

¿Porque la participación ciudadana? Fundamentación en la Teoría General del Derecho, como Fuente Material del Derecho

Why citizen participation? Foundation in the General Theory of Law, as a Material Source of Law

Víctor Enrique MONTENEGRO STOIANOFF*

RESUMEN: Este artículo continúa respondiendo las indagaciones hechas en el artículo con referato porque la participación ciudadana publicado en la revista *Cum Laude*, UNNE Derecho, —como nos vimos obligados a mejorar el anterior optamos por diferenciarlo numéricamente como 1.5—. En el artículo anterior respondimos a la pregunta ¿porque la participación ciudadana?, diciendo que la misma es la razón de ser del derecho, la lucha del interés humano, su génesis, y en el transcurso argumentativo también decíamos el ¿para que de la participación ciudadana?, la obtención o conservación del derecho, es decir, la ley positiva vigente que nos reconoce y garantiza el interés deseado

PALABRAS CLAVE: Participación Ciudadana; Teoría General del Derecho; Fuente Material del Derecho; revista *Cum Laude*; obtención o conservación del derecho.

* Doctorando en Derecho Universidad Nacional del Nordeste. Maestrando en Gobierno y Economía Política, Especialista en Administración Financiera y Control de los Organismos Públicos. Profesor adscripto en la cátedra de filosofía del derecho (UCP). Profesor adscripto en la cátedra de derecho administrativo (UCP). Contacto: <victorenrique_ms@hotmail.com>. Fecha de recepción: 17/06/2019. Fecha de aprobación: 10/09/2019.

ABSTRACT: This article continues answering the inquiries made in the refereed article because the citizen participation published in the magazine *Cum Laude*, UNNE Law, —as we were forced to improve the previous one, we chose to differentiate it numerically as 1.5—. In the previous article we answered the question “Why citizen participation?”, Saying that it is the *raison of being* of the law, the struggle of human interest, its genesis, and in the argumentative course we also said the “why” of participation citizen?, the obtaining or conservation of the right, that is, the current positive law that recognizes us and guarantees the desired interest.

KEYWORDS: Citizen Participation; General Theory of Law; Material Source of Law; *Cum Laude* review; obtaining or conservation of a right.

I. INTRODUCCIÓN

Esta diferenciación,—entre el porque y el paraqué de la participación ciudadana— ahora se nos vuelve de radical importancia, para entender un determinado derecho deberíamos preguntarnos, el porque, su interés generico que le dio origen y sus sucesivas luchas por su conservación, las sucesivas participaciones ciudadanas que le fueron dando forma y lucharon por su conservación o derogación, y como concluimos en el anterior articulo podemos reafirmar que no es nunca general, sino siempre a titulo singular o grupal.

Para lograr la fundamentación teórica de la participación ciudadana como fuente material del derecho en nuestros días, en el derecho positivo de la era contemporánea, y del siglo XXI, es importante comenzar con el desarrollo de la teoría del derecho y la justicia del más fuerte, para comprender en primera medida como se desarrolla la lucha por el derecho en las primeras comunidades históricas, Atenas, Esparta, Troya, Etc. Este desarrollo es obligatorio para comprender el derecho contemporáneo y la conducta del hombre actual en los métodos de participación ciudadana, no se podría tener un buen análisis del derecho actual, sin revisar los conceptos, indicadores y variables para su estudio que ya hayan hecho autores como Adolf Menzel y Joaquín Meabe en su oportunidad.

El segundo paso será analizar y disgregar los conceptos de la teoría del derecho y justicia del más fuerte para un análisis propio, con el objetivo de poder aplicar los mismos al actual derecho contemporáneo en el que vivimos. En este segundo apartado lo importante es la disgregación propia que hacemos, para su estudio actual, por lo cual, necesariamente debemos retomar los textos fuentes de los autores clásicos, Platón, como así también la incorporación de autores modernos como Von Ihering, que como veremos nos introduce nuevamente al eje central de discusión del derecho, pero con una óptica moderna. No podemos olvidar a

Carlos Cossio quien como ningún otro supo ver la conducta humana, su vínculo al derecho, sin caer en sociología jurídica.

II. DESARROLLO. TEORÍA DEL DERECHO DEL MÁS FUERTE

El desarrollo, análisis, y contrastación de la teoría del derecho del más fuerte no fue dada por un solo autor de una vez y para siempre en un tiempo determinado, sino que es fruto del devenir de la historia de la humanidad, por lo menos de donde tenemos indicios documentales lógicos a partir del siglo V antes de Cristo aproximadamente. Pero lo innovador de esta teoría se da en el plano de la ciencia del derecho, por el hecho de que la misma le fuera indiferente durante tanto tiempo, ningún autor después de los diálogos de Platón en el Calicles Y Trasimaco, a tratado el tema, desmenuzando y disgregando conceptos, retomando la discusión clásica. Tendría que pasar toda la edad media y parte de la moderna, para que Menzel retomara el análisis, cuando estudia la obra de Calicles como contribución histórica. Y Meabe¹ actualmente, cuando analiza de una forma erudita e incomparable nunca vista, no solo los conceptos desde la óptica del derecho y la justicia, sino también el contexto histórico, social, político, económico, con una traducción del texto fuente del griego clásico inigualable. Quien fuera este último autor, quien me halla inspirado en la visión del derecho desde la óptica que ahora propongo.

A) MENZEL-CALICLES

El autor trata la teoría del derecho y justicia del más fuerte, desde la lectura no solo del Calicles, sino también de obras posteriores de

¹ Cfr. MEABE, J., *El derecho y la justicia del más fuerte. elementos básicos para una teoría crítica del derecho*, Corrientes, Instituto de teoría general del derecho, Facultad de derecho, UNNE, 1994.

Platón, Aristóteles y comparaciones con pensamientos modernos como de Friedrich Nietzsche, –el superhombre–. Con respecto a lo primero –el Calicles– solo vamos a mencionar su análisis respecto de la concepción de la democracia que resulta sumamente interesante y que luego en análisis de la obra de Meabe no se tratara, dejando el resto de la discusión analítica y conceptual para disgregarlo desde la óptica de Meabe, quien continua los estudios de Menzel, y hace una obra cumbre de la teoría en análisis.

La democracia desde esta concepción teórica –desde los pensamientos en el Calicles en adelante– es la forma de encubrir la desventaja en fuerza de aquellos sujetos considerados más débiles, por sobre los considerados fuertes. Esta desventaja natural que vuelve a unos débiles y otros fuertes concluye en la imposibilidad lógica de considerar la democracia como igualdad entre los ciudadanos. “No solo la constitución, también la moral de la democracia esta envuelta por esa característica; más aun, Calicles afirma expresamente que el juicio sobre lo bueno y lo malo y, en general, la educación de la juventud, están de terminados por el falso principio de la igualdad.”²

La discusión entre lo bueno y lo malo parecería que fuera previamente a Nietzsche, enunciada por Calicles, y esto lleva al autor en análisis a comparar ambos pensamientos, de lo cual resulta sumamente interesante la concepción del superhombre, el cual seria en el pasaje de Calicles como aquel hombre que algún día se impondrá sobre todos los demás, rompiendo las cadenas y pisoteando nuestras leyes.

B) MEABE-TEORÍA DEL DERECHO Y LA JUSTICIA DEL MÁS FUERTE

La teoría del derecho y la justicia del más fuerte desarrollada por Meabe en el año 1994, esta compuesta de cuatro partes a saber, genealogía del derecho del más fuerte, conceptos en el Calicle,

² MENZEL, A., *Calicles contribución a la historia de la teoría del derecho del más fuerte*, México, Centro de estudios filosóficos UNAM, 1964, p. 36.

conceptos en Trasímaco, Conclusiones de Meabe. El objetivo de su análisis –aparte de ser indispensable para nuestro estudio e inédito sobre la temática que trata en nuestra actualidad– es la disgregación de los conceptos claves de su teoría para nuestro análisis de caso en la actualidad, es decir, la aplicación de la teoría del derecho y la justicia del más fuerte, en los casos actuales del derecho en la modernidad, en la democracia, la republica constitucional y el estado de derecho. Por lo tanto, iremos extrayendo los conceptos vislumbrados por Meabe en su erudita obra donde analiza los textos clásicos, que formaran para nosotros como indicadores o variables de la presencia de la teoría del derecho y la justicia del más fuerte.

C) GENEALOGÍA DEL DERECHO DEL MÁS FUERTE

En esta primera parte su autor introduce al tema del celebre debate de Calicles y Trasímaco, relaciona la discusión de la Grecia antigua con la actualidad, y lo que nos interesa a nosotros desde el punto de vista conceptual, relaciona, justicia, derecho, poder, lucha, interés, fuerza y mayoría.

Al Derecho en esta primera parte el autor nos hace saber que esta relacionado con el poder, y el poder con la fuerza. La fuerza por su parte esta determinada por el predominio del numero. Esta trilogía entre Derecho, Poder, y Fuerza solo concluye a determinar la voluntad sobre la razón:“(...) las relaciones entre el poder y el derecho o entre la pertinencia racional y la legitimidad de la mayoría para fijar reglas que, además, no encuentran otro fundamento que el que se deriva del predominio del numero, que, por otra parte, no es más que una cínica expresión del predominio arbitrario de la fuera y de la no menos arbitraria hegemonía de la voluntad sobre la razón”³

³ MEABE, J., *op. cit.*, p. 6.

El problema del más fuerte no concluye simplemente en la numerosidad, el autor analiza más allá, y da cuenta del caso de la minoría cuando revierte la fuerza de la mayoría en numero, y en este caso el problema genérico –la imposición contrarbitral– no se soluciona: “Si por circunstancias ocasionales alguna combinación de minorías logra trabar o frenar la violencia moral que produce la razón material de la mayoría ello solo resulta de una inversión del mismo recurso y muestra el tremendo callejón sin salida al que conduce la teoría del derecho del más fuerte por la determinación de impones un contrarbitraje de ese tipo”.⁴

Por otro lado, el autor nos introduce al problema del derecho como lucha y guerra, problema ya planteado por Heráclito en la antigüedad. También juega con el concepto de interés, en los ejemplos de la imposición de la mayoría –fuerza– como móvil sobre la minoría. La justicia queda definida en esta primera parte con Trasímaco como la conveniencia del más fuerte.

Lo interesante es la relación de derecho y poder como un doble desplazamiento: “Un rasgo luego predominante en la teoría del derecho del más fuerte y que hace a un doble desplazamiento: en primer lugar, un desplazamiento del derecho hacia el poder, que elimina el arbitraje pacífico, y en segundo lugar un nuevo desplazamiento del poder hacia el individuo, o el conjunto de individuos materialmente más poderoso, (...)”⁵

Esto nos determina la imposibilidad racional de la construcción y forma del derecho, su contrarbitraje.

D) CONCEPTOS EN EL CALICLES

El primer aspecto relevante que encontramos es el concepto de la retorica, sus implicancias en la época socrática por parte de los sofistas, siguiendo al autor Platón intenta fulminar la mentira que oculta la retorica, la retorica no seria otra cosa que un medio de

⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁵ *Ibidem*, p. 15.

lucha: “No obstante lo cual puede el orador no saber exactamente que es lo justo y que el injusto y solo limitarse a aparentar que lo sabe ya que la retorica seria un instrumento de lucha”.⁶

El tema de la retórica no llevaría a otra cosa que ocultar la verdad, la realidad materia de la sociedad, los intereses sociales, económicos y políticos. Ocultar el desinterés por los intereses de la minoría, y por lo tanto, crear una falsa democracia, mecanismos de tolerancia pre diseñados para ocultar el verdadero interés y oprimir las voces minoritarias.

La retórica oculta lo que Meabe llamara la faz perlocucionaria del poder material (Meabe, pág. 96), que no es otra cosa que el resultado de lo que dijimos más arriba, y lo que el autor denomina el núcleo duro o hard core del problema teórico: “La correspondencia invertida entre poder y conocimiento encubre lo que podríamos llamar el núcleo duro o dimensión hard core del pensamiento de Calicles”.⁷

Esta problemática saber y poder, –también tratada desde otra óptica por Foucault– el autor lo explica perfectamente desde el diálogo Platónico,⁸. El poder crea un nuevo saber, este saber se construye en beneficio de los intereses del más fuerte, quienes detentan el poder, por lo tanto, el conocimiento se debe subvertir de lo natural al pensamiento de las costumbres y los intereses dominantes.⁹

De esta forma el derecho no seria meramente una función del poder – lo que ocultaría su verdadero ser – sino un mecanismo autoritario de legitimación:

“Cuando a las puertas del siglo XXI, ya fuera por la vía de la supremacía militar o la violencia o por obra de los mecanismos de la llamada dictadura democrática de la mayoría el derecho se establece o se reforma por la determinando impuesta desde el poder material, rehabilitan-

⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁷ *Ibidem*, p. 152.

⁸ *Ibidem*, p. 162.

⁹ *Ibidem*, p. 157.

do así la doctrina del derecho del más fuerte como factor decisivo de los dispositivos autoritarios de legitimación”. (Meabe, pág. 96).

El autor que seguimos hace un paralelismo con el estado moderno y contemporáneo, tanto en occidente como en la republica argentina (Meabe, pág. 56 y 57), lo que nos resulta útil a nuestro estudio, toda la historia argentina estaría plagada de mecanismos de la teoría del derecho y justicia del más fuerte. Gran cantidad de modificaciones constitucionales en argentina, como procesos militares, o normativas legales a nivel nacional, provincial o municipal, fueron resultados de la imposición dictatorial del más fuerte, solo cabría hacer un estudio de caso, casos determinados en tiempo y espacio, para determinar el grado de exactitud con la teoría que estamos desarrollando, para lo cual necesitamos aplicar los conceptos, indicadores y variables de la teoría, propósito de esta investigación.

El autor retoma el concepto de fuerza en el dialogo analizado, profundizando el mismo denota dos aspectos, el primero que no es simplemente vigor físico, sino una condición o aptitud que se alimenta y se sostiene dentro de una trama social. Segundo, la fuerza se transforma en posibilidades sociales de los individuos sobresalientes. (Meabe, pág. 171).

Esto ultimo es así, porque lo que Calicles intenta justificar, en ultima instancia, es que la ley solo puede provenir del mejor dotado, excelente o superior, más sabio o mejor calidad. Y lo que Meabe nos hace ver – siguiendo lo anterior– es que: “El derecho y la justicia del más fuerte deviene así una extensión ilimitada de incumbencias de los mejores que saturan la vida ciudadana inhibiendo toda posibilidad de trato arbitral de las controversias y de regulación uniforme de la conducta. En su consumación el derecho del más fuerte es un contraderecho y la justicia del más fuerte una contrajusticia.”¹⁰

Así cierra Meabe este capitulo, utilizando y justificando los conceptos contraderecho y contrajusticia, que más adelante y en

¹⁰ *Ibidem*, p. 197.

distintas partes de la teoría, serán sinónimos de contranormativo y contrarbitraje respectivamente.

E) CONCEPTOS EN TRASÍMACO

En este capítulo se retoma el concepto de interés, –muy importante para nuestro estudio, fue también desarrollado en la edad moderna por Ihering– relacionado con la justicia, donde esta última sería el interés o la conveniencia del más fuerte: “La justicia no es sino la conveniencia o interés del gobierno establecido, el interés del poder o mando constituido, poder o mando que debe entenderse como mando o dominio hegemónico irresistible que impone las reglas al conjunto convivencial que lo refiere.”¹¹

Para el autor, la justicia en Trasímaco tiene 4 definiciones, primero, la justicia como el interés del más fuerte; Segundo, la justicia como el interés del gobierno establecido; Tercero, la justicia como la obediencia al gobierno establecido; Cuarto, la justicia como la obligatoriedad a las leyes por los gobernados. Y esto se corresponde con la faz tridimensional que menciona Meabe sobre el derecho y que así también lo creían los tiranos griegos, –donde la fuerza directamente no crea derecho– sino por medio del dominio hegemónico. La fuerza primero crea dominio hegemónico, luego el dominio hegemónico crea el derecho.

Esto último nos resulta sumamente interesante y práctico para nuestra disgregación en un estudio de caso, los conceptos se superponen correspondiéndose desde el interés humano, pasando por la fuerza, creando dominio hegemónico y finalmente imponiendo el contra derecho, contra derecho que para ser eficiente debería ser aplicado, es decir, contrarbitral.

¹¹ *Ibidem*, p. 231.

E) CONCLUSIONES DE MEABE

Para Meabe el derecho así visto, no tiene otro objetivo material que la imposición del poder y el dispositivo normativo Y esto es precisamente, lo que no pueden explicar las teorías del derecho, historicismo, positivismo, iusnaturalismo, con respecto a la inclusión en el derecho de la discriminación, la servidumbre y la violencia,¹²

En el caso del iusnaturalismo moderno- postura interesante para nuestro estudio- el autor nos dice: “El fracaso del iusnaturalismo moderno proviene justamente de su inclinación a privilegiar las virtualidades por sobre los poderes efectivos...” (Meabe, pág. 256).

En el caso de N. Bobbio, este no hablaría del poder escondido atrás de la norma, sino de la coacción normativa, que en definitiva desvía la importancia de la temática.

Lo interesante de la teoría tratada es, por lo tanto, el desmáscaramiento del derecho, su naturaleza pura sin más.

El problema estaría en lo que Meabe llama el juicio de preferencia, le ley previamente determina el juicio, sin tener en cuenta la conducta de los sujetos, lo que lo lleva a su concepto de contrarbitraje ya explicado. La solución estaría en volver el juicio de preferencia hacia la conducta de forma arbitral con la ley: “(...) Así el carácter necesariamente arbitral de los preceptos jurídicos, su inherente función de reparto racional vinculada a el agenciamiento de poderes y desempeños sociales”¹³

En nuestra opinión el reparto racional siempre estará condicionado a los intereses particulares, lo que resulta también de imposible solución justa para las partes, solo en casos muy excepcionales se podría conseguir el optimo justo arbitral. De igual forma el autor que seguimos –y con lo cual coincidimos totalmente- lo que intenta es mostrarnos la complejidad de la construcción jurídica desde este punto de vista, y que de otra forma no podría

¹² Cfr. *Ibidem*, pp. 252-255.

¹³ *Ibidem*, p. 254.

existir la convivencia social, o existiría– y de hecho existe pero bajo una apariencia que oculta su verdadera naturaleza.

Si estamos dispuestos a comprender a todos en un dispositivo común que contenga al conjunto desigual de individuos que existen en la sociedad, nuestra preferencia no podrá evitar la atenuación de los impulsos y se impondrá, en beneficio de todos, la sanción de preceptos orientados a inhibir el poder desigual de los distintos factores de dominación. Puede que ellos nos desaparezcan, pero al menos su función contrarbitral resultara más o menos neutralizada de acuerdo con el grado de determinación, de sensibilidad y de esfuerzo racional que los individuos pongan en juego al crear o perfeccionar los preceptos jurídicos particulares de su piriipi comunidad política.¹⁴

F) OBRAS POSTERIORES, CASOS

Meabe también aplico la teoría arriba expuesta, en casos contemporáneos, los cuales también nos resulta de interés para nuestro estudio. Los conceptos, indicadores y variables que utiliza para su análisis y su comparación con la teoría, nos pueden determinar la relevancia de estos a un caso puntual de actualidad.

G) SIETE LECTURAS SOBRE VIOLENCIA, ILEGITIMIDAD Y DERECHO DEL MÁS FUERTE

En este libro el autor analiza de forma breve la violencia acaecida en Argentina desde la vuelta de la democracia, y se concentra en el caso puntual de la crisis vivida en la Provincia de Corrientes en el año 1999. De este último caso, los autoconvocados, surgen nuevos conceptos interesantes no pronunciado en la teoría del derecho y justicia del más fuerte, los conceptos de autoconservación, revo-

¹⁴ *Ibidem*, p. 220.

cación, prerrogativas individuales y deslegitimantes. Si bien estos tres conceptos están íntimamente relacionados, cuando el autor nos habla de revocación hace mención a deslegitimar al gobierno de turno, por alguna inconsistencia entre la legalidad y los actos del gobierno, por lo tanto, se relaciona con el concepto de prerrogativa deslegitimante, la cual sería más amplia que la primera, ya que abarcaría no solo hechos de revocación gubernamental sino también imposición de una contranorma –el derecho– que afecte de forma directa sus intereses particulares básico para una adecuada convivencia social.

Autoconservación es un concepto puramente natural, –casi confundible con prerrogativa individual sino fuera por su única diferencia en que el primero, en el caso analizado, hace mención a una pluralidad de sujetos unidos con un mismo fin– fundamento de toda existencia en sociedad, resulta importante citar al autor al respecto, no tiene desperdicio: “La necesidad de la propia conservación dentro de un conglomerado interactivo se manifiesta en consecuencia, como el fundamento básico y a la vez como el módulo generativo de la formación y el desarrollo de una prerrogativa que no se origina en el derecho positivo, porque este no lo prevé, sino que deriva de propia condición convivencial de los seres humanos”.¹⁵

Lo interesante de esta obra, estudio de caso, es el análisis de la defensa que hace el ciudadano frente al derecho y justicia del más fuerte. Los conceptos arriba mencionados por Meabe, por lo tanto, no hacen a una ampliación de su teoría, sino por el contrario surgen como análisis de caso y autodefensa del ciudadano frente a la imposición de la fuerza y el contraderecho.

Estos conceptos no forman parte de la solución a la teoría del derecho y justicia del más fuerte, eso no busca el autor, sino que forman parte de la naturaleza misma del problema genérico. “En nuestra opinión, los conceptos formarían parte del problema, –coincidimos con el autor– es decir, la respuesta como lucha

¹⁵ MEABE, J., *op. cit.*, p. 43.

contra lo contranormativo, no deja de ser otra cosa que violencia e intolerancia frente a un aparato que tampoco presta escucha y tolerancia. Es nuestra opinión decir, que en definitiva son intereses contrapuestos incapaces de confluir en algo, lo que irreductiblemente lleva a la lucha por el derecho”.

Presentamos el caso arriba mencionado, por ser un análisis de caso contemporáneo, no es normal que el autor analice casos actuales, sino por el contrario se especializa en la antigüedad. Creemos innecesario analizar más casos del autor provenientes de la antigüedad, los cuales son abundantes – cuestión que excede ampliamente esta obra-, el aficionado puede volcarse a las publicaciones de Meabe en internet, sobre casos en de derecho y justicia del más fuerte en Homero, Juicio a Sócrates, etc.

H) CONCLUSIÓN NUESTRA, CONCEPTOS E INDICADORES EN MEABE

- Justicia:
 - Lo que conviene al más fuerte.
 - Imposibilidad racional.
 - Contrarbitraje:
 - Seguridad en la resolución.
- Derecho:
 - Poder / Dominio:
 - Detenta el individuo más fuerte (Fuerza):
 - Predomina el numero (mayoría).
 - Oprime la minoría.
 - El mejor dotado, excelente o superior, más sabio o mejor calidad.
 - Se logra con la Lucha / Guerra.
 - La retórica como instrumento.
 - Obtiene poder y dominio hegemónico.
 - Determina el contraderecho.
 - Determina el saber, el saber del poder.
 - Intereses materiales hegemónicos.

- Predomina el deseo.
- El interés oculto.
- Contranormativo:
 - Como mecanismo autoritario de legitimación.

III. PROPUESTA TEÓRICA-DISGREGACIÓN DE CONCEPTOS PARA SU APLICABILIDAD

Habiendo sido más que suficiente el análisis de la teoría del derecho y la justicia del más fuerte por Meabe, resulta innecesario volver sobre un análisis contextual, económico, social y político, de los diálogos Platónicos en donde se inscriben Trasímaco y Calicles, problemática que ya fuera acabada de forma erudita por Meabe, y cuyo objetivo excede el presente trabajo, aquí solo vamos a disgregar los conceptos que consideramos pertinentes para el estudio de caso en la actualidad.

A) TRASÍMACO

“Afirmo que lo justo no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte”.¹⁶ La discusión central esta en definir que es lo justo, que es la justicia, nosotros teniendo preconcebido que la justicia no existe en si misma, sino que solo existe por definición previa del sujeto cognoscente, (Montenegro Stoianoff, ¿Qué es la justicia?) podríamos rápidamente comprender que la discusión no llegaría a ningún puerto, salvo caso que los personajes en el dialogo argumente buscando algún consenso de definición del termino. Pero Trasimaco esta dispuesto a encontrar la justicia en la realidad misma, en los hechos, que no es otra cosa que la disposición de la fuerza a la construcción del derecho.

¹⁶ PLATÓN, *Diálogos II-IV*, Madrid, Biblioteca Gredos, 2015, p. 76.

En todos los estados es justo lo mismo: lo que conviene al gobierno establecido, que es sin duda el que tiene la fuerza, de modo tal que, para quien razones correctamente, es justo lo mismo en todos lados, lo que conviene al más fuerte.

(...)

“De modo tal que, como afirmé desde un principio, declaro que es justo hacer lo que conviene al más fuerte.”¹⁷

Una vez que Sócrates comprende la justicia como fuerza natural que expresa Trasímaco, continúa dudando respecto al termino conveniencia, no puede comprender como puede convenir al más fuerte, y si siempre convendría al más fuerte hacer la justicia con la fuerza o si podría haber casos que este medio no llegaría a hacer el bien al más fuerte, sino que podría traer penuria.

En nuestra opinión lo que no comprendería Sócrates, y que también hace dudar al Trasimaco, es el hecho de que no interesa para la justicia del más fuerte que el resultado final de su aplicación traiga beneficios o desgracias para el fuerte, lo único que interesa es el interés del sujeto que intenta hacer justicia del más fuerte, el objetivo es el interés en si mismo, indiferentemente si ese interés podría ser valorado luego como algo bueno o malo para el sujeto fuerte, quien impone el derecho. “En efecto, los que censuran la injusticia la censuran no por temor a cometer obras injustas, sino por miedo a padecerlas. De este modo, Sócrates, la injusticia, cuando llega a serlo suficientemente, es más fuerte, más libre y de mayor autoridad que la justicia; y tal como dije desde un comienzo, lo justo el lo que conviene al más fuerte, y lo injusto lo que aprovecha y conviene a si mismo.”¹⁸

Aquí se revela otro gran paradigma del interés en la conducta del hombre, y su automática relación entre los intereses opuestos, lo que para algunos es justicia, para otros es una injusticia, para lo que algunos es provecho para otros es desgracia. De esto se desprende el relativismo jurídico y la justicia, pero lo más importante

¹⁷ PLATÓN, *op. cit.*, pp. 77-80.

¹⁸ *Ibidem*, p. 86.

que nos expresa Trasímaco es el hecho de afirmar que las personas (débiles) no actúan de forma justa por creer lo mejor para si mismas y para los demás, que surja de su interés personal, sino por temor, intentan actuar de forma justa por miedo, miedo al incumplimiento por los otros sujetos (los fuertes), el débil necesita actuar a través de intereses sociales, intereses que beneficien a todos en lo máximo posible, ya que si renuncia a los predicados sociales, e intenta imponer sus intereses propios se ve confrontado con sujetos más fuertes y capaces de ganarle la lucha, lo que les podría traer más penuria.

“Probablemente, mi gracioso amigo, puesto que digo que la injusticia da provecho y la justicia no”.¹⁹ Trasímaco razona así porque esta viendo los beneficios de la injusticia en el sujeto más fuerte, y no así, tampoco ve los beneficios que antes había mencionado en el débil cuando actúa de forma justa para salvar su seguridad ante la imposición del más fuerte.

Sócrates concluye diciendo: “Por consiguiente, el injusto luchar para aventajar al hombre injusto y a la acción injusta, de modo de lograr mucho más que todos (...) Afirmemos esto, entonces: el justo no tratara de aventajar a su semejante, sino a su contrario; mientras el injusto tratara de aventajar tanto a su semejante como a su contrario”.²⁰

Lo que sucede en la conclusión de Sócrates, esta muy asemejado a lo que veremos luego con Ihering, en el interés de la conducta humana, cuando el interés este puesto en el beneficio de una tercera persona, no es otra cosa que abnegación, y esta conducta no significa renunciar a los intereses personales, sino simplemente reconocer que nuestro interés propio puede estar determinado en beneficiar a un tercero, lo cual hace a nuestro fin propio.

En nuestra opinión a partir de este punto el diálogo se vuelve a volver oscuro y ambiguo, tampoco podemos extraer conceptos importantes para el estudio de caso, solo cabria citar el cierre del

¹⁹ *Ibidem*, p. 92.

²⁰ *Ibidem*, pp. 93-94.

dialogo por Sócrates, lo que confirma nuevamente el relativismo al momento de conceptualizar la justicia: “En efecto, puesto que no se que es lo justo, mucho menos he de saber si es excelencia o no; ni si quien lo posee es feliz o infeliz”.²¹

B) CALICLES

En los diálogos de platón, más precisamente en el Gorgias 483d 484a, Calicle nos dice contestando a Sócrates: “(...) Pero, según yo creo, la naturaleza misma demuestra que es justo que el fuerte tenga más que el débil y el poderoso más que el que no lo es. Y lo demuestra que es así en todas partes, tanto en los animales como en todas las ciudades y razas humanas, el hecho de que de este modo se juzga lo justo: que el fuerte domine al débil y posea más...”²²

Este fragmento del dialogo es la primera aproximación a la discusión sobre el derecho del más fuerte, el derecho natural y el derecho positivo (la ley, la normatividad positiva). En este primer párrafo transcrito Calicles hace mención al derecho natural, a lo que la naturaleza del hombre le demanda al mismo ser humano, y que usualmente se encuentra en contradicción con lo que la ley (orden normativo de una determina ciudad legislado y regulado por el hombre) dice y ordena hacer, el deber ser positivo. Seguidamente Calicles remata con un ejemplo de la guerra en su época: “(...) En efecto, ¿en qué clase de justicia se fundo Jerjes para hacer la guerra a Grecia, o su padre a los Escitas, e igualmente otros infinitos casos que se podrían citar? Sin embargo, a mi juicio, estos

²¹ *Ibidem*, p. 103.

²² *Ibidem*, p. 81.

obran con arreglo a la naturaleza de lo justo, y también, por Zeus, con arreglo a la ley de la naturaleza”²³

La contradicción entre lo que emana el derecho natural con lo que ordena el derecho positivo es patente en los casos de guerra, confrontación de intereses entre ciudades a las cuales le rige distintos ordenes jurídicos positivos (ley positiva), hasta inclusive estas mismas se podrían contradecir y no únicamente con el derecho natural. Calicle nos dice que este accionar contradictorio no solo es conforme al derecho natural, sino también a lo justo desde la óptica de la naturaleza. El derecho positivo en este tipo de guerra, o frente a cualquier tipo de confrontación de intereses entre ciudadanos, hasta inclusive dentro de un mismo ordenamiento normativo, cuando el interés en el ciudadano tiene determinada relevancia y fuerza, el derecho positivo no puede con el, queda marginado y florece el derecho natural por sobre el derecho positivo:

(...) Sin duda, no con arreglo a esta ley que nosotros establecemos, por la que modelamos a los mejores y más fuertes y por medio de encantos y hechizos los esclavizamos, diciéndoles que es preciso poseer lo mismo que los demás y que esto es lo bello y lo justo.

“Pero yo creo que, si llegara a haber un hombre con índole apropiada, sacudiría, quebraría y esquivaría todo esto, y pisoteando nuestros escritos, engaños, encantamientos y todas las leyes contraías a la naturaleza, se sublevaría y se mostraría dueño este nuestro esclavo, y entonces resplandecería la justicia de la naturaleza.”²⁴

Este es un momento intelectual determinante para la ciencia del derecho, queda la discusión histórica, la cual pocas veces volverán sobre ella los intelectuales del derecho en la historia de la humanidad. Lo que deberíamos hacer nosotros ahora es disgregar

²³ *Ibidem*, p. 81.

²⁴ *Idem*.

su estudio, y así poder aplicar la teoría a casos concretos de la actualidad.

En primer orden, se puede disgregar del diálogo en análisis, la mención de sujetos y sus conductas en interferencia (los sujetos que confrontan en derecho). En segundo orden, el interés de los sujetos, su finalidad (desde el derecho natural o derecho positivo). Tercer orden, la resolución de conflicto y la nueva creación normativa, el derecho positivo del más fuerte, un vencedor, quien impone el nuevo derecho y un perdedor quien ve perdido su derecho o no logra alcanzar su nuevo derecho que intenta-, el más fuerte es llamado vencedor del derecho quien puede conservar o conquistar nuevos derechos y el perdedor es llamado por oposición el débil -quien puede ser arrebatado de su derecho o no conseguir la conquista del nuevo derecho-. De esto nos habla Bobbio,²⁵ pero en un contexto de guerra internacional, nosotros coincidimos, pero también lo aplicamos a la situación de guerra civil que se vive dentro de la sociedad en la lucha por el derecho de Ihering. Welzel parece que tenía bien en claro este orden cuando nos habla de derecho y poder,²⁶ lo único que no menciona el autor es el interés del sujeto quien crea la contranorma, para luego ser coactiva y dar seguridad tanto al súbdito como al fuerte. Cuarto orden, la justicia material del derecho del más fuerte, no interesa que exista un tercero como mediador para resolver el conflicto –esto se puede observar en el antiguo derecho germánico,²⁷ consiste en la eficiencia del derecho del más fuerte, indistintamente si gana o pierde quien fuera en un momento histórico considerado débil o fuerte frente a la imposición de un determinado derecho, esta lucha sería solo justa desde el punto de vista del derecho natural y la justicia y

²⁵ Cfr. BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, España, Gedisa Editorial, 2000, pp. 106-107.

²⁶ Cfr. WELZEL, H., *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Buenos Aires, BdeF editorial, 2013, pp. 47 y ss.

²⁷ Cfr. FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 2011, p. 70.

derecho del más fuerte, y desde el punto de vista de esta teoría no podría ser justo de otra forma, ni por derecho divino, ni por ley positiva que lo reconozca. Lo interesante de la teoría del derecho del más fuerte, es precisamente el tercer punto de análisis, el tercer orden, que si hay solo un vencedor por lo tanto hay un perdedor del derecho, lo cual llevaría a la conclusión de la falsedad ideológica de la expresión moderna y antigua del “bien estar general” en el derecho positivo de una determinada ciudad. La expresión vicia no solo por su generalidad en la proposición sino también por su imposibilidad física (real y natural), sería como que el médico dentro de la ciencia de la medicina proponga al paciente, le prometa mediante un contrato de salud, la cura a la muerte (por imposibilidad natural). De la misma forma la constitución nacional o ley positiva que prometa a todos los ciudadanos, la promoción normativa del bien estar general, sería una mentira aberrante, de imposibilidad natural.

Los actores están determinados en el primer ejemplo de Calicles con la mención a Jerjes y a los griegos, dos bandos con intereses distintos, y la resolución de un conflicto con un solo vencedor. Si bien, estos ejemplos de la época sobre el derecho del más fuerte están dados dentro de un contexto de derecho internacional (guerra entre ciudades con distintos ordenes jurídicos), la guerra como conflicto de intereses y uso de la fuerza, para la conquista de un determinado derecho sobre alguien o algo, no solo se da en el derecho internacional y por lo tanto solamente cuando se discute dos ordenamientos jurídicos de sociedades culturales distintas que disputan el poder, sino que también se da dentro de un mismo ordenamiento jurídico, dentro de una sociedad culturalmente organizada, donde el ciudadano civil lucha permanentemente por la conquista y/o conservación de un determinado derecho ganado históricamente, y donde los mecanismos de la desobediencia civil son muchas veces el método por el cual el héroe del mañana es aplaudido por la conquista del derecho a un determinado grupo civil dentro de la sociedad.

C) IHERING-EL PROBLEMA DEL INTERÉS EN LA CONDUCTA HUMANA

De esto último nos hablaba Ihering, ya en la modernidad cuando nos dice: “En este sentido no vacilamos en afirmar que la lucha que exige el derecho para hacerse práctico, no es un castigo, es una bendición”.²⁸

Lo interesante de Ihering y por lo cual lo inscribimos dentro de este capítulo a la justicia y derecho del más fuerte, es por su concepción del derecho como una lucha (obra la lucha por el derecho) y como un fin (obra el fin en el derecho), sin embargo, de ninguna manera estamos afirmando que Ihering halla desarrollado o pensado una teoría del derecho del más fuerte. Para nuestro estudio, dentro de la disgregación que hicimos más arriba, podríamos decir que estos aspectos se encuentran en el segundo orden, la intención de los actores, por lo cual, es sumamente importante desarrollar este pensamiento teórico.

No nos extenderemos demasiado sobre su obra la lucha por el derecho, la cual ya fuera analizada, en el trabajo que antecede a este ¿Por qué la participación ciudadana? (Montenegro Stoianoff, 2014), aquí solo analizaremos la obra el fin en el derecho, cuando ya se hubiera alejado de la corriente historicista de Savigni e internado en el pensamiento de la lucha por el derecho y la finalidad en el derecho: “La ley de la finalidad. Esta se formula en la siguiente regla: no hay querer sin un fin”.²⁹

La primera parte de la obra está dirigida a fundamentar el interés humano en su conducta, para esto analiza la conducta de los seres vivos, como la del hombre y el animal, y contrasta con los objetos sin vida, como una simple piedra, los primeros rigen su conducta de forma teleológica, con una finalidad, mientras los segundos al no tener razonamiento se rigen por las leyes de la

²⁸ Cfr. VON IHERING, R., *La Lucha por el Derecho*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1974, p. 19.

²⁹ VON IHERING, R., *op. cit.*, p. 11.

causalidad. Ihering tambi3n discute y fundamenta cuestiones sobre la conducta humana de personas insanas, quienes no tendrían voluntad de actuar y por lo tanto una finalidad, pero el autor niega que este tipo de conductas no tengas finalidad, como tambi3n niega que los animales actúen sin finalidad, todo ser vivo que actúe en forma pensante para proponerse y alcanzar sus intereses, por más elementales que sean y de supervivencia, actúan con finalidad, y esa finalidad es su interés.

Este interés, hablando particularmente ahora del ser humano, no seria otra cosa que una emoci3n egoísta del ser humano, desde el punto de vista de la sociedad, y esto tambi3n intentara fundamentar el autor. Si esto fuera así, como podría sobrevivir el mundo inmerso en un egoísmo: “Porque el egoísmo lo quiere todo para si. Pero el mundo lo toma a su servicio y le paga el salario que reclama. Lo interesa en sus fines y desde luego esta seguro de su concurso”.³⁰

El interés egoísta es propio de la naturaleza humana, y el mundo socialmente hablando solo responde al mismo. El estado de derecho solo esta formado para lidiar y defender a este interés egoísta. “El delincuente no se cuida del fin del Estado o de la sociedad, lo que le inspira su crimen es su fin propio únicamente, su pasi3n, su maldad, su avives, en una palabra, su interés”.³¹

El estado de derecho solo existe como una retroalimentaci3n del efecto natural del interés egoísta humano, no podría vivir uno sin el otro. “La naturaleza, el estado, el individuo aseguran su imperio sobre el egoísmo por la identificaci3n de los fines y de los intereses opuestos”.³²

Lo interesante de esta ultima cita es la palabra “intereses opuestos”, ya que los mismos podrían bien llevar a un acuerdo entre partes en disputa, las cuales no necesariamente se verían como ganadores o perdedores, lo que veremos más adelante, o podrían

30 *Ibidem*, p. 22.

³¹ *Ibidem*, p. 27.

³² *Ibidem*, p. 28.

llevar a una lucha que concluya necesariamente con un perdedor y un ganador, lo que nos llevaría a la resolución de la teoría de la justicia y derecho del más fuerte.

Pero lo que al autor en análisis le interesa en su obra no es exactamente lo que a nosotros nos interesa sobre la resolución del conflicto en un ganador y un perdedor del derecho, sino sobre el interés egoísta y el interés desinteresado (abnegación), lo segundo parece una contradicción, pero el autor nos hace ver la existencia del interés incluso en la abnegación, en la acción desinteresada: “No contradice la ley de la voluntad, la ley de finalidad cuya existencia hemos probado. La abnegación hace querer también una cosa futura; pero en ella el hombre no quiere para si mismo, quiere para otro”.³³

Esta disgregación en el estudio de su obra, le fue clave para avanzar en el fin del derecho, ya que como veremos más adelante, el autor buscara explicar los fines personales y los fines sociales, para luego concluir con una teoría de la moralidad que concuerde con tales fines.

La abnegación entonces no pierde el interés del sujeto, sino que ese interés resulta ser distinto al interés el egoísta, en este ultimo el interés es personal y existe una ganancia personal que nos determina una balanza positiva, por lo tanto, es subjetivo; en el primero el interés es en beneficio de un tercero y la balanza puede ser negativa, pero de todos modos lo lleva a cabo por un sentimiento de placer en beneficio de un tercero:

Experimenta una satisfacción de desprovista de toda personal preocupación; es el resultado, el bienestar de otro, lo que le regocija.

“En el acto egoísta lo que se da esta compensado, en la medida de los cálculos humanos, por lo que se espera recibir. En el acto desinteresado, el equilibrio se ha roto con frecuencia en grado tal que desde el punto de vista del egoísmo se hace incompresible”.³⁴

³³ *Ibidem*, p. 29.

³⁴ *Ibidem*, pp. 32-33.

Lo que interesa de los actos desinteresado interesa para comprender la moral, y la ética del derecho, remedios temporales para lograr un mejor bienestar social, y por sobre todo interesa porque previamente reconoce el poder del interés egoísta que mueve al ser humano en su accionar cotidiano, lo que confirma el segundo orden de nuestra hipótesis sobre la disgregación del estudio de la justicia y derecho del más fuerte.

La falta de estudio sobre el interés, en el estudio del derecho, fue la ceguera de los juristas en sus teorías sobre el derecho, lo mismo que el físico estudiando física con teoría clásica, sin la tecnología apropiada para estudiar los átomos y comprender la física desde la teoría cuántica. De acá radica la importancia de este autor con su obra el fin en el derecho, y la disgregación analítica que hace del interés humano y su estudio. Primero se debe comprender el interés egoísta humano en la creación de la justicia y derecho del más fuerte, para luego poder comprender las soluciones que se intenta implementar para evitar que exista un débil en el derecho, estas soluciones no son otra cosa que la moral del derecho, y las teorías de la ética que se trataran el tema, –cuestión que excede el presente trabajo– pero lo que quedaría claro es que estas últimas teorías no podrían negar la existencia del interés egoísta en la creación del derecho, y por lo tanto, la posible y natural resolución de la justicia y derecho del más fuerte.

Felipe Heck fue un jurista quien, continuando con la idea de Ihering sobre el interés, va a desarrollar su teoría de la jurisprudencia del interés. Heck en su conferencia que luego fuera escrita en libro el problema de la creación del derecho, primero critica a Ihering, pero lo critica porque todavía lo considera inscripto en el movimiento histórico y dentro de su teoría de la jurisprudencia de conceptos: “A pesar de la autoridad de Ihering, y a pesar también de la amplia aplicación que ha tenido el procedimiento descrito- y sigue teniendo aun hoy- esta fuera de duda que sea corporeización de los conceptos jurídicos y su utilización así corporeizados deben rechazarse”.

Pero lo que rescata, que es lo más importante, es la idea del fin, el interés, ya que el autor que ahora seguimos necesita consolidar el interés, pero en la jurisprudencia, de ahí que considere el valor de Ihering, como también lo hicimos nosotros, en rescatar nuevamente el concepto de interés en el derecho.

Heck por lo tanto, intenta fundamentar el derecho desde la óptica de la eficacia del derecho, que solo se puede desarrollar a través de la jurisprudencia, no niega la legislación como derecho, solo que no la considera relevante, porque lo que es relevante, es el interés de la jurisprudencia que se desarrolla por medio del análisis legal que tiene que hacer el juez sobre la finalidad de la norma, tendría que interpretar la voluntad del legislador en la norma, el interés que esconde esa norma. “El legislador quiere sentar preceptos para el futuro. Pero el futuro no es absolutamente previsible, perceptible. La complejidad de la vida moderna es casi infinita”.

Considera que el legislador no puede prever todo en la norma respecto a los casos del mañana, por lo tanto, lo importante es la voluntad del juez, por medio de una interpretación teleológica de la norma para completar las lagunas del derecho.

Lo interesante de la teoría del autor que seguimos, radica en el análisis que hace sobre la valorización y conceptualizaciones del interés, que seguidamente desarrollaremos, pero en lo que no estamos de acuerdo, es en que la jurisprudencia del interés sea la única creación del derecho, para nosotros es solo una forma más en la creación del derecho, una fuente más del derecho, importante por las razones expuestas y la eficacia del derecho, pero no la única. Podríamos decir que es contradictorio hablar de la creación del derecho en la jurisprudencia del interés, si la misma actividad consiste en desentrañar los interés en la creación de la norma por el legislador, estaríamos confirmando nuevamente la creación del derecho por el interés del legislador, más allá de que tal norma sea eficaz o no el día de mañana, el impulso creador del legislador en los intereses sociales precede a toda interpretación del juez, negarle importancia es por lo tanto, negarle importancia a la interpretación del juez, quien debería interpretar algo que

carece de relevancia. “No obstante, al hacerlo no debe preceder según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e intereses vitales que están en el fondo de la norma legal”.

Solo rescatamos de la teoría de la jurisprudencia de interés, el estudio del interés, lo cual valoramos de Heck, no encontraremos por otro lado ninguna fundamentación y/o estudio de la justicia y derecho del más fuerte, el autor no nos habla del interés como posible resolución de un conflicto con tendencia hacia lo justo o injusto.

De una ley cualquiera se podría preguntar el juez sobre determinadas nociones y clases del interés al momento de concebirse la normal: “La característica peculiar de esta tendencia consiste en que utiliza como conceptos metódicos auxiliares el concepto de interés y la serie de nociones que están en conexión con el: estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses, etc (...)”

Utilizamos pues, la palabra interés para designar cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura y sin tener en cuenta la naturaleza espacial del objeto deseado: hablamos hoy no solo de intereses materiales, sino también de intereses ideales, religiosos, nacionales, éticos”.

Lo que el autor llama disposición reivindicativa, son las conductas humanas con finalidades, intereses, deseos, las cuales no se pueden ser observadas por el juez, las mismas son plasmadas en la norma positiva, la cual sería luego interpretada por el juez.

Lo que resulta sumamente interesante para nuestro estudio, son estas conductas humanas con finalidad para la creación del derecho, lo que nosotros lo ubicamos en el segundo orden de nuestra disgregación para el estudio, el interés. Nosotros, recordando, hablamos también en el primer orden el estudio de la conducta, luego el interés en segundo orden y por último la normatividad y eficacia, jurisprudencia, que expresaría la justicia y derecho del más fuerte o la justicia y derecho del interés justo, según nuestra hipótesis.

El salto que hicimos desde la antigüedad, con la cita a los clásicos hasta la edad moderna, se da por la razón que el tema no puede ser tratado en la edad media, autores como san Agustín, o Santo Tomás, clásicos de la época medieval, no tratan el derecho y la justicia del más fuerte desde la óptica teórica que aquí se analiza, donde descartamos cualquier insinuación teológica. Lo mismo sucede con los diálogos de Platón que no fueran de la época socrática o la presocrática.

D) COSSIO-LA CONDUCTA HUMANA, EL OBJETO DEL DERECHO Y EL PROBLEMA EN RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DERECHO Y JUSTICIA DEL MÁS FUERTE

Acabamos de analizar el interés de la conducta humana en primer termino, para ahora abocarnos al problema de la conducta, el orden de análisis fue puramente lógico, ya que primero consideramos al hombre en tanto que ser pensante, movido por el interés, y luego al estudio de su conducta.

No se puede tratar este tema, y desde la óptica que seguimos, desde el estudio de las ciencias del derecho, sin analizar la teoría Egologica, estudio magnifico acabado por el erudito maestro Carlos Cossio. Si bien el autor que seguimos estudia la conducta en el derecho, no quiere decir –por el hecho de que aquí la suscribimos– que el autor trató la teoría del derecho y la justicia del más fuerte. Como veremos su teoría esta focalizada a desmáscarar la falsedad del derecho visto como una ciencia que estudia un objeto ideal –la norma– y volcar su objeto de estudio a su realidad intuitiva –la conducta–, sin caer y precisando los limites tanto de la sociología jurídica, filosofía y la cultura jurídica.

Nosotros por otro lado, lo suscribimos en este análisis, porque creemos acertado su teoría en relación con el objeto del derecho, –la conducta en interferencia intersubjetiva– sumamente importante para nuestro análisis propio en la fundamentación material de la participación ciudadana dentro de la teoría general del derecho. Más arriba, en la disgregación que hicimos, dijimos que

la conducta humana la tomamos como de segundo orden para entender la creación del derecho y el derecho positivo.

Resulta para nosotros acertado la conducta en su interferencia intersubjetiva, –su fundamento trascendental que deviene de Kant, pasando por el fenomenológico de Heidegger y luego Husserl– como objeto del derecho, con la salvedad que nos diferencia de Cossio en que este parte de la conducta como significación o concepto de la norma, no pudiendo explicar así la creación del derecho, las revoluciones, desobediencias civiles y la teoría y derecho del más fuerte. Nosotros profundizamos la conducta en su interés, y la precedemos a la norma, para nosotros la conducta primero crea la norma de interés y luego la norma significa también a una conducta de estudio. Dando se de esta última forma un doble poder de la conducta: externo de creación del derecho e interno de significación de la norma. Esto último no significa caer en la sociología jurídica, o en la cultura jurídica; esto último significa que podemos comprender la norma en toda su expresión, que podemos comprender realmente cual fue su finalidad originaria, su eficacia actual y su eficiencia en la resolución de los conflictos. Solo así se puede ver su horizonte normativo o contranormativo, arbitral o contrarbitral.

Esto nos dice el autor al respecto de la teoría Egológica: “Para la teoría Egológica, en cambio, la norma no es el objeto, sino la significación o concepto expresado por el texto. Y el objeto que a ella corresponde es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, de modo que el derecho, al igual que en cualquier ciencia de realidades, hay una intuición sensible que capta precisamente, el objeto, porque la conducta humana es un hecho perceptible como tal”³⁵.

La grandeza de Cossio fue sin lugar a duda demostrar de forma erudita e irreplicable en su gran obra, la falsedad del positivismo, que enuncia el objeto del derecho a la norma, y que-

³⁵ COSSIO, C., *La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, pp. 201-202.

da todo el orden jurídico en una nebulosa infundada, o fundada en si misma, lo cual resulta totalmente ilógico desde el punto de vista de una ciencia seria. Criticando a García Máynez nos dice: “García Máynez tendría que decir: todo texto legal no solo dice algo (la significación), sino que también lo dice acerca de algo (la norma)”.³⁶

El racionalismo puro del positivismo lleva a un sinsentido normativo. Para comprender la teoría Egologica se debe prestar atención en la intuición –método propio de las ciencias naturales– esta intuición siguiendo la teoría de su autor se logra a través del significado de la norma, la norma nos dice algo acerca de una determinada conducta, de alguien o algo, y esto se intuye directamente de la realidad. A diferencia de las ciencias naturales, en la ciencia del derecho se intuye las relaciones humanas, y estas relaciones humanas nos determina las características del derecho que se van a dar para el autor: experiencia humana como libertad y experiencia humana axiológica.

La experiencia humana axiológica es la determinación de los valores normativos por la conducta, el autor nos explica que en la norma misma yacen los valores, porque la norma significa conducta: “toda ley vivida, por ejemplo, es ella misma alguna justicia, alguna paz, algún orden, etc.”³⁷

Nosotros creemos que el autor en este punto axiológico no pudo fundamentar la postura que sobre la norma hay algún valor, esto también lo tornaría contradictorio. Si define al objeto del derecho como la conducta significada por la norma, lo primero no puede crear lo segundo, debería optar por nuestro punto de vista y de la teoría del derecho y justicia del más fuerte, el cual parte de la conducta y su intención en crear el derecho. Pero sostener esto segundo llevaría –como bien afirmamos nosotros– que los valores expresados en la norma son valores sesgados según el interés de los sujetos al momento de promover la creación de una determi-

³⁶ COSSIO, C., *op. cit.*, p. 204.

³⁷ *Ibidem*, p. 212.

nada norma. Lo que lleva irremediablemente a lo contranormativo y contrarbitrario. Contradicción de una axiología jurídica que justamente busca remediar estos efectos naturales del derecho.

Experiencia humana como libertad, significa para el autor la posibilidad del ser humano, la posibilidad de la conducta, y la mismidad de su fin a pesar de los momentos intermedios que la conducta debe recurrir, esto quiere decir que no interesan los momentos intermedios de la conducta sino su fin último: “Desde que en su heterogeneidad estos momentos aparecen como la creación de una misma libertad, los diversos momentos se han soldado en una común mismidad”³⁸

El autor nos habla de libertad, omite referirse a la intención o el interés como lo hacemos nosotros o la hizo Ihering. Hablar de intención es caer en un subjetivismo absoluto para el autor. Esto nos resulta interesante a nosotros, ya que para nuestra teoría la intención y el interés es fundamental en la lucha por el derecho. No negamos la libertad como elemento indispensable para lograr la plenitud del interés del sujeto, no negamos tampoco como bien dice el autor que resulta subjetivo la intención, pero tampoco obviamos a la misma. Hoy en día se cuenta con elementos metodológicos sumamente prácticos para determinar con altas probabilidades los intereses e intenciones escondidas detrás de la conducta del sujeto tendiente a la creación, eliminación o mantenimiento de una determina norma. Sin caer por ello, –como se explico más arriba– en la sociología jurídica.

Con respecto a esto último, –sobre la relación con la sociología jurídica y el deber ser– es el gran aporte que hace el erudito Dr. Carlos Cossio como para finalizar con el análisis de su teoría. El deber ser se encuentra en la cúspide de su pirámide, y el ser, –la conducta– en la base, una línea ascendente nos hace notar el estudio del derecho, por el contrario, una línea descendente nos hace notar la sociología jurídica. Los valores reconocidos por el derecho están en el deber ser, en la cúspide, pero su ideal se encuentra

³⁸ *Ibidem*, p. 221.

en el punto medio en relación con otra conducta y otro deber ser. Por esta razón expusimos al autor, y coincidimos plenamente en esto último, como método de entendimiento de las relaciones entre la norma y la conducta. No así para comprender cabalmente los resultados contranormativo y contrarbitrario que explica la teoría del derecho y justicia del más fuerte.

E) GOLDSCHMIDT-LA TEORÍA TRIALISTA Y EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA DIKELÓGICA EN RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DERECHO Y JUSTICIA DEL MÁS FUERTE

Parecería que este autor no interpreto cabalmente a Cossio, cuando enuncia en su obra *Trialista* a este último como doctrina sociológica. Tampoco creemos encontrar a Cossio en una posición de interpretación exclusiva de la conducta humana, toda vez que nos hace ver, su relación inmanente con la norma. A pesar de ello, el autor que ahora analizamos luego de pasar por una crítica de las teorías unidimensionales, y bidimensionales, expone su posición tridimensional. Pero antes de entrar al análisis de esto último, vamos a detenernos en un punto central que hace a nuestro estudio actual, las fuentes del derecho, la creación de la norma según este autor.

Coincidimos casi en su totalidad la posición que toma Goldschmidt con respecto a las fuentes del derecho, y en lo que a nosotros respecta, las fuentes materiales, que el autor también las menciona como fuentes reales: “La fuente real de la norma se encuentra en la materialidad de los hechos cuya captación lógica desde el punto de vista de un tercero permite deducirla.”³⁹

El autor, creemos, con este capítulo sobre la creación de las normás, prepara el terreno para explicar luego la interpretación de la norma de forma bidimensional, –voluntad de la conducta en su aspecto sociológico y normatividad como reparto autoritario dentro de las fuentes formales–.

³⁹ GOLDSCHMIDT, W., *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 217.

También analiza los casos de desobediencia, costumbre, revoluciones, donde sucede un salto de la fuente formal a la fuente real, –en esto también coincidimos y explica muchos problemás que otros autores como Cossio no pueden dar respuestas, este último recordamos se concentra en la significación de la norma que enuncia a la conducta– y la única forma de comprender el derecho en esta órbita es analizando las conductas de los sujetos, que no se explican por la significación de la norma, y lo que el autor llama la falta de respuestas por los repartos autoritarios –leyes, decretos, etc.–.

Ahora podemos entrar en el terreno de la interpretación de las normás según el autor que seguimos, y que también coincidimos, en los siguientes aspectos. El autor nos dice que una verdadera interpretación de la norma solo se da si tenemos en cuenta no solo el factor literal de la letra misma, sino también la voluntad de su autor, interpretación histórica, y esto en relación con la intención de finalista de sus autores, –lo que nosotros más arriba llamábamos interés del sujeto– el autor dice con respecto a esta voluntad: “Voluntad significa tanto intención como fin. Se podría, pues, hablar también de una interpretación voluntarista o intencional o finalista”⁴⁰

Hasta aquí coincidimos plenamente, pero la crítica vendrá –siguiendo nuestra postura– en la inobservancia de la lucha por el interés del sujeto, y de los aspectos contranormativos que surgen como vimos de la teoría del derecho y justicia del más fuerte. Creemos que estos aspectos no fueron estudiados porque lo que el autor propone, como tercera dimensión en su teoría es la justicia dikelógica, que vendría a resolver las injusticias normativas –justicia dikelógica– o lagunas normativas –lagunas históricas– y que para nosotros sigue sin poder responder el problema central, –la contranormatividad– que el autor encuentra la solución en el llamado sistema de repartos y fraccionamiento de la justicia, pero que nunca termina quedando claro como se darán esos repartos y

⁴⁰ GOLDSCHMIDT, W., *op. cit.*, 1987, p. 263.

esos fraccionamientos –cuestión ya planteada en el Calicles como vimos más arriba–.

En fin, todavía no queda claro como lograr esa tan añorada llamada justicia. “Laguna dikelógica, laguna histórica...: en ambas hipótesis procede la elaboración de una norma a fin de integrar el ordenamiento normativo, la cual, ella si, debe redactarse a la luz y al calor de la justicia”.⁴¹

F) CONCLUSIÓN, CONCEPTOS, INDICADORES Y VARIABLES DE NUESTRO ANÁLISIS

Resulta interesante ver que llegamos a un punto de vista global del derecho, y esto tiene su razón de ser. El crítico podría decir esto es filosófica del derecho o sociología del derecho, o podría decir son las tres cosas derecho, sociología jurídica y filosofía jurídica. Pero para nosotros, es ciencia jurídica en su mayor expresión, y porque no, teoría general del derecho, que hace a toda la comprensión última y fundamento mismo de la ciencia del derecho, su normatividad. No se puede comprender la normatividad, si no logramos ver su significación en los intereses de las conductas subjetivas en interferencia intersubjetivas, ya sea en el grado de eficacia normativa o eficiencia. A continuación, disgregamos los conceptos generales, indicadores y variables para el estudio aplicado de la normatividad, en casos puntuales de cualquier época y lugar.

- Primer Orden: Conducta en interferencia intersubjetiva: Conflictos entre conductas subjetivas, no interesa si existe un derecho positivo, ley escrita o tacita. Lo que interesa es el conflicto intersubjetivo de conductas humanas que ven la necesidad de dar solución, a cualquier precio, para lograr la convivencia social. Utilizamos el concepto de Cossio, si bien como ya se fundamento arriba, no lo aplicamos en toda su extensión y dimensión (para Cossio el derecho significa a la conducta, para

⁴¹ *Ibidem*, p. 280.

nosotros la conducta crea derecho primero y luego el derecho significa lo creado, por quien fuera creado).

Conducta en Interferencia Intersubjetiva:

- Hecho social.
 - Producto de las relaciones entre seres humanos.
 - Puede ser consciente o inconsciente del ser humano.
- Segundo Orden: Interés del sujeto: El sujeto a través de su conducta humana busca una finalidad, puede ser consciente o inconsciente, siempre es subjetiva y por lo tanto de difícil comprensión y estudio, pero lo que interesa es el contraste de esta conducta de interés en su interferencia intersubjetiva. Acá ya vemos relacionado el concepto de interés de Ihering y el concepto de interferencia intersubjetiva de Cossio, según aclaraciones más arriba.

Interés Subjetivo:

- El interés puede o no estar oculto.
 - El interés puede tener una finalidad propia o hacia un tercero.
 - El interés representa la lucha o guerra por la norma o contranorma.
 - Puede ser consciente o inconsciente.
- Tercer Orden: Resolución del Conflicto y Creación del derecho: En este orden lo que apreciamos fue la resolución de un conflicto material que lleva a la modificación o creación normativa –el derecho eficaz–. Los intereses de las conductas en relaciones de interferencia intersubjetivas llevan a la creación o modificación del derecho, y esto lleva a que sujetos pierdan sus intereses o otros ganen –salvo en casos excepcionales se puede encontrar una norma donde los pretendientes ganen– ganen desde el punto de vista de sus intereses. No importa el territorio, si se habla de ley escrita o consuetudinaria. Lo que interesa es la resolución en una norma o mejor dicho contranormativo –utilizando el concepto de Meabe–, según vimos

en los fundamentos de la teoría del derecho y justicia del más fuerte.

Contranormativo: Poder / Dominio:

- Detenta el individuo más fuerte (Fuerza):
- Predomina el numero (mayoría).
- Oprime la minoría.
- El mejor dotado, excelente o superior, más sabio o mejor calidad.
- Se logra con la Lucha / Guerra.
- La retorica como instrumento.
- Obtiene poder y dominio hegemónico.
- Determina el saber, el saber del poder.
- Intereses materiales hegemónicos.
- Predomina el deseo.
- El interés esta oculto.
- Es mecanismo autoritario de legitimación.

Normativo:

- Regulación de conductas de intereses justos determinados por las partes.
 - No oprime.
 - No detenta el individuo más fuerte.
 - No es autoritario.
- Cuarto Orden: Resolución del Conflicto y La justicia material del más fuerte. Es la fase de la eficiencia de la norma o contranorma, que llevara a la arbitrariedad o contrarbitrariedad – utilizando concepto de Meabe -, según vimos en la teoría del derecho y la justicia del más fuerte. Podemos decir que existe una imposibilidad lógica de pensar que de una contranorma aplicada en toda su expresión se llegue a una resolución de arbitrariedad y justicia, sino por lo contrario, lógicamente llevara a una resolución de contrarbitrariedad e injusticia.

Contrarbitrario:

- Lo que conviene al más fuerte.
- Imposibilidad racional.
- Seguridad en la resolución.

Arbitrario:

- Lo que conviene a las partes, sus intereses.
- Posibilidad racional, dialogo lógico.
- No debería existir la seguridad en la resolución, sino la satisfacción de las partes.

IV. CONCLUSIÓN, LA DINÁMICA DE LA GUERRA EN LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA NO FORMAL, POR EL DERECHO POSITIVO

Como se pudo apreciar, es sumamente importante la participación ciudadana no formal, para gestar un verdadero sistema normativo que no caiga en contranormatividad. También debería ser importante la participación ciudadana formal, pero como esta corresponde a mecanismos previamente normados, puede ocurrir –no siempre– que estén viciados desde su origen contranormativo, dando solo soluciones contrarbitrales e insertas en un sistema ya viciado originalmente. Aun así, no quita su importancia, simplemente consideramos de mayor valor científico las expresiones de conductas de intereses en interferencias intersubjetivas que surgen de manera informal en la sociedad.

La fundamentación de la participación ciudadana esta más que clara para un sistema social que busca un orden normativo que intente no caer en la contranormatividad, y por consiguiente conseguir el óptimo más próximo al bienestar general. Como se ve, puede comprenderse que la participación ciudadana es una herramienta feroz para quien no detenta el poder hegemónico, y quien se ve perjudicado en sus intereses sociales, siendo el débil en las relaciones de interferencias intersubjetivas expresadas por la contranorma y sus resoluciones contrarbitrales. Como también se vio, que el débil cuando adquiere poder hegemónico no significa que logro la normatividad perfecta y la justicia arbitral por excelencia, sino que, por el contrario, sea muy probable que los roles

se inviertan entre débil y fuerte, y se vuelva a generar una contranormatividad con sus respectivas resoluciones contrarbitrales.

La excelencia de la aplicabilidad de la herramienta de participación ciudadana solo se podría llegar a dar, en la búsqueda de los intereses de conductas en interferencia, que logren en sus relaciones conseguir los intereses más compatibles e iguales, –una norma de interés justo entre partes– cuestión casi imposible de crearse en una sociedad de miles de conductas de intereses totalmente heterogéneas y en conflicto permanente, como dice Maquiavelo “Porque los hombres cabe en general decir que son ingratos, volubles, falsos, cobardes y codiciosos...”⁴² Por lo tanto, esta herramienta puede ser utilizada para crear contranormas que respondan a intereses subjetivos o buscar un interés del bienestar social general, –normativo–. Todo lo cual solo se puede analizar comprendiendo el interés que la conducta en interferencia intersubjetiva nos quiere ocultar, al crear una norma o contranorma. Lo que veremos al final de la película solo será una guerra de los intereses de conductas en relaciones intersubjetivas, por el derecho o mejor dicho una guerra por la contranormatividad y la contrarbitrariedad. De esto trata la participación ciudadana en *última* instancia y la ciencia del derecho en su cruda realidad.

V. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, España, Gedisa Editorial, 2000.
- COSSIO, C., *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formás jurídicas*, México, Gedisa, 2011.

⁴² MAQUIAVELO, N., *El príncipe*, Madrid, Gredos, 2014, p. 26.

- GOLDSCHMIDT, W., *Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- PLATÓN, *Diálogos II-IV*, Madrid, Biblioteca Gredos, 2015.
- MAQUIAVELO, N., *El príncipe*, Madrid, Gredos, 2014.
- MEABE, J., *El derecho y la justicia del más fuerte. elementos básicos para una teoría crítica del derecho*, Corrientes, Instituto de teoría general del derecho, Facultad de derecho, UNNE, 1994.
- _____, *Siete lecturas sobre violencia, ilegitimidad y derecho del más fuerte*, Corrientes, Moglia Ediciones, 2010.
- MENZEL, A., *Calices contribución a la historia de la teoría del derecho del más fuerte*, México, Centro de estudios filosóficos UNAM, 1964.
- MONTENEGRO STOIANOFF V. ¿Por qué la Participación Ciudadana?, Corrientes, *Revista Cum laude*, Facultad de derecho, UNNE, 2014.
- VON IHERING, R., *La Lucha por el Derecho*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1974.
- _____, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978.
- WELZEL, H., *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Buenos Aires, BdeF editorial, 2013.

