL REALISMO FILOSOFICO, EL NOMINALISMO FILOSOFICO

Y EL DERECHO

Esteban Luis FRANICHEVICH

I BREVE INTRODUCCION

1. Esta disputa tiene caracter especialmente ontológico, como declara Ferrater Mora (1), con implicancias en otras asignaturas: la lógica, la teoría del conocimiento y la teología.
2. Nosotros en estas líneas trataremos de estudiar la presencia de la disputa sobre los universales en el Mundo Jurídico, así como la implicancia y consecuencias prácticas de la toma de postura sobre esta cuestión en la disciplina.
3. Para ubicar más específicamente el tema a abordar, éste se encuentra según la postura de Werner Goldschmidt (2) entre los tópicos tratados por la filosofía jurídica.

II LA FILOSOFIA

4. Previamente a avocarnos a la filosofía y al derecho debemos realizar ciertas apreciaciones propias de la disciplina filosófica para entregar el marco de referencia necesario a nuestra asignatura.
5. En líneas generales las posturas filosóficas pueden considerarse de un realismo extremo o moderado y de un nominalismo extremo o moderado.
6. Los *realistas* consideran la existencia de los universales como entidad independiente de las cosas particulares, pudiendo los realistas llegar al extremo de negar la existencia de las cosas particulares.
7. Los *nominalistas* consideran las entidades abstractas productos de nuestra mente, pudiendo llegar al extremo de afirmar que los conceptos son solo términos para designar las entidades concretas.

(1) FERRATER MORA, José, Diccionario de Filosofía. Ed. Alianza. Barcelona, 4ta. ed. 1982. Vol. 4to. pág. 3344.

(2) GOLDSCHMIDT, Werner. Introducción Filosófica al Derecho. Ed. De Palma. Buenos Aires. 6ta. ed. 2da. reimpr. 1981. pág. 5

8. Quien es partidario de un *realismo extremo* considera la realidad material consecuencia de la realidad ideal; fuerza la realidad material como producto de la idea. Se produce una hipóstasis de la realidad ideal en la realidad material.

9. Quien es partidario de un *nominalismo extremo* es esceptico, le es imposible considerar la factura de una ciencia determinada ya que considera la inexistencia de una entidad abstracta fruto de una actividad teórica. Se produce una hipóstasis de la realidad material en la realidad ideal.

10. Quien es partidario de un *realismo moderado* considera la coexistencia de las entidades abstractas y las entidades concretas, ambas dos captables por el ser humano; se aproxima a quien es partidario de un *nominalismo moderado* que considera posible una actividad abstracta fruto de una actividad teórica, pero siempre que exista una entidad concreta a la cual corresponda.

11. Consideramos que el método deductivo es propio de los realistas que no encuentran escollos en la realidad material para su espíritu teórico, pues existen correspondencias "naturales" entre la realidad material y la realidad ideal; el método inductivo es propio de los nominalistas quienes realizan el espíritu teórico previo estudio de las cosas particulares.

12. Los realistas como científicos poseen cierta soberbia intelectual debido a la dependencia de las entidades particulares de la razón; los nominalistas proceden con mayor humildad pues las entidades particulares son guías de la razón.

13. Es nuestro tiempo, en general, tiempo de predominio de los modelos moderados del nominalismo, que han posibilitado el gran avance de las ciencias particulares.

III LA FILOSOFIA Y EL DERECHO

14. Haremos la referencia al Mundo Jurídico adoptando una postura sobre la esencia de esta materia —breve paso por la ontología jurídica— para luego introducir las categorías filosóficas.

15. Consideramos al Mundo Jurídico compuesto de tres dimensiones: la dimensión sociológica, la dimensión normológica y la dimensión dikelógica.

16. Tomando como goznes sobre los que gira la ciencia jurídica a estas tres dimen-

siones; y de las tres especialmente la dimensión sociológica, pues nosotros somos los actores vitales siendo imposible no reconocernos como tales pues sería negar la esencia de lo jurídico; veremos algunas posturas que denotan tendencias realistas, nominalistas e intermedias. Haremos esta visión sin posibilidades de agotar el tema y con el ánimo del descubrimiento de estas categorías en la jusfilosofía, que no son excluyentes de otras y que deben ser destinatarias de críticas y reelaboraciones, principalmente por ser filosóficas.

17. Realistas extremos son los representantes de la Escuela Clásica del Derecho Natural, quienes construyeron un verdadero código de derecho natural, normativa per quam para regir las conductas humanas.

Sus miembros más destacados son los autores del llamado Derecho Natural Protestante, quienes reemplazaron una fuente de inspiración jurídica que era teológica por otra de vertientes estrictamente racionales: "A la luz del derecho natural Grocio especula deductivamente acerca de la propiedad, el contrato, la esclavitud, las relaciones entre los Estados, etc." (3).

Los autores todos se empeñaron en encontrar una cualidad de la naturaleza humana para derivar sus conclusiones. Los resultados fueron tantos como autores escribieron sobre el tema; para Hobbes el egoísmo humano, para Rousseau la bondad en proceso de corrupción y así otros; procediendo de esta manera observamos una cristalización y determinismo de la conducta humana, incompatible con el libre albedrío.

18. Los Escolásticos proceden de manera realista al precisar ciertos conceptos jurídicos propios de la realidad ideal. La concepción escolástica, sin embargo, conviene más con la realidad material, especialmente en lo relativo a la aplicación de la norma por determinación, momento en el cual el juzgador realiza el hecho justo que in-fine es el derecho.

Consideramos que los escolásticos con la concepción de la aplicación de la norma por determinación asentaron las bases para la solución de problemas metódicos comunes a jusfilósofos y científicos del derecho; si bien podemos ser fieles a las categorías de la realidad ideal, éstas son útiles a quienes estudian el derecho como fenómeno de conducta humana (4).

19. Hans Kelsen puede considerarse ubicado en una posición intermedia con predominio de elementos realistas. El funda la ciencia jurídica del deber ser, separada de las ciencias del ser. La norma jurídica es el gozne sobre el cual estructura el estudio de la disciplina jurídica. Pero el gran maestro igualmente tuvo que capitular ante la empirie; especialmente hacemos hincapié en dos temas tratados por él en su obra inmortal: 1) La validez del ordenamiento normativo: "Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden. Se trata de una condición

(3) AFTALION, Enrique. García Olano, Fernando. Vilanova, José: Introducción al Derecho. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 11va. ed. 1980, pág. 737.

(4) GOLDSCHMIDT, Werner. op. cit., pág. 383

sine qua non, pero no de una condición per quam" (5). La lectura de este trozo nos exige de comentarios. 2) La interpretación de la norma: "Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma a aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo" (6). Por lo leído Kelsen considera la interpretación como la determinación de un sentido entre los distintos sentidos que posee la norma; más adelante y pasando por alto la confusión que realiza entre interpretar y aplicar, remata esta concepción con la idea que la determinación se realiza con un acto de voluntad que incumbe al órgano —ser humano de carne y huesos— encargado de aplicar la norma interpretada (7).

20. Para considerar a Federico Carlos Savigny citaremos primeramente un párrafo de su libro Sistema de Derecho Romano actual y luego derivaremos nuestras consecuencias "Si preguntamos ahora cuál es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste, vive el derecho positivo; por lo cual puede llamarse derecho del pueblo" (8). "El espíritu que obra en los diferentes pueblos y reviste rasgos individuales, no es otra cosa que el espíritu humano mismo. Pero la creación del derecho es un hecho, y un hecho verificado en común" (9).

De la lectura del párrafo precedente surge: 1) Que de acuerdo con el maestro Carlos Cossio, Savigny produce la ontologización del derecho positivo; sin poder desde ese momento en más, según la opinión del maestro, obviarse el dato empírico en el estudio del derecho. 2) Que Savigny precisa al pueblo como sujeto generante del derecho positivo. Este segundo apartado es el que más nos interesa, nos representa una realidad tanto ideal como material. Realidad material si consideramos al estudio del derecho positivo prusiano que realizó Savigny, teniendo en cuenta "su" pueblo; realidad ideal si consideramos "el pueblo" sin avocarnos al estudio del derecho positivo de un pueblo en particular.

Estimamos que Savigny adopta una posición ecléctica, nominalista con relación al estudio del derecho positivo de su pueblo; realista con relación al estudio del derecho positivo in genere. Además si bien con el logro de la ontologización del derecho positivo arriba a un realismo extremo (dogmática jurídica), es el primer jusfilósofo que luego de una época racionalista, busca sistemáticamente raíces del ser jurídico en hechos de conducta, aunque sean considerados realísticamente en pueblos ajenos al suyo.

21. El maestro Carlos Cossio puede ubicarse también en una postura intermedia, con predominio de elementos nominalistas.

(5) KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Ed. EUDEBA. Buenos Aires, ed. 15va. 1977. págs. 142/143

(6) Ibídem, pág. 166

(7) Ibídem, ver pág. 169 en donde trata el tema.

(8) SAVIGNY, Federico Carlos. Sistema de Derecho Romano Actual. Ed. F. González y Cía. Madrid, 1878. Tomo 1, pág. 29

(9) Ibídem, pág. 33

Esta postura cuya fuente de inspiración es la Teoría Pura del Derecho, sin embargo, discrepa con ella pues realiza aquello que el maestro llama la revolución copernicana. El gozne sobre el cual gira su teoría no es la norma kelseniana sino que es la conducta humana (10); y los conceptos jurídico-normativos y axiológicos —recordemos la lógica jurídica formal, la lógica jurídica trascendental, la axiología jurídica pura— son pensados por la conducta en su mismidad existencial.

22. Ahora toca considerar la Teoría Trialista del Derecho. Esta puede determinarse de un nominalismo atenuado y de un realismo atenuado. Nominalismo atenuado porque considera la conducta una de las partes integrantes del Mundo jurídico (11), observamos que ella capta lógicamente —y no psicológicamente— las demás conductas en relación intersubjetiva a través de las normas jurídicas; además la conducta se autocapta lógicamente al través del imperativo jurídico; por último esta misma conducta crea los valores que llamamos fabricados y que por ser tales son mutables e históricos. Realismo atenuado porque si bien cree en la existencia de valores naturales-objetivos; éstas entidades ideales, inmutables, ahistóricas; para realizar se necesita de la humilde participación humana que al través de los actos de conducta, las descubre.

23. Karl Olivecrona, de la escuela escandinava, nos demuestra claramente su nominalismo por ejemplo cuando se ocupa de los derechos subjetivos. El considera los derechos subjetivos como creaciones particulares de nuestras mentes y escribe “el hecho de que lo que concebimos mentalmente es una potestad ideal o ficticia de controlar un objeto o de exigir una acción de otra persona” (12); de este párrafo extraemos: 1) El derecho subjetivo objetivado como una imagen ideal o ficticia. 2) Esa imagen creada por un proceso mental o natural. 3) Esa creación adherida al resultado de controlar un objeto o exigir una conducta.

De los tres caracteres el más relevante para el nominalismo, que cae a pique en un psicologismo, es el segundo ya que un proceso mental —psicológico— ostenta la paternidad del derecho subjetivo; los universales se diluyen —con pérdida de la logicidad— en la captación psicológica de las órdenes que realizan los destinatarios de las mismas.

24 Alf Ross, como su precedente perteneciente a la escuela escandinava, recalca en una posición nominalista. “La norma jurídica (imperativo independiente, directiva) pertenece,

(10) Considerada de manera metafísica la conducta como participante del hecho jurídico fue destacada por los tomistas; fue considerada de manera óptica —física— por primera vez por Giorgio del Vecchio en su libro “El concepto del Derecho”. Es provechoso el análisis que realiza sobre el tema tratado por este autor, el maestro Carlos Cossio. Ver Cossio, Carlos, La teoría Ecológica del Derecho. Ed. Abeledo Perrot, ed. 2da. 1964, págs. 295 y ss

(11) Ver supra 16

(12) OLIVECRONA, Karl, El derecho como Hecho, Ed. De Palma, ed. 1ra; 1959, pág. 70

según Ross, al mundo del ser, es decir, de los hechos y es en alguna cualidad real donde ha de buscarse la existencia específica como norma o directiva. Esta cualidad es la vigencia o efectividad social" (13). La efectividad social, Ross, con apoyatura en la psicología conductista, la encuentra en la posibilidad de ser aplicada la directiva por los Tribunales. Como se puede comprender no "son" las normas parte integrante del derecho, sino que el derecho "son" las conductas urgidas por un imperativo del mundo del ser, pues es parte integrante —recepción psicológica— de esas conductas.

25. Antes de ingresar en el análisis de cuestiones prácticas conviene realizar una conclusión de todo lo expuesto en este apartado. Así como es tradicional considerar las dos grandes vertientes del jusnaturalismo y del positivismo jurídico las fuentes de las especulaciones jusfilosóficas; también puede considerarse al *realismo jurídico*, al *nominalismo jurídico* y a las *posiciones intermedias* como vertientes de las cuales surgen las especulaciones en jusfilosofía. De esta manera veremos cómo ciertas posturas que en la primera tipificación están muy encontradas, en la segunda tipificación están más acercadas: sucede con los jusnaturalistas y los neokantianos que tienen intereses mayores en la lógica jurídica, que los puramente nominalistas con menos intereses sobre este tema.

Como precedente de lo escrito está el libro de Legaz y Lacambra que al ocuparse de los realistas norteamericanos y de la escuela escandinava lo hace bajo el acápite "El nominalismo jurídico" (14).

IV. FILOSOFIA JURIDICA, CIENCIA JURIDICA Y PRAXIS JURIDICA

26. Convencidos del necesario enquistamiento de las cuestiones filosóficas en la vida práctica (15), daremos algunos ejemplos en los cuales descubrimos la inspiración realista o nominalista que anima a aquellos que han sostenido cierta teoría jurídica o propuesto cierta solución al caso bajo estudio.

A) El caso de la participación criminal: Nuestro código penal en sus preceptos número 45 y número 46 conceptualiza qué debe entenderse por participación criminal y los diversos grados de participación criminal. El tema que nos ocupa se refiere al partícipe en 1er. grado —cómplice primario—, éste según los conceptos del código es "aquel que ha prestado al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse".

Para conocer quién es el cómplice primario podemos 1) adoptar una solución que condice con una postura realista y forzando la realidad material al través de la realidad ideal

(13) GARDELLA, JUAN CARLOS. Normativismo, en Enciclopedia Jurídica Omba. Tomo Nº 20, pág.382

(14) LEGAZ Y LACAMBRA. Filosofía del derecho. Ed. Casa Bosch. Barcelona, 1953, pág. 138 y ss y p.682

(15) CIURO CALDANI, Miguel Angel. El Trialismo y la conciencia jurídica en el hombre del Derecho. Revista del Colegio de Abogados de Rosario. Año 2, Nro. 4. Diciembre 1970, pág. 109.

“pensar” si el delito podría haberse cometido o no con un partícipe; 2) adoptar una solución que condice con un nominalismo y observar el hecho y si la actividad del partícipe es determinante del modo de la comisión del delito.

El caso en estudio —tomado de un dictamen fiscal— es el de tres personas que asaltan una estación de servicio, dos de ellas agreden con un arma al sereno, la tercera espera en un automóvil como chofer y al regreso de las otras dos se dan a la fuga. Adoptando la posición 2 el chofer es partícipe primario, pues por el modo de cometer el asalto, trasladándose en un automóvil particular, es necesario un chofer para que conduzca. Adoptando la posición 1, el chofer no es partícipe primario, pues muy bien podrían haber cometido el delito los procesados, por el lugar en que se encontraban, trasladándose a pie.

El dictamen adoptando una posición nominalista moderada considera al chofer del automóvil un partícipe primario, sancionable con la misma pena que los autores; y adoptando una posición similar peticiona al Juez la misma sanción que corresponde para los autores.

B. El caso de las lesiones: El Código Penal en su precepto número 90 determina cuándo una lesión debe ser considerada grave y expresa “si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido”.

El caso en estudio es el de una persona que recibió una herida de bala en el cuello que por diagnóstico médico curaría entre cinco y diez días, sin ser de gravedad. Si adoptásemos una posición nominalista no podríamos considerar peligro en la vida del ofendido aunque muy cerca de su cabeza hubiera pasado la bala pues la lesión según informe médico no es grave y cura en cortísimo tiempo, no existiendo efectivo peligro para la vida del ofendido. Si en vez de nominalistas fuéramos realistas deberíamos “pensar” en el peligro en la vida del ofendido pues la bala pasó a escasos centímetros de su cabeza, lugar en donde el impacto hubiera sido mortal.

C. El procedimiento de la analogía: La analogía consiste en el trato de casos similares con la misma normativa. Para saber si son casos similares facticamente, la única manera de conocerlo es repetir las conductas de los casos en el presente, para poder compararlas. Esto resulta imposible pues aquellas conductas ya se sucedieron en el tiempo. La única manera posible de poder comprobar las similitudes es al través de las fuentes formales de los mismos, pudiendo observar nosotros en esta operación una posición intermedia con predominio de elementos realistas; ya que cuando se “usa” la misma norma para comprender el segundo caso pasamos directamente a una posición realista, pues una entidad abstracta independiente de este segundo caso precisa el significado de distintas conductas en distintos espacios y tiempos con la jerarquía de unificación de elementos que no son idénticos.

V. BREVE CONCLUSION

27. La lectura de este breve artículo nos muestra un tópico más del engarce entre el Mundo Filosófico y el Mundo Jurídico, así como las consecuencias teóricas derivadas de esta relación género-especie.

Considerando además necesario que el filósofo del derecho oriente al científico y al práctico del derecho para el estudio y la labor jurídicos; creemos posible lograr esto de manera provechosa adoptando posiciones intermedias que sitúan al hombre como sujeto del Mundo Jurídico, que es quien capta las interconductas al través de la norma jurídica y es (Cosío) o realiza (Goldschmidt) los valores jurídicos.