CARLOS SANTIAGO NINO

Introducción al análisis del derecho

2ª edición ampliada y revisada
16ª reimpresión

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
CIUDAD DE BUENOS AIRES
2012

1ª edición, 1973.
2ª edición, 1980.
1ª reimpresión, marzo 1984.
2ª reimpresión, septiembre 1984.
3ª reimpresión, 1987.
4ª reimpresión, 1988.
5ª reimpresión, 1992.
6ª reimpresión, 1993.
7ª reimpresión, 1995.
8ª reimpresión, 1996.
9ª reimpresión, 1998.
0ª reimpresión, 2000.
1ª reimpresión, 2001.
2ª reimpresión, 2003.
3ª reimpresión, 2005.
4ª reimpresión, 2007.
5ª reimpresión, 2010.
6ª reimpresión, 2012.

© Editorial Astrea
de Alfredo y Ricardo Depalma srl
Lavalle 1208 - (C1048AAF) Ciudad de Buenos Aires
www.astrea.com.ar - info@astrea.com.ar

ISBN: 978-950-508-770-9

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

A la
memoria
de mi padre,
doctor Sadoc Nino

ADVERTENCIA

Este libro pretende ser una segunda edición de *Notas de introducción al derecho*, que se publicó en cuatro pequeños volúmenes entre 1973 y 1975 por la misma editorial.

Mi primera intención fue corregir muy poco de esa anterior edición, no porque no hubiera cambiado de idea sobre puntos importantes o no creyera que algunas cosas se pueden exponer mejor que como allí lo hago, sino porque, entre otras razones, me parecía que mi otro yo más juvenil (y tal vez más sensato) que escribió *Notas* tenía derecho a contar con su propio libro, que exprese algunas convicciones y entusiasmos que el tiempo ha ido alterando. Sin embargo, no pude contenerme de abusar del irritante privilegio que nuestro yo presente tiene respecto del pasado (y del futuro) y, al final, introduje en esta edición más cambios que los que había previsto originariamente.

La introducción es nueva. El capítulo I ha sufrido una substancial modificación al incluir un tratamiento diferente de la controversia "iusnaturalismo-positivismo jurídico", controversia que ahora considero mucho menos trascendente de lo que antes pensaba. El capítulo II casi no ha sido modificado. En cambio, el capítulo III es, en gran parte, nuevo; el tratamiento del tema de la validez es bastante más complejo que en la edición anterior, pero me parece que la relativa simplicidad de la exposición que allí hacía era engañosa, porque había distinciones relevantes que no tomaba suficientemente en cuenta. Los capítulos IV, V y VI han sufrido relativamente pocas modificaciones, aunque en el último de ellos se ha producido un importante cambio de énfasis acerca de la factibilidad de una ciencia del derecho (que refleja, debo confesar, mi creciente incomodidad ante la tenacidad de algunos juristas y filósofos del derecho por hacer de la teoría jurídica una Ciencia

—con mayúscula— mientras se despreocupan de algunas tareas más trascendentes que los juristas tradicionalmente han encarado). El capítulo VII es completamente nuevo; con él traté de atenuar lo que considero que era la más grave deficiencia de la edición anterior —que está, por otra parte, bastante generalizada en el medio iusfilosófico continental europeo, pero no en el anglosajón y, mucho menos, en el norteamericano— y que consistía en evitar la consideración de problemas valorativos relacionados con el derecho (el hecho de que este capítulo pretenda explorar territorios teóricos que no han sido suficientemente visitados por nuestros profesores de derecho, incluido este autor, explica su carácter más bien tentativo y el hecho de que se sugiera una extensa, aunque ciertamente incompleta, bibliografía complementaria sobre el tema).

Creo que esta nueva versión proporciona, en forma moderadamente satisfactoria, el bagaje conceptual básico con que debe contar quien se disponga a encarar el estudio del contenido y funcionamiento de un cierto sistema jurídico. Tal vez el profesor a cargo del curso de Introducción al derecho indicará que se prescinda de estudiar algunos pasajes, y la tipografía más pequeña de algunos párrafos está destinada a servir de guía en este sentido. Hay muchas formas de encarar una introducción al estudio del derecho; ésta es una introducción filosófica y no histórica o enciclopédica. Esto quiere decir que este libro también puede verse como una introducción a la filosofía del derecho y podría ser, eventualmente, empleado en la materia en cuestión, ampliando algunos puntos relevantes (se espera que la bibliografía sugerida sirva de ayuda para ello).

Esta edición tiene el agregado de preguntas y ejercicios que se plantean al final de cada capítulo; éstos están dirigidos a concentrar la atención de los estudiantes sobre algunas cuestiones importantes, a estimular su juicio crítico y a ayudarlos a advertir la necesidad de dar razones en apoyo de la posición adoptada. Las preguntas y ejercicios planteados tienen diversos grados de complejidad y es conveniente que el profesor haga una selección según el nivel del curso; para tranquilidad de los estudiantes, tengo que confesar que no sé cómo contestar algunas de esas preguntas.

Hay mucha gente a cuya influencia debo atribuir lo que de rescatable tenga este libro. Haciendo una selección muy económica debo mencionar que comencé a enseñar Introducción al

derecho con Julio C. Cueto Rúa, de quien aprendí, entre muchas otras cosas, que el estudiante debe ser desengañado lo más pronto posible de su esperanza de contar con una serie de fórmulas que resuelvan de modo definitivo y concluyente todas las dificultades. El provecho intelectual que pude haber obtenido realizando tareas docentes y de investigación junto a gente como Jorge A. Bacqué, Eugenio Bulygin, Genaro R. Carrió y Ernesto F. Garzón Valdés debe resultar obvio a quienes están interesados en saberlo. Pero debo un reconocimiento especial a Carlos E. Alchourrón, quien ha leído los originales de esta versión y me ha hecho observaciones que, como siempre, ponen de manifiesto tanto la agudeza de su inteligencia como su actitud abierta a la discusión crítica. También me han hecho valiosas sugerencias Olga Bruera, Rolando Chirico, Ricardo Guibourg y Marcela Olózaga. Debo expresar, finalmente, mi agradecimiento por la forma admirable en que han cumplido tareas de edición y mecanografiado, a las señoras Eva Dietrich y Liliana Ungar.

CARLOS SANTIAGO NINO

ÍNDICE GENERAL

Advertencia VII

INTRODUCCIÓN

EL CONTEXTO DEL DERECHO

..... 1

CAPÍTULO PRIMERO

LA DEFINICIÓN DE DERECHO

1. La pregunta "¿qué es el derecho?" 11
2. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico 16
   a) El escepticismo ético 30
   b) El positivismo ideológico 32
   c) El formalismo jurídico 36
   d) El positivismo metodológico o conceptual 37
3. El planteo del realismo jurídico 44
   a) El escepticismo ante las normas 44
   b) Examen crítico del realismo. El papel de las normas jurídicas 46

Preguntas y ejercicios - I 51

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA

1. El lenguaje prescriptivo 63
2. Las normas en la teoría de von Wright 67

a) Caracterización general 67
1) Las reglas definitorias o determinativas 67
2) Las directivas o reglas técnicas 68
3) Prescripciones 68
1) Normas ideales 69
2) Costumbres 69
3) Normas morales 70
b) Las normas prescriptivas y sus elementos 70
1) Carácter 72
2) Contenido 73
3) La condición de aplicación 76
4) Autoridad 76
5) Sujeto normativo 77
6) La ocasión 77
7) La promulgación 77
8) La sanción 78
3. La teoría de Kelsen respecto de las normas jurídicas ... 78
a) Las normas jurídicas como juicios de "deber ser" .. 79
b) La estructura de las normas jurídicas 81
c) Clases de normas jurídicas 82
d) El caso de las normas que no disponen sanciones ... 85
e) Norma jurídica y proposición normativa 87
4. Críticas a la concepción de Kelsen sobre la estructura de las normas jurídicas 88
1) Reglas primarias 91
2) Reglas secundarias 91
a) Reglas de reconocimiento 91
b) Reglas de cambio 92
c) Reglas de adjudicación 92
5. Sobre la existencia de las normas jurídicas 93
Preguntas y ejercicios - II 97

CAPÍTULO III

EL SISTEMA JURÍDICO

1. Los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos 101
a) Los sistemas jurídicos como sistemas normativos . 102
b) Los sistemas jurídicos como sistemas coactivos ... 102
c) Los sistemas jurídicos como sistemas institucionalizados 105

d) Los órganos primarios de los sistemas jurídicos 108
e) La obligación de los órganos primarios de aplicar normas y la regla de reconocimiento de Hart 110
2. Criterios de pertenencia y de individualización 113
a) La pertenencia al sistema de normas derivadas .. 114
b) La pertenencia al sistema de normas no derivadas. Diferentes criterios de individualización 118
1) El criterio territorial 118
2) El criterio del origen en cierto legislador 119
3) El criterio de la norma fundamental 121
4) El criterio basado en la regla de reconocimiento 123
5) El criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios 127
3. La validez y la existencia del derecho 132
a) Diferentes sentidos de "validez" 132
b) Los conceptos normativo y descriptivos de validez .. 134
c) El concepto de validez de Kelsen 135
d) La existencia de las normas como concepto descriptivo 139
4. La relación de un sistema jurídico con el derecho internacional 142
5. El cambio regular de la base de un sistema jurídico 145
6. La estructura de los sistemas jurídicos y los procedimientos de creación de normas 148
a) Las fuentes del derecho 148
b) El orden jerárquico de las normas que integran un sistema jurídico 153
Preguntas y ejercicios - III 157

CAPÍTULO IV

LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO

1. Introducción. La teoría de los conceptos jurídicos básicos 165
2. El concepto de sanción 168
a) La coerción es distintiva de la actividad de sancionar 168
b) La sanción tiene por objeto privar a otro de algún bien 169
c) La sanción se ejerce por una autoridad competente 170
d) La sanción es consecuencia de una conducta 171
3. El concepto de acto antijurídico (delito) 173
a) La definición de Kelsen 173

b) La definición de "delito" en la dogmática penal 178
c) Comparación entre la definición de "delito" formulada por la dogmática y la de Kelsen 182
4. El concepto de responsabilidad 184
a) Diferentes sentidos de "responsabilidad" 184
b) Clases de responsabilidad 187
5. El concepto de deber jurídico 190
6. El concepto de derecho subjetivo 195
a) Los derechos subjetivos en general 195
1) "Derecho" como equivalente a "no prohibido" . 198
2) "Derecho" como equivalente a autorización 201
3) "Derecho" como correlato de una obligación activa 202
4) "Derecho" como correlato de una obligación pasiva 203
5) "Derecho" como acción procesal 204
6) Derecho político 206
b) El derecho de propiedad en particular 209
7. Capacidad jurídica y competencia 217
a) Capacidad 217
b) Competencia 222
8. El concepto de persona jurídica 224
1) Teorías "negativas" 227
2) Teorías "realistas" 227
3) La teoría "de la ficción" 228
4) La teoría de Kelsen 228
5) El enfoque más plausible: la persona jurídica como una construcción lógica 231
Preguntas y ejercicios - IV 237

Capítulo V

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. Introducción 245
2. Algunos aspectos del lenguaje que hablamos 248
a) Las palabras y su relación con la realidad 248
b) El significado de las palabras 251
c) Las oraciones y las proposiciones 256
3. Los problemas de interpretación del lenguaje jurídico .. 259
a) Ambigüedades 260

b) Imprecisiones 264
c) La carga emotiva del lenguaje 269
d) La fuerza de las oraciones 270
e) Dificultades en la promulgación de las normas 271
4. Los defectos lógicos de los sistemas jurídicos 272
a) Las contradicciones entre normas jurídicas 272
b) La redundancia normativa 279
c) Las lagunas del derecho 281
d) La inoperancia de ciertas normas jurídicas 289
5. La interpretación del derecho jurisprudencial 292
6. La interpretación de las normas jurídicas y la administración de justicia 295
7. Derecho, administración de justicia y cambios sociales . 299
Preguntas y ejercicios - V 307

CAPÍTULO VI

LA CIENCIA DEL DERECHO

1. Algunos modelos posibles de ciencia del derecho 315
2. La dogmática jurídica 321
a) La adhesión dogmática al derecho positivo 322
b) El modelo dogmático del legislador racional 328
c) Otras técnicas dogmáticas para justificar soluciones originales 333
3. ¿Hacia una nueva "ciencia" del derecho? 338
Preguntas y ejercicios - VI 349

CAPÍTULO VII

LA VALORACIÓN MORAL DEL DERECHO

1. Introducción 353
2. Teorías acerca del significado de los conceptos y juicios morales (meta-ética) 355
a) Las teorías descriptivistas 355
1) El naturalismo 356
2) El no-naturalismo 359
b) Las teorías no-descriptivistas 363
1) El emotivismo 363
2) El prescriptivismo 367

c) Otras posiciones 371
1) La teoría del "punto de vista moral" 371
2) La teoría del "objeto de la moralidad" 374
d) Una breve nota sobre el relativismo y el escepticismo ético 376
3. Algunas teorías de justicia y moralidad social (ética normativa) 382
a) Teorías teleológicas 383
1) Santo Tomás y la perfección del hombre 383
2) El utilitarismo y la felicidad general 391
b) Teorías deontológicas 402
1) Kant y el reino de los fines 402
2) Rawls y la posición originaria 408
4. La valoración moral de algunas instituciones y soluciones jurídicas en particular 416
a) La fundamentación liberal de los derechos individuales básicos 417
b) El derecho como instrumento para hacer efectiva la moralidad 423
c) La justificación de la pena 427
d) El papel de los jueces en una sociedad democrática . 432
Preguntas y ejercicios - VII 437

Bibliografía 447
Índice sinóptico 455
Índice de temas y autores 469

INTRODUCCIÓN

EL CONTEXTO DEL DERECHO

El derecho, como el aire, está en todas partes. Por ejemplo, puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que vecinos con poca sensibilidad artística podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido, o simulado seguir, algunas reglamentaciones y habrá hecho uso de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado hoy varios contratos verbales de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos) y de locación de obra (al llevar, por ejemplo, sus zapatos a arreglar); aunque usted no tenga un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la "coraza" normativa que le proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia (es de esperar que usted no sea un miembro de una asociación ilícita) está seguramente estructurada según una serie de disposiciones legales; si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescripto por normas jurídicas. Todos estos contactos con el derecho le ocurrirán a usted en un día normal; piense en cuánto más envuelto en el derecho estará usted cuando participe de algún suceso trascendente, como casarse, ser demandado judicialmente.

Esta omnipresencia del derecho y la circunstancia de que él se manifiesta como una parte o aspecto de fenómenos complejos hace que sea muy difícil aislarlo conceptualmente para explicar su estructura y funcionamiento.

Es tentador buscar ese aislamiento conceptual por el lado de la *finalidad*, preguntándonos cuál es el objeto característico de esta vasta y complicada maquinaria social que llamamos "derecho". Pero no es fácil encontrar una respuesta a esta pregunta si nos negamos a dejarnos llevar por la fantasía y evitamos las fórmulas vacuas (como "el objeto del derecho es regular la conducta humana"). Por supuesto que cada uno de los actos que ponen en movimiento esa maquinaria tiene una intención definida de muy distinta índole (o sea los propósitos diversos que mueven a los legisladores a dictar leyes, a la gente a celebrar contratos o a casarse, etc.), pero es mucho menos obvio que el conjunto del orden jurídico satisfaga algún propósito definido de alguien.

En cambio, parece más plausible sostener que, aunque el derecho no es el producto de la persecución de cierta finalidad única y general sino de diversos propósitos de alcance parcial que no son especialmente distintivos, sin embargo el derecho cumple con ciertas funciones características, aunque no sea el propósito de nadie en particular el de satisfacerlas.

El derecho, como muchas otras instituciones sociales, contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana. Esas circunstancias, que han sido vívidamente señaladas por autores como Hobbes y últimamente por H. L. A. Hart, incluyen la escasez de recursos —que hace que no puedan satisfacerse las necesidades y deseos de todos—, la vulnerabilidad de los seres humanos ante las agresiones de otros, la relativa similitud física e intelectual de los hombres —que hace que ninguno pueda, por separado, dominar al resto—, la relativa falta de simpatía de los hombres hacia las necesidades e intereses de los que están fuera de su círculo de allegados, la limitada racionalidad de los individuos en la persecución de sus propios intereses, el insuficiente conocimiento de los hechos, etcétera.

Estas circunstancias llevan a los hombres, al mismo tiempo, a entrar en conflicto unos con otros y a buscar la cooperación de otros. Las mismas circunstancias que generan conflictos entre los individuos son las que los mueven a colaborar mutuamente

para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitar algunas de sus consecuencias más desastrosas.

El derecho cumple la función de evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y de proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social. Esto no quiere decir que las funciones mencionadas estén siempre en la mente de todos los actores en el proceso jurídico —muchas veces los propósitos que los mueven están muy lejos de coincidir con estas funciones—, ni que todo sistema jurídico cumpla con estas funciones en forma adecuada, ni que algunos aspectos de un sistema jurídico no puedan ser causa de nuevos conflictos y trabar la cooperación social, ni que no haya otras exigencias que un orden jurídico deba satisfacer para ser valorado positivamente.

Pero decir que el derecho contribuye a superar algunos conflictos y a lograr cierto grado de cooperación social no es decir mucho, puesto que, como se verá, también se alega que la moral cumple la misma función de contrarrestar las circunstancias que llevan a los hombres a enfrentarse entre sí y a no colaborar mutuamente en el grado necesario. Lo importante es determinar *de qué forma* el derecho satisface esa función.

Hay a primera vista dos elementos que parecen ser característicos de la forma en que el derecho consigue persuadir a los hombres de que adopten comportamientos no conflictivos y cooperativos y generar un sistema de expectativas que faciliten esos comportamientos: la *autoridad* y la *coacción*.

En primer lugar, el derecho establece órganos o instituciones encargados de indicar cuáles son las conductas genéricas que se supone deseables y de resolver, en casos particulares, conflictos que se hayan generado por falta u oscuridad o por desviación de aquellas directivas generales. Las reglas que los órganos jurídicos establecen están dirigidas tanto a disuadir a los hombres de realizar ciertas conductas (como la de lastimar a otros), como a promover determinadas expectativas a partir de la ejecución de ciertos actos (como la expectativa de recibir una suma de dinero si otro formuló palabras que implican un compromiso a tal efecto). La autoridad de estas reglas generales y de las decisiones que ponen fin a conflictos particulares no dependen del todo, a diferencia de la de las reglas y decisiones de índole moral, de su calidad intrínseca, sino, en gran medida (aunque no exclusivamente) de la *legitimidad* de los órganos en que se originan.

Por supuesto que el grado en que se consiga obtener conformidad con las directivas y decisiones jurídicas, sobre la base de la legitimidad de los órganos que las dictaron, dependerá de hasta qué punto las concepciones morales de la gente concurren en considerar legítimos a tales órganos, y en qué medida la población esté dispuesta a observar lo prescripto por autoridades que considera legítimas. Para los súbditos y funcionarios que están así dispuestos, las razones operativas que los mueven a actuar según lo prescripto son razones *morales,* y el hecho de que ciertos órganos hayan ordenado o decidido alguna cosa y no otra es sólo una circunstancia que incide en la particularización de aquellas razones morales. Para estos súbditos y funcionarios el derecho aparece como una extensión de su sistema moral; las normas jurídicas gozan de la misma validez que las pautas morales, ya que esa validez deriva, en realidad, de ciertos principios valorativos que otorgan legitimidad a los órganos jurídicos en cuestión.

Que este tipo de disposición se dé en buena parte de los súbditos y funcionarios de un orden jurídico es una condición necesaria para que éste se mantenga y alcance cierta estabilidad; de ahí la preocupación aun por parte de los gobernantes más cínicos, de apelar al sentido de justicia de la comunidad en apoyo de su autoridad y del contenido de sus mandatos. Pero difícilmente un orden jurídico pueda mantenerse sólo sobre la base de las creencias y actitudes relacionadas con la legitimidad moral de sus disposiciones. Hay, por cierto, en toda comunidad un grado menor o mayor de divergencia moral e ideológica que determina que muchos no tengan razones morales para obedecer las prescripciones jurídicas; por otro lado, es obvio que, mientras los hombres sean como son, siempre habrá gente que no está inclinada a obrar según sus razones morales sino según otro tipo de razones, como las de autointerés.

Esto hace necesario buscar la forma de que la obediencia a las prescripciones jurídicas sea en *interés* de quienes las observan. Para que eso ocurra, aun en los casos en que la conducta prescripta sea, en sí misma, contraría al autointerés del agente, debe prometerse o bien una recompensa para el caso de obediencia o bien un castigo para la desobediencia (por supuesto que la promesa debe cumplirse para ser creíble) que compensen el interés por abstenerse de la acción indicada. Por razones prácticas, en la mayoría de los casos, aunque no en todos, se suele

preferir, en la búsqueda de conformidad con las directivas jurídicas, la técnica de motivación a través del castigo más que a la que envuelve la promesa de premios. Esto implica recurrir a la coacción.

El Estado, que detenta un cuasimonopolio de la fuerza disponible en una sociedad, por un lado emplea esa fuerza para persuadir a la gente de actuar de modo de satisfacer fines y objetivos establecidos por los órganos competentes, y, por otro lado pone esa fuerza a disposición de los particulares para que hagan valer los esquemas de cooperación en que hayan entrado voluntariamente en persecución de sus fines particulares. Hay, entonces, directivas jurídicas cuya desviación está amenazada con el empleo de la coacción estatal, y hay otras directivas jurídicas que es necesario satisfacer si se quiere contar con la coacción estatal para hacer efectivo un arreglo privado. En todo caso, la necesidad de evitar o de contar con el respaldo de la coacción proporciona razones *prudenciales* que pueden ser efectivas cuando no lo son las razones de índole moral. Para los que sólo tienen razones prudenciales para observar lo prescripto por el derecho, éste aparece más bien como una serie de reacciones probables de ciertos funcionarios que, según sea el caso, es preciso eludir o promover.

El derecho vigente tiene, de este modo, que ser tomado en cuenta, ya sea en virtud de razones morales o prudenciales, en el razonamiento práctico —o sea el razonamiento dirigido a elegir un curso de acción— de quienes son destinatarios de sus directivas. Entre esos destinatarios hay un grupo de funcionarios —los jueces— que ocupan, por varias razones, un lugar central en la comprensión del fenómeno jurídico. Los jueces deben decidir, según lo establecen ciertas normas del sistema jurídico, si ciertas otras reglas son aplicables a casos particulares que se les plantean para su resolución, y deben disponer, en algunos casos, la ejecución de las consecuencias que esas reglas disponen. Las decisiones de los casos planteados pueden ser justificadas generalmente, aunque, por razones que luego veremos, no siempre, en las reglas del sistema jurídico. Pero la decisión de aplicar tales reglas no puede ser justificada sobre la base de ellas mismas, ya que las reglas jurídicas no proporcionan razones para que ellas deban ser aplicadas. La decisión de aplicar el derecho puede estar *motivada* por razones prudenciales, pero es obvio que los jueces no pueden *justificar* decisiones que afectan a terceras

personas en meras consideraciones de autointerés. Los jueces, como todas las demás personas moralmente responsables, no pueden eludir justificar, frente a sí mismos y ante los demás, sus decisiones sobre la base de razones morales. Generalmente habrá razones morales fuertes que indican aplicar las normas de un sistema jurídico vigente; pero habrá casos excepcionales en que esas razones se vean contrapesadas por razones morales que presionan en diferente dirección. Esta situación ineludible de los jueces hace que ellos tiendan, más que otra gente, a ver el derecho como una prolongación de concepciones morales que consideran válidas, y a las normas jurídicas como aquellas normas que están moralmente justificados en reconocer y aplicar.

El punto de vista de los súbditos y de los jueces frente al derecho contrasta notablemente con el de quienes ocupan el rol, no de destinatarios de normas jurídicas, sino de elaboradores de ellas. Desde esta perspectiva el derecho aparece como un *instrumento*, no del todo maleable, para obtener efectos sociales que se consideran deseables. Como ya vimos, ese instrumento funciona principalmente, aunque no exclusivamente, como una técnica de motivación —como lo es también, por ejemplo, la propaganda— que apela tanto a la conciencia de la gente como a su autointerés. También el derecho puede interponer obstáculos físicos a ciertos comportamientos, gracias a la intervención de funcionarios que, a su vez, están motivados por el derecho a actuar de cierta forma. Como un instrumento para obtener cambios sociales de diferente índole, el derecho es el reflejo de ideologías y esquemas valorativos dominantes y recibe los embates de diferentes grupos de presión y de distintas circunstancias sociales y económicas. Los efectos sociales que se persiguen a través del derecho a veces son directos —cuando la mera conformidad con sus normas constituye el efecto buscado—, y otras veces son indirectos —cuando los efectos se producen a través de hábitos generados por el derecho, o de medios que éste provee, o de instituciones que él crea.

La interpenetración entre el derecho y cosmovisiones dominantes, concepciones éticas vigentes, circunstancias sociales y económicas, presiones de diferentes grupos sociales, relaciones entre quienes controlan los distintos factores de producción económica, etc., hace que el derecho no pueda ser dejado de lado por los estudiosos de la realidad social —como antropólogos, sociólogos, científicos políticos— y constituya muchas veces un espejo en el

que se reflejan los datos básicos de la sociedad que están interesados en analizar. Desde este punto de vista, el derecho sólo cuenta en tanto se traduzca en regularidades de comportamiento efectivo y en actitudes y expectativas generalizadas que permitan explicar diferentes fenómenos sociales. No es, por cierto, lo que prescriben las normas jurídicas lo que interesa, ni cuál es su justificación, ni qué reacciones de los órganos jurídicos es posible predecir, sino cuáles son los factores que condicionan el dictado de tales normas y las reacciones en cuestión, cómo ellas son percibidas por la comunidad y cuáles son las transformaciones sociales y económicas que el "derecho en acción" (según la expresión de Alf Ross) genera.

El punto de vista de los abogados es radicalmente diferente del anterior. Los abogados, como dicen Henry Hart y Sachs, son "arquitectos de estructuras sociales". Ellos diseñan diferentes combinaciones de conductas posibles dentro del marco del orden jurídico. Esto se advierte claramente en el rol del abogado de redactar contratos, estatutos sociales, testamentos, reglamentos, etc.; allí el abogado debe prever cuáles son las posibles circunstancias sobrevinientes y la eventual conducta de diferentes actores, y proyectar, con el trasfondo del orden jurídico general, un esquema para encauzar los efectos de esas circunstancias y acciones. También se advierte esta función de arquitecto de estructuras de conducta en el papel del abogado de evacuar consultas acerca de las posibilidades de acción a que da lugar el derecho vigente, sea que la preocupación del consultante por averiguar los "topes" jurídicos a los diferentes cursos de acción esté motivada por razones prudenciales o por razones morales. Pero también esta función de los abogados se pone de manifiesto en su tarea de litigar ante los tribunales, la que consiste, fundamentalmente, en presentar ante los jueces el "mundo posible" más favorable a su representado que sea compatible con las normas jurídicas vigentes y con las pruebas acreditadas; en este caso el diseño del abogado se proyecta no hacia el futuro sino hacia el pasado. En todos estos roles, el derecho se les aparece a los abogados como un marco relativamente fijo, como un dato con el que es necesario contar para calcular las posibilidades de acción. Las normas jurídicas son para el abogado algo parecido a lo que son las leyes de la perspectiva para un pintor o las leyes de la resistencia de los materiales para el ingeniero o el arquitecto: constituyen un límite a los proyectos alternativos que pueden ser

viables y una base con la que se puede contar para obtener ciertos efectos deseados.

Es materia de discusión cuál es la perspectiva frente al derecho que corresponde a los juristas teóricos, y si ellos cuentan con un punto de vista peculiar o si reciben, de segunda mano, la visión del derecho que tienen los jueces, o los legisladores, o los abogados, o los sociólogos, o el "hombre malo" movido sólo por razones prudenciales. Hay aspectos del derecho que se ponen más de relieve desde cada una de estas perspectivas, que parecen ser de interés para el jurista académico. Por ejemplo, él no puede desentenderse de determinar cuál es el derecho en acción de cierta comunidad, qué factores sociales han incidido en su conformación, cuál es su eficacia como instrumento para obtener los efectos perseguidos, cuál es la justificación moral de sus disposiciones y qué alternativas serían más satisfactorias desde el punto de vista valorativo, qué estructuras de relaciones jurídicas y de decisiones judiciales posibles permite el derecho vigente frente a distintas circunstancias, etcétera.

Es obvio que la adopción de cada uno de estos puntos de vista diferentes frente al derecho incide en los alcances del concepto de derecho que se emplea, en el significado y función del lenguaje que se utiliza para formular los enunciados característicos del punto de vista en cuestión, en la percepción de las dificultades y posibilidades que ofrece la manipulación del derecho, en la determinación de qué forma asume el conocimiento del derecho, etcétera

En la elaboración que sigue trataremos de mantener, en la medida de lo posible, cierta distancia respecto de los diferentes puntos de vista que se acaba de mencionar, planteándonos una serie de preguntas que son fundamentales para la comprensión y el manejo de la realidad jurídica desde cualquiera de esas perspectivas: ¿Cómo se emplea y cómo es conveniente que se emplee la expresión "derecho"? ¿A qué tipo de fenómenos hace referencia? ¿Cómo son las "unidades" elementales que constituyen un sistema jurídico? ¿Cómo se identifica un sistema jurídico existente, distinguiéndolo de sistemas normativos no jurídicos, de otros sistemas jurídicos y de sistemas jurídicos no existentes? ¿Cuál es el alcance de los conceptos fundamentales con que se hace referencia a la realidad jurídica? ¿Qué dificultades aparecen en la aplicación de normas jurídicas generales a casos particulares? ¿Hay una "ciencia" específica para conocer y controlar

los fenómenos jurídicos? ¿Cuál es la relación entre los principios morales que consideramos válidos y el orden jurídico? ¿Cómo se determina qué principios morales son válidos? ¿Cuáles son esos principios? ¿Cuáles son sus implicaciones para distintas instituciones jurídicas?

La tarea de contestar todas estas preguntas, y muchas otras relacionadas con ellas, no es cosa fácil; pero la tentativa de hacerlo no puede dejar de ser provechosa, porque empezar a comprender la estructura, el funcionamiento y las posibilidades de perfeccionamiento de la maquinaria jurídica, es una forma de comenzar a vislumbrar la compleja trama del tejido social que envuelve la vida humana.

CAPÍTULO PRIMERO

LA DEFINICIÓN DE DERECHO

1. La pregunta "¿qué es el derecho?"

Esta pregunta es, quizá, la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas.

No deja de ser sorprendente que los estudiosos del derecho aparentemente tengan las dificultades que tienen y disientan en la forma en que lo hacen cuando se ponen en la tarea de identificar y clasificar los fenómenos a cuyo estudio han dedicado toda su vida y que, por otra parte, no parecen ser nada misteriosos ni requerir técnicas especiales de observación.

Seguramente, ni los físicos, ni los químicos, ni los historiadores, etc., tendrían tantas dificultades para definir el objeto de su estudio como tienen los juristas; en la mayor parte de los casos les bastaría con señalarnos algunos objetos o fenómenos o darnos alguna breve explicación para transmitirnos una idea más o menos precisa de lo que ellos estudian.

Si los juristas no pueden resolver la cuestión tan simplemente, no se debe, casi con seguridad, a una incapacidad profesional o a que el derecho sea tan extraordinariamente complejo, elusivo y variable que escape a los marcos de cualquier definición.

Me aventuro a adelantar la hipótesis de que las dificultades para definir "derecho" que enfrentan algunos juristas y la gente en general, tienen su origen en la adhesión a una cierta concepción sobre la relación entre el lenguaje y la realidad, que hace que no se tenga una idea clara sobre los presupuestos, las técnicas y las consecuencias que deben tenerse en cuenta cuando se define una expresión lingüística, en este caso "derecho".

En el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro, todavía tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto de la relación entre el lenguaje y la realidad.

Se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Esto supone que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consiste en una conexión necesaria que los hombres no pueden crear o cambiar sino sólo reconocer, detectando los aspectos esenciales de la realidad que deben, ineludiblemente, estar recogidos en nuestros conceptos.

Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos.

Hermann Kantorowicz se refiere de este modo a la concepción que estamos comentando, a la que denomina "realismo verbal":

> "Muchos sistemas [filosóficos] —el platonismo antiguo, el realismo escolástico, el fenomenalismo moderno— se han basado en la creencia de que cabe encontrar conceptos con carácter de verdad esencial o de 'necesariedad', por un procedimiento de intuición intelectual o mística, ya que son ellos los únicos conceptos de lo que pueda constituir la esencia inmutable de las cosas. Si esto fuera así, si, por ejemplo, existiera algo semejante a la 'esencia' del derecho, debería entonces admitirse que entre las muchas acepciones del término 'derecho', el único significado y la única definición verdaderos serían el significado que indicara dicha esencia y la definición que encerrara este significado. Por ello, casi toda la jurisprudencia medieval y oriental, e incluso la moderna, ha creído que entre el nombre de una 'cosa' (es decir cualquier objeto del pensamiento) y la cosa nombrada existe un nexo metafísico que sería peligroso y sacrílego desconocer. Esto muestra que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la creencia antigua o, mejor, prehistórica en la magia verbal..." (en *La definición del derecho*, p. 33 y 34).

A este enfoque se opone una concepción "convencionalista" acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad que es defendida por la llamada "filosofía analítica".

Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje —que es un sistema de símbolos— y la realidad ha sido establecida arbitrariamente por los hombres y, aunque hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos nadie está constreñido, ni por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir los usos vigentes, pudiendo elegir

cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las clases de cosas que le resulten convenientes.

Para el análisis filosófico las cosas sólo tienen propiedades *esenciales* en la medida en que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de una palabra; decisión que, naturalmente, puede variar.

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos enfrentamos con una palabra, por ejemplo, "derecho", tenemos que darle algún significado si pretendemos describir los fenómenos denotados por ella, pues no es posible describir, por ejemplo, el derecho argentino, sin saber lo que "derecho" significa.

Por otra parte, sin perjuicio de que podamos estipular un significado original o más preciso para la palabra que tenemos en vista, es conveniente investigar su significado en el lenguaje ordinario como un medio de descubrir distinciones conceptuales importantes, que presuponemos sin tener conciencia de ellas y cuyo desprecio puede provocar seudocuestiones filosóficas.

De este modo, la caracterización del concepto de derecho se desplazará de la obscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra "derecho"; y si, prescindiendo de este análisis, o a través de él, llegamos a la conclusión de que nuestro sistema teórico requiere estipular un significado más preciso que el ordinario para "derecho", la estipulación no estará guiada por un test de verdad en relación a la captación de esencias místicas sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación.

Si bien esta concepción tiene cada vez más vigencia en el pensamiento filosófico, no es común que los juristas se adhieran a ella, lo que incide, en no poca medida, en las dificultades y disputas para definir "derecho".

Hay escritores que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto de derecho, y se enzarzan en graves meditaciones sobre la esencia de aquél, sin prestar atención al uso ordinario de la expresión y despreciando la estipulación de un significado para la palabra que sea teóricamente fecundo.

Hay juristas que no advierten que una cosa es definir una palabra y otra describir la realidad, y nos hablan del concepto de derecho como si hubieran descubierto los aspectos más profundos de aquélla.

Todo esto, por supuesto, es perjudicial para la identificación de los fenómenos jurídicos, y provoca estériles disputas y dificultades artificiales.

Pero el hecho de reemplazar la búsqueda de la "verdadera esencia del derecho" por una investigación del uso de la palabra "derecho" en el lenguaje corriente y en el de los juristas, no garantiza que vayamos a obtener una caracterización del concepto de derecho con perfiles claros y definidos, que satisfaga ciertas exigencias de operatividad teórica. Esto es así porque el uso común del término "derecho", como el de muchas otras palabras, presenta ciertos inconvenientes que suelen generar una serie de equívocos en las discusiones de los juristas.

La palabra "derecho" es *ambigua*, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de "banco"), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí.

Veamos estas tres frases:

"El *derecho* argentino prevé la pena capital".

"Tengo *derecho* a vestirme como quiera".

"El *derecho* es una de las disciplinas teóricas más antiguas".

En la primera frase, "derecho" hace referencia a lo que, con más precisión, se llama "derecho objetivo", o sea un ordenamiento o sistema de normas (por ejemplo un conjunto de leyes, decretos, costumbres, sentencias, etcétera).

En la segunda, "derecho" se usa como "derecho subjetivo", como facultad, atribución, permiso, posibilidad, etcétera.

En la tercera frase, la palabra "derecho" se refiere a la investigación, al estudio de la realidad jurídica que tiene como objeto el derecho en los dos sentidos anteriores (¡qué lamentable que la misma palabra haga referencia tanto al objeto de estudio como al estudio del objeto!).

En general, para evitar confusiones, se conviene en que "derecho" a secas denote el ordenamiento jurídico y que los demás sentidos sean mencionados con las expresiones "derecho subjetivo" y "ciencia del derecho". Sin embargo, muchos juristas son víctimas de una confusión entre estos tres sentidos.

También resulta que la expresión "derecho" es *vaga*. No es posible enunciar, teniendo en cuenta el uso ordinario, propiedades que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa.

Algunos han pensado, como veremos en el capítulo III, en la coactividad como propiedad que en el lenguaje corriente se exige en todos los casos de uso de "derecho". Pero resulta que hay sectores enteros de la realidad jurídica que no presentan esta característica en forma relevante (por ejemplo, la mayor parte del Código Civil).

Otros han propuesto como cualidad necesaria del concepto de derecho que se trate de directivas promulgadas por una autoridad, pero han tenido que olvidar las costumbres jurídicas, ya que, evidentemente, no presentan esta propiedad.

Hay quienes han elegido la propiedad de consistir en reglas generales como necesaria para el uso de "derecho" en todos los casos, pero bien pronto se enfrentaron con las sentencias judiciales que constituyen normas particulares.

No es nada extraño que una palabra presente este tipo de vaguedad en el uso corriente. Sin embargo, a muchos juristas, imbuidos del espíritu esencialista, les resulta un hueso duro de roer, y suponen que debe necesariamente haber algo oculto y misterioso que relaciona a todos los fenómenos jurídicos entre sí, y hacen esfuerzos desesperados para encontrarlo, y formulan encantadoras fantasías para simular haberlo hallado.

El hecho que reconozcamos esta imprecisión de la palabra derecho en el lenguaje común, no quiere decir que estemos amarrados a ella y no podamos incorporar la expresión "derecho" a un sistema teórico sin esta vaguedad. Obviamente, en ciertos contextos necesitamos asignar a la palabra "derecho" un significado lo menos vago posible; pero esto, naturalmente, nos obliga a estipular un conjunto de propiedades como necesarias, aunque no lo sean estrictamente en el uso común, y nos conduce a excluir de la denotación de "derecho" algunos fenómenos que usualmente son nombrados con esta palabra.

El último inconveniente que presenta "derecho" en el lenguaje corriente es su *carga emotiva.*

Las palabras no sirven solamente para referirse a cosas o hechos y para designar propiedades, sino que a veces se usan también para expresar emociones y provocarlas en los demás. Hay palabras que sólo tienen esta última función (como "¡ay!" y "¡hurra!"); otras tienen tanto significado descriptivo como emotivo (por ejemplo, "democracia" y "bastardo") y otras tienen sólo significado cognoscitivo (como "triángulo" y "lapicera").

"Derecho" es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente.

Cuando una palabra tiene carga emotiva, ésta perjudica su significado cognoscitivo. Porque la gente extiende o restringe el uso del término para abarcar con él o dejar fuera de su denotación los fenómenos que aprecia o rechaza, según sea el significado emotivo favorable o desfavorable. Esto provoca una gran imprecisión en el campo de referencia de la expresión, y en el caso de "derecho" explica muchas de las diferencias entre las definiciones que sustentan los juristas.

Esto lo veremos ahora con más detalle, puesto que se relaciona con la vieja polémica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de derecho.

2. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico

Parece obvio que las connotaciones emotivas de la palabra "derecho" se deben a que los fenómenos jurídicos están estrechamente relacionados con valores morales, en especial el de justicia (la gente tiende a asumir actitudes emocionales toda vez que hay cuestiones morales en juego). Siendo esto así, una amplia corriente de pensamiento siempre ha supuesto o propugnado que la relación entre el derecho y la moral debe necesariamente reflejarse en el concepto de derecho.

Sin embargo, la idea de que hay una relación esencial entre el derecho y la moral puede tener muchas variantes y no todas ellas son relevantes para la caracterización del concepto de derecho. Conviene mencionar algunas de las tesis más comunes que sostienen que hay una conexión o asociación importante entre el derecho y la moral:

1) Las normas de todo sistema jurídico reflejan de hecho los valores y aspiraciones morales de la comunidad en la cual rigen o de los grupos de poder que participan directa o indirectamente en el dictado de tales normas.

2) Las normas de un sistema jurídico deben ajustarse a ciertos principios morales y de justicia que son universalmente

válidos, con independencia de que ellos sean aceptados o no por la sociedad en que tales normas se aplican.

3) Las normas de un sistema jurídico deben reconocer y hacer efectivas las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera que sea la validez de tales pautas desde el punto de vista de una moral crítica o ideal.

4) No es posible formular una distinción conceptual tajante entre las normas jurídicas y las normas morales vigentes en una sociedad.

5) Los jueces aplican de hecho en sus decisiones no sólo normas jurídicas sino también normas y principios morales.

6) Los jueces deben recurrir a normas y principios morales para resolver cuestiones que no están claramente resueltas por las normas jurídicas.

7) Los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradicen radicalmente principios morales o de justicia fundamentales.

8) Si una regla constituye una norma de un sistema jurídico ella tiene fuerza obligatoria moral, cualquiera que sea su origen y contenido, y debe ser aplicada por los jueces y obedecida por la gente.

9) La ciencia jurídica debe encarar la tarea de formular principios de justicia aplicables a distintas situaciones jurídicamente relevantes y evaluar hasta qué punto las normas jurídicas vigentes satisfacen tales principios y pueden ser interpretadas de modo de conformarse a sus exigencias.

10) Para identificar a un sistema normativo como un orden jurídico o a una regla como una norma jurídica no basta verificar que el sistema o la regla en cuestión satisfacen ciertas condiciones fácticas, sino que debe determinarse además su adecuación a principios morales y de justicia; un sistema o una regla que no se adecuen a tales principios no pueden ser calificados de jurídicos.

Estas diversas tesis que sostienen que hay una relación relevante entre derecho y moral son, en la mayoría de los casos, independientes entre sí y no siempre mutuamente compatibles. Por otra parte, no todas ellas tienen el mismo carácter lógico. Algunas son de índole fáctica y pretenden describir lo que ocurre en

la realidad; otras son de tipo valorativo o normativo y están dirigidas a estipular lo que debe o no debe hacerse; por fin, otras de las tesis mencionadas son de índole conceptual y versan acerca de la caracterización o definición de ciertas nociones, como la de sistema jurídico o norma jurídica.

La vieja polémica entre el *iusnaturalismo* y el *positivismo jurídico* gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión. Pero acabamos de ver que hay muchas formas muy diferentes de sostener que hay una vinculación importante entre derecho y moral. No puede pensarse que el iusnaturalismo afirme las diez tesis que se acaban de exponer y el positivismo se oponga a todas ellas. ¿Cuál es, entonces, la tesis acerca de la relación entre derecho y moral que el iusnaturalismo defiende y que el positivismo ataca?

Propongo, para intentar contestar a esta pregunta, que asistamos a una dramatización idealizada de una sentencia judicial, inspirada en los procesos judiciales organizados por los Aliados, las naciones vencedoras de la segunda guerra mundial, para juzgar a los jerarcas nazis que habían participado en diferentes hechos cometidos durante el régimen de Hitler (tales como el exterminio de grandes grupos humanos, torturas, privación de la libertad de gente inocente, deportaciones, experimentaciones médicas sobre seres humanos vivos, agresión injusta contra otras naciones, etcétera). Estos procesos ofrecieron la particularidad de reavivar el debate entre el positivismo y el iusnaturalismo y de llamar la atención sobre el hecho de que la posición que se adoptara en ese debate podría tener consecuencias prácticas muy significativas. Por razones de simplicidad en la exposición, lo que sigue será sólo una reconstrucción ficticia de una sentencia judicial que podría haber sido dictada en uno de esos procesos; no se pretende respetar la verdad histórica sobre los argumentos realmente aducidos por los jueces en alguno de ellos en particular; cualquier parecido con la realidad será, pues, casi una coincidencia.

> "En la ciudad de Nuremberg, a los 25 días de noviembre de 1945, se reúne el Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas para dictar sentencia en el proceso seguido a los detenidos aquí presentes, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Habiendo escuchado los argumentos de la acusación y de la defensa de los procesados y habiendo recibido la prueba de cargo y

descargo ofrecidas, los señores jueces del tribunal se expiden en los términos siguientes:

"El señor juez Sempronio dijo: 'Distinguidos colegas: Estamos aquí reunidos para juzgar a un conjunto de hombres que han participado activamente en generar el que fue, sin duda alguna, el fenómeno social y político más aberrante de la historia de la humanidad. Tenemos testimonios de otros hechos históricos, lejanos y no tan lejanos, (como las "purgas" en uno de los regímenes representados en este tribunal), en que ciertos hombres proyectaron destrucción, muerte y sufrimiento sobre extensos grupos humanos. Pero difícilmente podrá citarse un antecedente comparable a los hechos que estos hombres sentados hoy en el banquillo han contribuido a desencadenar. Han sido decenas de millones de seres humanos los que se han visto afectados directa o indirectamente por las acciones criminales de estos otros individuos. Infundidos de un mesianismo vesánico, movidos por una fanática creencia en la superioridad de una cierta raza y en el destino de dominación mundial de un determinado pueblo y de su líder, estos individuos han infligido a sus congéneres daños y sufrimientos que ni siquiera fueron imaginados por los escritores que ejercitaron su fantasía para dar una vívida pintura del 'castigo eterno'. Estos hombres crearon un verdadero infierno en la extensa región del mundo donde sus armas se impusieron. Baste recordar uno de los múltiples hechos que fueron probados en este largo proceso: el del pedido por parte de un laboratorio de 'investigación científica' de un número de cadáveres de lactantes para realizar un experimento que contribuiría al avance de 'la nueva ciencia aria', y la consiguiente satisfacción del pedido por parte de algunos de los procesados, exterminando a niños de madres judías internadas en uno de los campos de concentración. Estos son los hechos que tenemos que juzgar hoy, decidiendo si corresponde o no, tal como lo pide la acusación, la aplicación de una pena a los procesados por los crímenes que se han probado ante este tribunal. La defensa de algunos de los procesados no niega los hechos sobre los que versa la acusación, sino que impugna la calificación jurídica que los haría punibles. En síntesis, la defensa propone la tesis de que estos individuos han cometido actos que cualquiera que sea su valor o disvalor moral, han sido perfectamente legítimos de acuerdo con el orden jurídico del tiempo y lugar en que fueron realizados. Los procesados, según esa tesis, eran funcionarios estatales que obraban de plena conformidad con normas jurídicas vigentes, dictadas por órganos legítimos del Estado nacionalsocialista. No sólo estaban autorizados a hacer lo que hicieron, sino que, en algunos casos, estaban legalmente obligados a hacerlo. La defensa nos recuerda un principio elemental de justicia, que la civilización que nosotros representamos ha aceptado desde hace largo tiempo y que el propio régimen nazi desconoció: ese principio, formulado usualmente con la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, prohíbe imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho que era válido en el momento de cometerse el acto. La defensa sostiene que si castigáramos a los procesados, estaríamos infringiendo este principio liberal, puesto que los actos que juzgamos no eran pu-

nibles según el derecho que regía en el tiempo y lugar de su ejecución. Distinguidos colegas: creo que uno de los servicios más importantes que este tribunal puede prestar a la humanidad consiste en contribuir a desterrar de una vez para siempre la absurda y atroz concepción del derecho que encierra la tesis de la defensa. Esta concepción sostiene que estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea el valor moral de tales normas. Esto ha generado el obsceno lema "La ley es la ley", que ha servido para justificar las opresiones más aberrantes. Desde antiguo, pensadores sumamente lúcidos han demostrado la falsedad de esta idea, con argumentos contundentes. Por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, etc., a no ser coaccionado sin un debido proceso legal. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar 'derecho natural'. Las normas positivas dictadas por los hombres sólo son derecho en la medida que se conforman al derecho natural y no lo contradicen. Cuando enfrentamos un sistema de normas que está en oposición tan flagrante con los principios del derecho natural como lo estuvo el ordenamiento nazi, calificarlo de 'derecho' implicaría desnaturalizar grotescamente ese sagrado nombre. ¿Qué diferencia hay entre las normas de ese ordenamiento y las de una organización delictiva como la mafia, si no es que las primeras desconocen en forma más radical aún que las últimas principios de justicia y moralidad fundamentales? La posición de la defensa implicaría que los jueces que juzgan a los miembros de una organización delictiva tendrían que hacerlo de acuerdo con las reglas internas de esa organización y no de acuerdo con principios jurídicos válidos. Si aceptáramos la tesis que se propone, tendríamos la situación ridícula de que, después de haber vencido al monstruoso régimen nazi con 'sangre, sudor y lágrimas', terminaríamos aplicando las normas dictadas por ese mismo régimen para absolver a algunos de sus principales jerarcas; los vencedores se someterían a las normas de los vencidos. No siendo las regulaciones del régimen nazi verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para legitimar los actos ejecutados de conformidad con las mismas. Por el contrario, tales actos constituyen violaciones groseras de las normas más elementales del derecho natural, que es un derecho que existía tanto en el tiempo en que tales actos fueron ejecutados, como existe ahora y existirá eternamente. Es así que resulta absurda la pretensión de la defensa de que condenar a los imputados implicaría violar el principio 'no hay pena sin ley previa que prohíba el acto'; hay una ley eterna que prohíbe tales actos y ésta es la ley que aplicaremos si sometemos a los procesados a su justo castigo. Voto, por lo tanto, por que se condene a los procesados'.

"El señor juez Cayo dijo: 'Comparto las valoraciones morales que el distinguido juez preopinante ha hecho de los actos sometidos a la consideración de este tribunal supremo. Yo también considero que tales actos constituyen formas extremadamente aberrantes de comportamiento humano, sin precedentes de igual magnitud en el curso previo de la historia. Al formular este juicio no estoy opinando como juez sino como ser humano y como ciudadano de una nación civilizada que ha contribuido a erradicar el régimen que hizo posible esas atrocidades. La cuestión es si nos está permitido, en nuestro carácter de jueces, hacer valer estos juicios morales para arribar a una decisión en este proceso. Los juicios morales, incluso los que acabo de formular, son relativos y subjetivos. Los historiadores, sociólogos y antropólogos han mostrado cómo han variado y varían las pautas morales en distintas sociedades y etapas históricas. Lo que un pueblo en cierta época considera moralmente abominable, otro pueblo, en época o lugar diferentes, lo juzga perfectamente razonable y legítimo. ¿Podemos negar que el nazismo generó una verdadera concepción moral en la que creían honestamente grandes masas de la población en este país? No hay ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión. Lo demuestra el contenido divergente que los pensadores iusnaturalistas han asignado a ese presunto derecho natural a la hora de hacer explícitas sus normas. Para algunos el derecho natural consagra la monarquía absoluta; para otros, la democracia popular. Según algunos autores la propiedad privada es una institución de derecho natural; otros creen que el derecho natural sólo hace legítima la propiedad colectiva de los recursos económicos. Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado "el estado de derecho". Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales. El derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones. El derecho se distingue del ordenamiento normativo de una organización delictiva, como el de la mafia, no por la justicia del contenido de sus normas, sino por el hecho de estar respaldado por un aparato coactivo que se ejerce sobre una población definida y un territorio delimitado, sin entrar en competencia, en el mismo ámbito, con un aparato que cuente con un poder superior o equivalente. Si la mafia lograra asumir el control efectivo y estable

sobre una porción definida de territorio y población, las normas que dictara constituirían un ordenamiento jurídico. Va de suyo que considero que, por las mismas razones, el sistema normativo vigente en la Alemania nazi y en los países ocupados por sus tropas, era un sistema jurídico, por más que el contenido de sus disposiciones nos parezca aborrecible. Quiero destacar que ese sistema fue reconocido internacionalmente, incluso por algunos de nuestros países antes de que decidieran declarar la guerra al Eje (no obstante que muchas de las normas que objetamos estaban vigentes y se hacían efectivas —dando lugar a algunas de las atrocidades que hoy juzgamos— en el tiempo que el sistema era casi universalmente reconocido). Por supuesto que hay una relación entre derecho y moral; nadie duda de que un sistema jurídico suele reflejar de hecho las pautas y aspiraciones morales de la comunidad o de sus grupos dominantes (el sistema nazi no fue una excepción a esto, pues reflejó la concepción moral prevaleciente en la sociedad alemana); tampoco hay dudas de que esto debe ser así para que el sistema jurídico alcance cierta estabilidad y perdurabilidad. Pero lo que cuestiono es que sea conceptualmente necesario para calificar a un sistema de jurídico que él concuerde con los principios morales y de justicia que consideramos válidos. Nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo con normas jurídicas. Son las normas jurídicas, y no nuestras convicciones morales, las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas. Es verdad que no somos nosotros jueces del sistema jurídico nazi —gracias a Dios, derogado para siempre— y, en consecuencia no estamos sometidos a sus normas. Pero cualquiera que sea la posición que adoptemos acerca del origen de nuestra competencia y de las normas que estamos obligados a aplicar, terminaremos por reconocer la validez de las nefastas normas del régimen nazi en el tiempo y lugar en el que tuvieron vigencia. Si se dijera que constituimos un tribunal internacional sometido a las normas del derecho de la comunidad de naciones deberíamos concluir que ese derecho incluye el llamado "principio de efectividad", que otorga validez a todo sistema normativo dictado por un poder soberano que ejerce en forma estable el monopolio de la fuerza en un cierto territorio. Si, en cambio, se sostuviera que somos jueces de las naciones vencedoras que aplican las normas de su propio sistema jurídico, extendido transitoriamente a este territorio, deberíamos concluir que nuestros respectivos ordenamientos jurídicos incluyen entre sus principios fundamentales el de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia,* que nos obliga a juzgar los actos de acuerdo con las normas que regían en el tiempo y lugar en que fueron cometidos, y no de acuerdo con normas dictadas posteriormente o para un ámbito territorial diferente. Por cualquier camino llegamos, en nuestro carácter de jueces de derecho, al reconocimiento de la validez de las normas del derecho nazi en el momento y en el ámbito territorial en que estos actos fueron realizados. No implica esto so-

meternos a las normas de los vencidos, sino que es la conclusión natural de aplicar *nuestras propias* normas jurídicas. Debemos, pues, aceptar la tesis de la defensa de que estos actos moralmente horrendos fueron jurídicamente legítimos y no pueden ser penados. Estos individuos sentados en el banquillo fueron ya juzgados contundentemente por la opinión moral de la humanidad civilizada. No desnaturalicemos nuestros principios jurídicos para agregar a esa condena moral una pena superflua y perniciosa (cuidémonos de sentar un precedente susceptible de ser usado en el futuro con fines diferentes a los que nosotros perseguimos). A la barbarie del nazismo y a su desprecio por el estado de derecho, opongamos nuestro profundo respeto por las instituciones jurídicas. Voto, pues, por que se absuelva a los procesados'.

"El señor juez Ticio dijo: 'Las opiniones de mis ilustrados colegas me han sumido en un estado de profunda perplejidad. Tengo conciencia de nuestra responsabilidad histórica de sentar principios claros y concluyentes que expresen la respuesta que el mundo civilizado debe dar a hechos de barbarie como los que son juzgados en este proceso. Sin embargo, no he encontrado en los votos de los jueces preopinantes elementos de juicio que permitan formular tales principios. Si bien hay muchos aspectos de las opiniones que hemos escuchado con las que estoy plenamente de acuerdo, hay también en esas opiniones una serie de confusiones conceptuales y algunos presupuestos valorativos difícilmente justificables. Permítaseme comenzar por un punto que, si bien no es directamente relevante para el problema que tenemos que resolver, ha desempeñado un papel decisivo en las opiniones de mis colegas. El juez Sempronio ha sostenido que hay ciertos principios morales y de justicia que son universales y eternos, asequibles a la razón y que derivan de la "verdadera naturaleza humana". Por el contrario, el juez Cayo ha negado la existencia de un derecho natural y ha afirmado que los juicios valorativos son necesariamente subjetivos y relativos, sin que haya procedimientos racionales y objetivos para determinar su validez o invalidez. Ambas posiciones me parecen insatisfactorias. La primera no nos dice cómo se desmuestra la existencia de tales principios de derecho natural, cómo se seleccionan las propiedades de los seres humanos que constituyen su verdadera esencia o naturaleza, cómo se produce la inferencia de principios normativos a partir de ciertos presuntos datos acerca de la condición humana; no estoy convencido de que sea posible inferir conclusiones acerca de lo que debe ser o debe hacerse de premisas que no son en sí mismas normativas, sino que constituyen juicios acerca de la configuración de la realidad (no resulta fácil descalificar la idea, sugerida por Hume, de que no es posible derivar el 'deber ser' del 'ser'). Por otra parte, la segunda posición, que sostiene que los juicios valorativos son subjetivos y relativos genera también dudas que no son fáciles de erradicar. ¿Será verdad que cuando decimos que algo es bueno o justo nos limitamos a dar rienda suelta a nuestras emociones, o queremos decir simplemente que nosotros, o nuestra sociedad piensa que es bueno o justo, o que aprobamos el estado de cosas a que nos estamos refiriendo? Del hecho de que las

sociedades difieran en sus juicios valorativos, ¿se infiere que todos ellos sean igualmente razonables y válidos? ¿Tiene sentido sostener que ni a los hombres ni a las sociedades debemos juzgarlos de acuerdo con los principios morales que nosotros sostenemos sino de acuerdo con los que *ellos* sustentan? ¿No implica esto la imposibilidad de todo juicio moral respecto de la conducta ajena (cuando el agente cree que está actuando moralmente)? ¿Es posible formular juicios morales y sostener al mismo tiempo que juicios morales opuestos son igualmente válidos? Confieso que mis dudas respecto de las dos posiciones me colocan en una situación incómoda; si bien no me parecen convincentes los procedimientos que los filósofos morales han propuesto hasta ahora para justificar principios valorativos últimos, no encuentro satisfactorio el escepticismo ético fundado en una concepción subjetivista o relativista de los valores. Pero creo que podemos dejar esta cuestión a los filósofos —de quienes espero un progresivo esclarecimiento de los problemas conceptuales y epistemológicos que ella envuelve—, puesto que, en el fondo, no es relevante para encarar la discusión que aquí se ha planteado. Aun cuando adoptemos una concepción escéptica en materia ética, no podemos eludir la formulación de juicios morales; y si formulamos juicios valorativos —como lo hace el juez Cayo— adoptamos una posición moral y estamos comprometidos a actuar en consecuencia. El problema filosófico en el que incursioné sólo se presentaría si alguien nos desafiara a justificar los principios morales últimos en los que tales juicios se basan; pero, por suerte, tal problema no se plantea aquí, ya que todos los miembros del tribunal coincidimos en nuestras convicciones morales fundamentales. La cuestión que se presenta en este proceso es, en cambio, si, como jueces, podemos hacer valer tales convicciones morales para decidir este caso, o si debemos atenernos exclusivamente a la aplicación de principios y normas jurídicas. Para el juez Sempronio no existe la disyuntiva que acabo de plantear. Para él la identificación de las reglas jurídicas implica haberlas pasado por el cedazo de nuestras convicciones morales. Un conjunto de regulaciones que contradice principios morales y de justicia considerados válidos no constituye un sistema jurídico. Yo no estoy de acuerdo con esa posición y coincido en esto con la opinión del juez Cayo. Si no nos dejamos seducir por la pretensión de encontrar la verdadera esencia del derecho y nos preocupamos, en cambio, por determinar como la expresión "derecho" es usada en el lenguaje corriente de legos y juristas, hallaremos, sin duda, que en muchos contextos, ella es aplicada para denominar sistemas normativos que no satisfacen mínimas exigencias de justicia. No todo el que hable del '*derecho* nazi' se adhiere a la ideología nazi, y el propio juez Sempronio ha debido recurrir a circunloquios artificiosos para hacer referencia al conjunto de normas implantadas por el Tercer Reich, sin usar la expresión 'derecho'. Es difícil determinar los alcances definidos del término 'derecho' (o 'sistema jurídico') en el lenguaje corriente; ella es por cierto una expresión marcadamente vaga. Sin embargo, el juez Cayo no debe estar desencaminado al presuponer que la palabra se aplica a un conjunto de normas que son reconocidas, y hechas efectivas por

quienes controlan el monopolio de la coacción en un cierto territorio. Tales son, aproximadamente, las condiciones que tomamos en cuenta para identificar un fenómeno como 'el derecho babilonio' o el 'derecho chino'; ellas son condiciones puramente fácticas y no incluyen propiedades valorativas. Si nos preguntamos ahora, no cómo se usa efectivamente el término 'derecho', sino cómo sería conveniente que fuera definido y empleado en cierto contexto, en primer lugar no veo que haya otro tipo de razones para preferir una definición a otra que la claridad conceptual y la conveniencia para una comunicación fluida que se obtendría si se emplea la expresión de acuerdo con la definición elegida; en segundo término, no creo que haya razones de esa índole que justifiquen apartarse del uso común prevaleciente. Esto me lleva a concluir que no podemos negarnos a calificar de 'jurídico' el sistema nazi. Pero el juez Sempronio podría decir que no se trata meramente de una cuestión de palabras; como surge claramente del voto del juez Cayo, el identificar un sistema como derecho tendría consecuencias prácticas sumamente importantes, puesto que implicaría concluir que sus normas tienen o tuvieron validez o fuerza obligatoria, que los actos realizados de conformidad con ellas fueron legítimos, y que los jueces estamos obligados a reconocer tales normas en nuestras decisiones. Es aquí donde estoy en completo desacuerdo con el juez Cayo. Él nos dice que las normas de un sistema jurídico son válidas o tienen fuerza obligatoria en el tiempo y lugar en que ellas rigen, ¿pero qué quiere decir esto? Si ello significa que las normas jurídicas estipulan la obligación de realizar determinados actos, esto es obviamente cierto, pero no implica que debemos realmente realizar tales actos. También la orden de un asaltante estipula la obligación de realizar un acto, pero esto no quiere decir que debamos realizar ese acto, aunque no nos quede otro remedio que ejecutarlo. Si se pretende sostener, en cambio, que hay una obligación de obedecer las normas jurídicas —y no las órdenes de un asaltante— corresponde preguntarse de dónde surge esa obligación. No se puede contestar que surge de otra norma jurídica, puesto que si así fuera tendríamos que preguntarnos si estamos obligados a obedecer esa otra norma jurídica; en algún momento se agotarán las normas jurídicas que estipulan la obligación de obedecer a otras normas jurídicas. La única respuesta posible es que la obligación de obedecer las normas jurídicas surge de otro tipo de norma, de normas que son consideradas 'intrínsecamente obligatorias'. Ahora bien, las únicas normas de las que se puede predicar que son intrínsecamente obligatorias son las normas de una moral crítica o ideal (estas normas, a diferencia de las normas jurídicas, sólo existen en tanto son válidas u obligatorias). En definitiva, entonces, cuando el juez Cayo sostiene que las normas jurídicas son obligatorias está presuponiendo una norma o principio *moral* que prescribe obedecer las disposiciones de todo sistema jurídico. Él no es consecuente con su tesis de que se debe juzgar teniendo en cuenta sólo normas jurídicas y no nuestras convicciones morales. El juez Cayo introduce encubiertamente sus convicciones morales al postular que toda norma jurídica es obligatoria y debe ser reconocida por los jueces. La obligatoriedad a la

que alude es una obligatoriedad moral. El que introduzca sus convicciones morales no es en sí mismo criticable —aunque sí lo es el que lo haga encubiertamente— ya que toda decisión en una materia moralmente relevante implica adoptar una posición moral; lo que hay que determinar, en cambio, es si las convicciones morales del juez Cayo son aceptables. El principio moral de que deben obedecerse y aplicarse las normas jurídicas vigentes es un principio plausible, puesto que él está vinculado con valores tales como la seguridad, el orden, la coordinación de actividades sociales, etcétera. Pero es absurdo pretender que él sea el único principio moral válido. También hay otros principios, como los que consagran el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, etcétera. En ciertas circunstancias excepcionales, la violación de estos últimos principios, en que se incurriría si se observaran las reglas jurídicas, sería tan radical y grosera como para justificar apartarse del principio moral que prescribe atenerse al derecho vigente. Tales circunstancias se dieron durante el régimen nazi, y no puede dudarse que los funcionarios de ese régimen no podían justificar moralmente las atrocidades que ejecutaron en el mero hecho de estar ellas autorizadas o prescriptas por el derecho vigente. Es más, si un juez alemán de la época hubiera sido lo suficientemente temerario como para condenar a un funcionario por alguno de estos actos, desobedeciendo las normas jurídicas vigentes, su comportamiento hubiera estado plenamente justificado y hubiera tenido enorme mérito moral. ¿Puede decirse lo contrario de una decisión análoga que adoptase este tribunal? Ciertamente no. Tanto el principio de efectividad del derecho internacional como el principio *nulla poena sine lege praevia* del derecho interno de nuestros países son principios muy respetables que reflejan valores morales primarios, tales como la soberanía de los Estados y la seguridad individual. Estos principios deben ser observados escrupulosamente en todas las actuaciones que no involucren una verdadera catástrofe para la sociedad. Pero ningún valor moral, por más importante que sea, es absoluto y prevalece sobre todos los demás valores. Este tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello no puede dejar impunes a los personeros de un régimen que se burló brutalmente de esos valores, como nunca antes había ocurrido. Esto implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los que alega la defensa. Debemos asumir plenamente esta consecuencia desgraciada como un mal menor. La solución del juez Sempronio no elude tal consecuencia, sino que la implica en forma encubierta. El principio *nulla poena sine lege* exige, para penar a alguien, que exista una ley jurídica *positiva* que prohíba el acto; tal principio está precisamente dirigido contra la pretensión de fundamentar una pena en la violación de normas morales (que es lo que tanto el juez Sempronio como yo estamos propugnando). El curso elegido por mi distinguido colega es sumamente peligroso, pues si no se reconoce abiertamente que se está violando un principio valioso, no se deja sentado con claridad en qué circunstancias extremas tal violación es permisible, y se abre la puerta a otras violaciones

encubiertas menos justificables. Voto, en consecuencia, por que se condene a los procesados'."

En este hipotético fallo se controvierten sólo algunas de las tesis sobre la relación entre derecho y moral que antes se mencionaron. Los jueces del ejemplo no discutieron la tesis fáctica de que el derecho refleja las valoraciones sociales imperantes ni la que expresa —lo que es en realidad una proposición trivialmente verdadera— que el derecho deje ajustarse a principios morales y de justicia válidos para ser moralmente justificado, ni tampoco la tesis valorativa controvertible de que el derecho debe reconocer y hacer efectivos los juicios morales de la comunidad. No cuestionaron los jueces intervinientes en el fallo transcripto, la posibilidad de distinguir conceptualmente las normas jurídicas positivas de las normas morales positivas; ni se expidieron acerca de la tesis de que los jueces suelen aplicar de hecho normas morales en sus decisiones. En cambio, los jueces del ejemplo parecen adoptar posiciones diferentes en relación a la tesis de que los jueces deben recurrir, en ciertos casos, a principios morales para justificar sus decisiones; de que los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradigan principios morales; de que toda norma jurídica, cualquiera que sea su origen y contenido, tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida, y de que la identificación de un sistema jurídico requiere formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus disposiciones.

Son estas últimas tesis las que fueron controvertidas en el fallo transcripto —junto con la de que la ciencia jurídica debe ocuparse de formular valoraciones sobre el derecho—, las que, de una u otra manera, están involucradas en las discusiones entre iusnaturalistas y positivistas. Pero esto sólo implica hacer una primera selección de los aspectos de la relación entre derecho y moral que pueden ser relevantes para la controversia entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. No sabemos bien todavía cómo se sitúan los defensores de una y otra concepción respecto de cada una de tales tesis; aun respecto de las tesis que son relevantes para la controversia, sigue siendo falso e ingenuo sostener que los iusnaturalistas apoyan todas ellas en tanto que los positivistas las rechazan. ¿Qué es lo que sostienen, pues el iusnaturalismo y el positivismo?

El iusnaturalismo está más o menos fielmente representado por la posición del juez Sempronio. La concepción iusnaturalis-

ta puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis:

a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Si alquien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será generalmente considerado un iusnaturalista.

Si bien todos los iusnaturalistas coinciden substancialmente en defender estas dos tesis, discrepan acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado "derecho natural" y acerca de cuáles son tales principios.

El iusnaturalismo *teológico*, cuyo más destacado representante fue Santo Tomás de Aquino, sostiene que el derecho natural es aquella parte del orden eterno del universo originado en Dios que es asequible a la razón humana. Ningún orden positivo tiene fuerza obligatoria si no concuerda con los principios de derecho natural.

Según Victor Cathrein, prominente filósofo tomista, el derecho natural encuentra su fundamento primario en su absoluta necesidad para la sociedad humana. "Para todo el que cree en Dios, está claro que no podría el Creador dejar a los hombres sobre la tierra sin darles lo que les es universalmente necesario para su conservación y desarrollo". Ese derecho natural no sólo es un derecho que debe ser, sino un derecho verdadero, válido, existente. Además, el derecho natural es universal, aplicable a todos los hombres y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable.

De acuerdo con este filósofo católico, el orden positivo que no se adecue al derecho natural no tiene fuerza obligatoria de derecho. "Imaginemos un tirano de la especie del príncipe de Dahomé, que erige en norma su crueldad y su lascivia, y que actualmente ofrece hecatombes de víctimas humanas a su capricho. ¿Hemos de dar el santo nombre de derecho a esas sanguinarias órdenes de un déspota?".

Según esta concepción las leyes positivas deben obtenerse por "conclusión del derecho natural" (como las que prohíben matar), o deben tener la función de "determinación aproximativa", precisando los postulados generales del derecho natural (por ejemplo, estableciendo la edad en que se adquiere la capacidad para contratar). Las leyes positivas deben tener también la función de hacer efectivos, mediante la coacción, los mandatos del derecho natural. (Ver también, Cap. VII, p. 383 y ss.)

El iusnaturalismo *racionalista* se originó en el llamado movimiento iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII, y que fue expuesto por filósofos como Spinoza, Pufendorf, Wolff y finalmente Kant. Según esta concepción el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios sino de la naturaleza o estructura de la razón humana.

Los juristas racionalistas intentaron formular detallados sistemas de derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas matemáticos. Los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la llamada "dogmática jurídica", que es la modalidad de la ciencia del derecho que prevalece en los países de tradición continental europea.

Después de este último movimiento surgieron otras corrientes iusnaturalistas generalmente de índole encubierta (ya que fueron, en general, reacias a asignarse a sí mismas ese calificativo). La concepción *historicista*, de autores como Savigny y Puchta, pretende inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia humana. Se supone que la historia se mueve por una necesidad interna que la conduce hacia algún destino. El criterio para determinar lo bueno y lo malo lo constituye la dirección de la historia. Esta concepción pretende, pues, mostrar que ciertas normas o valoraciones derivan de determinadas descripciones o predicciones acerca de la realidad; es decir que lo que debiera ser se infiere de lo que es o será.

La misma pretensión se halla detrás de otra corriente iusnaturalista que se ha difundido en este siglo, sobre todo en Alemania: la que se funda en la *"naturaleza de las cosas"*. Esta concepción, defendida por autores como Dietze, Maihofer y Welzel, sostiene, en general, que ciertos aspectos de la realidad poseen fuerza normativa, y constituyen una fuente de derecho a la cual debe adecuarse el derecho positivo.

Por ejemplo, Hans Welzel afirma que, en realidad, existen ciertas estructuras ontológicas, que denomina "estructuras lógico-objetivas", las que, según él, ponen límites a la voluntad del legislador. En especial, señala Welzel que estas estructuras determinan un concepto "finalista" de acción humana, que no puede ser desvirtuado por el legislador, del que se inferirían una serie de soluciones relevantes para el derecho penal.

A pesar de esta diversidad en cuanto al origen de los principios del derecho natural y en cuanto al contenido de dichos principios, el iusnaturalismo puede ser caracterizado por su adhesión a las dos tesis mencionadas antes. Mucho más difícil resulta, en cambio, caracterizar la concepción positivista del derecho. Esto es así porque la expresión "positivismo" es marcadamente ambigua: ella hace referencia a posiciones diferentes que a veces nada tienen que ver entre sí; que, en muchos casos, fueron explícitamente rechazadas por algunos autores considerados positivistas, y que, en otros, fueron sostenidas por juristas positivistas pero no como parte esencial del positivismo por ellos defendido. Esta ambigüedad del rótulo de "positivista" se pone de manifiesto si se pregunta cuál de los jueces que han opinado en el fallo transcripto expresa mejor la concepción positivista del derecho. Algunos dirán confiadamente que es el juez Cayo, mientras que otros asegurarán con igual firmeza que quien refleja la posición positivista es el juez Ticio, y hasta habrá quienes sostengan que ninguno de los dos es realmente positivista.

Algunas de las principales posiciones que se han atribuido, por sus propios cultores o por sus oponentes, al positivismo son las siguientes:

a) El escepticismo ético

Muchos juristas identifican el positivismo con la tesis de que no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos.

Esta tesis se opone directamente a la primera tesis del iusnaturalismo; como vimos, esta posición fue adoptada por el juez Cayo en el fallo imaginario que propusimos.

Si tomamos en cuenta la obra de algunos prominentes pensadores positivistas, como Hans Kelsen y Alf Ross, advertiremos fácilmente que esta tesis es, en general, decididamente defendida

por ellos. Bajo la influencia de concepciones filosóficas empiristas y de los postulados del llamado "positivismo lógico", originado en el Círculo de Viena, estos autores sostienen que los únicos juicios cuya verdad o falsedad es decidible racionalmente son (fuera de los juicios analíticos cuya verdad está determinada por su estructura lógica) los juicios que tienen contenido empírico. Según éstos y otros autores, los enunciados morales no satisfacen esta condición y no expresan, por lo tanto, genuinas proposiciones que puedan ser calificadas de verdaderas o falsas. Los enunciados valorativos son, para ellos, subjetivos y relativos y se limitan a ser la expresión de estados emocionales de quienes los formulan. Kelsen afirma que, por ejemplo, las definiciones del concepto de justicia que se han propuesto son vacuas, y que no puede ser de otra manera, pues el concepto carece de contenido cognoscitivo; la justicia es un mero "ideal irracional". Los intentos de justificar racionalmente ciertos principios de justicia suelen incurrir, según este autor, en el vicio lógico de pretender derivar juicios de "deber ser", o normativos, de juicios del "ser", o descriptivos.

Sin embargo, no todos los positivistas comparten esta tesis de filosofía ética. Lejos de ello, pensadores como Bentham y Austin, los que pueden ser considerados fundadores del positivismo jurídico moderno, creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos: es el llamado "principio de utilidad", el cual sostiene, en substancia, que una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de gente. Es más, estos autores sostuvieron que este principio está en consonancia con la naturaleza humana, y Austin, en particular, afirmaba que deriva, en última instancia, de la voluntad divina. Aun un positivista contemporáneo como H. L. A. Hart no es, de ningún modo, un escéptico en materia ética, y ha incursionado con lucidez en la discusión de problemas valorativos, como el de la justificación de la pena, poniendo de manifiesto que no presupone que tal tipo de discusión sea irracional e involucre un mero choque de actitudes emotivas.

De este modo, no es correcto identificar el positivismo jurídico con el escepticismo ético. Si algo hay en común en el pensamiento de los más importantes representantes de la concepción positivista del derecho, ello no es la creencia de que los jui-

cios valorativos sean subjetivos y relativos. Aun en el caso de Kelsen y Ross se puede afirmar que, si bien su escepticismo ético les sirve de apoyo, como luego veremos, para defender su posición positivista, ellos no *identifican* esta posición con el escepticismo ético.

Por lo tanto, debemos concluir que no es esencial a la posición positivista el rechazo de la primera tesis del iusnaturalismo. La creencia de que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y racionalmente justificables es perfectamente compatible con la concepción positivista del derecho (aun cuando los positivistas se resistirán a calificar tales principios de "derecho natural", para evitar que se confunda su posición con la de los iusnaturalistas).

b) *El positivismo ideológico*

Se ha atribuido también al positivismo la tesis de que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas por la población y aplicadas por los jueces, haciendo caso omiso de sus escrúpulos morales.

Esta tesis es, en substancia, la que antes se ha presentado como tesis 8 acerca de la relación entre derecho y moral e implica la negación de la tesis 7. Ha sido también defendida por el juez Cayo en el fallo transcripto.

Sin embargo, es muy difícil encontrar algún filósofo positivista importante que se adhiera plenamente a esta tesis. Si tomamos en cuenta la obra de autores como Bentham, Austin, Hart, Ross y Bobbio, no hallaremos ningún elemento de juicio en apoyo de esta tesis y hasta afirmaciones explícitas en contra de ella. El caso de Kelsen, como veremos en seguida, es más complicado, porque su teoría incluye ciertas postulaciones que parecen implicar la tesis que estamos considerando, aunque creo que, en definitiva, es injusto atribuírsela. No obstante este hecho, es ésta la posición que con mayor frecuencia ha sido imputada al positivismo por los autores iusnaturalistas, y la creencia de que los positivistas se adhieren a esta idea está detrás de la acusación corriente de que la doctrina positivista sirve para justificar cualquier régimen de fuerza y ha contribuido, en consecuencia, a

proveer un marco teórico para legitimar un sistema como el nazi o el soviético.

Norberto Bobbio denomina la tesis que estamos comentando "positivismo ideológico" y la caracteriza como la concepción que defiende estas proposiciones:

> "*1*) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez. *2*) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal" (en *El problema del positivismo jurídico*).

Por su parte, Alf Ross llama a esta concepción "seudopositivismo" y, en *El concepto de validez y otros ensayos*, dice lo siguiente:

> "Es verdad, sin embargo, y habría que insistir en ello para explicar el malentendido, que un número de autores, comúnmente considerados 'positivistas', han sostenido el punto de vista descripto por Verdross, de que el orden establecido es, como tal, acreedor de obediencia... Esta clase de filosofía moral tiene, hasta donde puedo ver, varias fuentes. Una, pienso, se remonta a las enseñanzas de Martín Lutero, que dio un nuevo alcance a las palabras de San Pablo, que toda autoridad estatal proviene de Dios. Otra puede hallarse en la filosofía de Hegel, condensada en el famoso *slogan* 'lo que es real es válido, y lo que es válido es real'. También concuerda con la ideología del conservadorismo: lo que tiene éxito está justificado, porque Dios ha permitido que lo tenga... Esta es la actiud que se revela en el *slogan Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley), que significa que cualquier *orden jurídico es* derecho y, como tal, cualquiera sea su espíritu y sus tendencias, debe ser obedecido".

Como se pone de manifiesto a través de estas citas, la tesis que estamos considerando no es de índole conceptual sino que involucra una posición ideológica o moral. Ella combina espuriamente una definición de derecho en términos puramente fácticos, como la que los positivistas propugnan (por ejemplo, "el derecho es el conjunto de normas impuestas por los que tienen el monopolio de la fuerza en una sociedad") con la idea iusnaturalista de que toda norma jurídica tiene fuerza obligatoria moral (idea que es coherente con la posición iusnaturalista de que una regla no es jurídica si no satisface exigencias morales o de justicia).

El positivismo ideológico pretende que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente. Pero esta pretensión es ilusoria.

Si se define el derecho en términos puramente fácticos, las proposiciones acerca de lo que el derecho vigente dispone son reducibles a proposiciones acerca de hechos. Ahora bien, es un principio de la lógica del razonamiento práctico (el razonamiento que conduce a la justificación de una acción o decisión) que las proposiciones que describen meros hechos no expresan razones operativas para justificar acciones o decisiones. No se puede justificar una acción o decisión solamente sobre la base de que algo ocurrió u ocurrirá en la realidad. Debe recurrirse además, o bien a deseos o intereses o bien a valoraciones. Cuando se trata de una acción moralmente relevante, las razones morales excluyen las razones prudenciales constituidas por deseos o intereses, que ya no bastan para justificar la acción o decisión. (No basta, por ejemplo, para justificar mi decisión de pasar un tiempo en Oxford, el que mencione el *hecho* de que es un lugar ideal para estudiar filosofía; tengo que acudir, además, a mi *deseo* o *interés* de estudiar filosofía —lo que generalmente está implícito cuando se hace el primer tipo de mención—. Pero si tengo, por ejemplo, el *deber* de cuidar a un pariente enfermo y el ir a Oxford impide cumplir ese deber, no es tampoco suficiente para justificar mi decisión de pasar un tiempo en Oxford el que haga referencia a un deseo o interés.)

Esto significa que cuando un juez pretende justificar su decisión diciendo: "el derecho vigente dispone la solución que estoy adoptando", si consideramos, como los positivistas lo hacen, que esta proposición es meramente descriptiva de ciertos hechos y no implica valoraciones, debemos concluir que el juez no ha conseguido justificar su decisión, a menos que esté presuponiendo implícitamente —como generalmente ocurre— un principio moral como el que dice "debe observarse lo que dispone el derecho positivo". Los jueces, como todos nosotros, no pueden eludir adoptar posiciones morales en materias moralmente relevantes.

En definitiva, el positivismo ideológico es una posición valorativa que sostiene que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones *un solo* principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente. Pero una vez que se advierte esto, se advierte también la radical debilidad del positivismo ideológico. Como lo dijo el juez Ticio en el fallo que imaginamos, si

bien ese principio moral parece estar, en general, justificado (hay razones de orden, seguridad y certeza en su apoyo), él no es el único principio moral válido, ni el único principio moral que los jueces deben tomar en cuenta en sus decisiones.

Hemos dicho que los principales representantes del positivismo están lejos de ser positivistas en el sentido ideológico. Kelsen es un caso especial. Sostiene que las normas jurídicas existen en tanto y en cuanto son válidas o tienen fuerza obligatoria; las normas se dan, no en el mundo de los hechos, de lo que "es", sino en el mundo de lo que "debe ser". (Aunque sean necesarios ciertos hechos, como el que sean dictadas y aplicadas, para que existan.) En esto Kelsen coincide con el iusnaturalismo, pero como este autor pretende fundar una ciencia jurídica valorativamente neutra, rechaza la pretensión iusnaturalista de que la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas deriva de su concordancia con principios morales o de justicia. Para Kelsen tal validez o fuerza obligatoria deriva, en cambio, de una norma no positiva, su famosa norma básica, que dice que lo que un orden coactivo eficaz dispone "debe ser". Ésta no es para Kelsen una norma moral; ella es un mero presupuesto epistemológico, una suerte de hipótesis de trabajo, de la ciencia jurídica. Este presupuesto epistemológico permite a los juristas acceder, sin asumir un compromiso moral o ideológico, a la verdadera realidad jurídica, que, como hemos dicho, está compuesta, para Kelsen, no por hechos, sino por entidades —las normas jurídicas— que pertenecen al mundo del "deber ser". Si un estudioso del derecho no presupone que lo que dispone una orden de quien ejerce el poder debe ser observada, no estará en condiciones de describir esa orden como una norma jurídica. Describiría un mero hecho, tal como lo hacen, por ejemplo, los sociólogos.

Pero en ningún momento dice Kelsen que los *jueces* tienen que aceptar en sus decisiones la norma básica que dice que debe observarse lo que dispone un sistema coactivo eficaz. Él sólo habla de la aceptación *hipotética* de la norma básica por parte de los juristas teóricos, para describir —no para aplicar— el derecho. Kelsen no niega que los jueces pueden dejar de aplicar en sus decisiones normas jurídicas por razones morales. Esto permite sostener que, a pesar de las apariencias, tampoco Kelsen es "un positivista ideológico". Kelsen no afirma que existe una obligación moral de obedecer o aplicar toda norma jurídica.

c) El formalismo jurídico

También se suele atribuir al positivismo una cierta concepción acerca de la estructura de todo orden jurídico. Según esta concepción el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por preceptos legislativos, o sea por normas promulgadas explícita y deliberadamente por órganos centralizados, y no, por ejemplo, por normas consuetudinarias o jurisprudenciales. También sostiene esta concepción que el orden jurídico es siempre completo —o sea no tiene lagunas—, consistente —no presenta contradicciones—, preciso —sus normas no son ni vagas ni ambiguas. En suma, el orden jurídico es un sistema autosuficiente para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible. Bobbio ha denominado esta concepción "positivismo teórico", porque involucra una cierta teoría acerca de la estructura de todo orden jurídico. También se suele denominar tal concepción "formalismo jurídico".

Este tipo de positivismo generalmente va unido al positivismo ideológico que acabamos de examinar. Esto es así porque, por un lado, el positivismo ideológico defiende, en general, la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos —lo que presupone que el derecho está compuesto sólo por leyes— y, por otro lado, el postulado del positivismo ideológico, de que los jueces deben decidir siempre según normas jurídicas y no según otro tipo de principios, presupone que las normas jurídicas siempre ofrecen una solución unívoca y precisa para cualquier caso concebible; de lo contrario los jueces tendrían que recurrir, a veces, a otro tipo de criterios no jurídicos para justificar su decisión.

Como veremos en otro lugar de esta obra, esta concepción del derecho ha tenido una considerable influencia en la conformación del tipo de ciencia jurídica que se ha desarrollado en los países de la tradición continental europea —la llamada "dogmática jurídica"— y muchos de los cultores de esta ciencia se adhieren implícitamente a esta concepción, incluso en casos en que tales juristas manifiestan ser iusnaturalistas.

Como en el caso de las tesis examinadas precedentemente, tampoco es verdad que los principales representantes del positivismo se adhieren a esta concepción del derecho. Por lo contrario, tanto Kelsen como Ross y Hart sostienen claramente que un orden jurídico puede estar integrado no sólo por normas legisla-

das, sino también por normas consuetudinarias y jurisprudenciales, y no se pronuncian acerca de cuáles de estas normas tienen prioridad.

Por otra parte, tanto Ross como Hart (y, en la Argentina, autores como Carrió, y Alchourrón y Bulygin) han contribuido significativamente a esclarecer el tipo de indeterminaciones que un orden jurídico puede presentar, tales como lagunas y contradicciones lógicas, y vaguedad y ambigüedad lingüísticas. Ellos han mostrado que el derecho no es un sistema autosuficiente de soluciones, lo que hace que los jueces no tengan más remedio muchas veces que justificar sus decisiones recurriendo a principios o criterios no jurídicos.

Kelsen es también respecto de este punto un caso especial. En sus obras más importantes este autor sostuvo la tesis de que el derecho no presenta lagunas o contradicciones lógicas, aunque, en cambio, sí admitió la existencia de indeterminaciones lingüísticas, lo que hace, según él, que el derecho presente a los jueces no una sola solución sino varias alternativas. Sin embargo, aun con respecto a la tesis de que el derecho es necesariamente completo y consistente, Kelsen de ningún modo sugiere que esta tesis, sea relevante para su posición positivista.

d) El positivismo metodológico o conceptual

Si ninguna de las tesis anteriores caracteriza esencialmente al positivismo defendido por autores como Bentham, Austin, Hart, Ross, Kelsen, Bobbio, etc., ¿cuál es la tesis en la que todos estos autores coinciden? La respuesta es que ella consiste en la negación de la tesis 10 que se mencionó al comienzo de esta sección, o sea consiste en la tesis de que el concepto de derecho *no* debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Según esta tesis las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables en relación a ciertos hechos observables empíricamente.

La idea de que el concepto de derecho debe caracterizarse en términos no valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas es una mera tesis conceptual. Ella no implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas, y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas. Es per-

fectamente coherente, según esta posición, decir que cierto sistema es un orden jurídico o que cierta regla es una norma jurídica, pero que son demasiado injustos como para ser obedecidos o aplicados. Un positivista de esta persuasión puede decir, sin contradicción, que en determinados casos, los jueces están moralmente obligados a desconocer ciertas normas jurídicas, tal como lo ha dicho el juez Ticio en el fallo que imaginamos. Este tipo de afirmación no será aceptado ni por los iusnaturalistas ni por los positivistas ideológicos; un iusnaturalista dirá que si los jueces están moralmente obligados a desconocer una norma, ella no es una norma jurídica; un positivista ideológico dirá, en cambio, que si una norma es una norma jurídica, los jueces están necesariamente obligados a aplicarla.

Para distinguirlo del positivismo ideológico y del teórico, a este tipo de positivismo suele denominárselo "positivismo metodológico". Quizás sería más claro aún llamarlo "positivismo conceptual", para indicar que su tesis distintiva es una tesis acerca de la definición del concepto de derecho. Esta tesis conceptual se opone a la segunda tesis del iusnaturalismo, que afirma que la identificación de un orden jurídico o de una norma jurídica presupone juicios valorativos acerca de la adecuación de ese orden a ciertos principios morales o de justicia. En cambio, el positivismo metodológico o conceptual *no* se opone, como tal, a la primera tesis del iusnaturalismo, que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y justificables racionalmente. Este tipo de positivismo no involucra una tesis de filosofía ética y no implica necesariamente la adhesión a una posición escéptica respecto de la justificación de los juicios de valor.

En definitiva, la controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo que estamos considerando se reduce a una mera cuestión de definición de "derecho". ¿Cómo debe decidirse esa controversia?

Para quienes subscriben una concepción "esencialista" del lenguaje, se trata de captar cuál es la verdadera esencia del derecho. Pero los que adoptan esta concepción no nos ofrecen un procedimiento intersubjetivo para aprehender la esencia de una cosa, sino que recomiendan, en última instancia, confiar en cierta intuición intelectual que no es objetivamente controlable. De este modo, resulta difícil vislumbrar cómo puede resolverse esta controversia en el marco de una concepción esencialista.

En cambio, según la concepción "convencionalista" del

lenguaje, el significado de una palabra está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de esa palabra. Si es así, una controversia acerca del significado de una expresión lingüística, tal como "derecho", puede encararse en dos planos diferentes.

El primero consiste en averiguar cómo *se usa efectivamente* en el lenguaje ordinario la palabra en cuestión. No hay duda de que, en muchos contextos, la palabra "derecho" se emplea sin ninguna connotación valorativa (aun cuando la palabra conserve, como ya vimos, cierta carga emotiva favorable). La frase "el derecho *x* es sumamente injusto" no parece que sea autocontradictoria, tal como lo es, por ejemplo, la frase "este oro no es metálico". Sin embargo, es posible que, en ciertos otros contextos, el término "derecho" o el calificativo "jurídico" se empleen para hacer referencia sólo a reglas que *deben ser* —desde el punto de vista moral— observadas y aplicadas. Al fin y al cabo, sería irrazonable suponer que el iusnaturalismo no ha tenido influencia en el lenguaje ordinario y que la palabra "derecho" nunca se emplea como esta concepción propugna. Es posible que tanto el positivismo como el iusnaturalismo hayan logrado cierto grado de autoconfirmación, incidiendo en la generación de usos diferentes de la palabra "derecho" que concuerdan con las propuestas de una y otra concepción y dando lugar a que esta palabra padezca de cierta ambigüedad en el lenguaje ordinario. Mientras que en el contexto de estudios sociológicos, históricos, antropológicos, de derecho comparado, no hay duda de que la expresión "derecho" se emplea con el significado que los positivistas proponen, es probable que en el discurso de los jueces y abogados prácticos algunas veces se use la expresión de acuerdo con la concepción iusnaturalista, o sea haciendo alusión a normas que *deben* ser reconocidas y observadas, que tienen necesariamente fuerza obligatoria moral.

Si esto fuera así, no se podría decir que una de las dos concepciones en pugna —el positivismo o el iusnaturalismo— es la única que describe correctamente el uso común de la expresión "derecho". Una y otra concepción parecen reflejar el uso de la expresión en ciertos contextos, uso que ha sido determinado, en parte, por la influencia de la respectiva concepción en tales contextos.

Sin embargo, se podría sostener que no tiene sentido reducir las posiciones iusnaturalista y positivista a meras tesis lexicográficas acerca de cómo se emplea efectivamente la palabra "derecho"

en el lenguaje espontáneo de legos y teóricos. Tal vez estas posiciones versen acerca de cómo *debería usarse* esta expresión y no acerca de cómo se la emplea efectivamente. Esto nos conduce al segundo plano en el que, según la concepción "convencionalista" del lenguaje, puede encararse una discusión sobre el significado de una expresión lingüística.

Los positivistas han formulado varios argumentos en favor de definir la palabra "derecho" haciendo sólo alusión a propiedades descriptivas y no valorativas.

Uno de ellos, formulado por autores como Kelsen y Ross, es que es conveniente definir "derecho" o "sistema jurídico" de modo tal que estas expresiones puedan ser usadas como componente central del lenguaje de la *ciencia jurídica*, la que, como toda ciencia, debe ser puramente descriptiva y valorativamente neutra. Una actividad teórica descriptiva necesita recurrir a términos cuyo significado sea exclusivamente descriptivo; si emplea expresiones con connotaciones valorativas, los enunciados que formule no serán axiológicamente neutros. Sin embargo, un iusnaturalista podría replicar, en primer lugar, que el término "derecho" no se emplea sólo en el marco de la ciencia jurídica sino también en actividades que son esencialmente normativas y no descriptivas, como la administración de justicia. En segundo término, se podría sostener que es controvertible que la actual ciencia jurídica sea una actividad puramente descriptiva y que es también discutible que ella deba serlo. Esto es lo que hace indirectamente relevante, para la discusión entre positivistas y iusnaturalistas, a la tesis 9, mencionada al comienzo. En definitiva, este argumento depende, pues, de la cuestión acerca de la naturaleza y alcances de la llamada "ciencia jurídica"; cuestión que será tratada en el capítulo VI.

Otro argumento, también implícito en autores como Kelsen y Ross, es que, siendo los juicios de valor subjetivos y relativos, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, este concepto se transformaría también en una noción subjetiva y relativa, que cada uno emplearía en forma divergente según sus preferencias y actitudes emotivas; esto haría imposible una comunicación eficaz y fluida entre juristas, abogados, jueces, etcétera. El hecho de que Kelsen y Ross recurran a este argumento es lo que nos ha permitido decir que si bien el escepticismo ético que ellos defienden no se identifica con su posición positivista, él les sirve de apoyo para sostener tal

posición. Pero, como hemos visto, no todos los positivistas son escépticos en materia ética, por lo cual no todos ellos pueden recurrir a este argumento para defender una definición puramente descriptiva, que no tome en cuenta propiedades valorativas, de la expresión "derecho".

Un tercer argumento, que casi todos los positivistas exponen, alude a las ventajas teóricas y prácticas que se obtienen si se define "derecho" de tal modo que sea posible distinguir cuidadosamente el derecho que "es" del derecho que "debe ser". Una definición del tipo que el iusnaturalismo propone hace imposible esta distinción puesto que, según él, nada "es" derecho, si no "debe ser" derecho. Esto implica confundir la realidad con nuestros ideales, lo que obstaculiza no sólo la descripción de la realidad sino también la misma crítica de esa realidad según nuestros ideales. Pero un iusnaturalista podría replicar que su definición de "derecho" permite hacer una distinción que es exactamente paralela a la que el positivismo propone y que satisface los mismos fines: la distinción entre lo que "es" derecho y lo que "es considerado" derecho (por parte de cierta gente). Cuando un positivista dice que algo "es" derecho, un iusnaturalista diría que eso "es considerado" derecho; y cuando un positivista afirma que algo "debería ser" derecho, un iusnaturalista (que comparta sus convicciones valorativas) diría que eso "es" derecho.

Sin embargo, esta réplica no es totalmente convincente, ya que hay ciertos inconvenientes que acarrea el definir cualquier concepto mediante propiedades valorativas o normativas.

En primer lugar, aunque haya principios morales o de justicia de índole objetiva, es un hecho obvio que la gente difiere en la práctica acerca de cuáles son esos principios. Por lo tanto, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, si para identificar a un orden jurídico hubiera que determinar su conformidad con aquellos principios morales y de justicia, la gente diferiría grandemente en su identificación de los sistemas jurídicos. Esto traería graves problemas para la comunicación, principalmente entre los juristas.

En segundo lugar, hay un cierto tipo de crítica valorativa de un individuo, objeto o institución que presupone una comparación con otros que pertenecen a la misma clase por compartir con el primero ciertas propiedades fácticas comunes. Cuando uno dice que un objeto es un mal cuchillo, o que una persona es un mal profesor, no dice que sea un mal objeto o una mala perso-

na, sino que son malos como cuchillo o como profesor. Si el mero hecho de ser malos los excluyera de la clase de los cuchillos o de los profesores, ya no podríamos criticarlos por ser un *cuchillo* o un *profesor* que no satisfacen las condiciones para ser un buen exponente de su clase. Lo mismo ocurre con el concepto de derecho, si decidiéramos que éste sólo es aplicable a sistemas que son buenos o justos. No podríamos hacer comparaciones entre un sistema jurídico bueno y otro malo, porque este último sistema no sería un sistema jurídico. De este modo, obscurecemos los rasgos fácticos comunes que tienen tanto el uno como el otro sistema y dejamos de percibir con claridad cuál es el peculiar disvalor que puede presentar un sistema con esas propiedades fácticas. Así como hay ciertas deficiencias específicas que hacen que una persona, que satisface las condiciones fácticas que nos permiten llamarlo "profesor", sea un mal profesor (y no, por ejemplo, un mal hombre, o un mal marido), hay también ciertas deficiencias específicas que hacen que un sistema normativo que reúne las condiciones fácticas que nos permiten calificarlo de "derecho", sea un derecho injusto. El sistema normativo impuesto en la Alemania nazi nos choca como tan radicalmente injusto, precisamente por haber sido un sistema jurídico, o sea un sistema que compartía ciertas propiedades fácticas comunes con otros sistemas jurídicos, como el argentino o el norteamericano. Si lo viéramos, en cambio, no como un sistema jurídico sino como el orden normativo de una organización delictiva —como la mafia— lo seguiríamos considerando aberrante pero dejaríamos de percibir claramente la horrenda iniquidad involucrada en la implantación de un sistema respaldado por el monopolio de la fuerza en un cierto territorio, constituido por leyes y aplicado por jueces y funcionarios, pero que, a diferencia de otros sistemas que reúnen estas mismas propiedades, no estaba dirigido a garantizar a toda la población condiciones de vida razonablemente seguras y equitativas, sino a asegurar el dominio de cierta raza eliminando a los "seres inferiores" y a los disidentes.

Por otra parte, los sistemas normativos que suelen denominarse "derecho" en contextos descriptivos, presentan rasgos comunes de índole fáctica que son de tal relevancia para todo análisis social, como el que realizan sociólogos, antropólogos, historiadores, etc., que se hace necesario agruparlos conceptualmente en una misma clase, distinguiéndolos de otros fenómenos sociales. Si no pudiéramos utilizar la palabra "derecho" para deno-

minar todos los miembros de esa clase, tendríamos que inventar otra palabra que cumpliera la misma función. (El iusnaturalismo no podría oponerse a que llamáramos, por ejemplo, "flux", todo lo que los positivistas llaman "derecho". ¿Pero por qué sería admisible ese uso amplio del grafismo "flux" y no ha de serlo el uso igualmente amplio del grafismo "derecho"?).

El resultado de esta discusión nos permite concluir que hay ciertas razones de peso en favor de la posición adoptada por el positivismo metodológico o conceptual respecto de la definición de "derecho", pero también nos permite advertir que la elección entre esta posición y la del iusnaturalismo no implica tomar partido acerca de alguna cuestión filosófica profunda sino acerca de una mera cuestión verbal. Una controversia acerca del significado que tiene o que debe dársele a cierta palabra —como lo es, en definitiva la controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo conceptual— no representa (una vez identificada como tal) ningún obstáculo insalvable para el progreso de las ideas. Aun si las partes no se ponen de acuerdo (y, al fin y al cabo, ¿quién es uno para legislar cómo cierta palabra debe ser usada por los demás?), ellas pueden entenderse perfectamente si distinguen cuidadosamente el significado diferente que cada parte le asigna a la palabra y si proceden a traducir lo que se dice en un lenguaje al lenguaje alternativo. Como se ha sugerido antes, todo lo que se dice en el lenguaje positivista puede ser traducido al lenguaje iusnaturalista, y viceversa (aunque la traducción sea, en algunos casos, sumamente engorrosa).

En lo que sigue asumiremos la propuesta positivista de autores como Bentham, Austin, Ross, Hart y —con ciertas salvedades— Kelsen, de definir "derecho" como un sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa. Pero, antes de seguir explorando cómo esta propuesta puede ser concretada en una definición más o menos esclarecedora y operativa, debemos examinar brevemente otra propuesta que pretende llevar mucho más lejos que los autores mencionados, el programa positivista de definir "derecho" en relación a ciertos hechos empíricamente observables. El movimiento denominado "realismo jurídico" cuestiona la compatibilidad de ese programa con la idea de caracterizar el concepto de derecho como un sistema de *normas*.

3. El planteo del realismo jurídico

a) El escepticismo ante las normas

Entre varias otras, hay una importante corriente del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en los Estados Unidos y los países escandinavos, con escritores tales como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, etc., que muestran lo que se ha llamado "una actitud escéptica ante las normas jurídicas".

Como dice H. L. A. Hart (en *El concepto del derecho*), el escepticismo frente a las normas es una especie de reacción extrema contra una actitud opuesta: el formalismo ante las normas y los conceptos jurídicos.

En los países del denominado "derecho continental europeo", Francia, Alemania, Italia, España, etc., y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. El hecho de contarse en estos países con una amplia codificación del derecho, dio pie para que los juristas asignaran a esos sistemas, y a las normas que los constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre tienen: precisión, univocidad, coherencia, completitud, etcétera. La asignación de estas propiedades con un grado mayor del que permite la realidad, se debe, entre otras cuestiones, a ciertas hipótesis implícitas de la dogmática continental sobre presuntas cualidades racionales del legislador. Como los juristas suponen que el legislador es racional, no pueden admitir, por ejemplo, que dos de sus normas estén en contradicción, y si lo están, afirman que es sólo una apariencia, pues investigando el *verdadero* sentido de las normas en cuestión podrá determinarse para cada una de ellas un ámbito de aplicación independiente en el que no entre en conflicto con la otra.

Los juristas del llamado *common law* no tienen frente a sí cuerpos codificados a los que prestar una tal profesión de fe. La mayor parte de las normas que constituyen, por ejemplo, el derecho norteamericano, están originadas, no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes.

Al no tener oportunidad de subyugarse con códigos con pretensión de ser encarnación de la "razón", los juristas de ese siste-

ma han advertido, con mayor claridad que sus colegas dogmáticos (o sea los juristas del sistema continental europeo), que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar, ya sea que tales normas jurídicas estén dictadas por un legislador, integrando un código o no, o se las infiera de los fundamentos de las decisiones judiciales.

Por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad.

Por otra parte, las normas jurídicas más importantes son *generales*. Cuando se formula una norma general, se tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de regulación. Pero como los legisladores no son omniscientes, obviamente no prevén todas las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. De este modo, quedan casos sin regular y casos en los que se le da una solución diferente de la que se le hubiera asignado de haberlos tenido presentes.

Estas observaciones, y otras que no es del caso señalar aquí, han debilitado la confianza de muchos juristas en la certeza que afrecen las normas jurídicas. Pero una cuestión es decir que el derecho está integrado por normas jurídicas, pero que éstas no tienen las virtudes que el formalismo jurídico les asigna, y otra, muy diferente, que el derecho no consiste en absoluto en normas jurídicas.

Una gran vertiente del realismo norteamericano y algunos juristas escandinavos dieron efectivamente el segundo paso.

Es famosa la siguiente frase de Llewellyn *(The Bramble Bush)*: "Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos". ¿Por qué dice "predecir lo que harán los jueces"? La respuesta está dada por el hecho de que el realismo, en términos generales, justamente coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas.

Quizás haya pocos pasajes que sinteticen mejor el enfoque

realista que éste, del célebre juez Holmes (en *La senda del derecho)*:

> "Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental ¿qué es el derecho? Encontraréis que ciertos autores os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por 'derecho' las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos."

Estas palabras, a pesar de su estilo despreocupado, ofrecen un material muy valioso para juzgar el realismo.

b) *Examen crítico del realismo. El papel de las normas jurídicas*

En primer lugar, aparece en esta corriente una elogiable actitud cautelosa frente a las especulaciones que durante siglos han ocupado a los juristas en la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes, que encarnen la verdadera estructura de la razón humana. Según los realistas, hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables. Si buscamos hechos, ¿qué más podemos encontrar que constituya el derecho que las decisiones judiciales?

Se nos habla del punto de vista del hombre malo. Efectivamente, un individuo que únicamente se preocupe por evitar consecuencias desagradables, estará interesado sólo en que se le prediga qué actos puede realizar impunemente y cuáles probablemente serán objeto de castigo por parte de los jueces.

Sin embargo, tenemos derecho a preguntar, con Hart, qué pasa con el hombre bueno; el hombre que quiere cumplir con su

deber independientemente de cuáles sean las consecuencias. El realismo dirá que este hombre está sólo interesado en una cuestión moral y que el derecho no le puede dar ninguna respuesta, sino que debe recurrir a su conciencia, como dice Holmes. El derecho sólo le permite predecir cómo se comportarán los tribunales, no cuáles son sus deberes o facultades.

Debemos seguir haciendo preguntas: cuando Holmes y Llewellyn nos dicen que el derecho consiste en un conjunto de profecías sobre la conducta de los tribunales, ¿en cuál de sus diferentes sentidos usan la palabra derecho? ¿Se refieren a la ciencia jurídica o al objeto de estudio de la misma?

Parece evidente, a pesar de que probablemente estos autores no tienen clara conciencia de ello, que nos están hablando de la ciencia del derecho. Son los juristas y los abogados los que, supuestamente, harían profecías sobre la conducta de los jueces, y no los mismos jueces y los legisladores. Por otra parte, si el derecho consistiera en profecías sobre lo que harán los jueces, no se entendería bien en qué consiste la ciencia jurídica; seguramente no en hacer profecías sobre profecías. Obviamente, Holmes y Llewellyn están hablando de la ciencia jurídica, de la actividad de los juristas y abogados cuando están metidos en la tarea de conocer el derecho.

Entonces, todavía no sabemos qué es el derecho, o sea el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

La respuesta más sencilla es que, si la ciencia del derecho consiste en predecir decisiones judiciales, entonces el derecho no es más que un cierto conjunto de tales decisiones.

Sin embargo, aquí cabe hacer otra pregunta: ¿Cómo sabemos quiénes son los jueces? El realismo no brinda una respuesta coherente a esta cuestión, y parece quedar en pie la observación de Kelsen y Hart, entre otros, de que, por lo menos, esta corriente debe admitir la existencia de normas que dan competencia a ciertos individuos para actuar como jueces, ya que no hay ninguna propiedad *natural* que diferencie a los jueces de quienes no lo son, sino que la distinción depende de que unos estén autorizados por ciertas normas y los otros no.

Por otro lado, se nos habla de las *conductas* o las *decisiones* de los jueces, ¿pero qué aspectos de tales conductas o decisiones le interesan a la ciencia jurídica? Obviamente, los jueces realizan muchos movimientos corporales, incluso en cumplimiento de sus funciones, que son absolutamente irrelevantes para la inves-

tigación jurídica. Cuando un juez firma un papel escrito a máquina, esto no le interesa al científico del derecho; lo que le interesa es lo que ese papel *dice*. Y cuando nos preguntamos qué dijo un juez, suponemos naturalmente que ha realizado un determinado acto verbal, pero centramos nuestro interés en su significado. Un juez pronuncia expresiones como "Fulano debe pagar el alquiler", "Mengano debe ir a la cárcel". Saber que el juez pronunció ruidos semejantes es necesario, no porque estemos interesados en su actividad de pronunciar esos ruidos, sino porque estamos interesados en lo que ellos significan, y el significado de tales expresiones es lo que suele llamarse "normas jurídicas". O sea que lo que se supone que los juristas predicen no es qué actos verbales van a realizar los jueces sino, a través de ellos, qué normas jurídicas particulares van a formular para resolver un conflicto. Esto lleva a admitir la relevancia de tales normas particulares.

Además, se da el hecho de que los jueces, al formular sus normas, no proceden arbitrariamente, sino que siguen ciertas pautas generales. Los mismos jueces dicen que ellos, en sus decisiones, *aplican* el derecho. Obviamente, si el derecho, como surge de la primera interpretación del realismo que en seguida rechazamos, consistiera en profecías sobre la conducta de los jueces, sería absurdo decir que los jueces aplican el derecho, pues esto significaría que tienen en cuenta para actuar una predicción sobre cómo van a hacerlo. Como dijimos, los realistas no deben querer decir que el derecho objetivo consiste en profecías sobre la actividad judicial, sino que consiste en decisiones judiciales particulares; pero los jueces, cuando tienen que decidir un conflicto, no tienen en cuenta otras decisiones judiciales sino, en todo caso, los criterios, las pautas, las normas que siguieron otros jueces para adoptar sus decisiones. Aun esto no se da en todos los sistemas jurídicos; por ejemplo, en el nuestro los jueces tienen en cuenta las pautas dictadas explícitamente por el legislador, sin prestar mucha atención a las reglas que no tienen ese origen, sean seguidas o no por otros jueces.

Entonces, si hay que admitir que los jueces siguen ciertas normas generales, ¿qué clase de normas son éstas? Felix S. Cohen (en *El método funcional en el derecho*) responde de este modo en nombre del realismo:

> **"La pregunta del tipo '¿hay contrato? puede recibir un segundo significado, radicalmente distinto al anterior. Cuando el juez se for-**

> mula esta pregunta al redactar una sentencia, no está tratando de predecir su propio comportamiento; lo que está haciendo es plantearse, en forma oscura, el problema de si *debe* o no atribuir responsabilidad a alguien por ciertos actos. Esta es, ineludiblemente, una cuestión ética. Lo que un juez debe hacer en un caso dado es un problema tan moral como los problemas de moralidad que se examinan en las 'escuelas dominicales'."

Llegados a este punto, es del caso preguntarse si el realismo no está enfrentado con un puro problema de palabras. Porque resulta que reconoce que los jueces siguen ciertas normas para adoptar sus decisiones, pero sostiene que esas normas no son jurídicas sino que son morales. Pero, ¿qué inconveniente hay en el uso común de los juristas que llaman "jurídicas" a las normas que tienen en cuenta los jueces en sus decisiones? ¿No es válido, incluso, llamar "jurídicas" a tales normas *precisamente* por el hecho de ser usadas por los jueces como fundamento de sus sentencias?

Este último criterio es seguido por un realista moderado, Alf Ross (en *Sobre el derecho y la justicia*). Este filósofo escandinavo es un realista en cuanto caracteriza el derecho sobre la base de la predicción de las decisiones judiciales. Pero se preocupa por aclarar que esta caracterización corresponde a la *ciencia jurídica* y no al objeto de estudio de la misma. Por otra parte, analiza qué aspectos de las decisiones judiciales constituyen el objeto de predicción por parte de los juristas: lo que la ciencia del derecho predice es qué *normas* o *directivas* van a ser usadas por los jueces como fundamento de sus sentencias.

En consecuencia, Ross define el derecho vigente, en el sentido de ordenamiento jurídico, como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones.

De este modo, el realismo de Ross no lo obliga a adherirse al aserto de Llewellyn de que las normas no son más que juguetes vistosos; por el contrario, define el derecho como un conjunto de normas o directivas. La diferencia que separa a Ross de las posiciones no realistas no es, entonces, su escepticismo absoluto ante las normas, sino su criterio para determinar cuáles son las normas que integran un cierto sistema jurídico. Según el criterio de Ross, para que una norma integre el derecho vigente de un determinado país, no hay que verificar su validez o fuerza obligatoria —nociones que ocupan un lugar central en la teoría tradicional y que deben ser tratadas en otro lugar— sino la

posibilidad de que sean aplicadas por los jueces. Es decir, que las decisiones judiciales no constituyen el derecho sino que determinan qué normas integran el derecho de un cierto país.

De este modo, las corrientes realistas más razonables no eliminan las normas jurídicas del análisis jurídico sino que proponen criterios verificables empíricamente para determinar cuándo las normas integran un sistema jurídico dado.

O sea que tenemos nuevamente las normas jurídicas en el centro de nuestro análisis. Pero, ¿qué es una norma jurídica?

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

I

1.— Analice y comente el siguiente párrafo de un distinguido civilista argentino:

"*Noción verdadera de derecho.* El derecho es el orden social justo. Tal es la tesis de Renard a la que nosotros adherimos. En efecto el derecho es la fuerza o es una regla que trasciende la vida. No hay otra alternativa... Así, pues, un orden social será justo y por lo tanto verdadero derecho y no remedo de tal cuando instaure una disciplina de la conducta humana que tome en cuenta al hombre como realmente es..." (Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general.* Bs. As., 1961, t. I. p. 18 y 20).

2.— Señale con un mismo signo las frases en que la palabra "derecho" esté usada con el mismo sentido:

a) La Constitución garantiza el derecho de peticionar ante las autoridades.

b) El derecho español estipulaba la pena de muerte por garrote para algunos delitos.

c) El Presidente de la Nación tiene derecho a vetar una ley del Congreso.

d) El derecho penal argentino se ajusta a ciertos principios liberales.

e) El derecho requiere de sus cultores una aguda capacidad analítica para percibir las consecuencias de las normas generales en situaciones particulares.

f) "Derecho" se traduce en alemán por *Recht.*

g) Diferentes circunstancias socioeconómicas pueden influir en la evolución del derecho de un país.

h) La carrera de derecho es más larga en la Argentina que en los Estados Unidos.

3.— Imagine una discusión verbal provocada por la vaguedad de la palabra "derecho".

4.— Explique las diferencias que hay entre las siguientes tesis acerca de la relación entre derecho y moral:

a) Las normas de todo sistema jurídico reflejan de hecho los valores y aspiraciones morales de la comunidad en la cual rigen o de los grupos

de poder que participan directa o indirectamente en el dictado de tales normas.

b) Las normas de un sistema jurídico deben ajustarse a ciertos principios morales y de justicia que son universalmente válidos con independencia de que ellos sean aceptados o no por la sociedad en que tales normas se aplican.

c) Las normas de un sistema jurídico deben reconocer y hacer efectivas las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera que sea la validez de tales pautas desde el punto de vista de una moral crítica o ideal.

Una vez que haya explicado las diferencias entre estas tesis, diga cuál de ellas considera justificada.

5.— Indique si alguna de las tesis siguientes fueron sostenidas por algunos de los jueces que dictaron el fallo ficticio que se dio como ejemplo y, en caso de ser así, por quién:

a) Todo sistema de normas que está respaldado por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una sociedad es un sistema jurídico.

b) Todo sistema de normas que está respaldado por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una sociedad está moralmente justificado y debe ser obedecido.

c) Ningún sistema de normas que no esté moralmente justificado es un sistema jurídico.

6.— ¿Es posible hablar de "derecho nazi" sin adherir a la ideología nazi? Fundamente su respuesta.

7.— Indique cuál de los jueces del ejemplo es un positivista "metodológico" o "conceptual"; cuál es un positivista "ideológico", y cuál es un iusnaturalista.

8. — Indique cuál de las siguientes críticas usuales al positivismo considera justificada. Señale cuál es la especie de positivismo que se hace acreedora de la crítica en cuestión:

a) El positivismo conduce a legitimar cualquier régimen de fuerza, por injusto y autoritario que sea.

b) El positivismo supone que la tarea del juez es meramente mecánica y se agota en la deducción de soluciones para casos particulares a partir de normas jurídicas generales, sin tomar en cuenta consideraciones valorativas, sociológicas, etcétera.

c) El positivismo implica una concepción nihilista en materia valorativa; para él no hay valores absolutos y, en consecuencia, todo es moralmente permisible; de ahí a propiciar el caos y la corrupción de las costumbres hay un solo paso.

d) El positivismo identifica el derecho con la ley, olvidando el papel relevante que tienen en un orden jurídico las costumbres sociales, las pautas jurisprudenciales, las doctrinas de los juristas.

9.— ¿Cuál de las tesis siguientes es atribuible al positivismo conceptual o metodológico?:

a) El derecho natural no existe; el único derecho existente es el positivo.

b) El creer en el derecho natural (que cada uno puede interpretar a a su modo) favorece la anarquía y la rebelión.

c) El derecho positivo debe ser identificado como tal con independencia de su presunta concordancia o discordancia con el derecho natural.

d) El derecho positivo debe ser observado y aplicado con independencia de su presunta concordancia o discordancia con el derecho natural.

e) Los jueces nunca deben basar sus decisiones en el derecho natural.

10.— Exponga las tesis que caracterizan la posición iusnaturalista. ¿Cuál es su opinión acerca de la posibilidad de justificar racionalmente las normas de un derecho natural?

11.— Analice la siguiente discusión ficticia entre tres juristas:

A. Al leer una obra en la que curiosamente vi transcripta la discusión que vamos a tener, me llamó la atención que el autor presentara el ejemplo de un fallo en el que uno de los jueces que lo subscribe se niega a aplicar una norma a pesar de reconocer que forma parte de un sistema jurídico válido. Difícilmente cabría imaginar una tesis más aberrante: Si se demuestra que una norma pertenece a un orden jurídico, ello es suficiente para que la norma deba ser observada.

B. No comparto en modo alguno su opinión. Una norma puede pertenecer a un cierto sistema jurídico y no por ello ser obligatoria; más aún, todo un orden jurídico puede carecer de fuerza obligatoria. Supóngase que en este momento en la Argentina se dictara una ley discriminando a la población según sus ideas políticas e imponiéndoles impuestos diferentes según fueran ellas. Supóngase también que se la defendiera como no incompatible con la Constitución, puesto que si bien ésta consagra el principio de igualdad, tal principio se interpretó siempre en el sentido de que la equidad debe regir en situaciones iguales, lo cual reconocería la ley en cuestión (todos los del partido *X* pagarían igual impuesto). ¿No cree usted, pues, que los jueces tendrían el deber de negarse a aplicar esa ley y que sería elogiable que los súbditos la desobedecieran? Lo mismo que digo de una ley aislada, lo proclamo respecto de algunos órdenes jurídicos. Me parecen detestables los jueces que aceptaron el derecho nazi (o los que hoy aplican el derecho soviético para reprimir a los disidentes) y dignos de encomio los súbditos que se rebelaron contra él.

A. En toda su argumentación hay una incoherencia notoria. Usted llama "derecho" al nazi y norma "jurídica" a la del impuesto discriminatorio. Con el uso de esos términos está ya reconociendo usted la fuerza obligatoria de lo que así denomina, puesto que es esencial al derecho el deber de obediencia.

B. Reconozco que me expresé mal, cayendo en un uso incorrecto (sin embargo, muy divulgado) de la palabra "derecho". Pero eso no incide en la fuerza de mi argumento. Partiendo de la base de que sólo los ordenamientos justos son derecho, no denominaré así ni el sistema nazi ni la norma del impuesto. Llamaré al primero

"orden coactivo" y a la segunda "mandato" o "directiva". Lo que quiero decir es que no todo orden coactivo, por más eficaz que sea, tiene fuerza obligatoria. Sólo la poseen aquellos que son justos, que son los únicos que constituyen sistemas jurídicos.

A. Usted ha dicho que sólo los ordenamientos justos son derecho; yo invertiría la frase y diría que el derecho es siempre justo. Además, aun cuando yo no propugne que se instaure un sistema como el nazi —¡válgame Dios!—, creo que es indudable que, una vez establecido, es un sistema jurídico, y que el lenguaje corriente no está equivocado al denominarlo así. Por lo tanto sostengo que un sistema como ése, como todo derecho, tiene fuerza obligatoria.

B. Su posición me parece cínica. Usted dice que no desea que se establezca un orden como el nazi; pero una vez instalado sostiene que tiene fuerza obligatoria, o sea que debe ser obedecido. En definitiva, pues, y sin pretender ofenderlo, se prosterna usted ante cualquier banda de forajidos que se adueñe del poder. ¿No cree usted en la existencia de principios trascendentes que establecen qué condiciones debe poseer quien ejerza el poder y en qué forma debe ejercerlo para que sea legítimo? ¿No cree usted que hay normas no establecidas por ningún hombre, pero que rigen sin embargo a todos los hombres, en toda clase de circunstancias temporales y espaciales, y que establecen límites infranqueables para el legislador humano? Yo sí creo en ellas, y sostengo que es función del jurista analizarlas y discriminar cuáles órdenes coactivos constituyen derechos y cuáles no y, en consecuencia, cuáles deben ser obedecidos y cuáles no.

A. ¿Pero cuál es el origen de tales principios o normas trascendentes?

B. Vea, amigo, yo creo en Dios. Pienso que Dios ha establecido esos principios a los cuales debe atenerse el legislador humano. Sin embargo, sé que hay teóricos que han llegado a la misma conclusión, no derivando esas normas de la voluntad de Dios, sino de ciertos hechos como la razón humana, el curso de la historia, la naturaleza de las cosas, la estructura de la realidad, etcétera. Aunque no comparto esas opiniones, me parece que, de hecho, responden a los mismos ideales que la mía.

A. Usted está equivocado. Por supuesto, hay mucha gente que cree en esos principios trascendentes, pero en la hora de asignarles contenido, cada cual le otorga uno diferente. Unos dicen que propugnan la propiedad privada, otros la apropiación colectiva de los medios de producción. Generalmente se piensa que protegen la libertad, pero ¿se olvida usted que en la antigüedad se recurrió a esos mismos principios para justificar la esclavitud? Yo también creo en Dios y precisamente por eso pienso que si Él permitió que un sistema coactivo tuviera éxito, ello mismo justifica ese ordenamiento y da origen a su fuerza obligatoria. Además, usted me habla de libertad y justicia; pero, ¿qué me dice del orden y la seguridad? Un derecho eficaz, cualquiera que sea su contenido, garantiza siempre el orden. Yo apoyo la libertad y la justicia, pero no la anarquía y el caos. Siempre debe acatarse el derecho; si

éste es bueno, mejor; si no, hay que tratar de que se lo modifique por los procedimientos que él mismo establece.

¿Pero qué dice *C*, que hoy parece adormilado?

C. En realidad, esta discusión, sin duda interesante, me ha dejado un tanto confundido. Alternativamente me fue pareciendo que los argumentos que alegaba cada uno de ustedes para refutar al otro, eran en general convincentes. Sin embargo, no me resultaron aceptables las opiniones positivas que vertieron. Trataré de ser más explícito.

Por ejemplo, creo que *A* tiene razón cuando dice que en el lenguaje ordinario, y hasta en el espontáneo de los juristas, la palabra "derecho" se usa sin verificar previamente si un sistema coactivo es o no justo. No veo las ventajas de apartarnos de tal uso común, y creo que es aceptable la definición de "derecho" como un sistema normativo entre cuyas normas hay algunas que regulan la ejecución de actos coactivos.

Lo que ocurre es que el término "derecho" lleva en sí una carga emotiva que los confunde a ustedes. Su aplicación a un sistema, expresa o provoca en la gente una actitud favorable; es, como las palabras "democracia" u "obra de arte", un rótulo honorífico, con el cual se condecora ciertos objetos.

Pero una teoría científica debe tratar de sobreponerse al significado emotivo de las palabras (ojalá pudiéramos prescindir de la palabra "derecho" —no del derecho— y reemplazarla por otra que fuera emotivamente neutra). Bien sé que *B* podría decirme que está de acuerdo con esto, que lo que él propone es incluir en el significado descriptivo de "derecho", como característica definitoria, que se trate de un orden justo. Pero a mí me parece inconveniente. Es como si un crítico de arte propusiera que se denominasen "obras artísticas" sólo las que fuesen estrictamente bellas. Los críticos jamás se pondrían de acuerdo sobre qué obras merecerían que se las incluyese en un catálogo de arte. Por ejemplo, a mí no me gusta *La Gioconda*. ¡Fuera, pues, ese cuadro del catálogo de arte del Louvre!

Lo mismo ocurriría con los científicos del derecho.

No habría acuerdo entre los distintos juristas acerca de qué fenómenos constituyen el objeto de estudio de la ciencia jurídica, si el que un orden coactivo cualquiera sea o no un orden jurídico dependiera de que lo consideremos o no justo. Por supuesto que el significado descriptivo de "derecho" que propongo, del que excluyo las propiedades valorativas, no nos obliga a aceptar cualquier sistema que denominemos "derecho"; así como llamar "obra artística" al cuadro *La Gioconda* no nos constriñe a admitir que sea bello. Este es precisamente el error de *A*. Comparte el significado descriptivo que propongo para "derecho", pero cae víctima de su contenido emotivo, que pretendo eliminar, arguyendo que si un orden reúne las propiedades empíricas que permiten denominarlo "derecho", ese orden está ya justificado.

Pero supongo que podemos ponernos de acuerdo en las cuestiones terminológicas, que ciertamente los han perturbado a uste-

des, y pasar a la cuestión de fondo, acerca de los criterios que debemos tomar en cuenta para decir de un derecho, o de una norma de él, que tiene fuerza obligatoria, que debe ser obedecido.

Estoy de acuerdo con *B* en que la posición de *A* es moralmente censurable. Constituye el extremo del conformismo. Con su mismo razonamiento se podría decir que si el cáncer se da es porque Dios lo ha permitido y, en consecuencia, no debe ser atacado.

Pero no estoy interesado, por lo que después diré, en discutir la validez moral de la posición de *A*, sino en mostrar su estructura lógica. *A* comete la falacia de pretender pasar del ser al deber ser, de los hechos a los valores, de las descripciones a las prescripciones. Del hecho de que se dé un sistema coactivo, sin ningún otro elemento, a que deba ser obedecido. Los lógicos están por lo común de acuerdo en que si las premisas de un razonamiento son todas ellas enunciados descriptivos, la conclusión no puede ser una prescripción; para que ella sea posible entre las premisas tiene que haber al menos otra norma. *A* solamente puede salvar su tesis si renuncia a inferir del mero hecho que un sistema coactivo tenga éxito en imponerse, el deber de obedecerlo. Tendría que presuponer, además, una norma que, por ejemplo, dijera: "todo lo que se da debe ser aceptado". Pero, a juzgar por su ceño frucido cuando mencioné el ejemplo del cáncer, dudo que *A* acepte una norma semejante.

También tengo graves observaciones que hacer a la posición de *B*.

Quiero decir, antes que nada, que los que, como *B*, creen en la existencia de principios que ponen límites a los legisladores humanos, pero no los infieren, como él, de la voluntad de Dios, sino de la naturaleza de las cosas, de la estructura de la razón humana, etc., cometen la misma falacia que *A*, pretendiendo elevar ciertos hechos, muy especiales, a la categoría de principios o normas.

El amigo *B* no incurre en esta falacia, pero sí se hace pasible de otras críticas que comparte con las posiciones que acabo de mencionar.

Yo no soy enemigo de que se crea en hechos trascendentes, pero sí sostengo que tales creencias deben ser cuidadosamente distinguidas de la investigación científica. El avance actual de las ciencias se debió en gran parte al proceso de excluir de su ámbito las creencias metafísicas. Yo deseo que la investigación jurídica constituya una verdadera ciencia.

Las ciencias contemporáneas no admiten proposiciones, ya sean leyes, teorías, etc., que no sean de algún modo verificables mediante la observación empírica. La única excepción está constituida por los enunciados llamados analíticos o tautológicos, como los de las matemáticas y la lógica; pero estos enunciados no pretenden describir hechos, sino que su función consiste principalmente en permitir pasar de ciertos enunciados empíricos a otros enunciados empíricos.

La regla que "prohíbe" los enunciados que pretenden hablar de los hechos, pero que no son contrastables empíricamente (enun-

ciados llamados sintéticos *a priori*), es el denominado "criterio empírico de significado". Según este criterio, del que se han dado muchas versiones, los enunciados metafísicos carecen de significado.

Los enunciados mediante los cuales *A* pretende describir esas supuestas normas trascendentes válidas para todos los hombres en todo tiempo y lugar son, para mí, metafísicos, ya que no veo qué procedimiento empírico podemos seguir para comprobar una proposición que diga, por ejemplo, que tales normas trascendentes propugnan la propiedad privada, o la que establezca, por el contrario, que tales principios estipulan la propiedad colectiva de los medios de producción.

Yo creo que esas oraciones, en lugar de describir algo (ciertas normas trascendentes) son en sí mismas directivas o valoraciones de carácter moral o ideológico. No tengo nada contra ellas y, al contrario, pienso que la vigencia de ciertas ideologías y determinados principios morales ha hecho avanzar extraordinariamente a la raza humana y nos permite ser optimistas en cuanto a su evolución continuada. Sin embargo, pienso que tales valoraciones acerca de estados de cosas ideales, no nos deben llevar a obscurecer nuestro conocimiento de la realidad tal cual es; lo cual no sólo tiene un valor por sí mismo, sino que sirve como instrumento para poder modificar tal realidad; modificación que, en cambio, se hace sumamente dificultosa, si confundimos nuestra descripción de los hechos con nuestras valoraciones acerca de los mismos.

A diferencia de *A*, para quien todo derecho que es debe ser, y de usted, *B*, para quien sólo el derecho que debe ser, es, creo yo que hay que distinguir cuidadosamente entre el derecho que es y el derecho que debería ser. La genuina ciencia jurídica tiene por función presentar descripciones contrastables acerca de los fenómenos jurídicos que se dan en la realidad, nos gusten o no, sin que ello implique aceptar axiológicamente tales fenómenos (como lo hace *A*).

Me parece, pues, que el concepto normativo de validez, o sea cuando se usa el término para manifestar adhesión a una norma o a un sistema, debe ser excluido de la ciencia jurídica. La pregunta acerca de si debemos acatar o no un determinado derecho sólo tiene una respuesta moral o ideológica (que, por supuesto, dependerá del sistema moral o de la ideología política de cada uno), pero no científica.

B. ¿Pero no advierte usted que toda su extensa argumentación parte de un presupuesto que yo no tengo por qué compartir? Usted manifiesta que mis enunciados acerca de ciertas normas trascendentes sólo se pueden admitir como prescripciones o valoraciones de índole moral o ideológica, puesto que no pueden ser proposiciones descriptivas de algún hecho (las normas trascendentes) por no ser verificables empíricamente. Yo no acepto el llamado "criterio empírico del significado". Creo que hay enunciados con significado que describen hechos, por lo cual son sintéticos, aunque la forma de conocer su verdad no dependa de la experiencia empírica, sino que es *a priori* de ella, la verdad de esos enunciados se capta

por intuición. En consecuencia, yo no formulo prescripciones, describo válidamente un derecho trascendente que *es* con más justos títulos que los órdenes coactivos positivos. Coincido con usted en que hay que separar nuestros juicios acerca del derecho que es de los que se refieren al derecho que debe ser; pero repito, que describo normas trascendentes que existen y que pueden ser conocidas objetivamente por la ciencia jurídica, aunque no por métodos empíricos.

C. Usted ha planteado, por fin, la cuestión en términos claros. Me dice que no acepta el criterio empírico de significado, que cree que hay enunciados significativos que se refieren a la realidad, aunque su verdad se determine por medios distintos de la verificación empírica, o sea enunciados sintéticos *a priori*. Usted admite que los enunciados que describen sus normas trascendentes son de esa índole, pero como considera que ellos suministran un conocimiento genuino, sostiene que la ciencia jurídica debe ocuparse de ellos, y no ya sólo de las proposiciones empíricas que describen el derecho positivo.

Reconozco la coherencia de su planteo. En verdad no creo que pueda yo defender *lógicamente* el criterio empírico de significado, que no es en sí mismo un enunciado acerca de la realidad, sino una regla metodológica; sólo puedo defenderlo apoyándome en razones pragmáticas, o sea mostrando que el aceptarlo tiene consecuencias preferibles que el negarlo. Como dije antes, la ciencia se desarrolló extraordinariamente una vez que se desprendió de las cosmovisiones metafísicas. Por otra parte, usted recurre a la intuición, o a la "iluminación", para sostener la verdad de proposiciones no verificables empíricamente, como las que se refieren a su derecho trascendente. Sin embargo, es curioso que cuando la gente debe tomar resoluciones prácticas no confía en la intuición. Por supuesto que uno puede jugar un número de lotería por intuición (¿cómo sabemos *a priori* que nuestra intuición es certera?), puesto que no hay medios de garantizar empíricamente una proposición como "mañana saldrá favorecido el número 1877"; sin embargo, no consideramos tal intuición suficiente para dar por comprobado el enunciado acerca del número que saldrá mañana; lo cual se demuestra con el hecho de que, pasado el día del sorteo, nadie irá a la ventanilla a cobrar el premio fundado sólo en su intuición; lo hará si verificó empíricamente el enunciado, por ejemplo, oyendo cantar el número.

Pero supongamos que mis argumentos pragmáticos no lo convenzan a usted. Admitamos como hipótesis que los enunciados sintéticos *a priori* son científicamente aceptables y que, en consecuencia, sus proposiciones acerca del derecho trascendente, universal y eterno, no son meras prescripciones o la simple expresión de una actitud ideológica, sino genuinos enunciados acerca de fenómenos que se dan en la realidad y que, por lo tanto, deben formar parte de la investigación jurídica.

Aun así, ¿por qué tendrían que incidir tales conclusiones en la ciencia acerca del derecho positivo? Si es verdad (supongamos) que existe un sistema normativo universal no creado por los hom-

bres, también es verdad, y usted no lo niega, que existen sistemas normativos originados en la conducta de los seres humanos. No me importa que usted los llame o no "derecho" (yo creo que es conveniente seguir el uso común); lo relevante es que no parece haber ningún obstáculo para que la ciencia jurídica del derecho positivo se ocupe de estudiar tales órdenes coactivos eficaces, diga lo que quiera el "derecho trascendente" respecto de ellos. Si usted lo piensa bien, su orden universal tiene respecto de los derechos positivos una relación análoga a la del derecho internacional respecto de los derechos nacionales; sin embargo, los juristas se ocupan de estudiar un derecho nacional sin importarles que pueda o no ser coherente o incoherente con el derecho internacional.

Propugne usted una ciencia del derecho trascendente (veremos si tiene éxito en constituirla) e inclusive, si sus normas son justas, bregue por que los legisladores, los jueces y los ciudadanos se adapten a ella; pero no obstaculice la función de los juristas de darnos información acerca de cómo están constituidos los sistemas normativos existentes creados por seres humanos; esa información a usted también le será útil si su pretensión es, por ejemplo, luchar por que tales sistemas positivos sean cambiados por otros más acordes con las normas universales en las que usted cree. En definitiva, la cuestión acerca de la fuerza obligatoria del derecho es ajena a la ciencia del derecho positivo.

A. A mí no me gusta el planteo de *C.* Percibo que nos presenta un derecho frío, alejado de las valoraciones y las ideologías y, en definitiva, de los sueños y las frustraciones de la gente. Para mí el derecho es esencialmente valoración. Yo creo que estoy más cerca de su posición, doctor *B*, a pesar de nuestras diferencias, que de la extraña posición de *C.* Le propongo que sigamos discutiendo entre nosotros, despidiéndonos amablemente del amigo *C.*

12.— Analice y comente el siguiente razonamiento práctico:

"*a*) El derecho de este (utópico) país establece que los jueces deben condenar a muerte a todos los primogénitos varones.

b) *A* es un primogénito varón.

c) Por lo tanto yo, como juez, debo condenar a muerte a *A*."

¿Es éste un razonamiento válido? ¿Presupone alguna premisa implícita?

¿Cómo puede interpretarse su conclusión? Compárelo, en cuanto a su estructura, con el siguiente razonamiento:

"*a*) Juan dijo que todos aquellos cuyo apellido comienza por *N* son mentirosos.

b) Mi apellido comienza con *N*.

c) Por lo tanto, yo soy mentiroso."

13.— **Si vemos la controversia entre iusnaturalistas y positivistas como una disputa verbal, ¿qué tipo de argumentos son relevantes para resolver esa controversia?**

14.— Comente esta hipotética tesis:

"La pretensión de distinguir el derecho que 'es' del derecho que 'debe ser' es tan absurda como lo sería la pretensión de disinguir lo que 'es' un hombre honrado de lo que 'debe ser' un hombre honrado. Ningún hombre es honrado si no satisface ciertos ideales acerca de lo que un hombre debe ser; del mismo modo ningún sistema normativo es derecho si no satisface ciertos ideales acerca de cómo debe ser un orden que rija la vida social. La única distinción válida que puede hacerse es entre lo que cierta gente, en especial los grupos de poder, considera o pretende que es el derecho de un país, y lo que es realmente el derecho de ese país, o sea el conjunto de normas que sus autoridades están obligadas a reconocer y aplicar, lo hagan efectivamente o no."

15.— Analice el párrafo siguiente:

"Podemos ahora aventurarnos a dar una tosca definición de derecho desde el punto de vista del hombre medio. Para cualquier persona lega, el derecho, con respecto a cualquier conjunto particular de hechos, es una decisión de un tribunal respecto de esos hechos, en la medida en que esa decisión afecta a esa persona en particular. Hasta que un tribunal no se haya pronunciado sobre esos hechos no existe todavía ningún derecho sobre esos hechos. Antes de tal decisión el único derecho disponible es la opinión de los juristas acerca del derecho aplicable a esa persona y a esos hechos. Esa opinión no es realmente derecho sino una conjetura acerca de cómo un tribunal va a decidir. El derecho acerca de cualquier situación dada es, pues, o bien *a*), derecho efectivo, es decir una decisión pasada que se refiera específicamente a tal situación, o bien *b*), derecho probable, o sea una conjetura respecto de una decisión futura" (Jerome Frank, *Law, and Modern Mind*, Nueva York, 1963, p. 50-51).

16.— ¿Cuál de las siguientes variedades de escepticismo ante las normas es defendida por el realismo jurídico?

a) Las normas no existen —nadie ha visto jamás una norma—, en consecuencia el derecho no puede estar integrado por normas.

b) Los jueces, de hecho, no están efectivamente guiados en sus decisiones por normas jurídicas generales; ellos están determinados a adoptar sus decisiones por otros factores, tales como concepciones morales, consideraciones socioeconómicas, prejuicios, intereses personales, etcétera.

c) Las normas jurídicas generales no constituyen un buen método de control social; su misma generalidad hace que las soluciones que proveen resulten injustas en casos particulares.

d) Las normas jurídicas siempre son indeterminadas gracias a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje en que ellas son formuladas.

17.— ¿Es el realismo jurídico una concepción que sólo puede defenderse en relación a sistemas jurídicos que, como el inglés y el norteamericano,

se basan fundamentalmente en precedentes judiciales, o podría sostenerse esta posición también respecto de sistemas que, como el argentino, están principalmente integrados por normas legisladas?

18.— Si el derecho consiste en profecías sobre decisiones judiciales, ¿pueden los jueces fundar sus decisiones en el derecho?

19.— ¿Qué ventajas podría tener ver el derecho con los ojos del "hombre malo"?

20.— ¿Qué es, según Alf Ross, lo que la ciencia jurídica debe predecir? ¿Por qué es adecuado denominar "realista" su posición? ¿Por qué constituye ella un realismo "moderado"?

21.— ¿Tiene sentido para el realismo decir que un juez ha dictado una decisión ilegal?

22.— ¿La adopción de cuáles de los puntos de vista frente al derecho que fueron mencionados en la Introducción (el del juez, el del súbdito, el del sociólogo, etc.) hacen más plausible definir el derecho de acuerdo con cada una de las diversas concepciones examinadas en este capítulo (el iusnaturalismo, el positivismo normativista, el realismo jurídico)?

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA

Es casi una perogrullada decir que las normas jurídicas son una especie de la clase general de las normas y que las normas son un caso del uso prescriptivo del lenguaje. Si bien esto es verdad sólo hasta cierto punto, nos puede servir como hilo conductor para la caracterización de las normas jurídicas. Empezaremos, pues, por referirnos al lenguaje prescriptivo, después a las normas y concluiremos con las normas jurídicas.

1. El lenguaje prescriptivo

El lenguaje se usa muy frecuentemente para transmitir información acerca del mundo; pero no es ésta, obviamente, su única función. Genaro Carrió (en *Notas sobre derecho y lenguaje*) señala algunas de las cosas que se hacen con las palabras, advirtiendo que esta lista no es de ninguna manera exhaustiva: ordenar, amenazar, advertir, suplicar, pedir, instruir, exigir, preguntar, saludar, sugerir, elogiar, bromear, recomendar, responsabilizar, jurar, hacer una oferta, prometer, maldecir, predecir, autorizar, etcétera.

Se ha tratado de hacer una tosca clasificación de los usos del lenguaje, que, con más o menos variaciones, sigue, según casi todos los escritores, estos lineamientos:

1) *Uso informativo.* Se da cuando se utiliza el lenguaje para describir ciertos estados de cosas. De las oraciones que tienen esta función se dice que expresan una *proposición*; sólo de ellas tiene sentido predicar verdad o falsedad.

2) *Uso expresivo.* Consiste en emplear el lenguaje para expresar emociones o provocarlas en el interlocutor.

3) *Uso interrogativo.* Aquí la oración tiene como función requerir información del interlocutor (en cierta forma se lo puede subsumir dentro del uso directivo).

4) *Uso operativo.* Se caracteriza por el hecho de que pronunciar ciertas palabras en determinadas condiciones implica realizar la acción a que esas palabras se refieren. Así, decir, en ciertas condiciones, "juro decir la verdad", "prometo pagar", o "bautizo a este niño con el nombre de Juan", consiste precisamente en realizar las acciones de jurar, prometer y bautizar.

5) *Uso prescriptivo o directivo.* Se da cuando mediante el lenguaje el que habla se propone dirigir el comportamiento de otro, o sea inducirlo a que adopte un determinado curso de acción.

La simplificación que supone esta clasificación se muestra si tenemos en cuenta que bajo el rótulo de "uso directivo" se encubren acciones lingüísticas tan variadas como las de suplicar, rogar, sugerir, recomendar, aconsejar, solicitar, pedir, reclamar, indicar, ordenar, mandar, imponer, etcétera.

Sería una investigación sumamente interesante determinar de qué circunstancias depende que una oración directiva, por ejemplo, "no haga eso", tenga uno de los diferentes grados de fuerza que se acaba de mencionar.

Como no es del caso hacer aquí tal investigación, tenemos que contentarnos con señalar los rasgos comunes que presentan los distintos casos de uso directivo del lenguaje.

En primer lugar, como ya he dicho, las directivas se distinguen por estar formuladas con la intención de influir en el comportamiento de otro. Obviamente, no perjudica su carácter de tal el hecho de que logren o no aquel propósito. Si lo logran será por una serie de factores, como puede ser el ascendiente que tenga el que la emitió sobre el destinatario (que no necesariamente debe ser de superioridad, como es obvio en el caso de la súplica), que el destinatario pueda cumplir con el comportamiento indicado, que acepte la directiva o esté estimulado por una amenaza o premio que el emisor agregue a la directiva, etcétera. Pero aun si la directiva resulta ineficaz seguirá siendo una directiva, siempre, claro está, que el emisor haya tenido intención real de influir en la conducta del destinatario (lo que no ocurriría,

por ejemplo, si se la formula en una función teatral, o si el emisor sabe que el destinatario no la puede cumplir, o si la formula sabiendo que nadie la percibe, etcétera).

Por otro lado, las oraciones directivas se caracterizan porque, a diferencia de las aserciones y al igual que las demás oraciones no afirmativas, de ellas no tiene sentido predicar que son verdaderas o falsas. De una prescripción se puede predicar que es justa o injusta, conveniente o inconveniente, oportuna o inoportuna, racional o arbitraria, eficaz o ineficaz, pero no que es verdadera o falsa, pues estos últimos atributos implican una relación entre una aserción sobre un estado de cosas y la realidad, y las directivas no están destinadas a dar información respecto de la realidad.

El que una expresión lingüística sea o no una directiva es, en buena medida, independiente de que la oración, desde el punto de vista gramatical, esté en el modo imperativo. El usar el verbo de la oración en modo imperativo es un buen recurso para expresar la intención de dirigir el comportamiento del destinatario, pero de ningún modo es una condición necesaria ni suficiente para que una oración exprese una directiva. Puede formularse una directiva mediante una oración en indicativo (por ejemplo "le conviene estudiar") o una proposición asertiva mediante una oración en modo imperativo (por ejemplo, "Para encender el televisor, presione el botón de la izquierda").

También se suele indicar que la oración expresa una directiva usando determinadas palabras que se llaman *deónticas*, como: "obligatorio", "permitido", "prohibido"; o *modales*, como: "necesario", "posible", "imposible"; pero aquí tampoco el uso de estas palabras es condición necesaria o suficiente para que la oración exprese una directiva (obsérvese si no los casos en que se *describe* una directiva).

Otras veces, se indica el carácter de directiva de una oración mediante una expresión operativa que hace referencia al acto lingüístico que se realiza formulando tal oración, por ejemplo: "Le *ordeno* que me entregue eso"; "le *suplico* que no me pegue"; "le *pido* que me envíe el expediente". Esta formulación generalmente se usa cuando no hay otros factores (por ejemplo, gestos) que puedan orientar sobre la fuerza de la oración (como en el caso de un mensaje escrito).

De todos los tipos de directivas, los que están relacionados con las normas son los que tienen mayor fuerza; es decir, las

órdenes, los mandatos, las imposiciones. A estas directivas muchas veces se las llama "prescripciones", naturalmente con un sentido más estricto del que es equivalente a "directiva".

Las prescripciones u órdenes se caracterizan por una superioridad del sujeto emisor respecto del destinatario. Esa superioridad puede ser física (por tener posibilidad de infligir daño al destinatario) o moral, en un sentido amplio. Un ejemplo de orden basada en la superioridad física es la del asaltante con relación a su víctima. Un caso de orden basada en la superioridad moral, es el de un predicador religioso respecto de los feligreses. Casos en que a veces se da superioridad física, otras moral y frecuentemente ambas, son el del padre respecto a los hijos o el del legislador en relación a los súbditos.

Cuando una directiva es una prescripción, en sentido estricto, el emisor no supedita el cumplimiento de la directiva a la voluntad del destinatario, como en el caso del consejo, la súplica o el pedido. Si el destinatario explica su desobediencia a una prescripción diciendo "no quise hacerlo" o "tengo una opinión distinta", ésta no será vista por el emisor como una explicación admisible, sino como un desafío a su autoridad.

Se ha dicho que a las directivas que son órdenes o mandatos generalmente se las llama "prescripciones". Sin embargo, la palabra "prescripción" tiene una denotación más amplia, ya que también se refiere a especies de enunciados que no son órdenes y sobre los que todavía no hemos dicho una palabra: los permisos o autorizaciones.

Los permisos son muy difíciles de caracterizar. Incluso se puede dudar de que sean directivas, pues no están destinados estrictamente a influir en la conducta de los demás. Algunos filósofos los consideran como derogatorios de órdenes, otros como una promesa que hace el emisor de no interferir en la conducta del destinatario o de no ordenar determinado comportamiento, etcétera.

Parece evidente que un permiso no necesita derogar una orden preexistente. (Sin embargo, como han sugerido Alchourrón y Bulygin, ciertas normas permisivas —como las que establecen garantías constitucionales— pueden ser interpretadas como si derogaran por anticipado posibles prohibiciones futuras.) De cualquier modo, los permisos tienen cierta relación con las órdenes. Para que se diga que alguien dio permiso para realizar cierta conducta tiene que tener capacidad para ordenar su opues

ta, es decir, para prohibir la conducta en cuestión. Cuando alguien permite algo es porque ese algo está prohibido o hay una expectativa de que se lo prohíba.

Como dije, las prescripciones son las directivas que están relacionadas con las normas. Sin embargo, no de toda prescripción se dice que es una norma; en especial no se dice tal cosa en el caso de las prescripciones que se basan sólo sobre la superioridad física. Tampoco toda norma es una prescripción.

Esto lo veremos más en detalle en el punto siguiente, en que hablaremos de las normas.

2. Las normas en la teoría de von Wright

a) *Caracterización general*

El lógico G. H. von Wright *(Norma y acción)* propone una clasificación de las normas que puede servir adecuadamente como hilo conductor en este tema. Advierte, al comenzar su exposición, que las que mencionará no son estrictamente subclases de la clase general de las normas —lo que supondría que hay características comunes entre todas que serían relevantes para la definición del concepto de norma— sino más bien distintos sentidos de la palabra "norma" —que es ambigua e imprecisa—, aunque estrechamente relacionados entre sí.

Von Wright distingue tres tipos de normas principales y tres secundarias.

Las especies principales son las siguientes:

1) *Las reglas definitorias o determinativas.* Son reglas que definen o determinan una actividad.

Típico caso de estas reglas son las de los juegos. Las reglas de un juego determinan qué movimientos están permitidos y cuáles están prohibidos *dentro del juego.* Si no se siguen las reglas se dirá que no se juega correctamente o que, directamente, no se juega el juego en cuestión. Si varios jugadores de ajedrez se ponen de acuerdo en cambiar algunas reglas, no tienen ningún impedimento en hacerlo, salvo que jueguen en un marco institucionalizado, pero su actividad no será llamada "ajedrez".

Von Wright incluye en esta clase también las reglas de la

gramática y las del cálculo lógico y matemático. Por ejemplo, a una persona que no sigue las reglas de la gramática castellana, se le dirá que no *habla español*, sin perjuicio de que hable otro idioma.

2) *Las directivas o reglas técnicas.* Son reglas que indican un medio para alcanzar determinado fin.

Ejemplos característicos de reglas técnicas son las instrucciones de uso, como ésta: "Si quiere encender el televisor, presione el botón de la izquierda."

Las reglas técnicas no están destinadas a dirigir la voluntad del destinatario, sino que lo que indican está condicionado a esa voluntad. Por eso la formulación de la regla técnica es hipotética, y en el antecedente del condicional aparece la mención de la voluntad del destinatario *(si quiere)* y no un hecho ajeno a esa voluntad.

Las reglas técnicas presuponen siempre una *proposición anankástica* que debe ser verdadera para que la regla sea eficaz. Un enunciado anankástico es una proposición descriptiva que dice que algo (el medio) es condición necesaria de otro algo (el fin). En el ejemplo de instrucción de uso que se dio, la proposición anankástica es la siguiente: "Presionar el botón de la izquierda es condición necesaria para que el televisor se encienda".

Como proposición descriptiva que es, la anankástica puede ser verdadera o falsa. En cambio, de la regla técnica que para von Wright es una norma que no es ni prescriptiva ni descriptiva, no se puede predicar verdad o falsedad.

> Sin embargo, algunos autores como Betty Powel *(Knowledge of Human Action)*, ponen en duda la distinción entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas, sosteniendo que las primeras sólo difieren de las últimas en cuanto a su formulación, siendo las reglas técnicas enunciados *descriptivos* y, como tales, susceptibles de verdad o falsedad.

3) *Prescripciones.* Ya hicimos referencia a las prescripciones en general. Vimos que no de todas ellas puede decirse que son normas. Von Wright caracteriza a las normas prescriptivas mediante estos elementos que las distinguen de las anteriores especies:

Emanan de una voluntad del emisor de la norma, a la que se llama *autoridad normativa.*

Están destinadas a algún agente, llamado el *sujeto normativo.*

Para hacer conocer al sujeto su voluntad de que se conduzca de determinada manera, la autoridad *promulga* la norma.

Para dar efectividad a su voluntad, la autoridad añade a la norma una *sanción*, o amenaza de castigo.

Luego habrá ocasión de estudiar estos elementos con más detalle.

Al lado de estos tipos principales de normas, von Wright menciona tres especies secundarias que se caracterizan por tener aspectos en común con los tipos principales.

1) *Normas ideales.* Son normas que no se refieren directamente a una acción sino que establecen un patrón o modelo de la especie óptima dentro de una clase. Así, hay normas que determinan qué es un buen actor, un buen abogado, un buen cuchillo, un buen camino, un buen ladrón.

Las reglas ideales mencionan las *virtudes* características dentro de una clase.

En cierto sentido, se parecen a las reglas técnicas porque indican el camino para alcanzar el grado óptimo dentro de una clase. En otro sentido son análogas a las reglas determinativas porque definen un modelo. Están, pues, metafóricamente, entre aquellas especies de reglas.

2) *Costumbres.* Las costumbres son especies de hábitos; exigen, pues, regularidad en la conducta de los individuos en circunstancias análogas. Se distinguen de otros hábitos en que son sociales, o sea que las conductas que las integran se hacen con la conciencia de que son compartidas por la comunidad.

El carácter social de la costumbre le da una *presión normativa*, un carácter compulsivo por la crítica y las sanciones de la sociedad, que no tienen los otros hábitos.

En este sentido, las costumbres se parecen a las prescripciones, que tienen el mismo carácter compulsivo. Sin embargo, se distinguen de aquéllas en que las costumbres no emanan de autoridad alguna; son, en todo caso, *prescripciones anónimas*. También se distinguen de las prescripciones en que no necesitan promulgación por medio de símbolos, en especial, no necesitan estar escritas; podrían llamarse por esta característica *prescripciones implícitas*.

Por otra parte, las costumbres tienen alguna analogía con las reglas determinativas. En algún sentido, las costumbres determinan, definen una comunidad y la distinguen de otras.

3) Normas morales. Estas normas son muy difíciles de identificar y hay muy poca claridad sobre qué normas deben tomarse como morales. Von Wright formula algunos ejemplos sobre los que hay pocas disputas, entre ellos el deber de cumplir las promesas y el de honrar a los padres.

De cierta manera, estas normas se parecen a las determinativas, ya que pueden definir una institución (por ejemplo, la de prometer). Hay, por otra parte, algunas normas morales (como las que se refieren a la vida sexual) que tienen su origen en la costumbre.

Pero, sobre todo, hay dos grandes interpretaciones filosóficas de las normas morales que las asimilan a dos de los tipos principales de normas que se han visto.

Una es la concepción que se podría llamar *teológica.* Considera a las normas morales como emanadas de una autoridad, en concreto, de Dios. Para esta interpretación, las normas morales serían prescripciones.

La otra interpretación podría llamarse *teleológica.* Considera a las normas morales como una especie de regla técnica que indica el camino para obtener un fin. Respecto a cuál es el fin a que están conectadas las reglas morales, hay principalmente dos corrientes: para el eudemonismo es la felicidad del individuo; según el utilitarismo, el bienestar de la sociedad.

Hay otras concepciones que se niegan a identificar las normas morales con algunas de las especies de normas principales que se han visto y las clasifican como autónomas, como *sui generis*, usualmente se llama a esta posición *deontologismo.*

b) Las normas prescriptivas y sus elementos

Varios de los seis tipos de normas que von Wright caracteriza son relevantes para el derecho.

Por ejemplo, buena parte de las normas que integran los distintos sistemas jurídicos —mucho más que en los órdenes modernos, en los primitivos, y más que en los derechos nacionales, en el internacional—, son consuetudinarias.

Muchas disposiciones jurídicas se pueden ver como determinativas. Esto ocurre, no solamente con las que definen *palabras* empleadas por otras normas, sino también con las que sirven

para delinear o definir una institución: como el matrimonio, la propiedad, etcétera.

Otras normas jurídicas se pueden considerar como reglas técnicas, o sea como directrices que indican el camino para conseguir algún fin. Ejemplo característico de disposiciones que admiten este análisis son las normas que indican cómo hacer un contrato de hipoteca válido, o cómo hacer un testamento, o cómo transferir la propiedad de un inmueble, o cómo formar una sociedad.

Para los juristas que sostienen la existencia de un derecho natural, habrá normas jurídicas que guardan una estrecha analogía con las normas morales.

Conviene que no olvidemos esta variedad de especies que pueden presentar las normas jurídicas, o esta multiplicidad de puntos de vista desde los cuales se las puede considerar. Esto nos ayudará a no caer en la tentación, a la que han cedido muchos, de encuadrar a todas las normas jurídicas dentro de un esquema unitario.

Sin embargo, es evidente que las normas jurídicas que son prescripciones ocupan un lugar especial en el orden jurídico, sea porque la mayor parte de las normas jurídicas responden a esta especie, sea porque su presencia define a un sistema como jurídico, o sea por cualquier otra razón.

Esto nos lleva a analizar con un poco más de cuidado las normas prescriptivas, para lo cual von Wright nos seguirá prestando muy buenos servicios.

El escritor finlandés enumera los siguientes elementos de las prescripciones: *1*) carácter; *2*) contenido; *3*) condición de aplicación; *4*) autoridad; *5*) sujeto; *6*) ocasión; *7*) promulgación; y *8*) sanción.

A los primeros tres elementos von Wright los llama "núcleo normativo", puesto que se trata de una estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otras normas.

Los tres siguientes son para von Wright componentes distintivos de las prescripciones, que no se encuentran necesariamente en las demás normas.

Los dos últimos elementos también sirven para definir una prescripción, sin que se pueda decir que son "componentes" de ella.

Vamos a ver muy someramente la caracterización que hace von Wright de cada uno de esos elementos de las prescripciones.

1) *Carácter.* El carácter que tiene una norma está en función de que la norma se dé para que algo deba, no deba o pueda ser hecho.

Cuando la norma se da para que algo deba hacerse, la norma es de *obligación.*

En el caso de que la norma se formule para que algo no deba hacerse, la norma es *prohibitiva.*

Cuando la norma tiende a que algo pueda hacerse, su carácter es *permisivo.*

En el cálculo lógico de von Wright, los caracteres obligatorio y prohibido son interdefinibles, en el sentido que uno de ellos puede definirse en términos del otro. Decir que una conducta está prohibida equivale a afirmar que su opuesta es obligatoria, valiendo también la inversa.

Von Wright analiza también en *Norma y acción* varias posibilidades de reducir el carácter permisivo al carácter obligatorio, pero ante las dificultades y controversias que una tal reducción puede acarrear, lo considera para su cálculo como un carácter independiente.

Los caracteres normativos mencionados, también llamados "operadores deónticos", están regidos por ciertas leyes lógicas específicas que los distinguen de otros predicados modales, como "posible", "necesario", etcétera. Tales leyes constituyen la llamada "lógica deóntica" y su explicitación se debió, en buena medida, al mismo von Wright.

Tales caracteres deben ser distinguidos de los que aparecen no en las normas sino en las *proposiciones normativas,* o sea en los enunciados que describen normas. Las palabras "prohibido", "permitido" y "obligatorio" se usan no sólo en las normas sino también en las proposiciones que se refieren a ellas. Así, cuando en un tratado de ciencia del derecho se dice "en la Argentina está prohibida la usura", la palabra "prohibida" aparece en el contexto de un enunciado descriptivo y no en el de una norma; lo mismo, cuando un vecino nos informa "está prohibido tirar basura en la calle", no está dictando una norma sino que está describiendo una que está vigente.

El profesor Carlos Alchourrón ha hecho explícitas algunas de las leyes lógicas que rigen los operadores "permitido", "prohibido" y "obligatorio" cuando son usados con sentido descriptivo en proposiciones normativas.

Volviendo a los caracteres de las normas, antes de concluir este examen hay que aclarar lo siguiente: el hecho de que mencionemos sólo tres caracteres deónticos (o dos, si es que "prohibido" y "obligatorio" se reducen a uno sólo), no implica descartar que cada uno de ellos pueda tener diferentes significados, lo que supone una variedad mucho mayor de caracteres normativos. Von Wright ha caracterizado varios sentidos de "obligatorio" y "permitido". Los distintos significados de "permitido" son útiles a los efectos de correlacionarlos con los diversos sentidos de la expresión "derecho subjetivo", tema que será estudiado en el capítulo IV.

2) *Contenido.* Es lo que una norma declara prohibido, obligatorio o permitido, o sea *acciones* (por ejemplo, matar, reír, insultar, pagar), o *actividades* (fumar, caminar sobre el césped, hacer propaganda política, etcétera).

Según von Wright, la noción de acción está relacionada con un cambio en el mundo. Actuar es provocar o efectuar un cambio, es interferir en el curso de la naturaleza.

Un cambio o suceso es un pasaje de un estado de cosas a otro. Por ejemplo, de llover a no llover, de un hombre vivo a un hombre muerto. El primero se realiza en una ocasión anterior y el segundo en una posterior.

No todo cambio está provocado por una acción de un hombre (esto es obvio en el caso de la lluvia), pero hay casos de cambios que los podemos atribuir a seres humanos. En estos casos podemos hablar de "acciones".

Consistiendo la acción, según la concepción de von Wright, en provocar un cambio, sólo se puede determinar qué acción realizó el individuo por el cambio que efectuó en el mundo. Pero, naturalmente, la acción humana puede provocar una sucesión indefinida de cambios en la realidad, de los que el agente puede no tener la más mínima idea. Por eso, von Wright propone identificar lo que un individuo hizo sólo por los cambios abarcados por su *intención;* a esos cambios los llama "resultado", para distinguirlos de las meras "consecuencias", que son los cambios provocados por el individuo en forma no intencional. El resultado tiene una relación intrínseca y lógica con la acción, pues qué resultado se produjo es definitorio de la clase de acción que realizó el individuo; en cambio, la relación entre la acción y las consecuencias es extrínseca y causal.

Las acciones pueden ser positivas o negativas, según que el cambio se produzca por una intervención activa del agente en el curso de la naturaleza (en general, por un movimiento corporal) o por una abstención de actuar, teniendo capacidad para hacerlo.

Las omisiones siempre están en relación con determinada acción. No hay una omisión genérica, sino una omisión de... (donde en lugar de "..." hay que poner "matar", "comer", "pagar", etcétera).

Tampoco hay omisión en todos los casos en que el individuo no hace algo. No tendría sentido, por ejemplo, decir que un chico recién nacido omite hablar. Según von Wright, la propiedad restrictiva está dada por la capacidad de actuar; omitir es no ejecutar determinada acción, *pudiéndolo hacer*.

Hasta ahora hemos hablado de la acción. Pero el contenido de las normas también puede estar constituido por actividades (por ejemplo, fumar, correr, permanecer en un domicilio ajeno). Mientras las acciones están relacionadas lógicamente con los sucesos, o sea con los cambios, las actividades lo están con los procesos. Un suceso acaece en un momento; en cambio, un proceso se extiende en forma continuada durante un lapso apreciable.

La consideración de las actividades en el análisis de las normas tiene una importancia relativa, puesto que las normas que se refieren a una actividad pueden ser reducidas a normas que se refieren a la acción de comenzar o cesar con la actividad. Por ejemplo, una norma que prohíbe fumar puede ser reconstruida como obligación de cesar de fumar si es que se lo está haciendo.

Como el análisis de la acción es de especial importancia para el derecho, vamos a detenernos muy someramente en el desarrollo que han hecho algunos juristas, principalmente los penalistas, de este concepto, ya que no es del todo coincidente con el de von Wright.

La teoría penal parte, para el análisis de la acción, del movimiento corporal de un individuo. Por cierto que hay acciones que no implican movimiento corporal (como pensar), pero como el derecho trata solamente de acciones externas (en lo que, según algunos, se distingue de la moral), los juristas pueden despreocuparse tranquilamente de estas acciones marginales.

Naturalmente, no todo movimiento corporal constituye una acción. No lo son un tic nervioso, un acto reflejo, etcétera. Por eso la teoría prevaleciente exige para llamar "acción" a un movimiento corporal, que sea voluntario. Aquí la palabra "voluntario" no es sinónimo de "intencional", sino que tiene un significado diferente. Los juristas distinguen con cierta confianza qué movimientos corporales no son voluntarios (aparte de los dos mencionados antes, se refieren a la ac-

ción provocada por fuerza física irresistible, la de un hipnotizado o narcotizado y algunos casos más); pero no hay acuerdo sobre una caracterización *positiva* de la voluntariedad. Quizá esto demuestre que en realidad no hay ningún hecho que la palabra "voluntario" denote, sino la ausencia de las circunstancias antes anotadas. De cualquier manera, la voluntariedad puede ser caracterizada, en forma más o menos aproximada, como posibilidad de realizar la acción opuesta (para decir que alguien mató, tiene que haber tenido capacidad y oportunidad de no haber matado).

A diferencia de von Wright, para quien toda acción tiene un resultado, según los juristas las acciones pueden tener o no resultado. Esto se explica por el diferente significado que dan a la palabra "resultado". Mientras para von Wright el resultado es el estado final de cosas del cambio provocado por el individuo —de tal manera que en la acción de levantar la mano, por ejemplo, el resultado es la mano levantada—, para los juristas el resultado sólo es un estado de cosas *externo* al movimiento corporal del agente. Por eso, para los juristas hay acciones de "pura actividad" —como caminar— y acciones "con resultado", como matar (en la que el individuo muerto es su resultado).

También el esquema de la teoría penal difiere del de von Wright en cuanto a la intención. Según von Wright toda acción supone una intención, puesto que las acciones se definen por determinado resultado y la intención del agente sirve para distinguir, entre los distintos estados de cosas provocados por el individuo, aquel que constituye el resultado de su acción de los que sólo son consecuencias de ella. En cambio, según los juristas, hay tanto acciones intencionales (*dolosas,* cuando se trata de un delito) como no intencionales. Por ejemplo, un individuo puede realizar la acción de matar aun sin intención (como es el caso del homicidio por imprudencia).

Sin embargo, en las últimas décadas se puso de moda entre los penalistas la *teoría finalista de la acción*, originada en Hans Welzel. Según este autor, toda acción supone una finalidad, y esto es lo que distingue los cambios provocados por los seres humanos de los causados por fuerzas naturales. Mientras los penalistas clásicos trataban la cuestión de si hubo o no intención como un problema de culpabilidad, según Welzel es necesario determinar la intención para decidir si estamos o no frente a una acción. Obviamente, la consideración, tanto de von Wright como de Welzel, de las acciones como necesariamente intencionales se aparta —sin que esto implique forzosamente un defecto, puesto que puede ser útil como reconstrucción conceptual— del uso común de ciertos verbos de acción. En el lenguaje ordinario se dice que alguien tropezó, suponiendo que no hubo intención, o que alguien mató, aun cuando en el caso concreto el agente no haya querido hacerlo (como ocurre en el homicidio por negligencia).

También el desarrollo de los juristas respecto a las omisiones es diferente al de von Wright. Los juristas dicen que alguien omitió realizar tal acción, no cuando tenía capacidad para ejecutarla, sino

cuando, además, *debía* realizarla. Alguien no omite, según los juristas, por ejemplo, saludar, sino sólo cuando existe el deber de saludar.

Se podría decir que mientras la caracterización de von Wright de las omisiones, a partir de la capacidad, peca por defecto en relación al uso común de "omisión" (ya que no se dice que omitimos todo lo que podemos hacer), la de los juristas, que se basa en el deber de actuar, peca por exceso, puesto que corrientemente decimos que omitimos hacer cosas que no estamos obligados a ejecutar (por ejemplo, "omití traer mi libreta de apuntes").

Los juristas clasifican también a las omisiones según que produzcan o no un resultado. No presentarse al servicio militar es una mera omisión; en cambio, producir la muerte de otro por no prestarle auxilio es una omisión con resultado (llamada "de comisión por omisión").

3) *La condición de aplicación.* Es la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizar el contenido de la norma.

Respecto de la condición de aplicación las normas se clasifican en *categóricas* e *hipotéticas.*

Son categóricas aquellas normas que sólo suponen las condiciones para que haya oportunidad de realizar su contenido; en ese caso las condiciones surgen del mismo contenido. Por ejemplo, "cierre la puerta" es categórica porque sus condiciones de aplicación —que haya una puerta, que esté abierta, etc.— se infieren del contenido de la norma.

En cambio, son hipotéticas las normas que, aparte de las condiciones de aplicación que permiten una oportunidad para la realización de su contenido, prevén condiciones adicionales que no se infieren de su contenido. Por ejemplo, "si llueve, cierre la puerta". Para que una norma sea hipotética, ella debe establecer condiciones, no para la realización de la acción sino para que esa realización pueda calificarse de prohibida, permitida u ordenada.

4) *Autoridad.* La autoridad de una prescripción es el agente que la emite o la dicta.

Por su autoridad, las normas se clasifican en *teónomas y positivas*, según se suponga que emanan de un agente supraempírico, de Dios, o estén dictadas por un ser humano.

También por la autoridad pueden distinguirse normas *heterónomas y autónomas.* Las heterónomas son las que un agente da a otro; las autónomas las que el agente se da a sí mismo, o sea cuando la autoridad y el sujeto normativo coinciden en la misma

persona. Se discute si estas últimas normas pueden existir; los que opinan afirmativamente recurren frecuentemente a los casos de las normas morales y las promesas como ejemplos de tal clase de normas.

5) *Sujeto normativo.* Los sujetos de la prescripción son los agentes que son destinatarios de ella.

Por sus sujetos, las normas pueden clasificarse en *particulares,* cuando se dirigen a uno o varios agentes determinados, y *generales,* cuando se dirigen a una clase de agentes indeterminados por medio de una descripción (los argentinos, los abogados, los que viven en la Capital, los que miden más de 1,70 m).

Las prescripciones generales, además, por su sujeto pueden ser de dos tipos, según von Wright: Las *conjuntivamente generales* son aquellas que se dirigen a *todos* los miembros de una clase (por ejemplo, "todos los que están en el buque deben abandonarlo"). Las *disyuntivamente generales,* en cambio, son las que se dirigen a *uno* o *varios* individuos indeterminados de una cierta clase (por ejemplo, "algunos de los que están en el buque deben abandonarlo").

6) *La ocasión.* Es la localización espacial o temporal en que debe cumplirse el contenido de la prescripción. Por ejemplo, "*mañana* debes ir a la escuela" es una prescripción que menciona una ocasión temporal; "está prohibido fumar *en el aula*", señala una ocasión espacial.

En relación a la ocasión, las prescripciones también pueden clasificarse en *particulares* y *generales,* y estas últimas en conjuntiva y disyuntivamente generales. Una norma es particular cuando establece una ocasión determinada (por ejemplo, "cierre la puerta de calle *hoy a las nueve*"). Una norma es conjuntivamente general por la ocasión, cuando menciona una clase de situaciones en todas las cuales debe o puede realizarse el contenido (por ejemplo, "cierre la puerta *todas las noches*"). Y es disyuntivamente general respecto a la ocasión cuando su contenido debe realizarse en alguna de una clase de ocasiones (por ejemplo, "puedes ir al cine *cualquier día de esta semana*").

Cuando una norma es general, tanto respecto del sujeto como de la ocasión, von Wright la llama *eminentemente general.*

7) *La promulgación.* Es la formulación de la prescripción. Consiste en expresarla mediante un sistema de símbolos para que

el destinatario pueda conocerla. No hay que confundir aquí el sentido que le da von Wright a la palabra "promulgar" con el sentido que tiene habitualmente en contextos jurídicos. (En realidad, sólo con un sentido muy laxo de "componente" se puede aceptar que la promulgación sea un componente de la norma.)

8) *La sanción.* Es la amenaza de un daño que la autoridad normativa puede agregar a la prescripción para el caso de incumplimiento.

Esta caracterización que hace von Wright de las prescripciones, a través de sus elementos, nos coloca en buenas condiciones para considerar las normas jurídicas. Pero antes resumamos el camino que hemos tenido que recorrer.

Comenzamos deteniéndonos en el uso directivo del lenguaje. Vimos que las directivas más fuertes son los mandatos, órdenes, etcétera. A éstas generalmente se las llama "prescripciones", aunque se puede dudar que todas las prescripciones sean estrictamente directivas, como es el caso de los permisos. Si bien hay prescripciones que difícilmente sean llamadas "normas", hay muchos casos de prescripciones que son normas. Nos entretuvimos, entonces, con las normas y vimos, con von Wright, que aparte de las prescripciones hay varias otras especies de normas, muchas de las cuales son relevantes para el derecho. Por fin, centramos nuestra atención en las normas que son prescripciones. Ahora vamos a ver qué es lo que caracteriza a las normas que son jurídicas.

3. La teoría de Kelsen respecto de las normas jurídicas

Los intentos más difundidos y controvertidos de caracterizar a las normas jurídicas han sido aquellos que las clasifican como una especie de las normas prescriptivas.

John Austin *(The Province of Jurisprudence Determined)* define las normas jurídicas como mandatos generales formulados por el soberano a sus súbditos. Toda norma jurídica es un mandato u orden, o sea una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se conduce de conformidad con el deseo.

Las normas jurídicas, según Austin, siempre especifican un *sujeto*, que es el destinatario de la orden, el *acto* que debe reali-

zarse y la *ocasión* en que tal acto tiene que realizarse. Además, las normas presentan un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada.

En cuanto a la intención de causar daño para el caso de no cumplirse lo ordenado, ésta puede expresarse en una segunda parte de la misma norma, o en una norma independiente exclusivamente punitiva.

El elemento que distingue a las normas jurídicas de los demás mandatos, es que los mandatos que son jurídicos tienen su origen en la voluntad de un soberano. El concepto de soberanía es, pues, básico en la teoría de Austin. Su definición de "soberano" es la siguiente: "Si un hombre determinado es destinatario de un hábito de obediencia de la mayor parte de una sociedad sin que él, a su vez, tenga el hábito de obedecer a un superior, ese hombre es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el soberano) es una sociedad política e independiente".

Hans Kelsen, sin conocer originariamente la elaboración de Austin, formula una concepción respecto de las normas jurídicas en muchos aspectos análoga, aunque con importantes diferencias.

a) Las normas jurídicas como juicios de "deber ser"

Kelsen distingue dos tipos de juicios. En primer lugar, los juicios de *ser*, que son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad. En segundo término, los juicios de *deber ser*, que son directivos y respecto de los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad. Siguiendo a Hume, Kelsen sostiene la existencia de un "abismo lógico" entre ser y deber ser, en el sentido de que ningún juicio de deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean sólo juicios de *ser*, valiendo también la inversa.

Los juicios de *deber ser* sirven para interpretar, pues constituyen su sentido, los actos de voluntad, o sea los actos cuya intención se dirige a la acción de otra persona.

Sin embargo, Kelsen se niega a ver necesariamente detrás de los juicios de *deber ser*, que llama "normas", una voluntad real, en sentido psicológico, y por eso rechaza la identificación que hacía Austin entre normas y mandatos.

Kelsen argumenta en este sentido poniendo una serie de ejemplos de normas que no se originan en una voluntad real de

quienes las dictaron y de normas que subsisten sin que permanezca la voluntad en que se originaron. Así, recurre a los casos de leyes dictadas por parlamentarios que en buena medida no saben qué es lo que sancionan; de las costumbres, detrás de las cuales no puede detectarse una voluntad real; de las leyes que subsisten aun cuando sus autores han muerto; del testamento que sólo empieza a regir cuando su autor murió, etcétera.

Por esta razón, Kelsen sugiere que la analogía entre las normas y los mandatos es sólo parcial; en todo caso, se podría decir, en sentido metafórico, que una norma es un mandato "despsicologizado".

De cualquier modo, es posible dudar que lo que se llama usualmente "mandato" u "orden" requiera necesariamente, como Kelsen supone, una voluntad constante *de quien la formuló*, en el sentido de que se cumpla la conducta prescripta. Se podrían imaginar casos, sin duda fantasiosos, en que se diría que la orden subsiste aunque desapareció la voluntad que la originó. Pensemos, por ejemplo, en dos asaltantes de banco; uno da la orden de entregar la caja mientras el otro apunta con una ametralladora; el que dio la orden es muerto por un custodia; el otro, luego de inutilizar al guardia, sigue apuntando con su arma. Sin duda, la orden sobrevivió al asaltante muerto que la formuló. Claro está que se podría decir que el asaltante que quedó vivo ha hecho suya la orden respaldándola con su voluntad; pero la cuestión es que, quizá, se podría decir lo mismo de las normas, y en especial de las normas jurídicas, y sostener que la voluntad que cuenta no es la que intervino en su formulación sino la de aquellos dispuestos a hacerla cumplir.

En sustitución de la voluntad, que para Kelsen es característica de los mandatos y sólo concomitante en las normas, este autor señala otra propiedad que tienen las normas que las diferencia de los mandatos u órdenes.

Esta propiedad es la *validez*. Según Kelsen, la validez es la existencia específica de las normas y constituye su fuerza obligatoria, cualidad que no tienen las meras órdenes.

Las normas son juicios de deber ser que expresan el sentido objetivo de un acto de voluntad, mientras las órdenes son la expresión de la mera intención subjetiva de quien las formula.

Que un juicio de deber ser sea una norma *válida* depende de que quien lo formula esté autorizado a hacerlo por otra norma que a su vez sea válida.

El concepto de validez kelseniano ha provocado profundas controversias y muy fuertes críticas, muchas de ellas plenamente justificadas, al autor de la *Teoría pura*. Será analizado con algún detenimiento en el capítulo siguiente.

b) La estructura de las normas jurídicas

Las normas constituyen técnicas de motivación social, o sea, instrumentos para inducir a los hombres a comportarse de determinada manera.

Kelsen distingue dos técnicas diferentes de motivación, que le sirven de base para agrupar a las normas en diferentes clases.

Por un lado, está la técnica de motivación *directa*. Se caracteriza porque las normas indican directamente la conducta deseable y se pretende motivar a la gente solamente por la autoridad o racionalidad de la propia norma. Características de esta técnica son las normas morales, que, por ejemplo, dicen "se debe no matar". El incumplimiento de las normas morales puede acarrear una sanción —desprecio social, etc.— o su cumplimiento, un premio; pero tales sanciones o premios no están sistemáticamente previstos y organizados por las propias normas.

La técnica de motivación *indirecta* se caracteriza, en cambio, porque se pretende motivar a la gente, no indicándole directamente la conducta deseable, sino estableciendo una sanción para la conducta indeseable o un premio para la deseable.

Las normas religiosas son casos de técnica de motivación indirecta, puesto que inducen al cumplimiento de ciertas conductas, determinando para las conductas opuestas sanciones o premios que se aplicarán, sea en la tierra o en el otro mundo, por obra de un ser *supraempírico*. Un caso característico de norma religiosa sería el siguiente: "Dios destruirá las cosechas de los pueblos impíos."

Las normas jurídicas también constituyen casos de técnica de motivación indirecta.

A diferencia de las normas religiosas, las jurídicas prevén sanciones aplicables por seres humanos.

Si bien teóricamente las normas jurídicas podrían ser premiales, la técnica que el derecho ha elegido en la mayoría de los casos es la de la sanción, siendo los casos en que se establecen premios para motivar la conducta de la gente tan raros que pueden despreciarse a los efectos de una explicación teórica del derecho.

La sanción jurídica, según Kelsen, constituye un acto coercitivo —de fuerza actual o potencial— consistente en la privación de algún bien (por ejemplo, la vida, la propiedad, la libertad, el honor, etc.) ejercida por un individuo autorizado al efecto y como consecuencia de una conducta.

De acuerdo con esta definición, el homicidio se distingue de la pena de muerte en que, si bien ambos son actos coercitivos consistentes en privar de la vida, sólo el segundo acto se ejerce por un individuo autorizado.

También la definición permite distinguir la internación de los locos o la cuarentena de los enfermos contagiosos de la pena privativa de la libertad, pues mientras en los dos primeros casos el acto coercitivo es consecuencia de un estado o condición de los individuos, en el último es consecuencia de una acción.

Según Kelsen, una norma jurídica es la que prescribe una sanción jurídica. Hablando en la terminología de von Wright, el *contenido* de las normas jurídicas es un acto coercitivo que priva de un bien.

A su vez, el *carácter* que califica a tal contenido, siguiendo con el vocabulario de von Wright, es un carácter que Kelsen llama "deber ser".

En las primeras obras de Kelsen, el "deber ser" aparecía caracterizado en forma no muy distinta del carácter obligatorio de von Wright. Kelsen decía que "deber ser" es un término primitivo que no se puede definir y que expresa que un acto coercitivo está estipulado, establecido, prescripto por una norma válida. En cambio, en la última edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen sugiere que "deber ser" es un término que cubre las situaciones en que un acto coercitivo está tanto ordenado como permitido o autorizado, o sea que sería una expresión para referirse genéricamente a los caracteres obligatorio y permitido o facultativo de von Wright.

O sea que, para Kelsen, una norma jurídica (primaria) es una norma que tiene como contenido un acto coercitivo, que está calificado como debido.

c) Clases de normas jurídicas

Siempre siguiendo a Kelsen, hay dos tipos de normas jurídicas en cuanto a las condiciones de aplicación: *categóricas* e

hipotéticas, según que la ejecución del acto coercitivo no esté supeditado a ninguna condición o sí lo esté.

Un ejemplo de norma categórica es el siguiente:

"Deben ser ocho años de cárcel para Juan Pérez."

Como lo sugiere el ejemplo, las normas jurídicas categóricas son principalmente las sentencias judiciales.

Un ejemplo de norma jurídica hipotética es el siguiente:

"Si alguien mata, debe ser castigado con prisión de 8 a 25 años."

Las leyes son generalmente normas hipotéticas.

También Kelsen clasifica a las normas jurídicas en *generales* y *particulares*. Aunque no es muy claro sobre esta cuestión, parece llamar generales a las normas que von Wright denomina "eminentemente generales", o sea normas que se refieren a clases de sujetos y a clases de ocasiones indeterminadas, siendo particulares cuando se especifica uno o algunos sujetos o alguna ocasión determinados. Las sentencias judiciales son generalmente normas particulares; en cambio, las leyes son casi siempre normas generales.

Siendo el contenido de las normas jurídicas, según Kelsen, *actos coercitivos*, parece bastante claro, aunque el autor no lo dice muy abiertamente, que en su teoría las normas jurídicas tienen como *destinatarios a los funcionarios encargados de disponer su ejecución o de ejecutarlos*. Así, por ejemplo, una ley que dijera: "Si alguien mata debe ser castigado con prisión de 8 a 25 años", estaría dirigida a los jueces para que condenen a una pena de prisión dentro del marco establecido, a las personas que matan. Una sentencia que estableciera: "Juan Pérez debe cumplir diez años de prisión", sería una norma jurídica dirigida a los funcionarios policiales y carcelarios, prescribiéndoles que mantengan en prisión a Juan Pérez durante diez años.

De lo anterior no se sigue que las normas jurídicas no tengan nada que ver con los súbditos ni pretendan incidir en su comportamiento. Si bien se dirigen *directamente* a los jueces y funcionarios, constituyen una técnica *indirecta* de motivar la conducta de los súbditos. Hablando en términos analógicos, una norma jurídica sería como cuando el padre le dice a la madre en presencia del hijo, "si se porta mal, castígalo". Obviamente, el padre no tiene especial interés en que su mujer se pase el día castigando a su hijo; lo que quiere es que su hijo no se porte mal

y elige para lograr eso la técnica de motivación indirecta indicada. El padre tiene la esperanza de que de la prescripción primaria que dirigió a la madre, el hijo infiera la prescripción secundaria "no debes portarte mal".

Dando cuenta de esta idea, Kelsen distingue entre normas jurídicas *primarias* y *secundarias*.

Las normas jurídicas *primarias* son las que prescriben, en ciertas condiciones o no, la privación a un sujeto de sus bienes por medio de la fuerza. Son las normas jurídicas genuinas, lo que significa que un orden jurídico está integrado sólo por ellas.

Las normas jurídicas *secundarias* son meros derivados lógicos de las normas primarias, y su enunciación sólo tiene sentido a los fines de una explicación más clara del derecho.

Kelsen da una regla de transformación para obtener una regla secundaria de una primaria: el carácter de una norma secundaria es un carácter de deber y su contenido es la conducta opuesta a la que figura como condición de aplicación en una norma primaria.

Por ejemplo, si se tiene esta norma primaria: "si alguien *mata* debe aplicársele prisión", la norma secundaria será: "se debe *no matar*". En general: si la norma primaria es "dado *A* debe ser *P*", la secundaria será "debe ser no *A*".

Esto implica que sólo de las normas primarias hipotéticas pueden derivarse normas secundarias, puesto que las categóricas no mencionan como condición una conducta cuya opuesta pueda constituir el contenido de una norma secundaria.

Por otra parte, en el caso en que en las normas primarias se enuncien varias condiciones de aplicación —por ejemplo, "si alguien mata (a) y el fiscal lo acusa (b), deberá ser condenado a prisión"— se presenta una dificultad en el contexto de la teoría de Kelsen, puesto que no es posible determinar cuál de los opuestos de las diversas condiciones será el contenido de la norma secundaria. Kelsen, por supuesto, sostiene que entre todas las condiciones de las normas primarias sólo las conductas que constituyen un acto antijurídico o un delito (en el ejemplo, matar) pueden ser relevantes para la configuración de las normas secundarias, sobre la base de sus opuestos. Pero la cuestión es que, como veremos más adelante, Kelsen no ofrece un criterio claro para distinguir entre las condiciones que constituyen un acto antijurídico y las que no lo son. De cualquier modo, la discusión

de este punto debe remitirse al análisis del concepto de acto antijurídico en la teoría kelseniana.

Aunque tanto en las normas primarias como en las secundarias aparece el operador deóntico *deber*, éste tiene un significado diferente en cada uno de ambos tipos de normas. Cuando se dice que una conducta (necesariamente un acto coercitivo) está calificada como debida por una norma primaria, esto no quiere decir más que lo siguiente: "hay una norma válida que prescribe la ejecución de esa conducta"; en cambio, cuando se dice que una conducta cualquiera está calificada como debida por una norma secundaria, se significa esto: "hay una norma primaria válida que prescribe la ejecución de un acto coercitivo si se da la conducta opuesta a ella". La conducta de enviar a alguien a la cárcel sólo es debida, generalmente, en el primer sentido, que es el más débil; en cambio, la conducta de no matar es debida, por ejemplo, en el derecho argentino, en el segundo sentido, que es más fuerte que el anterior. Al primer sentido, Kelsen lo llama "simple debe ser", en cuanto al segundo, lo llama "deber jurídico".

He dicho recién que el contenido de las normas primarias, o sea las sanciones, sólo está calificado como debido en sentido débil. Sin embargo, en ciertos casos la sanción puede ser debida en sentido fuerte. Para que esto ocurra no basta la norma primaria, de la cual esa tal sanción constituye su contenido; debe haber otra norma en la cual la no ejecución de la sanción en cuestión constituya la condición de aplicabilidad de otra sanción. Por ejemplo, si sólo hay una norma que dice "si alguien mata debe ser puesto en prisión", la conducta de poner a los homicidas en prisión sólo es débilmente debida; en cambio, si *aparte* de la anterior hay otra norma como ésta "si un funcionario no pone en prisión a los homicidas, debe ser multado", la conducta de poner en prisión será debida en sentido fuerte.

d) El caso de las normas que no disponen sanciones

Del desarrollo anterior sobre las normas secundarias surge que una norma con carácter de deber y cuyo contenido no sea un acto coercitivo sólo es una norma jurídica si constituye una norma secundaria que derive de alguna norma primaria.

Esto nos coloca frente a una grave cuestión que debe enfrentar Kelsen. Resulta que si observamos el contenido de cualquier

sistema jurídico, encontraremos una serie de enunciados normativos cuyo contenido no son actos coercitivos, ni pueden derivarse de enunciados normativos que mencionan actos coercitivos. Si nos detenemos en nuestro sistema jurídico, veremos que, por ejemplo, la mayor parte de las normas que integran la Constitución no prescriben sanciones, sino que establecen derechos y garantías, el procedimiento para elegir los integrantes de los poderes, etcétera. Asimismo, si leemos nuestro Código Civil, nos vamos a encontrar con normas que establecen el procedimiento y las condiciones para celebrar un contrato, contraer matrimonio, adquirir la propiedad de un bien, normas que establecen los derechos y las obligaciones que derivan de tales hechos, etcétera.

La respuesta de Kelsen ante este hecho, es que, efectivamente, todos estos enunciados no son normas, sino *partes* de normas genuinas. Así, la mayoría de los enunciados que encontramos integrando un sistema jurídico formarían el *antecedente* de las auténticas normas, en cuyo consecuente debe figurar siempre una sanción.

Un ejemplo, sobresimplificado de norma completa, según la teoría de Kelsen, sería el siguiente:

"Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice 'el que mata será castigado con prisión de 8 a 25 años'; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver este tipo de asuntos; si el acusado ha prestado declaración indagatoria y un abogado elegido por él lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios; si el hecho no se produjo en legítima defensa o por error, etc.; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión."

O sea que, según Kelsen, un sistema jurídico, como cuestión de hecho, estaría integrado sólo por tantas normas como sanciones se prevean, siendo cada una de las normas extraordinariamente compleja, puesto que su antecedente sería la conjunción de una serie enorme de enunciados. Esto también implica que una misma norma puede estar dictada a través de muchos actos

legislativos realizados en épocas diferentes por distintas personas, pues los enunciados que integran el antecedente pueden no ser formulados en un mismo tiempo y por la misma autoridad.

Las únicas normas que, fuera de las penales, constituyen normas autónomas son, según Kelsen, algunas normas civiles cuyo contenido es un acto de ejecución forzosa de bienes, o sea las normas que prescriben el secuestro y el remate de bienes de propiedad de una persona cuando se dan determinadas condiciones, por ejemplo, que no pague a su acreedor.

e) Norma jurídica y proposición normativa

Para terminar con el enfoque kelseniano de las normas jurídicas, hay que aludir a su distinción entre norma jurídica y *proposición normativa* o *jurídica*.

La proposición normativa constituye un enunciado que *describe* una o varias normas jurídicas. La ciencia del derecho está integrada por un conjunto de proposiciones normativas, no por normas jurídicas; las normas jurídicas constituyen el *objeto* de estudio de la ciencia del derecho, que formula para describirlo proposiciones normativas.

Mientras una norma jurídica *A* dice, por ejemplo: "Si alguien mata deberá ser castigado con prisión de 8 a 25 años", una regla de derecho diría lo siguiente: "la norma *A* pertenece al derecho argentino".

Las proposiciones normativas, como enunciados descriptivos que son, a diferencia de las normas jurídicas, son susceptibles de verdad o falsedad.

Kelsen remarca esta distinción, pero a pesar de ello sostiene que las proposiciones normativas, igual que las normas jurídicas, son "juicios de deber ser", aunque puramente descriptivos.

Esta extraña afirmación de Kelsen, que no se compadece con su distinción entre juicios de *ser* y juicios de *deber ser* como equivalente a la distinción descriptivo-prescriptivo, quizás está provocada por el hecho de que a veces también en las proposiciones normativas se usan los operadores "obligatorio", "prohibido" y "permitido", aunque con un sentido diferente —un sentido descriptivo y no prescriptivo— que cuando se usan en una norma (por ejemplo, un transeúnte puede decir a un automovilista "está *prohibido* estacionar aquí", sin que esté dictando una norma sino

informando sobre una norma vigente). Sin embargo, aun así, la posición de Kelsen no se justifica, pues según su propia teoría, la distinción entre juicios de *deber ser* y juicios de *ser* no depende de las palabras que se usen sino de la fuerza prescriptiva o descriptiva de la oración.

4. Críticas a la concepción de Kelsen sobre la estructura de las normas jurídicas

Las críticas a la tesis de Kelsen sobre la estructura de las normas que son jurídicas han sido muchas, algunas razonables y otras injustas. Aquí sólo veremos algunas pocas de las más fundadas.

Una de las observaciones que se han hecho a la caracterización de las normas jurídicas por el hecho de que su contenido sea una sanción, es que éste no es un elemento suficiente para distinguir a las normas jurídicas de las que no lo son. Joseph Raz (*The Concept of a Legal System*), por ejemplo, sostiene lo siguiente: "El linchamiento o la *vendetta* pueden estar prescriptos por ciertos sistemas morales positivos sin convertirlos a ellos en órdenes jurídicos. De igual modo, ciertos órdenes sociales no jurídicos pueden prescribir castigos corporales de los padres a los hijos o de los maestros a los alumnos."

Sin embargo, esta crítica no es muy destructiva, puesto que, aunque las normas que se dan como ejemplo no son consideradas como jurídicas por el pensamiento corriente de los juristas; clasificarlas como normas jurídicas consuetudinarias, si están suficientemente extendidas, no es un precio muy grande para contar con un criterio uniforme para identificar las normas que son jurídicas.

En cambio, sí constituye una crítica poderosa la que ha formulado H. L. A. Hart en su libro *El concepto del derecho.*

Hart pone en la picota la concepción de las normas jurídicas como mandatos, teniendo en mira fundamentalmente la teoría de Austin de las órdenes repaldadas por amenazas. Sin embargo, muchas de las observaciones de Hart, como él mismo lo aclara, son extensibles al esquema de Kelsen.

El profesor inglés sostiene que el esquema de las órdenes respaldadas por amenazas responde bastante bien a la estructura

de las normas jurídicas *penales* y a la de algunas pocas de las civiles.

No obstante, ese esquema no recoge la estructura de una gran cantidad de normas que integran los sistemas jurídicos en forma característica.

En especial, el esquema de Austin-Kelsen deja de lado el importante grupo de normas que tienen por función conferir *potestades*.

Hay normas jurídicas que se refieren a la forma para celebrar contratos, matrimonios, testamentos, etcétera. Esas normas no tienen por función imponer obligaciones sino acordar a los particulares facilidades para concretar sus deseos (recordar las reglas técnicas de von Wright), otorgándoles potestades para crear, en ciertas condiciones, derechos y obligaciones dentro de un marco coercitivo

Si no se siguen las reglas para hacer un testamento válido, no se dirá que se ha "infringido" alguna obligación, simplemente no se habrá concretado el propósito de hacer un testamento que tenga por efecto dar origen a derechos y obligaciones.

Estas normas que confieren potestades no son solamente las que se refieren a actos privados, como las que se acaba de señalar; también están las que confieren potestades públicas, por ejemplo, las que dan competencia a un legislador para dictar leyes, a un juez para dictar sentencias, etcétera.

Tampoco de estas últimas normas se puede decir que imponen obligaciones a los funcionarios, sino que son reglas que establecen las condiciones y el procedimiento que hay que seguir si es que se quiere dictar otras normas jurídicas que no sean nulas.

Hart dice que tanto las normas penales como las que confieren potestades sirven como pautas o criterios de conducta para la apreciación crítica de ciertas acciones, y esto es lo que hace que ambas sean reglas o normas.

Además, Hart puntualiza que el hecho de que haya necesidad de distinguir entre los diferentes tipos de normas no implica negar que haya relaciones relevantes entre ellos. Sugiere que las normas que confieren potestades constituyen reglas para la creación de las normas que imponen deberes.

Hart critica dos intentos de reducir las normas que confieren potestades a las normas que imponen deberes.

Uno de esos intentos es el de Kelsen, que ya se examinó, consistente en considerar a las normas del primer tipo como *fragmentos* de las del segundo.

En primer lugar, Hart objeta este intento en cuanto supone, como en el caso de Kelsen, que las normas jurídicas se dirigen a los funcionarios. Esto implica desconocer la función del derecho de motivar la conducta de los súbditos. Supone, además, considerar el ordenamiento jurídico sólo desde el punto de vista del hombre malo, el hombre que ya ha infringido su deber, y hay que ver qué hacer con él; en vez de poner en el centro al hombre que quiere cumplir con su deber y toma el derecho como guía.

Pero aun cuando se admita que hay deberes dirigidos a los súbditos, la reducción de las normas potestativas como partes de las de obligación sigue siendo criticable. Tal reducción obtiene uniformidad al precio de una gran deformación del derecho, porque deja de lado la situación de los individuos que guían su conducta por las normas potestativas para saber cómo obtener determinados efectos jurídicos, centrándose sólo en las normas que guían a los individuos para ejecutar, o no ser víctimas de sanciones. El que los hombres se guíen por normas potestativas en su actividad cotidiana, tanto como se guían por normas de obligación, sugiere la necesidad de no obscurecer el primer aspecto normativo del derecho reduciéndolo al segundo.

La otra alternativa de reducir las normas que confieren facilidades para obtener ciertos efectos jurídicos, a las que imponen obligaciones, consiste en tomar la *nulidad* como una sanción. De este modo, una norma que indica determinado procedimiento, por ejemplo, la que prescribe dos testigos para hacer un testamento, compelería a seguir tal procedimiento amenazando con la nulidad para el caso contrario.

Pero esta consideración de la nulidad como una sanción es rechazada con razón por Hart. Aparte de mencionar algunas objeciones no muy fuertes, como que la nulidad no constituye un "mal" para quien no ha satisfecho algún recaudo, Hart se centra en la observación que considera más importante.

Una sanción supone que la conducta a la que se imputa es indeseable y merece ser desalentada. Pero obviamente el derecho no pretende desalentar, ni suprimir, ni considerar indeseable, por ejemplo, las conductas de hacer testamento sin testigos o hacer una compraventa sin escritura pública. Simplemente, no reconoce sus efectos jurídicos. El absurdo de esta tesis se mues-

tra tomando el ejemplo de las reglas de un juego, como el del fútbol, destinadas a establecer las condiciones para obtener un tanto (un gol, en el ejemplo). Obviamente, esas reglas no están destinadas a desalentar y ver como indeseables todas las jugadas que no tienen como resultado obtener un punto.

Otra diferencia entre la nulidad y la sanción es la siguiente: si suprimimos la sanción de una norma penal, lo que queda (por ejemplo, "no se debe matar"), si bien puede perder fuerza, todavía tiene sentido; en cambio, si se suprime la nulidad como consecuencia de una norma que establece cierto procedimiento, lo que resta (por ejemplo, "el testamento debe hacerse con testigos") no tendría ningún sentido, ni podríamos decir que constituye regla alguna.

Al concluir Hart que la concepción que reduce el derecho a un solo tipo de reglas implica una inaceptable deformación de la realidad jurídica, propone considerar el ordenamiento jurídico como una unión de diferentes tipos de normas o reglas. Las clasifica en primarias y secundarias, siguiendo estos lineamientos.

1) *Reglas primarias.* Son las reglas que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, lo quieran o no; imponen, en cierto sentido, obligaciones, puesto que tienen fuerza compulsiva y sirven de base para la crítica o el elogio por la conformidad o la no conformidad con la regla. Estas reglas no sólo se dirigen a los funcionarios, prescribiéndoles la aplicación de sanciones, sino que, principalmente, se dirigen a los súbditos, indicándoles conductas que se consideran deseables.

Son reglas primarias puesto que las demás reglas —las reglas secundarias— *se refieren a ellas.* (Ejemplo de este tipo de reglas son las que integran un código penal.)

2) *Reglas secundarias.* Son reglas que no se ocupan directamente de lo que los individuos deben o no hacer, sino de las reglas primarias. Hart distingue tres tipos de reglas:

a) *Reglas de reconocimiento.* Son las reglas que sirven para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y cuáles no. Establecen los criterios de identificación del derecho. Una regla de reconocimiento simple sería, por ejemplo, la que dijera: "Son derecho en este país todas las reglas dictadas por el legislador *A* o por quien él autorice"

Es conveniente hacer el análisis de la regla de reconocimiento en otro lugar, junto con el problema de la validez.

b) *Reglas de cambio.* Permiten dinamizar el ordenamiento jurídico indicando procedimientos para que las reglas primarias cambien en el sistema.

Estas reglas son, precisamente, las que confieren potestades a los funcionarios y a los particulares para, en ciertas condiciones, crear reglas primarias de las cuales surjan derechos y obligaciones. Un caso de estas reglas es el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional que da competencia al Congreso para dictar diversos códigos.

c) *Reglas de adjudicación.* Son las reglas que dan competencia a ciertos individuos —los jueces— para establecer si en una ocasión particular se ha infringido o no una regla primaria.

Si estas reglas no existieran, como quizás ocurrió en estadios jurídicos primitivos, habría una gran falta de certeza jurídica, porque cualquiera podría invocar la violación de una regla primaria, y no habría forma de dirimir las diferencias de interpretación.

Estas reglas son las que indican las condiciones para que alguien sea juez, el procedimiento que debe seguirse para adoptar una decisión judicial y el alcance que tiene el carácter constitutivo de las decisiones judiciales. Distintas normas de los códigos procesales ejemplifican esta categoría de ejemplos.

Hart sostiene que ver el derecho como una unión de reglas primarias de obligación con las normas secundarias que se acaban de indicar, facilita una comprensión más aguda de una serie de fenómenos jurídicos que si se lo encasilla en forma simplista en un esquema unitario.

Este enfoque de Hart permite advertir que, contrariamente a lo que piensan Kelsen y otros autores, no es posible distinguir una norma jurídica de otras clases de normas por su contenido o estructura, considerando a la norma en forma aislada, sino por su *pertenencia a un sistema jurídico.* En vez de definir "sistema jurídico" como un sistema integrado por normas jurídicas, hay que definir "norma jurídica" como una norma que pertenece a un sistema jurídico. Esto obliga a dar prioridad a la caracterización del concepto de sistema jurídico, lo que será tema del siguiente capítulo.

5. Sobre la existencia de las normas jurídicas

Obviamente, una norma jurídica no es una cosa o un hecho que sea observable en principio.

No es que todavía no se la haya podido observar, como a ciertas estrellas, sino que es lógicamente imposible observarla. Si un estudiante de derecho volviera a su casa y le contara a sus padres que en la Facultad ha podido ver, o tocar, una norma jurídica, aquéllos se sentirían justificadamente alarmados por la sensatez de su hijo o la de sus profesores.

El que las normas jurídicas sean inobservables ha llevado a muchos filósofos y juristas a situarlas como objetos pertenecientes a presuntos reinos ontológicos que están más allá de la experiencia de los sentidos (por ejemplo, en la de los "ideales").

Ya hace mucho tiempo que Occam nos ha enseñado a no multiplicar las entidades más allá de lo necesario, y muchos filósofos han advertido que no hay que ver un objeto detrás de cada expresión que pueda aparecer como sujeto gramatical de una oración.

En las ciencias hay muchas palabras que hacen referencia a *inobservables* en principio, como "electrón", "campo magnético", "inconsciente", etcétera. Ante los enunciados en que aparecen estas palabras es igualmente errada la actitud de considerarlos metafísicos o la de pensar que tales términos denotan entidades de algún tipo. Esos términos son llamados "teóricos', porque si bien no hacen referencia a datos observables, se usan, de acuerdo con determinadas reglas de correspondencia, cuando aparecen ciertos datos empíricos (por ejemplo, la palabra "electrón" se usa cuando aparece cierta línea en el espectro, aun cuando el término no hace referencia a ella). Los enunciados teóricos no son metafísicos, porque en cada contexto pueden ser traducidos en enunciados empíricamente verificables, aunque no haya ningún conjunto finito de enunciados verificables que agote el significado del enunciado teórico.

Obviamente, la expresión "norma jurídica" no denota un conjunto de oraciones escritas en un papel, puesto que una misma norma jurídica puede estar formulada por oraciones diferentes; ni tampoco denota un conjunto de conductas humanas, puesto que las normas jurídicas son usadas para evaluar las conductas. Sin embargo, hay reglas de correspondencia implícitas que vinculan

la proposición "la norma *X* existe en tal lugar" con la enunciación de ciertas oraciones y con la realización de ciertas conductas, sin que, repito, la expresión "norma jurídica" denote ni oraciones ni conductas.

Para Alf Ross *(Sobre el derecho y la justicia)*, por ejemplo, una norma jurídica existe, o sea está vigente en un determinado lugar, cuando se puede decir con probabilidad que los jueces la usarán como fundamento de sus resoluciones. No importan para Ross el origen ni el contenido de una norma para calificarla de jurídica y para sostener que es vigente; lo decisivo es que sea probable que forme parte del razonamiento de los jueces de un ámbito determinado.

Esta posición es típica de las concepciones realistas respecto al derecho, aunque, en verdad, constituye un realismo atenuado.

Kelsen rechaza posiciones como la precedente con el argumento fuerte de que caen en un círculo vicioso, pues si para definir norma jurídica vigente recurren al concepto de juez, resulta que para definir "juez" no tienen más remedio que volver a las normas jurídicas, puesto que no se es juez por poseer cualidades "naturales" sino por estar autorizado a realizar ciertos actos por determinadas normas. (En el próximo capítulo consideraremos con más cuidado esta dificultad.)

Para Kelsen, la aplicación judicial de las normas jurídicas determina su eficacia. Una norma es *eficaz* si es obedecida por los súbditos o, en caso de desobediencia, aplicada por los jueces.

Pero Kelsen (por lo menos en las primeras versiones de su teoría), sostiene que la eficacia de una norma jurídica es irrelevante respecto a su existencia.

Puede existir una norma jurídica que sea ineficaz, y puede haber normas eficaces que no existan como integrantes de un sistema jurídico.

Obviamente, para que sea verdad, según Kelsen, que existe una norma jurídica, tiene que ser *positiva*, o sea que ciertos individuos o conjuntos de individuos empíricos deben haber formulado, en determinadas condiciones, una oración cuyo sentido sea la norma jurídica en cuestión. En el caso del derecho consuetudinario la cuestión es más complicada, pero de igual modo se exige, para que una proposición como "la norma consuetudinaria *X* existe" sea verdadera, que haya una reiteración de una serie de conductas por parte de un conjunto de individuos reales.

Pero si bien la positividad es una condición necesaria para la verdad de un enunciado de la forma "la forma *X* existe", no es para Kelsen una condición suficiente.

Kelsen exige otras condiciones para que exista una norma jurídica. Una de ellas podría ser, por ejemplo, que el estado de cosas que la norma regula sea lógica y empíricamente posible. Como dice Kelsen, una norma que ordenara a las mujeres acortar el período de gestación a cinco meses, no sería, en realidad, una norma jurídica.

Pero la condición decisiva en la teoría de Kelsen para que una norma exista es que sea *válida*. Para este autor, la validez constituye la existencia específica de las normas jurídicas.

Como ya se ha dicho, en la teoría de Kelsen una norma es válida, o sea existe como tal, cuando tiene fuerza obligatoria, cuando debe ser lo que ella dispone. Esta fuerza obligatoria deriva, para Kelsen, de la norma fundamental o básica que los juristas presuponen en forma hipotética, sin que tal presuposición implique una adhesión ideológica al sistema (la norma fundamental prescribe observar el sistema, pero los juristas la presuponen como hipótesis sin adherirse categóricamente a su contenido).

Este enfoque de Kelsen acerca de la existencia de las normas jurídicas ha sido objeto de críticas muy severas por parte de otros autores. Sin embargo, aun muchos de sus críticos reconocen que Kelsen ha vislumbrado con acierto un aspecto importante de la cuestión de la existencia de las normas jurídicas: el hecho de que las normas jurídicas no existen o son válidas aisladamente sino en tanto y en cuanto pertenecen a un sistema jurídico válido o existente. Es ésta una idea que muchos autores comparten aun cuando no acepten la identificación que hace Kelsen entre la existencia de las normas y su validez o fuerza obligatoria.

Esto quiere decir que, tal como no se puede determinar si una norma es *jurídica* si no es por su pertenencia a un sistema jurídico, tampoco se puede determinar si una norma jurídica *existe* si no es por su pertenencia a un sistema jurídico existente.

Esto nos conduce a suspender la discusión acerca de la existencia o validez de las normas jurídicas hasta que hayamos considerado el concepto de sistema jurídico y las condiciones para establecer cuándo una norma pertenece a un tal sistema.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

II

— Indique a qué uso del lenguaje corresponde cada una de las oraciones siguientes:

a) Deseo saber si es cierto que Kelsen fue perseguido por el nazismo.

b) No te imaginas qué día hemos pasado.

c) Me gustaría que fueras más cuidadoso en tu lenguaje.

d) Voto por Juan como director.

e) Queda usted autorizado a ausentarse de su trabajo.

f) Es probable que un incremento de la tasa de interés tenga efectos inflacionarios.

g) La línea recta es la distancia más corta entre dos puntos.

h) ¿Sabes que acabo de aprobar Introducción al derecho?

i) Más vale pájaro en mano que ciento volando.

j) La mujer que abandonare a su hijo poco después del nacimiento, para ocultar su deshonra, será reprimida con prisión de un mes a un año.

k) Según el derecho argentino, el presidente de la Nación no debe aplicar penas.

— ¿Puede decirse de una directiva que es falsa?

— ¿Tiene sentido la siguiente prescripción: "Te ordeno que vayas a la escuela, si quieres"?

— ¿Qué clases de normas expresan o describen las siguientes oraciones?

a) Se contará un gol cuando la pelota entre en el arco.

b) Si usted desea adelgazar debe hacer una gimnasia adecuada.

c) Un mismo enunciado no puede ser a la vez verdadero y falso.

d) Un abogado no debe negarse a defender a una persona por motivos racistas.

e) En esta sociedad se suele pedir la mano de la novia.

f) Cuando yo lo cite, usted debe presentarse sin más trámite al juzgado.

g) Si se desea transferir el dominio de un inmueble, debe hacérselo por escritura pública.

h) El asesinato perfecto exige hacer desaparecer el cadáver de la víctima.

i) No se debe ir a un entierro en ropa de baño.

5.— Si un legislador sancionara una ley que dijera: "Si los habitantes de este país no quieren ir a la cárcel de 8 a 25 años, no deben matar", ¿habría formulado una regla técnica?

6.— Formule la proposición anankástica correspondiente a la siguiente regla técnica: "Si usted quiere evitar reacciones sociales adversas, vístase decorosamente".

7.— Indique cuáles de las siguientes conductas constituyen un hábito de cierta gente y cuáles una costumbre social: fumar; ir al cine los sábados a la noche; andar calzado por la calle; decir "hola" al atender el teléfono; usar corbata; decir "bueno" al comenzar una disertación; llamar "casa" a las casas; tomar café después de la cena.

8.— ¿Cómo debe un enunciado calificar a una conducta para que ese enunciado constituya una norma?

9.— Transforme la siguiente norma en una que tenga carácter prohibitivo: "Una vez celebrado un contrato, éste debe cumplirse o debe indemnizarse a la otra parte los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento".

10.—Clasifique las siguientes normas por su carácter normativo:

a) "Es necesario que se presente al servicio militar".

b) "Prometo decir la verdad".

c) "Si la cosa que alguien prometió entregar a otro se deteriora sin culpa del primero, el que debía recibir la cosa podrá optar entre disolver la obligación o recibir la cosa en el estado en que se encuentre".

d) "Es absolutamente nulo el matrimonio entre hermanos".

e) "No se puede fumar en los andenes de la estación".

11.— Indique si los siguientes hechos son el *resultado* o una *consecuencia* de la acción que en cada caso se señala, de acuerdo con la clasificación de von Wright:

a) El hacer sobresaltar a quien se grita para saludarlo.

b) El cese de las funciones cerebrales de la persona a la que se mata para heredar sus bienes.

c) La muerte del feto cuando se lo extrae del útero de la mujer embarazada para contener el avance de un tumor.

12.— Transforme la norma siguiente en una norma equivalente que tenga como contenido a una omisión:
"Está prohibido estacionar junto a la acera de los números pares, salvo en el caso de ambulancias, autobombas y vehículos policiales".

13.— ¿Cómo clasificaría una promesa según su autoridad? ¿Qué clase de autoridad tienen las normas consuetudinarias?

14.— Clasifique por su sujeto normativo las normas siguientes:

a) "Algún alumno de la clase tiene que explicar la lección".

b) "Los abogados que se hayan recibido antes del 1º de enero de 1950 deben renovar su matrícula".

c) "Pedro, Juan y Roberto están autorizados para representar a la sociedad *X* ante la Municipalidad".

15.— Clasifique por su ocasión las normas siguientes:

a) "Estará prohibido circular con vehículos los martes o los jueves, según que el número de la patente sea par o impar, en la zona céntrica de la ciudad".

b) "A partir del 1º de enero de 1980 los locatarios deberán presentar, a comienzo de cada mes, una declaración jurada de sus ingresos".

c) "No se permite levantar tribunas en las plazas públicas, excepto en períodos de campañas electorales".

16.— Proponga ejemplos de normas que reúnan estas características en cuanto a sus elementos:

a) De carácter prohibitivo: con contenido omisivo; hipotética; disyuntivamente general en cuanto al sujeto y particular respecto de la ocasión espacial.

b) De carácter permisivo; comisiva en cuanto al contenido; categórica; particular respecto del sujeto y conjuntivamente general en orden a la ocasión temporal.

17.— ¿Cuáles son los elementos que, según Austin, debe tener una norma jurídica? ¿Cómo difiere, en ese respecto, su concepción de la de Kelsen?

18.— ¿A qué técnicas de motivación (directa o indirecta, según la distinción de Kelsen) corresponden las siguientes normas o prescripciones:

a) "No se debe faltar a la palabra empeñada".

b) "Los alumnos que no quieren ser aplazados en la materia deben estudiar concienzudamente".

c) "El que encontrare una cosa extraviada y la devolviere a su dueño o a las autoridades será recompensado con el 10 % de su valor".

19.— Aplicando el esquema de von Wright respecto de los elementos de las prescripciones, ¿cómo deben ser esos elementos para que una prescripción sea considerada una norma jurídica según la teoría de Kelsen? (¿Cómo debe ser una norma jurídica por su carácter, su contenido, su condición de aplicación, etcétera? ¿Quiénes son, según surge de la teoría de Kelsen, los sujetos normativos de las normas jurídicas primarias?)

20.— Extraiga las normas secundarias correspondientes a las siguientes normas:

a) "El que se apoderare ilegítimamente de una cosa total o parcialmente ajena, debe ser reprimido con dos años de prisión".

b) "Si alguien ha celebrado un contrato, no cumple con sus obligaciones y es demandado por su co-contratante, procede la ejecución forzosa

de sus bienes con el fin de resarcir los daños y perjuicios causados al demandante".

c) "El que injurie a otro y no se retracte públicamente debe ser castigado con un año de prisión".

21.—¿Cuáles de las siguientes son, para Kelsen, normas *completas*?

a) "No son punibles: ...el que obrare en virtud de obediencia debida" (art. 34, inc. 5º, del Código Penal argentino).

b) "Corresponde al Congreso: ...dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social" (art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional).

c) "Se impondrá reclusión o prisión de 3 a 6 años, al que abusare del error de una mujer fingiéndose su marido y tuviere con ella acceso carnal" (art. 121, Código Penal argentino).

d) "El conocimiento de los delitos del fuero federal corresponde: 1º) A la Suprema Corte de Justicia Nacional; 2º) a los jueces de sección; 3º) a los jueces de los territorios federales" (art. 20, Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal).

e) "La patria potestad se pierde: 1º) Por delito cometido por el padre o madre contra su hijo o hijos menores, para aquel que lo cometa" (art. 307, Cód. Civil argentino).

f) "En las disposiciones testamentarias, toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, anula la disposición a que se halle impuesta" (art. 3608, Cód. Civil argentino).

g) "Queda comprendido en el concepto de "violencia", el uso de medios hipnóticos o narcóticos" (art. 78, Cód. Penal argentino).

h) "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19, Const. Nacional).

22.—¿Cómo podría clasificar las normas mencionadas en el ejercicio anterior, tomando en cuenta los tipos de reglas que distingue Hart? ¿Encuentra usted que algunos de los ejemplos de normas no encuadran fácilmente en las categorías de Hart?

23.—¿Qué contestaría usted a alguien que dijera, que como nunca nadie ha visto una norma jurídica, no cabe sino concluir que las normas jurídicas no existen?

24.—¿Según Kelsen, la eficacia de una norma es sufiente para que ésta exista?

CAPÍTULO III

EL SISTEMA JURÍDICO

Como hemos visto en el capítulo anterior, no es posible determinar si una regla es una norma jurídica y si existe como tal si no se establece que ella pertenece a un sistema jurídico existente.

Esta consideración muestra que hay tres preguntas que son prioritarias para la comprensión del fenómeno jurídico: 1º) ¿Cómo se caracteriza un sistema jurídico? 2º) ¿Cuándo una norma pertenece a un cierto sistema jurídico? 3º) ¿Cuándo un sistema jurídico existe?

Estas tres preguntas están estrechamente relacionadas entre sí. En lo que sigue comenzaremos tratando de responder la primera pregunta, para ir después echando luz sobre las restantes.

1. Los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos

Preguntarse por la caracterización del concepto de sistema jurídico es otra forma de inquirir por una definición del concepto de derecho, pues "sistema jurídico" y "derecho" —en el sentido de "derecho objetivo"— se usan como sinónimos. Ya hemos visto que (contra lo que el iusnaturalismo propugna) hay razones para definir el concepto de derecho o sistema jurídico sin aludir a propiedades valorativas, y que parece razonable caracterizar a ese concepto de modo que él haga referencia a un fenómeno en que las reglas o normas —más que las decisiones de ciertos órganos o las profecías acerca de tales decisiones— jueguen un papel central. Lo que ahora procuramos es precisar más el concepto

de sistema jurídico, mencionando algunos de sus rasgos distintivos.

a) Los sistemas jurídicos como sistemas normativos

El derecho pertenece a la familia de los sistemas normativos, entre los cuales se suele incluir también a la moral, la religión (o al menos cierto aspecto de ella), los usos sociales, los juegos, etcétera.

¿Qué es un *sistema normativo?* Alchourrón y Bulygin han precisado el concepto partiendo de la definición que da Tarski de *"sistema deductivo de enunciados"*.

Tarski define "sistema deductivo" como un conjunto cualquiera de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. Es decir que si decidimos formar un conjunto, por ejemplo, con dos enunciados cualesquiera y decidimos también que integren el conjunto todos los enunciados que se *infieren lógicamente* de ellos, tenemos constituido un sistema deductivo.

Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay *al menos* una norma, es decir un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (o sea con la permisión, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción).

Como se ve, un sistema normativo no requiere estar constituido *sólo* por normas; es suficiente con que en el conjunto de enunciados aparezca al menos una norma para calificar de normativo al sistema. Esta exigencia débil refleja la circunstancia de que en muchos sistemas normativos, como es notorio en el derecho, aparecen enunciados que no son normas, tales como definiciones conceptuales, descripciones fácticas o expresiones de deseos. De este modo podemos decir que, por ejemplo, el art. 77, párrafo 4º, del Código Penal argentino, que define la expresión "funcionario público", forma parte de nuestro sistema jurídico; esta afirmación estaría vedada si exigiéramos que un sistema normativo como nuestro orden jurídico estuviera integrado sólo por normas.

b) Los sistemas jurídicos como sistemas coactivos

¿Qué es lo que distingue al derecho de otros sistemas normativos? Ya hemos considerado la respuesta de Kelsen, que consis-

te en distinguir las normas jurídicas de todas las demás normas por el hecho de prescribir sanciones, y luego estipular que un sistema jurídico es un sistema constituido por normas jurídicas. Hemos visto que esta visión del derecho obscurece la gran variedad de reglas que constituyen un sistema jurídico moderno y que parece ilusorio pretender distinguir, aisladamente, una norma jurídica por una cierta estructura o contenido característicos, y no por su pertenencia a un sistema, que pueda ser calificado de jurídico. O sea que el procedimiento más esclarecedor es definir "norma jurídica" a partir del concepto de sistema jurídico, y no definir "sistema jurídico" a partir de la noción de norma jurídica.

Sin embargo, Kelsen parece estar bien encaminado al erigir la *coactividad* en una nota distintiva de los sistemas normativos que son jurídicos, aunque resulte exagerada su afirmación de que *toda* norma de un sistema jurídico prescribe un acto coactivo, una sanción. Se podría decir que, así como para que un sistema de enunciados sea un sistema normativo es necesario que incluya al menos una norma, sin que sea necesario que todos sus enunciados sean normas, del mismo modo un sistema normativo no es un sistema jurídico si no incluye normas que prescriben actos coactivos, aunque no todas sus normas tienen que estipular actos coactivos.

Parece, efectivamente, razonable distinguir al derecho de otros sistemas normativos —como la moral positiva, las reglas de juegos y de etiqueta, las normas de asociaciones privadas, etcétera— por el hecho de que algunas de sus reglas están dirigidas a regular el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal. Mientras el sistema jurídico incluye normas que prohíben en general el uso de la coacción, hay una serie de reglas que establecen excepciones a esta prohibición general, autorizando el empleo de la fuerza en ciertas condiciones y por ciertos individuos: por ejemplo, para materializar la privación de un bien que se impone como pena por un delito, o para indemnizar a quien ha sufrido un daño.

Si bien el sistema jurídico en conjunto regula el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal, hay que insistir, en contra de Kelsen y de otros teóricos, en que esto no implica que todas sus normas prescriben sanciones. Hay normas jurídicas que autorizan, prohíben o declaran obligatorio otro tipo de conductas que no consisten en la aplicación de sanciones. No obstante debe destacarse que la conexión que estas últimas normas tienen con aquellas que prescriben actos coactivos es relevante para la operatividad o eficacia de esas otras normas. Éste es el caso, obviamente, de las normas que prohíben cierta conducta cuando

hay otras normas que prescriben o autorizan sanciones para el caso de realización de esa conducta. Pero también es aplicable a las normas que conceden competencia, otorgan derechos o establecen condiciones para la realización de un acto jurídico. No tendría mucho sentido, por ejemplo, que ciertas normas dieran competencia a determinados individuos como órganos del sistema, si no hubiera otras normas que establecen sanciones contra los que usurpen esas funciones. También las normas que estipulan condiciones para dictar otras normas, emitir sentencias judiciales o realizar actos jurídicos como contratos o testamentos, son, en definitiva, relevantes porque, según otras normas del sistema, ellas deben ser tomadas en cuenta al disponerse ciertas medidas coactivas, como la ejecución forzosa de cierta obligación contractual.

Sin embargo, hay autores como Joseph Raz (en *Practical Reasons and Norms*) que ponen en duda que la coactividad sea una condición necesaria de un sistema jurídico. Este autor sostiene que si bien todos los sistemas jurídicos que conocemos incluyen normas que estipulan sanciones en determinadas condiciones, ésta es una circunstancia que está impuesta por la naturaleza humana y no es *lógicamente* necesario que se dé para que califiquemos a un sistema de jurídico. Uno puede imaginar, dice Raz, una sociedad compuesta por seres "angelicales", que no necesitan de la coacción para hacer lo que deben hacer (pues siempre están dispuestos a actuar correctamente, en forma espontánea), pero sí requieren reglas y tribunales para *saber* lo que deben hacer, tanto en general como en situaciones particulares. Ese sistema de reglas sería, según Raz, considerado un sistema jurídico, no obstante el hecho de que él no incluye reglas concernientes al uso de la fuerza.

Este argumento de Raz no resulta muy convincente. Se puede aducir que, contra lo que él supone, mucha gente efectivamente dudaría en llamar "derecho" a un sistema que no estipulara medidas coactivas. Una muestra de que, en el lenguaje ordinario, se asocia el concepto del derecho con la coactividad lo da el hecho de que cuando, en el contexto de algunas utopías, se plantea la desaparición del derecho en una sociedad por venir, lo que en realidad se profetiza es una sociedad en que sea innecesario el empleo de medidas coactivas por parte de ciertos órganos. Por otra parte, aun cuando alguna gente se sintiera inclinada a llamar "derecho" al sistema imaginado por Raz —si se pone suficiente énfasis en sus otras analogías con los sistemas jurídicos que conocemos— ¿qué probaría eso? No hay duda de que la palabra "derecho" es —como ya se dijo— de una acentuada vaguedad en el lenguaje corriente, de tal modo que ninguna propie-

dad es aisladamente necesaria para su aplicabilidad. Lo más que podemos decir es que hay propiedades que son *relevantes* para el empleo de la expresión, en el sentido de que, en caso de estar ausentes, sólo se usa ésta si se da un conjunto de otras propiedades relevantes. Es incuestionable que la coactividad es una de estas propiedades relevantes respecto del significado ordinario de "derecho". Si, como lo reconoce el mismo Raz en relación a otras propiedades, la reconstrucción teórica de un concepto implica cierta regimentación del uso ordinario —convirtiendo en condición necesaria para el empleo de un término lo que es sólo una condición relevante en el lenguaje corriente—, no hay duda de que una caracterización plausible del concepto de derecho debe reflejar la circunstancia de que sus normas regulan, directa o indirectamente, el ejercicio de actos de coacción.

Pero la vaguedad que la palabra "derecho" tiene en el lenguaje ordinario se pone más de manifiesto cuando enfrentamos la cuestión de si la coactividad es también una condición *suficiente* para distinguir al derecho de otros sistemas normativos, o si, en cambio, es necesario aludir a alguna propiedad adicional.

c) *Los sistemas jurídicos como sistemas institucionalizados*

La necesidad de recurrir a algún otro rasgo distintivo se hace evidente si tomamos en cuenta que también las normas de la moral regulan el uso de la fuerza; ellas, por ejemplo, prohíben ciertos actos coactivos (por ejemplo, el homicidio) y autorizan la realización de otros, en legítima defensa, en carácter de pena, como acto de guerra, etcétera.

Precisamente esto es lo que advierte Hart cuando sostiene, como vimos en el capítulo anterior, que un sistema jurídico se caracteriza por incluir ciertas normas secundarias. Hart imagina una sociedad primitiva en la que rigen sólo reglas primarias de tipo consuetudinario estableciendo la obligatoriedad de ciertas conductas. En relación a esta hipotética sociedad no se diría que ella cuenta con un sistema jurídico, aun cuando tuviera reglas que regulan el uso de la fuerza (prohibiendo, por ejemplo, la agresión, pero autorizándola en carácter de venganza privada). Las normas de esa sociedad serían calificadas de pautas morales, o tradiciones, o usos sociales, etc., pero no de reglas jurídicas. Sostiene Hart que a medida que esa sociedad se haga más compleja se irán haciendo evidentes determinadas falencias de su

sistema normativo, cuya superación conduce a recurrir al tipo de reglas que son distintivas de un sistema jurídico. La falta de certeza sobre qué normas rigen en la sociedad da origen a una regla de *reconocimiento*, que determina las condiciones para que una regla sea una norma válida del sistema. El carácter estático de las normas vigentes de origen consuetudinario conduce a estipular reglas de *cambio* que dan competencia a ciertos individuos para crear nuevas reglas y derogar las existentes. Los problemas que pueden presentarse respecto de la aplicación de las normas de obligación a casos particulares, cuando esa aplicación está a cargo —como en la sociedad imaginada— de los propios interesados, se resuelven recurriendo a normas de *adjudicación* que facultan a ciertos órganos para tomar decisiones revestidas de autoridad sobre la aplicabilidad de las normas de obligación en casos particulares.

De modo que, según Hart, para distinguir al derecho de otros sistemas normativos —como la moral—no basta acudir a la coactividad sino que hay que tomar en cuenta que el derecho no sólo cuenta con normas primarias de obligación, sino también con normas secundarias (que se llaman así porque versan acerca de las anteriores) de reconocimiento, de adjudicación y de cambio.

Estas normas que Hart menciona como distintivas del derecho apuntan, en definitiva, a una propiedad que muchos autores —como, por ejemplo, Alf Ross— coinciden en considerar definitoria del concepto de sistema jurídico: su carácter *institucionalizado*, o sea el que sus normas establezcan autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema. Las reglas de cambio de Hart establecen órganos creadores de normas; las reglas de adjudicación establecen órganos de aplicación de normas —fundamentalmente los jueces—; y la regla de reconocimiento establece, como veremos luego, cierta limitación importante a los órganos de aplicación de normas.

> **También Kelsen se basa en la institucionalización de los sistemas jurídicos, cuando dice que éstos, a diferencia de los sistemas morales, son *dinámicos*. Con ello quiere decir el autor mencionado que en el derecho se produce el fenómeno de delegación de autoridad, de modo que integran el sistema no sólo ciertas normas primitivas y las que se deducen de ellas, sino también cualquier otra norma dictada por un órgano autorizado por alguna norma del conjunto primitivo. En cambio, en los sistemas morales las únicas normas que, además del conjunto seleccionado, integran el sistema, son las que se deducen lógicamente de las normas básicas de aquél. En otras palabras, en el derecho se agregan nuevas normas al sistema primitivo por medio de su**

dictado por autoridades competentes para ello según las normas originarias; en la moral, en cambio, las nuevas normas que se agregan al conjunto primitivo son sólo las que se infieren lógicamente de ellas.

Cuando antes se dijo que el sistema jurídico regula el ejercicio del *monopolio* de la fuerza estatal, se apuntaba a la nota de de coactividad, pero se presuponía este otro rasgo distintivo consistente en la institucionalización del sistema. En efecto, si el sistema no establece órganos centralizados que son los únicos autorizados para aplicar medidas coactivas, no hay monopolio de la fuerza estatal. Es el hecho de que el sistema jurídico no sólo regula el empleo de la fuerza sino que lo regula como un monopolio de ciertos órganos, lo que permite distinguirlo de otros sistemas normativos.

Por supuesto que incluir a la institucionalización como parte de la caracterización del concepto de sistema jurídico, junto con la coactividad, importa una nueva regimentación del uso ordinario de la palabra "derecho". Esta regimentación implica excluir del ámbito de aplicabilidad de la palabra a dos sistemas que en el lenguaje corriente suelen ser calificados de jurídicos: el llamado *"derecho" primitivo* y el *"derecho" internacional.* Ambos sistemas se caracterizan —como vimos en el caso de la sociedad imaginada por Hart— por no contar con normas que otorguen competencia a *determinados* individuos para crear otras normas y para aplicar las existentes, imponiendo, por ejemplo, sanciones; en esos sistemas está descentralizada tanto la actividad de dictar normas —que se generan por vía consuetudinaria o contractual—, como la de aplicar las normas, imponiendo, por ejemplo, sanciones; actividad esta última que no está a cargo de un cuerpo judicial definido, sino que es ejercida por la víctima de un acto antijurídico o por sus allegados. Las mencionadas características se advierten con claridad en el derecho internacional actual, en el cual las normas son o bien consuetudinarias o bien convencionales, y las sanciones internacionales, fundamentalmente las represalias, no están a cargo de un tribunal central sino de los Estados víctimas de la agresión (curiosamente Ross se equivoca al distinguir el derecho internacional de los derechos nacionales desarrollados, no por su falta de institucionalización, sino por no incluir reglas concernientes al uso de la fuerza).

Pero, en definitiva, no es importante resolver la cuestión terminológica de si la ausencia de instituciones centralizadas en el "derecho" primitivo y en el "derecho" internacional hace que

esos sistemas deban excluirse de la denotación de la expresión "sistema jurídico". Baste hacer notar que, como la coactividad, ésta también es una propiedad relevante para el empleo de la palabra "derecho" en el lenguaje ordinario y que su presencia o ausencia marca una diferencia notoria entre los sistemas jurídicos nacionales de las sociedades desarrolladas y los sistemas que hemos mencionado. La diferencia consiste, en última instancia, en que, dado que la combinación de las notas de coactividad e institucionalización implican que las normas del sistema regulan el ejercicio de cierto *monopolio de la fuerza* y que la presencia (en un grado importante) de tal monopolio es distintivo del Estado, sólo los sistemas que presentan ambas notas pueden ser considerados como el derecho de un cierto Estado (es obvio que si en el derecho internacional se produjera una centralización de las facultades de creación y aplicación de normas esto implicaría la existencia de un Estado internacional).

Lo que es importante, en cambio, es precisar un poco más esta propiedad de la institucionalización, preguntándonos cuáles instituciones son, en definitiva, relevantes para identificar un caso central de sistema jurídico.

d) Los órganos primarios de los sistemas jurídicos

Los derechos desarrollados que conocemos presentan tres tipos principales de órganos: los órganos encargados de crear y derogar normas generales del sistema (legisladores, en un sentido amplio); los órganos encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de las medidas coactivas que tales normas prescriben (jueces en un sentido amplio); y los órganos encargados de ejecutar físicamente las medidas coactivas (órganos policiales y de seguridad). (Obsérvese que esta división no coincide exactamente con la clásica división tripartita de los poderes del Estado, puesto que, si bien los Poderes Legislativo y Judicial se superponen aproximadamente con las dos primeras categorías mencionadas, el Poder Ejecutivo realiza funciones correspondientes a las tres clases de órganos.)

Corresponde destacar aquí que si bien los tres tipos de órganos que se ha mencionado son distintivos de todo sistema jurídico desarrollado, la segunda clase de órganos —o sea los órganos *encargados de aplicar normas* a casos particulares y de disponer

medidas coactivas— juegan un papel central en el esclarecimiento de una serie de preguntas acerca de la naturaleza del derecho.

Las preguntas acerca de la *pertenencia* de una norma a un sistema jurídico y de la *existencia* de un tal sistema —preguntas que encararemos más adelante— no pueden ser respondidas coordinadamente si nos concentramos, o bien en los órganos creadores de normas (ya que puede haber "órganos" que dicten normas que no pertenezcan a ningún sistema jurídico existente), o bien en los órganos que ejecutan físicamente medidas coactivas (ya que la actividad de éstos, al no consistir en la aplicación de normas generales a casos particulares sino en cumplir instrucciones de quienes están encargados de hacerlo, no ilustra sobre las normas que forman parte del sistema). Para contestar a esas preguntas en forma coordinada debemos concentrarnos, en cambio, en los órganos que, por un lado, aplican normas generales a casos particulares y, por otro lado, están en condiciones de disponer la ejecución de las medidas coactivas que esas normas prescriben. Estos temas los veremos con más detalle en los parágrafos siguientes; lo que importa aquí es señalar el lugar relevante que ocupan los órganos de la segunda especie mencionada, que, siguiendo a Raz podemos llamar *"órganos primarios"*, en la caracterización del concepto de sistema jurídico. (En el reconocimiento de la relevancia de estos órganos está la parte de verdad que encierra el realismo jurídico.)

Hay otra precisión que conviene hacer respecto de estas instituciones cuya presencia es relevante para identificar un sistema jurídico. Joseph Raz imagina un sistema en que sus órganos primarios o jueces no estuvieran obligados a aplicar ciertas normas en sus decisiones, sino que estuvieran autorizados a resolver cada caso según sus méritos, aplicando a ese efecto, discrecionalmente, las normas o principios que consideraran más justos o convenientes. Raz se pregunta si un sistema semejante, al que denomina sistema de *"absoluta discreción"*, sería un sistema jurídico. Su respuesta es negativa, ya que sostiene que un rasgo distintivo de los sistemas jurídicos es que proveen *guías* de conducta a los individuos, y estas guías están constituidas por normas que los tribunales *están obligados* a aplicar. Si los tribunales no tuvieran la obligación de aplicar ciertas normas, sino que decidieran los casos según las normas que les parecieran correctas o convenientes, los súbditos sólo podrían guiar su conducta de acuerdo con predicciones acerca de qué pautas serían de hecho

aceptadas por el juez que eventualmente entendería, en su caso. No podrían tampoco *demandar* la aplicabilidad de cierta norma ante los tribunales.

Es difícil determinar si un sistema de "absoluta discreción" sería o no un sistema jurídico. Uno estaría tentado a decir que es *lógicamente* posible que haya un sistema jurídico de "absoluta discreción" (o sea, que no es autocontradictorio por definición de "sistema jurídico"), aunque es *prácticamente* imposible que se dé en la realidad, ya que para que un sistema jurídico se mantenga en una sociedad debe ser observado por la generalidad de los súbditos y para que un sistema de "absoluta discreción" sirva de guía a la conducta de los individuos debería haber una gran regularidad y convergencia en el reconocimiento por parte de todos los jueces de determinadas normas (de tal modo que los individuos pudieran saber qué normas aplicarían los jueces en el caso de juzgar su conducta). Pero esto es prácticamente imposible que ocurra si los jueces no tienen la obligación de reconocer tales normas.

Sea o no una propiedad definitoria del concepto de sistema jurídico, lo cierto es que en todos los derechos desarrollados que conocemos los órganos primarios están obligados a aplicar ciertas normas a casos particulares (aunque cuando esas normas no contienen solución para el caso, por ser imprecisas, contradictorias o tener lagunas, los jueces tienen que recurrir a normas o principios que juzgan apropiados para resolver el caso).

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿de dónde surge la obligación de los órganos primarios de aplicar ciertas normas a casos particulares? En uno de los sentidos de la palabra "validez" (el que es equivalente a fuerza obligatoria) esta es otra forma de preguntar por el fundamento de validez de las normas jurídicas.

Alrededor de esta pregunta aparentemente inofensiva se han generado muchas controversias, controversias que están vinculadas con la polémica entre positivistas y iusnaturalistas.

e) *La obligación de los órganos primarios de aplicar normas y la regla de reconocimiento de Hart*

La respuesta de Hart al interrogante acerca del origen de la obligación de los jueces de aplicar ciertas normas, es que ella surge de una práctica o regla social, desarrollada principalmente

por ellos mismos, que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones (como el estar dictadas por determinado órgano legislativo) son válidas, o sea deben ser aplicadas. La existencia de esta práctica social de reconocimiento de ciertas normas —que Hart llama *regla de reconocimiento*— se pone de manifiesto en la aplicación reiterada de esas normas, en la forma de justificar esa aplicación, en las críticas a quienes no las aplican, etcétera.

Alguien podría preguntarse cómo es posible decir que los jueces están obligados a aplicar ciertas normas si esa obligación surge de una regla (la de reconocimiento) que ellos mismos practican voluntariamente y que podrían alterar si quisieran, ya que no hay otra regla positiva (aunque sí puede haber factores extranormativos de presión) que los obligue a persistir en la práctica. La respuesta más plausible es que —al igual que en el caso de toda regla consuetudinaria— hay que distinguir entre la situación del *conjunto* de los jueces frente a la regla de reconocimiento y la situación, respecto de esa misma regla, de *cada uno* de los jueces tomado en forma individual. El conjunto de los jueces no está obligado por la regla de reconocimiento, pero sí lo está cada uno de los jueces que integran ese conjunto (del mismo modo que una sociedad en conjunto no está obligada a mantener sus costumbres respecto de la forma de vestir, saludar, etc., pero si lo están los individuos que la integran, tomados en forma separada).

El profesor Ronald Dworkin (en *Taking Rights Seriously*) ha objetado a Hart —e indirectamente al positivismo en general— el sostener la idea de que la obligación de los jueces de aplicar ciertas normas pueda fundarse en la práctica de determinada gente, es decir en una regla *social* de reconocimiento. Afirma Dworkin que nuestras afirmaciones sobre lo que *debemos* hacer no pueden fundarse en lo que otra gente *piensa* o *dice* que se debe hacer y en su conducta consiguiente, que es en definitiva, en lo que una práctica o regla social consiste.

En un cierto sentido, esta posición es razonable ya que, como vimos en el primer capítulo, los jueces no pueden justificar sus juicios de que deben aplicar ciertas reglas sólo en el *hecho* de que existe una práctica social en tal sentido (recordemos que los hechos no permiten justificar por sí solos acciones o decisiones). Para justificar ese tipo de juicios los jueces deben recurrir, además, a principios valorativos que determinen la adecuación de la práctica en cuestión.

Sin embargo, la crítica de Dworkin a Hart es incorrecta, ya que este último autor no sostiene que los jueces pueden *justificar* sus juicios de que están obligados a aplicar ciertas normas sobre la sola base de la regla de reconocimiento. Lo que se infiere de las afirmaciones de Hart es que, cualquiera que sea la forma en que los jueces justifiquen o deberían justificar sus conclusiones acerca de qué normas ellos deben

aplicar, la convergencia en esas conclusiones entre distintos jueces genera una práctica común de reconocimiento que puede ser tomada en cuenta por un observador externo, interesado en describir el contenido del sistema jurídico, para determinar qué normas los jueces de ese sistema consideran válidas y obligatorias.

Hart distingue lúcidamente entre el punto de vista *externo* y el punto de vista *interno* respecto de la regla de reconocimiento. El punto de vista externo es el de un observador que describe el hecho de que en cierto ámbito rige determinada regla de reconocimiento que prescribe qué normas deben ser aplicadas. Cuando un observador externo dice que en un país los jueces están *obligados*, según la regla de reconocimiento vigente, a aplicar las normas que satisfacen la condición *X*, el observador usa la palabra "obligación" con un sentido puramente descriptivo que no implica considerar justificada la obligación en cuestión (el mismo sentido descriptivo con que uno emplea la palabra cuando dice por ejemplo, "en los campos de concentración nazis los internos tenían la obligación de enterrar los cadáveres de sus compañeros"). En cambio, el punto de vista interno frente a la regla de reconocimiento no consiste en *hacer referencia* a ella sino en *usarla* (lo que implica adherirse a ella) para determinar qué normas deben ser aplicadas. Este es, según Hart, el punto de vista que adoptan los jueces, y él se manifiesta en el empleo del lenguaje normativo propio del derecho; en especial, cuando se dice que una regla es *válida*, generalmente se formula un enunciado interno que presupone la aceptación de la regla de reconocimiento.

La teoría de la regla de reconocimiento de Hart presenta diversas dificultades, algunas de las cuales serán analizadas en los parágrafos siguientes. En lo que al tema que aquí se está analizando concierne, no es muy aventurado señalar que esta teoría proporciona una explicación plausible de la idea de que los órganos primarios de un sistema jurídico no suelen tener "absoluta discreción" sino que están obligados a aplicar ciertas normas. (Usando la palabra "obligación" con el significado descriptivo a que antes nos referimos.)

Este desarrollo nos permite sugerir una caracterización tosca y provisional del concepto de sistema jurídico (o de derecho en sentido objetivo). Un sistema jurídico es un sistema normativo reconocido (generalmente como obligatorio) por ciertos órganos que el mismo sistema estatuye, y que regula las condiciones en

que esos órganos pueden disponer la ejecución de medidas coactivas en situaciones particulares, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal.

Pero esta caracterización de sistema jurídico abre probablemente más interrogantes que los que resuelve. Entre las dificultades que tal caracterización pone de manifiesto está la de determinar qué es lo que hace que un grupo de enunciados —que, como vimos, puede estar compuesto no sólo por normas, y no sólo por normas que estipulan actos coactivos y estatuyen órganos primarios— formen un sistema "unitario", diferente de otros. Esto constituye el problema de la pertenencia de una norma a un *cierto* sistema jurídico y de la individualización de ese sistema.

2. Criterios de pertenencia y de individualización

La pregunta acerca de cuándo una norma —o, en general, un enunciado— forma parte de un cierto sistema jurídico y no de otro está estrechamente relacionada con la pregunta acerca de cómo se puede distinguir un sistema jurídico de otro. La primera pregunta requiere que se formule un criterio de *pertenencia* de una norma a un sistema jurídico, y la segunda reclama un criterio de *individualización* de sistemas jurídicos. En lo que sigue trataremos de responder a ambas preguntas conjuntamente.

Muchas veces se asocia la cuestión de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico con la cuestión de la *validez* de la norma en cuestión.

> En el caso de algunos autores esto es así porque se *identifica* la validez de una norma con su pertenencia a un sistema; en este caso, se está usando la palabra "validez" con un significado puramente descriptivo que debe ser cuidadosamente distinguido del significado normativo de "validez" —ya mencionado— que alude a la fuerza obligatoria de una norma. En otros casos la asociación entre la validez de una norma y su pertenencia a un sistema no implica que ambas propiedades se consideran idénticas; hay algunos autores para quienes decir que una norma es válida es equivalente a decir que la norma tiene fuerza obligatoria, pero que sostienen que una *condición necesaria* para que una norma sea válida o tenga fuerza obligatoria es que pertenezca a un cierto sistema.

El tema de la validez será tratado más profundamente en otra parte; aquí se usará a veces la palabra "validez" para describir las ideas de algunos autores sobre la pertenencia de las normas a un sistema jurídico (porque es la palabra que *ellos* usan

en este contexto), sin preocuparnos si se está *identificando* la validez con la pertenencia o si se está asumiendo que la pertenencia de una norma a un sistema representa *sólo un aspecto* del concepto de validez.

a) La pertenencia al sistema de las normas derivadas

El primer criterio de pertenencia que parece razonable utilizar y que prácticamente todos los autores aceptan puede formularse así: *"una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca al sistema jurídico en cuestión"*. (O empleando otra terminología: "una norma es válida cuando ha sido creada de acuerdo con otra norma válida de un sistema jurídico".)

Kelsen es uno de los iusfilósofos que han expuesto con más profundidad este criterio para decidir la pertenencia de una norma a un sistema, es decir, su validez. En un pasaje de su *Teoría pura*, Kelsen dice, tomando como ejemplo una sentencia penal:

> "A la pregunta acerca de por qué esta norma individual es válida como parte de un sistema jurídico determinado, la respuesta es: porque ha sido creada de acuerdo con una ley penal. Esta ley recibe, a su vez, su validez de la Constitución, ya que ha sido establecida por el órgano competente que la Constitución establece. Si preguntamos por qué la Constitución es válida, quizá nos remitamos a otra Constitución más antigua. Finalmente llegamos a una cierta Constitución que fue la primera, desde el punto de vista histórico, pero que fue establecida o por un usurpador o por una asamblea..."

Es decir que para determinar si una norma pertenece a un sistema debemos llegar, a través de lo que Raz denomina "cadena de validez" y von Wright "cadena de subordinación", a una norma o conjunto de normas que consideramos que forman ya parte del sistema.

> Raz define del siguiente modo el concepto de cadena de validez: "Es el conjunto de todas aquellas normas tales que: 1) cada una de ellas autorice la creación de una sola de las restantes, excepto una que no autorizará la creación de ninguna; y 2) la creación de cada una de ellas esté autorizada por una norma del conjunto".

Para pasar de la norma cuya pertenencia al sistema estamos averiguando a un eslabón superior en la cadena de validez, tenemos que encontrar que la promulgación de la primera fue autorizada por otra norma.

Que una norma autorice la creación de otra o, lo que es lo mismo, que la última *derive* de la primera, quiere decir fundamentalmente que la conducta de dictar la norma inferior esté permitida por la superior. El permiso para dictar una norma se dirige a ciertas personas, a quienes se denomina *"órganos competentes"*. Tal permiso puede estar condicionado a que se siga un cierto *procedimiento* para dictar la norma y a que ésta tenga determinado *contenido*.

De acuerdo con lo expuesto, sostiene Kelsen que una norma es válida cuando concuerda con lo establecido por otra norma válida en cuanto: 1º) al órgano que debe dictarla; 2º) al procedimiento mediante el cual debe ser sancionada, y 3º) al contenido que debe tener dicha norma.

Sin embargo, Kelsen anota que el elemento importante que toman en cuenta las normas jurídicas, a diferencia de las morales, para permitir la creación de otras, es el *órgano* que debe dictarlas. No siempre se condiciona el permiso a la adopción de cierto procedimiento en la emisión de la norma y muy raramente se impone cierto contenido (cuando se lo hace, por lo común es en forma negativa, indicando qué contenido *no* podrán tener las normas inferiores).

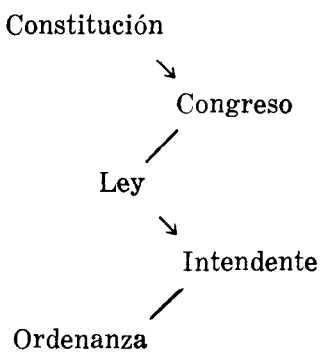
También la pertenencia de una norma a un sistema está condicionada a que no haya habido un acto de *derogación* de esa norma, autorizado por otras normas del sistema. (Alchourrón y Bulygin han analizado una serie de dificultades que presenta la derogación de las normas que no pueden ser tratadas aquí.)

Un posible criterio de pertenencia a un sistema, diferente de éste, que está basado en que el dictado de la norma esté *autorizado* por otra norma del sistema, podría estar fundado en el hecho de que haya otra norma del sistema que declara *obligatoria* la observancia o aplicabilidad de la norma en cuestión. Pero este criterio no es satisfactorio, ya que hay muchos casos en que un sistema jurídico declara obligatorias las normas de un derecho extranjero sin que tales normas sean consideradas parte del primer sistema.

Resumiendo, si queremos determinar si una norma cualquiera, por ejemplo *a*, pertenece a un sistema, supongamos *X*, debemos hallar alguna otra norma *b*, que aceptemos como perteneciente a *X*, que haya autorizado a dictar la norma en cuestión a quien la sancionó, por el procedimiento que siguió y con el contenido que le ha dado. Si hallamos tal otra norma *b* y aceptamos que ella pertenece a *X*, concluimos que *a* pertenece también a *X*, o sea que

es válida en relación a *X* siempre que no haya sido derogada de acuerdo con las normas de *X*.

Claro está que muchas veces la norma acerca de cuya pertenencia a un sistema nos preguntamos, no deriva directamente de otra respecto de la que admitimos que integra el sistema en cuestión. Supongamos que aceptamos que la Constitución de 1853 pertenece al sistema jurídico argentino y que nos preguntamos si también pertenece a él una ordenanza dictada por el intendente municipal. Desde el momento en que la Constitución no autoriza directamente al intendente a dictar normas, sólo podría otorgar validez a las normas que ese órgano dictara indirectamente, a través de otras normas que, por un lado, estuvieran autorizadas por la Constitución y, por otro, autorizaran a su vez al intendente municipal a dictar ordenanzas. O sea que debemos presentar una cadena de validez integrada por eslabones intermedios entre sus dos extremos, uno de los cuales esté constituido por la ordenanza cuya validez cuestionamos y el otro por la Constitución cuya validez admitimos. Por ejemplo, y presentando las cosas en forma simplificada, podemos mostrar que el intendente goza de competencia para dictar ordenanzas de acuerdo con una ley orgánica para la Municipalidad dictada por el Congreso y que el Congreso está autorizado por la Constitución para dictar leyes. Podríamos diagramar esta simple cadena de validez de este modo (la flecha descendente indica autorización para dictar una norma y la barra el acto de dictarla) :



Lo que acabamos de ver muestra que la pertenencia de una norma a un sistema, o sea su validez (en este sentido) está en función de (es relativa a) la pertenencia al sistema, o "validez", de otra de la cual derive la primera. Si aceptamos que una cierta norma es válida, también lo serán las normas que se dicten de

acuerdo con ella. Asimismo, si revocamos nuestro primitivo presupuesto acerca de la validez de la primera norma, habremos de concluir que tampoco son válidas las normas cuya sanción fue autorizada por aquélla (a menos, claro está, que mostremos su derivación de otra norma válida).

> Esta noción de validez relativa guarda cierta analogía con la verdad relativa. Se dice que una proposición es verdadera en relación a otra cuando *se deduce* de una proposición cuya verdad aceptamos. Por cierto que la verdad que asignamos a la segunda proposición puede, a su vez, ser relativa a la verdad de una tercera, y así sucesivamente.
>
> En cuanto a la verdad de una proposición, no podemos remitirla indefinidamente a la verdad de otras de las cuales se deduzca la primera. En algún punto debemos confrontar nuestra aserto con los hechos y asignarle el valor de verdadero o falsa según sea el resultado de esa confrontación. Si la proposición que sometemos a prueba resulta verdadera, también lo serán las que se infieren de ella.
>
> Un esquema análogo es aplicable a la validez de las normas.

Cuando decimos que una norma es válida si proviene de otra norma que sea a su vez válida, la cadena de validación no puede progresar infinitamente. Más tarde o más temprano habremos de encontrarnos con una norma cuya pertenencia al sistema no podrá depender de que el acto de dictarla esté autorizado por otra norma válida, por la sencilla razón de que no existirá ninguna otra norma que permita la creación de la norma en cuestión. En especial, si hablamos de sistemas *positivos*, o sea de sistemas de normas originadas en actos de seres humanos, es imposible hallar siempre una norma que faculte la creación de otra, ya que los hombres sólo pueden realizar un número finito de actos de creación de normas.

Como se ve, el problema se plantea en relación con aquellas normas respecto de las cuales no puede aplicarse el criterio de la cadena de validez para determinar su pertenencia al sistema, por constituir el último eslabón de cualquier cadena de validez que se forme. Sin embargo, la dificultad de determinar la pertenencia al sistema de las normas en que concluyen las cadenas de validez, se proyecta en definitiva sobre todas las normas que derivan de ellas, ya que la atribución de validez que se formula respecto de las normas subordinadas es condicional: ellas son válidas en tanto y en cuanto lo sean también las normas que autorizan el acto de dictarlas.

Del mismo modo que en el caso de las proposiciones, en el cual es insuficiente el concepto de verdad relativa y necesitamos un criterio que nos permita establecer la verdad de un enunciado independientemente de su derivación de otros, es necesario hallar también un criterio adicional de validez —entendiendo "validez" como pertenencia a un sistema— que no requiera que la norma en cuestión derive de otras, en el sentido de que su promulgación esté autorizada por alguna otra norma del sistema.

b) *La pertenencia al sistema de las normas no derivadas. Diferentes criterios de individualización*

Es en relación a estas normas *no derivadas* que se pone más de manifiesto la conexión entre los criterios de pertenencia de una norma a un orden jurídico y los criterios de individualización de un orden jurídico. En definitiva, un criterio de pertenencia aplicable a las normas de máxima jerarquía del sistema tendrá que establecer ciertas condiciones que tienen que satisfacer tanto la norma cuya pertenencia a un sistema se cuestiona como las restantes normas primitivas de *ese* sistema, pero no las normas de *otros* sistemas. Presumiblemente esas serán, entonces, las condiciones que nos servirán para distinguir un sistema jurídico de otro.

¿Pero cuáles son las condiciones que permiten distinguir un sistema jurídico de otro?

1) *El criterio territorial.* El criterio de individualización de un sistema jurídico que uno estaría inclinado a emplear espontáneamente es el que hace referencia al *ámbito de aplicación territorial* del sistema en cuestión. Uno diría que el derecho argentino se distingue del derecho uruguayo porque mientras el primero es aplicable en el territorio argentino el segundo lo es en el uruguayo. Dos normas pertenecen al *mismo* sistema jurídico cuando son aplicables en el *mismo* territorio; y dos normas pertenecen a *distintos* sistemas jurídicos cuando son aplicables en *distintos* territorios.

Una primera dificultad que este criterio parece presentar está dada por la existencia de normas que pertenecen al mismo sistema jurídico no obstante lo cual tienen diferentes ámbitos de aplicación territorial (por ejemplo, pertenecen al derecho argentino tanto el Código de Procedimientos Penales de la Provincia

de Córdoba, como una ordenanza municipal de tránsito de la Ciudad de Buenos Aires). Sin embargo, se podría responder que esto es el caso sólo en relación a normas *derivadas* del sistema y no a las normas *primitivas* que son las que sirven para individualizar a éste; tal vez todas las normas primitivas de un sistema tienen necesariamente el mismo ámbito territorial de aplicación.

Sea esto así o no, lo cierto es que hay otra objeción decisiva en contra de tomar el ámbito de aplicabilidad territorial de las normas como criterio para individualizar un sistema jurídico: lo que ocurre es que el concepto de territorio (de un país) no es un concepto "físico" o "natural" sino que es un concepto jurídico.

El territorio de un país no se determina por ciertos mojones o accidentes geográficos sino por el ámbito en que es aplicable el sistema jurídico de ese país. El territorio argentino está constituido por el ámbito de aplicabilidad espacial del derecho argentino, y si este ámbito se ampliara —o sea si el derecho argentino se aplicara en zonas donde ahora no se aplica—, se expandiría el territorio argentino.

Por lo tanto resulta *circular* individualizar un cierto derecho por el territorio donde sus normas se aplican, ya que el territorio se identifica por el sistema jurídico que es aplicable en él. Es decir, tenemos que distinguir primero un derecho de otro para poder distinguir un territorio estatal de otro.

2) El criterio del origen en cierto legislador. Según el jurista inglés John Austin, una norma pertenece al sistema jurídico que esté integrado por todas las normas directa o indirectamente dictadas por el mismo *legislador* que dictó aquella norma. Es decir que un sistema jurídico estará formado por todas las normas que dicte un determinado legislador.

Austin distingue dos clases de legisladores. El legislador *soberano* es un individuo, o grupo de individuos, investido por un hábito de obediencia de una comunidad, sin que él mismo tenga el hábito de obedecer a nadie y cuyo poder de legislar no esté conferido por ninguna norma ni esté limitado tampoco por norma alguna. Unas veces el soberano legisla directamente, otras lo hace a través de un legislador *delegado*, o sea de un individuo a quien el soberano otorga competencia para legislar, prescribiendo a los súbditos obedecer las normas que él dicte dentro de los límites de su competencia.

Es decir que también Austin acepta implícitamente el proce-

dimiento de las cadenas de validez para determinar la pertenencia de una norma a un cierto sistema. Si una norma no ha sido dictada directamente por el soberano, debemos recorrer una cadena de validez hasta llegar a alguna otra norma que sí lo haya sido, como condición necesaria para determinar que aquella norma pertenece al sistema integrado por todas las normas directa o indirectamente dictadas por el mismo soberano.

Está claro, con esta explicación, que la pertenencia al sistema de las normas que no han sido dictadas por un legislador subalterno depende simplemente de que hayan sido directamente promulgadas por el soberano. El criterio de pertenencia a un sistema, en la teoría de Austin, puede por tanto formularse así: "una norma pertenece al sistema originado en un soberano cuando ha sido dictada directamente por él o por un legislador cuya competencia derive de otras normas dictadas por el soberano".

Como se dijo, la respuesta a la pregunta sobre la pertenencia de una norma a un sistema implica resolver también la cuestión acerca de la individualización de un sistema jurídico, distinguiéndolo de otros. La respuesta de Austin a este segundo interrogante es que un orden jurídico se distingue de otro por el legislador que directa o indirectamente ha dictado todas las normas que integran ese sistema; mejor dicho, un sistema jurídico se constituye con todas las normas que ha dictado un legislador y las que han dictado otros órganos a los que ese mismo legislador delegó su competencia.

Es precisamente en la individualización del sistema jurídico donde se pone de manifiesto la debilidad de la tesis de Austin.

En efecto, su criterio implica que un cambio de legislador originario determina un cambio de sistema jurídico; es decir, que si se sustituye el soberano, aparece un derecho diferente, aunque esté integrado por las mismas normas.

Esta última conclusión es admisible cuando se produce un cambio violento del soberano. En el caso de un golpe de estado, se podría aceptar que ha cambiado el orden jurídico, pero cuando se produce una sucesión no violenta de un soberano por otro, por ejemplo cuando a la muerte de un rey le sucede su descendiente, es completamente inusitado hablar de cambio de sistema jurídico.

Además de otros inconvenientes menores, es precisamente la consecuencia que hace depender la individualización de un sistema de la persistencia del mismo legislador originario, lo cual ha

inducido a otros iusfilósofos a proponer otras soluciones fundadas no en la identificación de un último legislador, sino en la identificación de una o varias normas supremas.

3) El criterio de la norma fundamental. Entre las soluciones fundadas en la identificación de una cierta norma suprema, la más conocida es la de Hans Kelsen.

Kelsen, como vimos, determina la validez de una norma por su derivación de otra norma válida. Así llega a una primera norma positiva del sistema, por ejemplo la Constitución, y se pregunta respecto de ella si es también válida, o sea, si pertenece al sistema. Dar una respuesta afirmativa a ese interrogante es condición necesaria para aceptar la validez de todas las normas que de ella derivan.

En relación a la primera norma positiva de un sistema jurídico, al parecer sólo habría la posibilidad de decidir su pertenencia a aquél, como hemos visto, en virtud de un criterio diferente del que exige la derivación de otra norma válida. Según Kelsen sólo puede eludirse ese camino si se recurre a alguna norma no positiva, o sea a alguna norma no dictada por un acto de seres humanos y de la cual se derivaran las normas positivas en que concluyen las cadenas de validez. De este modo Kelsen recurre a su célebre *norma fundamental* o *básica.*

Como ya se dijo, la norma fundamental de Kelsen no es una norma dictada por algún legislador humano o divino, sino un presupuesto epistemológico, una especie de hipótesis de trabajo que utilizan implícitamente los juristas en sus elaboraciones.

El contenido de la norma fundamental es descripto por Kelsen con formulaciones diversas, pero siempre con el sentido de otorgar competencia al legislador originario, es decir, a quien dictó las primeras normas positivas del sistema. Algunas de las fórmulas que usa Kelsen son éstas: *"Los que han dictado la Constitución están autorizados para hacerlo"; "Debe ser lo que ha establecido el legislador originario"* o *"La coacción debe ejercerse en las condiciones prescriptas por la Constitución".*

Kelsen advierte que no hay ninguna necesidad, ni lógica ni empírica, de presuponer una norma semejante para el análisis de la realidad jurídica, pero que los juristas, de hecho y en forma implícita, la presuponen cuando describen un sistema jurídico.

De acuerdo con la norma fundamental que presuponemos en la cúspide de un sistema jurídico, podemos distinguirlo de otros.

Los distintos sistemas se diferencian, según Kelsen *por estar originados en diferentes normas fundamentales.*

Kelsen dice que los juristas no presuponen una norma fundamental arbitrariamente. La formulan respecto de aquellos legisladores cuyas directivas son *eficaces*, o sea, que son generalmente obedecidas y aplicadas.

Con su recurso a la norma fundamental puede proclamar Kelsen la "validez" de las primeras normas positivas del sistema, pues ellas derivan de aquella norma presupuesta, en el sentido de que ella autorizaría la sanción de las demás. Por ejemplo, nuestra Constitución sería válida porque el acto de dictarla estaría autorizado por una norma presupuesta por los juristas, que diría: "La Convención Constituyente que se reunió en 1853 está (o estuvo) autorizada para dictar una Constitución". Siendo válida la Constitución, también lo serían todas las normas derivadas de ella.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, según el criterio de validez que da Kelsen, una norma sólo es válida si deriva de otra norma que sea a su vez válida. Es decir que la validez de la Constitución no se demuestra con sólo mostrar que deriva de otra norma, presupuesta por los juristas; debe mostrarse, además, que la norma de la cual deriva la Constitución es ella misma válida.

¿Qué dice Kelsen acerca de la validez de la norma fundamental? Sus explicaciones no son muy claras, aunque insinúa que la validez de esa norma presupuesta debe a su vez presuponerse, y que esa validez no puede ya ponerse en tela de juicio, sino que se la debe aceptar dogmáticamente.

Pero la respuesta del autor de la *Teoría pura* no es satisfactoria. Así como suponer una norma quiere decir aceptar la hipótesis de que la norma existe, suponer que esa norma es válida implica suponer que deriva de otra norma válida: o sea que no bastaría con suponer una norma fundamental; habría que presuponer la existencia de otra norma de nivel superior. Como, a su vez, esa última norma tiene que suponerse válida, para que la norma fundamental lo sea, y también sea válida la Constitución que de ella deriva, debemos recurrir a otra norma presupuesta, y así hasta el infinito.

No es un criterio muy cómodo que digamos el que nos obliga a presuponer la existencia de un conjunto infinito de normas váli-

das para decidir la validez de la primera norma positiva de un sistema jurídico y de las que derivan de ella.

Pero, además, resulta que este curioso criterio no resuelve el problema que se intentaba solucionar con él.

Joseph Raz ha objetado con razón el papel de la norma básica para individualizar un sistema jurídico. Sostiene Raz que el contenido de la norma fundamental kelseniana está en función de cuáles son las últimas normas positivas del sistema. Si se decide que la norma suprema del orden jurídico argentino es la Constitución dictada en 1853, formularemos la norma fundamental con un contenido que autorice a dictar esa Constitución. Esto quiere decir, afirma Raz, que *antes* de formular la norma fundamental tenemos ya individualizado un sistema jurídico y ordenadas jerárquicamente sus normas, por lo cual la norma básica no cumple ningún papel en la individualización de un determinado derecho y en la determinación de su estructura. Si no estuviera ya individualizado el orden jurídico argentino, no habría ninguna razón para no formular, por ejemplo, una norma fundamental que diera conjuntamente validez a las normas de nuestra Constitución y a las de la uruguaya (con lo cual veríamos como un solo sistema a lo que comúnmente vemos como dos derechos distintos).

4) El criterio basado en la regla de reconocimiento. Herbert Hart pretende resolver las falencias de los criterios de pertenencia e individualización mencionados antes, recurriendo a criterios que hacen referencia a la *regla de reconocimiento* que, como vimos, él considera distintiva de todo sistema jurídico.

El criterio de pertenencia que sugiere Hart estipula que una norma pertenece a un cierto sistema jurídico cuando su aplicación está prescripta por la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. A su vez, el criterio de individualización que emplea Hart establece que un cierto sistema jurídico se distingue de otro por el hecho de que la aplicación de todas sus normas está directa o indirectamente prescripta por una regla de reconocimiento *diferente* de la que prescribe aplicar las normas del otro.

La regla de reconocimiento de Hart está en mejores condiciones que la norma fundamental de Kelsen para servir como punto de referencia de los criterios de pertenencia e individualización. En primer lugar, Hart elude el enredo en que incurre Kelsen cuando sostiene que la validez de la norma fundamental debe presuponerse, aclarando que de la regla de reconocimiento *no tiene*

sentido predicar validez o invalidez, puesto que ella sirve precisamente para determinar cuándo las demás normas son válidas. Preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento es, dice Hart, como preguntarse si el metro patrón de París —que sirve para determinar la corrección de todas las medidas del sistema métrico— es, en sí mismo, correcto.

En segundo lugar, la regla de reconocimiento de Hart no es, a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, una mera creación intelectual, una hipótesis del pensamiento jurídico, sino que es una *norma positiva*, una práctica social. Esto es muy importante para proceder a individualizar la regla de reconocimiento, paso previo a individualizar un sistema jurídico sobre la base de ella. Siendo la norma fundamental de Kelsen una norma no positiva, la única forma de distinguirla de otras normas fundamentales es tomando en cuenta su *contenido*, y, como vimos, para determinar su contenido tenemos que haber individualizado ya el sistema jurídico al que la norma fundamental otorga validez. En cambio, al ser la regla de reconocimiento de Hart una regla positiva, es de presumir que pueda ser individualizada, distinguiéndola de otras, por otros aspectos, además de su contenido, como ser quiénes la practican, dónde se la practica, etcétera.

Pero, sin embargo, también Hart fracasa en proveer criterios de individualización y pertenencia operativos, y su fracaso está también determinado por dificultades en la individualización de la regla de reconocimiento.

Como lo ha apuntado Raz, Hart no consigue justificar su aserto de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento. Hart admite que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico puede determinar distintas fuentes independientes de normas válidas primitivas; puede, por ejemplo, prescribir la aplicabilidad tanto de las normas dictadas por el Parlamento como de las normas originadas en precedentes judiciales. Si esto es así, parece no haber razón para sostener que, en un caso semejante, estamos frente a *una* regla de reconocimiento que determina dos fuentes de normas válidas, y no frente a *dos* reglas de reconocimiento diferentes, cada una de las cuales prescribe la aplicabilidad de las normas creadas a través de cada uno de los procedimientos mencionados. ¿Por qué decir que en el ejemplo anterior hay una sola regla de reconocimiento que se refiere al Parlamento y a los precedentes judiciales, y no decir también, por ejemplo, que hay una sola regla de reconocimiento que prescribe aplicar las normas

dictadas por los Parlamentos inglés y francés, viendo en consecuencia a los derechos de esos dos países como un solo sistema jurídico? Si fundamos nuestra respuesta a esta pregunta en alguna circunstancia que distingue un caso del otro, será esta circunstancia y no la regla de reconocimiento lo que tenemos en cuenta para individualizar un sistema jurídico.

Obviamente si Hart admitiera que un sistema jurídico puede tener más de una regla de reconocimiento, entonces la individualización de un sistema ya no podría estar basada en la singularidad de su regla de reconocimiento. En el mejor de los casos, habría que buscar algún elemento común que vinculara entre sí, y distinguiera de otras, a las reglas de reconocimiento de un mismo sistema; pero, entonces, sería *ese elemento en común* el que serviría, en última instancia, para individualizar a un sistema jurídico.

Por otra parte, el criterio de pertenencia de Hart adolece de otro defecto que se ha puesto de manifiesto a raíz de ciertas críticas de Ronald Dworkin. Este autor sostiene que un sistema jurídico no está compuesto sólo por reglas sino también por otro tipo de normas, que él llama "*principios*". Los principios (que Dworkin ejemplifica con el que estipula que nadie puede beneficiarse con su propio proceder ilegítimo y que es aceptado por los tribunales norteamericanos) se distinguen de las reglas en que su aplicabilidad a un caso no es una cuestión de "todo o nada" —o es aplicable o no lo es— sino que depende del *peso relativo* del principio en contraste con el de otros principios relevantes.

Según Dworkin, los principios no podrían ser parte de un sistema jurídico si se aceptara la teoría de Hart de la regla de reconocimiento, ya que esta regla identifica a las normas del sistema por su *origen o fuente*, y aquellos principios no son reconocidos por los jueces por derivar de cierta fuente con autoridad, sino porque su *contenido* se considera válido, apropiado o justo (los jueces norteamericanos no aceptaron por primera vez el principio que menciona Dworkin por el hecho de haber sido dictado por un legislador o por haber sido adoptado en un precedente judicial, sino por considerarlo un principio justo).

Es controvertible si Dworkin tiene razón cuando sostiene que la teoría de Hart acerca de la regla de reconocimiento no puede dar cuenta de los casos en que los jueces reconocen ciertas normas no porque tengan determinado origen sino porque consideran que su contenido es apropiado. De cualquier modo, las críticas de Dworkin hacen pensar que si fuera el caso que ciertas normas son reconocidas por los jueces con independencia de lo que la regla de reconocimiento prescribe, ésa no sería razón para no considerarlas parte del sistema jurídico. Si los órganos de aplicación de un sistema reconocen de hecho, en forma general y regular, ciertas normas y principios para fundar sus decisiones —porque cada uno de ellos lo cree justo o apropiado— el hecho de

que no estén *obligados* a hacerlo por una práctica de reconocimiento que identifique esas normas, no parece justificar el que no se las incluya como parte de un sistema jurídico.

Antes dijimos que los casos centrales de sistemas jurídicos no son sistemas de "absoluta discreción", lo que implica que los órganos encargados de aplicar normas generales a casos particulares están obligados a aplicar ciertas normas. Pero esto no quiere decir que *todas* las normas que integran el sistema jurídico tengan que ser normas que los jueces están obligados a aplicar, y que no integren también el sistema normas que el conjunto de los jueces aplica regularmente (y no en forma ocasional y esporádica) sin sentirse obligados a hacerlo por una práctica de reconocimiento.

Claro está que la situación en la que la generalidad de los jueces aplica regularmente ciertas normas, por considerarlas apropiadas y no por estar obligados a aplicarlas por una práctica o regla de reconocimiento, se da muy raramente en la realidad, puesto que la generalidad y regularidad en la aplicación de una norma va generando una presión en contra de las desviaciones y, con ello, se va dando lugar a una *regla* social que obliga a la aplicación de la norma en cuestión (la regla de reconocimiento).

De cualquier forma, si se admite que un sistema jurídico podría estar integrado por normas que los jueces no tienen la obligación de aplicar según las reglas de reconocimiento del sistema (pero que aplican de hecho), se debe concluir que el criterio de pertenencia de una norma a un sistema no puede estar basado sólo en las reglas de reconocimiento. Y si se admite que la base de un sistema jurídico (o sea el conjunto de las normas primitivas, que no derivan de otras) puede estar integrada no sólo por *varias* reglas de reconocimiento, sino también por normas o principios cuya aplicación no está fundada en lo que aquellas reglas de reconocimiento prescriben, entonces hay que admitir que el criterio de individualización de un sistema jurídico no puede apoyarse en la identificación de cierta regla *única* que pueda distinguirse de la que encabeza otro sistema jurídico.

Debe aclararse en relación a este punto que, si se acepta que un sistema jurídico puede estar integrado por normas y principios que los órganos primarios reconocen, no porque estén obligados a hacerlo por una práctica que identifica a esas normas por su origen, sino porque consideran que su contenido es válido, entonces debemos concluir que un orden jurídico puede incluir *principios morales.* En efecto, es distintivo de los principios morales el que sean aceptados por su contenido y no por estar impuestos por alguna autoridad o derivar de cierta fuente. El admitir que el derecho puede estar integrado por principios morales no es, contrariamente a lo que supone Dworkin, incompatible con una concepción positivista del derecho. El positivismo no niega que una norma pueda ser calificada simultáneamente tanto de norma moral como de norma jurídica; lo que exige es que para identificar a la norma en cuestión como una norma jurídica ella debe satisfacer las condiciones *fácticas* implícitas en el concepto descriptivo de derecho (como lo es su reconocimiento por determinados órganos).

5) *El criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios.* El fracaso del intento de Hart de proveer criterios de individualización y pertenencia operativos, deja, sin embargo, una lección importante. Esa lección es que no debemos buscar el elemento unificador de un orden jurídico en una cierta norma "maestra" —como la regla de reconocimiento—, aunque sí parece ser relevante para resolver este problema el *reconocimiento* que de las normas del sistema hacen ciertos órganos de aplicación.

Joseph Raz es quien más ha insistido en que los criterios de individualización y pertenencia deben basarse no en la identidad de cierto órgano creador de normas (como pensaba Austin), ni en la individualización de cierta norma o regla primitiva (tal como sostienen Kelsen y Hart), sino en los órganos que aplican esas normas a casos particulares (lo que es también propugnado por autores como Alf Ross). Es el reconocimiento por parte de esos órganos (los jueces, en sentido amplio) lo que parece ser decisivo para otorgar una unidad a un grupo de normas y para predicar de una cierta norma que pertenece a ese conjunto unitario.

Sin embargo, este enfoque plantea una serie de problemas que no son de fácil resolución.

El *primer problema* es el de caracterizar a los órganos cuyo reconocimiento de una norma determina su pertenencia al sistema. Las propuestas de caracterización de esos órganos sobre la base de la competencia que le otorgan las mismas *normas* que pertenecen al sistema que esos órganos reconocen, corren el risgo de caer en un círculo vicioso.

Así parece ocurrir cuando Ross sostiene que el derecho está formado por las directivas que forman parte esencial de la fundamentación de las decisiones de los jueces, al mismo tiempo que para identificar a los jueces acude a las normas de competencia del sistema.

Del mismo modo, Raz caracteriza ahora (en *Practical Reasons and Norms*) a los órganos primarios, cuyo reconocimiento de las normas determina su pertenencia al sistema, como aquellos órganos facultados a adoptar decisiones con fuerza obligatoria. Pero resulta que esa facultad deriva de las normas del sistema, y para determinar qué individuos gozan de tal poder hay que determinar primero qué normas pertenecen al sistema.

Parece que el criterio que había sugerido antes Raz (en *A Concept of a Legal System*) para caracterizar a los órganos pri-

marios era más adecuado (aunque, como veremos, debe ser modificado), y que su abandono por parte de este autor debe haber estado determinado por su convicción actual de que la coactividad no es una propiedad necesaria de los sistemas jurídicos.

Ese criterio caracterizaba a los órganos primarios como aquellos órganos que están autorizados para decidir cuándo el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está jurídicamente prohibido o permitido. La vinculación entre los órganos, cuyo reconocimiento de una norma es relevante para su pertenencia a un sistema, y el ejercicio de medidas coactivas, es importante no sólo por la relevancia que las normas que regulan la coacción tienen para caracterizar a un sistema como jurídico, sino porque lo que nos interesa es formular un criterio de pertenencia a sistemas *existentes* (si son sistemas imaginarios podemos considerar como parte de él cualquier norma que se nos ocurra sin seguir ningún criterio) ; como veremos luego, la existencia de un orden jurídico, está vinculada al ejercicio de la coacción.

Sin embargo, tal como Raz formula este criterio resulta difícil eludir la misma circularidad que afectaba a los anteriores. Si se exige que los órganos estén *autorizados* para decidir cuándo el uso de la fuerza está prohibido o permitido, para determinar cuáles son órganos primarios habrá que recurrir a las normas, del sistema, y para determinar cuáles son las normas del sistema habrá que determinar si ellas son reconocidas por los órganos primarios (esta observación fue presentada por Ricardo Caracciolo en su tesis doctoral).

Para evitar este círculo vicioso, parece que habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino los que *de hecho pueden* (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra "poder") determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares, o sea quienes están efectivamente, en condiciones de disponer que se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado.

> Alguien podría decir que si lo relevante es el acceso al aparato coactivo del Estado, no deberíamos identificar a los órganos primarios principalmente con los jueces, sino con los miembros de las fuerzas armadas y de seguridad, que son quienes tienen un contacto más inmediato con ese aparato coactivo. Sin duda en algunos casos tales funcionarios pueden constituir órganos primarios, pero, como cuestión general, debe tenerse en cuenta que el propósito de concentrarnos en los órganos primarios es el de determinar qué normas ellos reconocen. El policía

que detiene a una persona no lo hace, usualmente, por aplicación al caso de una norma general, sino siguiendo la instrucción específica de un juez; por lo tanto, para establecer qué normas han determinado en ese caso el empleo de medidas coactivas debemos ir más allá de la conducta del policía y detectar qué normas ha tomado en cuenta el juez que ordenó la primer conducta (por supuesto, esto no excluye que en algunos casos los roles de policía y de juez estén concentrados en la misma persona).

El *segundo problema* que presentan los criterios de individualización y pertenencia que se apoyan en el reconocimiento de las normas por ciertos órganos, es el de determinar qué es lo que unifica en un mismo conjunto a diferentes órganos primarios, de tal modo que las normas que todos ellos reconocen formen parte del *mismo* sistema jurídico y, en cambio, no formen parte de ese sistema las normas que otros órganos primarios reconocen.

Por supuesto, no es posible sostener que haya tantos sistemas jurídicos como órganos primarios; hay que admitir que forman parte del mismo sistema las normas reconocidas por un cierto *conjunto* de órganos primarios. Pero si esto es así ¿cuál es el criterio que hace que agrupemos en el mismo conjunto a, por ejemplo, los jueces cordobeses y correntinos y no a los jueces argentinos y bolivianos (con lo que el derecho argentino y boliviano quedarían unificado en un solo sistema)? Recordemos que el criterio territorial no puede ser empleado por conducir a un círculo vicioso.

Raz propone como criterio para formar los conjuntos de órganos primarios cuyo reconocimiento de normas determina su pertenencia a un *mismo* sistema, el hecho de que los órganos del mismo conjunto se reconozcan mutuamente la fuerza obligatoria o autoridad de sus decisiones.

Pero este criterio es insatisfactorio. En primer lugar, porque es nuevamente circular, ya que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones de otros órganos se funda en las normas del sistema (las que para ser identificadas como tales deben ser reconocidas por los órganos en cuestión). En segundo lugar, las normas de un sistema jurídico suelen reconocer la fuerza obligatoria o autoridad de las decisiones de los jueces de *otro* sistema jurídico en su ámbito de aplicabilidad territorial. De este modo, si el reconocimiento mutuo de la validez de sus decisiones fuera distintivo del conjunto de órganos de un mismo sistema, la mayoría de los derechos del mundo formarían parte de un solo sistema jurídico, ya que —de acuerdo con las normas del

derecho internacional privado— los jueces de la mayoría de los países reconocen mutuamente sus decisiones.

Aparentemente Raz se vio otra vez obligado a recurrir al criterio recién discutido por su negativa a considerar a la coactividad como distintiva de los sistemas jurídicos.

Si, en cambio, se considera una característica central del derecho el regular el monopolio de la fuerza estatal, una hipótesis plausible es que lo que nos hace agrupar en el mismo conjunto a los órganos que reconocen las normas que consideramos, por eso, parte de un mismo sistema jurídico, es el hecho de que todos ellos recurren, directa o indirectamente, al *mismo aparato coactivo* para hacer cumplir sus decisiones.

Si dos jueces recurren para efectivizar sus fallos a organizaciones armadas que no tienen entre sí ninguna vinculación orgánica o funcional (o sea que ninguna de ellas tiene poder efectivo sobre la otra, ni las dos están controladas por una misma organización coactiva superior), entonces las normas que esos jueces reconocen pertenecen a distintos sistemas jurídicos. Cuando la unidad de un cierto aparato coactivo se quiebra, sea por secesión, rebelión o por una disociación voluntaria, esto produce una fractura del sistema jurídico, puesto que las normas que son reconocidas por los órganos primarios que recurren a una de las fracciones del antiguo aparato coactivo unitario, se ven como parte de un sistema jurídico distinto del de las normas que son reconocidas por los órganos que recurren a la otra fracción. Así, cuando las fuerzas armadas de una colonia dejan de responder al poder central de la metrópolis, el sistema jurídico original se subdivide, puesto que en el nuevo Estado independiente se recurre a un aparato coactivo autónomo para hacer cumplir las decisiones de quienes reconocen las normas vigentes (aunque tales normas sigan teniendo el mismo contenido que las que rigen en la ex metrópolis).

Este enfoque presenta una serie de dificultades —como la de individualizar, o sea distinguir unas de otras, las organizaciones que controlan el monopolio de la fuerza—, pero, sin embargo, parece proveer un criterio adecuado de individualización de los sistemas jurídicos.

El *tercer problema* que presentan los criterios de individualización y pertenencia fundados en el reconocimiento de las normas por parte de los órganos primarios, consiste en determinar

las condiciones en que puede decirse que una regla es reconocida por tales órganos.

Por supuesto que la mera coincidencia entre una decisión del órgano y lo que la norma en cuestión prescribe no es suficiente para decir que el órgano reconoce la norma y que, por ende, ella forma parte del sistema jurídico. Si así fuera cualquiera podría incorporar normas a un sistema jurídico con tal de que ellas coincidan con las decisiones de los órganos primarios, aunque ellos no sean en absoluto conscientes de la existencia de tales normas.

Como dice Ross, lo que debe exigirse es que la norma *forme parte substancial del razonamiento* que conduce a las decisiones judiciales; sin embargo, esta idea tiene también una serie de aspectos obscuros que no pueden ser tratados aquí.

Por otra parte, hay normas que uno está dispuesto a decir que son parte de un sistema aunque ningún órgano primario haya tenido oportunidad de aplicarlo; por ejemplo, una ley que acaba de ser sancionada o una regla que prevé condiciones de aplicación que no se han dado hasta el momento. Es para resolver estos casos en que es sumamente útil tomar en cuenta las reglas de reconocimiento del tipo de las que señala Hart. Si bien no es necesario que toda norma que pertenece al sistema sea de aplicación obligatoria de acuerdo con las prácticas judiciales de reconocimiento (como vimos, puede ser de hecho regularmente aplicada por los jueces, sin estar obligados a hacerlo), una norma puede pertenecer al sistema no obstante no haber sido aplicada por los órganos primarios de ese sistema, si ella reúne las condiciones que definen la clase de normas que una práctica de reconocimiento del sistema prescribe aplicar (como por ejemplo, el haber sido dictada por cierto parlamento).

Si bien estos criterios de individualización y pertenencia requieren una elaboración mucho más precisa que la que aquí se ha desarrollado, ellos nos permiten decir, en forma tentativa, que *dos normas no derivadas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando ellas son reconocidas (sea directamente o a través de prácticas generales de reconocimiento) por órganos que están en condiciones de disponer medidas coactivas recurriendo a la misma organización que ejerce el monopolio de la fuerza estatal.*

Por supuesto que la individualización de un orden jurídico basada en el reconocimiento de ciertas normas por parte de los órganos que tienen acceso al mismo aparato coactivo estatal, implica que el sistema cambia no sólo cuando se produce una modi-

ficación substancial en el aparato coactivo, sino también si cambian las *normas primitivas* que los órganos reconocen. (Ver § 5.)

3. La validez y la existencia del derecho

La tercera pregunta que nos habíamos propuesto contestar en forma prioritaria es acerca de cuándo un sistema jurídico *existe*.

Como el tema de la existencia de un orden jurídico está directamente imbricado con el de la validez del derecho, es hora de que tratemos frontalmente este último tópico, que quedó pendiente en varias ocasiones.

a) Diferentes sentidos de "validez"

La expresión "validez" es de una extremada ambigüedad, tanto cuando se aplica para calificar a una norma jurídica, como cuando se la usa en relación a todo un orden jurídico. Los siguientes son algunos de los "focos de significado" con que se suele usar la expresión "validez":

1) En muchos contextos decir que una norma o un sistema normativo son válidos es equivalente a decir que la norma o el sistema normativo en cuestión *existen*. En este sentido, los criterios de validez de una norma o de un sistema serán los mismos que los de su existencia, y esos criterios, como veremos, pueden variar grandemente según diferentes concepciones.

2) También puede asociarse la validez de una norma o de un sistema jurídico con su justificabilidad, con el hecho de que deba hacerse lo que ellos disponen, con su fuerza obligatoria moral. En este sentido, decir que una norma es válida implica decir que ella constituye una razón para justificar una acción o decisión, que lo que la norma declara prohibido, obligatorio o permitido es, efectivamente, obligatorio, permitido o prohibido.

3) Puede asimismo decirse que una norma jurídica es válida cuando hay otra norma jurídica que declara que su aplicación u observancia es obligatoria. En este sentido no se puede decir que todo un sistema jurídico es válido, puesto que siempre habrá por lo menos una norma del sistema cuya obligatoriedad no está

determinada por otras normas del sistema (ver más abajo el problema de la autorreferencia).

4) También puede predicarse validez de una norma jurídica con el sentido de que su dictado ha estado autorizado por otras normas jurídicas, o sea que ha sido sancionada por una autoridad competente dentro de los límites de su competencia. Tampoco en este sentido se puede predicar validez de todo un sistema jurídico, puesto que siempre habrá alguna norma cuyo dictado no fue autorizado por otra norma (de lo contrario debería haber una infinita cantidad de normas en el sistema).

5) Asimismo que una norma es válida puede querer decir, como vimos en la sección anterior, que la norma en cuestión *pertenece a un cierto sistema jurídico.* Obviamente, aquí tampoco la validez puede predicarse de todo un sistema jurídico (autónomo) puesto que esto implicaría decir que el sistema pertenece a sí mismo.

6) Por último, cuando se dice que una norma o un sistema jurídico son válidos a veces se puede querer decir que tienen vigencia (o eficacia), o sea que son generalmente observados y aplicados.

Estos seis focos de significado no son en realidad significados autónomos de la palabra "validez", ya que generalmente ellos se presentan combinados de alguna manera, siendo el caso que algunas de las propiedades que hemos enumerado son consideradas condiciones necesarias para que se den algunas de las otras. La cuestión es, sin embargo, que estas propiedades se suelen combinar de formas muy distintas, y esto es lo que determina la ambigüedad de la expresión "validez".

Por ejemplo, alguien podría sostener que decir que una norma jurídica es válida es equivalente a decir que existe, o sea el sentido (*1*) mencionado, y que una norma jurídica existe si y sólo si está moralmente justificada (*2*); podría agregar que es una condición necesaria (aunque no suficiente) para que una norma jurídica esté moralmente justificada que pertenezca (*5*) a un sistema jurídico que tenga vigencia (*6*), y que una norma pertenece a un sistema jurídico cuando su dictado está autorizado por otra norma del sistema jurídico (*4*) o cuando su observancia está prescripta por una norma del sistema (*3*).

La posición precedente combinaría todos los focos de significado de la palabra "validez" que fueron mencionados antes; pero otras posiciones podrían cortar la secuencia en distintos puntos.

Así, se podría sostener que la validez de una norma es equivalente a su existencia (*1*), pero que una norma jurídica existe no cuando tiene fuerza obligatoria moral, sino cuando pertenece (*5*) a un orden jurídico que tenga vigencia (*6*) y que una norma pertenece a un orden jurídico cuando su sanción está autorizada (*4*) por otras normas del sistema. O se podría afirmar que la validez de una norma es equivalente a su existencia (*1*) y que una norma jurídica existe como tal cuando pertenece a un orden jurídico (*5*) tenga o no éste vigencia. También se podría decir que la validez de una norma se identifica con su existencia (*1*) y que ésta depende sólo de la vigencia de la norma (*6*). Asimismo se podría sostener que la validez de una norma no tiene nada que ver con su existencia sino que sólo depende de que haya otra norma que declare su observancia obligatoria (*3*). Como se ve, las posibilidades de combinar los focos de significado son múltiples y el que estas posibilidades se hayan materializado efectivamente en el pensamiento de muchos autores explica las graves confusiones en torno a este tema de la validez del derecho.

b) Los conceptos normativo y descriptivos de validez

Una diferencia crucial entre los diferentes conceptos de validez que se pueden construir, combinando de distintos modos las propiedades mencionadas, está dada por la inclusión o no de la propiedad *b* —o sea la justificabilidad o fuerza obligatoria de la norma o del sistema— como parte del concepto.

Si la designación del concepto de validez incluye la justificabilidad o fuerza obligatoria moral de las normas o del sistema jurídico de los que se predica validez, el concepto se convierte en una noción *normativa*. Con este sentido de la expresión "validez", decir que una norma o un sistema son válidos implica afirmar que *deben* ser observados y aplicados, que provee razones para justificar una acción o decisión. Si la palabra "validez" se emplea con este significado, afirmar que una norma jurídica es válida, pero que no debe ser obedecida o aplicada —por ejemplo, por ser injusta— es autocontradictorio.

Cuando se usa la expresión "validez" con este significado normativo —cosa que se hace en muchos contextos— y se sostiene, además, que una regla sólo es una norma jurídica si es válida (o sea si está justificada o tiene fuerza obligatoria), se está presuponiendo una definición no positivista de derecho (o sea una

definición que alude no a las normas reconocidas por ciertos órganos sino a las normas que deben ser reconocidas por ellos).

Los otros significados de "validez" (que están asociados o con la vigencia de una norma o de un sistema, o con la pertenencia de una norma a un sistema, o con la circunstancia de que una norma ha sido permitida o declarada obligatoria por otra) son, en cambio, puramente *descriptivos*. La aplicabilidad de estos distintos conceptos de validez depende solamente de verificaciones fácticas.

Como la idea de validez suele estar asociada con la de existencia de una norma jurídica o de un sistema jurídico, la noción de existencia será también normativa o descriptiva según con qué concepto de validez se identifique. Si se identifica con el concepto normativo de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando debe hacerse lo que ella prescribe (éste sería el mismo criterio de existencia que empleamos en relación a las normas o principios de una moral crítica; cuando decimos que existe, por ejemplo, una norma moral que prohíbe mentir, no queremos decir —salvo que hablemos de la moralidad social positiva— que esta norma está vigente o ha sido dictada por alguien, sino que lo que ella dispone debe ser). Si, en cambio, el concepto de existencia se identifica con algunos de los conceptos descriptivos de validez, se dirá que una norma jurídica existe cuando, por ejemplo, ella está vigente, o cuando pertenece a un sistema jurídico, etcétera.

c) *El concepto de validez de Kelsen*

En la teoría jurídica contemporánea se ha generado una confusión bastante perturbadora alrededor del concepto de validez que emplea Kelsen en su teoría.

Hay dos interpretaciones principales acerca del concepto de validez kelseniano:

1) Según una interpretación —que se apoya en algunos textos de Kelsen y en su posición decididamente positivista— este autor emplea un concepto puramente *descriptivo* de validez, completamente ajeno a toda asociación con la justificabilidad o fuerza obligatoria de una norma o sistema jurídico. Una vez que se ha tomado partido en este sentido, puede haber desacuerdo acerca de cuál de los significados descriptivos de "validez" emplea Kel-

sen, ya que a veces parece identificar la validez con la existencia de las normas, otras con su pertenencia a un sistema, otras con el hecho de que haya otra norma que autorice su dictado o que declare obligatoria su observancia, otras con su vigencia o eficacia.

Sin embargo, hay formas de hacer coherentes todas estas afirmaciones; se puede decir, por ejemplo, que para Kelsen la validez de una norma es idéntica a su existencia y que ésta depende de su pertenencia a un sistema jurídico vigente, la que a su vez depende de que el dictado de la norma esté autorizado por otra norma del sistema (puede haber cierta tensión entre el hecho de que una norma no pertenezca al sistema, según este criterio, y el hecho de que ella sea declarada obligatoria por otra regla del sistema; veremos la posición de Kelsen ante este caso al tratar acerca de las leyes inconstitucionales).

2) Según otra interpretación, defendida, por ejemplo, por Joseph Raz y quien escribe, Kelsen emplea un concepto *normativo* de validez jurídica. El apoyo de esta interpretación está dado por los numerosos pasajes en que Kelsen identifica la validez de una norma no sólo con su existencia sino también con su fuerza obligatoria, en los que sostiene que decir que una norma es válida implica decir que debe ser lo que ella dispone, en los que dice que mientras los juicios que predican eficacia o vigencia son juicios fácticos o del "ser", los juicios de validez son juicios del "deber ser" que no pueden inferirse de los anteriores, y en aquellos pasajes en que Kelsen emplea la expresión "validez" para calificar no sólo una norma jurídica sino también todo un sistema jurídico (lo que no sería posible si, por ejemplo, "validez" significara "pertenencia").

Esta interpretación sostiene que, en la teoría de Kelsen, una norma sólo es válida o existente cuando tiene fuerza obligatoria, cuando debe hacerse lo que ella dispone, ya que para Kelsen, como dice Joseph Raz, la única normatividad que existe es una normatividad *justificada*. Las normas no pertenecen al mundo de los hechos —aunque están esencialmente *correlacionadas* con ciertos hechos, tales como el de dictarlas u observarlas— sino al mundo de lo que "debe ser". Por tanto, para conocer las normas jurídicas como verdaderas normas y no como una mera secuencia de hechos, como el hecho de que ciertos hombres mandan y otros obedecen (que es como verían al derecho los sociólogos pero no los juristas), hay que asumir que las prescripciones de ciertas autoridades deben ser observadas.

Precisamente la norma fundamental de Kelsen —que este autor considera implícita en el pensamiento de los juristas— consiste en esa presuposición de que las prescripciones de ciertas autoridades deben ser observadas. Para conocer al derecho como un conjunto de normas y no de hechos, los juristas deben asumir como hipótesis la norma fundamental; o sea deben presuponer que las reglas que describen tiene fuerza obligatoria.

Esta caracterización del concepto de validez de Kelsen no es incompatible con el hecho de que este autor asocie el concepto de validez con la pertenencia de una norma a un sistema, con el hecho de que la sanción de una norma haya sido autorizada por otra, o con la vigencia de una norma o del sistema. Según esta interpretación, decir que una norma es válida es equivalente a decir que existe y que tiene fuerza obligatoria, y es una condición necesaria de tal validez, existencia o fuerza obligatoria el que la norma *pertenezca* a un sistema *vigente*; a su vez la norma pertenecerá a un sistema jurídico vigente sólo si su promulgación está autorizada por otra norma de ese sistema. Sin embargo, la pertenencia de la norma en cuestión a un sistema vigente no garantiza la validez o fuerza obligatoria de la norma (o sea es una condición necesaria pero no suficiente de tal validez). El sistema mismo debe ser un sistema jurídico válido, y para predicar validez del sistema hay que presuponer la norma fundamental, o sea hay que asumir que sus normas primitivas (por ejemplo, la Constitución) tienen fuerza obligatoria.

El problema principal que enfrentan los defensores de esta interpretación del concepto de validez kelseniano es el de explicar cómo Kelsen pudo haber creído —acertadamente o no— que tal concepto es *compatible con su firme postura positivista.* Como vimos, el empleo de un concepto normativo de validez y el hacer de la validez definitoria de "norma jurídica" presuponen una definición no positivista de "derecho" (es decir, es incompatible con un concepto descriptivo de derecho).

Una posible respuesta se basa en el hecho de que, según Kelsen, para conocer el derecho no hay que adoptar *categóricamente* la posición de que sus normas están justificadas (tienen fuerza obligatoria) sino que se puede acceder al conocimiento jurídico presuponiendo tan sólo por vía de hipótesis esa validez o fuerza obligatoria. Según Kelsen, la aceptación que hacen los juristas de la norma fundamental no es categórica sino hipotética, y esto es lo que les permite identificar y describir el derecho sin asumir

un compromiso axiológico genuino acerca de la validez o justificabilidad de sus normas. El ideal positivista de mantener separadas la identificación y descripción del derecho de su valoración se preservaría, pues aun un jurista que considerara que un sistema jurídico es radicalmente injusto y que no debe ser obedecido, podría describirlo como tal con sólo presuponer, como mera hipótesis de trabajo a los efectos de la descripción científica, que las disposiciones del sistema tienen fuerza obligatoria.

Esto puede servir de explicación de por qué Kelsen pudo haber creído que un concepto normativo de validez (que conduce a un concepto normativo de derecho) es compatible con una estricta separación de la actividad de describir el derecho y la actividad de valorarlo. Pero, ¿es esta supuesta idea de Kelsen plausible? ¿Tiene sentido exigir para *describir* el derecho, que se presuponga su fuerza obligatoria o justificabilidad? ¿Es inteligible la idea de una presuposición hipotética de la fuerza obligatoria de un sistema que no implica una aceptación de tal sistema?

Joseph Raz ha intentado hacer plausibles estas ideas de Kelsen. Según Raz, hay algunos contextos en que tiene sentido presuponer por hipótesis la validez o justificabilidad de ciertas reglas sin tomar partido, categóricamente, acerca de tal justificabilidad. Por ejemplo, dice Raz, supongamos el caso de un creyente en la fe judía que, ante un punto obscuro de las reglas religiosas hebreas acerca de cómo debe actuar en un caso particular, consulta a un amigo cristiano que es experto en la ley talmúdica. La respuesta del amigo no consiste en un mero enunciado *descriptivo* acerca de lo que dice la ley talmúdica —puesto que la ley talmúdica no trata la cuestión claramente—, tampoco es una *prescripción* lisa y llana acerca de cómo debe actuar el que profesa la religión judía, puesto que el experto no la profesa y por lo tanto, mal puede prescribir un comportamiento que él no considera, en última instancia, correcto. Lo que hace el amigo cristiano es, según Raz, emitir un enunciado que presupone la *adopción hipotética de cierto "punto de vista"* (en este caso, el de la religión judía). Los juristas harían lo mismo cuando formulan enunciados jurídicos; *adoptarían hipotéticamente el punto de vista del derecho*, sin adherirse a él; presupondrían por hipótesis la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas sin que eso implique que las consideren realmente justificadas. Ésta sería la idea que Kelsen pretende reflejar a través de su norma fundamental o básica (ya que esta norma, que prescribe observar determinadas reglas positivas, no es aceptada categóricamente por los juristas sino presupuesta como hipótesis al solo efecto de describir el derecho).

Sin embargo, la reconstrucción de Raz del pensamiento kelseniano no lo hace muy convincente. El propio ejemplo que da ese autor (el del judío que consulta al cristiano experto en derecho talmúdico sobre un punto obscuro de éste), muestra que la adopción hipotética de un cierto punto de vista sólo tiene sentido, en el mejor de los casos, cuan-

do se trata de *"recrear"* o *reconstruir* el sistema que resulta de ese punto de vista, no cuando se trata de *describir* tal sistema. En este último caso es totalmente superflua la presuposición hipotética de la validez, fuerza obligatoria o justificabilidad del sistema, y es susceptible de generar confusiones y equívocos. Esto es importante, pues, según Kelsen la misión de los juristas se agota en la mera *descripción* del sistema, por lo que el recurso a la norma fundamental (o sea a la presuposición de la fuerza obligatoria del sistema) es ocioso. Si en cambio los juristas, como en realidad lo hacen, desarrollaran la actividad de *reconstruir* el sistema jurídico (y no meramente la de describirlo), podría tener algún sentido la idea de la adopción hipotética del punto de vista del derecho, o sea la idea de presuponer que sus normas son válidas con el fin de determinar en los casos de indeterminación del sistema, qué soluciones son más consonantes con la "justificación" de tales normas.

d) La existencia de las normas como concepto descriptivo

Las confusiones a que la teoría de Kelsen da lugar en esta materia nos debe enseñar a separar cuidadosamente el concepto de validez (o existencia) normativo de los conceptos de validez (o existencia) descriptivos.

Aunque es muy difícil modificar los hábitos lingüísticos que determinan cierta sinonimia entre las expresiones "validez" y "existencia" (cuando son aplicadas a las normas), y generan la ambigüedad que —como vimos— afecta a ambas palabras, sería conveniente reservar la palabra "validez" para hacer referencia a la justificabilidad o fuerza obligatoria de las normas jurídicas, y otorgar a la palabra "existencia" exclusivamente un significado descriptivo.

¿Cuál es el concepto descriptivo de existencia de las normas jurídicas que resulta especialmente relevante para la teoría jurídica?

Obviamente ese concepto es el que está relacionado con el hecho de que las normas jurídicas en cuestión tienen que tomarse en cuenta para decidir cómo actuar en su ámbito de aplicabilidad. Ese es el concepto de existencia asociado con la *vigencia* o *eficacia* de las normas. Es la vigencia, en determinado territorio, de ciertas normas jurídicas, y no de otras, lo que hace que tengamos que tomarlas en cuenta para decidir cómo actuar.

¿Cuándo una norma jurídica es eficaz o vigente? Los autores coinciden, en general, en señalar dos condiciones para la vigen-

cia de una norma jurídica: *1*) que sus destinatarios —los sujetos normativos— la observen generalmente (aunque, por supuesto, puede haber muchas desviaciones); *2*) que ciertos órganos de aplicación las reconozcan en sus decisiones. Si la gente no observa la norma en cuestión, ella no estará vigente aunque los jueces la apliquen, y, a la inversa, tampoco se considerará que está vigente una norma jurídica que la gente observa pero que los órganos de aplicación no reconocen en sus decisiones.

Pero si bien la existencia de una norma está asociada con su vigencia o eficacia, generalmente no se *identifica* la existencia con la vigencia de una norma jurídica. Como vimos al final del capítulo anterior, una norma puede existir sin que sea generalmente obedecida o aplicada. También tenemos que tener en cuenta para decidir cómo actuar las normas que no han sido todavía obedecidas o aplicadas, sea porque no hubo ocasión de hacerlo o sea porque hasta ahora se prefirió desconocerlas —pero que en el futuro podría invocárselas— (claro está que la mayoría de los sistemas reconocen la "desuetudo", la pérdida permanente de vigencia, como una forma de derogación de normas).

Por eso es que si bien la existencia de un *sistema jurídico* se identifica con su vigencia, no ocurre lo mismo en el caso de las *normas jurídicas*. Una norma jurídica existe cuando *pertenece a un sistema jurídico vigente* (ya vimos que una norma pertenece a un sistema jurídico o bien cuando es reconocida por sus órganos primarios o bien cuando ha sido sancionada y no derogada de acuerdo a las normas del sistema).

¿Cuándo puede decirse que un sistema jurídico existe o está vigente? Un sistema jurídico tiene vigencia cuando sus reglas primitivas o no derivadas (que incluyen las reglas de reconocimiento y los principios que no derivan de ellas) *son generalmente observadas por sus sujetos normativos y son efectivamente aceptadas en sus decisiones por los órganos que tienen, de hecho, la posibilidad de disponer la ejecución de medidas coactivas, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal.*

> Una dificultad de este criterio de existencia es que la mayoría de las normas primitivas del sistema —como es el caso de las reglas de reconocimiento— no tienen como sujetos normativos a los súbditos sino que se dirigen a los propios órganos primarios. Sin embargo, es importante establecer cierta relación entre las normas primitivas de un sistema y los súbditos, ya que uno no diría que un cierto orden jurídico está vigente en cierto territorio si los habitantes de ese territorio lo desconocen absolutamente. Parece que se puede salir de esta dificul-

tad estipulando que las reglas primitivas de un sistema son observadas por los súbditos cuando o bien son generalmente obedecidas por ellos —en los raros casos en que se dirijan a ellos— o bien los súbditos obedecen la generalidad —aunque no necesariamente todas— de las normas que derivan de tales reglas primitivas. Por ejemplo, si una regla de reconocimiento estipula la obligatoriedad de las leyes del Parlamento, esa regla de reconocimiento estará vigente cuando ella es aceptada en sus decisiones por los órganos primarios y la mayoría de los súbditos suelen obedecer la generalidad de las leyes del Parlamento (quedan, empero, algunas dificultades sin considerar).

Como se ve, las respuestas que se ha intentado formular para las tres preguntas planteadas al principio de este capítulo están estrechamente relacionadas entre sí.

La pregunta acerca de cómo se distingue un orden jurídico de otros órdenes como la moral, el orden de una asociación privada, las reglas de un juego, las reglas de una organización delictiva, etc., recibió la siguiente respuesta (que se expone ahora empleando una terminología ligeramente distinta): *Un sistema jurídico es un sistema normativo que estipula, entre otras cosas, en qué condiciones el uso de la fuerza está prohibido y permitido y que estatuye órganos centralizados que aplican las normas del sistema a casos particulares (estando generalmente obligados a hacerlo), disponiendo la ejecución de las medidas coactivas que el sistema autoriza, a través del monopolio de la fuerza estatal.*

A su vez la pregunta acerca de cómo se individualiza un sistema jurídico, o sea cómo se distingue de otros sistemas jurídicos, fue respondida del siguiente modo: *Un orden jurídico se distingue de otros por el hecho de que sus normas son directa o indirectamente reconocidas por órganos que recurren, para ejecutar las medidas coactivas que disponen, a una organización de fuerza independiente de la que emplean los órganos primarios de otros sistemas.*

Por último, la pregunta acerca de la existencia de un orden jurídico recibió la siguiente respuesta: *Un orden jurídico existe cuando sus normas primitivas o no derivadas son generalmente observadas por sus destinatarios y aceptadas efectivamente en sus decisiones por los órganos que tienen la posibilidad fáctica de poner en movimiento el monopolio de la fuerza estatal para ejecutar las medidas coactivas que el sistema autoriza.*

4. La relación de un sistema jurídico con el derecho internacional

Cuando tratamos la cuestión de la caracterización de un sistema jurídico, hicimos referencia al derecho internacional (vimos que era dudoso si podía ser calificado de "derecho").

También el tema del orden internacional tiene relevancia para el problema de la individualización de un sistema jurídico.

Digamos algo antes acerca de la estructura de este "derecho".

El derecho internacional está constituido fundamentalmente por normas de origen consuetudinario, o sea por normas que surgen de las reiteradas actitudes de los distintos Estados. Son raras las normas vigentes en la comunidad internacional que poseen su origen en órganos centralizados, como las Naciones Unidas o las organizaciones regionales; por lo común esas organizaciones formulan "recomendaciones", y cuando sancionan prescripciones, no siempre son eficaces.

También tienen importancia en el derecho internacional los tratados y las convenciones. Sin embargo, los juristas asignan a estas normas una validez derivada de las normas consuetudinarias, principalmente de la norma que establece que los pactos deben cumplirse (llamada *pacta sunt servanda*).

Podría preguntarse de dónde deriva la validez de las normas de mayor jerarquía del derecho internacional, o sea las de origen consuetudinario. Para responder a esa pregunta, Kelsen repite el mismo recurso que ha usado para los derechos nacionales y sostiene que se presupone una norma fundamental que otorga validez a las primeras normas del sistema. Siendo consuetudinarias tales normas, la norma fundamental del derecho internacional deberá tener un contenido adecuado a su función de dar validez a normas de esa índole; Kelsen propone la siguiente fórmula: "Los Estados deben comportarse como acostumbran hacerlo".

Es obvio que a la propuesta de Kelsen respecto del fundamento de validez del derecho internacional, se le podrían formular las mismas observaciones que a su norma fundamental de los derechos nacionales. Pero no es nuestra intención reiterar aquí la discusión, sino mostrar simplemente qué incidencia tiene la consideración del derecho internacional sobre la individualización de los distintos sistemas jurídicos.

¿Sirve el derecho internacional como fundamento de validez

para los sistemas jurídicos nacionales? ¿Es verdad la relación inversa? ¿Se trata de sistemas jurídicos independientes?

Kelsen distingue tres posibles posiciones que dan respuestas diferentes a cada una de esas preguntas.

La primera podría denominarse "monismo internacional". Sostiene que los derechos nacionales forman parte del derecho internacional, pues éste da validez a cada una de ellas.

La segunda tesis se podría denominar "monismo nacional". Afirma que el derecho internacional recibe su validez de los derechos nacionales y, por lo tanto, forma parte de ellos.

La tercera tesis, llamada "pluralismo", sostiene que el derecho internacional es un sistema independiente de los derechos nacionales.

Aunque Kelsen señala la posible elección de cualquiera de las dos primeras tesis, se inclina decididamente por la expuesta en primer término.

Se apoya para ello en que la norma fundamental que, según él, se presupone otorgando validez a cada derecho nacional, aparece reproducida, con su mismo contenido, como una norma *positiva*, de carácter consuetudinario, del derecho internacional.

En efecto, las costumbres internacionales incluyen una norma que se suele llamar "principio de efectividad", la cual prescribe que se reconozca todo régimen que durante un tiempo prudencial ejerza el control coactivo en un cierto territorio. Es decir que esta norma cumple la misma función que Kelsen asigna a la norma fundamental de los derechos nacionales, o sea que da competencia para dictar normas al grupo de personas que, sin estar autorizadas por ninguna norma positiva del sistema, tiene éxito en establecer normas originarias eficaces.

Si se ha encontrado una norma positiva (el principio de efectividad) que da validez a las normas originarias de los derechos nacionales, parece que no habría necesidad de la norma fundamental presupuesta que da validez a los derechos nacionales, ya que se puede continuar con las cadenas de validez de normas positivas hasta la norma fundamental presupuesta del derecho internacional. De este modo todos los derechos del mundo formarían un solo sistema como partes del derecho internacional.

Que algo anda mal en esta tesis lo sugiere su absoluto apartamiento del sentido común, que considera los derechos nacionales,

tanto entre sí como respecto del derecho internacional, sistemas jurídicos diferentes.

El error de la tesis consiste en suponer que, por el hecho de que una regla de reconocimiento de un sistema jurídico coincida con una norma positiva de otro sistema, el primer derecho forma parte del segundo. Si así fuera, bastaría, por ejemplo, con que el principio de efectividad se sancionara como ley del derecho argentino para que todos los derechos vigentes en el mundo formaran parte de nuestro sistema jurídico.

Lo cierto es que los criterios que se usan para individualizar un sistema jurídico, seleccionan determinadas normas que, según vimos, son reconocidas por ciertos órganos primarios como soberanas, independientemente de que haya o no otro sistema que autorice la sanción de esas normas. Por ejemplo, nuestra Constitución es reconocida como soberana por los órganos que tienen capacidad de ejecutar actos coactivos en el territorio argentino, sin tener en cuenta que el derecho internacional autorice o no su dictado. Es decir que si una norma es reconocida como originaria y no porque deriva de otra, aunque haya otra norma que la autorice, aquella norma formará parte de la base de un sistema jurídico independiente. (Esto explica por qué el orden de una ex colonia es un sistema jurídico autónomo, aun cuando una norma de la ex metrópolis le autorice a darse su propia constitución.)

Tampoco es adecuado el "monismo nacional" que supone que el derecho internacional forma parte de cada uno de los derechos nacionales que lo reconocen. Es cierto que los órganos que, por vía consuetudinaria o convencional, crean normas del derecho internacional, son los Estados, y que si la mayor parte de ellos manifiesta su disenso respecto de una norma consuetudinaria o contractual que han contribuido a crear, la norma quedará derogada. Pero no es verdad respecto de cada Estado en particular que el orden internacional sea derecho en la medida en que es reconocido por él; las normas internacionales seguirán teniendo vigencia, y en consecuencia constituyendo derecho existente, mientras estén respaldadas por la comunidad internacional en general. O sea, que el derecho internacional tiene una existencia independiente del reconocimiento por cada Estado en particular.

En fin, parece que la posición más coherente es la que se ajusta al sentido común, que considera sistemas independientes el derecho internacional y cada uno de los derechos nacionales, por ser

distintos los conjuntos de normas reconocidas como soberanas que constituyen la base de cada uno de tales sistemas.

5. El cambio regular de la base de un sistema jurídico

Hemos dicho que, cuando cambian las normas que constituyen la base de un cierto derecho o sea las normas primitivas que los órganos primarios reconocen, el criterio de individualización que formulamos determina la conclusión de que cambia el sistema jurídico, que hay en ese territorio un sistema distinto al anterior. Esto es claro cuando la modificación se hace en una forma "irregular", o sea no prevista en el propio sistema.

Cuando un cambio de esa especie tiene un acierta magnitud, se habla de "golpe de estado" o de "revolución".

Pero hay casos en los que entre las reglas básicas de un sistema hay alguna que prevé un procedimiento para modificar el conjunto. Por ejemplo, el art. 30 de nuestra Constitución Nacional dispone la forma de modificar cualquier artículo de la propia Constitución. Cuando esa reforma se lleva a cabo, siguiendo las prescripciones constitucionales, los juristas entienden, a pesar de lo que antes dijimos, que no obstante el cambio de la base del sistema, el derecho continúa siendo el mismo.

Este hecho parece contradecir la idea de que la individualización de un sistema depende del reconocimiento de ciertas normas que constituyen la base del mismo y que, cuando las normas que se reconocen son diferentes, cambia el sistema.

Una posible explicación consistiría en decir que la nueva Constitución no integra la base de un sistema distinto, sino que ella *deriva* de la antigua Constitución, que sigue constituyendo la base del orden jurídico, por lo cual éste no ha cambiado.

Sin embargo, esta respuesta es inaceptable, ya que la nueva Constitución contendrá probablemente normas inconsistentes con las de la antigua, lo cual producirá, si la nueva Constitución es reconocida, una derogación de las normas constitucionales anteriores y, por consiguiente, su exclusión de la base y un cambio de sistema.

A esta objeción se podría replicar reformulando la tesis y sosteniendo que la única norma que integra la base de un sistema jurídico es la norma constitucional que prevé la reforma de la

Constitución, de la cual derivarían tanto la Constitución antigua como la nueva; si permanece esa norma antes y después de la reforma y si se la considera como la única norma constitutiva de la base del orden jurídico, éste no cambiará con la reforma constitucional (pues la norma primitiva del sistema seguirá siendo la misma).

Pero esta propuesta tampoco es satisfactoria. La antigua constitución no deriva de la norma que dispone el procedimiento para su reforma; por ejemplo, nuestra Constitución de 1853 no fue dictada según el procedimiento establecido en su art. 30. Esto quiere decir que las normas constitucionales anteriores eran aceptadas como soberanas y no como derivadas de otra norma, tal como el art. 30. Si, en cambio, la nueva Constitución es reconocida sólo como derivada de una norma perteneciente a la antigua, ello significará que el derecho tiene ahora una nueva base y en consecuencia es un sistema jurídico distinto del anterior. (El antiguo derecho tendría como normas primitivas a todas las normas constitucionales; en cambio, el nuevo derecho tendría como norma primitiva solo al art. 30 de la antigua Constitución, del que derivarían las nuevas normas constitucionales).

Además se plantea otro problema. Supongamos que, siguiendo el procedimiento establecido por el art. 30 de nuestra Constitución, se reforma el mismo art. 30. Para los juristas, el que la reforma constitucional se extienda inclusive a la norma que dispone el procedimiento de modificación, no altera la idea de que el sistema jurídico sigue siendo el mismo.

Pero el nuevo art. 30 no puede derivar del antiguo. Si fuera así, el antiguo seguiría perteneciendo al sistema y, en consecuencia, las reformas ulteriores deberían hacerse según el antiguo art. 30 y no de acuerdo al nuevo, con lo que no habría habido reforma alguna.

Por otra parte, si el nuevo art. 30 derivara su validez del antiguo, habría que suponer que la norma del art. 30 se refiere a sí misma, permitiendo a algún órgano su modificación siguiendo determinado procedimiento.

¿Puede una norma referirse a sí misma?

Los lógicos rechazan, en general, la posibilidad de enunciados autorreferentes. Si alguien dice "esta proposición es verdadera", probablemente diremos que lo que dice no tiene significación alguna. Lo mismo ocurre con la llamada "paradoja del mentiroso". Supongamos

que alguien formula el siguiente enunciado: "todo lo que yo digo es mentira"; resulta que si la proposición es verdadera, no es cierto que todo lo que dice quien la formula sea mentira, lo cual lleva a la conclusión, contraria al punto de partida, de que la proposición tiene que ser falsa.

Parece que la misma conclusión hay que formular, como lo expone Ross, respecto de las normas. No se ve qué significado pueda tener una prescripción que diga, por ejemplo, "haga lo que establece esta norma".

El tema de la autorreferencia ha suscitado complicadas discusiones entre los filósofos y se han propuesto distinciones (que llevan a admitir algunas formas de proposiciones reflexivas), cuyo análisis trasciende los límites de este trabajo.

En relación a un artículo como el 30 de la Constitución Argentina, tal vez la autorreferencia pueda ser eliminada, si se interpretara que ese artículo contiene lógicamente dos normas: una que se refiere a todos los demás artículos de la Constitución, pero no a él mismo, y otra que indica un procedimiento idéntico de reforma pero referido sólo a la norma anterior. De esta forma no habría autorreferencia, puesto que tendríamos una norma que regula el procedimiento para reformar las restantes reglas constitucionales y otra norma que establece el procedimiento para reformar la norma anterior.

Sin embargo, lo cierto es que aun con ese recurso no podría sostenerse la identidad del sistema antes y después de la reforma, pues una modificación del art. 30, o de cualquier otra norma de la Constitución, implica la derogación del antiguo y, en consecuencia, un cambio de la base del orden jurídico.

Parece, por consiguiente, que no hay más remedio que concluir que cuando se modifica la base de un sistema jurídico, sea por vía "regular" o revolucionaria, se transforma siempre el orden jurídico. A *estos efectos*, tanto da, como dice Alf Ross, que. por ejemplo, se convoque ahora a una convención constituyente para reformar la Constitución, como que el presidente decida modificarla por un úcase: el resultado siempre será un cambio del orden jurídico.

Por supuesto que lo anterior no supone recomendar que se modifique la Constitución por procedimientos irregulares; sólo implica advertir que cuando cambia la base de un sistema hay un orden jurídico diferente, y el fundamento de validez de las nuevas normas no puede encontrarse en el sistema derogado, aunque en muchos casos, haya una estrecha continuidad entre ellos.

6. La estructura de los sistemas jurídicos y los procedimientos de creación de normas

a) Las fuentes del derecho

Hasta ahora hemos visto que, contra lo que afirmaba Kelsen, un sistema jurídico está constituido por normas que cumplen diversas funciones: algunas imponen ciertas obligaciones, otras prescriben la aplicación de sanciones; también las hay que otorgan competencia para aplicar sanciones; y, además, hay normas que facultan para dictar otras normas. Inclusive esta nómina sólo indica las clases más importante de normas, siendo de prever que un examen cuidadoso muestre una tipología mucho más rica.

Pero las normas que integran los sistemas jurídicos, no sólo se pueden clasificar por su estructura o contenido, sino también por su origen.

El estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas se hace generalmente bajo el rótulo "fuentes del derecho".

Simplificando un poco las cosas, cabe señalar dos modalidades genéricas de creación de derecho; una que podríamos calificar de *deliberada* y otra de *espontánea*.

Cuando hablamos de creación deliberada de derecho hacemos referencia a la sanción de ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecer tales reglas.

La legislación es el arquetipo de esta forma consciente de creación de derecho. En efecto, una ley es sancionada mediante un conjunto de actos dirigidos a ejecutar el procedimiento prescripto para su creación.

La palabra "ley" es notoriamente ambigua. Los juristas que describen un sistema constitucional como el nuestro, se preocupan por restringir su uso para referirse sólo a las normas, cualquiera que sea su contenido o su extensión, dictadas por un parlamento (este significado de "ley" ha sido llamado *formal*). En cambio, los legos llaman "ley" a las normas dictadas por cualquier órgano: Congreso, presidente, ministros, intendente, etc., con las únicas restricciones de que sean generales y se las haya creado

deliberadamente (este otro sentido de "ley" ha sido denominado *material*).

Dejando de lado las cuestiones terminológicas, se pueden mencionar, por lo tanto, como ejemplo de normas creadas deliberadamente, las dictadas por una convención constituyente, las del Congreso, los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones ministeriales, las ordenanzas municipales y universitarias, etcétera.

También constituyen casos de creación deliberada de derecho las sentencias que pronuncian los jueces.

Se ha discutido si las sentencias judiciales son o no normas jurídicas. El profesor Sebastián Soler, especialmente, ha expresado una opinión negativa, sobre la base de que las sentencias de los jueces no tienen algunas de las propiedades que, según él, son definitorias del concepto de norma jurídica, fundamentalmente la generalidad. Sin embargo, y sin perjuicio de la conveniencia de estudiar más a fondo los interesantes argumentos de Soler, la caracterización de la noción de norma jurídica que se ha formulado en el primer capítulo parece ser compatible con las propiedades que presentan las sentencias judiciales.

Una discusión relacionada con la anterior se plantea alrededor de la pregunta acerca de si los jueces crean o no derecho.

Genaro R. Carrió ha mostrado los malentendidos verbales y los desacuerdos valorativos que dan pie a esta polémica. Con la frase "los jueces crean derecho" se pueden expresar cosas tan diferentes como que los jueces dictan normas jurídicas, que los jueces en conjunto establecen normas jurídicas generales, que los jueces, cada uno por separado, dictan normas particulares que no siempre se deducen de las leyes y demás normas generales, etcétera. Carrió señala que algunos de estos enunciados, que alternativamente pueden constituir el significado de la oración "los jueces crean derecho", son verdaderos y otros son falsos. Es verdad, por ejemplo, que los jueces dictan normas jurídicas (particulares), que todo el cuerpo judicial, en conjunto, como luego veremos, establece ciertas pautas generales, y que no siempre las sentencias se infieren de las leyes y otras normas generales previamente establecidas y, en cambio, no es cierto que cada juez por separado sancione normas generales.

Sin embargo, dice Carrió, los malentendidos verbales no son la causa exclusiva de la disputa acerca de si los jueces crean o no derecho, como lo prueba la circunstancia de que los juristas probablemente seguirán aferrados a sus encontradas posiciones, a pesar

de que se les aclaren las diferentes interpretaciones que admite la fórmula "los jueces crean derecho". En el fondo, entre los teóricos hay encubierto un desacuerdo valorativo; cualquiera que sea el sentido que se dé a la fórmula referida, con su aceptación no se quiere describir ningún hecho, sino expresar la *actitud* de desear que a los jueces se les permitan amplias facultades en el ejercicio de su actividad y, con su rechazo, se pretende manifestar la tesis ideológica opuesta, de que los jueces deben atenerse estrictamente a lo establecido por las normas generales.

Aparte de las sentencias judiciales, existe también otro medio de creación deliberada de derecho a través de normas jurídicas particulares.

Cuando dos personas celebran un contrato, ellas estipulan derechos, obligaciones, potestades y hasta sanciones, para ambas partes o para una sola de ellas, de modo que es razonable considerar el contrato, como lo hace Kelsen, como una norma jurídica o un conjunto de ellas.

Como se ha dicho en otras partes de este mismo trabajo, las normas contractuales son autónomas, puesto que regulan sólo las conductas de quienes intervienen en la celebración del contrato. Además, como también lo hemos dicho, hay una descentralización de la capacidad para dictar esta clase de normas (las puede establecer cualquier persona que reúna ciertas condiciones genéricas), no requiriéndose una competencia particular.

Además de las formas deliberadas de dar origen a normas jurídicas, hay medios *espontáneos* que llegan al mismo resultado.

En ciertas condiciones, determinados actos que no se realizan con la intención de establecer normas tienen, sin embargo, ese efecto.

La forma espontánea más clara en que pueden originarse normas jurídicas, es la costumbre. Esta surge de un reiterado comportamiento de los miembros de una sociedad.

Hay que distinguir entre las costumbres y los meros hábitos, como el fumar, que no dan origen a normas, aun cuando sean compartidos por mucha gente.

Pongamos un ejemplo para mostrar la diferencia entre hábito y costumbre. Bañarse regularmente es una costumbre social; en cambio, bañarse por la mañana, aunque mucha gente lo hace, es sólo un hábito. Un comportamiento repetido, como dice Hart, sólo da origen a una norma cuando esa reiteración de actos se

toma como guía para criticar a quienes no la siguen y para elogiar a quienes se ajustan a ella, lo cual ocurre con el bañarse con prudente regularidad, pero no con el hacerlo en determinadas horas.

Según la hemos definido, la costumbre da siempre origen a normas. Sin embargo, no todas las normas consuetudinarias constituyen normas jurídicas, como ocurre con los usos sociales (por ejemplo, saludar de determinada manera), las modas (por ejemplo, usar falda corta), la moral consuetudinaria (por ejemplo, ciertas modalidades del trato sexual), que no son normas jurídicas.

Para que una norma consuetudinaria sea a la vez una norma jurídica ella debe formar parte de un sistema jurídico, es decir, tiene que ser reconocida por los órganos primarios del sistema.

También constituyen una forma espontánea de dar origen a normas jurídicas la jurisprudencia o los precedentes judiciales.

Como hemos visto, los jueces dictan ciertas normas particulares que se llaman "sentencias judiciales". Para hacerlo tienen en cuenta determinadas normas que pueden preexistir, como una ley o una costumbre, pero también muchas veces toman en consideración, en los fundamentos de la sentencia, determinados criterios generales de razonabilidad, equidad, etcétera. Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo al resuelto originariamente. Cuando tales criterios son adoptados por los jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se da origen a ciertas normas jurídicas, que los jueces pueden considerar tanto o más obligatorias (como ocurre en los Estados Unidos y Gran Bretaña) que las leyes.

Por eso es válido afirmar que los jueces en conjunto pueden dar origen a normas jurídicas generales. No quiere ello decir que el cuerpo judicial sancione deliberadamente normas de esa índole (como sí lo hace con las sentencias). Los precedentes surgen a partir de las razones que determinaron la adopción de cierta decisión (lo que se llama la *ratio decidendi* del fallo) y que son obligatorias en casos análogos para los tribunales inferiores o de igual jerarquía.

Lo expuesto hasta ahora constituye un panorama general, aunque somero, de las formas de crear normas jurídicas que más comúnmente se presentan en los sistemas jurídicos desarrollados.

Sin embargo, no puede establecerse *a priori* cuál o cuáles de las diversas fuentes del derecho presentadas se admiten en cada sistema jurídico particular. Ello dependerá de lo que dispongan los criterios de reconocimiento mediante los cuales se integra el conjunto básico del sistema y en qué condiciones las normas básicas permiten la creación de nuevas normas. Hay derechos cuyo conjunto básico está formado sólo por normas legisladas (generalmente se piensa que las normas básicas del derecho argentino no son más que las dictadas deliberadamente con carácter constitucional); otros derechos están encabezados sólo por un conjunto de normas consuetudinarias, y hay otros, finalmente, cuyas normas básicas tienen orígenes diversos.

En cuanto a nuestro sistema, se discute si la costumbre es o no fuente de derecho. La opinión mayoritaria de los juristas es negativa, apoyándose en el art. 17 del Cód. Civil que expresamente dispone que la costumbre no es fuente de derecho sino cuando la ley se refiera a ella o en caso de lagunas legales. Pero éste no es un buen argumento, puesto que, de acuerdo con el criterio de reconocimiento que describimos en el § 2, *b*, *5*, del presente capítulo, podría ocurrir que, a pesar de lo que dice esa norma legal, los órganos primarios reconocieran como integrantes de la base del sistema ciertas normas de origen consuetudinario. Por lo menos se admite que determinadas normas legales (como las del Código Penal que reprimen el duelo), han quedado derogadas por vía de una costumbre contraria. Esto implicaría que, paradójicamente, el art. 17 del Cód. Civil ha resultado derogado ¡por la costumbre!

En cuanto a los precedentes, es obvio que en nuestro sistema (de tipo continental europeo), a diferencia de lo que ocurre en los países del llamado *common law* (fundamentalmente, Estados Unidos e Inglaterra), en los que constituyen la fuente del derecho más importante, ellos no tienen decisiva relevancia. En nuestro país los jueces buscan orientación en la jurisprudencia, pero en general no consideran que los precedentes tengan fuerza imperativa para las futuras decisiones. Por otra parte, la jurisprudencia en nuestro país, a diferencia de los precedentes en el *common law*, no se constituye con una sola decisión, sino que exige una serie concordante de decisiones.

El único caso en que en nuestro sistema se reconoce obligatoriedad a un fallo judicial para futuras decisiones es cuando se produce un "plenario" (que consiste en una reunión de todas

las salas que componen una Cámara de Apelaciones con el objeto de unificar doctrinas judiciales contradictorias, siendo entonces la decisión obligatoria para toda la Cámara y los jueces que dependan de ella). Sin embargo, un fallo plenario no es un precedente en sentido estricto, ya que no se origina en la fundamentación de cierta decisión sino que es una regla estipulada deliberadamente; es el único caso, fuera de las reglamentaciones internas que puede sancionar un tribunal, en que un órgano judicial puede dictar, deliberadamente, normas generales.

b) *El orden jerárquico de las normas que integran un sistema jurídico*

Las normas que constituyen un sistema jurídico se suelen ordenar según ciertos niveles de jerarquía. Tal ordenación está relacionada tanto con el tema de la pertenencia de las normas a un sistema, que vimos en el § 2 de este capítulo, como con el de las fuentes del derecho, que hemos considerado en la sección precedente.

Las cadenas de validez formadas sobre la base de las normas que autorizan la creación de otras, nos ofrecen una ordenación jerárquica de las normas.

Sin embargo, esa ordenación comprende un aspecto parcial de los sistemas jurídicos, puesto que sólo nos permite decir que una norma es inferior a la que autoriza su creación, pero no refleja los diferentes niveles que puede haber entre normas cuya creación está autorizada por normas distintas, ni refleja tampoco la diferente jerarquía que puede darse entre normas cuya sanción está permitida por una única norma o por un conjunto de normas del mismo nivel (por ejemplo, la Constitución autoriza tanto la sanción de leyes como la de sentencias judiciales, no obstante lo cual se considera que ambos tipos de normas tienen jerarquía diferente).

Se puede decir que una norma es superior a otra cuando de haber conflicto entre ellas, se consideraría válida la primera, no la segunda.

Supongamos que una ley sea inconsistente con alguna norma constitucional, bien porque el órgano que la ha sancionado no es

el Congreso, bien porque, aun dictada por el Congreso, no ha seguido éste el procedimiento prescripto para la sanción de las leyes, o porque el contenido de la ley es incompatible con alguna prescripción constitucional. En esas circunstancias se mantendría la validez de la respectiva norma constitucional y, en cambio, se declararía inválida la ley en cuestión.

¿De dónde surge la preferencia que tienen ciertas normas en cuanto a su validez respecto de otras?

En primer lugar depende de lo que se establece con los criterios vigentes de reconocimiento para identificar la base del sistema. Como dice Hart, esos criterios pueden reconocer dos clases distintas de normas como integrantes de la base de un sistema (por ejemplo, todas las normas dictadas por una convención constituyente y, además, un conjunto de normas consuetudinarias) y establecer también que uno de esos conjuntos, a pesar de ser los dos básicos, tiene prelación sobre el otro, no porque las normas del segundo "deriven" del primero, sino porque, en caso de conflicto, prevalecen las del primero sobre las del segundo.

En segundo término, la ordenación jerárquica de las normas depende también de lo que dispongan las propias normas del sistema. Una norma de un sistema jurídico puede establecer la prelación que debe existir en cuanto a la validez de las normas inferiores a ella (no, por cierto, entre las normas superiores a la que establece la prelación). Por ejemplo, el art. 31 de nuestra Constitución establece: *"Esta Constitución* [obsérvese aquí una nueva autorreferencial], *las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales..."*

Siguiendo los criterios de reconocimiento que se utilizan para identificar la base de nuestro sistema jurídico actual y lo que disponen las normas del propio sistema, se podría diagramar de la forma siguiente (por supuesto, dejando de lado a los fines didácticos ciertas complicaciones y refinamientos), la estructura jerárquica de nuestro orden jurídico:

Constitución Nacional

Tratados internacionales

Leyes nacionales dictadas en consecuencia de la Constitución

Otras leyes del Congreso Nacional.	Constituciones provinciales. Tratados interprovinciales.
Decretos del Poder Ejecutivo Nacional.	Decretos y resoluciones de los Ejecutivos provinciales.

Resoluciones ministeriales

Ordenanzas municipales, resoluciones administrativas y de entidades autárquicas, etcétera.

Convenciones entre particulares

Decisiones judiciales

En este cuadro no se incluyen las normas consuetudinarias, puesto que sería muy largo dilucidar qué lugar ocupan en esta jerarquía. Tampoco se incluyen otros tipos de normas, como son los fallos plenarios, los precedentes en los casos excepcionales que constituyen verdaderas normas, etcétera.

Hemos dicho que una norma es superior a otra cuando en caso de conflicto entre ambas se mantiene la validez de la primera a expensas de la validez de la segunda.

Sin embargo, no cualquiera está autorizado para determinar la invalidez de una ley inconstitucional, de una sentencia ilegal, de un contrato irregular, etcétera. Los sistemas jurídicos modernos facultan sólo a determinados órganos para anular las normas que fueron dictadas sin cumplir lo prescripto por normas de nivel superior o con un contenido incoherente con el de ellas.

En cuanto a las leyes inconstitucionales, nuestro derecho sólo permite a los jueces anularlas, y sólo para el caso que se presente ante el tribunal, no para los restantes.

Por eso se suele decir que una norma inconsistente con otra superior continúa siendo válida o existente si un juez no la ha anulado, sea porque el caso no ha sido presentado ante él, o porque, habiendo sido planteado, el juez falló que no hay tal inconsistencia.

Esto parece contradecir la definición de existencia de las normas que se ha aceptado. Se ha dicho que una norma existe

(o es válida, en el sentido descriptivo) cuando pertenece a un orden jurídico existente, y que pertenece a un orden existente cuando es una norma reconocida por los órganos primarios del sistema o su dictado está autorizado por una norma que pertenece al sistema. Parece contradictorio decir que una norma que no reúne ninguna de estas condiciones, es válida o existente.

Esta contradicción ha llevado a Kelsen a sostener que, en realidad, una ley inconstitucional, por ejemplo, también deriva de la Constitución, puesto que hay que presuponer que la Constitución tiene ciertas cláusulas tácitas que autorizan a dictar normas contrarias a los preceptos expresos, ya que de lo contrario no se explicaría que se las considerara válidas hasta que no fueran anuladas.

Este es sin duda un recurso ficticio e irrazonable. Si entendiéramos que cualquier norma que se dictara deriva de una norma superior expresa o tácita, desaparecería el sentido de la distinción entre normas jurídicas válidas e inválidas, ya que todas serían válidas.

Parece ser, como lo ha sostenido Eugenio Bulygin, que cuando decimos que una ley inconstitucional o un contrato ilegal son válidos mientras no se los anule, no usamos el término "validez" en el sentido de pertenencia a un sistema, determinada por su derivación de otras normas del mismo, sino en el sentido de que son obligatorias mientras no se las anule, por lo cual no sería contradictorio decir que estas normas son válidas aunque incoherentes con otras de nivel superior. O sea que estos casos son los que presentan la tensión que se mencionó antes entre el hecho de que la sanción de la norma *no fue autorizada* por una norma del sistema y el hecho de que hay sin embargo una norma del sistema que *declara obligatoria* la aplicación u observancia de la norma en cuestión.

Si aceptamos que para que una norma pertenezca al sistema tiene que o bien ser una norma primitiva o haber sido dictada de acuerdo con otra norma del sistema, una ley inconstitucional no es una norma del sistema jurídico por más que su obediencia sea obligatoria de acuerdo al sistema jurídico. Si hablamos de "validez" o "existencia" con el sentido descriptivo de pertenencia a un sistema, una ley inconstitucional es inválida o inexistente. Si, en cambio, usamos esas palabras con el significado también descriptivo de obligatoriedad según normas de cierto sistema, una ley inconstitucional es válida o existente hasta que no sea anulada.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

III

1.— ¿Cuáles serían algunos de los enunciados que pertenecen al sistema deductivo cuya base está formada por los siguientes enunciados?

a) Los incapaces de hecho no pueden contratar.

b) Los menores de edad son incapaces de hecho.

c) Los menores de 21 años son menores de edad.

2.— ¿Por qué Alchourrón y Bulygin no caracterizan a los sistemas normativos como aquellos sistemas que están integrados sólo por normas?

3.— ¿Cuál puede ser la función que cumple una definición en un sistema normativo?

4.— ¿Por qué parece ser inadecuada la tesis de Kelsen de que todas las normas jurídicas prescriben sanciones? ¿Recuerda qué dice Kelsen respecto de los enunciados jurídicos que no disponen sanciones, sino que, por ejemplo, otorgan competencia?

5.— ¿Sería necesario el derecho en una sociedad de "ángeles" como la que imagina Raz? ¿Son las deficiencias de la naturaleza humana las que determinan la necesidad de un orden jurídico?

6.— ¿Es cierto que en todos los Estados hay un poder que ejerce el monopolio de la fuerza? ¿Implica esto que nadie más que ese poder está en condiciones (en algún sentido de "estar en condiciones") de ejercer la fuerza en esa sociedad?

7.— Trate de presentar una breve descripción de una sociedad primitiva imaginaria que no contara con un sistema jurídico. ¿Cómo se resolverían en ella los conflictos entre diferentes individuos? ¿Cómo se obtendría la cooperación social necesaria para alcanzar ciertos objetivos (como, por ejemplo, ganar una guerra contra una tribu vecina)? ¿Cómo estaría distribuido el poder en esa sociedad? ¿Qué cambios tendrían que ocurrir para que esa sociedad empezara a contar con los rudimentos de un sistema jurídico?

8.— ¿Qué otros sistemas normativos, además del derecho, estatuyen ciertos órganos o instituciones? Proponga algunos ejemplos y trate de distinguir tales órganos de los que son típicos de un orden jurídico.

9.— ¿Cuál es la posible relevancia de no calificar de "derecho" al derecho internacional? ¿Qué sería el "derecho internacional" si no fuera un sistema jurídico? ¿Qué sentido tiene la discusión acerca del carácter jurídico del "derecho internacional"?

10.— ¿A cuáles de las categorías de órganos distinguidos en la p. 108 corresponden las siguientes autoridades: un intendente municipal, un ministro del Poder Ejecutivo, un inspector de tránsito, un Parlamento, un guardia cárcel, un juez, un oficial de justicia, un comisario de policía?

11.— ¿Cuáles son las propiedades que distinguen a los llamados "órganos primarios"

12.— ¿Podría funcionar un presunto sistema jurídico si sus jueces tuvieran "absoluta discreción" para resolver los casos según las normas que consideraran adecuadas? Trate de presentar una breve descripción de cómo sería un sistema semejante. (¿Cómo determinaríamos las normas para hacer un contrato, contraer matrimonio, etcétera? ¿Cómo sabríamos si un acto es o no un delito? ¿Cuál sería el papel de los legisladores?)

13.— Si la obligación de los jueces de aplicar ciertas normas deriva de la regla de reconocimiento del sistema jurídico y la regla de reconocimiento es una práctica que los propios jueces desarrollan, ¿no son los sistemas jurídicos, en definitiva, sistemas de "absoluta discreción"?

14.— Cuando Dworkin dice que no se puede *justificar la obligación* de aplicar una norma recurriendo sólo a la regla de reconocimiento del sistema, ¿está planteando un problema que presentarían los enunciados que se formulan desde qué punto de vista (interno o externo) respecto de la regla de reconocimiento? ¿Con qué significado (descriptivo o normativo) usa Dworkin la palabra "obligación" en ese contexto?

15.— ¿Cuáles podrían ser los objetivos que se persiguen con la instauración y aplicación de un sistema jurídico? ¿No se podría distinguir un sistema jurídico de otros sistemas normativos por sus objetivos y funciones características?

16.— Con los elementos que se le ha proveído en el § 2, *a* (y con los que juzgue necesario añadir) trate de distinguir el derecho de la moral positiva, de las reglas de la "mafia", del orden de un club social, de las reglas del ajedrez.

17.— ¿Qué relación tiene el tema tratado en estos pasajes del editorial del diario *La Nación* del 6 de diciembre de 1973 con el tema de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico? ¿Qué es lo que no estaba claro respecto de las leyes de que habla el diario? ¿Había dudas acerca de si los órganos que dictaron esas leyes estaban autorizados para hacerlo? ¿Había dudas acerca de si esas leyes habían sido derogadas? ¿Era dudoso si esas leyes eran obedecidas?

> "*Estado de inseguridad.* En rigor, el país vive en un estado que no podría ser de mayor incertidumbre constitucional. En algunos aspectos jurídicos, como el concerniente a la validez de la legislación dictada

por los gobiernos *de facto* posteriores a 1966, el caos no puede ser mayor. Los tres poderes de la República tienen, en efecto, posiciones diferentes en este material crucial.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituida después del 25 de mayo, ha sostenido que esa legislación caducó con el gobierno que la había sancionado. En el caso "Alianza Popular Revolucionaria s/elecciones complementarias de Necochea", la Corte de Berçaitz, Arauz Castex, Corvalán Nanclares, Díaz Bialet y Masnatta declaró que las leyes electorales sancionadas por Lanusse habían caducado con su gobierno; esto es, se apartó de la jurisprudencia de la Corte de 1948, por la cual los decretos leyes seguían teniendo validez mientras el Congreso no dispusiera lo contrario (caso "Ziella c/Sniriglio").

En segundo lugar, el Poder Ejecutivo ha demostrado en esta materia su preferencia por la ambigüedad: unas veces derogó por un simple decreto un decreto ley o, como se decía entonces, una "ley" del gobierno revolucionario: en la cuestión, por ejemplo, del Estatuto del Servicio Civil de la Nación; otras veces se dirigió al Congreso a través de proyectos propiciatorios de la derogación de "leyes" dictadas entre el 28 de junio de 1966 y el 25 de mayo de 1973, como ocurrió en el plano educativo.

En tercer lugar, el Congreso de la Nación parece haberse desinteresado de la gravedad de la cuestión en la medida en que ha aceptado en silencio, por un lado, la derogación por decreto de decretos leyes sancionados por los gobiernos revolucionarios, y por otro lado, se ha prestado a derogar por leyes disposiciones legales de naturaleza equivalente. En suma, que por lo que se lleva visto, este Congreso está dispuesto a terminar su primer período legislativo, sin definir la situación jurídica de la República, como lo hicieron otros parlamentos en 1932, en 1946, en 1958 y a fines de 1963..."

18.— ¿Qué quiere decir que una norma jurídica "deriva" de otra? ¿Deriva una norma jurídica de otra en la misma forma en que deriva una norma moral de otra?

19.— ¿Por qué es insuficiente un criterio de pertenencia de una norma a un sistema jurídico que esté exclusivamente basado en el hecho de que la norma en cuestión haya sido dictada de acuerdo con las condiciones establecidas por otra norma del sistema?

20.— Cuáles de las afirmaciones siguientes le parece correcta (fundamente su respuesta).

a) Una norma pertenece al derecho argentino cuando está destinada a regular la conducta de los argentinos.

b) Una norma pertenece al derecho argentino cuando su dictado fue autorizado por otra norma del derecho argentino.

c) Una norma pertenece al derecho argentino cuando está inspirada en los ideales que hacen a la esencia del ser nacional argentino.

d) Una norma pertenece al derecho argentino cuando es aplicable en el territorio argentino.

e) Una norma pertenece al derecho argentino cuando está dictada por el poder soberano de la Argentina.

f) Una norma pertenece al derecho argentino cuando está reconocida por los órganos que reconocen las otras normas del derecho argentino y que pueden disponer la ejecución de las medidas coactivas que esas normas autorizan.

21.— ¿Qué problemas presenta el criterio de individualización de un sistema jurídico que está basado en el reconocimiento de las normas del sistema por ciertos órganos primarios? ¿Cuál es el círculo vicioso en que se puede incurrir al caracterizarlos?

22.— ¿Pueden los principios morales formar parte de un sistema jurídico?

23.— Señale cuáles de las siguientes propiedades corresponden a la norma fundamental de Kelsen y cuáles a la regla de reconocimiento de Hart:

a) Es una norma intrínsecamente justa.

b) Es una norma positiva.

c) Su contenido puede variar de un derecho a otro.

d) Es presupuestamente válida.

e) Es una práctica social.

f) Es una hipótesis epistemológica de la ciencia jurídica.

g) Es una norma de derecho natural.

h) No es válida ni inválida.

24.— ¿Por qué un sistema jurídico puede tener varias reglas de reconocimiento? ¿Cómo afecta eso a la individualización del sistema basada en su regla de reconocimiento?

25.— Trate de resolver el problema que se le plantea a un abogado en la situación hipotética que describiremos a continuación y comente el diálogo subsiguiente entre ese abogado y sus colegas:

> Un abogado extranjero envía un telegrama a un colega argentino requiriéndole que le informe si en nuestro derecho constituye un delito librar un cheque sin fondos cuando el cheque se entrega con la fecha en blanco.
>
> El abogado examina alguna de las colecciones de leyes, decretos, fallos judiciales, etcétera. La búsqueda termina cuando el abogado encuentra en una colección de fallos plenarios (o sea, de fallos dictados por todas las salas que integran una Cámara de Apelaciones y que son obligatorios, no sólo para tales salas, sino también para los jueces de primera instancia que dependan de la sala), una resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la Capital, con fecha 18 de octubre de 1967, por la cual se decidió que no es punible el libramiento sin fondos suficientes de un cheque con fecha en blanco.
>
> El abogado extranjero, ya porque desconfía de los conocimientos del colega o porque es un profesor de filosofía del derecho que pretende poner a prueba los fundamentos de las afirmaciones jurídicas,

envía otro telegrama al abogado de Buenos Aires, requiriéndole que le informe por qué pertenece al derecho argentino una norma como la que le ha descripto.

El abogado argentino vuelve a buscar en las colecciones de normas y encuentra un decreto ley (o sea, una norma que tiene la generalidad de una ley, pero que no ha sido dictada por el Congreso, sino por un régimen *de facto* surgido de un golpe de Estado), que lleva el nº 1285 de 1958 y cuyo art. 27 faculta a las Cámaras de Apelaciones a reunirse en Tribunal pleno para establecer la interpretación de una ley.

Sin embargo, con gran sorpresa, recibe un nuevo telegrama del profesional extranjero con este texto: "Creo que los mencionados decretos leyes no fueron sancionados por autoridades legítimas según el derecho argentino, por lo cual no pertenecen a ese derecho, ni por consiguiente tampoco el plenario autorizado por el decreto ley nº 1285, a que usted aludió en su respuesta anterior. Por favor, contésteme urgentemente".

Desconcertado, nuestro abogado, al que llamaremos *A*, consulta la cuestión con varios colegas suyos, produciéndose entre ellos el siguiente diálogo:

A. ...Entonces este abogado me consultó sobre la pertenencia al derecho argentino de los decretos leyes, entre los cuales se encuentra el nº 1285, que autoriza los fallos plenarios. ¿Qué respuesta les parece que puedo darle para evitar nuevas preguntas molestas?

B. Opino que la respuesta es clara, pues el régimen surgido del movimiento de 1955, que dictó el decreto ley 1285, se atribuyó a sí mismo, por una proclama, las funciones propias del Congreso Nacional. Es decir que usted debe contestar que tal decreto ley pertenece al derecho argentino, pues fue dictado de acuerdo con una norma de nivel constitucional que autorizaba la sanción de esa clase de normas.

C. ¡Pero esa respuesta no tiene sentido! ¿Qué significa una norma que autorice a legislar al propio órgano que la ha dictado? ¿Puede alguien autorizarse a sí mismo una conducta? ¿Qué agrega esa autopermisión al hecho mismo de realizar la conducta? Además, hacer alusión a esa norma, dictada por el gobierno que asumió el poder en 1955, replantea el problema acerca de la pertenencia al sistema jurídico argentino de los decretos leyes dictados por él, ya que cabría preguntarse por qué pertenece a nuestro derecho la norma en virtud de la cual ese gobierno se atribuía las facultades del Congreso.

A. Estoy de acuerdo con *C*. Sin embargo, hay un hecho que no han advertido ustedes y que me parece que resuelve el problema. La Corte Suprema, durante el gobierno de 1955-1957, en reiterados fallos, reconoció la facultad del gobierno *de facto* de dictar decretos leyes.

C. ¡Me sorprende que considere usted que de ese modo ha aclarado las dudas del abogado extranjero! ¿No se da cuenta de que él le va a preguntar, ante todo, quién autorizó a los jueces a decidir

acerca de la competencia o incompetencia de otros órganos para dictar normas jurídicas y, en segundo lugar, si esos jueces no fueron nombrados tal vez por el mismo gobierno al cual le reconocieron la facultad para dictar normas, facultad que en este momento estamos discutiendo? No, mi amigo, por ese camino vuelve usted al punto de partida de toda la discusión.

B. Mientras ustedes discutían, me puse a revisar mi colección de leyes y encontré algo que definitivamente resuelve el problema, por lo menos *en este caso.* Resulta que el Congreso de la Nación, una vez que estuvo en vigencia, a partir de 1958, el orden constitucional, dictó una ley, la 14.467, por la cual declaraba que continuaban en vigencia los decretos leyes dictados entre 1955 y 1958, que no se derogaran expresamente. Más aún, para el caso específico del decreto ley por el cual se autorizan los fallos plenarios, hay una ley del Congreso, la 15.271 del año 1960, en virtud de la cual se modifican varios artículos del decreto ley 1285, presuponiendo tácitamente la vigencia de los demás, entre ellos el que permite a las Cámaras de Apelaciones reunirse para establecer una doctrina interpretativa.

A. ¡Qué torpe fui! No tuve en cuenta la posibilidad de una ratificación cuando se reunió el Congreso constitucional. Usted ha resuelto definitivamente la cuestión. Contestaré a ese colega que el fallo plenario sobre la emisión de cheques con fecha en blanco integra nuestro derecho porque fue dictado en aplicación de leyes del Congreso que ratificaron el primitivo decreto ley.

C. Probablemente su respuesta, sobre la base de la información de *B,* satisfará a su amigo extranjero. Sin embargo, toda esta discusión me ha creado profundas dudas sobre los criterios que debemos utilizar para responder a preguntas de esta índole. En primer lugar, ¿qué hubiéramos respondido en definitiva si no contáramos con los datos que ahora nos trae *B,* por ejemplo, si una pregunta similar nos hubiera sido formulada en 1958 antes de la instauración del gobierno constitucional? En segundo lugar, la respuesta que usted imagina parece satisfactoria porque estamos acostumbrados a pensar que todas las normas que dicta el Congreso, y las que dictan otros órganos autorizados a su vez por las leyes del Parlamento, pertenecen al derecho argentino. La razón para pensar así es que el Congreso tiene competencia para dictar leyes en virtud de la Constitución Nacional y consideramos que la competencia que ese cuerpo normativo otorga es definitoria de qué normas pertenecen o no pertenecen a nuestro sistema jurídico. Pero dejemos las cuestiones emotivas a un lado, así como también nuestras preferencias políticas por un sistema democrático. ¿No cabe preguntarse por qué pertenece a nuestro derecho la Constitución Nacional, y en consecuencia las normas que se dictan en virtud de ella? ¿Hay acaso alguna norma que pertenezca a nuestro derecho y que haya autorizado la sanción de la Constitución? ¿No estaban los que dictaron la Constitución en las mismas condiciones que quienes sancionaron el decreto ley que originó esta discusión, o sea que ni unos ni otros tenían competencia para dictar normas otorgadas por

alguna otra norma que perteneciera al derecho argentino? Yo creo, amigo *A*, que no debería usted responder al abogado que lo consultó. Me parece que él ha querido gastarle una broma preguntándole algo que sabe que nosotros, humildes abogados ocupados únicamente en pleitear, no podemos contestarle. Quizá sólo podría recomendarle que leyera algunos de esos manuales de Introducción al derecho que estudiamos tan superficialmente en la Facultad.

26.— Comente esta posible afirmación:

"Es absurdo basarse en el reconocimiento por los órganos de aplicación para determinar la pertenencia de una norma a un sistema. Ellos no sólo están de hecho sometidos a los dictados de otros poderes que son los que dictan las normas y controlan la fuerza necesaria para hacerlas cumplir, sino que sus propios criterios de reconocimiento remiten a lo que ciertos legisladores estipulan. ¿Por qué, entonces, no basar la pertenencia de una norma a un sistema *directamente* en el hecho de estar dictada y respaldada por ciertas autoridades, en vez de llegar a la misma conclusión por el camino indirecto del reconocimiento por los órganos de aplicación? De esta forma se evitaría, además, toda aproximación a la tesis equivocada de que los verdaderos legisladores, o sea quienes determinan cuál será el derecho del país, no son los legisladores, sino los jueces. Esta es la desacreditada tesis realista que fue oportunamente refutada".

27.— Distinga con qué sentido se usa la expresión "validez" en estas frases:

a) Esta ley es perfectamente válida; fue dictada por el Parlamento en el marco de su competencia constitucional.

b) Esta norma es claramente inválida; contradice los principios más elementales de justicia y no puede ser reconocida.

c) El principio de que en caso de duda en la interpretación de una ley penal debe adoptarse la interpretación más favorable al reo es un principio válido del derecho inglés.

d) Esta ley es válida; a pesar de ser radicalmente injusta estamos obligados a observarla mientras no sea derogada.

e) La norma constitucional que establece el juicio por jurados no ha adquirido validez en la Argentina.

28.— ¿Qué relaciones puede haber entre la validez de una norma, su existencia, su fuerza obligatoria, su pertenencia a un sistema, su "derivación" de otra norma y su vigencia?

29.— Formule dos frases empleando la palabra "validez", en una de ellas con un significado descriptivo y en la otra con un significado normativo.

30.— Si Kelsen empleara un concepto normativo de validez al decir que una regla debe ser válida para ser una norma jurídica, ¿cómo se distinguiría su posición de la del iusnaturalismo?

31.— ¿Cuándo existe una norma jurídica? Analice cada uno de los elementos de su respuesta.

32.— Una colonia se rebela contra su metrópolis. El gobierno de este segundo país, que siempre ha sabido adoptar políticas realistas, al percibir que no puede controlar más la situación en su antigua colonia, sanciona una ley por la cual autoriza a la Junta de Liberación allí formada a ejercer ilimitadamente el gobierno de ese territorio en todos sus aspectos. La Junta de Liberación, con el aparente apoyo de la mayoría de la población, rechaza esa ley de la metrópolis proclamándose soberana. La Junta dicta, sin embargo, una ley por la cual declara válidas en su territorio todas las leyes dictadas en la metrópolis hasta ese momento, que no sean expresamente derogadas por la propia Junta. Hay una minoría influyente de individuos que declaran que si bien obedecen puntualmente las disposiciones de la Junta lo harán en virtud de la autorización del gobierno de la metrópolis, de la que se consideran súbditos. ¿Qué sistema jurídico existe en ese ámbito?

33.— ¿Qué norma del derecho internacional fundamenta la validez de los tratados y convenciones entre Estados?

34.— ¿Qué consecuencias surgirían del hecho de considerar a los derechos nacionales como parte del derecho internacional, o al derecho internacional como parte de cada derecho nacional?

35.— ¿Qué objeción merece la tesis de que las normas constitucionales derivan su validez del artículo de la Constitución que establece la forma en que esas normas pueden ser modificadas?

36.— ¿En qué sentido es irrelevante que la base de un sistema jurídico (o sea sus normas primitivas o no derivadas) se modifique en forma regular o irregular?

37.— ¿En cuáles de los siguientes casos hay una autorreferencia que priva de sentido a lo que se dice?

a) ¡Cumpla esta orden!

b) Esto que se dice está dicho en castellano.

c) La frase siguiente es verdadera. La frase anterior es falsa.

d) Esta frase está en un libro de Introducción al derecho.

38.— ¿Crean derecho los jueces? Fundamente su respuesta. Tenga en cuenta la diferencia entre los sistemas del *common law* y los de la tradición continental europea.

39.— Distinga diferentes sentidos de la palabra "ley" y dé ejemplos de cada uno de ellos.

40.— ¿En qué sentido se usa la palabra "válida" cuando se dice que una ley inconstitucional es válida mientras no sea declarada tal por un órgano competente?

CAPÍTULO IV

LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO

1. Introducción. La teoría de los conceptos jurídicos básicos

Las descripciones del sistema jurídico utilizan típicamente una serie de conceptos que constituyen la base teórica para la construcción de muchos otros. Tales son las nociones de sanción, responsabilidad, acto antijurídico, obligación, facultad, persona jurídica, etcétera.

El carácter básico de estos conceptos hace que sean empleados en casi todas las explicaciones que se desarrollan en las distintas ramas del derecho. Se distinguen, así, de expresiones que tienen un uso más circunscripto, como "defraudación", "sociedad anónima", "hipoteca", "matrimonio", "seguro", etcétera.

El análisis del significado de los términos vinculados a los conceptos jurídicos básicos constituye una de las funciones de la filosofía del derecho.

Claro está que no hay criterios definidos para determinar qué conceptos tienen un uso lo suficientemente extendido como para ser analizados en el nivel de una teoría general del derecho.

¿Cuál es la elucidación que corresponde a la teoría general del derecho respecto a los conceptos jurídicos básicos?

La filosofía del derecho tradicional, bajo el rubro "propiedad", "sanción", o "derecho subjetivo", dedicaba poca atención al análisis del significado de estos términos y asumía la función de valorar, desde el punto de vista moral, los hechos o conductas que ellos usualmente denotan. La preocupación central no era, por ejemplo, qué quiere decir "sanción", sino si la actividad de sancionar está éticamente fundada.

Esta última investigación es, naturalmente, interesante y necesaria, pero debe ser distinguida, con la mayor claridad posible, de la función de analizar y reconstruir un esquema conceptual éticamente neutral, que es la tarea que la teoría del derecho vigente, en cuanto "teoría", se atribuye.

Cuando no se trata de conceptos originales de la teoría general del derecho, la investigación del uso que, en el lenguaje ordinario y en el de los juristas, tienen estos conceptos fundamentales es, desde luego, relevante.

En primer término, porque no tendría posibilidad de aplicación práctica un esquema conceptual que guardara poca relación con el que de hecho usan los dogmáticos y la gente en general para describir la realidad jurídica.

En segundo lugar, porque investigar los criterios vigentes en el lenguaje ordinario permite detectar distinciones conceptuales importantes que no siempre se advierten en la actividad deliberada de estipular significados para las expresiones jurídicas.

Por cierto que la investigación del uso común de los términos jurídicos seguramente descubrirá criterios muy poco definidos y, en muchos casos, ambiguos.

Esto determina que deban ser sometidos a una reconstrucción para obtener un grado de precisión y univocidad aceptable.

Una consecuencia negativa, pero prácticamente inevitable, de eliminar la vaguedad del lenguaje ordinario es que se deba renunciar a que el esquema conceptual propuesto recoja todas las variantes y matices de los usos lingüísticos vigentes.

La reconstrucción de un aparato conceptual teórico debe resultar de un equilibrio entre un máximo de precisión y una óptima recepción de las funciones que cumple el esquema de conceptos usado en el lenguaje espontáneo de la ciencia, siempre que exista tal uso.

Los conceptos elementales de la dogmática jurídica, como los de la ciencia en general, no sólo deben cumplir con esta exigencia, sino también reflejar ciertas relaciones internas.

Se puede sospechar válidamente que las expresiones jurídicas elementales, tal como son usadas por los juristas y la gente en general, guardan entre sí cierta relación de interdefinibilidad.

Parece posible deducir, de un enunciado en que se usa el término "sanción", otro en el que aparece la expresión "delito";

de uno que emplea la expresión "persona jurídica" se puede inferir otro que habla de "derechos subjetivos", etcétera.

Las expresiones jurídicas básicas forman un *sistema*, en el cual algunos términos son "primitivos", puesto que no se definen por ninguno de los restantes, mientras que los demás son "derivados", ya que en su definición aparece, directa o indirectamente, alguna de las expresiones primitivas.

De ese modo, se puede sostener que las tareas principales de una teoría del derecho respecto de las expresiones jurídicas elementales, son las siguientes:

1) Investigar los criterios vigentes en el uso espontáneo de tales expresiones por parte de los juristas y el público.

2) Reconstruir tales criterios de manera de eliminar la vaguedad y ambigüedad que son enfermedades endémicas del lenguaje ordinario.

3) Reflejar, en la reconstrucción de esos conceptos, las relaciones lógicas que parece haber entre ellos, cuidando que el sistema de definiciones mantenga ciertas propiedades formales como son la coherencia y la economía.

Por cierto que, además de estas funciones, la filosofía del derecho debe muchas veces construir conceptos originales no usados habitualmente por los juristas de las distintas especialidades que, sin embargo, pueden ser útiles para describir la realidad jurídica.

Entre las elaboraciones propuestas teniendo en cuenta esos objetivos, ninguna consiguió satisfacerlos en el mismo grado que la teoría de Kelsen. Esto no quiere decir que el esquema conceptual de Kelsen no presente dificultades teóricas serias; sin duda las tiene, pero su intento de construir un sistema coherente de definiciones de las expresiones jurídicas básicas, conservando cierta vinculación con el significado que tienen en el lenguaje ordinario y eliminando buena parte de su imprecisión, ha hecho que la mayoría de las discusiones modernas sobre los conceptos elementales del derecho giren en favor o en contra de las propuestas de Kelsen.

Esto justifica que, en el análisis de distintas expresiones jurídicas que sigue, tengamos especialmente en cuenta a ese autor, mencionando alguna de las críticas más importantes que se han hecho a su sistema.

Una aclaración importante que conviene hacer antes de pasar al análisis de los distintos conceptos jurídicos básicos es que aquí estudiaremos esos conceptos tal como ellos se emplean en las *proposiciones acerca de las normas jurídicas* y no en las normas jurídicas mismas. Si bien el empleo de expresiones como "derecho" y "deber" en la descripción del sistema jurídico depende, naturalmente, de lo que estipule ese sistema jurídico, tales expresiones tienen un sentido distinto cuando son empleadas en la formulación misma de las normas jurídicas de cuando son empleadas en la *descripción* de tales normas jurídicas. (Es decir, "obligación", por ejemplo, tiene un significado diferente cuando es usada en el art. 1553 del Cód. Civil argentino para estipular que "el locador está obligado a pagar las cargas y contribuciones que graviten sobre la cosa arrendada", que cuando un jurista dice que el Código Civil argentino impone al locador la obligación de pagar los gravámenes sobre la cosa.)

2. El concepto de sanción

En el sistema que propone Kelsen, el de sanción es el concepto primitivo. Esto quiere decir que, en forma directa o indirecta, sirve para definir los demás conceptos elementales, mientras que "sanción" no se define en base a ellos.

Siendo así, parece relevante determinar, con la mayor precisión posible, el significado del término "sanción", puesto que los eventuales defectos de su definición se reflejarán inevitablemente en las de los restantes términos jurídicos elementales.

Kelsen, a través de sus distintas obras, define la palabra "sanción" señalando las siguientes propiedades necesarias y suficientes: *a*) se trata de un acto coercitivo, o sea de un acto de fuerza efectiva o latente; *b*) tiene por objeto la privación de un bien; *c*) quien lo ejerce debe estar autorizado por una norma válida; y *d*) debe ser la consecuencia de una conducta de algún individuo. Conviene analizar por separado estas propiedades.

a) *La coerción es distintiva de la actividad de sancionar*

La gente asocia, con razón, las sanciones estatales con la policía y las cárceles.

Claro está que no es necesario para hablar de "sanción" que efectivamente se efectúe un acto de fuerza (por ejemplo, que la policía tenga que arrastrar al reo hasta la cárcel). El condenado puede colaborar y hacer innecesaria la aplicación de la fuerza (por ejemplo, presentándose voluntariamente en una comisaría o depositando el importe de una multa sin esperar que un oficial de justicia le secuestre los bienes para hacerla efectiva).

Lo que caracteriza, según Kelsen, a la sanción no es, entonces, la aplicación efectiva de la fuerza, sino la *posibilidad* de aplicarla si el reo no colabora. La voluntad del sujeto sólo cuenta para hacer más fácil las cosas, pero el Estado está dispuesto a sancionarlo sin tomarla en consideración.

Joseph Raz critica la idea kelseniana de que la coercion es elemento necesario de toda sanción. Imagina un caso según el cual los que ingresan a un país deben depositar en una institución oficial una cierta cantidad de dinero; si cometen algún delito, se les descuenta una parte de esa cantidad. Esta sanción no supone coerción y, por lo tanto, sería errado, según Raz, considerar esta propiedad como definitoria de la palabra "sanción".

Es posible que Raz tenga razón. Sin embargo, el ejemplo que presenta demostraría que el término "sanción" tiene en el lenguaje ordinario una designación imprecisa, ya que, si no es por la coerción, no se ve cómo podrían distinguirse los casos centrales de sanciones, como, por ejemplo, la pena de cárcel o de muerte, de otros hechos que nada tienen que ver con la actividad de sancionar (por ejemplo, la reclusión voluntaria de los monjes). Ya sabemos que la eliminación de la vaguedad del lenguaje ordinario supone renunciar a algunos de sus usos; en verdad, excluir de la denotación de "sanción" casos como el que imagina Raz no es un precio muy grande para contar con un concepto más preciso.

b) La sanción tiene por objeto privar a otro de algún bien

La pena de muerte, naturalmente, priva de la vida, la de cárcel de la libertad, la de multa de la propiedad, la inhabilitación priva del ejercicio de ciertos derechos, como el de conducir automóviles. Incluso, en otras épocas, había penas que se llamaban "infamantes" y cuyo objeto era desacreditar el honor del reo (como pasearlo en condiciones vergonzosas por las calles o publicar la condena).

Si la sanción consiste en la privación de un bien a cierto individuo, se podría pensar que no se lo sanciona cuando el sujeto no considera valioso lo que se le quita, o sea cuando no es un

bien para él (por ejemplo, el caso de quien comete un delito, para obtener casa y comida en la cárcel, o cuando la pena de muerte resulta indiferente para el delincuente, pues de cualquier modo deseaba suicidarse).

Para evitar la consecuencia de que un acto coercitivo sea una sanción o no, de acuerdo con el placer o displacer de la persona a quien se aplica, Kelsen propone considerar "bienes" aquellos estados de cosas que para la generalidad de la gente son valiosos, siendo irrelevante que no lo sean para un desesperado o un masoquista.

> Raz critica aquí también la exigencia implícita de Kelsen de que quien ejecuta la sanción deba ser una persona diferente a aquella a quien se aplica. Este autor piensa en los ejemplos del que se presenta voluntariamente en la cárcel o del que deposita el monto de la multa. Sin embargo, como ya vimos, en estos casos la acción espontánea del condenado sólo sustituye a la coerción que un tercero está dispuesto a ejercer de cualquier modo; para el concepto de sanción es decisiva la existencia de ese tercero preparado para llevar a cabo, aun por la fuerza, la privación de un cierto bien.

c) *La sanción se ejerce por una autoridad competente*

Si viéramos en los diarios la fotografía de un individuo disparando a la sien de otro que está atado a un poste, pensaríamos que se trata de una instantánea de un asesinato atroz. Sin embargo, si al pie de la foto leyéramos que el que disparó el arma era el verdugo oficial de un cierto gobierno, estaríamos, en general, dispuestos a cambiar nuestra calificación de "homicidio" por la de "pena de muerte".

Lo que distingue a la pena de muerte del homicidio, a la cárcel del secuestro, a la multa del robo, a la pena infamante de la injuria, es que las primeras son ejecutadas por una autoridad competente.

¿Quiénes tienen competencia para aplicar sanciones y dentro de qué ámbito? Depende de lo que dispongan las normas del orden jurídico que tengamos en consideración.

Usualmente, los sistemas jurídicos desarrollados distinguen entre la función de disponer que una sanción se aplique —lo que es, en general, tarea de los jueces— y la función de ejecutarla —que generalmente está a cargo de funcionarios administrativos—.

Predomina la interpretación de que, en el sistema de Kelsen, la función esencial de las normas primarias es dar competencia para la aplicación de sanciones. La norma que, por ejemplo, dispone "el que mata debe ser sancionado con diez años de prisión" implica al menos que se está autorizando a aplicar diez años de prisión al que mate. ¿A quién se dirige la autorización y en qué condiciones? Tales determinaciones surgen de una serie de disposiciones constitucionales, procesales y administrativas, que, según Kelsen, deben integrar las normas primarias; es decir que éstas especifican con detalle las condiciones en que debe ejercerse la coerción estatal.

d) La sanción es consecuencia de una conducta

Si las propiedades que se señalaron fueran suficientes para el uso del término "sanción", hechos tales como la cuarentena de los enfermos contagiosos, la internación de los locos, el genocidio de grupos raciales, tendrían que ser clasificados como sanciones, puesto que son actos coercitivos ejercidos por funcionarios competentes y que tienen por consecuencia la privación de ciertos bienes.

Sin embargo, ése no es el significado que tiene, en el uso ordinario, la palabra "sanción".

Con el fin de reflejar el uso común, Kelsen, en su última obra, agrega una nueva propiedad a las restantes: la sanción debe ser la consecuencia de una *conducta* (como luego veremos, no necesariamente del sancionado).

Esto quiere decir que sólo puede hablarse de "sanción" en aquellos casos en que la coerción estatal se ejerce como respuesta a alguna actividad voluntaria de un agente, o sea, cuando hay una conducta realizada mediando capacidad de omitir. Ni el loco ni el leproso tienen control sobre los hechos que motivan la coerción que se dirige contra ellos. Por lo tanto, según la definición de Kelsen, no es una sanción la coerción a la que son sometidos (esto, como lo sugiere la heterogeneidad de los ejemplos presentados, no implica ningún juicio valorativo sobre la justicia y conveniencia de tales ejercicios de fuerza estatal).

La caracterización de Kelsen del concepto de sanción no vale sólo para el derecho penal, como lo podrían sugerir los ejemplos que se han mencionado.

La pena es sólo una especie de sanción. En el derecho civil —en sentido amplio— la sanción característica es, de acuerdo con Kelsen, la llamada "ejecución forzada de bienes". Cuando un juez ordena al demandado entregar una cosa o pagar una suma de dinero y este último no cumple, se realiza un procedimiento llamado "ejecutivo". Tal proceso tiene por fin desapoderar al deudor, si es necesario por la fuerza, de bienes de su propiedad que, al ser vendidos en un remate judicial, permitan obtener la suma de dinero demandada. Esta es, para Kelsen, la sanción que disponen las normas civiles.

Esta idea de Kelsen ha sido objeto de diversas críticas.

Una de ellas es que no se ve por qué, mientras para las sanciones penales no es necesaria la efectiva ejecución forzada, ésta es relevante para las civiles. ¿Por qué no clasificar como sanciones civiles el pago de indemnización, la entrega de una cosa, el desalojo de un inmueble, etc., ordenados por un juez, sea que el condenado cumpla voluntariamente o sea que haya que recurrir al procedimiento de ejecución forzada?

Otra crítica, más importante, sostiene que considerar sanción civil sólo a la ejecución forzada de bienes amplía muy poco el conjunto de las normas jurídicas genuinas, no siendo satisfactoria la idea de Kelsen de que las normas que no disponen penas ni ejecuciones de bienes son sólo *partes* de las que prevén tales medidas. Una solución propuesta por los que formulan este criterio es, como ya vimos en el primer volumen, extender el concepto de sanción civil para comprender también en su denotación la *nulidad* de un acto jurídico. Sin embargo, como esta extensión no es conveniente, tal como lo demuestra Hart, queda sólo la alternativa de renunciar a la exigencia de que toda norma jurídica disponga una sanción.

Kelsen ofrece algunos criterios para distinguir las sanciones civiles de las penales (sobre todo de la multa, que guarda estrecha analogía con la ejecución forzada). Sostiene que, en general, se dan estas diferencias:

1) Mientras la sanción penal generalmente se reclama de oficio, por el fiscal, la civil debe demandarse por el damnificado.

2) En tanto que el producido de la multa penal pasa a integrar el erario público, el de la ejecución forzosa beneficia al demandante.

3) Mientras la sanción penal tiene una finalidad retributiva o preventiva —según las teorías sobre la finalidad de la pena— la sanción civil tiene el propósito de resarcir el daño producido y su monto está dado por la extensión de este último.

Kelsen se preocupa por señalar que estos criterios no son absolutos y hay importantes excepciones de sanciones penales o civiles que no reúnen las características distintivas señaladas (como, por ejemplo, el caso de la pena por el delito de injurias, que sólo puede ser reclamada por la víctima).

Un rasgo importante que no es mencionado por Kelsen y que parece distinguir las penas de las sanciones civiles y de las demás medidas coactivas estatales, es que es parte esencial de la razón por la que la pena se aplica el imponer algún *sufrimiento* a su destinatario. Esto es así tanto si se considera que la finalidad última de la pena es la prevención (en cuyo caso el sufrimiento es un medio para desalentar para el futuro al penado u otra gente), como si es la retribución (en cuyo caso el sufrimiento del que ha hecho un mal es un fin en sí mismo). En cambio, en el caso de las otras medidas coactivas, el sufrimiento del destinatario puede ser una consecuencia colateral inevitable, pero no es parte de la finalidad de las medidas. Podría intentarse su eliminación o atenuación (proveyendo, por ejemplo, de una compensación adecuada a sus destinatarios) sin que las medidas pierdan su razón de ser (piénsese en el caso de las cuarentenas). Es obvio que si se compensara a los penados se desvanecería el sentido de la pena.

3. El concepto de acto antijurídico (delito)

a) *La definición de Kelsen*

El concepto de delito está estrechamente vinculado con el de sanción.

Igual que "sanción", la palabra "delito" no es de uso exclusivo del derecho penal. Junto con el homicidio, el hurto, la violación (delitos penales) se encuentran hechos tales como el incumplimiento de un contrato o cualquier actividad que produzca un daño patrimonial, que son actos antijurídicos o delitos para el derecho civil.

Kelsen objeta la concepción tradicional sobre la vinculación entre delito y sanción.

Generalmente se piensa que un acto merece una sanción por ser un delito. Kelsen sostiene la verdad de la relación inversa: un acto es un delito cuando el orden jurídico dispone una sanción por su ejecución.

El punto de vista generalizado, que define "delito" independientemente de que esté prevista una sanción, es tachado por Kelsen de derivar de un enfoque iusnaturalista.

Esa concepción supone que hay actos que son delictuosos en sí mismos, los llamados *mala in se*, sea o no que el derecho los sancione, transformándolos en *mala prohibita*.

En definitiva, dice Kelsen, el dualismo entre *mala in se* y *mala prohibita* no es más que una de las derivaciones del dualismo central de la filosofía del derecho tradicional entre derecho natural y derecho positivo. Los actos que son malos en sí mismos serían contrarios al derecho natural y los actos prohibidos lo serían respecto al derecho positivo.

Como Kelsen rechaza el dualismo "derecho natural-derecho positivo", fundándose sobre todo en la imposibilidad de verificar científicamente los enunciados que hablan del derecho natural, es obvio que debe impugnar la relevancia para la ciencia jurídica de los actos llamados *mala in se*. La ciencia del derecho sólo debe ocuparse de las conductas prohibidas por el derecho positivo.

Pero, ¿cuándo un acto está jurídicamente prohibido? Se suele sostener que un acto está prohibido, o sea, es un delito, cuando contradice o "viola" alguna norma jurídica.

Sin embargo Kelsen se opone a esta caracterización. En primer término, sostiene que sólo hay contradicción entre dos proposiciones o entre dos normas, pero no entre una norma jurídica y una proposición descriptiva, pues ambos juicios pertenecen a dos mundos lógicos diferentes. Es contradictorio sostener que debe ser "A" y al mismo tiempo que debe ser no "A", o que en la realidad se da "A" y no "A"; pero no es contradictorio afirmar que debe ser "A" pero de hecho ocurre no "A".

Hay otra razón importante por la cual, en el sistema de Kelsen, el delito no puede contradecir una norma jurídica. Aun cuando, en un sentido metafórico, se hable de actos que violan normas, tal afirmación no es posible según el esquema de norma jurídica de Kelsen.

Como en la *Teoría pura del derecho* el esquema de una norma jurídica es del tipo "si alguien mata debe ser sancionado con diez años de prisión', la conducta de matar no se opone a lo que la norma dispone sino que, justamente, cumple la condición establecida en su antecedente. La "violación" de una norma está constituida por la omisión de sancionar y no por la comisión del acto antijurídico.

Dado que, según Kelsen, sólo es válida la afirmación de que el acto antijurídico es aquel al que una norma imputa una sanción, y no la relación inversa, la siguiente es su primera aproximación a una definición de "acto antijurídico":

Primera definición: Acto antijurídico es la condición o el antecedente de la sanción, mencionado en una norma jurídica.

El propio Kelsen rápidamente encuentra que esta definición tiene inconvenientes en relación al uso común del término "delito".

Resulta que, si en lugar de los esquemas simplificados que siempre se ofrecen como ejemplos de normas jurídicas, se diera el caso de una norma completa, advertiríamos que, en su antecedente, aparecen no una sino muchas condiciones, no todas las cuales serían llamadas "delito" por juristas y legos.

Veamos un ejemplo de norma jurídica un poco más completo que los que se presentan habitualmente para ilustrar el esquema de Kelsen: "Si alguien mata, sin que haya legítima defensa, el fiscal lo acusa, el juez proporciona al reo la oportunidad de defenderse, se prueba la acusación, etc., deberá ser condenado a diez años de prisión". O este otro que presenta el mismo Kelsen: "Si dos personas celebran un contrato, una de ellas no cumple y la otra la demanda, deberá ser ejecución forzosa, para el que no cumple."

Estos ejemplos muestran que hay varias condiciones de la sanción y que, si esa propiedad fuera suficiente para llamar "delito" a un acto, resultarían calificados como delitos no sólo el matar y el no cumplir un contrato, sino, también, la acusación del fiscal, la actividad del juez, el celebrar un contrato y el interponer una demanda. Evidentemente este uso de "delito" se aleja en forma intolerable del lenguaje ordinario.

Teniendo en cuenta esta dificultad, Kelsen propone esta segunda definición aproximativa:

Segunda definición: Acto antijurídico es la conducta que, siendo condición de la sanción en una norma jurídica, está realizada por el individuo a quien la sanción se aplica.

Esta definición tiene la notoria ventaja de circunscribir el ámbito de las condiciones de la sanción: ya no son delitos la acusación del fiscal, la actividad del juez o la demanda del damnificado, puesto que no son conductas de quien debe sufrir sanción, sino de otros individuos.

Sin embargo, esta definición se hace pasible de dos nuevas críticas, una de las cuales señala el propio Kelsen:

1) En primer término, y esto es lo que advierte el autor de la *Teoría pura,* esta segunda definición no cubre los casos de *responsabilidad indirecta*; o sea aquellas situaciones en que se sanciona a una persona por el acto antijurídico cometido por otra (como las sanciones civiles que se aplican a los padres por daños cometidos por los hijos menores de edad).

2) En segundo lugar, esta definición sirve para eliminar de la denotación de "delito" las conductas realizadas por terceros, que son condición de sanción, pero no las conductas del propio sancionado que, a pesar de ser presupuestos de aquélla, nadie llamaría delito. Por ejemplo, para aplicar la pena por adulterio, es necesario que el individuo realice dos conductas: que se case y que mantenga relaciones extramatrimoniales; para la aplicación de la pena por violación (en una de las hipótesis) también son necesarias dos conductas: que el sujeto tenga acceso carnal con una menor y omita casarse con ella; para la ejecución forzosa de un contrato, son condiciones que el individuo haya celebrado el contrato y que no lo haya cumplido. Sólo una conducta de cada par mencionado es calificada, en el uso común, de "delito"; sería absurdo y gracioso, a pesar de que son acciones del que recibe la sanción, denominar así a las restantes. Kelsen no advierte esta dificultad de su segunda definición.

Con el fin de resolver la primera dificultad anotada, no la última, Kelsen propone su tercera, y definitiva, definición de "delito":

Tercera definición: Acto antijurídico es la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción establecida, como consecuencia, en una norma jurídica.

Esta definición tiende a resolver el primer inconveniente de la segunda definición, o sea, el problema de la responsabilidad indirecta.

Para comprender tales situaciones Kelsen debilita la exigencia de que el delito sea necesariamente alguna conducta del sancionado; también puede ser la acción de algún "allegado" a él. Con este último término Kelsen sintetiza la idea de que, en el caso de responsabilidad indirecta, haya alguna relación jurídica —o sea, una vinculación establecida por el derecho— entre el que comete el delito y el que recibe la sanción. Esa relación puede basarse en que son miembros de la misma familia, la misma clase o del mismo Estado.

Sin embargo, si bien Kelsen soluciona el primer problema de su segunda definición, lo hace a costa de acercarse peligrosamente a los problemas de su primera definición. Porque el concepto de relación jurídica, o de allegado, es lo bastante vago como para que se encuentren en esa vinculación, con el que padece la sanción, no sólo el hijo respecto al padre o el jefe de Estado en relación a los súbditos, sino también el fiscal que acusa y el co-contrante que demanda por incumplimiento del contrato.

Si tenemos en cuenta, además, que subsiste en esta última definición el segundo inconveniente de la definición anterior, llegamos a la conclusión de que Kelsen no ha logrado perfilar un concepto satisfactorio de "acto antijurídico". Esto tiene cierta gravedad, puesto que ese concepto, como luego veremos, interviene en la definición de buena parte de las restantes expresiones jurídicas elementales.

Si nos preguntamos cuál es la causa de que el sistema kelseniano no consiga ofrecer una definición adecuada del "delito", cuando en el lenguaje ordinario parece haber un acuerdo bastante generalizado sobre el uso de esa palabra, tal vez la respuesta venga por el lado de que es la concepción de Kelsen sobre la estructura de las normas jurídicas la que no permite un concepto de delito más cercano al uso común.

Para ver esto con más detalle, y porque el tema es de por sí esclarecedor, vamos a hacer un rápido repaso de otra alternativa para definir "delito", o sea las definiciones que han propuesto los dogmáticos del derecho penal.

b) La definición de "delito" en la dogmática penal

A pesar de que, como hemos visto, el concepto de acto antijurídico es relevante no sólo para el derecho penal, sino también para las restantes ramas del derecho, son los teóricos penales los que se han preocupado por formular una definición precisa para la expresión "delito".

Claro está que la dogmática penal se ocupa sólo de definir el concepto específico de delito penal y no el de delito en general; por lo que no puede, sin más, contrastarse sus propuestas con la definición que formula Kelsen. Sin embargo, las definiciones de los penalistas son fácilmente generalizables una vez que se toman en consideración las propiedades que sirven para distinguir los actos antijurídicos penales de los civiles.

Conviene hacer una rápida revisión de las definiciones de "delito" propuestas por juristas que respondían a concepciones filosóficas diferentes de la que está subyacente en la actual dogmática penal, antes de analizar la definición aceptada por esta última.

Un típico punto de vista iusnaturalista, que se refleja en la definición de "delito", es el de Francisco Carrara, profesor de Pisa que publicó su célebre obra *Programa de derecho criminal* en 1859. Carrara definía el concepto de delito de este modo: *Es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*

Es verdad que la primer exigencia ("infracción a la ley del Estado") modera el iusnaturalismo de Carrara. Según ella, es necesario que un acto infrinja el derecho positivo para ser delito. Sin embargo, y aquí está la limitación iusnaturalista, no es suficiente con esa condición para que un acto se considere delictuoso; deben darse otras propiedades de carácter valorativo: la ley que infringe el delito, no es cualquier ley sino una "promulgada para seguridad de los ciudadanos"; no es posible penar los pensamientos, debe tratarse de acciones "externas" (sean comisivas u omisivas); el acto debe ser el producto del libre albedrío del sujeto ("imputable moralmente") y, por último, debe ser "políticamente dañoso".

Con estas exigencias, Carrara pretende poner límites a los legisladores. Éstos no pueden constituir en delito cualquier acto, sino los que reúnen las propiedades mencionadas. El mismo Carrara aclara

que quiso establecer el "límite perpetuo de lo ilícito", es decir, el límite que nunca debe traspasar el legislador en la creación de figuras delictivas y el juez en su actividad de castigar.

Este rasgo de la teoría de Carrara hace dudoso que la fórmula que comentamos sea una genuina definición conceptual. Una cosa es proponerse criterios de uso para el término "delito" y otra diferente es recomendar que sólo sean penadas ciertas conductas y no otras. Que las dos cuestiones son diferentes se pone de manifiesto con el hecho de que uno puede coincidir con la ideología, por ejemplo, de que sólo los actos voluntarios sean punibles y sin embargo usar la palabra "delito" para describir la situación moralmente aberrante de que un hecho involuntario esté sometido a pena.

En definitiva, la "definición" de Carrara está tan cargada de connotaciones valorativas que escasamente nos ayuda a detectar los criterios vigentes en el lenguaje ordinario para el uso del término "delito".

Otro intento interesante de definición del concepto de delito lo ofrece el llamado "positivismo criminológico", que, salvo la coincidencia del nombre, nada tiene en común con el positivismo jurídico de tipo metodológico.

Esta concepción se desarrolló a fines del siglo pasado y al comienzo del presente, teniendo como inspiradores a Lombroso (prácticamente el creador de la teoría), Ferri, Garofalo y a algunos otros.

La idea básica de esta corriente hoy desprestigiada es que el delito no es el producto del libre albedrío del agente, sino que está determinado por ciertos factores causales. Hasta aquí podría haber acuerdo con muchos pensadores modernos; pero la cuestión es que, según el positivismo, las causas de la conducta delictuosa no son principalmente —aunque también concurren—, factores de tipo psicológico o sociológico, sino características antropológicas u orgánicas.

El positivismo presentó toda una compleja tipología de los delincuentes "natos" y hasta tuvo la esperanza de detectar ciertos rasgos anatómicos, como la famosa foseta del hueso occipital (típica de ciertos simios y según esta teoría, de los delincuentes, que estaban detenidos en una etapa anterior de la evolución humana), que eran síntomas de una propensión estructural hacia el delito.

Si las cosas fueran así, evidentemente castigar a los delincuentes sería sumamente injusto, pues no tendría justificativo ético penar a sujetos que están predestinados, por su constitución orgánica, a cometer delitos.

Lo único moralmente admisible era, según esta concepción, la aplicación de medidas de seguridad para proteger a la sociedad de los delincuentes natos y para intentar su tratamiento, si ello fuera posible.

Por cierto que no tendría sentido esperar a que el "delincuente" cometa un acto ilícito para aplicarle una medida asegurativa; bastaría demostrar su peligrosidad, aun cuando no hubiera incurrido en ningún delito, para resguardar a la sociedad, aislando al individuo.

Uno de los obstáculos que esta teoría tuvo que salvar es la falta de concordancia entre su concepto "natural" de delincuente y el con-

concepto jurídico-positivo de delito. En verdad, parecía raro que la naturaleza haya obrado tan sabiamente como para amoldar la constitución orgánica de ciertos individuos a los actos que contingentemente el derecho constituye en delito. Puede admitirse que haya individuos con tendencia estructural a matar; pero es inaceptable que el libramiento de cheques sin fondos, por ejemplo, responda a una caracterología constitucional.

Se pretendió superar este inconveniente poniendo al lado del concepto de delincuente natural uno de delito natural. Delincuente "nato" no lo era el que cometía cualquier delito del derecho positivo, sino ciertos delitos naturales.

Fue Garófalo quien definió el concepto de delito natural y lo hizo de este modo: *Delito es la lesión de aquellos sentimientos fundamentales, piedad y probidad, en la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores y que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad.*

Los propios positivistas, como Ferri y Florian, criticaron esta definición y propusieron otras, pero sin alterar su idea general.

Para nuestro tema, lo relevante es que esta definición no ayuda en nada en la búsqueda de los criterios de uso del término "delito".

En primer lugar, la definición de Garofalo tiene una vaguedad tal, que la hace prácticamente inútil. En segundo término, y esto es lo decisivo, está absolutamente alejada del uso común de la palabra "delito", según el cual, nada tienen que ver los sentimientos para llamar "delito" a una conducta, sino una cierta relación, cuyo carácter estamos tratando de elucidar, entre ella y el ordenamiento jurídico vigente. Por otra parte los hechos a que esta definición hace referencia, se los llame como se los llamare, pueden provocar la atención del antropólogo o del sociólogo, pero no del que desea describir un derecho positivo.

Con el tiempo, la dogmática penal abandonó tanto el iusnaturalismo abierto de Carrara como el iusnaturalismo encubierto de seudocientificismo de Lombroso. Esto incidió en la formulación de definiciones de "delito" más adecuadas a una descripción del sistema jurídico vigente.

El jurista alemán Ernst von Beling en su monografía de 1906, *Die Lehre vom Verbrechen*, formuló una definición de "delito" que luego, en otras obras, fue precisando y que tuvo la fortuna de servir de base prácticamente a todas las definiciones que hasta hoy proponen los penalistas del sistema continental europeo.

Beling definía "delito" como: *la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de punibilidad.*

De este modo, se construyó lo que se ha dado en llamar "la concepción estratificada del delito", que consiste en requerir una

serie de elementos del delito que están vinculados lógicamente entre sí, de tal manera que cada uno de ellos implica la presencia del que se menciona antes (la tipicidad supone la existencia de acción, la culpabilidad de antijuricidad, etcétera).

Conviene ver muy brevemente los diferentes requisitos de la definición de Beling, que es substancialmente semejante a la que aceptan los penalistas modernos (se omitirá el análisis de las "condiciones objetivas de punibilidad", por constituir un tecnicismo que excede la finalidad de esta referencia).

1) *Acción.* Según la dogmática penal, la primera condición para que haya un delito es que el individuo ejecute una acción. Por "acción" se entiende un movimiento corporal voluntario o la ausencia voluntaria de un determinado movimiento corporal. De esto surge, que la acción puede ser tanto comisiva (matar) como omisiva (no prestar auxilio a quien lo necesita).

Para la dogmática hay acciones de "pura actividad" (caminar, por ejemplo) y acciones que producen un resultado exterior al mero movimiento corporal y conectado causalmente con él (por ejemplo, el hombre muerto en la acción de matar).

2) *Tipicidad.* Para que una acción sea relevante para el derecho penal debe ser "típica". Este es un elemento propuesto en forma original por von Beling. Una acción es típica cuando encuadra estrictamente en una descripción precisa contenida en una ley penal no retroactiva. Por ejemplo, en nuestro derecho el incesto no es típico porque no hay ninguna norma que lo describa como antecedente de una sanción, salvo como agravante de otros delitos; en cambio sí lo es el hurto, pues el art 162 del Cód. Penal lo describe cuando dice: "*el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena...*"

3) *Antijuridicidad.* Una conducta puede ser típica y, sin embargo, no estar sometida a pena por no ser "antijurídica". Por ejemplo, matar en legítima defensa es una acción típica, pues encuadra en la descripción del art. 79 del Cód. Penal; sin embargo, no es antijurídica y por lo tanto no es punible de acuerdo con nuestro sistema jurídico. Los teóricos penales sostienen que una acción es antijurídica cuando viola ciertas normas prohibitivas subyacentes a las normas que estipulan penas (así, detrás de la norma que impone una pena para el homicidio, hay una norma implícita que prohíbe matar, salvo que se den ciertas condiciones especiales).

4) Culpabilidad. Para ser punible no basta que una acción sea típica y antijurídica, debe ser además "culpable". Según Beling una acción es culpable cuando está acompañada por un componente psicológico característico, que puede ser el "dolo" (intención) o "culpa" (negligencia o imprudencia). Un individuo actúa dolosamente cuando quiere o consiente el resultado de su acto y obra con conocimiento de las circunstancias relevantes. En cambio, actúa culposamente cuando, no queriendo el resultado pero previéndolo como posible, o debiéndolo prever, actúa lo mismo.

5) Punibilidad. Cuando una acción es típica, antijurídica y culpable, es punible (o sea está sujeta a pena) según el derecho positivo. (Algunos autores no aceptan incluir el requisito de la punibilidad en la definición de delito, pues dicen que, por un lado, es redundante, ya que la presencia de los demás elementos implica la punición del agente y, por otro, porque la pena no es un elemento del delito sino una consecuencia.)

c) *Comparación entre la definición de "delito" formulada por la dogmática y la de Kelsen.*

Como se ha visto, la definición de "delito" que presentan los penalistas es más compleja que la del autor de la *Teoría pura.*

Sin embargo, es posible dudar de que todos los elementos que señala la dogmática en su definición estipulativa de "delito", sean tomados efectivamente en cuenta en el uso espontáneo que los penalistas hacen de la palabra. Hay motivos para creer que la mención de algunos de ellos no es una exigencia para el uso de la palabra "delito" sino una postulación valorativa sobre qué hechos pueden ser penados y cuáles no.

> En particular, respecto a la tipicidad, es obvio que sí forma parte del significado en uso de "delito" el que las conductas denotadas por el término estén mencionadas en la descripción del antecedente de una norma (lo que está recogido también por la definición de Kelsen); pero en cuanto a las demás exigencias contenidas en el requisito de que la conducta delictiva sea típica, o sea que la norma sea una ley, que sea previa, escrita, etc., ellas parecen no ser condiciones necesarias para que los juristas de hecho usen la palabra "delito". Es probable que si ocurriera, como ocurrió en nuestro país, que se establecieran penas para ciertas acciones por vía de decreto, o como ocurrió en la Alemania nazi, que se dictaran normas penales retroactivas, o como en pueblos primitivos, que las normas penales no fueran escritas, los juristas

usarían lo mismo el término "delito" para nombrar a las conductas punibles, aun deplorando que lo sean.

O sea que el requisito de tipicidad, salvo en lo que hace a su caracterización genérica como concordancia con la descripción de una norma, parece consistir en una serie de exigencias de tipo ideológico o valorativo, respecto a cómo los legisladores deben dictar sus normas y los jueces aplicarlas, y no una condición de uso del término "delito".

Exactamente lo mismo parece ocurrir con la culpabilidad. Si los legisladores y los jueces, como ocurre en ciertos ámbitos, siguieran un sistema de responsabilidad estricta u objetiva, es decir, no tuvieran en cuenta para la aplicación de sanciones la intención, la previsión o la negligencia del agente, parece también probable que los juristas, a pesar de estar en desacuerdo con estas prácticas, llamarían "delito" a las conductas punibles. Es decir, que esta exigencia parece ser también una recomendación moral (que sólo se penen los actos abarcados por la subjetividad del agente), más que una explicitación del significado con que la dogmática usa el término "delito".

Si se observa el uso espontáneo de la expresión "delito" por parte de los juristas se puede advertir que él no coincide con las exigencias de la "definición de delito" que formulan explícitamente, sino que está generalmente asociado con la presencia de sólo estas condiciones: que se trate de una acción, que esa acción esté mencionada en una norma como antecedente de una pena y que sea antijurídica.

Los primeros dos requisitos están recogidos por la definición de Kelsen. No así el de la antijuricidad.

Como la antijuricidad supone la oposición entre una conducta y una norma que la prohíbe, no puede tener cabida en el sistema de Kelsen, pues, como vimos, Kelsen no incluye en aquél normas directamente prohibitivas de ciertos actos (por ejemplo: "está prohibido matar") sino sólo normas que establecen sanciones, dadas ciertas condiciones (por ejemplo: "si alguien mata a otro y..., será sancionado con diez años de prisión").

Es justamente la no inclusión de normas prohibitivas en su sistema lo que provoca el déficit que tiene Kelsen respecto al uso común para identificar al delito entre las condiciones de la sanción. Porque si preguntamos no sólo a un jurista, sino a cualquier mortal, cómo distingue la conducta de robar de la de denunciar el robo (siendo las dos condiciones de la sanción) responderá "porque lo que está prohibido es robar y no denunciarlo". O sea que, en el lenguaje ordinario, se identifica al delito por el hecho de estar, por un lado, mencionado como uno de los antecedentes

de la pena en una norma del tipo de las de Kelsen y, por el otro, por violar una norma prohibitiva.

Claro está que no es fácil verificar la existencia de normas que prohíban ciertos comportamientos, porque, en general, no encontramos textos legales expresos que tengan ese sentido.

Sin embargo, parece perfectamente admisible considerarlas, aun cuando no estén escritas, como parte del derecho positivo si, como ocurre, están de hecho presupuestas por los legisladores al dictar las normas que disponen sanciones para ciertas conductas, seleccionadas previamente de acuerdo con aquellas normas, y por los jueces cuando deben sancionar a sus autores.

> Alguien, en defensa de Kelsen, podría decir que las normas de prohibición, que los legisladores y jueces tienen en cuenta, no son normas jurídicas sino morales. Esta tesis es posible, como también lo es la opuesta, ya que todo depende del criterio que elijamos para establecer la frontera entre el derecho y la moral. Pero aun cuando llamemos "morales" a tales normas, no es obstáculo para concluir que en el uso común son relevantes para distinguir cuál de las condiciones de la sanción es un delito. Que la moral *positiva* (no una moral postulada como válida, como piensan los iusnaturalistas) tenga algo que ver en la determinación de los conceptos jurídicos no debe provocar extrañeza, pues una delimitación nítida entre el derecho vigente y la moral vigente deriva meramente de una convención adoptada por los juristas en virtud de objetivos teóricos.

Lo cierto es que parece necesario concluir que la dificultad de Kelsen para definir el concepto de acto antijurídico es una más de las que están provocadas, como se vio en un capítulo anterior, por su negativa a admitir, en su sistema, normas jurídicas diferentes de las que disponen sanciones.

4. El concepto de responsabilidad

a) Diferentes sentidos de "responsabilidad"

El término "responsabilidad" tiene varios sentidos, tanto en el lenguaje corriente como en el de los juristas.

Hart ha ilustrado el punto con un relato imaginario, en el que la palabra "responsabilidad" aparece usada con diferentes significados:

> "Como capitán de un barco *X* era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas

> las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron responsable de sus acciones. Durante el viaje *X* se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable de la muerte de muchas mujeres y niños" (en *Punishment and Responsibility*, p. 211).

En este párrafo se pueden distinguir, como Hart lo anota, estos cuatro sentidos de "responsabilidad":

1) *Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, pavel, etcétera.* En este sentido se usa "responsabilidad" en la primera frase del párrafo. Por su cargo de capitán, *X* tenía la obligación de cuidar de sus pasajeros y carga.

También el término se usa en el mismo sentido cuando se dicen cosas como éstas: "el padre es responsable por sus hijos"; "el contador es responsable de determinar el monto de los réditos"; "el ministro *Y* tiene la responsabilidad de dirigir la política exterior".

No es el caso que para toda obligación derivada de un papel o cargo se hable de responsabilidad. No se dice habitualmente "el portero tiene la responsabilidad de trabajar a partir de las 7", en cambio sí se dice, por ejemplo, "el portero es responsable de cuidar el ingreso al edificio". Parece que el término se usa, en este sentido, cuando la obligación no se cumple mecánicamente, sino que permite un cierto juego de alternativas para ser manejadas según la habilidad o diligencia de quien cumple la función.

2) *Responsabilidad en el sentido de factor causal.* Cuando en el párrafo imaginado por Hart se dice que el capitán fue responsable de la pérdida del buque o que él sostenía que la tormenta fue la responsable, el término "responsabilidad" se usa para indicar meramente que algún acto o fenómeno es causa de algún evento.

En este sentido la palabra se emplea tanto para referirse a individuos como a cosas o procesos ("Juan fue responsable de que yo llegara tarde"; "las langostas fueron responsables de la pérdida de la cosecha").

Como se refiere también a cosas, es posible pensar que este sentido de "responsabilidad" no contiene ningún reproche moral, designando únicamente el hecho de que algo sea condición causal de un resultado. Sin embargo, el hecho de que casi siempre se emplee el término "responsabilidad" con este significado cuando se produce un evento disvalioso, hace pensar que hay un resabio de reproche inconsciente en su uso (estando vinculado por ello al cuarto sentido que veremos), aun cuando racionalmente se rechace tal reproche cuando se advierte que el factor causal no fue un acto humano voluntario, sino el movimiento de una cosa, de un animal o de un hombre que actuó en ciertas condiciones que excluyen la voluntariedad.

3) Responsabilidad como capacidad y como estado mental. Cuando en el relato de Hart se dice que los médicos encontraron al capitán responsable de sus actos, se utiliza el término "responsabilidad" para hacer referencia al hecho de que se trataba de un individuo mentalmente capaz o, como dicen los penalistas, "imputable", o sea que no se trataba de un menor, de un loco, de un retardado mental, etcétera.

Para los juristas un individuo es imputable cuando tiene posibilidad de dirigir sus actos y comprender el valor o disvalor ético de aquéllos.

También "responsabilidad" se usa en el párrafo de Hart con otro sentido vinculado, pero diferente, con el que acabamos de ver.

Cuando se dice que el capitán se comportó irresponsablemente y que no era un individuo responsable, se alude a su falta de diligencia, o sea a su comportamiento negligente.

La negligencia es considerada por muchos juristas, al igual que la imputabilidad, como un estado mental que, en este caso, consiste en omitir prever, a pesar de ser posible hacerlo, las consecuencias de sus actos.

4) Responsable como punible o moralmente reprochable. En el párrafo de Hart se dice que, en un proceso, el capitán fue hallado responsable por la pérdida de vidas y que, además, es moralmente responsable.

En este sentido "responsabilidad" significa que el agente es acreedor de una pena o de un reproche moral. Así decimos que un juez encontró al homicida responsable o que Juan es responsable de no haber cumplido una promesa.

Quizás éste sea el sentido más comprensivo, pues en buena parte de los usos supone que se han verificado las condiciones que designan los restantes. Así, cuando decimos que el juez declaró responsable a Fulano, o sea que dispuso que sea sancionado, presuponemos que verificó, entre otras cosas, que su acto fue la causa del hecho que se investiga y que tenía capacidad para dirigir sus acciones.

Es este último el sentido que recoge Kelsen de "responsabilidad" cuando incluye este término en su esquema de expresiones jurídicas fundamentales. Según Kelsen, un individuo es responsable *cuando es susceptible de ser sancionado*, independientemente de que haya cometido o no un acto antijurídico.

La definición de Kelsen de "responsabilidad" no implica, obviamente, que el sujeto responsable haya sido efectivamente sancionado; se es responsable cuando, según el ordenamiento jurídico, deba aplicarse al individuo una sanción, independientemente de que, de hecho, se le aplique.

b) Clases de responsabilidad

Kelsen clasifica a la responsabilidad en *directa* e *indirecta (o vicaria).*

Un individuo es responsable en forma directa cuando es pasible de una sanción como consecuencia de un acto ejecutado por él mismo; es decir que el sujeto que cometió el acto antijurídico y el que es objeto de sanción coinciden.

En el derecho penal contemporáneo de la mayoría de los países civilizados, sólo se admite la responsabilidad directa.

Un individuo es responsable vicariamente cuando es susceptible de ser sancionado por la conducta de un tercero.

Este tipo de responsabilidad era común en el derecho primitivo en el que la venganza del damnificado —la sanción jurídica característica en ese derecho— alcanzaba, no sólo al autor del perjuicio, sino a toda su familia o clan.

En el derecho contemporáneo, la responsabilidad indirecta se mantiene fuera del derecho penal; y sólo en un número muy limitado de casos subsiste en el civil.

Uno de los casos que suele mencionarse como ejemplificando este tipo de responsabilidad es el de los padres en relación a los actos antijurídicos *civiles* de sus hijos menores.

El art. 1114 del Cód. Civil argentino establece al respecto: *"El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten con ellos, sean hijos legítimos o naturales"*. (Sin embargo, el hecho de que el art. 1116 del Cód. Civil exima de responsabilidad a los padres si probaran que les ha sido imposible prevenir los daños causados por sus hijos, hace dudar que este sea un caso genuino de responsabilidad vicaria. También se podría sostener que en este caso, así como en otros que generalmente se dan como ejemplos, la responsabilidad no es indirecta, pues, como dice Kelsen, el acto antijurídico no es causar el daño sino no indemnizar ese daño; pero esto es una tesis discutible que deriva de la concepción peculiar de Kelsen sobre las normas jurídicas y de su definición inadecuada de delito.)

Otro caso de responsabilidad vicaria es el del patrón respecto a los daños cometidos por sus empleados, en ejercicio de sus funciones. En relación a este caso, el art. 1113 del Cód. Civil, en su primer párrafo, dispone: *"La obligación* [de indemnizar] *del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado"*.

Sin embargo, los casos más importantes de responsabilidad indirecta son las situaciones en que los miembros o socios de una sociedad, colectividad o institución, responden por los actos de sus directivos, o sea lo que se llama *responsabilidad colectiva.*

Ya vimos que, en el derecho primitivo, la familia o clan era responsable de los actos antijurídicos de cualquiera de sus miembros.

En el derecho internacional subsiste la responsabilidad colectiva, pues cuando un jefe de Estado comete un acto antijurídico según las normas internacionales —por ejemplo, un vejamen a un diplomático extranjero o la invasión del territorio de otro Estado— las sanciones del derecho internacional, que según Kelsen son las represalias o la guerra, pesan sobre todos los habitantes del Estado agresor.

En el derecho interno, la responsabilidad colectiva rige en el caso de las sociedades civiles y comerciales. El art. 43 del Cód. Civil argentino, en su primer párrafo, dice lo siguiente: *"Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones."*

En algunas sociedades, la responsabilidad civil de los socios por los actos de los administradores es ilimitada, pues aquéllos responden con su propio patrimonio; en otras, sobre todo en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la responsabilidad de los socios se extiende sólo hasta el monto de los aportes de capital que han efectuado a la sociedad.

Kelsen también clasifica a la responsabilidad en *subjetiva* (o por culpa) y *objetiva* (o por resultado).

Hay responsabilidad subjetiva cuando se requiere, para que la sanción sea aplicable, que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica.

Kelsen distingue diversos grados de responsabilidad subjetiva. El primero es cuando se exige una intención maliciosa, o sea, una intención de causar daño; el segundo es cuando basta para imputar responsabilidad el que el sujeto tenga intención de cometer el acto antijurídico, aunque lo que lo mueva no sea el ánimo de dañar sino, por ejemplo, de beneficiarse; el tercer grado es cuando es suficiente que se prevea como probable el resultado, aunque éste resulte indeseable. Un ejemplo del primer caso se da cuando se mata por venganza; matar para heredar al muerto es un ejemplo del segundo caso; como ejemplo del tercer grado de responsabilidad subjetiva se puede dar el caso célebre de los mendigos que mutilaban niños para pedir limosna con más eficacia, previendo, aunque no deseando, que ellos podían morirse, como consecuencia de las mutilaciones.

Los penalistas consideran también, como caso de responsabilidad subjetiva, cuando se sancionan casos de negligencia, o sea cuando un individuo provoca un resultado antijurídico no previéndolo, aun cuando podía y debía preverlo.

Sin embargo, Kelsen sostiene que este último es un caso de responsabilidad objetiva, puesto que no hay vinculación psicológica entre el individuo y su acto. Afirma el autor de la *Teoría pura* que la negligencia no es un estado psicológico, sino que consiste en la omisión de cumplir ciertos deberes de precaución. Cuando esa omisión tiene como efecto un resultado antijurídico se hace responsable al agente sin averiguar su subjetividad.

La responsabilidad objetiva, o por resultado, se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico.

En el derecho penal, este tipo de responsabilidad está, en general, proscripto, aunque hay algunas excepciones.

En cambio, en el derecho civil la responsabilidad objetiva tiene un importante campo.

Hay que tener en cuenta, como bien lo señala Kelsen, que todos los casos de responsabilidad indirecta lo son también de responsabilidad objetiva. Cuando un individuo es responsable por el acto de otro, es obvio que no tiene control sobre el mismo, por lo que es irrelevante que lo quiera o lo prevea.

También existe, en el derecho civil, responsabilidad por hechos no provocados por el sujeto pasible de ejecución forzosa ni por otro individuo. Típico de esto son los casos en que el patrón es responsable por los accidentes de trabajo de sus obreros o en que el dueño de una cosa lo es por los daños que ésta pueda causar. Este tipo de responsabilidad es independiente de cualquier intención o previsión del sujeto responsable.

5. El concepto de deber jurídico

Con el deber jurídico comienza un grupo de figuras elementales que crean dificultades especiales a los iusfilósofos que han tratado de definirlas, ya que no es fácil determinar su vinculación con hechos empíricamente verificables.

Algunos teóricos del derecho no se resignan, sin embargo, a no identificar al deber jurídico con algún tipo de hechos de índole psicológica o sociológica.

Sobre todo ha sido frecuente construir el concepto de obligación o deber jurídico sobre la base del modelo de una persona que se encuentra coaccionada por las amenazas de, por ejemplo, un asaltante. Esta situación sería un microcosmos de lo que ocurre, a escala mayor, cuando se tiene una obligación jurídica.

Hart (en *El concepto de derecho*) critica con agudeza esta identificación.

Sostiene Hart que la sospecha de que ambas situaciones son diferentes la da el hecho de que, en el caso del asaltado, nadie diría que "tenía la obligación" de entregar el dinero (como se diría en el caso del pago de un impuesto) sino que "se vio obligado a hacerlo". Esta distinción lingüística, como en muchos otros casos, puede encubrir una diferencia conceptual relevante.

Según Hart, la afirmación "*se vio obligado* a entregar el dinero" es un enunciado sobre hechos psicológicos del agente,

sobre su creencia de que si no entrega el dinero sufriría algún daño y su deseo de no sufrir tal daño, aun a costa de la pérdida del dinero.

En cambio, para la afirmación "*tenía la obligación o el deber* de entregar el dinero", no es suficiente ni necesaria la ocurrencia de ciertos hechos psicológicos. Puede ser que el agente no tenga ningún temor de sufrir un daño (por ejemplo, si sabe que su evasión de impuestos no será descubierta) y, sin embargo, ser posible afirmar que tenía una obligación (de pagar el impuesto, en el ejemplo).

Como también lo señala Hart, algunos iusfilósofos, por ejemplo Austin y Bentham, que advirtieron que el concepto de obligación no se relaciona con estados psicológicos, propusieron definir aquel concepto en relación, no a la *creencia subjetiva* de que se sufrirá un daño si no se actúa, sino a la *probabilidad objetiva* de que una persona que no actúa de cierta manera sufrirá un mal. Según esta otra concepción, alguien tiene la obligación, por ejemplo, de pagar a su acreedor siempre y cuando sea probable que, en caso contrario, será objeto de una sanción.

Esta concepción ha parecido a muchos como un gran hallazgo que permite definir en términos de hechos empíricamente verificables el concepto de deber jurídico. Sin embargo Hart dirige también contra ella críticas contundentes.

En primer término, sostiene el profesor de Oxford, decir que alguien tiene un deber no sirve sólo para predecir que será sancionado sino para justificar esa sanción. En efecto, sería absurdo que cuando un juez justifica su decisión de sancionar a alguien que omitió, por ejemplo, prestar auxilio a un herido, diciendo que tenía la obligación de ayudarlo, interpretemos sus palabras como si hubiera dicho que lo sanciona porque era probable que lo fuera a sancionar.

En segundo lugar, dice Hart, si afirmar que alguien tenía la obligación significara que es probable que sea sancionado, sería contradictorio decir que un sujeto tenía la obligación de hacer algo pero como, por ejemplo, consiguió huir, es totalmente improbable que sea sancionado por el incumplimiento de esa obligación. Es obvio que estas cosas se dicen frecuentemente sin la menor impresión de estar incurriendo en contradicción.

Como conclusión Hart sostiene que, si bien hay en la idea de obligación alguna relación con la probabilidad de sufrir un mal, lo decisivo para ese concepto es la existencia de ciertas *reglas*

o normas que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado.

Lo que el enfoque psicológico o sociológico olvida es el trasfondo normativo que presuponen los enunciados que hablan de deberes.

Cuando se dice que un sujeto está obligado se está aplicando una norma general a ese individuo particular destacándose que su caso está comprendido en esa norma.

En cambio, en la situación del asaltado no hay tal regla a la que recurramos para calificar su conducta. Según Hart, sólo puede hablarse de que existe una regla social cuando se da una conducta regular y cuando se toma a esa conducta como modelo de comportamiento, de modo de elogiar la conformidad con aquélla y criticar sus desviaciones.

Si aceptamos como válidas las críticas de Hart a los intentos de definir el concepto de obligación dejando de lado la referencia a normas, es posible analizar la propuesta de Kelsen que define el deber jurídico, al igual que los demás conceptos jurídicos básicos, en relación al contenido de las normas jurídicas.

En la *Teoría pura del derecho*, así como el concepto de responsabilidad está relacionado con el de sanción, el de deber lo está con el de acto antijurídico.

Se ha visto que Kelsen define "acto antijurídico" como una de las condiciones de la sanción establecida por una norma válida.

El deber jurídico es la conducta *opuesta* al acto antijurídico. Por ejemplo, si evadir impuestos es condición de una sanción, no evadirlos, o sea pagarlos, constituye el contenido de una obligación jurídica.

Debe aclararse que "opuesto" no es lo mismo que "contrario". La acción contraria a la de, por ejemplo, romper algo podría ser la de repararlo; en cambio, su opuesta sería la de no romper la cosa en cuestión.

Se ha dicho, en el segundo capítulo, que las normas primarias de Kelsen mencionan en su antecedente las condiciones, entre las que se encuentra el acto antijurídico, de la sanción prescripta en su consecuente. En cambio las normas secundarias, que son meros derivados lógicos de las anteriores, establecen que debe ejecutarse la conducta opuesta al acto antijurídico mencionado en la norma primaria.

Lo anterior significa que la conducta obligatoria —o sea el contenido de un deber jurídico— no aparece en la norma primaria sino en la secundaria. Si una norma primaria dice, por ejemplo, "si alguien comete usura debe ser multado con cien mil pesos", la norma secundaria correspondiente dirá: "Debe omitirse la usura", siendo el abstenerse de cometer usura un deber jurídico.

Vale decir que, según Kelsen, *no hay deber jurídico sin que esté prevista una sanción para la conducta opuesta.*

Este planteo kelseniano no se puede identificar con el que critica Hart, consistente en sostener que una conducta es obligatoria cuando es probable que se aplique una sanción a la acción opuesta.

En la *Teoría pura del derecho* no es suficiente, ni necesario, para que una conducta sea un deber jurídico, que haya probabilidad empírica de que se aplique una sanción a quien comete su opuesta. Lo que Kelsen exige es que, en una norma válida, esté prevista una sanción para la acción opuesta a la obligatoria. Esto es independiente, por lo menos directamente, de que sea probable o no la aplicación efectiva de la sanción. En el ejemplo que vimos de una norma que reprime la usura, la existencia de esa norma basta para que no cometer usura sea un deber jurídico, aun cuando sea improbable que sean castigados, por la dificultad de probarlo, los que ejecutan negocios usurarios.

A pesar de que, para Kelsen, sólo hay deber jurídico si una norma primaria prescribe una sanción para la conducta opuesta, hay que aclarar que la formulación que hace Kelsen de lo que sería una norma jurídica primaria es tal que hace posible describir su contenido diciendo que ella impone un deber que no está necesariamente respaldado por una sanción.

Recordemos que, según Kelsen, una norma primaria tiene que responder a este esquema: "Si alguien hace *X debe ser* la sanción *S*". Esto parece implicar que las normas primarias imponen a los jueces el deber de aplicar sanciones en ciertas condiciones sin que ese deber dependa de la existencia de *otra* norma que estipule sanciones para los jueces que no sancionan en las condiciones establecidas (en general, no hay tales normas, y es obvio que, por cada norma que estipula sanciones, no puede haber siempre otra que estipule sanciones por no aplicar las sanciones de la primera norma, ya que esto implicaría una secuencia infinita de normas).

En algunas de sus obras Kelsen parece admitir que las normas primarias imponen esta especie de deber (cuyos destinatarios son los jueces), que es más débil que lo que él denomina "deber jurídico", pues no presupone que haya una sanción para la conducta opuesta a la debida. Pero en otras obras Kelsen vacila en calificar de "deber" a lo que las normas primarias imponen a los jueces cuando establecen que una sanción *debe ser*. En la última versión de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen parece sugerir, no muy claramente, que si no hay otra norma que estipule una sanción para la omisión de sancionar, el "deber ser" de las normas primarias expresa una *autorización* a los jueces de aplicar sanciones. Con esta interpretación, Kelsen no admitiría, ni siquiera en el caso de los jueces, la existencia de deberes jurídicos que no están respaldados por sanciones.

Genaro R. Carrió ha objetado la pretensión de Kelsen de reducir el deber jurídico a los casos en que se prevé una sanción para la conducta opuesta.

Carrió sostiene que constituye un serio desequilibrio conceptual (el que, por otra parte, aqueja a casi toda la teoría de Kelsen) pretender reducir el significado de la expresión "deber jurídico", que en el lenguaje ordinario tiene tantos usos heterogéneos, a un rígido esquema unitario que comprende sólo el caso de quien se encuentra bajo la presión de una sanción.

El concepto de deber jurídico que delinea Kelsen puede ser adecuado quizás, y en cierta medida, al derecho penal, pero no es operativo para describir la compleja realidad que se da en nuestros días en el ámbito del derecho internacional, constitucional, laboral, comercial, etcétera. Los juristas hablan en términos de deberes para referirse a una multiplicidad de situaciones en muchas de las cuales no están previstas sanciones.

Al menos si Kelsen admitiera que sus normas primarias imponen a los jueces el deber de sancionar, aun cuando, a su vez, no estén sujetos a sanciones, ampliaría un tanto su criterio de uso de la expresión "deber". De cualquier modo, su concepto seguiría siendo aún excesivamente restringido, ya que, de acuerdo con su esquema de norma jurídica, las únicas acciones que serían obligatorias en el sentido débil —que no implica sanción para la conducta opuesta— serían la de decretar o aplicar castigos por parte de los jueces y funcionarios. Extender la aplicación de este sentido del término "deber" a otras conductas, tal como lo hace

el uso común, sólo puede hacerse a costa de reconocer otros tipos de normas jurídicas, además de las que disponen sanciones.

6. El concepto de derecho subjetivo

a) Los derechos subjetivos en general

Muchas veces decimos cosas de este tenor: "Yo tengo derecho de vestirme como quiero", "Juan tenía derecho a que le diesen vacaciones", "Pedro tiene derecho a comer en la pensión", "Nadie tiene derecho a invadir el domicilio ajeno", "Todos tenemos derecho a publicar las ideas por la prensa", "El derecho de voto es irrenunciable".

En estas frases, la expresión "derecho" no hace referencia a un sistema de normas, o sea, a lo que se suele llamar "derecho objetivo" (el derecho argentino, el derecho comercial, el derecho de seguros, etc.) sino a una situación particular en que se encuentra una persona o conjunto de personas en relación al derecho objetivo.

La situación en que decimos que se da un derecho subjetivo de alguien también se suele calificar utilizando otras expresiones como "libertad", "permiso", "licencia", "atribución", "privilegio", "facultad", "poder", "posibilidad", "garantía", etcétera. Estos términos son sinónimos parciales de "derecho" (en el sentido subjetivo) y es conveniente tenerlos en cuenta para distinguir diferentes significados de la última expresión.

Sin embargo, antes de emprender esta tarea, es necesario decir algo respecto de la relación que tienen los derechos subjetivos con el derecho objetivo.

Para el iusnaturalismo tradicional, los derechos subjetivos son independientes de lo que disponen las normas de derecho objetivo. Son facultades y poderes innatos al hombre, que los tiene por el solo hecho de serlo y que existirían aun cuando hipotéticamente se aboliera la técnica de regulación y motivación de la vida social que es característica del derecho objetivo.

Ya sea con el fundamento de que Dios ha insuflado en las criaturas humanas derechos como el de vivir, disfrutar de la propiedad, de elegir los gobernantes, etc., o alegando que tales derechos derivan de la naturaleza racional del hombre o mediante

otras justificaciones, los autores iusnaturalistas sostienen que lo único que puede hacer con ellos el derecho positivo es reconocerlos y reglamentar su ejercicio. Además el derecho postivo *debe* proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera no sería digno de ser llamado "derecho'.

Esta ideología está admirablemente expuesta en la célebre Declaración de los Derechos del Hombre, dictada en 1791 como culminación de la Revolución Francesa: "Los hombres nacen y permanecen libres y con iguales derechos; el fin último de todos los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: el derecho de libertad, de propiedad, de seguridad, de resistencia a la opresión".

El positivismo metodológico no se opone, en cuanto tal, a la idea de que puede haber derechos con las características que los iusnaturalistas les asignan (es decir, que son inherentes a la persona humana y que su existencia es independiente de su reconocimiento por el Estado). Pero sostendrá que tales derechos son *morales* y no *jurídicos.*

El significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión "derecho" implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos y deberes *jurídicos* deben ser verificables en términos de lo que determinadas normas positivas disponen. De este modo no puede decirse que los habitantes de un país tienen, por ejemplo, el derecho jurídico de practicar libremente su culto cuando las normas del sistema jurídico de ese país prohíben las prácticas religiosas o imponen un culto oficial.

Los positivistas sostendrían que en un caso como el recién mencionado el derecho *moral* de practicar libremente el culto no fue reconocido por el sistema jurídico y, en consecuencia, no se refleja en un derecho jurídico correlativo. Esto sin duda afecta negativamente a la justificabilidad y fuerza obligatoria moral del sistema en cuestión, pero no impide —a diferencia de lo que piensan los iusnaturalistas— que el sistema sea considerado un orden *jurídico* (recuérdese que para el positivismo metodológico el hecho de que un sistema sea jurídico no implica que tenga fuerza obligatoria moral).

Los llamados "derechos individuales" son primordialmente derechos morales, sin perjuicio que pueda haber derechos jurídicos correlativos en el "derecho" internacional y en los derechos nacionales democráticos. Como derechos morales que son, la libertad de cultos, de expresión, de asociación, el derecho a la vida, a la

integridad corporal, al debido proceso judicial, etcétera, son derechos que la gente tiene independientemente de lo que disponga el sistema jurídico de un país. Precisamente los derechos individuales están dirigidos a los órganos estatales e implican su *deber moral* de reconocerlos dictando normas que creen los derechos jurídicos correspondientes y no realizando actos que los restrijan. (El hecho de que los derechos individuales sean derechos morales sin que, muchas veces, sean al mismo tiempo derechos jurídicos, no implica que estén dirigidos sólo a los legisladores; también los jueces son moralmente responsables de sus decisiones y deben tener en cuenta los derechos morales de la gente.)

De modo que la defensa de los derechos humanos no es, contra lo que muchas veces se ha supuesto, un monopolio del iusnaturalismo. El positivismo metodológico de ningún modo niega su existencia en tanto sean vistos como derechos morales (que son, en definitiva, los que importan para justificar una acción o decisión). Lo que el positivismo rechaza son proposiciones acerca de derechos subjetivos jurídicos que no sean empíricamente verificables sobre la base de normas jurídicas positivas.

Hay otras corrientes del pensamiento que, si bien no derivan los derechos subjetivos jurídicos de un ordenamiento supraempírico, los consideran como algo que el derecho positivo no crea sino que reconoce o protege.

Rudolf von Ihering (en *El espíritu del derecho romano*), opina que los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos. Sostiene que la "utilidad, el bien, el valor, el goce, el interés, tal es el primer elemento del derecho. Pero esos bienes no son sólo materiales; hay otros bienes de mayor valor: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, etcétera. El derecho atiende unos y otros; el derecho privado existe para asegurar a un hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses, ayudarle a cumplir los fines de su vida". Más adelante, agrega que el segundo elemento del derecho subjetivo es la protección jurídica del interés; se protege un interés cuando se concede al que lo tiene una *acción* para que pueda recurrir jurídicamente contra las violaciones del derecho.

La tesis de von Ihering es objetada por Kelsen. El autor de la *Teoría pura* sostiene que no es posible identificar al derecho subjetivo con un supuesto hecho psicológico, como sería el interés. Puede haber derecho subjetivo sin interés; por ejemplo, se tiene

el derecho de propiedad aun sobre cosas que no nos interesan; también puede haber interés sin derecho, como el que ambiciona una cosa ajena.

Según Kelsen, debe eliminarse el dualismo entre derecho objetivo y subjetivo.

Los enunciados que se refieren a derechos subjetivos jurídicos son equivalentes a ciertos enunciados que versan sobre el derecho objetivo.

Esto no quiere decir que la expresión "derecho subjetivo" sea sinónima de "derecho objetivo" y pueda reemplazarse una por otra. La idea es que las oraciones en que la primera aparece pueden ser traducidas a oraciones diferentes en las que aparece la segunda.

Como sostiene Kelsen, hablar en términos de derechos subjetivos jurídicos no es más que describir la relación que tiene el ordenamiento jurídico con una persona determinada.

¿Cómo puede hacerse la traducción de las oraciones que versan acerca de derechos subjetivos jurídicos en oraciones que describen lo que dispone un sistema jurídico objetivo?

Esto depende del significado con que se use "derecho subjetivo", ya que esta expresión es notoriamente ambigua en el lenguaje de los juristas.

Kelsen propone distinguir los sentidos de "derecho subjetivo" (jurídico) que analizaremos a continuación.

1) "Derecho" como equivalente a "no prohibido". Este es el sentido que tiene la palabra "derecho" en frases de este tenor:

"Tengo derecho a vestirme como quiera".

"Juan tenía derecho a vender ese producto".

"Los bancos tienen derecho a no prestar a quienes no ofrecen garantía".

"Tenemos derecho a fumar en clase".

Según Kelsen, este tipo de oraciones son traducibles a otras que afirman que un cierto derecho objetivo *no prohíbe* la conducta en cuestión; es decir, en términos kelsenianos, que *no hay en el sistema una norma que establezca una sanción para la acción de que se trata* (von Wright también distingue un sentido equivalente del término "permiso", al que, para diferenciarlo de otros, llama "permiso débil").

De acuerdo con esta regla de traducción, el primer enunciado

que se presentó como ejemplo podría reformularse de esta forma: "No hay ninguna norma jurídica que establezca una sanción contra quien se viste de determinada forma".

Hay contextos en que la traducción debe ser un poco más compleja, ya que lo que quiere decirse con la expresión "tener derecho a..." no es, en esos casos, que no hay una norma que prohíbe cierto comportamiento, sino que esa norma existe pero es inválida, porque quien la formuló no tenía competencia o autorización para hacerlo.

De este modo, cuando, por ejemplo, se dice: "tengo derecho a fumar en clase", muchas veces se da la situación en que alguien, por ejemplo el profesor, intenta prohibirlo, o sea, pretende formular una norma prohibiendo tal conducta. Lo que el alumno, en el ejemplo, quiere decir con "tengo derecho a fumar" es que el profesor no es competente para dictar esa norma prohibitiva. Es decir, que aquí no se describe la ausencia de una norma prohibitiva sino la falta de una norma de competencia que autorice a prohibir la conducta en cuestión. En este caso, es equivalente decir "tengo derecho a *X*", que decir "usted no tiene derecho a prohibirme *X*".

Pero ¿es posible deducir de la ausencia o invalidez de una norma que prohíbe cierta acción, que tenemos derecho a ejecutarla?

Bien se podría objetar a las traducciones precedentes que del hecho de que un sistema normativo no contenga una norma que prohíba un tipo de conductas, no se puede inferir que el sistema permita tales conductas.

Puede darse un orden normativo que no contenga normas prohibitivas ni permisivas respecto a una clase de acciones. En ese caso, estaríamos frente a lo que se ha dado en llamar una *laguna normativa*, o sea, la situación en que un sistema no prevé ninguna solución para un caso dado. En una situación como ésta, pareciera que sería tan poco legítimo decir que tenemos derecho a ejecutar la conducta no normada *como sostener que tal acción nos está prohibida, pues falta la base normativa* que haría verdadera a una u otra de tales afirmaciones.

Sin embargo, Kelsen excluye la posibilidad de que estos casos se presenten, negando que los ordenamientos jurídicos tengan lagunas.

Según la *Teoría pura* cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo.

Esto es así, según Kelsen, porque todo orden jurídico incluye un principio, el llamado *principio de clausura*, que establece que "todo lo que no está prohibido, está permitido". De modo tal que, si no hay una norma que prohíba cierta conducta, no es necesaria una norma permisiva expresa para que el caso esté solucionado normativamente, pues la regla general mencionada le asigna tal solución.

De acuerdo con Kelsen, el principio de clausura es una regla necesaria de todo ordenamiento jurídico y debe considerársela como implícita aun cuando no está formulada expresamente por el legislador.

Los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin (en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*) han demostrado la falacia del razonamiento precedente, con argumentos que resumiré brevemente omitiendo ciertos tecnicismos.

El principio de clausura, como todo enunciado, sólo puede considerarse necesario si se lo interpreta como un enunciado analítico; por ejemplo, si "permitido" significara en él nada más que "no prohibido", substituyendo en él una expresión por otra el principio diría la siguiente trivialidad: "todo lo que no está prohibido, no está prohibido", lo que obviamente es vacuamente verdadero para todo sistema normativo (o sea el principio es necesario).

En cambio, si se quiere que el principio de clausura tenga algún contenido relevante, hay que otorgar al término "permitido" un significado diferente al que designa meramente la ausencia de prohibición, por ejemplo, cualquiera de los restantes significados de "derecho subjetivo" que veremos aquí. Si adoptamos este camino, el principio de clausura ya no es tautológico, lo que supone que es un enunciado contingente, cuya presencia en un sistema depende de que efectivamente el legislador haya permitido, en un sentido positivo diferente del mero dejar de prohibir, todas las conductas que no ha prohibido expresamente.

La conclusión de Alchourrón y Bulygin es que, o el principio de clausura es necesario, como dice Kelsen, y entonces es tautológico y no sirve para llenar las lagunas normativas (pues no proporciona ninguna solución nueva para las conductas no prohibidas, sino que sólo reitera que no están prohibidas) o es contingente, o sea, que su verdad depende de que el legislador haya, de hecho, dictado una norma permitiendo todo lo que no está prohibido. Si el legislador no ha dictado una norma semejante el sistema puede, indudablemente, tener lagunas; o sea que puede haber conductas que no estén ni prohibidas ni permitidas por el derecho.

En relación con nuestro tema, la relevancia de esta cuestión es la siguiente: si "derecho subjetivo" se usara como equivalente a "no prohibido", habría que ser consecuentes y admitir que su significado se limita a eso, y que cuando decimos, en este sentido, que tenemos derecho a fumar, a sentarnos en un banco, a vestirnos como nos guste, etc., estamos sosteniendo sólo que no nos han sido prohibidas tales acciones, pero no, por ejemplo, que los demás están obligados a dejarnos hacerlas, o que deben ayudarnos a ejecutarlas, o que no nos pueden sancionar por el hecho de haberlas llevado a cabo.

Claro está, que si el sistema normativo que nos sirve como marco, contiene (tal como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos) una norma que permite todo lo que no está expresamente prohibido por las demás normas, o sea el principio de clausura, entonces, el enunciado "Fulano tiene derecho a X" no describirá sólo la ausencia de una norma prohibitiva de X; describirá además de ese dato,

la existencia de la norma que permite toda conducta no prohibida expresamente.

Parece que un sentido de "derecho subjetivo" limitado a describir *la ausencia de una norma prohibitiva* (sin que esto implique que la acción en cuestión está autorizada o que está prohibido sancionarla o interferir con ella) tiene muy poco uso en el lenguaje común y jurídico, y si la expresión se usara con este significado, resultaría difícil evitar los equívocos provocados por la aureola de permisibilidad que tiene el término "derecho" en los usos centrales.

2) *"Derecho" como equivalente a autorización.* En muchas ocasiones la expresión "derecho subjetivo" se usa en frases como éstas:

"La municipalidad le otorgó a Pedro el derecho a instalarse en esta esquina."

"El profesor nos dio derecho a interrumpir la clase."

"El patrón me otorgó el derecho a entrar al trabajo más tarde."

"Tengo derecho a inspeccionar la fábrica."

Estas frases describen la *existencia de normas que permiten o autorizan los comportamientos mencionados.* Por ejemplo, una traducción adecuada de la primera oración sería: "el intendente dictó una ordenanza que autoriza a Pedro a instalarse en esa esquina".

Kelsen, en su última versión de la *Teoría pura,* admite este significado de la palabra "derecho". Tal admisión es curiosa ya que, como se ha dicho, este sentido supone la existencia de normas permisivas, lo que contradice la exigencia de Kelsen de que todas las normas de un sistema jurídico tengan un carácter prohibitivo (mediante la estipulación de una sanción para cierta conducta).

De acuerdo con el sistema de normas primarias que propone Kelsen, las únicas autorizaciones jurídicas posibles son, como ya vimos, las dirigidas a los órganos para la aplicación de sanciones (y esto sólo si se interpreta el "deber ser" como autorización).

De manera que hay un reconocimiento por parte de Kelsen, en su última obra general, de que su esquema de normas jurídicas es insuficiente y que deben incluirse otras clases de normas, como son las que otorgan autorización para realizar ciertas conductas.

También von Wright distingue este sentido de "derecho subjetivo", aun cuando lo relaciona con el término más genérico "permiso".

Von Wright llama "permiso fuerte" al que depende de la existencia de una norma que autoriza un cierto comportamiento, a diferencia del permiso en sentido débil que designa, como se ha visto, la mera ausencia de prohibición. Pero todavía este permiso fuerte, al que denomina también "simple tolerancia", debe distinguirse de estos otros permisos que tienen aun un grado mayor de fuerza y que corresponden a otros sentidos de la expresión "derecho subjetivo", que luego analizaremos siguiendo la clasificación de Kelsen (en esta graduación el permiso más fuerte implica lógicamente a los más débiles).

El autor finlandés se pregunta si el permiso que consiste en una mera tolerancia puede reducirse a alguno de los restantes caracteres normativos, "prohibido" y "obligatorio". Afirma que la cuestión no es clara teniendo en cuenta que, cuando una autoridad declara que va a tolerar un cierto acto, no siempre prohíbe perturbarlo u obliga a facilitar su ejecución. La ausencia de esta obligación o de aquella prohibición es justamente lo que distingue a este permiso de otros que tienen aún más fuerza.

¿En qué consiste, entonces, el declarar que se tolerará un acto, o sea, el autorizarlo? Von Wright no da una respuesta concluyente pero señala dos posibles interpretaciones. De acuerdo con la primera de ellas, tolerar un acto sería manifestar que se tiene la *intención* de no interferir en la realización del acto; si fuera así al permitir algo, en este sentido, no estaría dictando una norma, ya que las declaraciones de intención no son normas. La segunda interpretación sugiere que el que autoriza un cierto acto, está formulando una *promesa* de no interferir en la ejecución del acto; aquí sí cabe ver a este tipo de permisos como normas, pues, en general, se entiende a las promesas como normas autónomas, o sea normas que uno se dicta a sí mismo, con el sentido de obligarse a determinada conducta.

3) *"Derecho" como correlato de una obligación activa.* Con el significado del epígrafe se dicen frases como éstas:

"Tengo derecho a que usted me cuide mi casa."

"Diego tiene derecho a que su deudor le pague."

"El Estado tiene derecho a percibir los impuestos necesarios para su desenvolvimiento."

"Por el precio que pagamos tenemos derecho a una comida diaria."

Como en los casos anteriores, según Kelsen, estos enunciados pueden ser traducidos a proposiciones sobre el derecho objetivo.

Tal traducción no necesita aquí romper el esquema kelseniano de las normas jurídicas como juicios que imputan sanciones a ciertos actos y admitir normas que expresamente autoricen determinadas conductas. Esto es así porque Kelsen otorga a fra-

ses como las mencionadas un significado equivalente al de otras que describen el *deber jurídico* de alguien.

Habíamos visto que, en la teoría kelseniana, alguien tiene un deber jurídico de ejecutar un acto, cuando hay una norma jurídica que dispone una sanción para la conducta opuesta.

Ahora bien, hay veces que la conducta obligatoria tiene como destinatario a una cierta persona. Por ejemplo, yo estoy obligado a pagar el alquiler al dueño de mi casa, a dar de comer a mis hijos, a dictar clases en la universidad. En tales casos la *misma relación jurídica* puede ser descripta poniendo el acento en la situación del beneficiario del deber jurídico, en vez de centrarnos en la situación del sujeto obligado. En estos casos describimos la relación jurídica en términos de "derecho" en lugar de hacerlo usando la expresión "deber"; sin embargo nos referimos a la misma situación.

Por eso dice Kelsen que el derecho subjetivo, en este sentido, es un mero "reflejo" o "correlato" de un deber jurídico. En lugar de decir, por ejemplo, "Fulano tiene la obligación de pagarme", decimos a veces "yo tengo derecho a que Fulano me pague". La expresión "derecho subjetivo" no denota, a diferencia de lo que sostienen los iusnaturalistas, ninguna situación distinta de la mencionada por la palabra "deber".

Kelsen aclara que esta forma de hablar de la situación en que alguien tiene una obligación, está limitada por ciertas concepciones corrientes respecto a quiénes pueden ser titulares de derechos. Por ejemplo, cuando alguien tiene una obligación hacia un animal, tal como la de alimentarlo, no se suele decir que el animal tiene el derecho correlativo, no porque haya algún inconveniente conceptual en hacerlo, sino porque se opone a ciertos prejuicios arraigados sobre el origen de los derechos. (En el caso de los derechos morales, cada vez es más frecuente hablar de los derechos de los animales.)

4) *"Derecho" como correlato de una obligación pasiva.* Este significado es análogo al anterior, con la única diferencia de que aquí el derecho subjetivo no es un correlato de una obligación de hacer, sino de un deber de no hacer, de omitir.

Por ejemplo, decimos:

"Tengo derecho a descansar con tranquilidad."

"Juan tiene derecho a que no se instale un negocio competidor en la misma cuadra."

"Roberto tiene derecho a que el vecino no le tape el sol con una pared."

En todos estos ejemplos, las frases pueden ser traducidas por otras equivalentes que hablan del deber de alguien o de todos de no perturbar el descanso, no instalar un comercio o no levantar una pared.

La relevancia particular de esta modalidad de derecho subjetivo reside en que Kelsen incluye en esta clase a uno de los derechos más controvertidos desde el punto de vista teórico y político, el de propiedad.

En efecto, entre los derechos subjetivos que son correlatos de obligaciones pasivas (lo mismo vale para las activas) Kelsen distingue dos grupos: los relativos y los absolutos. Los derechos relativos son los que se correlacionan con el deber de una persona determinada o de un conjunto de personas determinadas; los absolutos son reflejo de una obligación de todas las demás personas. El derecho a que el vecino no levante una pared es relativo; el derecho a descansar es absoluto.

Según Kelsen, el derecho de propiedad no es más que el correlato de una obligación pasiva de todos los demás de no interferir con el uso, goce, etc., de una cosa.

De este modo, el autor de la *Teoría pura* se enfrenta a la pesada tradición de la dogmática civil tradicional consistente en distinguir entre derechos personales y reales. Los primeros constituirán relaciones entre individuos, los últimos, entre los que se encontraría el derecho de propiedad, son vínculos entre individuos y cosas. Kelsen sostiene, con evidente razonabilidad, que no hay ningún lazo mágico entre los individuos y las cosas que permita hablar de "derecho"; los derechos siempre consisten en relaciones entre individuos, y, en el caso del derecho que mencionamos, lo único que la expresión "propiedad" describe es una obligación de toda la sociedad frente a cierto individuo, consistente en no perturbar sus actos sobre una cosa determinada.

Sin embargo el tema del derecho de propiedad será objeto de mayor análisis en otro apartado.

5) "Derecho" como acción procesal. A veces decimos cosas de este tenor:

"Tengo derecho a lograr que el inquilino desaloje mi casa."

"Juan tiene derecho a que Roberto lo indemnice por los daños que le produjo a su coche."

"El comprador tiene derecho a reclamar la escrituración del inmueble."

En estos ejemplos, se da, al igual que en los dos casos anteriores, un deber jurídico del cual el derecho es un correlato. Sin embargo, en esos enunciados, se sugiere un elemento adicional que distingue este uso de "derecho" de los precedentes: la posibilidad de recurrir a la organización judicial para lograr el cumplimiento de la obligación correlativa o para hacer que se imponga la sanción prevista para el incumplimiento de la obligación. A esta posibilidad se la llama en el lenguaje jurídico "acción" (en el sentido procesal). Así se dice "usted tiene una acción para hacer que los intrusos desocupen su propiedad"; "el que ha sido perjudicado patrimonialmente tiene una acción de resarcimiento", etcétera.

Kelsen llama a este significado de "derecho" sentido *técnico* o *estricto* porque, a diferencia de los dos anteriores, no es reducible al concepto de deber jurídico, constituyendo una *noción autónoma.*

Pero que el derecho en sentido técnico sea un concepto autónomo no significa que sea independiente del derecho objetivo. Por el contrario, las acciones procesales son condiciones mencionadas en las normas primarias como antecedentes de las sanciones que ellas establecen.

Se ha visto que el acto antijurídico no es la única condición que describe el antecedente de las normas primarias kelsenianas; hay, en general, muchas otras condiciones y muchas veces entre ellas se encuentra la acción procesal. Por ejemplo, una norma civil puede decir: "Si (*a*) dos personas contratan, (*b*) una no cumple lo pactado y (*c*) la otra lo demanda, debe ser ejecución forzada contra el que no cumplió. Una norma penal a su vez puede disponer: "Si (*a*) alguien mata y (*b*) el fiscal lo acusa, debe ser diez años de prisión para el homicida". Las condiciones señaladas con (*b*) en ambas normas constituyen un derecho subjetivo en sentido técnico o "acción procesal".

O sea que, decir que alguien tiene un derecho, en este sentido, consiste en afirmar que su conducta está mencionada en una norma entre las condiciones para que se aplique una sanción.

Kelsen señala que el hecho de que se otorguen a los particulares acciones para reclamar la aplicación de sanciones es una téc-

nica particular que utilizan algunos órdenes jurídicos, pero no otros. En el derecho penal no es generalmente utilizada, monopolizando las acciones procesales ciertos funcionarios públicos. En el derecho civil, esta técnica es típica de los sistemas capitalistas, en los que se otorga a los particulares la facultad de convenir sus negocios y la de demandar, o no, a quienes no cumplen según sea su interés; en cambio, en los sistemas socialistas, su vigencia está muy restringida.

Cuando se otorga a los particulares este tipo de derechos se los hace participar en la creación del orden jurídico, pues el ejercicio de la acción procesal tiene por objeto que se dicte una sentencia judicial que es una norma jurídica particular; o sea que, mediante la ejecución de los derechos subjetivos en sentido técnico los particulares colaboran en la creación del derecho objetivo.

6) Derecho político. También la palabra "derecho" se usa en frases de este tipo:

"El pueblo tiene derecho a elegir a sus gobernantes."

"La libertad de expresar sus ideas por la prensa es un derecho de todo ciudadano."

Estas dos frases corresponden a dos nuevos sentidos de la expresión "derecho subjetivo", los cuales están vinculados con cuestiones de organización política. (Como hemos visto, muchas veces, cuando se habla de estos derechos se está aludiendo a derechos *morales* y no jurídicos, o sea derechos que el Estado tiene el deber moral de convertir en derechos jurídicos.)

Veamos el primero de los sentidos mencionados.

En los sistemas democráticos, se faculta a los ciudadanos a participar en la creación de normas generales, ya sea autorizándolos a sancionar ellos mismos tales normas —democracia directa— o a elegir los órganos encargados de dictarlas —democracia indirecta—.

El derecho electoral es del mismo tipo que el derecho subjetivo en sentido técnico que se analizó antes; pues, en ambos casos, la voluntad del individuo es una condición necesaria para que se dicte una norma jurídica, general, en el caso del derecho político, y particular, en el de la acción procesal.

Kelsen señala, sin embargo, una diferencia importante entre ambos tipos de derechos: mientras la acción procesal siempre tiene como

objetivo reclamar el cumplimiento de un deber jurídico o una sanción por su incumplimiento, en el caso del derecho electoral no hay tal vinculación con un deber jurídico. Puede muy bien haber un deber correlativo al derecho político, como el del funcionario obligado a recibir el voto del elector, pero el derecho electoral no tiende al cumplimiento de ese deber, así como tampoco la demanda tiene por objeto el cumplimiento del deber de recibirla por parte del juez.

El otro sentido del derecho político se relaciona con los llamados "derechos y garantías fundamentales" como los consagrados por nuestra Constitución en los arts. 14 a 18.

Estos derechos protegen a los individuos contra la sanción de ciertas normas que contradicen otras de nivel superior.

Supongamos, por ejemplo, que el Congreso dicta una ley restringiendo la libertad de prensa, ¿qué puede hacer un individuo afectado por esa ley? Recurrir a los tribunales reclamando la anulación de esa ley por ser contraria a lo dispuesto por la Constitución (en nuestro sistema sólo es posible obtener la anulación de la norma para el caso particular que se plantea, no su derogación judicial para todos los casos).

De modo que este derecho político es análogo al derecho en sentido técnico, o acción procesal, en cuanto consiste en una facultad para poner en movimiento la maquinaria judicial. Sin embargo, el objetivo de la acción en uno y otro caso es distinto: en el caso del derecho en sentido técnico consiste en obtener una sentencia que imponga una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico; en el de la garantía fundamental, el propósito es obtener una sentencia que anule una norma que contradice otra de nivel superior.

De cualquier modo, en todos estos casos de derechos subjetivos, se describe el hecho de que la voluntad de los particulares es considerada por determinadas normas como condición de ciertos efectos jurídicos.

El jurista norteamericano W. N. Hohfeld distinguió en un famoso ensayo (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning*), diferentes sentidos de "derecho subjetivo", que sólo parcialmente concuerdan con los que aquí hemos mencionado.

Los sentidos que distinguió Hohfeld fueron denominados por él "pretensión", "privilegio", "potestad" e "inmunidad".

Un aspecto interesante del desarrollo de Hohfeld consiste en caracterizar a cada uno de estos conceptos por sus *opuestos jurídicos* (o sea

los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto en cuestión denota), y por sus *correlativos jurídicos* (es decir los conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien uno tiene un derecho, en los distintos sentidos expuestos).

a) Uno tiene una *pretensión* frente a alguien cuando esa persona está en la situación correlativa de tener un *deber* frente a nosotros (por ejemplo, un acreedor tiene una pretensión frente a quien le debe una suma de dinero). Cuando no tenemos cierta pretensión, se puede calificar nuestra situación como una de *no-derecho*.

b) Uno tiene un *privilegio* frente a alguien cuando ese individuo está en la situación correlativa de *no-derecho* a cierta conducta (por ejemplo, uno tiene el privilegio de entrar en un inmueble cuando nadie tiene el derecho de impedirnos entrar). Por otra parte, el opuesto de la situación de privilegio es la de *deber* (si alguien no tiene el privilegio de entrar en un inmueble es porque tiene el deber de no entrar).

c) Uno tiene una *potestad jurídica* frente a alguien cuando puede modificar sus relaciones jurídicas (es el caso, por ejemplo, de un apoderado respecto de su mandante o de cualquier funcionario en el ámbito de su competencia). Si alguien tiene una potestad jurídica frente a otro, éste está en la situación correlativa de *sujeción jurídica* frente al primero. Por otra parte, el opuesto de la potestad es una situación de *incompetencia* (o sea el que no puede modificar ciertas relaciones jurídicas no tiene competencia en ese respecto).

d) Uno tiene *inmunidad* frente a otro cuando el otro está en la situación correlativa de *incompetencia* para alterar su *status* jurídico (es el caso, por ejemplo, del propietario de una casa frente a otro que quisiera vender o alquilar la casa). A su vez, la inmunidad implica ausencia de *sujeción*, que es el concepto opuesto.

Estas relaciones entre los diferentes sentidos de "derecho subjetivo" que señala Hohfeld y sus conceptos correlativos y opuestos pueden mostrarse en el cuadro que sigue:

	OPUESTOS	
CORRELATIVOS	pretensión	no-derecho
	deber	privilegio
	privilegio	deber
	no-derecho	pretensión
	potestad	incompetencia
	sujeción	inmunidad
	inmunidad	sujeción
	incompetencia	potestad

b) El derecho de propiedad en particular

Conviene prestar un poco más de atención al tema del derecho de propiedad, dado que presenta una serie de complicaciones teóricas, no pocas de las cuales se originan en las connotaciones ideológicas que tiene la mayor parte de las discusiones sobre la cuestión y el trasfondo místico que subyace en la idea de propiedad.

Se ha dicho que la concepción tradicional sobre los derechos reales y en particular sobre el derecho de propiedad los caracteriza como un vínculo directo entre una persona y una cosa. Típica de esta idea es la definición que de "dominio" (término equivalente a "propiedad") da el art. 2506 de nuestro Cód. Civil cuando dice: *"El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona".*

Esta concepción de la propiedad como una relación, no entre personas, sino entre una persona y una cosa, no es aceptada, en términos generales, por la teoría del derecho contemporánea.

¿En qué consiste esa relación hombre-cosa, en virtud de la cual se define "propiedad"? Alguien podría decir que se trata de un conjunto de actos de uso, usufructo y disposición que un individuo ejerce sobre un objeto. Pero una cosa es realizar esos actos y otra es tener derecho de hacerlo. El propietario puede no usar un inmueble a pesar de tener derecho a tal uso, y alguien que no es propietario puede usar una casa, sin derecho a hacerlo.

La propiedad no es, entonces, una relación fáctica de una persona con una cosa, sino, en todo caso, un derecho a estar en esa relación fáctica. Pero, cuando tratamos de analizar qué quiere decir "tener derecho a ejercer actos de uso, usufructo y disposición sobre un bien", pronto nos encontramos, entre otras, con normas que establecen la prohibición de todos los demás individuos de perturbar tales actos. Es decir, forma parte esencial del concepto de propiedad una cierta relación normativa entre un individuo y los restantes.

La idea de que hay una especie de vínculo de hecho entre el individuo y la cosa de la cual es propietario, independientemente de la relación normativa del primero con otros hombres —la que se considera como una mera consecuencia—, ha sido tratada especialmente por los realistas escandinavos como un resabio del pensamiento mágico primitivo. Hägerström dice al respecto:

> "Pareciera, pues, que lo que se quiere indicar por derecho de propiedad y pretensiones legítimas, es que son fuerzas reales, que existen con total independencia de nuestros poderes naturales; fuerzas que pertenecen a un mundo distinto del de la naturaleza, y que la legislación o las otras formas de creación del derecho simplemente liberan. La autoridad del Estado se limitaría a prestar su ayuda para hacer que estas fuerzas, en la medida de lo posible, incidan en la realidad, pero ellas existen antes de que se preste esa ayuda. De esta manera, podemos entender por qué uno lucha mejor cuando cree que le asiste un derecho. Sentimos que hay aquí fuerzas misteriosas en el trasfondo de las que podemos obtener apoyo."

Los autores han hecho varias tentativas de superar el punto de vista metafísico que, consciente o inconscientemente, identifica al derecho de propiedad con un vínculo sobrenatural entre una persona y una cosa.

Ya se ha hecho referencia al intento de identificar a la propiedad con hechos empíricamente verificables, como ser actos de

uso, goce y disposición que un individuo ejerce sobre un bien. Vimos que esta caracterización no agota el significado del término "propiedad". Tampoco consiguen elucidar completamente su significado otras tesis que también identifican la propiedad con hechos de varias especies, por ejemplo la predicción de ciertas consecuencias fácticas, la prueba del título, etcétera.

La concepción de Kelsen, ya analizada, que consiste en considerar al derecho de propiedad como el simple correlato de una obligación general de omitir ciertos actos, es, sin duda, esclarecedora de algunos usos del término "propiedad"; pero, sin embargo, no proporciona una traducción adecuada para todas las oraciones en que "propiedad" aparece. Por ejemplo, en la frase muy frecuente: "si alguien es propietario, entonces puede disponer libremente de la cosa", muy difícilmente pueda reemplazarse "propietario" por una descripción de un conjunto de obligaciones de los demás hombres.

Un enfoque fecundo ha sido ensayado por varios realistas escandinavos, en especial Alf Ross y Karl Olivecrona. Estos autores sostienen la tesis de que "propiedad" no tiene referencia semántica alguna, o sea no denota ningún hecho ni empíricamente verificable ni, por supuesto, supraempírico.

El pensamiento de Ross (expuesto en su libro *Sobre el derecho y la justicia*) puede ser sintetizado como sigue:

Hay proposiciones de la ciencia jurídica en que el término "propiedad" aparece en su consecuente, por ejemplo:

h_1: "Si una persona se encuentra en poder de una cosa por tradición de su antiguo dueño, entonces es propietario de aquélla".

h_2: "Si una persona ha estado en poder de una cosa durante 20 años, entonces es propietaria de aquélla."

h_3: "Si una persona ha recibido una cosa por herencia, entonces es propietaria de aquélla."

Hay otras proposiciones jurídicas en las que la palabra "propiedad" aparece en su antecedente, por ejemplo:

c_1: "Si una persona es propietaria de una cosa, entonces le está permitido venderla."

c_2: "Si una persona es propietaria de un inmueble, entonces tiene acción para desalojar a los intrusos."

c_3: "Si una persona es propietaria de una cosa, entonces puede percibir sus frutos."

Si tenemos en cuenta la conjunción de estos dos tipos de enunciados, tendremos entonces enunciados complejos de este tenor:

a: "Si alguien ha adquirido una cosa por tradición o por prescripción de veinte años o por sucesión, entonces es propietario y, en consecuencia, puede vender la cosa, desalojar a los intrusos y percibir sus frutos."

Veamos esto en un esquema que presenta Ross, escribiendo "H" para mencionar los hechos condicionantes que hacen que uno sea propietario (herencia, prescripción, tradición), "P" para la situación de ser propietario, y "C" para las consecuencias de ser propietario:

$$\begin{matrix} H_1 \searrow \\ H_2 \rightarrow \ P \ \rightarrow \ C_1,\ C_2,\ C_3 \\ H_3 \nearrow \end{matrix}$$

Como se observa en el esquema, la relación que tienen entre sí los hechos condicionantes es diferente de la que rige entre las consecuencias. Los hechos condicionantes están en *disyunción*, porque basta uno sólo de ellos para que alguien sea propietario; en cambio, las consecuencias jurídicas están en *conjunción*, puesto que la propiedad implica el conjunto de ellas.

Esta exposición sugiere la idea tradicional de que la propiedad es un estado que se da *entre* ciertos hechos condicionantes y determinadas consecuencias jurídicas, distinguiéndose tanto de los primeros como de las últimas. Una cosa serían los hechos que hacen a uno propietario y otra el ser propietario, y también sería diferente el hecho de ser propietario de las consecuencias que ese *status* acarrea.

La tesis de Ross consiste en rechazar ese punto de vista tradicional.

El escritor danés sostiene que en los enunciados del tipo de *a*, que se dio como ejemplo, como así también en el esquema simbólico que se presentó a continuación, la mención de la calidad de propietario es totalmente superflua.

Se podría formular el siguiente enunciado, *a'* que tiene exactamente el mismo significado que *a*:

a': "Si alguien tiene una cosa por tradición o por prescrip-

ción de veinte años o por sucesión, entonces puede venderla, desalojar a los intrusos y percibir sus frutos."

Lo que está representado por este esquema:

$$\begin{array}{l} H_1 \searrow \\ H_2 \rightarrow C_1,\ C_2,\ C_3 \\ H_3 \nearrow \end{array}$$

Como se observa, la única diferencia entre *a* y *a'* es que en el segundo ha desaparecido la cláusula "...entonces es propietario..." Si admitimos que, a pesar de eso, *a* tiene el mismo significado que *a'*, la conclusión es que la cláusula mencionada está de más. En otras palabras, la frase "es propietario" no describe ninguna situación diferente de la que describen las frases que la preceden y la siguen. En *a* el término "propiedad" no tiene referencia semántica alguna; es, como dice Olivecrona, una palabra "hueca", o sea, una palabra que no denota ningún tipo de hechos.

Esta conclusión no debe hacer pensar que la palabra "propiedad" no cumple ningún papel efectivo en el lenguaje jurídico y que las frases en que aparece no designan proposición significativa alguna.

Olivecrona, que coincide con Ross en el desarrollo precedente, señala que en nuestro lenguaje ordinario hay un conjunto bastante amplio de palabras "huecas", que no denotan hecho alguno y que, sin embargo, tienen una importante función técnica. Pone, como ejemplo, el caso de los términos que designan unidades monetarias, "peso", "dólar", "libra", etcétera. Estas palabras actualmente no denotan ni una cantidad de metal, como ocurría en otras épocas, ni ciertos billetes de papel (puesto que el término "peso", por ejemplo, es lo que justamente permite la equivalencia entre ciertos conjuntos de billetes). Sin embargo, estas palabras cumplen una función técnica relevante en las transacciones económicas.

¿Cuál es la función técnica que corresponde al término "propiedad"?

Ross y Olivecrona coinciden en una explicación del siguiente tenor:

Prestemos atención a las oraciones h_1, h_2, h_3 que antes se dieron como ejemplos. Observemos que en su consecuente figura la frase "es propietario".

Si quisiéramos eliminar esa cláusula en tales enunciados, lo podríamos hacer sin inconvenientes conceptuales. Pero ¿qué ten-

dríamos que poner en lugar de tal cláusula? La respuesta obvia es que habría que enunciar el conjunto de consecuencias jurídicas mencionadas en el enunciado *a*. Así en vez de h_1, tendríamos que formular, por ejemplo, el siguiente enunciado h'_1: "Si una persona se encuentra en poder de una cosa por tradición de su antiguo dueño, entonces puede disponer de la cosa, desalojar a los intrusos y percibir sus frutos."

Si tenemos en cuenta que las consecuencias jurídicas son muchas más que las mencionadas en el ejemplo, en cualquier derecho positivo moderno, advertimos la economía de palabras que se obtiene usando el término "propiedad" y la ventaja de presentación que tiene h_1 sobre h'_1.

Ahora traigamos a colación las oraciones c_1, c_2 y c_3. También aquí la cláusula "es propietario" puede ser eliminada sin cambiar el sentido del enunciado. Para eso debemos reemplazar aquella cláusula por, en este caso, la enunciación de los hechos condicionantes mencionados en la oración *a*. De este modo, en vez de c_1, por ejemplo, tendríamos este enunciado c'_1: "Si alguien está en poder de una cosa por tradición o por herencia o por prescripción, entonces puede disponer de la cosa."

Como también en este caso los órdenes jurídicos modernos no se limitan a establecer los tres hechos condicionantes mencionados en el ejemplo, nuevamente advertimos el poder de síntesis que tiene la palabra "propiedad".

Vale decir que la función técnica del término "propiedad" consiste en reemplazar la mención de una conjunción de consecuencias jurídicas en frases que indican un hecho condicionante y en reemplazar la mención de una disyunción de hechos condicionantes en oraciones que señalan una cierta consecuencia. Esto, sin que el término "propiedad" denote ni la disyunción de condiciones ni la conjunción de consecuencias, ni ningún otro hecho o estado que esté entre los primeros y las últimas. Ni siquiera es posible sostener que la palabra "propiedad" tiene denotación, aunque ella es ambigua, ya que denotaría, a veces, la disyunción de hechos condicionantes y, a veces, la conjunción de consecuencias. Si esto fuera así, sería admisible decir "si alguien es propietario (en un sentido), entonces es propietario (en el segundo sentido)", lo que resulta chocante en el lenguaje ordinario, aun teniendo en cuenta la supuesta ambigüedad de "propiedad".

Esta que acabamos de señalar no es la única función del término "propiedad". Olivecrona señala dos funciones más, aparte de la técnica, con un desarrollo que reconstruimos a continuación someramente.

Hay un grupo de expresiones del lenguaje ordinario que difícilmente se pueden clasificar en las categorías corrientes de descripciones, directivas, exclamaciones, etcétera. A tales expresiones, estudiadas especialmente por J. L. Austin, se las ha llamado "realizativas" u "operativas", porque tienen la característica de que, pronunciarlas en un contexto adecuado y bajo ciertas condiciones, supone *realizar la acción* que la expresión menciona.

Un ejemplo característico de este tipo de expresiones es "prometer"; decir "yo prometo", en determinadas condiciones, no consiste en describir algo ni en prescribir alguna cosa, sino en realizar una cierta acción, precisamente la acción de prometer. Del mismo modo, decir en cierto contexto "yo te bautizo con tal nombre" es bautizar; decir "os declaro marido y mujer" es formalizar un matrimonio; decir "acepto", en cierto contexto, es aceptar.

El término "propiedad" puede, a veces, formar parte de una expresión realizativa.

Cuando un juez dice: "declaro a Fulano propietario de este bien", lo está convirtiendo en propietario y no describiendo o prescribiendo algo. Cuando alguien manifiesta: "cedo la propiedad de esta casa a Fulano", está cediendo la propiedad.

Formular este tipo de frases no es relevante por el significado descriptivo que eventualmente puedan tener (incluso, como en el caso de "propiedad", puede tratarse de palabras huecas), sino porque el hecho de pronunciarlas es condición para que sean aplicables determinadas normas. Que alguien diga, en cierto contexto, "cedo mi propiedad a Fulano", es condición para que determinadas reglas que establecen ciertas consecuencias jurídicas se apliquen a Fulano.

Olivecrona agrega que el formular expresiones realizativas, en ciertos contextos y de acuerdo con determinadas reglas, produce en la gente efectos psicológicos definidos. Decir "esto es de tu propiedad" provoca una sensación de permisibilidad, como una especie de luz verde que permite el paso; decir "esto no es tuyo", provoca la sensación, opuesta, de prohibición, como una luz roja que impide pasar. Al hecho de producir estos efectos psicológicos en la gente Olivecrona lo llama "función de signo de las palabras huecas", pues se trata de una función no determinada por el significado de tales palabras, sino por un hábito adquirido por los hombres, condicionado a oír ciertas palabras en un contexto determinado y de acuerdo con reglas determinadas.

También Olivecrona asigna al término "propiedad" una función informativa indirecta.

Desde que "propiedad" no denota nada, cuando se dice "Diego tiene la propiedad de esta cosa", no es posible que se esté dando alguna información. Sin embargo, la gente considera a frases semejantes como informativas. ¿Cuál es la explicación de esta aparente dis-

cordancia entre el sentido común y la tesis de Ross y Olivecrona sobre la falta de significado descriptivo de "propiedad"?

Olivecrona contesta de este modo: una respuesta fácil podría ser que cuando alguien dice "Diego es propietario" está informando que Diego ha participado de algún hecho condicionante, como ser que ha poseído la cosa por veinte años. Sin embargo, esta solución no es satisfactoria, porque el que dice eso no quiere hacer mención al hecho que origina la propiedad —el que le puede resultar indiferente e incluso puede ignorar— sino a algún supuesto efecto que surge de aquel hecho. La respuesta que a Olivecrona le parece admisible es que, independientemente del hecho misterioso que quiera mencionar quien habla, cuando se formula la expresión "Diego es propietario" se lo hace de acuerdo con ciertas reglas; entonces, aunque la expresión no describa la aplicabilidad de las reglas en cuestión, como sólo se la usa cuando aquéllas son aplicables, el interlocutor se informa indirectamente, al oír la expresión, de que ciertas normas se aplican al caso de Diego.

Un ejemplo, en cierta medida análogo, puede aclarar la explicación precedente de Olivecrona. Cuando alguien exclama "¡ay!", no está *describiendo* un dolor, sino *expresándolo* (a diferencia de decir "me duele"). Sin embargo, como sólo se exclama "¡ay!" sinceramente cuando se está dolorido, el interlocutor puede inferir que quien lo dice, se encuentra en ese estado; por lo que "¡ay!", que no es un término descriptivo, ofrece una información indirecta cuando es pronunciado en condiciones adecuadas. Del mismo modo, la frase "Diego es propietario" no describe nada; pero como sólo se formula cuando ciertas reglas son aplicables, del hecho de que fue pronunciada, el interlocutor puede inferir la aplicabilidad de aquellas reglas.

Los desarrollos que acabamos de ver sobre el concepto de propiedad no son, sin duda, concluyentes y cabe esperar nuevas contribuciones esclarecedoras respecto al punto. Sin embargo, constituyen pasos importantes hacia el objeto de desmitificar una noción que está fuertemente vinculada a los resabios del pensamiento mágico y obscurecido por posturas ideológicas.

Las tesis expuestas no suponen tampoco una toma de posición en la discusión de filosofía política sobre cuál es el régimen de propiedad más justo. Pretenden esclarecer el esquema conceptual que se usa tanto en esas discusiones, como en el análisis del derecho positivo. La única consecuencia indirecta que pueden tener los desarrollos teóricos precedentes, respecto a la controversia ideológica sobre el régimen de propiedad, consiste en disolver las racionalizaciones de algunos mitos sobre las relaciones de los hombres con las cosas, sobre los que se ha fundado algunas justificaciones de ciertos sistemas de propiedad.

7. Capacidad jurídica y competencia

a) Capacidad

La palabra "capacidad" tiene, en el lenguaje ordinario, un significado relacionado con la posibilidad y la habilidad para actuar. Aun dentro de este marco general, en el uso común del lenguaje es posible encontrar varios sentidos diferentes, aunque ligados entre sí, de "capacidad". No es lo mismo decir "Juan es un hombre capaz" que afirmar "Juan es capaz de escalar una montaña" o decir "Juan es capaz de negar los hechos más obvios".

Cuando, en el lenguaje ordinario, se predica de un hombre que es capaz de algo, se le está atribuyendo una propiedad de tipo disposicional.

Gilbert Ryle (en *El concepto de lo mental*) ha estudiado las propiedades disposicionales con referencia a los atributos de tipo psicológico, varios de los cuales, por ejemplo, el saber cómo hacer algo, se relacionan con la capacidad.

Para entender qué es una propiedad disposicional, se suele ofrecer el ejemplo de la solubilidad del azúcar. Cuando se dice que tal trozo de azúcar es soluble, no se está predicando que tenga actualmente alguna característica peculiar observable, como podría ser su color, su consistencia, su sabor; se está prediciendo que si el azúcar es puesto en agua, se disolverá. Esto no significa que el trozo de azúcar será soluble en el futuro, sino que *ahora* es soluble, porque si en el futuro se dan ciertas condiciones, se va a disolver.

Lo mismo, cuando decimos "Pedro es capaz de hablar en francés", no estamos describiendo, como dice Ryle, una conducta actual de Pedro ni un proceso psicológico que ocurra actualmente en la mente de Pedro (puede ser que no esté actualmente hablando en francés, ni pensando en francés); lo que queremos decir es, por un lado, que Pedro ha realizado cierto aprendizaje de francés en el pasado y, por otro lado, que si en el futuro se dan las condiciones adecuadas, como por ejemplo que se le formule una pregunta en francés, probablemente Pedro actuará en cierta forma apropiada, por ejemplo, contestará en ese idioma.

De igual forma, cuando decimos "Hugo es un hombre capaz" no estamos describiendo ninguna conformación especial del cerebro de Hugo, sino que tenemos en cuenta determinados comportamientos de Hugo en el pasado, y estamos prediciendo que si en el futuro se dan ciertas condiciones, por ejemplo el planteo de un problema, Hugo actuará adecuadamente, por ejemplo, solucionando tal problema.

Tener en cuenta esta característica del concepto de capacidad en el uso común, resulta útil cuando se analiza el significado técnico que tiene "capacidad" en los contextos jurídicos.

En el derecho civil es donde el concepto de capacidad jurídica ha tenido un más amplio desarrollo.

A partir del art. 31 del Cód. Civil argentino surge una definición de "capacidad" como facultad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Los civilistas clasifican la capacidad en *de derecho y de hecho.*

La precedente definición del art. 31 responde al concepto de capacidad de derecho.

La capacidad de hecho, en cambio, no se relaciona con la posibilidad de adquirir derechos y de obligarse, sino con la posibilidad de hacerlo por *sí mismo*, sin la intervención de un representante legal.

El principio general del derecho civil es que todos son capaces, salvo que la ley los declare expresamente incapaces para realizar ciertos actos jurídicos.

En el derecho civil contemporáneo, no hay una incapacidad *de derecho* absoluta, es decir, no hay hombres que no puedan adquirir algún derecho ni contraer alguna obligación. Obviamente, una situación semejante de derecho se limita a ciertos actos. Por ejemplo, los esposos tienen una incapacidad de derecho para hacer determinados contratos entre sí (por ejemplo una compraventa); los padres no pueden contratar con sus hijos; los religiosos de congregaciones no pueden, en general, contratar; los comerciantes en quiebra no pueden vender los que eran sus bienes, ya que después de la quiebra éstos pertenecen a sus acreedores; ciertos parientes no pueden casarse entre sí, etcétera.

Por el contrario, hay incapaces *de hecho* que lo son en forma *absoluta*; o sea, hay personas que no pueden por sí mismas, es decir sin la intervención de un representante legal, adquirir ningún derecho subjetivo civil ni contraer ninguna obligación.

En nuestro derecho, los incapaces absolutos son los siguientes (art. 54, Cód. Civil):

1º) *Las personas por nacer* (ya que en nuestro ordenamiento la personalidad jurídica comienza desde la concepción, o sea que una criatura no nacida, pero concebida, puede, por ejemplo, ser beneficiaria de una herencia).

2º) *Los menores impúberes*, es decir, los que tienen menos de 14 años.

3º) *Los dementes.*

4º) *Los sordomudos que no pueden hacerse entender por escrito.*

Estas personas no pueden realizar actos jurídicos civiles (contratar, hacer testamento, casarse), salvo muy pocas excepciones, si no es por medio de sus representantes legales que pueden ser, según los casos, sus padres, tutores o curadores.

Son incapaces *relativos*, o sea que no pueden por sí mismos realizar muchos actos jurídicos, pero gozan de importantes excepciones, los mayores de 14 años y menores de 21, que son llamados por la ley "menores adultos".

Si un incapaz realiza un acto jurídico, ese acto es nulo. La extensión y los efectos de la nulidad dependen de que la incapacidad sea de derecho o de hecho y, en este último caso, que sea absoluta o relativa.

Las incapacidades civiles pueden verse como excepciones a la autorización genérica que el sistema jurídico acuerda a los particulares para realizar ciertos actos, como contratar, contraer matrimonio, hacer testamento, adquirir la propiedad de cosas, etcétera.

Se podría decir que, siendo excepciones a normas de autorización, las incapacidades suponen una prohibición. Sin embargo, esto puede resultar engañoso, pues la prohibición está relacionada con la idea de sanción o, por lo menos, con la idea de conductas que el derecho pretende desalentar. Esto no es así respecto a los actos civiles realizados por incapaces; como dice Hart, este tipo de actos no están sometidos a sanción, pues la nulidad no puede considerarse una pena, ni tampoco se pretende desalentarlos; al derecho le resulta indiferente que se intenten o no, simplmente los priva de efectos jurídicos.

Los actos no autorizados por el derecho, como son los actos civiles formalizados por incapaces, son actos inidóneos para satisfacer los hechos condicionantes de determinadas consecuencias previstas por las normas del sistema. Una venta subscripta por un menor de 14 años, por ejemplo, no satisface las condiciones que nuestro Código Civil requiere para que tengan lugar los derechos y obligaciones que surgen de la compraventa.

En este sentido, podría haber una cierta analogía entre la capacidad de derecho civil y el concepto de capacidad del lenguaje ordinario. Como vimos, un individuo capaz para, por ejemplo, escalar una montaña, es aquel de quien puede predecirse que, en condiciones adecuadas, realizará con éxito una acción de aquella

clase. Un sujeto civilmente capaz sería aquel de quien es posible predecir que, en ciertas condiciones, tendrá éxito en hacer que ciertas consecuencias jurídicas sean aplicables.

Sin embargo, la analogía señalada es relativa, porque en el caso de la capacidad civil, ésta no supone una predicción de hechos futuros (salvo desde un enfoque realista, en el que las normas son substituidas por profecías sobre las decisiones judiciales), sino que depende de lo que disponen actualmente las normas que integran el sistema jurídico. Claro está que las *condiciones* que toman en consideración tales normas, para decretar una incapacidad civil (como el hecho de ser demente), pueden constituir, ellas mismas, propiedades disposicionales.

El tema de la capacidad también es relevante en el derecho penal. Para que una pena sea aplicable a quien cometió un delito, el sujeto debe ser capaz, o "imputable", como se dice técnicamente en la dogmática penal.

Según los dogmáticos argentinos, el concepto de imputabilidad está definido *a contrario* por el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal. De acuerdo con esta norma, son imputables quienes en el momento de cometer el delito pueden comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones.

¿Quiénes no son imputables? La dogmática, siguiendo el texto de la ley, señala estos casos:

1º) Los menores de 16 años, pues la ley (en este caso la ley 21.338) presume que no tienen la madurez mental suficiente para comprender la criminalidad de un acto.

2º) Los que, a pesar de ser mayores de 14 años, no tienen un grado suficiente de desarrollo de sus facultades mentales, o sea los oligofrénicos.

3º) Los que tienen una alteración morbosa de sus facultades mentales, o sea los psicóticos. En esta categoría se incluyen algunos casos de sordomudez y la tendencia moderna incorpora algunas psicopatías.

4º) Según algunos autores, también son inimputables los que obran en estado de inconsciencia absoluta, por ejemplo, por una embriaguez profunda.

En muchos casos de inimputabilidad, cuando el juez lo considere necesario para la protección del individuo o la sociedad, puede aplicar a aquél una medida de seguridad, como la reclusión en un manicomio, o en un reformatorio de menores. Las medidas de seguridad no tienen finalidad represiva, sino de protección o reforma, de tal manera que cesan cuando ha desaparecido el peligro o se ha completado el proceso de reeducación.

La incapacidad penal, o sea la inimputabilidad, se parece a la incapacidad civil en que en los dos casos no se satisface una condición para que ciertas consecuencias jurídicas (la pena, en un caso, un conjunto de derechos y obligaciones, en el otro) sean aplicables. También, ambos tipos de incapacidad se parecen en que los datos fácticos que se tienen en cuenta en los dos casos, locura, minoridad, son, en buena medida, los mismos.

Sin embargo, con las señaladas, quedan agotadas las analogías. Por eso, parece absurdo el enfoque de Kelsen que lleva mucho más lejos la semejanza entre la incapacidad civil y penal.

Kelsen parte del hecho que la capacidad civil supone una autorización para obtener ciertos efectos jurídicos, a través de determinados actos.

Pero bien pronto se encuentra con el inconveniente de que su teoría no admite normas de autorización (salvo cuando cae en ciertas inconsecuencias, como en el tema de derecho subjetivo) sino sólo normas prohibitivas, o sea normas que disponen sanciones bajo ciertas condiciones.

¿Qué querrá decir entonces, en el contexto de la *Teoría pura*, que un sistema jurídico "autoriza" determinada conducta? Kelsen intenta salir del paso sosteniendo que una conducta está autorizada cuando está mencionada en una norma como condición o como consecuencia, o sea que todas las conductas que las normas mencionan, por ejemplo, la de contratar, la de no cumplir el contrato, la de demandar la ejecución forzosa de los bienes del que no cumplió y la de ejecutar tales bienes, son conductas autorizadas por el derecho para obtener ciertos efectos jurídicos.

Como surge del ejemplo que recién se dio, también el acto antijurídico —no cumplir el contrato, en el caso, o matar, robar, etc.— sería una acción autorizada por el derecho, pues está mencionada por el antecedente de una norma. De allí deriva la identificación de la capacidad penal y de la civil como consistiendo ambas en autorizaciones para obrar obteniendo ciertos efectos jurídicos. Un loco, por ejemplo, no estaría autorizado ni para contraer una obligación civil ni para recibir una pena.

Aunque Kelsen aclara que, en este desarrollo, "autorización" se usa en un sentido amplio, que no implica aprobación, su planteo es de cualquier modo inaceptable. En el uso común del lenguaje, es contradictorio decir de una conducta prohibida que está "autorizada". Por otra parte, usualmente se entiende que se autoriza

a un individuo para la obtención de cierto resultado que se supone desea o puede desear; obviamente sería muy extraño que el derecho autorizase a obtener una consecuencia jurídica que consiste en una pena. Parece no haber ninguna razón para apartarse del significado en uso de "autorización", otorgándole un sentido tan exótico que provocaría muchas confusiones. En resumen, la capacidad penal es análoga a la civil en cuanto se relaciona con ciertas exigencias de madurez y normalidad psíquica —que en buena parte constituyen propiedades disposicionales— necesarias para que una consecuencia jurídica, en este caso la pena, sea aplicable; pero no es razonable considerar a la capacidad penal como una autorización para actuar de modo de obtener aquella consecuencia sino, en todo caso, como una autorización a ciertos funcionarios para que hagan efectiva una pena, cuando un individuo mentalmente normal y desarrollado ha obrado antijurídicamente.

b) *Competencia*

El concepto de *competencia* parece, en cambio, guardar más estrecha analogía con el de capacidad civil.

Tanto la competencia, como la capacidad, pueden considerarse como autorizaciones para dictar ciertas normas.

Se es capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas (esto es lo que Hohfeld llama "potestad jurídica").

Se podría considerar a la capacidad como una facultad limitada a auto-obligarse, o sea, a dictar normas autónomas. Esto se ve claramente en el caso de una promesa. En el caso de un contrato, la intervención de cada individuo sirve no solamente para obligarse a sí mismo, sino también para obligar al otro contratante; sin embargo, el contrato puede reducirse a promesas recíprocas de dos individuos. El caso del testamento es más difícil porque parece que el testador obligara a otras personas, fundamentalmente a los herederos; no obstante, el testamento es considerado generalmente como una promesa que subsiste a pesar de la muerte de quien la formuló.

La competencia es, en cambio, una capacidad para obligar jurídicamente a otras personas; o sea, para dictar normas heterónomas. Se es competente para dictar una ley, una sentencia,

una ordenanza, que son normas jurídicas que no se refieren, fundamentalmente, al individuo que las dicta.

Por cierto que la competencia no sólo se actualiza dictando normas que disponen que cierta conducta es obligatoria, sino también cuando se dictan normas que permiten determinadas acciones. Sin embargo, difícilmente se considerará que alguien es competente para autorizar cierta conducta, si no es también competente para prohibirla; o sea para declarar obligatoria a su opuesta.

Siendo la competencia la facultad para regular jurídicamente la conducta de los demás, obviamente está relacionada con la forma de organización política de una sociedad. Esto supone, por lo menos en sociedades medianamente desarrolladas, la centralización de la competencia en ciertos individuos especialmente designados.

Mientras todos los individuos son civilmente capaces, excepto los expresamente excluidos —ya que la facultad de auto-obligarse está descentralizada—, sólo determinados individuos son jurídicamente competentes.

La competencia para dictar normas jurídicas heterónomas sólo está descentralizada en aspectos muy limitados de la vida social; por ejemplo, en la relación del padre con sus hijos o del patrón con sus dependientes. Incluso estos casos son excluidos del ámbito jurídico por muchos juristas en virtud de considerar a la centralización de la competencia como una propiedad definitoria de "derecho".

Como la competencia consiste en una autorización para dictar normas dirigidas a determinados individuos, es evidente que no se tiene, fundamentalmente, en cuenta condiciones generales, como el desarrollo mental en el caso de la capacidad, sino que tales individuos son nombrados específicamente.

> Claro está que hay normas generales que establecen qué condiciones mínimas deben reunir quienes ocupan una función; por ejemplo, el art. 97 de nuestra Constitución respecto al cargo de juez. Hay otras que disponen el procedimiento para su designación, por ejemplo el art. 86, inc. 5º, de la Const. Nacional también respecto a los jueces, y, por fin, hay otras que establecen el ámbito de la autorización para dictar normas válidas. Sin embargo, esas normas tienen que ser completadas por una norma particular por la que se designa a Fulano para ejercer la función de que se trata.

Para que un individuo tenga competencia para dictar normas válidas, en relación a un cierto sistema jurídico, debe estar autorizado por una norma válida de ese sistema, o sea, por una norma dictada por otro funcionario competente, y así sucesivamente. Naturalmente, se llega a un nivel en que nos encontramos con un funcionario que, si bien ha dado competencia a otros de grado inferior, no es él mismo competente, en el sentido que no ha sido autorizado por una norma válida dictada por otro órgano competente. Esta cuestión ha originado complicados problemas en la teoría del derecho, a la que nos referimos en el capítulo anterior.

Por último, debe aclararse que la competencia puede no agotarse en un permiso para dictar o aplicar normas; también puede estar vinculada a un deber jurídico de hacerlo. Por ejemplo, el carcelero no sólo está autorizado a mantener a alguien detenido, también tiene el deber de hacerlo si está dispuesto por una sentencia judicial.

8. El concepto de persona jurídica

La noción de capacidad civil está vinculada con la de persona jurídica, hasta tal punto que muchos autores las identifican.

Como se ha visto, la capacidad es, según la dogmática civil, la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones; precisamente el Código Civil define "persona jurídica", en el art. 32, como un "ente suceptible de adquirir derechos, y contraer obligaciones" (lo que, incidentalmente, no resulta muy esclarecedor, ya que, como veremos en seguida, la cuestión reside en determinar qué tipo de "ente" son las personas jurídicas).

De lo anterior, resulta que predicar de un individuo que es jurídicamente capaz parece ser equivalente a afirmar que es una persona jurídica.

Sin embargo, los problemas que estudia la dogmática bajo el rubro "persona jurídica" son de diversa índole que los que se vieron en relación a la capacidad.

Aquí no se trata de analizar qué derechos y obligaciones pueden adquirir o ejercer ciertos individuos, sino si hay entidades diferentes a los hombres a las que también las normas jurídicas atribuyan derechos, impongan deberes o establezcan sanciones.

Vale decir que, si bien hay acuerdo en que los hombres capaces son personas jurídicas, el interrogante que intentan respon-

der las teorías sobre la persona jurídica es si para el derecho puede haber también personas que no sean hombres y, en ese caso, cuáles son.

Hay dos hechos que parecen estar en conflicto.

Por un lado, efectivamente hay normas que parecen establecer facultades, obligaciones y sanciones para sujetos que no son hombres. Se cuenta que en el derecho medieval había reglas que disponían penas para los animales cuando éstos cometían determinados daños. En el derecho contemporáneo hay muchas normas que se refieren a las llamadas personas "colectivas" o "morales", tales como sociedades, asociaciones, fundaciones, instituciones gubernamentales, universidades, organismos internacionales, etcétera.

Por otro lado, al sentido común de los juristas le resulta muy difícil imaginar que algo diferente a un hombre pueda ejercer un derecho; obedecer un mandato o sufrir una pena.

El problema se da, en el derecho moderno, respecto a las *personas colectivas* (cuando, en adelante, hablemos de "personas jurídicas" generalmente nos referiremos a las personas colectivas).

Cuando, por ejemplo, el presidente de una sociedad anónima, en ciertas condiciones, adquiere un inmueble, no lo hace para sí, sino en representación de la sociedad. Esto significa que no podrá usar del inmueble o percibir sus frutos del mismo modo que lo hace con un bien de su propiedad, que no podrá transmitirlo a sus herederos, que si deja de pagar alguna deuda personal el acreedor no podrá ejecutarle ese inmueble, etcétera.

Cuando, en otro caso, el presidente de una sociedad anónima contrae una obligación en nombre de la sociedad, las consecuencias son también diferentes del caso en que la hubiera contraído en su propio nombre. Principalmente, si no cumple con la obligación la ejecución forzada no recaerá sobre sus bienes personales sino sobre los bienes de la sociedad.

Todo parece ocurrir, entonces, como en el caso del padre que representa a su hijo menor en un acto jurídico por el que este último adquiere algún derecho o contrae cierta obligación. En este caso, también es el hijo y no el padre quien puede usar y percibir los frutos del inmueble que el último compró en su nombre y son los bienes del hijo y no los del padre los que serán ejecutados por el incumplimiento de la obligación.

Sin embargo, la analogía entre una sociedad anónima y el menor, representados respectivamente por el presidente del directorio y el padre, parece no explicar el punto que se pretende resolver. Porque si bien se entiende qué quiere decir que un menor ha devenido propietario de una cosa (por ejemplo, que los demás están obligados a respetar sus actos sobre ella), no es tan fácil comprender qué significa que una sociedad anónima se ha convertido en propietaria de un bien; ¿qué actos, y de qué personas, son los que deben ser respetados?

Una posible respuesta sería que el presidente de la sociedad representa a los demás integrantes, a los socios, los que ocuparían el lugar del menor en la relación de representación. La propiedad que el representante de la sociedad adquirió correspondería al conjunto de los socios y las obligaciones que, en nombre de la sociedad, contrajo su presidente deberían ser cumplidas por aquéllos.

Sin embargo, esta explicación no es satisfactoria. Los socios no son propietarios de los bienes de la sociedad de la misma forma que un conjunto de personas puede tener una cosa en condominio. Mientras los condóminos pueden usar la casa o vender su parte en la propiedad de la misma, los socios no pueden hacerlo del mismo modo. Por otro lado, ese inmueble no se confunde con los demás bienes de los socios, de tal manera de poder ser ejecutados por el incumplimiento de una deuda personal.

Además, se entiende que una sociedad sigue siendo la misma aun cuando cambien todos los socios, sea por fallecimiento o por que han vendido las acciones o cuotas sociales. Piénsese que hay instituciones o sociedades que tienen una antigüedad que supera ampliamente el término de vida de cualquier hombre.

Por otra parte, la cuestión es todavía más complicada en el caso de otro tipo de personas colectivas como el Estado, una universidad o la Iglesia católica. ¿Quién sería el propietario de un inmueble adquirido por la Universidad de Buenos Aires? ¿El rector? ¿Los profesores? Ninguna de estas respuestas es satisfactoria, por lo menos si el término "propiedad" se usa con el mismo sentido que cuando decimos que Juan es propietario de la casa en donde vive.

Vale decir que no resulta fácil interpretar los derechos, obligaciones y sanciones, que las normas jurídicas establecen respecto a las personas colectivas, como derechos, obligaciones y sanciones de ciertos hombres.

Los juristas, perplejos ante la falta de una respuesta con sentido común sobre la cuestión han propuesto una serie de teorías sobre la posible denotación de la expresión "persona jurídica".

1) Teorías "negativas". Algunos autores sostienen que no hay más personas jurídicas que los hombres, o sea, que no admiten la existencia de personas colectivas.

Para explicar la referencia que hacen las normas jurídicas a sociedades, asociaciones, etc., algunos afirman que, cuando se habla de personas colectivas, se trata, en realidad, de un conjunto de bienes sin dueño que están afectados a un cierto fin; otros sostienen que se trata de un condominio sujeto a reglas diferentes a las del ordinario, etcétera. Todas estas concepciones coinciden en que cuando se dice que una sociedad o institución es propietaria de un bien o ha celebrado un contrato, lo que se dice es algo que se predica de ciertos *individuos* (que son los que han contratado o son propietarios del bien).

2) Teorías "realistas". En el extremo opuesto, se encuentran algunos juristas que suponen que, además de los hombres, hay otras entidades reales que son personas jurídicas; es decir, sostienen que las personas colectivas están configuradas por ciertos fenómenos que se dan en la realidad, siendo independientes de la conducta de determinados hombres.

Para algunos juristas, la entidad que constituye una persona colectiva es una voluntad social que se independiza de la de cada uno de los integrantes de la sociedad, surgiendo como un elemento autónomo.

Según otros autores, las personas colectivas son instituciones, definiéndose a éstas como "ideas fuerzas" que están orientadas hacia ciertos fines y alrededor de las cuales se reúnen un grupo de hombres interesados en su concreción.

Por cierto que estas elucubraciones incurren en una abierta fantasía al postular "realidades" no sujetas a contraste empírico, siendo sus propuestas, por otra parte, tan extremadamente vagas que es imposible extraer de ellas algo más que imágenes pictóricas. Algunos llegan tan lejos como para suponer a las personas colectivas como superorganismos cuya "cabeza", por ejemplo, estaría constituida por los directivos de la sociedad.

3) *La teoría "de la ficción".* Savigny es el creador de esta teoría. Según ella, desde el punto de vista empírico, es evidente que las únicas personas son los hombres; sólo ellos tienen capacidad de derecho. Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede, teniendo en cuenta razones de utilidad, suponer ficticiamente la existencia de entidades que no son hombres, como soporte de derechos y obligaciones. Esas entidades no existen en la realidad pero los juristas hacen como si existieran, atribuyéndoles una voluntad destinada al cumplimiento de ciertos fines jurídicos.

Desde este enfoque, y contrariamente a lo que sostienen las teorías "realistas", el Estado tiene absoluto arbitrio para crear o disolver personas jurídicas, puesto que son meros artificios técnicos; la capacidad de las personas colectivas se limita al objeto de su creación por el derecho y tales personas no pueden cometer delitos, ya que, para ello, sería necesario cierta voluntad y la única voluntad que el derecho les atribuye a las personas colectivas es para cumplir sus fines lícitos, siendo absurdo que el derecho supusiera una voluntad dirigida a violarlo.

4) *La teoría de Kelsen.* Hans Kelsen propone un enfoque original y fecundo sobre esta cuestión que puede resumirse en estas proposiciones:

1º) No hay diferencia substancial entre la persona individual y la colectiva. Las teorías tradicionales no podían eludir diferenciarlas, pues identificaban a la persona individual con el hombre; sin embargo, "hombre" y "persona individual" no son expresiones sinónimas.

El hombre es una entidad psicológica y biológica. La persona es una entidad jurídica.

La persona, a diferencia del hombre, es un conjunto de derechos y obligaciones, o sea de normas jurídicas, que constituyen una cierta unidad.

2º) Tanto la persona individual como la colectiva *consisten en conjuntos de normas.* La diferencia reside en que, mientras en el caso de la persona individual las normas se refieren a un solo hombre, en el de la persona colectiva se refieren a un grupo de hombres.

3º) De lo anterior se infiere que los únicos que pueden ser titulares de derechos y obligaciones son los hombres, no hay otras entidades, ni reales ni ficticias que puedan ser sujetos de relaciones jurídicas.

4º) Sin embargo, muchas veces la ciencia jurídica por conveniencia técnica en la presentación del derecho *personifica* a los conjuntos normativos, imputándoles actos de ejercicio de derechos y cumplimiento o incumplimiento de deberes realizados por ciertos hombres. Así cuando se dice "la sociedad *X* interpuso una acción judicial", se está atribuyendo al sistema de normas constitutivo de la sociedad *X*, el acto de un cierto individuo.

Esto constituye una técnica que permite ofrecer una explicación resumida de ciertos fenómenos jurídicos, ya que, de no usársela, habría que describir minuciosamente las normas que constituyen a la sociedad en cuestión y los actos de un conjunto muy amplio de individuos.

Sin embargo, la técnica de tratar como personas a los conjuntos normativos es prescindible, pudiéndose describir perfectamente la realidad jurídica haciendo referencia solamente a la conducta de ciertos hombres.

5º) Para que el acto de un hombre se impute a un sistema de normas, ese acto debe estar previsto por tal sistema.

Por ejemplo, los actos del presidente de una sociedad anónima sólo son atribuibles a la sociedad cuando están autorizados por el estatuto constitutivo de la misma.

El *órgano* de una persona jurídica es, entonces, el individuo cuyos actos son atribuibles al conjunto de normas constitutivas de aquélla, por estar autorizados por tales normas.

6º) En el caso de las personas individuales, las normas estatales establecen no solamente un conjunto de derechos y obligaciones —elemento material— sino también quiénes son sus titulares —elemento personal—. Cuando se trata de una persona colectiva, las normas estatales sólo determinan el elemento material, delegando la función de establecer quiénes son los sujetos de las relaciones jurídicas al estatuto de la sociedad.

7º) Las sociedades, asociaciones, universidades, fundaciones, constituyen ordenamientos jurídicos parciales. El conjunto de las normas de un ordenamiento jurídico nacional, cuando está centralizado, configura el Estado, que también es una persona jurídica. Esto quiere decir que *"Estado" y "derecho" se identifican* cuando se refieren a un sistema centralizado, pues ambas expresiones hacen referencia al conjunto total de normas jurídicas nacionales. Cuando se trata de un derecho descentralizado,

por ejemplo el derecho primitivo o el internacional, no se suele hablar de Estado.

La propuesta de Kelsen contribuye efectivamente al esclarecimiento del tema.

Por un lado, parte del supuesto de que los únicos sujetos de relaciones jurídicas son los hombres; pero su explicación no se agota en señalar este hecho evidente. No es cuestión de reemplazar el nombre de una sociedad en las proposiciones jurídicas en que aparece, por el nombre de un individuo. Lo que sostiene Kelsen es que *las proposiciones acerca de actos de personas colectivas son traducibles a proposiciones complejas respecto de conductas humanas mencionadas por ciertos sistemas normativos.*

Por otra parte, la tesis de Kelsen no se identifica con la teoría de la ficción, aunque aparentemente está cerca de ella. Si bien Kelsen señala que la técnica de la personificación, no sólo en el caso de la persona colectiva, sino también en el de la individual, es un recurso jurídico prescindible para explicar más cómodamente ciertos fenómenos, no sostiene que se esté fingiendo una entidad, como lo afirman los ficcionalistas. Según estos últimos, los juristas suponen como si hubiera alguien que estuviera actuando, cuando de hecho no hay nadie; en cambio, para Kelsen la expresión "persona jurídica" no denota una especie de hombre fantasmal sino algo real, o sea un *conjunto de normas* a las cuales los juristas atribuyen los actos de los individuos que actúan de acuerdo con ellas.

Sin embargo, este último aspecto de la teoría kelseniana resulta objetable. No parece que lo que los juristas personifican, cuando hablan de una sociedad, sea un orden jurídico. Cuando se dice que una sociedad actúa, ni siquiera inconscientemente se está suponiendo que actúa un sistema de normas. Es comprensible que, en una visión antropomórfica de la realidad, se personifique a animales, a ciertas cosas o a determinados fenómenos; pero no tiene sentido lógico predicar de un conjunto normativo la realización de conductas (es casi como predicar conductas de los números).

Además, entre las cosas que se atribuyen a las sociedades está el tener ciertos derechos y obligaciones; sería en verdad un rompecabezas lógico suponer que a un conjunto de normas se le atribuyen derechos y obligaciones que precisamente derivan de ellas. El absurdo no se subsana aclarando que esta forma de

hablar es sólo un recurso técnico de los juristas y que en realidad los derechos y obligaciones corresponden a los individuos.

Por último, al identificarse a las personas jurídicas con sistemas de normas, tendría que condenarse como un sinsentido (a pesar de que parecen perfectamente significativas) aquellas normas que se refieren precisamente a la sociedad, con las que según Kelsen estarían identificadas.

Lo cierto es que Kelsen parece aceptar el mismo presupuesto erróneo de las teorías que critica, cuando pretende que la expresión "persona jurídica" tiene determinada denotación.

5) El enfoque más plausible: la persona jurídica como una construcción lógica. Las teorías que se han mencionado tienen en común, como dice Hart, el suponer que un término no tiene función alguna en un sistema lingüístico si no *hace referencia a alguna entidad.* Las teorías que niegan la existencia de personas jurídicas llegan a tal conclusión a partir de no poder determinar qué hechos denota la expresión "persona jurídica". La teoría de la ficción coincide con la anterior en que la expresión en cuestión no tiene denotación real, pero sostiene que los juristas le asignan una fingida. Las teorías "realistas" atribuyen a "persona jurídica" una referencia a hechos no verificables empíricamente. El propio Kelsen se siente obligado a atribuir a la expresión una referencia a ciertas entidades, o sea, a sistemas normativos.

Sin embargo, hay muchos términos que cumplen una efectiva función en el lenguaje ordinario y en el científico sin que tengan *denotación alguna,* o sea, sin que hagan referencia a ningún hecho u objeto. Al hablar de la expresión "derecho subjetivo" se la ha comparado con términos tales como "peso" o "dólar", que cumplen una función técnica en el lenguaje de las transacciones comerciales a pesar de ser palabras "huecas", como las llama Olivecrona. Tampoco tienen denotación expresiones tales como "hombre medio", "electrón", "campo magnético" y, quizá, "inconsciente" e "intención".

A algunos de estos términos se los llama "teóricos" para distinguirlos de los "observacionales"; de otros se dice que hacen referencia a "construcciones lógicas".

Este tipo de palabras pueden formar parte de frases significativas en tanto y en cuanto tales oraciones sean *traducibles a otras que hablen acerca de hechos observables.* Por ejemplo, las proposiciones que se refieren al hombre medio son equivalentes a

enunciados sobre la mayoría de los hombres que integran una sociedad; los que versan sobre electrones son traducibles, en ciertos contextos, a enunciados que describen la aparición de una línea determinada en un espectro.

La tesis de algunos escritores, entre los que se encuentra Hart, es que la expresión "persona jurídica" pertenece a la clase de términos recién descripta y que las dificultades de la teoría jurídica para determinar su significado, deriva de partir del *presupuesto equivocado de que debe tener alguna denotación para poder formar parte de enunciados significativos.*

El enfoque correcto consiste en desistir de intentar definir la expresión "persona jurídica" de tal modo que ella denote algún tipo de entidades —sean seres humanos, organismos supraindividuales, o entes ficticios—, y centrar en cambio el análisis en las funciones que esta expresión cumple en distintos contextos, mostrando en cada caso cómo puede traducirse las frases en que ella aparece en otras frases que hacen referencia a hechos observables. Este enfoque del concepto de persona jurídica es análogo al que expusimos en relación al concepto de propiedad: en ambos casos es vano buscar en el mundo ciertas cosas o hechos que constituyen la referencia o denotación de estos conceptos; pero en ambos casos tiene sentido preguntarse qué función cumplen los respectivos conceptos en diferentes tipos de enunciados y cuáles son los enunciados acerca de hechos observables que son equivalentes a los primeros.

Si procedemos así, encontraremos que algunas de tales frases son equivalentes a enunciados sobre la conducta de ciertos hombres en determinadas condiciones, otras son traducibles a enunciados que se refieren a sistemas normativos, etcétera. La confusión empieza a surgir cuando, de esta comprobación, se pretende concluir que "persona jurídica" denota ya sea hombres, ya sea conjuntos de normas, ya sea cualquier otro tipo de entidades.

> Se puede dar un ejemplo que muestra, con cierta claridad, las dificultades del punto de vista tradicional y las consecuencias de la propuesta de Kelsen, Hart y otros autores modernos.
>
> Una de las cuestiones que más problemas ha creado a la teoría jurídica se relaciona con la posibilidad de que las personas colectivas cometan actos antijurídicos.
>
> Las teorías que niegan la existencia de personas jurídicas diferentes de los hombres han sostenido que sólo los individuos pueden cometer delitos, pues sólo a ellos se les puede aplicar penas. Respecto de la pena de prisión y la de muerte, resulta obvio que sólo es posible

aplicarlas a un hombre; en relación a otras penas, como la de multa, sostienen los defensores de estas teorías que, aunque aparentemente las sufra una sociedad, en última instancia, pesan sobre ciertos individuos.

La teoría de la ficción también rechaza la posibilidad lógica de que una persona colectiva cometa un acto antijurídico. Además de hacer suyo el argumento anterior, esta teoría sostiene que las personas colectivas carecen de un elemento imprescindible en todo delito que es la voluntad. Esto es así, porque, siendo las personas colectivas, según esta teoría, ficciones del derecho, su voluntad constituye también una creación jurídica artificial y resulta evidente que el derecho sólo atribuye a aquéllas una intención dirigida a fines lícitos y no a violar el ordenamiento jurídico.

Las teorías "realistas" sostienen, en contraposición a las tesis anteriores, que las personas colectivas pueden ser sujetos activos de delitos, pues tienen una voluntad real que es distinta de la de los individuos que la integran e independiente de cualquier atribución por parte del Estado. Además, si bien no pueden ser objeto de penas de prisión, por una imposibilidad empírica, sí pueden estar sometidas a otro tipo de sanciones como las de multa, inhabilitación para ejercer cierto tipo de actividades o disolución.

Hans Kelsen pone la cuestión en términos mucho más claros que las teorías anteriores. En primer término, sostiene que resulta obvio que quienes realizan la acción antijurídica y quienes sufren las sanciones son únicamente los hombres. Sin embargo, esto no significa que tengan razón las teorías de la ficción o las denegatorias de las personas colectivas. Porque, así como se imputa jurídicamente a una sociedad un contrato celebrado por un hombre, no hay ningún inconveniente en imputarle también un delito cometido por un individuo y la pena que ese mismo individuo u otros deben padecer como consecuencia del delito.

Por cierto, aclara Kelsen, que para que la dogmática proceda a imputar a una persona colectiva un delito o una pena, deben darse ciertas condiciones que la técnica de la personificación requiere. La más importante de tales condiciones es que el acto antijurídico, que se atribuya a la persona colectiva, esté previsto en el estatuto que forma parte de ella. Esto puede plantear el problema de que, si un estatuto social autorizara a los órganos a cometer un delito, ese estatuto sería nulo de acuerdo al ordenamiento jurídico de casi todos los países. Sin embargo, sostiene Kelsen que, fuera de que puede no ser necesario que el estatuto social sea válido para que los juristas procedan a utilizar la técnica de atribuir ciertas conductas de individuos a una asociación, es posible que, según la dogmática, sea suficiente que el *cumplimiento* de una obligación por parte de un órgano esté previsto en el estatuto de la persona colectiva, para atribuirle a ésta también el *incumplimiento* de tal obligación.

En relación a las penas, Kelsen sostiene que no hay ninguna razón teórica para limitar las que puede padecer una persona colectiva a la ejecución de bienes y a la multa. Si una norma estableciera,

lo que sería chocante en el derecho penal moderno, que si un órgano de una sociedad comete un delito los restantes socios deberán ser ejecutados o encarcelados, los juristas podrían perfectamente hablar de que la sociedad debe ser ejecutada o puesta en prisión. Naturalmente que, de hecho, sólo rodarán las cabezas de ciertos hombres, y sólo éstos, y no una entidad fantasmal, ocuparán celdas en la prisión. Pero lo mismo ocurre con las sanciones de multa o ejecución de bienes, que sólo las sufren personas de carne y hueso y, sin embargo, parece razonable, usando la técnica de la personificación, imputarlas a una sociedad cuando se dan ciertas condiciones.

También Hart contribuye a esclarecer la cuestión contestando el argumento de la teoría de la ficción de que las personas colectivas no pueden cometer delitos porque no tienen voluntad. Según el profesor de Oxford, el error de las teorías corrientes, respecto de las personas colectivas, consiste en no tener en cuenta que las expresiones que se refieren a ellas se usan de acuerdo con reglas diferentes y, por lo tanto, tienen un significado distinto que cuando se utilizan en proposiciones que se refieren directamente a individuos.

De este modo, cuando se dice que la sociedad *X* quiso tal cosa, no se quiere decir que todos sus miembros tuvieron una cierta intención, como dirían las teorías escépticas respecto de las personas colectivas, ni que hubo una intención independiente a la voluntad de cualquier individuo, tal como sostendrían los "realistas", ni tampoco que un individuo supuesto tuvo una intención ficticia, según diría la teoría de la ficción.

"Voluntad", dice Hart, cambia de significado cuando aparece en un enunciado que se refiere a una sociedad, ya que los hechos que lo hacen verdadero son diferentes de los que verifican un enunciado análogo referido a un hombre. En este último caso, basta con que el individuo de quien hablamos quiera algo; en el primero, es necesario que haya ciertas normas jurídicas que dispongan determinadas consecuencias para ciertos individuos cuando otro, relacionado con ellos por un contrato social, haya tenido cierto propósito.

Sintetizando la línea de pensamiento de autores como Kelsen y Hart, un enunciado del tipo "Honestidad S.A. cometió una defraudación impositiva" (o "celebró un contrato", o "...adquirió un bien") no puede ser traducido en otros enunciados cuya única diferencia con el anterior consiste en que "Honestidad S.A." es reemplazado o por una larga lista de nombres propios de individuos (como lo propondrían las teorías negativas); ni por la descripción de una entidad fantasmal que, sin ser un hombre, actúa como los hombres (como propugnarían las teorías realistas), ni tampoco por la descripción de un hombre imaginario (tal como lo sugiere la teoría "de la ficción").

La traducción de una proposición como la del ejemplo es mucho más compleja, pues debe proporcionarse un conjunto de

enunciados que describan tanto la conducta de ciertos individuos como la existencia de determinadas normas jurídicas.

Una traducción muy simplificada de "Honestidad S.A. cometió una defraudación impositiva" podría ser la siguiente:

"En el derecho del país se prevé la posibilidad de que varios individuos ejerzan en común ciertos negocios, de tal modo que la responsabilidad patrimonial que sufran, como consecuencia de los mismos, se limite a lo que cada uno ha aportado para efectuar tales negocios y que los derechos a percibir utilidades y otros beneficios se documenten en instrumentos transferibles sin que sea relevante quién es el poseedor de estos últimos. Se prevé que estos individuos pueden decidir ciertas cosas importantes en asambleas generales y otras cuestiones por medio de un directorio que se nombrará por asamblea. Pedro, Diego, Miguel, Raúl y Carlos han decidido negociar en la venta de inmuebles de acuerdo con las reglas anteriores y convenido en usar el nombre de "Honestidad S.A." en tales operaciones. Han establecido, en un estatuto, qué es lo que se puede hacer y qué es lo que no se puede en cumplimiento de sus propósitos comerciales. Han emitido instrumentos representativos de sus derechos y obligaciones, algunos de los cuales ahora están en otras manos. Los que poseen tales documentos han elegido a Carlos presidente del directorio por un año. Hay una norma que obliga a pagar al Fisco un 5 % del producido de toda venta de inmuebles. Otra regla establece que, cuando una persona con las funciones de Carlos, oculta la venta de un inmueble para no pagar el impuesto, debe abonar una multa del doble de lo evadido, pudiendo extraer los fondos de los aportes que han hecho los tenedores de las acciones previstas en el estatuto o de las utilidades que le corresponderían. Carlos efectivamente ha ocultado la venta de un inmueble".

El ejemplo imaginario que se acaba de dar demuestra, por un lado, el error de las teorías tradicionales, que pretenden que enunciados de este tipo pueden traducirse reemplazando meramente la mención de la persona colectiva por la de un grupo de individuos, por la de un superorganismo o por la de un hombre ficticio; por otro lado, muestra, también, el poder de síntesis de la técnica de la personificación jurídica, que justifica su amplio uso entre los legisladores, jueces y juristas.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

IV

1.— ¿Puede usted señalar algunas diferencias entre el significado de, por ejemplo, las expresiones "obligación" o "derecho" cuando son usadas en la formulación de una norma jurídica o cuando lo son en una proposición que describe una norma jurídica?

2.— ¿Cómo diferencia usted los siguientes hechos?

a) Un homicidio, de la ejecución de una pena de muerte.

b) Una cuarentena, de una pena de prisión.

c) Un impuesto a la importación de mercaderías, de una multa por contrabando.

d) La internación forzosa de quien ha cometido el delito de tenencia de drogas —para someterlo a tratamiento curativo de su vicio—, de la pena de prisión por la comisión de ese delito.

3.— Señale cuáles de los siguientes hechos podrían considerarse sanciones jurídicas y cuáles de tales sanciones jurídicas constituyen penas:

a) La esterilización de los delincuentes sexuales.

b) El embargo y remate de bienes de un deudor moroso.

c) La prisión preventiva de quien se sospecha que cometió un delito.

d) La publicación, a costa del condenado, de la sentencia condenatoria por el delito de injurias.

e) La expulsión del país de un diplomático extranjero por realizar actos de espionaje.

f) Los intereses punitorios establecidos en un contrato para el caso de incumplimiento de alguna obligación.

g) El servicio militar obligatorio.

h) La detención de una persona a disposición del Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio.

i) La inhabilitación para conducir por haber causado, por negligencia en la conducción del automóvil, lesiones a un peatón.

j) La reparación de los perjuicios a la víctima de un delito penal.

k) La internación de un insano que ha cometido un delito.

4.— ¿Es una pena una multa de 100 pesos impuesta a un hombre rico? ¿Es una pena el proveer forzadamente alojamiento y comida en una cárcel a un indigente?

5.— ¿Por qué no se define "sanción" como una medida coactiva que es consecuencia de un acto antijurídico?

6.— ¿Cuál de las dos afirmaciones siguientes es correcta según Kelsen?

a) Un acto es sancionable cuando es un delito.

b) Un acto es un delito cuando es sancionable.

7.— ¿Podría la distinción iusnaturalista entre actos *mala in se* y actos *mala prohibita* ser rescatada por el positivismo para diferenciar diversas clases de actos inmorales?

8.— Señale qué circunstancias tendrían que darse para que los siguientes actos constituyeran delitos en nuestro país:

El incesto - el incumplimiento de una deuda - el ser de raza negra - que los jueces no impongan sanciones a quienes se baten en duelo - el profesar un culto religioso.

9.— Comente esta afirmación:

"Si un delito es una condición necesaria de una sanción, construir una cárcel es un delito, ya que constituye una condición necesaria para que se apliquen penas de prisión".

10.— Señale cuál sería para Kelsen el delito que cada una de las siguientes normas establece:

a) Si alguien injuria a otro y no se retracta debe ser castigado con seis meses de prisión.

b) Si se realiza un contrato cuyo objeto es contrario a la moral y a las buenas costumbres, el contrato es nulo.

c) Si alguien celebró un contrato, no lo cumple y no repara los daños y perjuicios causados, debe procederse a la ejecución forzada de sus bienes para satisfacer la indemnización de tales daños.

d) Si se celebra una venta de un bien en fraude a los acreedores, la venta puede ser revocada.

e) Si alguien libra un cheque sin fondos, el tenedor lo intima fehacientemente a que lo pague y no lo abona en las 24 horas de esa intimación, debe ser sancionado con un año de prisión.

11.— Según la definición de "delito" que propuso Beling y es aceptada por la dogmática penal contemporánea, ¿sería un *delito* el homicidio en Inglaterra? (En ese país no se exige para condenar a alguien por homicidio —*murder*— que el agente sepa o prevea que su acto causará la muerte de otro; basta que sepa o prevea que le causará un daño corporal, y en consecuencia, no es necesario que el agente cometa el acto antijurídico de *matar* a otro en forma *culpable*.)

12.— ¿Qué diferencia hay entre exigir cierta propiedad como condición para que un acto sea punible en un sistema jurídico y exigirla como condición

para denominar "delito" a un acto? ¿A cuál de estas categorías corresponde cada uno de los elementos de la definición de "delito" que acepta la dogmática penal?

13.— Comente esta hipotética defensa que podría aducir un juez que hubiera condenado a alguien por un acto no típico, o sea un acto que no es declarado punible por una ley anterior al hecho:

"El requisito de tipicidad defendido por la dogmática penal contemporánea es un elemento de la *definición de delito*, es decir es una condición para llamar a un acto 'delito'. Yo nunca dije que condené al procesado por un 'delito' - siempre me precié de utilizar el lenguaje con propiedad; declaré expresamente que condenaba al procesado por un acto inmoral que desgraciadamente no es un delito en nuestro país".

14.— Comente este párrafo de Joseph Raz (*The Concept of a Legal System*, p. 87 y 88):

"...mientras Kelsen insiste en que el legislador debe manifestar su intención para prescribir la conducta de otra gente y así crear algún material jurídico oficial, él considera a esa misma intención completamente irrelevante para la interpretación del material jurídico creado de ese modo... En vez de referirse a la 'intención del legislador', a la 'intención oficial' o al 'propósito de la ley', Kelsen define el delito simplemente como 'la conducta de aquel individuo contra quien se dirige la sanción como consecuencia de esa conducta'. Esta definición no consigue distinguir entre hacer una promesa y romper una promesa. Hace que los dos actos sean parte del delito..."

15.— ¿Con qué significado están usados los términos "responsable" y "responsabilidad" en las frases siguientes?

a) Un infarto fue responsable de la muerte de Pedro.

b) Diego es un abogado muy responsable.

c) La sentencia del juez responsabilizó a Roberto por el accidente de trabajo del operario Luis.

d) Los escribanos tienen la responsabilidad de retener las sumas necesarias para abonar los gravámenes de las operaciones que se efectúen ante ellos.

e) El responsable del accidente fue el conductor del ómnibus.

f) Los peritos médicos determinaron que el homicida no es una persona responsable.

16.— ¿Cuáles de los siguientes casos son de responsabilidad indirecta?

a) La sanción impuesta a una persona por negligencia en el cuidado de un hijo menor.

b) La sanción impuesta a una persona por los daños causados por su hijo menor.

c) La ejecución de los bienes de un garante en un contrato de locación por falta de pago del alquiler.

d) Las represalias económicas de un país contra otro que violó normas del derecho internacional.

e) La ejecución de los bienes de un individuo para satisfacer la indemnización de los daños causados por un animal de su propiedad.

f) La sanción impuesta a un individuo por haber instigado a otro a cometer un delito.

g) La multa impuesta a una sociedad anónima por la falta de pago de ciertos impuestos.

17.— Si el propietario de un bar sabía que le estaba vendiendo una bebida alcohólica a un ebrio, pero la ley declara punible ese hecho con independencia de que el agente sepa o no que el cliente está ebrio, ¿es éste un caso de responsabilidad *objetiva* o *subjetiva*?

18.— Imagine una situación en que sea adecuado decir que alguien se "vio obligado" a hacer algo, pero no que "tenía la obligación" de hacerlo, e imagine una situación en que se dé el caso inverso.

19.— Comente esta hipotética tesis:

"A pesar de lo que dice Hart, el concepto de deber jurídico está conectado con la probabilidad de sufrir una sanción. Si no hubiera tal posibilidad la norma que prohíbe la conducta sancionable no tendría vigencia, y si esa norma no está vigente, no hay, entonces, un deber jurídico de abstenerse de la conducta en cuestión".

20.— ¿Cree usted que hay alguna relación entre la definición de "obligación jurídica" en términos de hechos psicológicos o de la probabilidad de interferencia estatal y la concepción *realista* del derecho que estudiamos en el capítulo I? ¿Cuál es la diferencia entre la definición que se basa en la probabilidad de que se aplique una sanción y la definición de Kelsen?

21.— ¿Cuáles son los deberes jurídicos que, según la teoría de Kelsen, surgirían de las siguientes normas:

a) Si alguien injuria a otro y no se retracta debe ser castigado con un año de prisión.

b) No se debe cometer incesto.

c) Si dos personas celebran un contrato, una no lo cumple, la otra demanda la indemnización de los daños y perjuicios causados, y la primera no los satisface, debe procederse a ejecutar los bienes de quien no cumple.

d) El testamento hecho sin testigos es nulo.

e) Los funcionarios policiales tienen el deber de advertir al imputado de un delito que puede negarse a declarar.

22.— Comente este párrafo de P. M. S. Hacker (*Sanction Theories of Duty*):

"El principal defecto general de las teorías que definen el deber en relación a la sanción es, como he sugerido, el poner demasiado énfasis en la sanción y muy poco en el *standard* de conducta que impone el deber. Porque un deber es una guía para la acción mientras

la amenaza de una sanción es un 'acicate', y la primera función debe usarse como prioritaria con respecto a la segunda. El concepto de una norma que impone un deber puede ser ulteriormente analizado en términos de razones que justifican actos, poniendo, de este modo, mayor énfasis en la función de guía que tiene el deber..."

23.— Proponga algunos sinónimos parciales de "derecho" en sus sentidos objetivo y subjetivo.

24.— Comente esta hipotética tesis:

"El positivismo, al negar la existencia de derechos subjetivos no reconocidos por el sistema jurídico positivo, renuncia a una de las más eficaces construcciones intelectuales que se han elaborado para promover el respeto de la dignidad humana. ¿De qué otra forma, si no es apelando a los derechos subjetivos que son esenciales a la persona humana, puede reclamarse de un régimen autoritario que adecue su sistema jurídico a principios civilizados? ¿De qué otra forma, si no es invocando derechos que existen con independencia de las leyes positivas puede un 'disidente' defenderse en un proceso judicial, en un sistema totalitario? El positivismo sólo permite recurrir a los derechos subjetivos básicos cuando ello es menos necesario, o sea cuando tales derechos ya están reconocidos por el sistema jurídico positivo".

25.— ¿Es suficiente que alguien tenga derecho a realizar cierta conducta —en el sentido de que no hay una norma jurídica que la prohíba— para que esa conducta no pueda ser impedida o sancionada por los particulares o las autoridades?

26.— ¿En qué consiste la incoherencia entre la admisión que hace Kelsen de un sentido de "derecho" equivalente a autorización y su concepción acerca de la estructura de las normas jurídicas?

27.— Formule dos frases tales que en una de ellas la expresión "derecho" se use con el sentido de correlato de una obligación pasiva y en la otra como correlato de una obligación activa.

28.— ¿Por qué el ejercicio de acciones procesales implica, según Kelsen, la participación de los particulares en la creación de derecho?

29.— ¿En qué se asemejan y en qué se distinguen las acciones procesales de los derechos políticos y de las garantías constitucionales?

30.— ¿Con qué sentido está empleada la expresión "derecho" (subjetivo) en cada una de las frases siguientes?

a) Usted tiene derecho de no ser despedido de su empleo sin justa causa.

b) La asamblea de socios tiene derecho de designar al directorio de la sociedad.

c) Todos los habitantes del país tienen, según la Constitución, el derecho de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional.

d) Tengo derecho de fumar en una calle pública.

e) El que ha alquilado un inmueble tiene derecho de usarlo con exclusión de su propietario.

f) El viudo o viuda sobrevivientes tienen derecho a una parte igual de los bienes del cónyuge que cada uno de los hijos.

g) El propietario de un fundo tiene derecho a que en los fundos vecinos no se hagan excavaciones que puedan afectar a la seguridad de los edificios existentes en el primero, teniendo derecho de reclamar la indemnización de los daños que se causaren.

h) Cada provincia tiene derecho de elegir dos representantes para el Senado nacional.

i) La firma "Indigesta S.A." es la única que tiene derecho de vender alimentos en los estadios durante este campeonato.

31.— Comente los siguientes materiales teniendo en cuenta que los "derechos reales" son un género que abarca el derecho de la propiedad y otros derechos menos importantes:

Art. 497, Código Civil argentino: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales".

Comentario de Vélez Sársfield (redactor del Código Civil argentino) al Título IV del Libro III: "...diremos con Demolombe, que derecho real, es el que crea entre las personas y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto... El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto, no hay intermediario alguno y existe independiente de toda obligación especial de una persona hacia otra".

32.— Traduzca estas frases a otras en que no aparezca los términos "propiedad" o "propietario".

a) Si Juan firmó la escritura, entonces ya es propietario de la casa.

b) Si usted es propietario de este inmueble, puede desalojar a los intrusos.

c) El que posee de buena fe un inmueble durante diez años adquiere su propiedad.

f) Los propietarios de automóviles deben pagar un impuesto especial.

33.— Siguiendo el esquema de Hohfeld, si alguien tiene una inmunidad frente a otro, ¿en qué situación está este último frente al primero, y en qué situación estarían ambos de no ser cierta la suposición precedente? Si alguien tiene un deber frente a otro, ¿qué es lo que tiene este último frente al primero, y en qué situación estarán ambos cuando se extinga el deber del primer individuo?

34.— Señale cuáles de las siguientes incapacidades son, según nuestro sistema jurídico, de "hecho" y cuáles lo son de "derecho".

a) La de los jueces en relación a transacciones sobre bienes sometidos a juicio en su tribunal.

b) La de las personas por nacer respecto de la celebración de ciertos contratos.

c) La incapacidad de los dementes para contraer matrimonio.

d) La de los cónyuges de celebrar entre ellos un contrato de compraventa.

35.— ¿Cuáles son las analogías y diferencias entre la capacidad civil y la competencia?

36.— ¿Admite Kelsen que las normas que otorgan competencia son normas jurídicas independientes?

37.— Identifique a qué teorías sobre personas jurídicas corresponden las descripciones siguientes del profesor Victor N. Romero del Prado (en su actualización del *Tratado de derecho civil* de Raymundo M. Salvat, Bs. As., 1958, t. I) y exponga las observaciones que tales teorías le sugieren:

a) "Savigny define la persona jurídica —párrafo 85— como un sujeto de derecho creado artificialmente por la autoridad. Para los partidarios de esta teoría, la persona jurídica es, en general, un ser imaginario y ficticio, un sujeto del derecho de bienes creado artificialmente por la ley con el fin de facilitar a ciertas instituciones y asociaciones, convenientes al bien público el cumplimiento de su misión... [Añade] Laurent: ¡A la voz del legislador un ser sale de la nada y figura, sobre un cierto pie de igualdad, al lado de los seres reales! Todo es ficticio en esta concepción; es necesario el poder soberano para llamar a la existencia a un ser que no existe antes de esa declaración de voluntad..."

b) "Para Planiol, bajo el nombre de personas jurídicas o civiles, es preciso entender la existencia de 'bienes colectivos'; no ve así en ellas, más que una propiedad colectiva... [Para Ihering] la persona jurídica no es por sí misma la destinataria de los derechos que posee, sino las personas físicas encubiertas por aquélla, que viene a ser así la máscara bajo la cual se ocultan los verdaderos titulares de relaciones jurídicas... Los verdaderos sujetos de derecho no son las personas jurídicas, sino los miembros aislados; ellas son la forma especial mediante la que los segundos manifiestan sus relaciones con el mundo exterior, forma que no tiene importancia alguna para las relaciones de los miembros entre sí".

c) "Para [Gierke] la persona corporativa es una persona real formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción, que no es una simple suma de voluntades humanas, sino, por el contrario, una voluntad nueva y superior, con voliciones propias, diversas de las particularidades de sus miembros y administradores, que son los órganos necesarios de esa voluntad colectiva, por medio de los cuales se manifiesta y realiza".

38.— ¿Es Kelsen un partidario de la teoría de la ficción? ¿Qué denota para él la expresión "persona jurídica"? ¿Qué relevancia tiene su concepción de las personas jurídicas sobre su posición acerca de la relación entre Estado y derecho?

39.— Si la expresión "persona jurídica" no hace referencia a ninguna clase de entidades, ¿cómo pueden verificarse empíricamente los enunciados que hablan acerca de personas jurídicas? ¿Cómo pueden ellos distinguirse de los enunciados que hablan acerca de animales mitológicos o de seres fantasmales o fabulosos?

40.— ¿Puede usted distinguir, entre los argumentos que niegan la responsabilidad penal de las personas colectivas, los que apelan a consideraciones lógicas u ontológicas de los que invocan consideraciones valorativas? Dé ejemplos de cada uno de estos tipos de argumentos.

Capítulo V

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

1. Introducción

En el segundo capítulo de este libro se ha intentado una caracterización de las normas jurídicas que las vinculaba con ciertos usos del lenguaje.

De ello no se infiere que, para que una norma exista, tenga necesariamente que haberse realizado un acto lingüístico.

Muchas veces las normas no se verbalizan, sino que se presuponen implícitamente cuando se reacciona en cierto sentido frente a determinadas circunstancias. Así ocurre con las normas consuetudinarias y en parte también con las jurisprudenciales. Para que sea verdad, por ejemplo, que entre los comerciantes rige una norma que prescribe considerar el pago dentro de los 30 días como pago al contado, no es necesario que alguien haya pronunciado la oración "el pago dentro de los 30 días a partir de la operación debe ser considerado como pago al contado". Basta con que los comerciantes reaccionen de igual forma ante ambas modalidades de pago y critiquen a los que no lo hagan. Sin embargo, cualquier norma es expresable, aunque no haya sido expresada de hecho, mediante oraciones lingüísticas. Ello permite considerar las normas como el significado de ciertas oraciones, así como las proposiciones constituyen el significado de otras.

En el caso de la mayor parte de las normas jurídicas se recurre al lenguaje a fin de promulgarlas. Esto es propio del derecho creado deliberadamente, aunque es dable pensar en normas de este tipo que se hagan conocer por medios no lingüísticos. Se podría imaginar un derecho primitivo en el cual el legislador tea-

tralizara las conductas que deseara obtener de sus súbditos. Y aun en el mismo derecho moderno basta recordar muchas normas de tránsito que se hacen explícitas mediante carteles en los que sólo aparecen ciertas flechas o dibujos.

Cuando las normas se sancionan o se transmiten no por medio del lenguaje sino por vía de la ejemplificación de los comportamientos que se ajustan a ellas, hay que determinar qué aspectos de tales acciones están regulados normativamente, lo cual puede envolver ciertas dificultades. Hart da el ejemplo de un niño a quien su padre le enseña ostensivamente la regla que dispone sacarse el sombrero en la iglesia; observando a su padre, el niño puede dudar de si lo que está prescripto es sólo sacarse el sombrero o hacerlo con la mano izquierda, o con un ademán particular, etcétera.

En las normas que se comunican utilizando símbolos, lingüísticos o no, la determinación de qué norma ha sido sancionada presupone la actividad de *interpretar* tales símbolos, o sea de atribuirles significado.

La tarea de establecer qué regla subyace a una regularidad de conductas o a una frase lingüística, se plantea en forma acuciante cuando hay que decidir, por un "sí" o un "no", la aplicabilidad de la norma a un caso concreto. Cuando se está en esa tarea, no basta decir que existe una norma que prescribe sacarse el sombrero en la iglesia; hay que resolver, por ejemplo, si la prescripción rige también para los no creyentes; no es suficiente concluir que la expresión "matar" que utiliza el art. 79 del Cód. Penal argentino significa quitar la vida a un hombre, sino que deberemos decidir, por ejemplo, si cubre un caso como el de quien omite salvar la vida de otro, teniendo el deber de hacerlo.

Todos nosotros deliberamos cotidianamente acerca de la aplicación de normas a ciertos casos, ya para planear futuras conductas, ya para evaluar acciones cometidas en el pasado.

Respecto de las normas jurídicas hay, sin embargo, un cuerpo de funcionarios, los jueces, cuya opinión es privilegiada en cuanto a la aplicación de una norma a un caso, puesto que el pronunciamiento de esa opinión es condición para que se hagan efectivos los efectos que las normas establecen.

Los jueces, en los Estados modernos, enfrentan generalmente normas promulgadas a través de un lenguaje y, en la inmensa mayoría de los casos, de un lenguaje escrito.

Los legisladores utilizan un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditos, ya que generalmente están interesados en comunicar sus directivas en la forma más eficaz posible, lo cual obviamente no conseguirían si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado.

La formulación de normas utilizando un lenguaje corriente hace que la expresión de la intención del legislador se encuentre limitada por los defectos que, como veremos más adelante, presentan los lenguajes naturales.

Además, el uso de un lenguaje natural compromete al legislador con la consecuencia de que sus expresiones sean interpretadas de acuerdo con el significado que a ellas les atribuyen las costumbres lingüísticas del grupo social al que las normas van dirigidas. Es verdad que, como luego veremos, los símbolos lingüísticos no tienen por qué tener otro significado que el que les otorga quien los usa. Sin embargo, esto se encuentra condicionado, en el derecho, por la dificultad de conocer la intención de los legisladores, a los que muchas veces sobreviven sus normas, y por la convención, vigente en la dogmática actual, de que la intención del legislador no es un criterio decisivo para atribuir significado a sus palabras, sino que tienen prelación sobre él la determinación de cómo serían razonablemente interpretadas por sus destinatarios y las consideraciones acerca de la relación que debe guardar la norma en cuestión con otras que integran el sistema jurídico.

Así, pues, no es del todo exagerado sostener que los jueces se encuentran vinculados, en el derecho legislado, no por un conjunto de normas, sino por una serie de oraciones cuyo significado es asignado de acuerdo con ciertas reglas semánticas y sintácticas, las haya tomado o no en cuenta el propio legislador. Una coma, quizá mal colocada, constituye para los jueces un obstáculo mucho más grave que la supuesta intención del legislador acerca del sentido de una palabra, puesto que los tribunales no pueden alterar, borrando o tachando, lo que está escrito en un texto legal, pero sí pueden adaptar el significado de las expresiones lingüísticas a usos lingüísticos diferentes de los seguidos por el legislador.

También los legisladores están condicionados, en la expresión de su intención, por las leyes y reglas de inferencia lógica. Un análisis lógico de los enunciados legislativos puede llevar a descalificarlos o a mostrar consecuencias no previstas por sus autores.

Debe tenerse en cuenta que las normas que un legislador sanciona, se insertan en un sistema integrado también por otras normas; por lo cual, de la combinación de las normas que un legislador dicta con las otras que ya pertenecen al sistema o formen parte de él en un futuro, podrán derivarse consecuencias no advertidas quizá por dicho legislador, o bien surgir problemas lógicos —como contradicciones, lagunas, redundancias— que no se presentan en las normas aisladas, sino una vez que entran en relación con el resto del sistema jurídico.

En lo que sigue se mostrarán algunos problemas de índole semántica y sintáctica con que puede tropezar la interpretación de los textos legales; luego se analizarán otros de carácter lógico.

Antes de revisar las dificultades de índole lingüística que plantea la interpretación jurídica, conviene exponer las características que presentan los lenguajes naturales.

2. Algunos aspectos del lenguaje que hablamos

a) Las palabras y su relación con la realidad

Como muchas veces se ha dicho en las introducciones al tema del lenguaje, las palabras constituyen *símbolos* para representar la realidad, así como lo son también las notas musicales, las sirenas de las ambulancias, las luces de los semáforos, las banderas de los marinos, etcétera.

Los símbolos deben distinguirse de los *signos*, que tienen una relación natural o causal con el objeto que representan: así, el trueno respecto del rayo, el humo con relación al fuego, el llanto de un niño pequeño respecto de su hambre. En cambio, los símbolos tienen sólo una relación convencional con los objetos representados; la representación no emana de una conexión causal con el fenómeno representado, sino de convenciones establecidas implícitamente por los hombres; es decir, de reglas que permiten hacer referencia a ciertos hechos, cosas, relaciones, usando determinadas figuras, ruidos, objetos, etcétera.

La utilidad de tener presente la distinción entre símbolos y signos y de advertir que el lenguaje es un sistema del símbolos, se pone de manifiesto cuando reparamos que existe una tendencia en el pensamiento común, racionalizada por alguna tradición

filosófica prestigiosa, que encara las palabras como si fueran signos, o sea, como si tuvieran una relación natural, independiente de la voluntad de los hombres, con aquello que significan.

Esta idea fue considerada ya en otras partes de este trabajo bajo el rótulo que le da Carnap, de "concepción mágica del lenguaje", o el que emplea Kantorowicz, de "realismo verbal".

Carnap dice que el niño que comienza a hablar se siente inclinado a suponer que las palabras que usa para hacer referencia a las cosas son las naturalmente apropiadas para hacerlo, mientras que otras expresiones, por ejemplo las de idiomas extranjeros, son erróneas o estrambóticas. El adulto es más tolerante con el hecho de que otros pueblos denominen las mismas cosas con otras palabras, pero de cualquier modo se conserva siempre la impresión inconsciente de que lo natural es llamar "casa" y no "*house*" o "*maison*" a lo que, en realidad, es una casa.

El mismo autor muestra cómo se refleja este prejuicio en filósofos y científicos que deberían estar exentos de él. En particular, gran parte de la resistencia al uso del lenguaje cuantitativo por parte de la ciencia tiene su origen, como lo muestra Carnap analizando ciertos argumentos en ese sentido, en la idea de que la forma natural de designar, por ejemplo, una temperatura determinada, es hacerlo con la palabra "frío", y no, pongamos por caso, con la expresión "0°".

La idea de que el significado de las palabras está determinado por la realidad, como si fuera un reflejo de algún aspecto importante de ella, tiene carta de ciudadanía filosófica con el esencialismo. Esta posición, que admite muchas variantes y formulaciones diferentes, pero cuyos rasgos fundamentales fueron esbozados por Platón, sostiene en definitiva que hay ciertas propiedades no empíricas que hacen que las cosas sean lo que son; que, en consecuencia, se diferencian de las cualidades accidentales que las cosas pueden o no poseer, pero que deben reflejarse en el significado de las palabras con que se las nombra.

A esta idea alude Jorge Luis Borges con ironía, en estos deliciosos versos varias veces citados:

> "Si el nombre es el reflejo de la cosa
> (como dice el griego en el Cratilo),
> en las letras de 'rosa' está la rosa
> y todo el Nilo en la palabra 'Nilo'."

Según esta tradición filosófica, hay un "verdadero" y "único" significado de las expresiones del lenguaje, que debe ser captado investigando una misteriosa realidad no empírica.

Preguntas como "¿qué es el hombre?" "¿qué es el derecho?" "¿qué es el bien?", son totalmente indiferentes a cualquier hecho

acerca del lenguaje y se debe responder a ellas expresando la "esencia" o "naturaleza" de tales entidades.

Es importante advertir que las preguntas como las que se acaba de mencionar, son ambiguas.

Cuando se inquiere "¿qué es X?" o "¿qué significa X?", se puede requerir tanto una especificación del significado de la expresión "X" (u "hombre", o "derecho", o "bien"), como una información acerca de determinadas cualidades que de hecho presentan las cosas o fenómenos nombrados con tales palabras (el derecho, los hombres, las cosas buenas, etcétera).

En el primer caso, la pregunta se responde señalando en qué condiciones se usa la expresión de que se trata; la respuesta debe, entonces, consistir en una información acerca del lenguaje, y no acerca de la realidad mencionada por él, salvo en el aspecto obvio de que definir una palabra implica acotar los hechos a que la palabra se refiere. En el segundo caso, en el cual se presupone un significado de la palabra y en consecuencia se pueden identificar los hechos que ella denota, se responde señalando algunas de las propiedades que tales hechos presentan en la realidad.

Ambas cuestiones aparecen confundidas en muchos trabajos de los juristas. Por ejemplo, los penalistas se preguntan "qué es el delito", y las respuestas que dan a este interrogante incluyen por lo común, confusamente, tanto una enunciación de las condiciones para el uso de la palabra "delito", como una descripción de algunas propiedades que los hechos designados por esa expresión presentan según las exigencias contingentes de determinado ordenamiento jurídico.

El factor que provoca la confusión entre ambos tipos de pregunta, es la adhesión a la concepción esencialista. Si se piensa que las condiciones para el uso de una palabra están determinadas por la realidad y no por ciertas reglas del lenguaje convenidas por la gente, elucidar, por ejemplo, el concepto de hombre requerirá, no un relevamiento de los casos a que se aplica la palabra "hombre", sino detectar ciertas propiedades de los hombres, del mismo modo, aunque usando procedimientos cognoscitivos diferentes, que cuando se pregunta por el origen de los seres humanos o acerca de su expectativa de vida.

Muchos de los problemas que parecen más arduos en la filosofía y las ciencias (expresados en preguntas como ¿qué es en realidad el ser? ¿cuál es el verdadero concepto de justicia? ¿qué es la materia?), pierden mucho de su misterio y de la

perplejidad que suscitan, una vez que los traducimos a preguntas acerca del uso de ciertas expresiones del lenguaje.

> El esencialismo conceptual se muestra también en la preferencia que tienen muchos pensadores, entre ellos los juristas, por el análisis etimológico de las palabras como medio para determinar su significado. Si se supone que las palabras poseen un único y verdadero significado, determinar el procedimiento de formación de las expresiones lingüísticas podrá servir de guía para detectar el concepto que quisieron captar quienes le dieron origen a la palabra y que se supone que debe mantenerse incólume en sus futuros usos.
>
> Pero el análisis etimológico constituye una pauta muy poco confiable para establecer el significado de las palabras, pues el procedimiento seguido para inventar un ruido, un fonema o una grafía, aun cuando se lo haya hecho por derivación o combinación de otros sonidos, palabras o rasgos, no determina necesariamente el uso que a tal ruido, fonema o grafía haya de dársele de hecho. Imagínese, si no, lo poco eficaz que sería enseñar a un extranjero el significado de "televisión" o de "Argentina" sobre la base de un análisis etimológico: el pobre aprendiz de nuestro idioma llamaría probablemente "televisión" a un catalejo, y "Argentina" a un país donde abunda la plata.

Cuando decimos que la relación entre los símbolos lingüísticos y la realidad es convencional y no natural, no significamos solamente que la palabra que denota una clase de objetos, designando propiedades comunes a ellos, podría ser reemplazada por otra, como ocurre efectivamente en otros idiomas. Se quiere decir también que el mismo término podría tener un significado diferente del que posee en el lenguaje ordinario y que hay libertad para otorgárselo sin incurrir en falsedad (aunque dificultando la comunicación).

La verdad o falsedad está en relación con los enunciados y no con las oraciones. Es decir que si expresamos el mismo enunciado con palabras diferentes de las que suelen usarse para expresarlo en el lenguaje habitual (por ejemplo, si dijéramos "no tengo nada de pan", usando la palabra "pan" con significado equivalente al de "dinero') el valor de verdad del enunciado no varía.

b) El significado de las palabras

Cuando se habla del significado de las palabras, se suele aludir tanto a su *denotación* (o extensión) —la clase de cosas o hechos nombrada por la palabra—, como a su *designación* (o connotación o intensión) —el conjunto de propiedades que deben

reunir las cosas o hechos para formar parte de la clase denotada por el término.

La designación y la denotación de una palabra están en función recíproca. Si la designación se amplía (por ejemplo, porque antes se exigían las propiedades *A* y *B* para que un objeto integrara la clase y ahora se requieren *A*, *B* y *C*), la denotación posible de la palabra se restringe, porque hay potencialmente menos objetos que reúnan un mayor número de propiedades definitorias. A la inversa, una exigencia menor en cuanto a la designación de la palabra, lleva a una extensión mayor de la denotación potencial de ella.

Lo que decimos se refiere a las llamadas "palabras de clase". Estas palabras no se distinguen de los nombres propios por el hecho, como a veces se dice, de que las palabras de clase denoten muchos individuos mientras que los nombres propios sólo se refieran a uno (que esto no es así lo demuestran expresiones de clase, como "unicornio", que no denotan ningún individuo real, y nombres propios como "Juan Pérez", que designan una gran cantidad de individuos). La distinción radica en que las palabras de clase, además de denotar cosas, *designan* propiedades que deben poseer tales cosas para que sean denotadas por la palabra correspondiente; los nombres propios, en cambio, denotan sin designar: no hay ninguna propiedad común con los otros Juan Pérez que deba haber tenido en cuenta el padre de un recién nacido para ponerle ese nombre.

Las palabras de clase suponen, pues, haber hecho una clasificación de la realidad.

Clasificar consiste en agrupar teóricamente cosas o hechos, tomando en cuenta ciertas propiedades comunes.

Si lo pensamos bien advertiremos que cualquier par de cosas tienen en común alguna propiedad y podrían, por tanto, ser incluidas en la misma clase; y cualquier par de cosas tienen alguna propiedad diferente, lo cual nos permitiría incluirlas en clases distintas.

Por lo tanto, la tarea de hacer una clasificación supone seleccionar como relevantes ciertas propiedades que posean en común determinadas cosas, haciendo caso omiso de otros rasgos semejantes y de las propiedades diferentes que puedan tener. Esta selección tampoco está determinada por la realidad (las cosas no claman: "¡tomad mi redondez y no mi peso para clasificarme!"), sino que simplemente se la hace tomando en cuenta la necesidad

que quiere satisfacerse con la clasificación. Desde luego que el hecho de tomar en cuenta ciertas semejanzas entre las cosas para incluirlas en la misma clase dejando de lado otras analogías y sus diferencias, no implica negar que tales otras semejanzas y diferencias se den en la realidad. Sólo supone el compromiso de no incluir en una clase constituida a partir, por ejemplo, de la propiedad *A*, en consideración a ciertos fines, ningún objeto que no reúna esa propiedad, independientemente de que posea o no muchas otras analogías con las de los objetos que integran la clase.

> Esto que parece tan simple, sin embargo es negado implícitamente por muchos. Algunas de las impugnaciones al pensamiento "abstracto" expresan el disgusto de que se clasifiquen las cosas y se definan las palabras con que se las nombra considerando sólo algunas propiedades como relevantes y no todas las que se dan en la realidad. Poniendo un ejemplo: muchos juristas suponen que, por el hecho de definir la palabra "acción" sin considerar como definitoria la intención del agente, según lo propone la teoría causal de la acción en derecho penal, se niega que las acciones sean intencionales.
>
> Pretender que todas las propiedades de una cosa sean definitorias de las palabras con que se las denomina, es un disparate teórico que proviene de una confusión acerca del funcionamiento del lenguaje. Si se tomara en serio esa idea, tendría que haber una palabra para cada objeto; cualquier propiedad que predicáramos de las cosas estaría presupuesta ya por el significado de las palabras con que las nombráramos, con lo cual nuestros enunciados nunca dirían nada nuevo para quienes usaran el mismo lenguaje. El pensamiento, tanto el corriente como el científico, incluso el de quienes abogan por el pensamiento "concreto", requiere un esquema conceptual apoyado en clasificaciones que tomen sólo algunas propiedades de las cosas como relevantes para nombrarlas con ciertas palabras, de modo que se puedan usar luego las palabras para describir las características contingentes con que se presentan en la realidad tales cosas.

Quizás esto se comprenda mejor si distinguimos diferentes grupos de propiedades que pueden tener las cosas en relación con el lenguaje. Algunas de las propiedades de las cosas son *definitorias* de las palabras con que se las nombra. Son las características que constituyen la designación de un término; su ausencia en una cosa o hecho da lugar a que la palabra en cuestión no le sea aplicable. Por supuesto, que una propiedad que en un momento es definitoria de una expresión lingüística puede dejar de serlo si cambia el uso del término. Los enunciados que predican una propiedad definitoria no son empíricos, no hacen referencia a la realidad, sinó al significado de la palabra que se define por esa

propiedad. Por ejemplo, si se dice "las lapiceras son objetos para escribir", no se da ninguna información acerca de las lapiceras— ni siquiera se dice que exista en el mundo algún objeto de esa índole—, sino que se habla acerca del significado de la palabra "lapicera"; lo cual no puede ser falseado por ningún hecho que ocurra en el mundo (salvo que cambie el uso de la palabra).

Las propiedades de una cosa, que no son definitorias de la palabra con que se la nombra, suelen calificarse de *concomitantes*. Su presencia no es necesaria ni suficiente para el uso del término.

Algunas de las propiedades concomitantes son *contingentes*, en el sentido de que unos objetos de la clase las poseen y otros no. Por ejemplo, el ser de raza blanca es una propiedad concomitante contingente en la clase de los hombres. Otras características concomitantes son *universales*, puesto que, de hecho, aparecen en todos los individuos de la clase. Por ejemplo, el medir menos de cuatro metros es una propiedad que poseen todos los miembros de la clase designada con la palabra "hombre". Las propiedades concomitantes universales se distinguen de las definitorias por el hecho de que, a pesar de que las primeras se dan en la realidad siempre juntas con las definitorias, no son indispensables para el uso del término; de tal modo que si, hipotéticamente, apareciera una cosa que reuniera las propiedades definitorias de la palabra pero no las universalmente concomitantes, la palabra se aplicaría lo mismo (como acaecería si aparecieran hombres de más de cuatro metros de altura).

La acción y el resultado de establecer el significado de una palabra se llama *definición*.

Se suelen distinguir diversas clases de definición, según varios criterios.

Uno de tales criterios toma como relevante la finalidad, por un lado, de informar acerca de cómo la gente en general o alguien en particular usa una palabra, y por el otro, de decidir, prescribir, recomendar cierto uso de un término.

En el primer caso se trata de una definición *informativa* o *lexicográfica*, que será verdadera o falsa según su correspondencia o no con el uso que pretende describir (un ejemplo de este modo de definición sería: "en la Argentina se usa la expresión *traje* para hacer referencia a un atuendo de saco y pantalón").

En el segundo caso, estamos frente a una definición *estipulativa*, que no puede ser verdadera ni falsa, puesto que con ella

no se pretende describir un uso lingüístico sino expresar una decisión o directiva acerca del significado que habrá de darse a una palabra (por ejemplo, "usemos el término *delito* para hacer referencia sólo a las acciones castigadas con prisión"). El parámetro para evaluar las definiciones estipulativas es su utilidad para la comunicación, o para la configuración de un esquema conceptual preciso.

Los diccionarios pretenden formular definiciones informativas acerca del uso de las palabras. Sin embargo, hay ciertos diccionarios, como el de la Real Academia Española, que no se limitan a describir usos lingüísticos, sino que tratan de normarlos, formulando definiciones estipulativas que prescriben que se sigan algunos de los usos vigentes y no otros.

Las definiciones se pueden clasificar también por el *método* que emplean para transmitir los criterios del uso de las palabras.

El método directo, aunque más difícil, es el de formular la *designación* del término. Es decir que se enuncian las propiedades definitorias de la expresión que se pretende definir. Por ejemplo: "vamos a usar la palabra *derecho* para designar un sistema de normas entre cuyas consecuencias esté la permisión u obligación de un acto coactivo"; o bien "el hombre es un animal racional", o "triángulo es una figura cerrada de tres lados". Cuando la definición pretende ser informativa, este método no resulta sencillo, puesto que los criterios para el uso de una palabra son, en general, seguidos en forma no consciente.

Otro método, muy usado, de definición consiste en la mención de algunos miembros de la *denotación* de la palabra. Puede hacérselo designando, tanto subclases de la clase denotada, como individuos particulares. Por ejemplo: "con la palabra *profesional* denominamos abogados, médicos, dentistas, etc."; o bien: "abogados son, por ejemplo, Alberto Mansur, Norberto Spolansky y María Eugenia Urquijo". El problema de este modo de definiciones es que se puede fracasar en el intento de comunicar con precisión cuáles son los criterios para el uso del término, dando lugar a que a veces se tome como definitorias ciertas propiedades que son contingentes a los ejemplos mencionados (por ejemplo, en el caso de la definición denotativa de "abogado" que hemos ofrecido, se podría suponer erróneamente, a partir de los ejemplos dados, que la lucidez intelectual fuera una propiedad definitoria de dicha palabra).

También se puede definir una palabra *ostensivamente*, es

decir, pronunciando la expresión de que se trate y señalando algún objeto denotado por ella. La diferencia con la definición denotativa reside en que en la ostensiva no se mencionan verbalmente los ejemplos de la denotación, sino que se los muestra directamente. Esta es la manera más frecuente de enseñar a hablar a los niños. La definición ostensiva tiene el mismo inconveniente que la que se hace por denotación, ya que puede dar lugar a que se confunda una propiedad meramente concomitante con una definitoria. Sólo la multiplicidad y variedad de objetos indicados puede reducir el margen de error.

El último método de definición es el *contextual.* En este caso se comunica el significado de una palabra incluyéndola en un contexto característico, de tal modo que la comprensión del conjunto de la frase o párrafo permita detectar el significado de la palabra. Por ejemplo: "en el accidente de tránsito en que murió el anciano, el conductor del vehículo no obró con *dolo* sino con imprudencia, pues al parecer no tenía ningún motivo para querer matar a la víctima". El significado del término *dolo,* como intención de un acto jurídico, surge implícitamente del contexto.

c) Las oraciones y las proposiciones

Hasta ahora hemos hablado sólo de las palabras. Pero las palabras cumplen su papel de comunicar ideas, no aisladamente, sino formando parte de oraciones.

Las oraciones son conjuntos de palabras ordenadas según ciertas leyes gramaticales (como la que dispone la necesidad de un verbo para constituir una oración).

Las oraciones pueden usarse, como vimos en el segundo capítulo, con fines muy diversos: para informar acerca de algo, para motivar ciertas conductas, para pedir información, para expresar un sentimiento, etcétera. Tales son los que se suelen denominar *usos del lenguaje,* o en general, *fuerza de las oraciones.*

Hay que distinguir la oración como entidad gramatical, de lo que la oración significa, que puede estar expresado también por otras oraciones o hasta por medios no lingüísticos.

Cuando una oración está usada con el fin de describir algo, su significado suele designarse con el nombre de *proposición* (aunque hay muchas discusiones filosóficas sobre la naturaleza

de las proposiciones). Es de las proposiciones, y no de las oraciones, de las que se predica verdad o falsedad, como lo muestra el hecho de que no cambia el valor de verdad aun cuando se usen diferentes oraciones, si ellas tienen el mismo significado (por ejemplo, no puede ser verdadero lo expresado por la frase: "Juan está a la izquierda de Pedro" y falso lo afirmado por la oración: "Pedro está a la derecha de Juan").

Las proposiciones o enunciados se relacionan con los estados de cosas, así como el significado de las palabras se relaciona con las cosas mismas que denotan.

Hay dos clases de proposiciones según sea el procedimiento que se utilice para determinar su verdad o falsedad.

Las proposiciones *analíticas* son aquellas cuya verdad o falsedad se determina por el mero análisis semántico o sintáctico de la oración que la expresa y, en última instancia, por aplicación de las leyes lógicas. Por ejemplo, el enunciado: "los perros son mamíferos" es una proposición analítica, puesto que implica, según el significado de la palabra "perro", que ciertos mamíferos son mamíferos, lo cual resulta verdadero por la sola aplicación del principio de identidad. El enunciado: "Hoy es martes y no es martes", es también analítico, ya que su falsedad surge asimismo de la aplicación del principio de no contradicción (generalmente los filósofos no llaman "analíticos" a los juicios contradictorios, limitando esa denominación a los juicios lógicamente verdaderos).

Los enunciados analíticos, o son ellos mismos contradictorios o sus opuestos son contradicciones.

La verdad o falsedad de los enunciados analíticos es *necesaria*, puesto que se mantiene independientemente de cómo sea la realidad y se la detecta *a priori* de toda verificación empírica.

Hay acuerdo en que la mayoría por lo menos de los enunciados de las matemáticas y las proposiciones que simplemente analizan una definición presupuesta, son analíticos y necesarios.

Los enunciados analíticos no sirven para dar cuenta de la realidad, ya que son compatibles o incompatibles con todo mundo posible. La función de los enunciados analíticos verdaderos consiste en permitir pasar de ciertos enunciados no analíticos a otros también no analíticos. Así, por ejemplo, los enunciados analíticos "2 + 2 = 4" y "las peras y las bananas son frutas", permiten pasar de los enunciados no analíticos "hoy compré dos

bananas" y "hoy compré dos peras" al enunciado no analítico "hoy compré cuatro frutas".

Los enunciados no analíticos se denominan *sintéticos*. Son aquellos cuya verdad o falsedad *no* se determina por el mero análisis del enunciado ni por la aplicación de leyes lógicas. Estos enunciados no son contradictorios ni su negación constituye una contradicción. Ejemplos como "la pipa está prendida", "hace frío", "los cuerpos caen en dirección al centro de la tierra", pertenecen a esta categoría de enunciados. Se coincide en que la mayor parte de las proposiciones de las ciencias empíricas son sintéticas.

Hay una antigua y compleja discusión filosófica acerca de cómo se determina la verdad de estas proposiciones, ya que no es suficiente el mero análisis semántico y lógico.

La concepción empirista sostiene que *todos* los enunciados sintéticos tienen una verdad *contingente*, ya que depende de que algo ocurra o no ocurra en la realidad, lo cual sólo puede establecerse *a posteriori* de una adecuada verificación empírica (experiencia). Los enunciados son para esta concepción o bien analíticos y necesarios o bien sintéticos y contingentes.

En cambio, el racionalismo filosófico, cuyo exponente más lúcido fue Kant, defiende la tesis de que *algunos* enunciados sintéticos tienen una verdad *necesaria*, que no depende de los accidentes que puedan darse o no darse en la realidad y que se conoce *a priori* de toda experiencia sensible; por ejemplo, por intuición. Además de los de las matemáticas, un enunciado del cual se suele sostener que es sintético y necesario a la vez es el principio según el cual todo acontecimiento tiene una causa (llamado "principio de causalidad").

Actualmente, por la influencia de pensadores como W. O. Quine, se tiende a insistir menos en la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos. Se sugiere que lo que se somete a la contrastación empírica es *todo un cuerpo de enunciados* y que sólo podemos distinguir entre aquellos enunciados del sistema que estamos más dispuestos a abandonar para evitar que el sistema resulte refutado por la experiencia —estos serían los enunciados que se suelen considerar sintéticos— y los enunciados que son más centrales al sistema porque estamos menos proclives a cambiarlos ante pruebas empíricas que contradicen al sistema —estos serían los enunciados que suelen verse como analíticos.

3. Los problemas de interpretación del lenguaje jurídico

El significado de las oraciones está determinado por el significado de las palabras que la integran y por el ordenamiento sintáctico de ellas. En muchas ocasiones las palabras usadas en una oración plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado, y en otras el vínculo sintáctico entre los términos de la oración da lugar a equívocos.

De ello se infiere que muchas veces no es sencillo determinar qué proposición corresponde a una oración del lenguaje.

La dificultad no siempre se debe a que quien formuló la oración no hubiera querido comunicar una idea precisa, sino a que el lenguaje natural, al que hay que recurrir para comunicarse, padece de ciertos defectos endémicos que dificultan la transmisión clara del mensaje. Sin embargo, puede ocurrir también que el uso de un lenguaje impreciso para exponer nuestro pensamiento afecte a este mismo, de modo que, en muchas ocasiones, la idea que se desee transmitir no tenga más profundidad que el significado de las expresiones lingüísticas utilizadas.

Cuando se tiene a mano a quien ha formulado una oración vaga o equívoca, cabe obtener de él una especificación del significado de aquélla, preguntándole acerca de su intención. Es obvio que no siempre se dará esa oportunidad, sobre todo cuando se trate de un texto escrito; por lo cual en esos casos no habrá más remedio que tomar en cuenta elementos distintos de las aclaraciones mismas del autor, para especificar el significado de una oración que, de acuerdo con los usos lingüísticos vigentes, es imprecisa, vaga o ambigua.

El contexto lingüístico en el que la oración aparece (las frases que se dicen antes o después) y la situación fáctica en que se la formula (el lugar, el momento, etc.), son a veces datos relevantes para determinar bien el significado de una oración.

Alf Ross señala dos tendencias interpretativas diferentes que se pueden adoptar ante un texto lingüístico. La primera está constituida por el hecho de centrar la preocupación en la intención que tuvo el que formuló la oración; es ésta una interpretación *subjetiva*. La otra se preocupa primordialmente no por lo que quiso o no quiso decir el autor del texto, sino por lo que efectivamente dijo, según el significado que realmente poseen sus palabras en el lenguaje ordinario; se trata, entonces, de una interpretación

objetiva (aunque esta calificación no excluye que pueda tener también un grado considerable de arbitrariedad).

Existe la tendencia a interpretar objetivamente, o sea con independencia de la supuesta intención del autor, las obras artísticas y científicas. También suele haber casos del lenguaje coloquial en los cuales estamos interesados sólo en determinar cómo podrá entender la gente lo que alguien dijo, cualquiera que hubiere sido la intención del hablante, como, por ejemplo, cuando alguien hace públicamente una referencia dudosa respecto de nosotros. Como ya hemos dicho, también a propósito del lenguaje legal predomina la tendencia interpretativa objetiva.

Los problemas de interpretación de las oraciones lingüísticas se extienden también, naturalmente, a las oraciones mediante las cuales se formulan las normas jurídicas, aunque, como veremos en el capítulo próximo, no siempre lo reconocen así los juristas.

En derecho, el tener dudas interpretativas acerca del significado de un texto legal supone una falta de certeza acerca de la identificación de la norma contenida en ese texto; o, lo que es lo mismo, implica una indeterminación de las soluciones normativas que el orden jurídico ha estipulado para ciertos casos.

En lo que sigue expondremos algunos de los problemas de interpretación lingüística más notorios, y mostraremos cómo ellos se reflejan en algunos textos correspondientes al derecho argentino.

a) Ambigüedades

Una oración puede expresar más de una proposición. Puede ocurrir así porque alguna de las palabras que integran la oración tiene más de un significado, o porque la oración tiene una equivocidad sintáctica.

La ambigüedad semántica de algunas palabras (como, por ejemplo, "cabo", "radio", "prenda", "mano", etc.), es un hecho conocido por todos. Si se dice "el cabo de Hornos es muy frío", se puede dudar si se alude al clima de una determinada región austral o a la falta de sensibilidad de un militar que se apellida "de Hornos".

Hay casos de ambigüedad semántica que no constituyen una mera homonimia accidental, sino que dan lugar a mayores equívocos, debido a que los varios significados de la palabra tienen

una estrecha relación entre sí. Así ocurre con la llamada "ambigüedad de proceso-producto", que se da cuando uno de los significados de la palabra se refiere a una actividad o proceso, y el otro al producto o resultado de esa actividad o proceso. Es lo que acaece con palabras como "trabajo", "ciencia", "construcción", "pintura". Si alguien dice "me encanta la pintura", puede dudarse de si lo que le gusta es pintar él o contemplar cuadros.

También se da lugar a ambigüedades equívocas cuando una expresión tiene un significado vulgar relacionado con su uso científico, pero diferente de él. Eso ocurre con términos como "sal" y "alcohol", que son usados por la gente común con una denotación más restringida que aquella en que los usan los químicos.

La ambigüedad semántica se origina muchas veces en un uso metafórico de una palabra, pero que con el tiempo va creando un significado independiente del original. Así ocurrió seguramente con el término "arteria", aplicado a las calles de una ciudad; con la palabra "rama", cuando con ella se designa alguna de las divisiones de una ciencia, etcétera.

Los siguientes textos constituyen ejemplos de ambigüedad semántica en nuestro derecho positivo.

— El art. 2º de la Constitución Nacional declara: "*El gobierno federal* sostiene *el culto católico apostólico romano*". La expresión "sostiene", utilizada en la redacción de esta norma, adolece de cierta ambigüedad. Una interpretación le asigna el significado de "profesa", otorgando a la norma el sentido de que el gobierno federal considera verdadera la religión católica; en cambio, otra interpretación, defendida por Joaquín V. González sobre la base de lo discutido por los Constituyentes, atribuye a la palabra *sostiene* el significado de "mantiene", "apoya", etc., concluyendo que la norma sólo establece que el gobierno debe atender económicamente al culto católico.

— En su redacción original, el art. 186, inc. 3º, del Cód. Penal, reprimía en forma agravada el causar un incendio, explosión o inundación, cuando "...*hubiera peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería*". Como decía Soler, la expresión *arsenal* tiene en castellano dos sentidos: *a*) lugar donde se fabrican y reparan embarcaciones, y *b*) depósito de armas y pertrechos de guerra. Soler se inclinaba por la segunda alternativa, fundándose en que el primer significado estaba ya cubierto con la palabra "astillero"; sin embargo, aun siendo ese un buen argumento, no era del todo concluyente, ya que muchas veces las leyes emplean sinónimos parciales para abarcar el mayor conjunto de casos posibles.

— El art. 163, inc. 1º del Cód. Penal, en su anterior redacción, agravaba el hurto cuando, entre otras alternativas, fuera de *ganado*

mayor o menor. La expresión *ganado* había sido interpretada de dos modos diferentes. Jofré sostenía que, al igual que "rebaño", es un nombre colectivo, que alude a una pluralidad de animales, de modo que quien se apoderase de una sola vaca no cometería hurto agravado; en cambio, Soler propugnaba la opinión contraria, admitiendo que un solo y único animal de ciertas especies puede considerarse "ganado" (la ley habla ahora de "una o más cabezas de ganado").

Como hemos dicho, también puede darse el caso de que una misma oración tenga varios significados a causa de eventuales equivocidades en la conexión sintáctica entre las palabras que la integran.

Por ejemplo, la conectiva "o" es ambigua, puesto que a veces se la puede interpretar con la función de una disyunción excluyente (de modo que el enunciado es verdadero sólo si se da una de las alternativas que menciona, pero no las restantes), o con el significado de una disyunción incluyente (con lo cual, el enunciado es verdadero, tanto si se dan algunas de las alternativas como si se dan todas ellas). Si se dice: "se permite viajar en el avión con un abrigo o un bolso de mano", un viajero podría dudar si puede viajar con ambas cosas o sólo con una de ellas.

También suele dar lugar a ambigüedad sintáctica el ámbito en el cual rige una conectiva. Si en vez de lo anterior, un cartel dice: "se permite viajar en el avión con un abrigo o un bolso de mano y un paraguas", el mismo perplejo pasajero podría vacilar sobre si el paraguas se puede agregar sólo al bolso de mano o si también se lo puede llevar junto con el abrigo.

Alf Ross señala un problema similar respecto de las frases de excepción o condición.

Si un testador dice: "Lego a Juancito mis mariposas y mi casa, siempre que viva en ella", puede dudarse si la condición rige también para el legado de las mariposas o si sólo se refiere al de la casa.

También los pronombres pueden dar lugar a equívocos sintácticos. Si un abogado dice a su cliente: "el juez puede decretar contra usted la prisión preventiva y el embargo de bienes; pero ello no obstante, se podrá apelar", el asustado consultante acaso se vaya con la duda de si la apelación se extenderá a la prisión preventiva o sólo se la permitirá en el caso de embargo.

Desde luego que el ámbito en el cual rige un adjetivo o una frase adjetival también puede dar lugar a equívocos. Si digo: "sólo voy a invitar a mi casamiento a los parientes y a los amigos

que me hagan un regalo generoso", mis parientes podrán dudar de si la calificación los alcanza o sólo se refiere a mis amigos.

Veamos ahora algunos ejemplos de ambigüedad sintáctica en nuestro derecho:

— El art. 179, 2ª parte, del Cód. Penal, dice: "*Será reprimido con..., el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles.*"

Apenas fue sancionada esta norma, los juristas observaron críticamente que no se había previsto en forma explícita el caso de la venta de los bienes, o sea el procedimiento más frecuente con que los deudores suelen defraudar a sus acreedores.

Se ha propuesto, por el doctor Enrique Bacigalupo, que se aproveche una supuesta ambigüedad semántica de la expresión *hacer desaparecer,* que en ciertos contextos se usa para denotar también la enajenación de bienes. Sin embargo, el doctor Enrique Paixao ha replicado, con razón, que tal uso de la expresión es meramente figurado y que se limita a la jerga de los abogados y martilleros.

Quizá la solución aparezca si se advierte que el artículo tiene una ambigüedad sintáctica en la frase "o fraudulentamente disminuyere *su* valor", pudiendo ser entendido como si se refiriese al valor de los bienes, o bien al valor del patrimonio en su conjunto. Con esta segunda interpretación, la venta de bienes estaría comprendida en la figura, ya que constituye una forma nítida de disminuir el valor del patrimonio.

— El art. 186, inc. 3º, del Cód. Penal, en su redacción original que ya hemos citado para ilustrar un caso de ambigüedad semántica, presentaba también una equivocidad sintáctica cuando, al enumerar los bienes cuyo incendio, explosión o inundación motivaba un agravamiento de la pena, después de mencionar los arsenales y astilleros, decía "fábrica de pólvora o pirotecnia *militar*".

Se había planteado la duda acerca de si el adjetivo "*militar*" calificaba sólo a las fábricas de pirotecnia o también a las de pólvora. Soler ponía énfasis en que debía interpretarse que el adjetivo no se refería a las fábricas de pólvora, puesto que existe la misma razón, constituida por el extraordinario peligro producido, para agravar un incendio o explosión tanto cuando se lo hace en una fábrica de pólvora que sea militar como cuando se lo provoca en otra que no lo sea.

— El art. 184, inc. 5º, del Cód. Penal, antes de la reforma por la ley 21.338, agravaba el delito de daño cuando se daban estas circunstancias: "Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes *de uso público*...".

Se ha planteado el interrogante acerca de si la exigencia de que fueran de uso público se refería a todos los bienes enumerados, o sólo

a los mencionados después de la disyunción. Soler se inclinaba por la segunda alternativa, por no haber motivos para no proteger de igual modo los archivos, registros y bibliotecas según fueran privados o públicos.

— El art. 163, inc. 1º, del Cód. Penal, ya mencionado, agrava el delito de daño "cuando el hurto fuere de una o más cabezas de ganado mayor o menor o de productos separados del suelo o de máquinas o instrumentos de trabajo, *dejados en el campo.*" Se podría dudar acerca de qué referencia tiene la frase "*dejados en el campo*", o sea si se refiere, por ejemplo, a todos los elementos enumerados, como dice Soler, o si, por el contrario abarca sólo las máquinas o instrumentos de trabajo.

— El art. 2614 del Cód. Civil establece: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas *que se extiendan a mayor término que el de cinco años...*"

Se ha discutido si la expresión "*que se extiendan a mayor término que el de cinco años*" se refiere a todos los derechos enumerados, como piensa Machado; si abarca sólo las rentas, como lo entiende Llerena; o si comprende únicamente los censos y las rentas, como sostiene Segovia.

b) Imprecisiones

La proposición expresada por una oración puede ser vaga, a causa de la imprecisión del significado de algunas de las palabras que forman parte de la oración.

El caso más común de vaguedad es el ejemplificado por el significado de palabras como "alto", "rojo", "pesado", "inteligente", "lejos", "rico", etcétera.

Estas palabras hacen referencia a una propiedad que se da en la realidad en grados diferentes, sin que el significado del término incluya un límite cuantitativo para la aplicación de él. Como muchas veces se ha dicho, respecto de las palabras vagas la realidad puede clasificarse en tres zonas: una de claridad, constituida por los hechos denotados con certeza por el término (por ejemplo, las personas que miden más de 1,80 m, en relación a la palabra "alto"); otra de obscuridad, formada por hechos respecto de los cuales se sabe con seguridad que la palabra no se aplica (por ejemplo, las personas que miden menos de 1,65 m, en relación a "alto"), y la última, de penumbra, constituida por casos a propósito de los cuales dudamos en aplicar o no el término (las personas que miden entre 1,70 y 1,80 m, respecto de "alto").

Pero la vaguedad debida a propiedades que se dan como un *continuo*, no constituye el único caso posible, ni el más complejo, de imprecisión semántica.

Resulta que no siempre la designación de una palabra está constituida por propiedades que sean, cada una de ellas, aisladamente considerada, necesarias para el uso del término. A veces algunas de las propiedades relevantes para el uso de cierta palabra pueden estar ausentes y, sin embargo, usarse lo mismo tal término, dada la presencia de otras propiedades relevantes (esto se suele llamar *vaguedad combinatoria*).

Recurriendo a un ejemplo de Wittgestein, la palabra "juego" no designa ninguna propiedad que sea por sí sola necesaria para su empleo, como lo muestra el hecho de que las actividades denotadas por ella —por ejemplo, el ajedrez, la rayuela, el solitario, la lotería, el boxeo, la ruleta, el fútbol, etc.—, no parecen tener ningún elemento en común (la diversión no se da en la lotería, el azar no se da en el ajedrez), sino sólo ciertas propiedades entrecruzadas entre los miembros de la clase, en forma análoga a como se entrecruzan a veces los rasgos característicos de una familia.

En estos términos (también son ejemplos de ellos las palabras "oro", "casa", "pizarrón", "ciencia", etc.), hay ciertas combinaciones de propiedades que nos dan la seguridad de que la palabra es aplicable; otras, ante las cuales nos abstendríamos de usarla y, por último, otras, frente a las cuales dudamos en aplicar o no la palabra sin tener criterios definidos para resolver la cuestión en un sentido o en otro. Por ejemplo, ¿es un juego la ruleta rusa?, ¿lo es la especulación en la bolsa?, ¿se puede catalogar como juego la práctica de tiro al blanco?

Una especie de vaguedad más intensa todavía que las que acabamos de mencionar, está constituida por palabras respecto de las cuales no sólo no hay propiedades que sean aisladamente indispensables para su aplicación, sino que hasta es imposible dar una lista acabada y conclusa de propiedades suficientes para el uso del término, puesto que siempre queda abierta la posibilidad de aparición de nuevas características, no consideradas en la designación, que autoricen el empleo de la palabra.

Según Genaro Carrió, el adjetivo "arbitraria", que la Corte Suprema emplea para censurar algunas sentencias judiciales, constituye un caso de esta especie de vaguedad, puesto que, además de las situaciones centrales en que aquel calificativo es usado por la Corte, queda abierta la puerta para la aparición de nuevas

circunstancias de momento imprevisibles pero ante las cuales podría resultar apropiado calificar de arbitraria a una sentencia.

Probablemente adolezcan de este mismo modo de vaguedad algunas expresiones que denotan estados psicológicos, como "neurótico", "intención", etcétera.

Una última modalidad de imprecisión semántica, la llamada *"textura abierta"*, es por demás interesante, ya que constituye un vicio potencial que afecta a todas las palabras de los lenguajes naturales.

Resulta que aun las palabras más precisas pueden suscitar dudas acerca de su aplicabilidad ante circunstancias insólitas e imprevisas. Siguiendo el modelo de otro ejemplo propuesto por Carrió, imaginemos que después de algún esfuerzo consigamos definir informativamente la palabra "lapicera" como un objeto que sirve para escribir con tinta sobre una superficie apta. Provistos de esta definición, nos hallamos, al parecer, en condiciones de enfrentar al mundo, distinguiendo los objetos que son lapiceras de los que no lo sean. Pero ¿qué ocurrirá si nos encontramos con un objeto que posee las propiedades que, según nuestra definición, son suficientes para designarlo con la expresión "lapicera", pero tiene además la propiedad concomitante de escribir en inglés lo que quisiéramos expresar en castellano, o la de escribir un poema místico cuando intentáramos redactar un manual de introducción al derecho, o la de negarse a escribir cuando pretendemos garrapatear una mala palabra? Seguramente, ante esas extrañas circunstancias, revocaríamos la primitiva clasificación del objeto en cuestión como lapicera, asignándole probablemente otro nombre *ad hoc*, más apropiado.

Este ejemplo muestra que nunca podemos darnos por satisfechos de haber encontrado un conjunto de propiedades que sea suficiente para el uso de una expresión, toda vez que deberíamos añadir a ese conjunto la exigencia de que no se den ciertas circunstancias insólitas, pero que teóricamente podrían darse. Como es imposible prever todas las propiedades extrañas que puedan presentarse, la lista de las circunstancias que *no* deben darse para que sea aplicable una palabra, tiene que ser abierta: debe concluir con un "etcétera", y no con un punto final.

Si la designación primitiva de un término es *A*, *B* y *C* (en la que las letras equivalen a ciertas propiedades), después de considerar la textura abierta a la cual está sujeto, debemos represen-

tra tal designación, por ejemplo, como *A*, *B*, *C* y *-D*, *-E*, *-F*, etcétera.

Se podrían dar innumerables ejemplos de vaguedad efectiva en el lenguaje de la ley. En lo que sigue ofreceremos sólo unos pocos de ellos:

— El art. 184, inc. 2º, del Cód. Penal, en su redacción previa a la ley 21.338, agravaba el delito de daño cuando consistiera en: *"Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos"*.

Obviamente, un perro y un gato son animales domésticos y no lo son ni un león ni una jirafa. Sin embargo, hay animales ante los cuales uno podría tener justificadas dudas sobre su clasificación. Por ejemplo, ¿son animales domésticos las moscas amaestradas que un excéntrico guarda en una caja? ¿Lo es un sapo con el que un niño se divierte?

— El art. 85 del Cód. Penal, como hemos visto, castiga a quien causa un aborto.

Todos estamos de acuerdo en que matar un feto de cinco meses es aborto. Pero se presentan dudas acerca de si puede clasificarse, por ejemplo, como *aborto*, el impedir, usando un medio intrauterino generalmente considerado anticonceptivo, que un huevo ya fecundado se implante en el útero. También puede ser dudoso si constituye aborto, o si es más bien homicidio, el matar al feto cuando ya están produciéndose las contracciones que inician el proceso de su expulsión natural.

— Cuando el art. 81, inc. 1º, del Cód. Penal atenúa la pena al que matare a otro encontrándose en estado de *"emoción violenta"*, es obvio que se da origen a una magnífica penumbra constituida por casos en los cuales vacilamos acerca de si la emoción de un sujeto tuvo o no el grado suficiente para podérsela calificar de *violenta*.

— El art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal exime de pena cuando el autor de un delito padezca de insuficiencia de facultades mentales o de alteración morbosa de ellas. ¿Cuál es el grado de disminución intelectual que exime de pena y cuál la medida de la alteración mental que la convierte en morbosa? Esta duda se ha planteado en la jurisprudencia sobre todo en relación a ciertas psicopatías.

— El art. 141 del Cód. Penal reprime la acción de privar ilegalmente a otro de su libertad personal. ¿Comete esa acción el colectivero que a sabiendas de que un pasajero desea bajar en una parada no detiene su vehículo hasta la siguiente?

— El art. 1198, párr. 2º, del Cód. Civil dispone: *"En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara* excesivamente *onerosa, por* acontecimientos extraordinarios *o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato"*. ¿Cuándo un acontecimiento deja de ser

lo suficientemente común y corriente para ser extraordinario? y ¿cuándo una mayor onerosidad en la prestación es *excesiva*?

En cuanto a la vaguedad potencial, o textura abierta, no tiene sentido particularizar algunos casos de normas que la padezcan, puesto que podría oscurecer el hecho de que *todas* las normas tienen en forma latente ese defecto. En cambio, quizá sea útil proponer algunos ejemplos de situaciones imaginarias que harían dudar acerca de la aplicación hasta de las normas más precisas.

— Imaginemos el caso de un científico que haya inventado una técnica para resucitar a los muertos, siempre que no haya transcurrido más de un día desde que hayan fallecido. Como no tiene a su alcance material humano suficiente para sus experimentos, recurre a su esposa, quien de buen grado, dada su confianza ciega en el marido, se presta a la experiencia. Pues bien, utilizando un gas letal el científico mata a su mujer; pero, después de varias horas de infructuosas tentativas, le devuelve la vida en las mismas condiciones que antes. Puesto que el médico cometió la acción de matar a su esposa, ¿lo condenaríamos en aplicación del art. 80 del Cód. Penal, que reprime con prisión perpetua el homicidio cometido contra el cónyuge?

— Supongamos este otro caso: se descubre la existencia de una tribu en la selva del Chaco en la cual, desde tiempo inmemorial, existe la costumbre, apoyada en creencias religiosas, de que las mujeres deben oponer tenaz resistencia al contacto sexual con los varones, si bien no es repudiable que estos segundos intenten vencer aquella resistencia. ¿Condenaría el juez, de acuerdo con el art. 119, inc. 3º, del Cód. Penal, a todos los hombres de aquella tribu que hubieran tenido acceso carnal venciendo la resistencia física de las mujeres?

— El inc. 2º del art. 215 del Cód. Penal reprime con prisión perpetua al que comete el delito de inducir o decidir a una potencia extranjera a hacer la guerra contra la República. Se trata obviamente de un delito atroz, ¿pero qué pasaría si en el país ocurriere algo similar a lo de la Alemania nazi y muchos argentinos no vieran otro remedio que unirse a una potencia extranjera para derrocar a un gobierno que hubiera asesinado a gran parte de la población? Una vez caído el régimen, ¿se aplicaría a tales ciudadanos la mencionada norma?

— Como vimos, el delito de aborto consiste en matar un feto. En un caso reciente se practicó la fecundación y gestación *in vitro*, uniendo en un laboratorio un espermatozoide con un óvulo femenino y conservando el huevo así fecundado por un tiempo en un medio apto, hasta que fue implantado en el útero materno. Supongamos que un científico, atormentado por dudas religiosas, decide, en un caso semejante, cortar la electricidad que permite la temperatura adecuada del medio y el feto muere. ¿Condenaríamos al científico por aborto?

c) La carga emotiva del lenguaje

Hay algunas palabras que sólo sirven para expresar emociones o para provocarlas en los demás. Expresiones como "¡ay!", "¡hurra!", "¡viva"!, "¡bravo!", no tienen significado descriptivo, sino que se limitan a ser vehículos de emociones.

Otras palabras hacen referencia a objetos o hechos, pero además expresan ciertas actitudes emocionales que ellos provocan en el que las usa. Tal es el caso de las llamadas "malas palabras", que llevan una carga emotiva de la cual carecen otros términos con idéntico significado descriptivo, pero que se usan en contextos emotivamente neutros. Asimismo, tienen un fuerte significado emotivo, además del cognoscitivo, palabras como "democracia", "dictadura", "idiota", "derecho", "crimen", etcétera.

La carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado cognoscitivo, favoreciendo su vaguedad, puesto que si una palabra funciona como una condecoración o como un estigma, la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia. De este modo, las definiciones que se suelen dar de las palabras con carga emotiva son "persuasivas', según la terminología de Stevenson, puesto que están motivadas por el propósito de orientar las emociones, favorables o desfavorables, que provoca en los oyentes el empleo de ciertas palabras, hacia objetos que se quiere encomiar o desprestigiar.

No es muy usual que en un sistema jurídico moderno se usen palabras con carga emotiva. Los siguientes constituyen algunos de los casos excepcionales que cabe encontrar en nuestro derecho.

— El gobierno militar que se instaló en 1966 se apartó de las costumbres de los anteriores gobiernos *de facto* de denominar "decretos leyes" a sus normas generales, para indicar que tenía un origen análogo al de los decretos, pero con el contenido y el alcance de leyes del Parlamento. El régimen de que hablamos rompió con aquella costumbre lingüística, llamando "leyes" a sus normas, con el evidente propósito de aprovecharse de la favorable carga emotiva de la palabra "ley" en prestigio de sus prescripciones.

— El art. 128 del Cód. Penal reprime a quien publicare, fabricare, etc., libros, objetos, etc., *obscenos*. La expresión subrayada adolece de una fuerte vaguedad, que está provocada, en gran parte, por su significado emotivo desfavorable, lo cual hace que se la use muy libremente, según las actitudes que cada uno sustente hacia ciertas obras u objetos.

d) La fuerza de las oraciones

Ya hemos visto que el lenguaje puede usarse con distintos fines. A veces se lo usa para informar de algo que ha ocurrido, otras veces para requerir una información; también se lo usa para prescribir una cierta acción o para realizarla, si es que la tal acción exige la fomulación de ciertas palabras (para ver con más detalles estas funciones del lenguaje, puede consultarse el capítulo II).

Habrá veces en que se planteen dudas acerca, no del significado de una oración, sino de su fuerza. El que la escucha o la lee puede dudar, por ejemplo, de si la oración expresa una aserción, una pregunta, una orden, un deseo, etcétera. Algunas personas tienen el suficiente tacto para formular la orden de que se cierre una ventana diciendo: "hace un poco de frío en la habitación", pudiendo ocurrir que alguien la interprete como mera aserción y conteste, por lo tanto: "es verdad", quedándose quieto. Lo mismo, si alguien dice: "usted le podría dar una paliza a Fulano si lo desea", esta oración podría interpretarse, ya como aserción acerca de la capacidad física del otro, ya como sugerencia o permiso para que castigue al tercero.

En el derecho no son muy frecuentes los casos de dudas acerca de la fuerza de las oraciones legales, puesto que, como hemos visto, generalmente expresan ellas prescripciones. Dejando de lado algunos ejemplos más complejos, como podrían ser los que menciona Carrió, por ejemplo los que provocan dudas interpretativas acerca de si una norma impone una obligación o una carga, vamos a ilustrar la cuestión con el siguiente problema:

> — El Código Penal argentino, como casi todos los códigos contemporáneos, está dividido en distintas secciones, cada una de las cuales lleva un título o subtítulo. Por ejemplo: "Delitos contra las personas", "Delitos contra la vida", "Delitos contra la honestidad", "Delitos contra la fe pública".
>
> Los mencionados títulos indican el bien jurídico que las normas encabezadas por ellos tienden a proteger.
>
> Los juristas discuten si esos títulos son obligatorios para la interpretación de las normas penales o si tienen un valor meramente clasificatorio. Por ejemplo, si el hecho de que la norma que reprime la violación se encuentra bajo el título "delitos contra la honestidad" y no entre los delitos que el legislador ha clasificado como atentatorios contra la libertad, tiene incidencia o no, pongamos por caso, en la

determinación de cuáles serán los posibles sujetos pasivos del delito (¿es punible la violación de una prostituta?).

En definitiva, la duda que se plantea se refiere a la fuerza de la oración implícita en el título. Cuando el legislador escribe "delitos contra la honestidad", ¿formula una aserción, que se podría expresar con la frase: "los delitos que a continuación se tipifican afectan predominantemente a la honestidad", o sanciona una prescripción, expresable como "interprétense las normas siguientes en el sentido de que su finalidad es proteger la honestidad"?

e) *Dificultades en la promulgación de las normas*

En muchas ocasiones cabe dudar acerca del mensaje que alguien quiso transmitir porque se sospecha que no eligió la frase adecuada para expresarlo, o porque no se sabe bien qué oración formuló (porque, por ejemplo, no hay constancia cierta de ella, sino sólo distintas versiones indirectas).

En el caso de las normas legisladas esto ocurre con alguna frecuencia.

Hay veces en que resulta notorio que el legislador ha querido decir algo radicalmente diferente de lo que dijo, habiendo caído en un simple *lapsus* en el uso de ciertas palabras o notaciones sintácticas. En esos casos se puede disentir acerca de la necesidad de superar la letra de la ley o de someterse a lo que está escrito.

Otras veces ocurre que la edición oficial ha reproducido mal el texto legal o hay diferencias entre diversas ediciones de un mismo texto legal.

Veamos sólo tres ejemplos:

— El art. 2161 del Cód. Civil dice: "Si los derechos hereditarios fueren *legítimos*, o estuvieren cedidos como dudosos, el cedente no responde por la evicción".

A pesar de que en las ediciones oficiales del Código Civil de 1870 y 1883 figura en este artículo la palabra *legítimos*, hay acuerdo entre los juristas en que lo que el legislador quiso decir debió de haberse expresado con la palabra *litigiosos*, y que el texto, tal como quedó redactado, carece de sentido.

— El art. 521 del Cód. Civil, antes de la reforma de la ley 17.711, decía, según la edición del proyecto de Vélez Sársfield y la edición oficial de 1882, lo siguiente: "*Aun cuando la inejecución de la obligación resulte del dolo del deudor, los daños e intereses comprenderán sólo los que han sido ocasionados por él y los que el acreedor ha sufrido en sus otros bienes*".

En cambio, en las ediciones oficiales de 1883, 1889, 1900 y 1904,

el texto es notablemente diferente, pues dice "y *no* los que el acreedor ha sufrido en los otros bienes".

Según Segovia, Machado, Llerena, etc., el texto que debía prevalecer es aquel en el cual aparecía la negación. En cambio, Salvat, Bibiloni Lafaille, etc., se inclinaban por que el artículo debía ser entendido sin el *no*.

— El art. 187 del Código Penal reprimía, en su redacción originaria, al que causare estrago por medio de, entre otras cosas, "la inundación de una mina". Pero la ley de fe de erratas (nº 11.221) agregó una coma entre las palabras "inundación" y "de una mina", resultando ahora que es punible el que causare estrago por medio "de una mina" (lo que, según dice Soler, criticando esta reforma, "tuvo el efecto insospechado de transformar una *mina* en una bomba").

4. Los defectos lógicos de los sistemas jurídicos

Los problemas de interpretación que hemos estudiado hasta ahora presuponen dudas acerca de las consecuencias lógicas que pueden inferirse de ciertos textos jurídicos, quedando sin determinar la calificación normativa que ellos estipulan para determinados casos.

Estos problemas deben distinguirse de otros que no consisten en dificultades para derivar consecuencias de normas jurídicas, sino que, por el contrario, aparecen una vez que tales consecuencias han sido deducidas.

Sin embargo, ambos grupos de problemas tienen en común el impedir que pueda justificarse la solución de un caso concreto sobre la base exclusiva de un sistema jurídico. Constituyen deficiencias que el derecho a veces presenta cuando se lo aplica para calificar normativamente ciertas conductas.

Los defectos que analizaremos a continuación pueden calificarse de "lógicos" en sentido sumamente genérico. Todos ellos suponen la frustración de ciertos ideales racionales que debe satisfacer un sistema normativo e inclusive cualquier sistema de enunciados. Independientemente de actitudes valorativas, se pretende que los sistemas de normas sean coherentes, completos, económicos y operativos.

a) *Las contradicciones entre normas jurídicas*

Hay una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. En la formu-

lación de Alchourrón y Bulygin, un sistema normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal modo, que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa.

La primera condición, pues, para que haya inconsistencia normativa, es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. La segunda condición, es que los normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles.

Como dicen Alchourrón y Bulygin, qué soluciones normativas son o no incompatibles dependerá de la lógica deóntica que se presuponga.

Sin embargo, en general se acepta que la prohibición de una acción es lógicamente incompatible con su permisión y con su facultamiento (o sea, la permisión tanto de la acción en cuestión como de su opuesta) ; que la obligatoriedad es incompatible con el facultamiento de la acción y con su prohibición, y que la permisión de una conducta es compatible con su facultamiento y con su obligatoriedad. Estas relaciones las mostraremos en el siguiente cuadro, en el cual las letras "F", "P", "Ph" y "O" indican, respectivamente, los operadores facultativo, permitido, prohibido y obligatorio, y los símbolos "—" "/" la compatibilidad y la incompatibilidad lógica, respectivamente.

F — P
F / Ph
F / O
P — O
P / Ph
Ph / O

Hay veces en que la inconsistencia entre dos normas jurídicas no aparece clara y se necesita de un análisis cuidadoso para mostrarla. Pongamos sólo este ejemplo: supongamos que haya una norma penal que establece: "si alguien injuria a otro, debe aplicársele *dos* años de prisión", y que haya otra que estipula "si alguien injuria a otro, debe aplicársele *un* año de prisión". En principio no parece que hubiera contradicción entre las dos normas, sino más bien una redundancia, puesto que ambas normas estipulan la obligatoriedad de dos acciones que se encuentran en una relación de más o menos entre sí, como en el caso de una madre que ordenara a su hijo que tomara la sopa mientras que el padre le mandara que tomara la sopa y comiera la tortilla. Aparentemente, obedeciendo a la norma que estipula aplicar dos años de cárcel al que injuria, se satisface también la nor-

ma que ordena que se le aplique un año de prisión. Sin embargo, las normas penales deben interpretarse en conjunción con el art. 18 de la Const. Nacional, que consagra el principio *nulla poena, sine lege*, en el sentido de que obligan a la aplicación de una cierta pena y, además, *prohíben* la aplicación de una pena mayor. De modo que las dos normas del ejemplo son contradictorias, puesto que la primera prohíbe implícitamente a los jueces aplicar, al que injuria, más de un año de prisión y la segunda los obliga, en cambio, a que lo hagan.

Hemos dicho que uno de los requisitos de la contradicción normativa es que ambas normas se refieran a *las mismas circunstancias fácticas*. Esto puede ocurrir, bien porque la descripción del caso que hace una norma es equivalente a la descripción que hace otra, bien porque una de las descripciones implica lógicamente a la otra, o bien porque, a pesar de ser ambas descripciones independientes, hay casos que, contingentemente, caen en ambas descripciones. Por ejemplo, en los casos que los penalistas clasifican como de "especialidad" (hurto y robo, homicidio y parricidio, etc.), hay una relación de implicación lógica entre las descripciones de ambas normas; en cambio, en los casos que la dogmática penal rotula como "concurso ideal" (por ejemplo, atentado a la autoridad y lesiones, violación y contagio venéreo, desacato a un funcionario y calumnias), las descripciones de las normas conflictivas son lógicamente independientes, pero no excluyentes, de modo que una misma acción puede caer en ambas descripciones.

Independientemente del tipo de relación que pueda haber entre las distintas descripciones de las normas cuyas soluciones son incompatibles, también es posible hacer una clasificación de acuerdo con el grado de superposición entre esas descripciones.

Alf Ross distingue, según ese criterio, tres clases de inconsistencias:

La inconsistencia *total-total*, que se da cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente: tales descripciones se podrían diagramar como dos círculos absolutamente superpuestos. Un ejemplo estaría constituido por dos normas, una de las cuales estipulara, por ejemplo, que la importación de tractores debe pagar un recargo aduanero y otra que estableciera que los tractores importados están exentos de recargos aduaneros.

La inconsistencia *total-parcial* se configura cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra, pero esta última comprende, además, casos adicionales. En este caso pueden diagramarse las referencias de ambas descripciones

como dos círculos concéntricos, uno de los cuales se hallara dentro del otro. Por ejemplo: una norma establece que la importación de vehículos sufrirá recargos aduaneros y otra exime de tales recargos a los tractores.

Por último, la inconsistencia *parcial-parcial* se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen además ámbitos de referencia autónomos. Se puede representar esta inconsistencia con dos círculos secantes. Un ejemplo en la línea de los anteriores podría estar configurado por dos normas, una de las cuales estableciera que los vehículos que se importan están sujetos a recargos aduaneros, y la otra estipulara que los instrumentos para la producción agrícola están exentos de ellos; los tractores están en el campo de conflicto de ambas normas, los autos sólo están comprendidos en la primera y los arados sólo se rigen por la segunda.

Los juristas y los jueces utilizan, como dice Alf Ross, varias reglas para resolver los problemas de contradicción normativa.

Ellas están constituidas, sobre todo, por los principios llamados *lex superior, lex specialis* y *lex posterior.*

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la de nivel superior (por ejemplo, una norma constitucional tiene prioridad sobre una ley). La aplicación de este principio es esencial para que funcione la delegación del poder, pero no carece de excepciones. Todos conocemos casos de leyes evidentemente inconstitucionales o de sentencias ilegales cuya validez fue, sin embargo, mantenida por los tribunales superiores.

Lex posterior estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Este principio también tiene una aplicación muy general —tanto que sin él no sería posible la derogación de las normas de un sistema— pero, sin embargo, reconoce también excepciones, sobre todo en algunos casos de conflicto con la *lex superior.*

El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general. Al igual que las anteriores, no siempre esta regla se observa, principalmente cuando la norma general sea superior o posterior respecto de la particular.

Muchos jueces y juristas pretenden que estos principios se aplican mecánicamente, como si las inconsistencias que ellos ayu

dan a solucionar nunca hubieran existido. Sin embargo, no puede otorgarse a estas reglas el carácter de leyes lógicas, puesto que su aplicación, como vimos, está sujeta a evaluaciones pragmáticas, que dan lugar a excepciones irregulares. Además, si bien hay cierta prelación entre estos principios —por ejemplo *lex superior* tiende a predominar sobre los restantes—, no hay reglas de segundo nivel para resolver mecánicamente los conflictos entre ellos (sobre todo entre *lex posterior* y *lex specialis*). Por último, hay muchos casos de normas contradictorias en los cuales estas reglas son inaplicables por tener las normas la misma jerarquía, haber sido dictadas simultáneamente (por ejemplo, integrando un mismo código) y tener el mismo grado de generalidad. (También son inaplicables algunas de estas reglas cuando las normas en conflicto no son reconocidas, como es el caso de los principios que menciona Dworkin y que vimos en el capítulo III, por derivar de cierto *origen*; los principios *lex superior* y *lex posterior* hacen referencia al origen de las normas.)

A continuación veremos algunos ejemplos de inconsistencia normativa que se da en el derecho positivo, dejando de lado los casos en que obviamente se aplican las reglas ya mencionadas.

— Nuestro Cód. Penal prevé en los arts. 89, 90 y 91 distintas penas para las lesiones simples, graves y gravísimas.

El art. 92 del Cód. Penal *grava* aquellas penas cuando las lesiones se produjeren a un pariente directo, con alevosía o ensañamiento, por precio, para consumar otro delito, etcétera.

A su vez el art. 93 del Cód. Penal *disminuye* las penas de los arts. 89, 90 y 91 cuando las lesiones fueren causadas en estado de emoción violenta.

Curiosamente, antes de la reforma por la ley 21.338, ocurría que el legislador no había previsto ninguna solución específica para aquellos casos de lesiones en los cuales concurrieran *simultáneamente* algunas de las agravantes del art. 92 con la atenuante del art. 93, por ejemplo, cuando alguien lesionara a la esposa en estado de emoción violenta.

No se trataba de un caso de laguna normativa, puesto que el problema no radicaba en que no hubiera una solución para el caso, sino en que había varias soluciones lógicamente incompatibles. Se trataba de una inconsistencia parcial-parcial.

Pensemos en un caso de lesiones simples cometidas contra un familiar, con emoción violenta. Antes de la reforma mencionada, de acuerdo con el art. 89, correspondía la pena de un mes a un año; según el art. 92, de seis meses a dos años, y de acuerdo con el art. 93, una pena de quince días a seis meses. Supongamos que dejaramos de lado el art. 89, ateniéndonos a la *lex specialis*, de cualquier modo,

nos quedarían las normas contradictorias de los arts. 92 y 93, ninguna de las cuales es superior a la otra, ni posterior, ni más específica.

Esta cuestión fue discutida por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital en el plenario "Britos" del 29 de julio de 1944. En ese fallo seis jueces se inclinaron por la aplicación atenuada del art. 93, uno por el encuadramiento de la agravada por el art. 92 y dos por la aplicación de las figuras simples, o sea, según el caso, por los arts. 89, 90 ó 91. En consecuencia, triunfó la tesis de la aplicación de la atenuante.

— Otro caso de inconsistencia parcial-parcial se da entre los arts. 156 y el 277 del Código Penal en conjunción con el art. 165 del Cód. de Procedimientos en lo Criminal de la Capital Federal.

El art. 156 del Cód. Penal reprime a quien teniendo noticia, por su oficio, empleo o profesión, etc., de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa; es decir que impone la obligación de guardar secreto profesional. El art. 277 reprime a quien dejare de comunicar a la autoridad las noticias que tuviera acerca de la comisión de un delito cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo. A su vez, el art. 165 del Cód. de Procedimiento en lo Criminal obliga a los médicos a denunciar en veinticuatro horas los atentados personales a raíz de los cuales hayan prestado los socorros de su profesión.

Supongamos el caso de un médico a quien viene a pedir asistencia una persona que ha sido herida en un asalto en el cual participó. De acuerdo con el art. 156 del Cód. Penal, el médico tiene la obligación de no denunciar el hecho; en cambio, teniendo en cuenta el art. 277 del Cód. Penal y el art. 165 del Cód. de Procedimiento en lo Criminal, el profesional tiene el deber de denunciarlo. Se trata de una situación de encerrona en la cual, en principio, cualquier actitud que adopte el médico será punible.

Aunque con algunas vacilaciones y excepciones, la jurisprudencia tiende a hacer prevalecer la obligación de guardar el secreto profesional sobre el deber de denunciar.

— El art. 2401 del Cód. Civil dice: *"Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa"*. A su vez el art. 2409 del mismo Código estipula: *"Dos o más personas pueden tomar en común la posesión de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesión de toda la cosa"*.

Como se ve, una norma veda que dos personas tengan la posesión de una cosa con el mismo título, por ejemplo como propietarios, mientras que la otra permite la concurrencia de posesiones sobre toda la cosa.

A pesar de la inconsistencia casi literal, los autores hacen compatibles ambas normas, distinguiendo entre las relaciones que pueden tener los poseedores entre sí y con terceros. Respecto de los terceros, cada uno de los poseedores puede reclamar la posesión total de la cosa; en cambio, un poseedor no puede reclamar a su co-poseedor la totalidad de la posesión de ella.

— El art. 2387 del Cód. Civil establece: "No es necesaria la tradición de la cosa, sea mueble o inmueble, para adquirir la posesión, *cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario principia a poseerla a nombre de otro*". En cambio, el art. 2381 del Cód. Civil dice: "*La posesión de las cosas muebles* se toma únicamente por la tradición *entre personas capaces, consintiendo el actual poseedor en la transmisión de la posesión*".

Los juristas civiles tratan de resolver la inconsistencia entre ambas normas interpretando que el adverbio *únicamente* se refiere al requisito de que los que adquieren u otorgan la posesión sean capaces, y no a la exigencia de tradición.

Las contradicciones normativas deben distinguirse de otras situaciones que podríamos denominar contradicciones *axiológicas* y que frecuentemente confunden los juristas con las primeras.

Hay una contradicción axiológica cuando la solución que el sistema jurídico atribuye a un caso indica, según ciertas pautas valorativas, que otro caso debería tener una solución diferente de la que el sistema prevé para él. Así ocurriría notoriamente si, por ejemplo, un derecho estableciera una pena de 20 años para quien matara a otro y de sólo 10 años para cuando la víctima fuera el cónyuge.

Veamos dos ejemplos de nuestro sistema positivo:

— El art. 209 del Cód. Penal reprime con pena de prisión de dos a seis años al que instigare públicamente a cometer un delito determinado, por la sola instigación. Esta figura requiere que la instigación se haga públicamente, pero no exige que el delito instigado se ejecute efectivamente.

A su vez el art. 45 del Cód. Penal establece que el instigador de un delito tendrá la misma pena que el autor del mismo. Esta instigación requiere que el delito instigado se cometa o se intente cometer.

Puede ocurrir perfectamente que la instigación de un delito que de hecho se comete (como en las injurias o el hurto), tenga pena menor que la establecida para la instigación de ese delito en el caso de que no se lo llegue a cometer.

Esto ha sido observado por los juristas como una contradicción —valorativa— del Código Penal.

— Otro caso en que, con mucha más claridad todavía, advierten los juristas una contradicción axiológica, lo constituye el juego de los arts. 138 y 139, inc. 2º, del Cód. Penal.

El primer artículo reprime con seis meses a dos años de prisión a quien alterare el estado civil de otro con el propósito de causar perjuicio.

La exigencia de perjuicio permite que no se castigue según esta norma los conocidos casos en que, con finalidad generosa, se recoge un niño huérfano y se lo hace aparecer como si fuera consanguíneo.

Sin embargo, el art. 139, inc. 2º, reprime con una pena mucho mayor —de uno a cuatro años— a quien por un acto cualquiera hiciere incierto, alterara o suprimiere el estado civil de un menor de 10 años. Esta norma no exige perjuicio.

De este modo, cuando se quiere beneficiar a un niño haciéndolo pasar por hijo, se tendría una pena mucho mayor que, por ejemplo, cuando se deseara heredar a alguien, con exclusión de los herederos legítimos, alterando el estado civil de aquél.

b) *La redundancia normativa*

Al igual que la inconsistencia, la redundancia se caracteriza por el hecho de que el sistema estipula un exceso de soluciones para los mismos casos, pero, a diferencia del anterior problema, aquí las soluciones no sólo son compatibles, sino que son reiterativas.

La redundancia requiere, por consiguiente, estas dos condiciones: primera, que ambas normas tengan el mismo campo de referencia, que se refieran a los mismos casos; segunda, que estipulen la misma solución para ellos.

Del mismo modo que en el caso de las normas contradictorias, la redundancia puede clasificarse en: *total-total*, *total-parcial* y *parcial-parcial*, según que los ámbitos de aplicación de las normas con soluciones equivalentes se superpongan totalmente, comprendan uno al otro y se refieran además a otros casos, o se superpongan parcialmente, manteniendo cada uno de ellos, además, referencias autónomas.

La redundancia normativa no tendría por qué crear problemas por sí sola para la aplicación del derecho, puesto que al seguirse una de las normas redundantes se satisfaría también lo prescripto por la otra. Sin embargo, la dificultad de la redundancia radica, como dice Ross, en que los juristas y los jueces se resisten a admitir que el legislador haya dictado normas superfluas y en consecuencia se esfuerzan por otorgar, a las normas con soluciones equivalentes, ámbitos autónomos. Así acaece sobre todo cuando las descripciones de dos normas con soluciones idénticas mantienen entre sí una relación lógica de equivalencia o implicación; en cambio, tal pretensión de reformular las normas no se presenta tan frecuentemente cuando la redundancia

aparece por la circunstancia contingente de que algunos casos encuadran en dos normas con descripciones lógicamente independientes y soluciones idénticas.

Vamos a poner otros ejemplos de redundancia en nuestro derecho, correspondientes a las especies que acabamos de mencionar:

— El art. 86, inc. 2º del Cód. Penal, antes de su reforma por la ley 21.388, eximía de pena por el delito de aborto cuando "el embarazo proviene de una violación o de *un atentado al pudor* cometido sobre una mujer idiota o demente".

La expresión *atentado al pudor* admitía dos significados según se requiriera o no acceso sexual. El fundamento para no requerir acceso sexual era que una expresión análoga a aquélla —*"ultraje al pudor"*— es usada por el mismo Código Penal para hacer referencia a ataques sexuales que no implican coito. Sin embargo, resulta extraño que un embarazo provenga de un acto que no constituya acceso carnal.

Por lo tanto, la alternativa que restaba era entender que la expresión *atentado al pudor* supone coito. Pero resulta que el acceso sexual, con una mujer idiota o demente es, según el art. 119, inc. 2º, del Cód. Penal, una violación. Consecuentemente había en el art. 86, inc. 2º, una redundancia, puesto que la violación que produce un embarazo estaba ya prevista como causal de impunidad para el aborto. El afán de evitar esa redundancia llevó a muchos juristas a volver sobre la primera alternativa interpretativa, imaginando casos insólitos, y divertidos, de embarazos sin coito.

Un ejemplo de redundancia contingente se puede obtener de cualquiera de los casos en que la ley establece distintas alternativas no excluyentes que llevan a una misma solución. Por ejemplo, el art. 80 del Cód. Penal estipula una pena de prisión o reclusión perpetua, para quien, entre muchas otras hipótesis, matare a su padre o matare a alguien con alevosía. Si en un caso alguien mata a su padre y lo hace con alevosía, su conducta estará comprendida en dos normas que le imputan soluciones equivalentes, las cuales, naturalmente, no se acumulan.

— El art. 44 de la ley 18.880 de locaciones disponía:

"La presente ley deberá aplicarse de oficio en los juicios que no tuvieren sentencia firme a la fecha de entrar en vigencia. Los juicios fundados en causales que esta ley no prevé o cuando, habiéndolas previsto hubiese modificado los requisitos exigidos por su procedencia, podrán ser desistidos por los interesados sin perjuicio de su derecho a iniciarlos nuevamente si correspondiere. Las costas del juicio desistido se impondrán en el orden causado. *La presente ley no se aplicará a las causas que a la fecha de su entrada en vigencia hubieren concluido con sentencia firme".*

Como se advierte fácilmente, las frases subrayadas son redundantes.

c) Las lagunas del derecho

Los dos defectos anteriores tienen en común que el orden jurídico presenta una superabundancia de soluciones, ya sean incompatibles o equivalentes, para un mismo caso. Hay, en cambio, una laguna del derecho cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa.

Como lo han puesto de manifiesto Alchourrón y Bulygin en un trabajo difícilmente superable sobre los sistemas normativos, no tiene sentido hablar de lagunas del derecho si no se hace referencia a un cierto sistema jurídico y a un caso determinado. Un caso puede no estar solucionado por un sistema, pero sí por otro; a su vez, un sistema jurídico puede no estipular soluciones normativas para un determinado caso, pero, obviamente, contendrá soluciones para otros.

Los autores mencionados definen el concepto de laguna normativa como sigue (me permito obviar ciertos tecnicismos que exigirían larga explicación): *un cierto caso constituye una laguna de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determinada conducta (o sea con una solución)*.

En esta definición se utiliza la palabra "caso" en un sentido genérico, que hace referencia a clases de acontecimientos (por ejemplo, cuando hablamos del caso de homicidio emocional), no a hechos individuales (como el homicidio cometido por Pedro). Los casos que se consideran para determinar la existencia de lagunas, son los pertenecientes a un *universo de casos* constituido a partir de que estén presentes o ausentes ciertas propiedades relevantes. Por ejemplo, si tomamos dos propiedades: *1*) que haya error y *2*) que haya violencia en la formación de un contrato; los casos serán cuatro, según haya violencia y error, error, pero no violencia, violencia y no error, o no haya ni violencia ni error. En cuanto a las soluciones posibles, hay que partir de la acción cuyo encuadramiento jurídico pretendemos determinar (por ejemplo, la de ejecutar judicialmente un contrato) y relacionarla con las distintas calificaciones normativas que ella y su omisión pueden recibir [puede estar permitida la acción de que se trata y también la omisión de ella —facultamiento (F)—, estar permitida la acción, pero no su omisión —obligatoriedad (O)—, o

no estar permitida la acción, pero sí su omisión —prohibición (Ph)].

Podemos ilustrar la definición explayando un ejemplo que ya hemos insinuado: si nuestro problema es determinar en qué casos corresponde la ejecución judicial de un contrato y las propiedades relevantes son que haya o no error o que haya o no violencia (E y V, respectivamente), se configurarían, como vimos, los casos siguientes (el signo "—" indica ausencia de la propiedad en cuestión):

$$\begin{array}{r} -E\ y\ -V \\ E\ y\ -V \\ E\ y\ \ V \\ -E\ y\ \ V \end{array}$$

Supongamos que un determinado sistema jurídico x faculta la ejecución en el primer caso, la prohíbe en el segundo y el tercero, y no dice nada respecto del cuarto; o sea:

$$\begin{array}{rl} -E\ y\ -V \rightarrow (x) & F\ \text{ejecución} \\ E\ y\ -V \rightarrow (x) & Ph\ \text{ejecución} \\ E\ y\ \ V \rightarrow (x) & Ph\ \text{ejecución} \\ -E\ y\ \ V \rightarrow (x) & \end{array}$$

Tendríamos entonces configurada una laguna normativa del sistema en cuestión (x), en relación a un determinado caso (— E.V) y respecto de una cierta conducta (la ejecución del contrato).

Una vez expuesto el concepto de laguna normativa o lógica, conviene hacer referencia a la negativa de muchos juristas y filósofos del derecho a admitir esa clase de lagunas en los sistemas jurídicos, o sea a su presuposición de que los órdenes son necesariamente completos.

Un paradigma de esa posición es la de Hans Kelsen. Este autor sostiene que el derecho no puede tener lagunas, puesto que para todo sistema jurídico es necesariamente verdadero el llamado principio de clausura, o sea un enunciado que estipula que *todo lo que no está prohibido está permitido.* Es decir que, cuando las normas del sistema no prohíben una cierta conducta, de cualquier modo tal conducta recibe una calificación normativa (su permisión) en virtud del principio de clausura que permite toda acción no prohibida.

Como ya lo adelantamos en el capítulo IV, Alchourrón y

Bulygin hacen una aguda crítica a este razonamiento. Omitiendo muchas distinciones técnicas que dificultan la comprensión de la crítica en este nivel expositivo, los lineamientos de las observaciones que los mencionados autores hacen a la opinión de Kelsen son los siguientes:

La expresión "permitido" que aparece en el principio "todo lo que no está prohibido está permitido", puede tener dos significados diferentes. Uno es equivalente a "no prohibido", o sea, implica que *no existe* en el sistema una norma que prohíbe la conducta en cuestión. El otro hace referencia a una autorización positiva, o lo que es lo mismo, requiere la *existencia* de una norma que permite la acción de que se trata.

Si en el principio de clausura la palabra "permitido" se usa en el primer sentido, es decir como no prohibido, el principio debe leerse así: "todo lo que no está prohibido, no está prohibido". Obviamente, este enunciado tautológico es necesariamente verdadero para cualquier sistema normativo, simplemente por aplicación del principio lógico de identidad. Pero también es obvio que, así interpretado, el llamado "principio de clausura" no sirve para completar un sistema, o sea para eliminar sus lagunas. Esto es así, ya que lo que el principio indica es la trivialidad de que si, en el sistema, no hay una norma que prohíba la conducta en cuestión, no existe una norma que prohíba tal conducta, de lo cual naturalmente no se infiere que exista otra norma que permita la acción. Es decir que con esta interpretación del principio de clausura, éste no impide que se dé un caso en que el sistema no contenga ni una norma que prohíba la acción de que se trata ni una norma que la permita, o sea que haya una laguna.

Con el segundo significado de "permitido" el principio de clausura rezaría así: "si en un sistema jurídico no hay una norma que prohíba cierta conducta, esa conducta está permitida por otra norma que forma parte del sistema".

De acuerdo con esta segunda interpretación, el principio de clausura deja de ser una mera tautología trivial, para convertirse en un enunciado de contenido empírico. Sin embargo, su verdad es meramente contingente; no se la puede predicar *a priori* respecto de todo sistema jurídico, pues depende de que, efectivamente, en el sistema de que se trate exista una norma que autorice toda conducta no prohibida. Incluso se pueden dar ejemplos reales de muchos sistemas jurídicos respecto de los cuales ese principio no es verdadero (particularmente los de Estados autorita-

rios). Aun en los derechos correspondientes a regímenes democráticos, la autorización de toda conducta no prohibida tiene aplicación plena sólo en el ámbito penal, siendo muy relativa en los demás ámbitos jurídicos.

En síntesis, si el principio de la clausura es necesariamente verdadero, lo es sólo a costa de constituir una tautología que no elimina las lagunas. Si, en cambio, tiene un contenido empírico que describa la existencia de una norma permisiva de toda conducta no prohibida, se convierte en un enunciado contingente, que sólo será verdadero respecto de algunos sistemas jurídicos.

La única vía para eludir esta alternativa de hierro, es otorgar al principio de clausura el carácter de un enunciado sintético necesario.

Este camino es el que sigue Carlos Cossio. Sostiene este autor que la permisión de toda conducta no prohibida se da necesariamente en todo sistema jurídico, puesto que la conducta humana, que es el objeto del derecho, contiene siempre, como parte de su esencia, la libertad de realizarla. El derecho puede poner restricciones a esa libertad, prohibiendo ciertas acciones, pero cuando no lo hace, resurge la permisión de la conducta, que es un componente ontológico de ella.

Esta tesis sólo puede admitirse, como dicen Alchourrón y Bulygin, si se está dispuesto a aceptar verdades metafísicas, expresadas en enunciados sintéticos necesarios que describan supuestas estructuras ontológicas de la realidad. De cualquier modo, según aclaran los mismos autores, no es necesario encarar esa discusión filosófica, puesto que la posición de Cossio no supone que no haya lagunas *en el sistema jurídico*, sino que sostiene que las *acciones humanas* tienen una permisibilidad intrinseca que se pone de manifiesto cuando el derecho no califica normativamente una conducta.

Por último, Alchourrón y Bulygin descalifican también la posición sostenida, por ejemplo, por Del Vecchio y Recaséns Siches y según la cual el derecho no tiene lagunas porque ofrece medios para que los jueces puedan eliminarlas.

Según los mencionados autores, esto es tan irrazonable como decir que los pantalones no pueden tener agujeros, porque siempre hay sastres que los remienden. Es decir que, del hecho de que haya remedios jurídicos para solucionar los casos de lagunas, no se puede inferir que éstas no existan.

Conviene decir algunas palabras sobre la situación de los jueces ante las lagunas del derecho.

El art. 15 del Cód. Civil argentino dispone: *"Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes"*.

La pregunta que sugiere la lectura de este artículo es cómo se las arreglan los jueces para dictar sentencia cuando el derecho no tiene una solución para un caso determinado.

Uno de los recursos más usuales que se utilizan en caso de lagunas, es la interpretación por analogía, que está indicada por el art. 16 del Cód. Civil.

La analogía consiste en asimilar el caso no calificado normativamente a otro que lo esté, sobre la base de tomar como relevante alguna propiedad que posean en común ambos casos. Claro que este procedimiento no se aplica mecánicamente y, cuando se lo aplica, deja al juez un amplio margen de arbitrio, ya que todo caso imaginable se parecerá a otro en algún aspecto y se diferenciará de él en otros muchos.

En el derecho penal moderno la analogía está vedada, no admitiéndose que los jueces extiendan las normas penales a comportamientos no previstos por ellas y que deben ser calificados como lícitos, en aplicación del principio *"nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia"* (estipulado, en el sistema argentino, por el art. 18 de la Constitución Nacional).

Otros procedimientos a los cuales suelen recurrir los jueces para llenar las lagunas de los sistemas jurídicos, como la apelación a los llamados "principios generales del derecho", a la "naturaleza jurídica de una institución", etc., se estudiarán en el capítulo siguiente. (Ver también cap. VII, § 4 *d.*)

Veamos a continuación algunos ejemplos de lagunas normativas en nuestro derecho positivo:

— El art. 69 de la Constitución Nacional dispone que una vez aprobado un proyecto de ley por el Congreso, debe pasar al Poder Ejecutivo y, si lo aprueba, debe promulgarse como ley. Por otra parte, el art. 72 establece que el Poder Ejecutivo puede vetar total o *parcialmente* un proyecto, debiendo en tal caso remitírselo al Congreso para que lo discuta nuevamente.

Se plantea un problema en el caso de que el Poder Ejecutivo vete parcialmente un proyecto de ley. ¿Puede el Presidente promulgar como ley la parte del proyecto que no ha sido vetada, remitiendo al Congreso para su revisión sólo la parte impugnada? O, en cambio, ¿deberá remitir todo el proyecto al Parlamento para que lo revise en

su totalidad, absteniéndose de promulgar la parte no vetada? La Constitución guarda silencio a ese respecto.

La discusión se actualizó hace pocos años en ocasión de la ley 16.881, sancionada el 30 de marzo de 1966, que regulaba el régimen general de los contratos de trabajo. El Poder Ejecutivo la vetó parcialmente, promulgando cuatro artículos de la ley que se referían a la actualización de los montos indemnizatorios por despido. La jurisprudencia declaró inconstitucional la ley así promulgada por el Presidente, fundándose principalmente en que la promulgación de artículos aislados de una ley rompía la estructura del proyecto que el Parlamento quería sancionar.

Sin embargo, en otros casos, como en algunos en que se vetaron parcialmente ciertos artículos de leyes de presupuesto y se promulgó el resto, se admitió la constitucionalidad de aquel procedimiento.

— El art. 131 del Cód. Civil, según la reforma de la ley 17.711, estipula que los menores de 21 años, pero mayores de 18, podrán obtener la mayoría de edad (que ordinariamente se adquiere a los 21 años) si los habilitan expresamente sus padres o, en caso de no tenerlos, pero estar bajo tutela, el juez civil, a pedido del tutor o del menor. El Código no establece ninguna prescripción acerca de si corresponde o no la emancipación en el caso de un menor que no tenga ni padres ni tutor designado.

— El art. 3284 del Cód. Civil establece que son jueces competentes para entender en un juicio sucesorio los del último domicilio del causante (o sea, de la persona fallecida cuya sucesión se quiera tramitar). Constituye excepción a esta regla la circunstancia de que el causante haya tenido el último domicilio en el extranjero, pero tenga bienes inmuebles en el país, puesto que según el art. 10 del Cód. Civil, los bienes inmuebles situados en la República se rigen por nuestras leyes. Se plantea un problema cuando el causante haya tenido su último domicilio en el extranjero y posea inmuebles en distintas provincias del país.

¿Cómo se determina la jurisdicción provincial en la cual debe tramitarse el juicio sucesorio?

El Código no establece ninguna solución al respecto. La doctrina entiende que la sucesión puede tramitarse en cualquier provincia donde existan bienes.

— La legislación civil argentina no establecía ninguna solución normativa respecto del uso, por parte de la mujer casada, del apellido del marido. Algunos juristas, como Borda, Spota, Llambías, Lafaille, etc., entendían que constituía tanto un derecho, como un deber, cuyo incumplimiento podría constituir una de las causales de divorcio. Otros autores, como Cermesoni, Morello y Salas, sostenían que el uso del apellido marital era un derecho de la mujer, pero no una obligación. Un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal del 23 de diciembre de 1966, había decidido, por nueve votos contra siete, que existe obligación de usar el apellido del marido derivada de las costumbres sociales. La ley 18.248 recogió esta solución.

— La ley de sociedades comerciales 19.550 no establece, respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, ninguna prescripción directa en relación a la mayoría necesaria para disponer un aumento del capital de la sociedad.

Además del concepto de laguna *normativa* que acabamos de explicar y ejemplificar, tenemos que exponer la noción de laguna *axiológica* (valorativa), que muchos juristas confunden con el primer concepto.

Alchourrón y Bulygin caracterizan las lagunas axiológicas de acuerdo con estos lineamientos:

Cuando el sistema normativo establece una solución para un caso constituido a partir de ciertas propiedades, son irrelevantes, en relación con la solución estipulada, las restantes propiedades que se puedan dar contingentemente junto con las que configuran el caso.

Por ejemplo, si el derecho estipula una solución para un caso constituido por las propiedades E y V, la solución no varía, a menos que haya otra norma que lo estipule, si se da un caso que tenga, además de E y V, la propiedad R.

Una propiedad es relevante para un sistema normativo si este sistema imputa a los casos configurados por esa propiedad una solución diferente de la que corresponda a los casos en que no se dé esa propiedad. A la inversa, una propiedad es irrelevante para un sistema normativo si éste soluciona de igual modo los casos en que tal propiedad aparece y los casos en que no aparezca.

Sin embargo, una propiedad irrelevante para el derecho puede ser relevante de acuerdo con ciertos criterios axiológicos. Si el derecho estipula, por ejemplo, la prohibición de la conducta s cuando se dan las propiedades E y V —siendo irrelevante para tal prohibición que además se dé la propiedad R—, se puede disentir de lo estipulado y pretender, de conformidad con ciertos criterios axiologicos, que se tome a R como relevante, de tal modo que, ante su presencia, deba prescribirse la permisión de s. En ese caso habría una laguna axiológica.

Una laguna axiológica se daría, pues, cuando un caso está correlacionado por un sistema normativo con una determinada solución y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso de acuerdo con el sistema normativo, pero debería ser relevante en virtud de ciertas pautas axiológicas.

Las lagunas valorativas no se dan toda vez que el sistema jurídico estipula una solución injusta para un caso, sino cuando tal injusticia se funda en la consideración de que debería tomarse como relevante una propiedad que para el derecho no lo es.

Como hemos dicho, las lagunas axiológicas se confunden muchas veces con las lagunas normativas. Sin embargo, es obvio que en los casos de lagunas valorativas el derecho estipula una solución para ese caso. Lo que ocurre es que, como los juristas y jueces consideran que el legislador no hubiera establecido la solución que prescribió si hubiera reparado en la propiedad que no tomó en cuenta, concluyen que la solución estipulada, pero que les resulta irrazonable o injusta, no debe aplicarse al caso, constituyéndose una laguna.

Vamos a mencionar algunos pocos casos en los cuales se ha considerado que hay lagunas axiológicas en nuestro sistema jurídico:

— La ley 13.252, que regulaba el régimen de adopción hasta su sustitución por la ley 19.134, prohibía la adopción en el caso de que el adoptante tuviere ya hijos consanguíneos. Se entendió que el legislador no había previsto el caso de quien tuviera hijos consanguíneos mayores de edad y consintieren ellos en la adopción, situación en la cual se suponía completamente irrazonable aplicar la prohibición de la ley que es en beneficio de los hijos de sangre. Así lo decidió un fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal del 16 de diciembre de 1959. El nuevo régimen legal recogió este criterio.

— A pesar de que en el derecho penal moderno no hay lagunas en virtud del principio de reserva que convierte en lícitos los comportamientos no prohibidos, los penalistas suelen hablar muchas veces de "lagunas", lo cual sólo puede tener un sentido axiológico.

Uno de los casos en que se solía advertir una laguna en nuestro Código Penal estaba dado por el juego de los arts. 164 (robo), antes de su reforma por la ley 21.338, y 168 (extorsión). El primero reprimía a quien con fuerza sobre las cosas o *violencia física* sobre las personas se *apoderara* de una cosa. El segundo castigaba a quien con *intimidación se hiciera entregar* una cosa. Muchos juristas habían anotado que estas dos normas dejaban una doble laguna: el que con intimidación (por ejemplo, amenazando con un revólver) se apoderara de una cosa ajena no cometería robo por no haber violencia física, ni extorsión, porque se habría apoderado de una cosa, no habría obligado a entregarla; el que con violencia física se hiciera entregar una cosa, tampoco cometería robo, por no haber apoderamiento, ni extorsión, por no haber intimidación.

No obstante la prohibición de aplicar la analogía en el derecho penal, en general la jurisprudencia había descartado la solución per-

misiva que surge del principio de reserva, comprendiendo en la expresión "violencia física" la intimidación.

— Un caso célebre de laguna axiológica en el derecho penal era la que presentaba el Código de Tejedor en relación al secuestro extorsivo de cadáveres. Estando vigente ese código, en el siglo pasado surgió una banda, denominada "Los caballeros de la noche", que se dedicaba a robar cadáveres pertenecientes a familias ricas, con el fin de exigir rescate. No se los pudo castigar, puesto que aquel código sólo reprimía la exhumación de cadáveres con el fin de mutilarlos o profanarlos.

A partir de 1887 se incluyó en los sucesivos códigos penales la especie del secuestro de cadáveres para obtener rescate.

— A propósito del caso anterior, nuestro Código Penal contiene, según el pensamiento de algunos autores, una laguna axiológica respecto de los cadáveres, puesto que no prevé, como relevante para la prohibición, el robo, lesiones o mutilaciones de ellos.

d) *La inoperancia de ciertas normas jurídicas*

Es obvio que muchas normas jurídicas son parcial o totalmente ineficaces. Se suele poner como ejemplo de esto en nuestro derecho los casos de la norma constitucional que prescribe el juicio por jurados y las normas del Código Penal que reprimen los duelos. Pero la ineficacia normativa no constituye un problema de aplicación de normas identificadas como pertenecientes al sistema, sino que incide en la pertenecia misma al sistema de las normas de que se trata (véase sobre esto el capítulo III).

En cambio, sí plantean problemas de interpretación los casos de normas que no *pueden* ser aplicadas por razones independientes de las de su aceptación o rechazo. En esos casos generalmene surge la preocupación por asignar a esas normas un significado distinto del original, proveniente de la preocupación, por parte de los jueces y juristas —que analizaremos en el próximo capítulo—, de que el legislador no pudo haber dictado normas imposibles de aplicar.

1) La imposibilidad de aplicar una norma puede deberse al hecho de que su condición de aplicación no puede darse, o a la circunstancia de que la conducta que la norma prescribe es de imposible cumplimiento.

a) Respecto de la *condición* de la norma, su imposibilidad puede ser lógica, empírica o normativa.

Es *lógicamente* imposible que se dé el antecedente de una norma si constituye una contradicción. Por ejemplo, una norma

no podría ser aplicada si estableciera algo tan disparatado como esto: "cuando una persona soltera cometiere bigamia, deberá ser reprimida con la mitad de la pena correspondiente al caso de que el autor fuere casado".

La imposibilidad *empírica* de que ocurra la condición de la norma se presentará cuando se trate de un hecho que esté en contra de las leyes naturales. Ejemplificaría este caso una norma que dijera: "cuando el aborto fuera cometido después del doceavo mes de embarazo, deberá ser castigado con 10 años de prisión". Esto es lo que Alf Ross llama una "falsa presuposición fáctica".

Por último, la condición de una norma es *normativamente* imposible que ocurra cuando está en pugna con lo dispuesto por otra norma. Esto ocurriría si una norma del derecho argentino dijera: "las personas menores de edad que hayan adoptado un hijo, deberán hacerlo conocer a su propio padre o tutor"; esta norma sería de imposible aplicación porque nuestra ley de adopción prohíbe que adopten los menores de 35 años. Este defecto es denominado por Ross "falsa presuposición normativa".

b) La *conducta* que la norma prescribe realizar, puede ser *lógicamente* imposible, haciendo inaplicable la norma, si está descripta en forma contradictoria. Por ejemplo, se daría este caso si una norma dijera: "por las rutas del país deberá tomarse la mano derecha, de modo que los vehículos que vienen en sentido contrario puedan pasar por la derecha del propio vehículo". Estos casos pueden analizarse fácilmente como constituidos por dos normas contradictorias, por lo cual el problema no es otro que la inconsistencia normativa de que ya hemos hablado y que constituye un caso límite de inaplicabilidad de normas.

La obligación puede referirse a una conducta que es *empírica* o técnicamente imposible de realizar. Esto se podría ejemplificar con una norma que dijera: "la demanda laboral siempre debe notificarse al demandado por telegrama colacionado", y se diera el caso de que no llegara el servicio telegráfico hasta el domicilio del demandado. Lo mismo ocurriría, obviamente, con las normas que prescriben penas de prisión si resultara que, en el lugar donde debería cumplírselas, no había prisiones, o no había plazas disponibles en ellas.

En fin, la imposibilidad *normativa* de ejecutar una acción ordenada se da cuando el cumplimiento de ella requiere alguna circunstancia que está prohibida por otra norma. Supongamos

que haya una norma que obligue en todo contrato de locación, cualquiera que sea su monto, a formalizar un seguro en la Caja Nacional de Ahorro, habiendo otra norma que prohíba a esa institución contratar seguros. No se trata propiamente de una inconsistencia normativa tal como la hemos definido, pues aquí la conducta que se manda y la que se prohíbe son diferentes, ya que corresponden a distintas personas, aunque la ejecución de la primera exija la cooperación de la última.

2) Hay casos en que una norma es inaplicable, no por la imposibilidad de ejecutar el comportamiento ordenado, sino, viceversa, porque tal conducta es *necesaria*. La norma es, entonces, superflua.

El paralelo con la imposibilidad no se extiende a la condición de aplicación de la norma cuyo antecedente es necesario (por ejemplo, "se perciban rentas o no, debe presentarse la declaración de réditos"), porque tal norma es equivalente a una norma categórica, perfectamente aplicable.

La necesariedad de la conducta prescripta puede ser de carácter *lógico*. Se daría este caso si una norma dijera: "solamente deben ser castigadas por adulterio las personas casadas".

También puede ocurrir que la acción ordenada sea *empíricamente* necesaria. Así acaecería si, por ejemplo, una norma dispusiera: "los médicos deberán abstenerse de resucitar a personas fallecidas".

Por último, podría darse el caso de que la conducta que la norma obliga a realizar fuera necesaria por razones *normativas*. Esto se da, como caso límite, en la redundancia normativa, que ya hemos analizado, y también en otros casos que no satisfacen estrictamente la definición de "redundancia", pues ambas normas no se refieren a la misma conducta. Por ejemplo, si hubiera una norma administrativa que prohibiera a los funcionarios recibir notas de particulares que no estuvieran redactadas en papel de oficio, sería superflua otra norma que dispusiera la obligación de los particulares de presentar en papel de oficio sus peticiones ante la administración pública.

Como se habrá advertido por la naturaleza de estos defectos, es muy difícil que en un derecho relativamente elaborado se presenten fallas de esta índole. Sin embargo, se pueden encontrar algunos ejemplos en nuestro derecho positivo:

— Al hablar de redundancia, hemos citado el caso del art. 86, inc. 2º, del Cód. Penal, en su redacción original, que declaraba impune el aborto cuando el embarazo hubiera provenido de una violación o atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente. Dijimos que la expresión *atentado al pudor* se podía entender que implicaba acceso carnal —con lo cual resultaría redundante con *violación*—, o que excluía el coito. En este segundo caso la norma resultante era inaplicable ya que es empíricamente imposible el embarazo sin coito.

— El art. 2451 del Cód. Civil estipula: "*La posesión se pierde cuando el objeto que se posee deja de existir, sea por la muerte, si fuese cosa animada, sea por la destrucción total, si fuese de otra naturaleza o cuando haya transformación de una especie en otra*". Respecto del párrafo subrayado, Julio Dassen comenta: "Con razón observa Legón que la disposición es inoperante: es claro que, si desaparece el objeto, no puede existir *relación posesoria* por simple imposibilidad lógica y jurídica".

— El art. 4031 del Cód. Civil establece en su primer párrafo: "*Se prescribe también por dos años, la acción de nulidad de las obligaciones contraídas por mujeres casadas sin la autorización competente*".

Este artículo tenía sentido en relación al art. 55 del Cód. Civil originario que convertía en incapaz relativa a la mujer casada, siendo nulas las obligaciones contraídas sin la intervención de su representante legal, que era el marido. Ya la ley 11.357 había restringido considerablemente los actos jurídicos que la mujer casada no podía ejercer por sí misma. Actualmente, la ley 17.711 reconoce la capacidad plena de la mujer casada, por lo cual el art. 4031, si bien no ha sido derogado, carece de aplicabilidad.

5. La interpretación del derecho jurisprudencial

Los presupuestos y problemas de interpretación que hemos examinado están en relación con las normas jurídicas sancionadas a través de oraciones lingüísticas por órganos legislativos. Como hemos dicho al comienzo de este capítulo, no todas las normas jurídicamente relevantes tienen aquel origen, sino que muchas se originan en costumbres sociales y en la actividad judicial. Tambien respecto de estas normas se plantean graves problemas de interpretación.

Es conveniente decir algo a propósito de la interpretación del derecho jurisprudencial. Las normas de origen judicial, no sólo constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos —el llamado *common law* vigente sobre todo en Inglaterra y los Estados Unidos—, sino que, hasta en los sistemas de

tipo *continental europeo*, como el nuestro, tienen una vigencia no desdeñable para la solución de los casos. Podría decirse que la distinción entre los sistemas del *common law* y los de tipo continental se limita a una cuestión de grado respecto de la extensión de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas (fuerza obligatoria que en el caso de los precedentes se denomina *stare decisis*).

Incluso en las materias que en nuestro sistema están cubiertas por la legislación se va dando lugar a reglas jurisprudenciales que sirven para especificar una interpretación de los textos legales.

La determinación de las normas jurisprudenciales relevantes para solucionar un caso se hace mediante un complicado proceso que se funda en el llamado "razonamiento mediante ejemplos", o sea en la comparación entre casos, uno de los cuales ha sido clasificado ya bajo cierto concepto.

Edward Levy distingue tres fases en el razonamiento mediante ejemplos. La primera consiste en descubrir semejanzas entre el caso que se debe resolver y otros casos ya resueltos. En segundo lugar, se hace explícita la regla a que obedeció la solución de los casos anteriores. En la última fase se aplica aquella regla al caso planteado.

El primer tramo del razonamiento ofrece grandes dificultades. ¿Qué casos anteriores deben tomarse en cuenta para obtener una regla aplicable al que se debe resolver?

El principal criterio para la selección de precedentes es la *analogía* que deben guardar los casos fallados con el que se pretende solucionar. Pero no hay reglas para establecer qué semejanzas entre los casos son relevantes y qué diferencias son irrelevantes.

Una detallada descripción de los casos anteriores y del presente mostrará seguramente muchas diferencias. Sólo a medida que se avanza a un alto nivel de abstracción en la descripción de los casos, omitiendo muchas circunstancias, se pueden obtener descripciones equivalentes. No hay pautas para determinar hasta qué grado de generalidad está permitido llegar en la descripción de los casos con el fin de mostrar sus rasgos análogos.

También se toman en cuenta para la selección de los precedentes la jerarquía y antigüedad del tribunal del cual emanan.

Un tribunal se considera fuertemente obligado por sus propias decisiones anteriores y por las de los jueces superiores. Respecto de la antigüedad, a medida que los precedentes se alejan en el tiempo, van perdiendo fuerza vinculante, aunque no siempre lo reconocen así explícitamente los jueces del *common law*.

En cuanto al segundo paso del razonamiento mediante ejemplos —la obtención de la regla a que se ajustaron los precedentes—, también presenta dificultades.

En el *common law* se entiende que los jueces no están obligados por las afirmaciones explícitas hechas por los otros jueces (ni siquiera por las que ellos mismos pudieron haber hecho acerca de la regla aplicable para la solución del caso), que se consideran simples *obiter dicta*, es decir afirmaciones que no son necesarias para fundamentar el fallo. Lo que los obliga es la *ratio decidendi* de los fallos anteriores, es decir el principio general que explica las decisiones adoptadas. O sea que lo que los jueces, una vez que han seleccionado los precedentes, están obligados a realizar (a la luz de su propio punto de vista y no constreñidos a aceptar el de sus colegas que anteriormente hubieran fallado) es a formular una regla que sirva para explicar las decisiones que se hayan adoptado en los tales casos anteriores. Deben sentar un criterio razonable del cual se infieran las soluciones de los precedentes, aunque ese criterio no sea el mismo que enunciaron los jueces que dieron aquellas soluciones.

Es evidente que en este tramo del razonamiento también el juez goza de una considerable libertad. Las mismas decisiones pueden ser explicadas según reglas que pueden tener mayor o menor amplitud y diferentes excepciones y condiciones.

En el tercer tramo del razonamiento, la regla obtenida se aplica al caso que se debe juzgar. Tiene que decidirse si ese caso entra o no en el ámbito de aplicación de la regla, si constituye una de las excepciones que ella prevé, o si cae más bien dentro del marco de otra regla obtenida a través de una línea jurisprudencial distinta de la alegada. Es obvio que, en buena medida, la decisión estará determinada por la descripción que se haya dado del caso que se debe solucionar.

Una vez fallado el caso, los jueces, que tendrán que decidir en procesos futuros, contarán con un nuevo precedente que, determinada su analogía con el que tengan a examen, deberán incorporar al conjunto de decisiones que están obligados a explicar mediante alguna regla jurídica.

Se advierte, por lo tanto, que las normas jurisprudenciales tendrán que ir variando con los nuevos casos que deben ser resueltos. Cada nueva ocasión que se presenta para aplicar la regla da lugar a un enriquecimiento de ella mediante nuevas precisiones, condiciones y excepciones a fin de hacer compatible la norma con la solución que se adopte para el caso planteado.

En el sistema continental europeo el razonamiento respecto de los precedentes es menos cuidadoso y complejo, puesto que la regla *stare decisis* se aplica casi exclusivamente a lo resuelto por el mismo tribunal en otros casos o por tribunales superiores, y aun así mismo se procede con notorias franquicias. Los jueces no se sienten tan obligados a formular una regla que explique las decisiones de los otros jueces junto con la propia, si su decisión puede fundarse con una razonable interpretación de los textos legales.

6. La interpretación de las normas jurídicas y la administración de justicia

Lo que hemos visto en este capítulo se refiere a los problemas que se presentan cuando se pretende determinar qué normas jurídicas son relevantes para resolver un caso, ya se intente obtener esas normas de textos dotados de autoridad legal o de precedentes judiciales.

La mención de esos problemas basta para descalificar la concepción tradicional sobre la actividad judicial, originada en la escuela de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana, que caracteriza la tarea de los jueces como consistente en la aplicación mecánica de ciertas reglas a determinados casos, sin que los jueces tengan la posibilidad —ni la función— de efectuar una reelaboración de tales reglas.

Se ha dicho muchas veces que tal concepción clásica considera el razonamiento judicial como un *silogismo*, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, la premisa menor vendría a ser la descripción del hecho que se juzga, y la conclusión, la solución del caso.

En verdad no hay nada de malo en considerar el razonamiento judicial como un silogismo. Lo incorrecto es pensar que las premisas del razonamiento judicial —las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos—, se obtengan

por procedimientos mecánicos. Como lo han señalado Alchourrón y Bulygin, no es que los jueces no realicen un razonamiento deductivo al fundamentar una decisión, sino que la elección de las premisas y las reglas de inferencia de su razonamiento exigen una verdadera labor creativa.

Este punto ha sido ya mostrado a lo largo de las páginas anteriores en relación con las premisas normativas del razonamiento judicial, cuyo alcance debe ser, en buena parte de los casos, reformulado por los jueces para salvar las imperfecciones de los textos legales o de los precedentes judiciales. Como hemos visto, la tarea de precisar los textos vagos o ambiguos, eliminar las lagunas y las contradicciones, determinar los precedentes relevantes, etc., por lo común no está guiada por reglas precisas de segundo nivel y, cuando lo está, o sea cuando son aplicables principios tales como el de *lex superior* o el que indica que se apele a las soluciones de casos análogos, no es infrecuente que se tropiece con reglas competitivas que aportan soluciones divergentes.

En cuanto a la determinación de las premisas fácticas del razonamiento de los jueces, es obvio que también ella presenta agudas dificultades. El conocimiento de los hechos relevantes debe obtenerse a través de complicados sistemas de pruebas y presunciones que las más de las veces dejan a los jueces un amplio margen de apreciación personal, dando lugar en muchos casos a descripciones discordantes respecto de las conclusiones que se pretenden inferir de los mismos datos empíricos.

Alf Ross presenta un esquema interesante para entender la supersimplificación que hace la concepción tradicional respecto de la actividad judicial. Parte de la tesis de Stevenson de que toda acción es la resultante de ciertas creencias y de determinadas actitudes (o motivos, o propósitos). La variación de uno de esos factores, manteniéndose los demás, provoca una acción diferente. Por ejemplo, dos legisladores pueden sustentar la misma creencia de que la pena de muerte provoca una disminución de la delincuencia, pero mientras uno de ellos adopta una actitud favorable a obtener ese resultado a cualquier costo, el otro no está dispuesto a admitir que se disponga de la vida como medio para conseguir aquel objetivo; en consecuencia, el primero propugnará la pena de muerte en tanto que el otro se abstendrá de imponerla. Lo mismo sucedería si, viceversa, ambos legisladores estuvieran dispuestos a luchar contra el crimen por cualquier medio, pero uno

de ellos no creyera que la pena de muerte fuera un medio eficaz, mientras que el otro estuviera convencido de ello.

Con este esquema, sostiene Ross que la teoría clásica respecto de la administración de justicia, consideraba las decisiones judiciales como resultantes, exclusivamente, de estos factores: *a*) en cuanto a las creencias, un conocimiento pleno de las leyes aplicables y de los hechos relevantes que se deben juzgar; *b*) en lo que atañe a la actitud, una pulcra conciencia jurídica formal, es decir el deseo de aplicar estrictamente las leyes sin ninguna otra consideración.

Ross sostiene que este planeamiento constituye una burda caricatura de lo que ocurre en la realidad, en la cual las decisiones de los jueces son el producto, por lo menos, de estos elementos: *a*) en relación a las creencias, no sólo el conocimiento, que generalmente es imperfecto, por lo que ya dijimos, de las normas jurídicas vigentes y de los hechos planteados, sino también de toda una serie de circunstancias de orden político, social, económico, que rodearon tanto a la sanción de las normas jurídicas como a la producción del hecho propuesto al examen del juez; *b*) y en cuanto a las actitudes, la conciencia jurídica formal de los jueces compite casi siempre con su conciencia jurídica material, o sea con el deseo de llegar a una solución valorativamente aceptable, de modo que no es infrecuente que los jueces tengan que plantearse el dilema de aplicar estrictamente la ley, dando lugar a una solución injusta, o apartarse de ella, para decidir satisfactoriamente el caso planteado. (Como hemos visto en el primer capítulo, los jueces son tan moralmente responsables como todos nosotros, y el mero hecho de fundar sus decisiones en normas jurídicas positivas no los exime de su responsabilidad moral por tales decisiones.)

Este cuadro no lo presenta Ross como algo deseable, sino como correspondiente a lo que de hecho ocurre, aun en las épocas y en los ámbitos en que la concepción tradicional tenía mayores adherentes. La verdad es que en diferentes tiempos y ámbitos puede variar el peso relativo de las distintas creencias y actitudes, por ejemplo haciendo los jueces mayor abstracción de las circunstancias que rodearon a la sanción de la ley y a la producción del hecho y dando mayor predominio a la conciencia jurídica formal sobre la material; pero esas oscilaciones nunca llegan al extremo de satisfacer el esquema de la teoría tradicional.

En cambio, lo que sí registra profundas diferencias es la

medida en que los jueces *reconocen* que deben reelaborar las normas jurídicas dadas, que no son inmunes a la percepción del marco social que envuelve a la sanción de tales normas y al caso planteado y que están provistos, no sólo del deseo de someterse a las leyes, sino también del de obtener soluciones axiológicamente satisfactorias. Y es ahí, en cuanto al reconocimiento de esos factores, donde pueden advertirse enormes variaciones; desde una negativa absoluta hasta una admisión sin ambages.

En nuestro ámbito, los jueces son, en general, marcadamente renuentes a admitir explícitamente que, en muchas ocasiones, deciden bajo la influencia de consideraciones de índole pragmática acerca de las consecuencias sociales de cada una de las soluciones posibles. Cuando ocurre lo contrario, resulta llamativa la actitud del juez.

> Se puede ver esto con claridad a través de un ejemplo (que fue comentado por Jorge A. Bacqué y este autor en un artículo): El Código Penal argentino agrava los delitos de robo y daño cuando se los comete en *banda*. La palabra "banda" aparece también en la descripción del delito de asociación ilícita, que se reprime en forma separada de los delitos que los miembros de la asociación puedan cometer. Se discutió si, para que haya banda en la comisión de un robo o daño, deben darse los requisitos de la asociación ilícita (en especial, que concurran tres o más personas). En el caso de respuesta afirmativa, no podría castigarse acumulativamente a un individuo por haber cometido un robo en banda y por formar parte de una asociación ilícita, puesto que se lo penaría dos veces por el mismo hecho. En cambio, si "banda" y "asociación ilícita" se interpretan como expresiones con significado diferente, podrán sumarse las penas del robo o el daño en banda y las de la asociación ilícita.
>
> La tesis primera fue recogida por un plenario de la Cámara Criminal de la Capital, habiendo tenido particular relevancia en la decisión final la opinión del vocal doctor Ernesto J. Ure.
>
> No obstante, en 1963 el mismo tribunal modificó el criterio, adoptando la tesis de la acumulación de penas. Es obvio que tuvo que haber influido decididamente en el cambio de enfoque de la Cámara el notable aumento de la delincuencia organizada que se produjo entre ambos plenarios y la creencia de que un aumento de penalidad podría ser un recurso apropiado para combatirla.
>
> Pero, a pesar de aquella evidencia, la consideración de las consecuencias sociales de las soluciones posibles no se pone de manifiesto más que en la argumentación del doctor Ure, quien expresamente alude a "la realidad social circundante" y a la necesidad de defender a la sociedad contra los delitos llevados a cabo por varios individuos. Los demás jueces, incluso uno de ellos que también cambió su opinión expresada en el fallo de 1944, fundamentaron el nuevo criterio en

argumentos de carácter técnico y en la supuesta interpretación objetiva de la ley.

El hecho de que se mantenga en un plano no reconocido la actividad de los jueces de reelaborar las normas jurídicas generales hace difícil el control público de sus decisiones y de los criterios axiológicos en que las fundamentan. Esto puede constituir a veces un grave obstáculo para los cambios sociales cuando la ideología del cuerpo judicial no coincida con los propósitos de los legisladores y de la opinión pública que pretenden tales cambios. Conviene precisar algo más esta cuestión.

7. Derecho, administración de justicia y cambios sociales

W. Friedmann señala que hay dos opiniones contradictorias respecto de la habilidad del derecho para servir como instrumento de cambios sociales, que pueden ilustrarse con las posturas de dos grandes juristas: Savigny y Bentham.

Savigny, como lo hemos expuesto en el primer capítulo, expresaba la concepción historicista respecto del derecho. Según él, el derecho se encuentra, no se hace. El derecho está en el espíritu del pueblo, en las costumbres sociales. La legislación sólo debe actuar una vez que los juristas han aceptado y articulado las pautas vigentes en la sociedad. Propugnaba, por lo tanto, una actitud pasiva del derecho ante las circunstancias sociales, lo cual lo inducía a ser denodado enemigo de la codificación, que en su época se expandía por Europa. Su punto de vista influyó resueltamente en otros juristas, como Ehrlich, para quien había que dar preferencia al "derecho vivo del pueblo" sobre las normas coactivas del Estado. Estas últimas debían limitarse a regular cuestiones relacionadas con la organización militar, policial y tributaria.

Bentham, en cambio, creyó fervientemente en la capacidad del derecho como instrumento de reforma social y se dedicó a lo largo de su vida a redactar códigos para distintos países (desde Rusia hasta algunas naciones latinoamericanas). A su prédica se debe, en buena parte, la concepción moderna del parlamento como un cuerpo activo que, por medio de la legislación, puede efectuar cambios sociales, ya respondiendo a necesidades de la sociedad, ya estimulando nuevas expectativas.

Aunque la concepción de Savigny tuvo una marcada influen-

cia entre los juristas y filósofos del derecho, promoviendo la idea —que tiene sus raíces en el pensamiento de filósofos griegos y juristas romanos—, de que el derecho está más allá de toda manipulación racional dirigida hacia objetivos sociales, el punto de vista de Bentham terminó por imponerse. Ello no se debió tanto a una conversión de los juristas, sino a que las intensas transformaciones sociales, por ejemplo las originadas en la revolución industrial, la organización sindical de los trabajadores y el proceso de urbanización, que obligaron a adoptar medidas legislativas más o menos rápidas, pusieron en evidencia la función instrumental del derecho respecto de la obtención de objetivos sociales.

Hoy en día resulta muy difícil negar la influencia recíproca entre el derecho y las circunstancias sociales y económicas.

Los cambios producidos en la sociedad se reflejan, más tarde o más temprano, sobre el ordenamiento jurídico y éste, a su vez, suele servir de promotor de nuevas pautas sociales (lo que no se concilia fácilmente con la idea marxista de que el derecho es parte de la "superestructura" de una sociedad y como tal, se limita a reflejar y proteger el sistema de producción existente y los intereses de la clase dominante).

No quiere esto decir que haya siempre una coordinación plástica entre las circunstancias sociales y las normas jurídicas vigentes.

Son frecuentes los casos en que se produce un retraso de la legislación respecto de las demandas de la opinión pública, ya por impermeabilidad de los legisladores, ya por la existencia de poderosos grupos de presión en sentido contrario, ya en fin porque el procedimiento de reforma legislativa en ocasiones es lento y complicado.

Esto se puede ilustrar en nuestro país con la falta de respuesta legislativa para los innumerables casos de familias irregulares a causa de la inflexibilidad de la legislación matrimonial.

También son comunes las situaciones inversas, en que la población se resiste a aceptar reformas promovidas por la legislación.

Algunos filósofos jurídicos, como Hart y Lon Fuller, han señalado ciertos recaudos mínimos, formales y materiales, que el derecho debe satisfacer para tener alguna probabilidad de ser eficaz, como proveer a que los súbditos tengan posibilidad de

conocer las normas jurídicas o disponer algunas limitaciones para los ataques contra la vida humana.

Sin llegar a esos extremos, la legislación suele a veces resultar ineficaz ante los hábitos profundamente arraigados en la población.

Por ejemplo, se han realizado investigaciones sociológicas sobre el influjo de la implantación de la legislación occidental en Turquía, demostrándose que, mientras las normas que se referían a aspectos instrumentales, como las actividades comerciales, consiguieron una aplicación efectiva, las relacionadas con cuestiones afectivas o creencias primarias, como la vida familiar y el matrimonio, sólo escasamente lograron alterar las pautas sociales aceptadas.

En nuestro medio esto ocurrió con evidencia, por ejemplo, con las normas referentes al duelo, practicado en el pasado despreocupadamente por ciertos grupos sociales no obstante las severas sanciones del Código Penal, y con las normas relativas al aborto, que no pueden contener la extensión de esa práctica en la sociedad, generándose un grave problema moral.

Los sociólogos jurídicos suelen formular algunas condiciones necesarias para que una norma jurídica pueda tener éxito en su empeño por alterar los hábitos arraigados en una sociedad. Por ejemplo W. M. Evan señala las siguientes condiciones: *a*) que la norma jurídica en cuestión emane de una autoridad prestigiosa (indica el autor que en los Estados Unidos se advierte menor resistencia potencial a las nuevas normas legislativas que a las jurisprudenciales); *b*) que la nueva norma pueda fundamentarse como compatible con ideas jurídicas, culturales, etc., ya aceptadas; *c*) que se permita a la gente visualizar modelos prácticos de cumplimiento de la norma; *d*) que se haga uso consciente del factor temporal para permitir que vaya cediendo paulatinamente la resistencia a la norma; *e*) que los agentes encargados de aplicar la norma se comprometan, por lo menos externamente, a su cumplimiento, sin dar muestras de hipocresía, corrupción o privilegio; *f*) que se empleen premios y castigos adecuados para motivar el cumplimiento de la norma, y *g*) que se provea protección efectiva a aquellos que se vieran afectados por el incumplimiento de la norma.

Los cambios que el derecho introduce en la sociedad pueden clasificarse, como lo sugiere Y. Dror, en directos e indirectos. El derecho produce cambios sociales directamente cuando las

conductas que regula significan, por sí mismas, alguna alteración de las condiciones sociales preexistentes (por ejemplo, si se prohíbe la poligamia en un país donde antes regía); por el contrario, los cambios son producidos indirectamente por el derecho cuando éste crea algún modo de protección, institución, autoridad administrativa, etc., que con el tiempo pueden ir dando lugar a conductas innovadoras (por ejemplo, si se crea una ley de protección a las patentes de invención y ella promueve una intensa renovación tecnológica).

El estudio de la posibilidad de promover cambios sociales a través del derecho se ha concentrado generalmente en la creación de normas jurídicas por los órganos legislativos. Sin embargo, la aplicación que los jueces hacen de las normas jurídicas a casos concretos no tiene menos relevancia en cuanto a las posibles consecuencias sociales.

Los problemas de interpretación que se han venido analizando a lo largo de este capítulo, son demostrativos de que los legisladores tienen limitaciones para prever todos los casos posibles y asignarles solución.

De hecho, parte del poder legislativo está transferido implícitamente al cuerpo judicial, quien, como vimos, muy a menudo tiene que reelaborar las normas que le ofrece el legislador antes de aplicarlas a los casos concretos.

Esa tarea de reformulación de las normas generales normalmente tiene ante sí, como también dijimos, diferentes alternativas. En muchos casos la elección de una u otra interpretación por parte de los jueces tiene consecuencias sociales relevantes.

La necesidad de resolver casos particulares hace que la magistratura advierta, en muchos casos con más facilidad que los legisladores, efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, razón por la cual procede a realizar una interpretación correctiva de aquélla para impedir tales consecuencias.

Pero también se suele dar el caso de un cuerpo judicial de tendencia conservadora, que frustre, con interpretaciones limitativas, los propósitos de cambio social del legislador. Fue famosa, en este sentido, la actitud de la Corte Suprema norteamericana ante las disposiciones, que importaban una marcada transformación social y económica, inspiradas por el presidente F. D. Roosevelt.

En esos casos los jueces se refugian en el argumento de que sus soluciones se apoyan en la "verdadera" y "única" interpreta-

ción de la Constitución o de la ley, ignorando las restantes alternativas interpretativas que los textos legales pueden ofrecerles.

Un remedio adecuado para reducir la frustración de los propósitos legislativos a través de la interpretación judicial, puede ser un mayor realismo de los legisladores en el reconocimiento de las imperfecciones de las leyes que sancionan para resolver unívocamente todos los casos futuros; después de lo cual no deberían limitarse a prescribir a los jueces el empleo de meras técnicas formales de interpretación, que, como en el caso de la analogía, por lo común pueden servir para justificar soluciones dispares. En cambio, tal vez los legisladores podrían tener mayor eficacia en la concreción de sus propósitos, si formularan reglas materiales de interpretación que indicaran la preferibilidad de las soluciones que tuvieran determinadas consecuencias sociales o que promovieran ciertos objetivos o valores.

Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no sólo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales.

Una decisión que podría tener efectos sociales inadmisibles a juicio del juez, puede a veces evitarse sacando provecho de irregularidades procesales cometidas por la parte que la reclama.

En los países latinos, y sobre todo en los de origen hispano, el procedimiento judicial suele ser engorroso, lleno de formalidades solemnes y en general elusivo al control por parte de la opinión pública.

Todavía se advierten, en esos ámbitos, resabios de una actitud mágica ante el procedimiento judicial, según la cual, pronunciar ciertas palabras o cumplir ciertas fórmulas es condición necesaria y suficiente para obtener determinados efectos jurídicos.

Estos obstáculos en el procedimiento judicial son, obviamente, regresivos respecto de la capacidad del derecho de influir en la realidad social. Crean una actitud ritualista y medrosa en los abogados y en la gente en general, quienes terminan por ver el proceso judicial como un juego del que saldrá triunfador quien supere todos los obstáculos y haga caer a la otra parte en el mayor número posible de trampas, en vez de enfatizar la discusión sobre los intereses que constituyen el telón de fondo del pleito y sobre su compatibilidad con principios de moralidad social.

Por último, un procedimiento judicial exageradamente formalista, principalmente cuando exige, como en nuestro país, la escritura, impide el adecuado control por parte de la opinión pública de los procesos y las decisiones judiciales. No sólo a causa del ámbito reservado en que se desarrollan los juicios, sino principalmente porque se ocultan los intereses en juego y el significado social de la decisión

adoptada tras de discusiones acerca de la satisfacción de las formas procesales.

Todos estos factores inciden evidentemente en que, en muchas ocasiones, los cambios sociales propugnados por los órganos legislativos no puedan concretarse a través del aparato judicial.

Estas observaciones no deben dar la impresión de que la magistratura desaliente siempre deliberadamente las reformas sociales y vaya a la zaga de los legisladores en sus propósitos reformistas. La cuestión, sin duda, es contingente según la composición de los cuerpos legislativo y judicial en distintas épocas y ámbitos y la materia de que se trate (y la valoración de la actitud de los diferentes órganos frente a los cambios sociales dependerá, obviamente, de la valoración de tales cambios sociales). No es excepcional que los jueces propendan a reajustar las normas generales a las circunstancias sociales anticipándose a los legisladores y eludiendo con más facilidad las presiones que se ejercerían contra una reforma legislativa. Por ejemplo, nuestros jueces advirtieron que las normas que reprimen el aborto se aplicaban casi exclusivamente a las mujeres pobres que, habiendo sufrido lesiones a raíz de las maniobras abortivas, debían internarse en un hospital público, cuyos médicos se consideraban obligados, como funcionarios estatales, a denunciar el delito. La Cámara Criminal de la Capital, en un plenario de 1966, decidió que los procesos penales así iniciados son nulos, porque la mujer procesada —no los cómplices— está en una condición análoga a quien se obliga a declarar contra sí mismo. De este modo y sin perjuicio de mantener la valoración negativa de este tipo de conductas, se condicionó radicalmente la punición del aborto, antes de que ningún legislador se hubiera manifestado sensible ante las circunstancias sociales que obligaban a las mujeres sin recursos, primero a decidirse a abortar, después a hacerlo en condiciones peligrosas y, por último, a recurrir a un hospital público, donde iban a ser probablemente denunciadas.

Lo que sí indica el desarrollo anterior es que hay ciertos obstáculos objetivos para que el cuerpo judicial, independientemente de las propensiones de sus integrantes, sea adecuadamente permeable a las transformaciones sociales propugnadas por los órganos políticos.

De las distintas dificultades que hemos señalado, la más interesante es la que se refiere a la elección de una alternativa interpretativa de las normas legisladas, justificándola en razones distintas de las consideraciones valorativas en favor y en contra de las diferentes opciones y encubriendo el hecho de que tales opciones se presenten.

A esta altura es conveniente preguntarse a qué clase de justificaciones recurren los jueces para fundar sus decisiones, si es que no se apoyan predominantemente en la justificación moral de cada una de las soluciones posibles, y cómo hacen para mantener en segundo plano la circunstancia de que, en muchas oca-

siones, tienen ante sí diversas alternativas de interpretación de las normas legales.

La respuesta es que el cuerpo judicial tiene a su alcance un admirable complejo de presupuestos y técnicas de argumentacion suministrados por la "ciencia jurídica", que le permite cumplir la función de reelaborar las normas generales y, al mismo tiempo, hacerlo en forma no manifiesta.

El próximo capítulo estará dedicado, precisamente, a examinar tales presupuestos y técnicas de argumentación que la ciencia del derecho desarrolla y presta a los jueces.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

V

1.— ¿Cuál es la diferencia entre signos y símbolos? ¿Por qué se dice que el lenguaje es un sistema de símbolos? Proponga tres ejemplos de signos y tres de símbolos.

2.— Comente brevemente este pasaje del destacado iusfilósofo argentino Carlos Cossio (*El derecho en el derecho judicial*, Bs.As., 1959, p. 45):

"Bien, si nos preguntáramos qué es una norma, desde luego que no nos interesaría saber qué es una norma en el sentido tautológico que nada define, traído por el diccionario, cuando dice que la norma es una regla de conducta. La cuestión nos interesa en el sentido de captación de la esencia. Es decir, querríamos saber y aclarar el problema de qué es lo que a una norma la hace ser una norma, en qué consiste su normatividad".

3.— Comente el siguiente párrafo de Ludwig Wittgenstein (*Philosophical Investigations*, Oxford, 1953, § 116, p. 343):

"Cada vez que los filósofos usan palabras como 'conocimiento', 'ser', 'objeto', 'yo', 'proposición', 'nombre', intentando aprehender la esencia de la cosa, hay que preguntarse: ¿Acaso se usa esa palabra realmente así en el lenguaje, en ese lenguaje en el que tiene su hogar? Retrotraigamos las palabras del uso metafísico al lenguaje cotidiano".

4.— Establezca si las siguientes preguntas inquieren por el significado de ciertas palabras o reclaman una información acerca de las cosas o los fenómenos denotados por las palabras en cuestión:

a) ¿Qué es el delito?

b) ¿Qué es la justicia?

c) ¿Qué significa realmente la enfiteusis?

5.— Indique, aunque sea en forma parcial y aproximada, cuál es la denotación (o extensión) y cuál la designación (o intensión) de los siguientes términos:

a) "hombre" *b*) "derecho" *c*) "propiedad" *d*) "delito" *e*) "país".

6.— ¿Podría usted incluir en la misma clase conceptual a un hombre gordo, una jirafa amarilla, las mareas y la teoría de la relatividad?

7.— Comente esta hipotética crítica: "En este libro de Introducción al derecho el autor presenta una imagen tan distorsionada del derecho que constituye una burda caricatura de lo que el derecho es en realidad. Se caracteriza al derecho como un sistema normativo que se distingue de otros por las propiedades de coactividad e institucionalización. Esta supuesta definición desnuda al derecho de todo lo que constituye su verdadera esencia y le infunde vida y trascendencia: sus fines y funciones, las relaciones de poder que llevaron a dictar sus normas, los contenidos ideológicos de éstas, su vinculación con valores permanentes, sus dimensiones socioeconómicas. Este 'derecho' que aquí se nos presenta nunca podrá encontrarse en el mundo real; pertenece a un mundo abstracto de ideas y formas: al mundo de la lógica".

8.— Distinga entre propiedades definitorias universalmente concomitantes y contingentemente concomitantes en relación con el significado de las siguientes palabras:

a) "derecho" *b*) "casa" *c*) "gato" *d*) "sinfonía".

9.— ¿Qué ventajas tiene una definición por designación sobre los otros tipos de definiciones?

10.— Ponga un ejemplo de una oración que exprese varias proposiciones y otro de una proposición expresada por varias oraciones.

11.— ¿Cuáles de los siguientes enunciados serían los candidatos más serios a constituir casos de juicios analíticos?

a) Todos los cuerpos caen en dirección al centro de la tierra.

b) Si todos los hombres son mortales y Sócrates es hombre, entonces Sócrates es mortal.

c) Todos los hombres son mortales.

d) Todo lo que no está prohibido está permitido.

e) El cuadrado de la hipotenusa es igual a la suma de los cuadrados de los catetos.

f) El actual rey de Francia es calvo.

g) Hoy hace frío y no hace frío.

h) Si Juan es hermano de Pedro y Pedro es hermano de Roberto, entonces Juan es hermano de Roberto.

i) Si Juan es amigo de Pedro y Pedro es amigo de Roberto, entonces Juan es amigo de Roberto.

j) Todo efecto tiene una causa.

12.— Si usted tuviera que interpretar un testamento de una persona fallecida, ¿adoptaría usted una interpretación subjetiva u objetiva? ¿Por qué?

13.— Proponga un ejemplo de una norma equívoca por la ambigüedad de alguna de sus palabras y de otra que lo sea por la ambigüedad de alguna conexión sintáctica.

14.— ¿En qué consiste la ambigüedad de esta norma? "Esta ley sólo se aplicará de oficio a los juicios de desalojo que no tuvieran sentencia firme a la fecha de su entrada en vigencia" (art. 39, ley 20.625 de locaciones urbanas).

15.— Explique en qué consiste la imprecisión de las normas siguientes:

a) "Será reprimido con... el funcionario público que impusiese a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales" (art. 144 *bis*, inc. 3º, Código Penal).

b) "Será reprimido con... el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos..." (art. 128, Cód. Penal).

c) "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres" (art. 21, Código Civil).

d) "Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes" (art. 141, Código Civil).

16.— ¿Qué diría usted del conductor de un colectivo que, señalando un cartel que dice "prohibido viajar con animales", impide el acceso al vehículo de un señor respetable que lleva una mosca posada en su sombrero?

17.— Intente formular una definición persuasiva de la palabra "ley".

18.— ¿Con qué caracteres normativos es compatible y con qué otros es incompatible la prohibición de una conducta.

19.— Indique cuáles de los siguientes pares de normas están constituidos por normas contradictorias entre sí; indique también qué clase de inconsistencia ("total-parcial", etc.) se da en cada caso:

a) "El que pague en término el impuesto a la renta será beneficiado con un descuento del 10%" - "El que incurra en mora en el pago del impuesto a la renta sufrirá un recargo del 20%".

b) "El que mate será castigado con prisión de ocho a veinticinco años" "El que mata en legítima defensa no es punible".

c) "Los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales del país" - "El presidente de la Nación deberá haber nacido en el territorio nacional".

d) "El que se apoderare ilegítimamene de una cosa ajena sin hacer uso de intimidación o violencia será reprimido con 6 años de prisión" - "El que mediante el empleo de armas se apoderare ilegítimamente de una cosa que no le pertenece sufrirá 4 años de prisión".

20.— ¿Por qué la redundancia normativa puede constituir un problema de interpretación?

21.— ¿Presentaría un sistema constituido por las normas siguientes alguna laguna respecto de la legislación aplicable a un posible caso de sucesión?

a) "La sucesión deberá regirse por la legislación nacional si el último

domicilio de la persona fallecida y del presunto heredero que inicia la sucesión están en el país".

b) "Si todos los bienes inmuebles de la sucesión están situados en el extranjero y el último domicilio de la persona fallecida también lo estuviera, no se aplicará a la sucesión las leyes del país".

c) "Estando todos los bienes inmuebles de la sucesión radicados en el país, ella se regirá por las leyes del país".

d) "Si la sucesión contara con algunos bienes inmuebles situados en el país y estuviera en el país o bien el último domicilio de la persona fallecida o bien el domicilio del presunto heredero que inicia la sucesión, ésta se regirá por la legislación nacional".

22.— Proponga un ejemplo de laguna axiológica. Explique cómo se distingue de un caso de laguna normativa, y de cualquier otro caso en que haya una solución injusta o inadecuada.

23.— Si todo lo que no está prohibido está permitido, ¿cómo es posible que haya situaciones no reguladas por el derecho? El hecho de que probablemente ningún sistema jurídico se ocupa de, por ejemplo, la acción de mover tres veces el dedo meñique, ¿implica que todos los sistemas jurídicos tienen al menos una laguna?

24.— ¿Cuáles de las siguientes normas son inoperantes por ser necesariamente inaplicables o superfluas? Indique en cada caso qué tipo de defecto tiene la norma en cuestión.

a) "El que dibuje un cuadrado redondo tendrá una recompensa de un millón de pesos".

b) "Si una persona jurídica colectiva comete una estafa, deberá ser reprimida con dos años de prisión".

c) "Las personas por nacer tienen capacidad absoluta de hecho".

d) "La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y a todo el espacio aéreo sobre él en líneas perpendiculares".

e) "Los que cometan el delito de rebelión, tengan o no éxito en la consumación del mismo, serán castigados con 10 años de prisión y con inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos".

f) "Cuando se tratare de mayores de edad, el incesto entre personas que no tengan entre sí parentesco legítimo o natural no es punible".

g) "Se prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo".

h) "El primer hombre que gestare un niño será recompensado con un ducado por la reina de Inglaterra".

i) "El que intentare matar a un cadáver será reprimido con dos años de prisión".

j) "Los propietarios de un inmueble tienen derecho de excluir de él a todo intruso".

k) "Se prohíbe el nacimiento de niños que no sean de raza aria".

l) "Todo el que consciente y voluntariamente perjudicare sus propios intereses será reprimido con prisión de un mes a un año".

m) "La violación de esta norma será reprimida con una multa de cien mil pesos".

.— Prepare un breve ensayo en el que analice y adopte una posición respecto de la siguiente discusión, que sintetiza la controversia acerca del lenguaje jurídico, que han protagonizado los profesores Sebastián Soler y Genaro R. Carrió:

S. Los conceptos jurídicos tienen cierta analogía con los conceptos matemáticos, especialmente con los de geometría. Tanto unos como otros son conceptos dados o puestos por hipótesis y están integrados por un número determinado de elementos necesarios. Así como el concepto de triángulo se integra con ciertas características necesarias y suficientes, no habiendo triángulo si falta alguna de ellas, lo mismo ocurre con los conceptos jurídicos, como el de compraventa. Tomándolo como ejemplo, este concepto requiere consentimiento, entrega de cosa y entrega de precio; si no hay consentimiento, no hay compraventa sino estafa, si no hay entrega de dinero, hay donación de cosa, no compra-venta, si no hay entrega de cosa no hay compraventa, sino donación de dinero.

C. Es cierto que los juristas, legisladores, etcétera, han ido formando un lenguaje técnico que es más preciso que el lenguaje vulgar. Sin embargo, ese lenguaje sigue teniendo los defectos propios de todo lenguaje natural, es decir, principalmente, la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta. *S* toma como ejemplo el concepto de compraventa; es cierto que exige consentimiento, entrega de cosa y entrega de precio, pero, por ejemplo ¿cuánto precio? Porque si la entrega de dinero es ínfima en relación con el valor de la cosa, habrá una donación encubierta de cosa y, si el precio es exorbitante en relación a la cosa, habrá una donación encubierta de dinero. Parece haber aquí una apreciable zona de penumbra, como en las palabras "alto" o "calvo" y a diferencia de "triángulo".

S. La sola inserción de una palabra del lenguaje vulgar en el contexto jurídico la convierte en una expresión técnica, lo cual basta para corregir sus imperfecciones. Ello se produce a través de varios procedimientos implícitos en la legislación; por ejemplo, el hecho de que las leyes sólo sirvan para mandar y no para otros efectos, excluye las dudas posibles sobre la fuerza de la expresión; también ocurre que las leyes cuantifican lo cualitativo, de modo que, en vez de hablar, por ejemplo, de "joven", hablan de "menor de 21 años"; por otra parte, las leyes crean su propia terminología técnica. El ejemplo de *C* acerca del precio de la compraventa no es demostrativo de que haya vaguedad; evidentemente, si en lugar de *precio* hay *falso precio*, no hay compraventa, sino donación. No hay tampoco textura abierta, puesto que lo que la ley no ha puesto como nota relevante, es jurídicamente indiferente.

C. Insisto en que cuando un concepto jurídico debe ser usado para resolver un caso concreto, frecuentemente se plantean los mismos problemas de penumbra que en las expresiones del lenguaje vulgar. Las características que, según *S*, posee la legislación y otorgan precisión a sus palabras, no siempre son operativas. Por ejemplo,

no es verdad que el derecho siempre manda, y aun cuando lo hace, muchas veces manda en forma imprecisa; no siempre se cualifica lo cuantitativo, como cuando se habla de "disminución de las facultades mentales". En cuanto al ejemplo de "compraventa", la cuestión no se resuelve con el concepto de falso precio, puesto que pueden subsistir graves dudas acerca de cuándo hay "precio" y cuándo hay "falso precio", dudas que configuran precisamente la penumbra de que hablaba antes. Hay muchas ocasiones en que el legislador no tuvo en cuenta una cierta propiedad como relevante, quizás simplemente porque no halló la posibilidad de que se presentara, y la práctica judicial, ante la presión de cosas concretas, se ve obligada a no considerarla jurídicamente indiferente.

S. La controversia con *C* se ha aclarado lo suficiente para reducirla a la cuestión de aceptar o no que las palabras de la ley pueden tener una zona de penumbra. Admito que en ciertos casos sea así, pero sostengo que cuando ello ocurre es un recurso técnico del legislador para que el juez, en cada caso pueda adaptar la solución a los valores implícitos en que la norma se funda. Ni aun en estos casos el juez crea derecho: ejerce una función que la ley le encomienda, como cuando tiene que determinar una cierta pena entre un máximo y un mínimo establecido legalmente.

(La polémica se desarrolló a través de estas obras: Soler, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962 y *Fe en el derecho*, Bs. As., Tea, 1956; Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968; Soler, *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969; Carrió, *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971; Soler, *El juez y el súbdito*, *LL*, 142-1094. Es interesante, además, el análisis que hacen de esta polémica C. E. Alchourrón y E. Bulygin en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.)

26.— Suponga que usted es juez en un ámbito en donde rige la regla *stare decisis*, como en el *common law*, y se le plantea el problema de calificar de robo o de hurto (lo cual implica una substancial diferencia de pena) el caso de quien se ha apoderado de una tela pictórica de gran valor, rompiendo el marco que sostiene la pintura y que está adherido a la pared. El caso no está, en la hipótesis, resuelto por la legislación, pero existen los siguientes precedentes:

a) En un caso fallado en 1918 se resolvió que es hurto y no robo el cortar con un hacha partes de un árbol, puesto que la fuerza en las cosas que el robo requiere, debe ejercerse sobre *medios defensivos* del objeto y debe emplear métodos contrarios a los normales para obtener la cosa.

b) Hay otro caso, fallado en 1922, en que se resolvió que apoderarse de una alcancía y romperla después para obtener su conenido, no es robo, sino hurto.

c) En un caso fallado en 1929 se resolvió que la ruptura de la ventanilla de una puerta como medio para introducir la mano y abrirla,

apoderándose de objetos de la casa, constituye la *fuerza en las cosas* característica del robo.

d) En 1934 se decidió que es robo apoderarse de un farol adherido a un automóvil por medio de soportes y tornillos, pues el destornillar el soporte requiere, no sólo *esfuerzo,* sino el uso de instrumentos adecuados.

e) En otro caso de 1940 se decidió que el corte de un alambrado para apoderarse de parte del alambre, constituye robo.

f) También en 1940 se decidió que cortar la cola y las crines de un caballo con el fin de apoderarse de ellas, no constituye robo, sino hurto, pues ello implica solamente la *fuerza natural* para apoderarse de tales cosas y no constituye una fuerza suplementaria.

g) En 1952 se consideró que no constituye robo, sino hurto, el apoderarse de la dinamo de un coche destornillándola previamente, pues los tornillos no están puestos por razones de *seguridad,* sino para permitir el funcionamiento de aquel aparato.

h) En 1964 se decidió que constituye robo el cortar parte de una lona para llevársela. Se dijo que la fuerza en las cosas relevantes para el robo no se refiere a la superación de *defensas* de la cosa, sino que consiste en una fuerza *anormal* en relación al destino de la cosa; lo cual se daba en el caso, pues la lona no estaba destinada a ser vendida o utilizada fraccionadamente.

i) En 1973 se estipuló que constituye hurto y no robo el romper el precinto de un vagón ferroviario para apoderarse de su contenido. El fundamento fue que los precintos estaban puestos, no para seguridad, sino para *control.*

Usted debe tratar de resolver el caso que se le plantea a su examen mediante una regla general que sirva también para explicar las decisiones adoptadas en los casos precedentes citados.

27.— ¿Puede reconstruirse como un silogismo el razonamiento judicial? ¿En ese caso qué tipos de enunciados aparecerían como premisas y como conclusión del razonamiento? ¿Implicaría la posibilidad de tal reconstrucción que la actividad judicial es puramente mecánica?

28.— Si el derecho es un conjunto de normas, o sea de juicios de deber ser, ¿cómo puede él estar en relación causal con hechos de índole social, que pertenecen —según la terminología de Kelsen— al mundo del "ser"?

30.— Según la filosofía social marxista, el derecho —al igual que la moral, la religión, etc.— forma parte de la "superestructura" de una sociedad, o sea el conjunto de pautas que, por un lado, están determinadas por las relaciones de producción vigentes en esa sociedad y, por otro lado, expresan y sirven para preservar los intereses de las clases dominantes. Prepare un ensayo en que analice esta tesis, tratando de determinar hasta qué punto ella está confirmada por los hechos, en qué medida ella es compatible con una concepción del derecho como instrumento para obtener cambios sociales, si es o no adecuada la analogía que se propone entre el derecho y, por ejemplo, la moral positiva, etcétera.

CAPÍTULO VI

LA CIENCIA DEL DERECHO

1. Algunos modelos posibles de ciencia del derecho

En los capítulos anteriores se han ensayado algunas caracterizaciones de diferentes propiedades que distinguen los sistemas jurídicos, es decir, el objeto de estudio de la ciencia del derecho.

Ahora es oportuno decir algo acerca de la ciencia jurídica misma que, como vimos, se suele denominar, dando lugar a desdichados equívocos, con la misma palabra "derecho", que nombra lo que constituye su materia de investigación.

Los autores de teoría general del derecho no se han ocupado en forma sistemática de elaborar una caracterización minuciosa de los presupuestos y las funciones de la actividad que los juristas desarrollan efectivamente alrededor de los distintos sistemas jurídicos.

Por el contrario, en la mayoría de los casos los filósofos del derecho han limitado su preocupación a proponer modelos acerca de cómo debería estar constituida una genuina ciencia del derecho positivo, sin prestar demasiada atención al grado en que los propósitos y funciones de la actividad que los juristas despliegan de hecho, se ajustan a los modelos propuestos o se apartan de ellos.

Con este enfoque limitado, los modelos de ciencia jurídica que proponen teóricos como Kelsen o Ross son muy sencillos.

Según Kelsen, como ya lo hemos dicho reiteradamente, la ciencia jurídica, para ser tal, debe estar purificada, tanto de elementos extranormativos —sociológicos, económicos, etc— como de factores valorativos o ideológicos.

La ciencia jurídica, en el modelo de Kelsen, es una ciencia normativa, pero no porque *formule* normas, sino porque su función es exclusivamente *describir* normas; es decir que su objeto de estudio son las normas jurídicas válidas en un cierto ámbito.

Los enunciados que la ciencia jurídica formula describiendo normas, son denominados por Kelsen "proposiciones jurídicas". Cada proposición da cuenta de una cierta norma jurídica. En realidad, las proposiciones jurídicas kelsenianas son un calco, en cuanto a su contenido y estructura lógica, de las normas jurídicas que describen: por ejemplo, un enunciado que dice "si alguien mata debe ser castigado con diez años de prisión", tanto podría ser una norma jurídica como una proposición jurídica. Lo que distingue, sin embargo, a uno y otro tipo de enunciados es la función lingüística que cumplen: las normas jurídicas son prescriptivas, mientras que las proposiciones jurídicas constituyen proposiciones descriptivas.

Alf Ross hace un planteo diferente del que acabamos de ver.

En primer término, critica la estructura lógica que Kelsen asigna a las proposiciones jurídicas. Resulta que, a pesar de asignar una función descriptiva a los enunciados de la ciencia jurídica, Kelsen sostiene que son enunciados del "deber ser", como las normas jurídicas, y no del "ser", como son los enunciados, también descriptivos, de las ciencias naturales. Ross señala correctamente la incoherencia de este esquema, ya que si las proposiciones jurídicas constituyen juicios descriptivos, necesariamente tienen que ser enunciados que prediquen que algo es, por más que lo descripto constituya, por su lado, una norma, o sea un juicio del deber ser.

Aclarado este punto, Ross afirma que las proposiciones de una genuina ciencia del derecho deben ser *aserciones acerca de cuál es el derecho vigente.* Como, según la tesis del profesor danés, el derecho vigente es el conjunto de directivas que probablemente los tribunales tomarán en cuenta en sus decisiones judiciales, las proposiciones de la ciencia del derecho constituyen en última instancia *predicciones* acerca de qué directivas serán aplicadas por los jueces. Para formular tales predicciones, los juristas pueden valerse de los aportes de otras ciencias, como la sociología o la psicología, las cuales pueden suministrar datos acerca del contexto social, económico, etc., que rodea a los jueces, permitiendo mayor certeza en los juicios de probabilidad relativos a sus futuras decisiones.

Alchourrón y Bulygin proponen un modelo de ciencia jurídica considerablemente más sofisticado que el que presenta Ross.

Estos autores distinguen lúcidamente dos tipos de tareas u operaciones que la ciencia jurídica desarrolla. En primer lugar, la tarea *empírica* de determinar qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico (esta es, en definitiva, la misma tarea que Ross considera como la actividad central de la ciencia jurídica). En segundo lugar, las operaciones *lógicas* de sistematización del derecho.

Alchourrón y Bulygin muestran que la sistematización del derecho consta de dos pasos. En el primero de ellos se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, empleando ciertas reglas de inferencia; esto permite mostrar los defectos lógicos (lagunas, contradicciones y redundancias) que el sistema pueda tener. En una segunda etapa de la sistematización se trata de reemplazar la base original del sistema por una más económica pero equivalente a ella, o sea por un conjunto más reducido de principios que sean lo más generales que sea posible, siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que las normas que reemplazan (por ejemplo, si hay dos normas que dicen "los ciudadanos del sexo masculino pueden votar a partir de los 21 años" y "las mujeres que sean ciudadanas pueden votar a partir de los 21 años", ellas pueden, obviamente, ser reemplazadas por la norma "todos los ciudadanos pueden votar a partir de los 21 años", pero no puede ser reemplazada, sin modificar el sistema, por la norma "todos los habitantes del país pueden votar a partir de los 21 años").

Estas elaboraciones están dirigidas a presentar un modelo de actividad teórica frente al derecho que se atenga a los cánones de "cientificidad" corrientemente aceptados en el contexto de otras disciplinas. Sin duda, tales modelos recogen un aspecto importante de la actividad que los estudiosos del derecho desarrollan y pretenden desarrollar. Sin embargo, probablemente muchos juristas no se sentirían del todo satisfechos con las limitaciones que esta clase de modelos les impone.

En tanto y en cuanto estos modelos implican que no es parte de la actividad "científica" frente al derecho el *resolver* las indeterminaciones (lagunas, contradicciones, vaguedades, etc.) que el sistema puede presentar, sino sólo el *ponerlas de manifiesto*, muchos juristas protestarán que su cometido central consiste precisamente en superar tales indeterminaciones, orientando a quienes

deben aplicar el derecho sobre cuál es su interpretación correcta o adecuada. Algunos juristas dirán que esta última tarea forma parte de la descripción y sistematización del derecho; otros aceptarán un concepto de descripción y sistematización como el que manejan Ross o Alchourrón y Bulygin y dirán, en consecuencia, que ellos no se limitan a describir y sistematizar el derecho, sino que, además, realizan frente a él una labor reconstructiva. Unos y otros coincidirán en que, frente a las lagunas, contradicciones, ambigüedades que el derecho puede, aparente o realmente, presentar, la llamada "ciencia del derecho" se quedaría a mitad de camino respecto de las expectativas de quienes recurren a ella —como ser los jueces y abogados— si se limitara a mostrarles la ausencia, sobreabundancia o imprecisión de las soluciones del sistema, en vez de fundamentar la elección de determinada solución.

Algunos filósofos jurídicos aceptarán que esto es, efectivamente, lo que los juristas hacen en la práctica, pero dirán que ese aspecto de la actividad teórica frente al derecho no constituye una tarea *científica*, pues no consiste en explicar o describir un área de la realidad sino en proponer pautas para su modificación o perfeccionamiento.

Para evitar que lo que en adelante vamos a exponer se encuentre perturbado por la preocupación acerca de la cientificidad de la investigación jurídica, conviene que digamos algo acerca del concepto de ciencia y acerca de la inquietud por el caracter científico de la actividad de los juristas.

Si partimos de la base, ya justificada en el capítulo anterior, de que no hay una esencia ontológica por descubrir en la elucidación de un concepto, sino la investigación del uso de una cierta expresión lingüística, reconoceremos que la palabra "ciencia" presenta en el uso común algunas dificultades.

"Ciencia" es, en primer lugar, una palabra ambigua. No adolece de una mera homonimia accidental, sino de la llamada de "proceso-producto". En consecuencia, pueden producirse dudas acerca de si aquella expresión es usada en un contexto para describir una serie de actividades o procedimientos científicos, o el conjunto de proposiciones que constituyen el resultado de tales actividades.

Pero el defecto más grave que la palabra "ciencia" presenta en el lenguaje ordinario es su vaguedad.

Max Black muestra cómo se presenta la imprecisión del término "ciencia":

> "Ni la observación, ni la generalización, ni el uso hipotético deductivo de aserciones, ni la mensura, ni la utilización de instrumentos, ni la construcción, ni todos ellos juntos, pueden ser tenidos como esenciales para la ciencia. Porque se pueden encontrar ramas científicas en donde no se usan esos criterios o tienen poca influencia. La astronomía no hace experimentación, las matemáticas no hacen observación, la astronomía es dudosamente descriptiva, la arqueología raramente recurre a mensuras, muchas taxonomías no necesitan generalizaciones abstractas, y la biología con gran esfuerzo está comenzando apenas a utilizar la idealización matemática y la generalización. Los caracteres mencionados no son ni necesarios ni suficientes, pero pueden estar presentes en mayor o menor grado y contribuir a caracterizar lo que reconocemos como científico. Su desaparición conjunta remueve de una actividad el carácter científico; su presencia en alto grado crea condiciones reconocidas como preeminentemente científicas. Esta línea de pensamiento nos obliga a abandonar la búsqueda de una esencia intemporal e inmutable en favor de un sistema de criterios interactuantes".

La cita precedente nos muestra las razones por las cuales no es posible dar una respuesta rápida y simple a la pregunta sobre el carácter científico de la jurisprudencia. No habiendo, como en el caso de la palabra "juego", un conjunto de propiedades necesarias y suficientes para el uso del término "ciencia", sino que las actividades reconocidas como científicas se caracterizan por tener, en distintos grados, diferentes propiedades de una serie extensa, el término "ciencia" tiene una denotación notoriamente imprecisa, que deja una zona de penumbra constituida por actividades a las cuales vacilaríamos en aplicar o no el término, por no tener elementos para decidir si el grado en que se presentan en ellas algunas de las propiedades del conjunto, es o no suficiente para caracterizarlas como científicas.

Probablemente la actividad que los juristas realizan de hecho se encuentra en la zona de penumbra de aplicabilidad del término "ciencia". Si así fuera, cualquier decisión que se tomara sobre si la incluimos o no en la denotación de aquél, se apoyaría en una definición estipulativa de "ciencia" y no en el mero descubrimiento de que reúne o no ciertas propiedades relevantes, según el uso ordinario, para denominarla con esta palabra.

De cualquier modo, es conveniente preguntarse acerca de la utilidad de tomar demasiado a pecho la tarea de adoptar una

decisión a propósito de describir o no como científica la actividad de los juristas.

Al fin y al cabo incluir o no un fenómeno en una cierta clase depende de la necesidad de satisfacer determinados propósitos.

No parece que haya otro propósito más importante en juego en la pugna por poner a la jurisprudencia al lado de las actividades reconocidas como científicas, como la física, la biología, la sociología, etc., que el siguiente: atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con la palabra "ciencia".

Efectivamente, como también lo ha apuntado Black, el término "ciencia" tiene una carga emotiva favorable. Su aplicación a una actividad es una especie de condecoración que atrae hacia ella el respeto y el aprecio de la gente.

Si observamos que la discusión sobre el carácter científico de la actividad de los juristas está motivada en muy importante medida por ese anhelo de apropiarse de un rótulo laudatorio, podemos despreocuparnos de la disputa. En última instancia, la supuesta importancia de la jurisprudencia habrá que determinarla, no mediante este o aquel manipuleo verbal, sino a partir de las necesidades sociales que satisfaga, para lo cual será necesario detectar qué funciones cumple.

Esto nos sugiere la conveniencia de que la tarea de proponer modelos de ciencia jurídica vaya precedida de una investigación de las funciones, métodos y presupuestos de la actividad que los juristas efectivamente desarrollan, con el fin de determinar si el método propuesto puede satisfacer las mismas funciones que esa actividad pero recurriendo a métodos y presupuestos más eficaces. Es bueno puntualizar que no basta que un cierto modelo responda a los cánones científicos para que su materialización constituya una actividad socialmente relevante; y de más está decir que no toda actividad socialmente relevante tiene por qué satisfacer exigencias de cientificidad.

En lo que sigue se intentará caracterizar someramente algunos de los rasgos que distinguen a la llamada "dogmática jurídica", o sea a la modalidad de la teoría jurídica que se desarrolla en la actualidad en los países de tradición jurídica continental europea.

2. La dogmática jurídica

No es posible hacer generalizaciones universales cuando se pretende caracterizar la actividad teórica que despliegan los juristas en relación a los órdenes jurídicos vigentes.

Sin duda hay diferencias profundas entre el modo de actividad que cumplían los juristas del Imperio Romano, la de los glosadores de la Edad Media y la investigación jurídica moderna.

Igualmente son notables las diferencias que median entre la investigación que realizan los juristas de los países del *common law* y la que desarrollan los estudiosos del derecho del sistema continental europeo.

Por último, también hay grandes diferencias entre las investigaciones jurídicas que se realizan en las distintas ramas del derecho; por ejemplo, las que efectúan los civilistas y las que llevan a cabo los especialistas del derecho político.

Lo que se caracterizará a continuación es la modalidad de investigación jurídica que se suele denominar "dogmática jurídica".

La dogmática jurídica es típica de los países en que predomina el derecho legislado —los del continente europeo y los hispanoamericanos, entre otros—, no habiéndose difundido, en cambio, en el ámbito del *common law*. Aunque muchos de sus rasgos se fueron insinuando ya desde la época de la Roma imperial, probablemente no adquirió pleno desarrollo, como luego veremos, hasta la segunda mitad del siglo pasado. Por fin, las características de la dogmática jurídica se dan plenamente en las investigaciones sobre algunas ramas jurídicas, por ejemplo, el derecho penal y el derecho civil, presentándose mucho más atenuadas en otras materias, como por ejemplo, el derecho constitucional y el derecho laboral, y estan ausentes casi por completo en otras elaboraciones jurídicas, por ejemplo, las que corresponden al derecho administrativo.

Esta modalidad de ciencia jurídica se caracteriza por ciertas actitudes ideológicas e ideales racionales respecto del derecho positivo, por determinadas funciones que cumple en relación a él y por ciertas técnicas de justificación de las soluciones que propone.

Algunos de estos rasgos se considerarán en los párrafos siguientes.

a) La adhesión dogmática al derecho positivo

El calificativo de "dogmática", con que se suele señalar la clase de investigación jurídica que venimos analizando, constituye un indicio de una actitud que puede considerarse típica de esta modalidad de ciencia jurídica: la aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del derecho positivo.

Antes de estudiarla diremos algo acerca del concepto de dogma.

El conocimiento científico se desarrolla a partir de ciertas exigencias para aceptar la verdad de una proposición, exigencias que indudablemente han ido variando con el progreso de las ciencias. Como lo hemos visto en otra parte de este libro, la ciencia moderna requiere que sus proposiciones sean contrastables empíricamente, o al menos que deriven, o se infieran, de otras proposiciones verificables mediante la experiencia (a menos que se trate de enunciados analíticos).

Se suele calificar de "dogmática" una creencia en la verdad de una proposición que no esté abierta a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico acerca de si se dan o no respecto de ellas las exigencias del conocimiento científico. Una creencia dogmática se funda exclusivamente en la convicción subjetiva, o fe, del que la sustenta, al margen de consideraciones racionales.

Obviamente, respecto de la aceptación de las normas, por ejemplo, las que integran el derecho positivo, no se pueden sustentar *creencias,* sean racionales o dogmáticas, pues no se trata de enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos. Pero sí se puede hablar de *actitudes,* dogmáticas o racionales, en cuanto a tal aceptación de dichas normas.

Es posible decir que se acepta racionalmente una norma si la adhesión se justifica por haber cotejado el contenido de la norma con el de otras normas o ciertos criterios valorativos de justicia, conveniencia, etcétera.

En cambio, se podría calificar de dogmática la aceptación de una norma que no se fundara en tales criterios materiales, sino, por ejemplo, en la autoridad que ha dictado la norma, en la eficacia de dicha norma, etcétera.

A pesar de que la mayoría de los juristas dogmáticos hacen profesión de fe iusnaturalista, cuando se enfrentan con las solu-

ciones del derecho positivo adoptan una actitud que parece ser francamente positivista (en uno de los sentidos de esta ambigua palabra). Aun cuando la solución les parezca inadecuada, los juristas aducen que su misión es describir el derecho *de lege lata* y no proponer soluciones *de lege ferenda,* que deben exponer las leyes tal cuales son, independientemente de las propias preferencias axiológicas.

¿Supone ello una incoherencia entre los ideales iusnaturalistas que dicen profesar los juristas y sus actitudes prácticas? Probablemente no. Para mostrarlo convendrá hacer un poco de historia.

Generalmente, cuando se piensa en la concepción iusnaturalista, se centra la atención en la corriente teológica. Sin embargo, el iusnaturalismo que puso un sello determinante al pensamiento jurídico dogmático, fue de orientación racionalista.

Como sabemos, paralelamente al movimiento iluminista de los siglos XVII y XVIII en materia política y filosófica, se desarrolló una concepción jurídica consistente en sostener la existencia de un derecho universal y eterno, no fundado en la voluntad de Dios, sino en la naturaleza de la razón humana.

Los juristas racionalistas pretendieron construir grandes sistemas jurídicos, análogos a los que constituían los sistemas axiomáticos de la geometría, cuya base estuviera integrada por ciertos principios evidentes por sí mismos para la razón humana. De aquellos principios se deducirían normas para todos los casos jurídicamente relevantes, constituyéndose así sistemas precisos, completos y coherentes.

Tales sistemas imaginados por los racionalistas tendrían un notorio contraste con el derecho positivo vigente en la época, que estaba integrado fundamentalmente por las *coutumes* de cada condado o las arbitrarias y circunstanciales ordenanzas de los príncipes y señores, todo lo cual constituía un cuerpo normativo sumamente confuso e irracional.

Como dice Ross, el racionalismo llevó a los juristas a una absoluta desatención del derecho positivo, que era despreciado en consideración a los que se consideraban genuinos sistemas jurídicos racionales.

Sin embargo, las especulaciones de los juristas racionalistas y sus críticas a las normas jurídicas vigentes, tuvieron una decidida influencia en la reforma del derecho positivo y dieron origen, junto con otros factores, al movimiento de codificación que

se difundió en Europa desde mediados del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX, siendo su punto culminante el Código Civil francés de 1804.

Efectivamente, los nuevos códigos que se fueron sancionando satisfacían muchos de los ideales racionalistas. Eran cuerpos dotados de un grado de precisión muy superior al derecho antiguo; su completitud era también considerable; las incoherencias eran pocas, comparadas con el caos de las normas que regían anteriormente; la autoridad que los dictaba era identificable, y casi siempre se explicaban los propósitos de las normas que los integraban. Por otra parte, y esto no es lo menos importante, el contenido de los nuevos códigos correspondía a la ideología liberal burguesa de los juristas racionalistas.

Aquellos códigos ejercían una real fascinación entre los hombres de derecho, hasta el punto de que los más tenaces impugnadores del orden anteriormente existente, se convirtieron en los conservadores más severos de los nuevos cuerpos legales.

Napoleón mismo sentó una actitud de aprehensión ante cualquier alteración de su código, exclamando, según cuentan, ante el primer comentario doctrinario que se realizó sobre él: *¡Mon Code est perdu!* Los juristas posteriores a la codificación francesa manifestaron en seguida una adhesión absoluta hacia el nuevo sistema jurídico.

Aquella actitud de reverencia ante los textos legales y la decidida autolimitación que la ciencia jurídica se imponía en cuanto a su facultad para hallar soluciones jurídicas, contrastaban abiertamente con las actitudes y funciones de las elaboraciones doctrinarias anteriores, las cuales, como hemos visto, al mismo tiempo que mostraban un claro desdén hacia el derecho positivo, asumían amplias funciones para proponer soluciones jurídicas, aprovechando la imprecisión, incoherencia y confusión del derecho vigente, que les permitía justificar prácticamente cualquier solución.

Así fue desarrollándose en Francia la llamada *escuela de la exégesis*, caracterizada por considerar que la legislación es la única fuente legítima de derecho, y que el único carácter válido para interpretar la ley esté dado por la intención del legislador.

Más adelante se desarrolló en Alemania, impulsada principalmente por von Ihering en su primera época, la llamada escuela de la *"jurisprudencia de conceptos"*, pariente cercana de la anterior, algunos de cuyos postulados eran los siguientes: 1.

adhesión al derecho legislado como casi exclusiva fuente del derecho; 2. suposición de que el derecho legislado es preciso, completo y coherente; 3. adopción del método llamado de "construcción", que consiste en la combinación de ciertos conceptos jurídicos fundamentales, mediante los cuales se pueden hallar reglas contenidas implícitamente en el derecho legislado, y 4. limitación de la tarea del juez a una actividad puramente cognoscitiva, sin que deba hacer evaluaciones de las consecuencias prácticas de sus decisiones, debiendo inferir éstas mecánicamente de las reglas obtenidas, por el método de construcción, del derecho legislado.

Estas concepciones caracterizaron para siempre la ciencia jurídica continental europea, estableciendo una clara cesura con el tipo de elaboraciones jurídicas que se hacían antes.

Es verdad que la exégesis y el conceptualismo alemán sufrieron críticas muy duras de diferente origen, que indudablemente hicieron que se resintiesen sus presupuestos. Desde el campo político se le imputó ser un instrumento de la ideología liberal en materia económica. En el plano específicamente jurídico, surgieron escuelas, como la del "derecho libre" y la "jurisprudencia de intereses", que pusieron de manifiesto las imprecisiones, lagunas e incoherencias del derecho legislado, la necesidad de atender a otras fuentes del derecho, y la relativa libertad con que deben contar los jueces y que, como vimos en el capítulo anterior, de hecho poseen, para evaluar los intereses en conflicto y las consecuencias sociales de las decisiones que adoptan.

Todos estos embates influyeron decididamente sin duda en la ciencia jurídica posterior, por ejemplo en el abandono de la confianza en la voluntad del legislador como único criterio para determinar el significado de la ley, pero, sin embargo, no alteraron sustancialmente la adhesión de la dogmática jurídica a la legislación como fuente principal de derecho, que se manifiesta en su repudio a cualquier decisión judicial que haga caso omiso, abiertamente, de la ley, y la convicción de que la legislación carece de imprecisiones, lagunas y contradicciones.

Esta actitud de adhesión a la legislación y la creencia en sus cualidades formales, han sido adoptadas dogmáticamente por la ciencia jurídica contemporánea.

En cuanto a la creencia en la precisión, coherencia y completitud de los cuerpos legales, mientras en la exégesis surgía de una efectiva contrastación con el derecho antiguo, en la dogmática actual constituye un presupuesto, no sujeto a prueba, o

sea inmune a la comprobación de las lagunas, contradicciones y vaguedades de que efectivamente adolece muchas veces la legislación.

En relación con la adhesión a la legislación como fuente primigenia de derecho, en el caso de la exégesis, constituyó una aceptación racional, fundamentada en la coincidencia de los nuevos códigos con los ideales formales y axiológicos de los sistemas propugnados por los filósofos jurídicos. En cambio, en la ciencia jurídica actual es una adhesión dogmática apoyada, no en la aceptación valorativa del contenido de las normas vigentes o en sus cualidades de carácter lógico, sino en el hecho de que tales normas fueron sancionadas por ciertos órganos dotados de eficacia general.

Esto explica la aparente incoherencia entre los ideales iusnaturalistas que manifiestan los dogmáticos, y sus afirmaciones supuestamente de índole positivista, cuando encaran la tarea de proponer soluciones jurídicas.

En realidad, como lo han sugerido Ross y Carrió, la dogmática jurídica vigente está fuertemente impregnada de la ideología que analizamos en el primer capítulo, llamada por Ross "seudopositivismo" y por Bobbio, "positivismo ideológico", que consiste en reconocer fuerza obligatoria a todo derecho positivo por el solo hecho de existir, o de ser tal. Esta ideología que, como vimos, constituye una especie de iusnaturalismo conservador a pesar del rótulo de "positivista" que frecuentemente se le ha asignado, se expresa en el lema *Gesetz ist Gesetz* ("la ley es la ley"), cuyo significado es que la ley positiva debe ser obedecida y aplicada por los jueces independientemente de cualquier disenso axiológico respecto de ella, el cual, en todo caso, habrá de orientarse a proponer su reforma por medios legales.

Claro está que, a pesar de esta manifiesta actitud de adhesión dogmática hacia el derecho legislado, la dogmática jurídica cumple una importante función, ciertamente inconsecuente con ella: la de reformular ese derecho, proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo suś incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos; de esta forma, la dogmática jurídica presta su más importante servicio a la administración de justicia.

Sin embargo, la característica distintiva de la dogmática es que, al igual que en el caso de los jueces, esa función de reconstrucción del derecho se realiza, no en forma abierta, sino en for-

ma encubierta, utilizando un aparato conceptual retóricamente efectivo que cumple la función de hacer aparecer las soluciones originales que ella propone como si derivaran de algún modo, a veces misterioso, del derecho positivo. Algunas de esas técnicas son por demás interesantes y las señalaremos en los párrafos siguientes; cumplen, en general, la importante misión de ajustar el derecho a ciertos ideales racionales y axiológicos, a la vez que dan la sensación de preservar la seguridad jurídica al permitir sostener que las soluciones propuestas no suponen modificación alguna del derecho positivo, sino que derivan implícitamente de él.

La ideología dogmática que acabamos de describir se ha reflejado hasta en obras muy lúcidas de filosofía jurídica, como la de Hans Kelsen.

En primer término, es notorio cómo Kelsen se aferra a la idea de que el derecho no tiene lagunas, y son curiosas sus argucias argumentales para fundamentar la ausencia de contradicciones en los sistemas jurídicos.

En segundo lugar, Ross ha mostrado cómo Kelsen no es inmune a la ideología seudopositivista vigente en la dogmática.

Como vimos en el capítulo III, el concepto de validez de Kelsen parece estar asociado con la idea de la fuerza obligatoria del derecho. Así lo sugieren varios pasajes de la obra kelseniana, en los que explícitamente se identifica la validez con la fuerza obligatoria, y en los que se sostiene que una norma válida es una prescripción "objetiva" o "verdadera", que debe ser obedecida, a diferencia de un mero mandato, que es un acto de voluntad subjetivo.

¿De qué depende la fuerza obligatoria de las normas de mayor jerarquía del sistema? Según es dable interpretar a partir de afirmaciones de Kelsen, el deber de obedecer la primera Constitución surge de la norma fundamental presupuesta. ¿Y cuándo los juristas presuponen una norma fundamental que prescribe acatar una Constitución? La respuesta es: cuando la Constitución en cuestión sea eficaz, es decir, cuando, de hecho, sea obedecida.

De este modo, la norma fundamental de Kelsen, en el fondo, no reflejaría más que una pauta moral aceptada implícitamente por los juristas, que otorga fuerza obligatoria a todo derecho eficaz. (Sin embargo, el que en la teoría kelseniana, la norma básica sea aceptada por los juristas sólo en forma *hipotética*, le permite a Kelsen sostener que la aceptación de tal norma —o sea la fuerza obligatoria de un sistema eficaz— no implica un compromiso ideológico substantivo por parte de los juristas.)

Así tenemos manifestada en la teoría kelseniana la ideología dogmática consistente en prestar adhesión a los legisladores que tienen éxito en conseguir obediencia para sus normas. Por supuesto que no se trata de que el propio Kelsen se adhiera moralmente a todo dere-

cho eficaz, sino que recoge en su teoría, como un presupuesto epistemológico de tipo kantiano, lo que en realidad sería una actitud ideológica de los juristas frente al derecho.

Esta propiedad de la obra kelseniana le confiere un inapreciable valor: el de haber racionalizado, en el sentido psicológico de la palabra, los presupuestos muchas veces latentes de la dogmática jurídica, constituyendo su obra una especie de lente de extraordinaria nitidez para evaluar esta modalidad de investigación jurídica, que es la dogmática. También esto significa, como lo ha señalado Carrió, que la teoría pura queda relativizada, al constituir una teoría de una modalidad contingente de ciencia del derecho.

b) *El modelo dogmático del legislador racional*

Una de las técnicas que permiten a la dogmática reformular el derecho positivo adecuándolo a determinados ideales, si bien haciendo aparecer esa reformulación como si se tratara de una mera descripción de soluciones que el derecho encierra en forma latente, es la atribución al legislador de ciertas propiedades de racionalidad, o que sirven para garantizarla, que están muy lejos de caracterizar a los legisladores reales.

Los juristas hablan del legislador como si fuera un *único* individuo que hubiera dictado todas las normas que integran el orden jurídico, mientras que en la realidad las normas jurídicas de un sistema moderno son dictadas por un gran número de hombres diferentes.

También aluden a un legislador *imperecedero,* que mantiene con su voluntad la validez de las normas, incluso las dictadas mucho tiempo atrás por hombres que tal vez hayan muerto.

Asimismo, presuponen que el legislador es siempre *consciente* de las normas que sanciona, pese a que muchas veces los legisladores reales se limitan a levantar la mano en una sesión del parlamento sin tener idea cierta de la ley que están votando.

Por otra parte, acogen los juristas la ficción de que el legislador es *omnisciente,* atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de las normas que dicta.

También imaginan que el legislador es siempre *operativo,* no dictando normas que carezcan de aplicabilidad alguna, lo cual es falso, como vimos en el capítulo anterior.

Atribuyen los juristas al legislador también la propiedad de ser generalmente *justo,* imputando a sus propósitos las solu-

ciones interpretativas axiológicamente más adecuadas, cosa que muchas veces dista no poco de responder a la realidad.

También la dogmática supone que el legislador es *coherente,* puesto que su voluntad no puede contradecirse consigo misma. Ya hemos visto que lo contrario puede ocurrir, dando lugar a inconsistencias.

Además el legislador imaginado por los juristas es *omnicomprensivo,* pues no deja ninguna situación jurídica sin regular, mientras que en la realidad, como vimos, cualquier derecho tiene abundantes lagunas.

Por último, el legislador, para los juristas dogmáticos, es siempre *preciso,* en el sentido de que su voluntad posee siempre una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje que accidentalmente utilice. Sabemos, en cambio, que el legislador real frecuentemente es víctima de los defectos de los lenguajes naturales.

¿Cuál es la función que cumple este modelo ficticio del legislador racional, implícitamente presupuesto en muchas elaboraciones dogmáticas?

La respuesta la hemos insinuado ya anteriormente: presuponiendo la racionalidad del legislador, los juristas dogmáticos pueden atribuirle las soluciones propuestas por ellos para adecuar el derecho a ciertos *standards* axiológicos vigentes, cerrar sus lagunas, eliminar sus contradicciones, precisar sus términos vagos, prescindir de las normas superfluas, etcétera, sin que aparezcan como una modificación del orden jurídico positivo, sino como si se tratara de una descripción del derecho vigente tal como genuinamente debió haber sido pensado por el legislador. Esta técnica, por supuesto, no es empleada en forma cínica o especulativa por los juristas, sino, en la mayoría de los casos, con honestidad científica, obedeciendo a hábitos teóricos heredados por tradición y cuyos resultados aparecen como satisfactorios al permitir compatibilizar el deseo de seguridad jurídica con el de adecuación del orden jurídico a pautas de racionalidad y de justicia.

Algunos párrafos de un artículo del iusfilósofo polaco Leszek Nowak, ilustran muy claramente las funciones que cumple la ficción de la racionalidad del legislador en las elaboraciones dogmáticas:

> "El rasgo característico del método dogmático jurídico (es decir, aplicado en la ciencia llamada dogmática, la ciencia del derecho civil,

penal, etc.), de interpretación de los textos legales, es que tiende a una 'optimización' de la ley, es decir, a reconstruir a partir de prescripciones legales las mejores normas posibles desde el punto de vista de la exigencia de la doctrina moral y política dominante. Parece que el modo de admitir por parte de la jurisprudencia el principio de la racionalidad del legislador real, permite arrojar cierta luz sobre esto".

Más adelante afirma el autor mencionado que la racionalidad del comportamiento de las personas estudiadas es un principio característico de todas las ciencias humanas. Pone como ejemplo la economía, que supone la racionalidad de las previsiones y decisiones económicas de los individuos. "El economista acepta esta hipótesis como una cuestión que habrá de ser contrastada por los hechos y en consecuencia está dispuesto a abandonarla si ellos la desautorizan. El jurista tiene una actitud distinta. La racionalidad del legislador es una cuasi-hipótesis que se acepta dogmáticamente, sin someterla a verificación empírica. No es una tesis metodológica, sino una pauta normativa que prescribe que los juristas interpreten el derecho como si el legislador real fuera racional".

Según Nowak, los juristas no sólo presuponen la racionalidad del legislador, sino que también le atribuyen, como hemos visto, determinados conocimientos y ciertas preferencias valorativas: a saber, los conocimientos suministrados por la ciencia contemporánea al jurista y no al legislador, y las valoraciones morales y políticas vigentes en la época del jurista. Estas atribuciones también se formulan dogmáticamente.

Nowak termina diciendo:

"Por las particularidades de la interpretación jurídica —el hecho de considerar sin reservas el principio de la racionalidad del legislador, el atribuirle los conocimientos más justificados y las preferencias 'más generosas' (desde el punto de vista del intérprete)—, ésta [la tal interpretación] encuentra su analogía con toda interpretación dogmática, doctrinaria, la cual consiste más en respaldar las concepciones del intérprete con el nombre de una autoridad, que en reconstruir las consecuencias reales de una autoridad filosófica, política o teológica dada. Pero, aunque tal operación, por ejemplo cuando trata de interpretar textos filosóficos, carece de base cognoscitiva, la interpretación dogmática de un texto legal es un instrumento necesario e indispensable para la adaptación de las prescripciones legales a las exigencias de la vida social. Ella es realmente un medio eficaz para la realización de las funciones, a decir verdad no epistemológicas, de la jurisprudencia".

La forma en que el modelo del legislador racional permite cumplir las funciones de la dogmática a que se refiere Nowak, es mediante la formulación de ciertas reglas que sirven de guía para la interpretación de la ley y que se inferirían de las propiedades de que un derecho originado en un legislador racional debería estar dotado.

A título de ejemplo se pueden mencionar las siguientes reglas interpretativas relacionadas con la presuposición de la racionalidad del legislador:

1. La presuposición dogmática de que el derecho legislado es coherente encierra, en realidad, una prescripción que podría formularse así: "No es una conclusión interpretativa admisible el que dos normas jurídicas sean inconsistentes".

Para la satisfacción de esta prescripción, la dogmática formula toda una serie de reglas técnicas, como los principios *lex superior*, *lex specialis*, etc., ya analizados, que permiten resolver las contradicciones del orden jurídico, haciéndolas aparecer como si hubieran estado disueltas de antemano y no como resultado de la interpretación dogmática.

2. Bajo la forma de aserción acerca de la necesaria operatividad de todas las normas de un cierto derecho, la dogmática formula una serie de recomendaciones interpretativas, cuya enunciación genérica puede exponerse con las siguientes palabras de Soler: "Entre dos interpretaciones del mismo complejo de preceptos, es mejor la que da contenido a las palabras de la ley que la que se ve forzada a negárselo".

De esta regla general pueden inferirse subprescripciones que, por ejemplo, prohíben una interpretación que asigne como referencia de una norma un hecho empíricamente imposible, o que concluya que dos normas son redundantes, o que atribuya a una norma un significado que la haga axiológicamente tan inaceptable que sea improbable su aplicación, etcétera.

3. El postulado de que el orden jurídico es completo encubre una prohibición de concluir, como resultado de una interpretación, que el orden jurídico no ofrece ninguna solución para un caso dado.

Para satisfacer la prescripción, se ofrecen en ayuda del jurista varias reglas técnicas, algunas de ellas de sentido opuesto, como las que indican la utilización de la analogía o de la interpretación *a contrario*, que permitan hallar soluciones para casos no resueltos por el derecho, haciendo aparecer como si la solución hubiera estado contenida implícitamente en el orden jurídico.

4. Detrás del aserto de que las normas que integran el orden jurídico son siempre precisas, se encuentra la regla que veda concluir una interpretación con la afirmación de que el lenguaje de la ley es vago o padece de ambigüedades semánticas o sintácticas.

Para eliminar o reducir la imprecisión de los términos legales, asignando a la ley el significado reconstruido, los juristas suelen recurrir a la búsqueda de la "verdadera" naturaleza o esencia de una ins-

titución jurídica o a definiciones "reales", que permiten presentar definiciones estipulativas como si consistieran en descubrimientos de aspectos ontológicos que el legislador tuvo que presuponer necesariamente.

5. Con la aserción de que el derecho positivo se adecua generalmente a los ideales axiológicos vigentes, se emite la recomendación de que debe elegirse aquella solución interpretativa que tenga consecuencias preferibles desde el punto de vista valorativo.

Estas reglas para la optimización de las normas legales, que se pretenden justificar con el presupuesto de la racionalidad del legislador, pueden estar en ciertos casos en conflicto. Por ejemplo, la prescripción de evitar las incoherencias del sistema es incompatible con el postulado de operatividad, puesto que las contradicciones sólo pueden eliminarse reduciendo o anulando el ámbito de aplicabilidad de una o ambas normas contradictorias.

Buena parte de las polémicas dogmáticas radica en la importancia que se debe dar a cada una de las prescripciones interpretativas que derivan del modelo del legislador nacional.

Por ejemplo, en el caso del art. 86, inc. 2º, del Cód. Penal en su redacción original, que hemos citado varias veces en el capítulo anterior, la interpretación que se dé a la expresión "atentado al pudor" dependerá de que se dé preferencia al ideal de economía, evitando una redundancia, o al de operatividad, impidiendo que la norma presuponga una condición empíricamente imposible.

Pocas veces los juristas hacen alusión expresa al modelo del legislador racional. Sin embargo, la adhesión a él se pondría de manifiesto apenas preguntáramos a los cultores de la dogmática cuál es la razón por la cual dos normas no pueden contradecirse, por qué el lenguaje de la ley es preciso, por qué una ley no puede ser obsoleta respecto de nuevos hechos o nuevas valoraciones, etcétera.

De vez en cuando los juristas mismos hacen algunas referencias sugestivas sobre el concepto de legislador que presuponen.

Así, el más profundo y lúcido exponente de la dogmática argentina, el profesor Sebastián Soler, critica la pretensión de la exégesis de identificar al legislador con los individuos de carne y hueso que ponen su firma al pie de las leyes, formulando frases tan ilustrativas como la siguiente: "...legislar, pues, no es tarea de psicología; sólo colocándose el legislador en el plano espiritual en que el derecho se encuentra, esto es, elevándose, se hace

realmente legislador. *Esto ocurre, pues, a costa de despersonalizarse".*

A su vez, otro gran penalista, Luis Jiménez de Asúa, hace explícita en parte la idea del legislador racional, con estas palabras: "La ley no surge hoy en las democracias, de un autócrata, de una sola persona, cuyo 'espíritu' y 'voluntad' es, de cualquier manera, muy difícil de hallar. El legislador es actualmente una abstracción, mejor dicho, una función".

c) Otras técnicas dogmáticas para justificar soluciones originales

Además de la presuposición de la racionalidad del legislador, la dogmática utiliza una variada gama de herramientas argumentativas para mostrar como compatibles su adhesión al derecho legislado y su función de reformularlo, salvando sus imperfecciones formales y adecuándolo a los *standards* valorativos vigentes.

Una de esas técnicas se ejerce en ocasión de una de las funciones más relevantes que ejerce la dogmática en relación con el derecho legislado.

Los juristas se ocupan de sistematizar el orden jurídico, reemplazando conjuntos de normas por principios más generales y pretendidamente equivalentes a ellas. De este modo se logra una mayor economía del sistema, presentándolo como un conjunto de pocos principios, cuyas consecuencias lógicas es más fácil determinar.

Esta actividad no implica una modificación del sistema jurídico, siempre que se limite a formular enunciados con un alcance equivalente a los sancionados originariamente por el legislador. Sin embargo, no es infrecuente que los juristas dogmáticos traspongan ese límite, proponiendo principios generales en reemplazo de varias normas del sistema, pero que a la vez tienen un campo de referencia mayor que el del conjunto de normas reemplazadas, permitiendo derivar de aquéllos nuevas normas no incluidas en el sistema originario y cubriendo, de este modo, posibles lagunas de dicho sistema. Las nuevas normas se introducen prácticamente en forma imperceptible, inclusive para los mismos juristas que las proponen, pues aparecen como meras consecuencias lógicas de las normas reemplazadas por un principio aparentemente equivalente a ellas.

Esta técnica tiene un uso extendido sobre todo en el derecho civil, en el que la gran profusión de normas legales que regulan detalles minuciosos en relación a una misma situación básica, constituye un campo propicio para la sistematización de tales normas y al mismo tiempo para que surja la necesidad de cubrir los frecuentes intersticios que ellas dejan sin regular.

Una técnica relacionada con la anterior, pero más sofisticada, consiste en la formulación de las llamadas "teorías", que constituyen una de las modalidades más destacadas en que se manifiesta la actividad dogmática.

Algunos ejemplos de teorías dogmáticas son las del abuso del derecho en derecho civil, la del acto de comercio en derecho comercial, la de los gobiernos *de facto* en derecho constitucional, la de la relación de trabajo en derecho laboral, la del "reenvío" en derecho internacional privado, la teoría general del delito en derecho penal, etcétera.

Lo que caracteriza a las teorías dogmáticas es que se presentan como *descriptivas* de algún aspecto importante de la realidad social o del *status* ontológico de alguna institución o concepto. De este modo aparece como si su aceptación o rechazo dependiera de su verdad o falsedad empírica o trascendente.

Sin embargo, las teorías dogmáticas están constituidas, lo que no siempre resulta evidente, por enunciados de índole normativa, según lo ponen de manifiesto las funciones que cumplen tales teorías.

Por un lado, las teorías de la dogmática jurídica sirven para justificar normas legisladas que se infieren de aquéllas. Así, por ejemplo, los civilistas recurren a la teoría del enriquecimiento sin causa para explicar una serie de normas del Código Civil, como las que se refieren al pago indebido.

Por otra parte, las teorías dogmáticas cumplen la función mucho más importante de permitir la inferencia de nuevas normas no pertenecientes al derecho legislado.

Es esta capacidad de las teorías de permitir derivar tanto normas pertenecientes al sistema legislado como nuevas normas, unida a su apariencia descriptiva, lo que fundamenta su enorme utilidad para la creación del derecho por parte de los juristas bajo el ropaje de una explicación del derecho positivo o de la realidad que lo circunda.

En cierto sentido las teorías dogmáticas presentan una analogía con las teorías, ellas sí descriptivas, de las ciencias empíricas.

Como dice Carnap, las leyes teóricas, como la de la relatividad, presentan un nivel de abstracción y generalidad considerablemente mayor que las leyes observacionales, y cumplen la doble función de permitir explicar leyes observacionales conocidas que provengan de ellas, como nuevas leyes hasta entonces desconocidas, que también se infieren de las teorías.

El ejemplo de teoría dogmática más refinada y desarrollada es quizá la "teoría general del delito" en el ámbito del derecho penal.

> Durante más de medio siglo, con el impulso inicial de precursores como Beling y von Liszt, una multitud de penalistas, sobre todo alemanes, italianos y españoles, fueron desarrollando y perfilando esta teoría, hasta llevarla a una minuciosidad admirable. Las pautas generales de la teoría del delito, sin perjuicio de eventuales disidencias particulares, son para los juristas tanto o más vinculantes que las mismas normas legales.
>
> La clave de la teoría que comentamos la constituye la definición de "delito" (que en general se formula, con diferencias de detalles, como "una acción típica, antijurídica y culpable"). Tal definición, que se la presenta como una genuina elucidación conceptual, constituye en realidad una serie de estipulaciones respecto de qué requisitos deben tomar en cuenta los legisladores y verificar los jueces para aplicar sanciones penales a ciertos comportamientos (por lo menos en lo que atañe a requisitos como el de tipicidad y culpabilidad).
>
> La prescripción general presentada como definición de "delito" se completa con una infinidad de reglas secundarias dirigidas a establecer en qué condiciones deben darse por verificados los elementos que la "definición" exige. Muchas de tales reglas son objeto de agudas controversias y han motivado la aparición de diferentes subteorías: en cuanto al requisito de acción, la teoría causal y la finalista, en relación a la antijuridicidad, a la teoría objetiva y a la subjetiva; respecto de la culpabilidad, la teoría psicológica y la normativa, etcétera.
>
> La teoría general del delito sirve para explicar una gran cantidad de las normas que integran los códigos penales; pero su fecundidad está constituida por el gran número de reglas nuevas que permite inferir, haciéndolas aparecer como si estuvieran contenidas implícitamente en el sistema legal. Son sorprendentes, por ejemplo, las sutilezas que ha logrado la teoría del delito respecto del tratamiento del error, que parece muy alejado de la forma casi ingenua en que consideran el tema la mayor parte de los códigos penales, a pesar de lo cual se presenta a las soluciones dogmáticas como si provinieran de la ley positiva o de los aspectos ontológicos que subyacen a ella.

El carácter descriptivo que se asigna a la teoría general del delito, hace que el criterio que se considera adecuado para evaluar las soluciones propuestas, aparte del de coherencia sistemática, sea el de la verdad o la falsedad, generalmente consideradas no empíricas, y no el de la justicia o conveniencia, como correspondería a soluciones de índole normativa.

El "realismo verbal", según expresión de Kantorowicz, al que se adhiere la dogmática, le da también ocasión para introducir soluciones originales. La búsqueda de esencias, de estructuras ontológicas, de la "naturaleza jurídica" de ciertas instituciones, la formulación de definiciones "reales", permite a los juristas establecer soluciones normativas bajo la pretensión de elucidar conceptos jurídicos que supuestamente reflejarían aspectos trascendentes de la realidad, aprehensibles por medios no empíricos.

La captación de la naturaleza jurídica de ciertos institutos, como el contrato, la letra de cambio, la sociedad comercial, etcétera, constituye una preocupación constante de los juristas, que ha sido analizada críticamente por los profesores Bulygin y Carrió, entre otros. No se trata ni de la investigación del uso de cierta expresión lingüística —la palabra "contrato", por ejemplo— ni de la descripción de determinadas propiedades empíricas o normativas que puedan presentar contingentemente las situaciones nombradas con tal expresión, sino de una elusiva tercera alternativa que se encuadra en un esencialismo de carácter platónico, y que consiste en suponer que hay una realidad trascendente a la experiencia que determina necesariamente el significado de las expresiones del lenguaje.

Detrás de la persecución de la naturaleza de las instituciones jurídicas se encuentra, en la mayoría de los casos, el propósito de situar cierto caso dentro de un determinado marco normativo propuesto originariamente para otras situaciones. Por ejemplo, decidir que la naturaleza jurídica del convenio de guarda de vehículos consiste en ser un contrato de depósito, tiene como consecuencia extender a la primera situación las reglas del Código Civil que se refieren al depósito. Recurrir a la determinación de la "naturaleza jurídica" presta el servicio de encubrir la extensión analógica de las normas del sistema, lo cual implicaría modificar sus alcances, mostrando en cambio como si hubiera una "esencia" común a las situaciones expresamente previstas por el legislador y los nuevos casos que se van presentando, por lo cual

estos últimos debieron ser tenidos necesariamente en cuenta, en forma implícita, por aquél.

Estos aspectos metodológicos de la dogmática jurídica, al igual que su adhesión a la legislación, se originan en la actitud adoptada por los juristas racionalistas ante el movimiento de la codificación desarrollado sobre todo en el siglo pasado.

Como sostiene Felipe González Vicén en una muy interesante monografía, el iusnaturalismo racionalista que había construido una ciencia jurídica fundada en axiomas autoevidentes y universalmente válidos, se encontró de pronto con un derecho positivo, vale decir contingente, que la ciencia jurídica no podría eludir incorporar a su campo de investigación. "La ciencia del derecho deja de ser constructiva para hacerse reflexiva, para constituirse como conocimiento de algo —los derechos históricos— que le es dado desde afuera como punto de partida absoluto. La ciencia jurídica debía dejar de ser creadora para convertirse en reelaboradora".

Según González Vicén, la respuesta de la ciencia jurídica racionalista al desafío constituido por el enfrentamiento entre sus presupuestos y métodos de corte abstracto y metafísico, con un objeto positivo fue "intentar aprehenderlo con el método y desde las premisas del racionalismo abstracto". El mismo autor sostiene: "Todo el proceso está dirigido a encontrar en el derecho positivo elementos permanentes que permitan convertirlo en 'objeto del conocimiento', en el sentido del racionalismo, es decir, elementos que sean susceptibles de una conceptuación abstracta. El objeto de la ciencia dogmática del derecho no está constituido exclusivamente por una realidad histórica concreta sino por un *compositum*, como una yuxtaposición de elementos dispares —un elemento variable y contingente constituido por los contenidos normativos y otro permanente e idéntico constituido por la estructura formal de la normación".

Tal estructura formal del derecho positivo es lo que constituye el objeto en sentido estricto de la dogmática, lo que le otorga calidad científica y confiere un carácter universalmente válido a sus proposiciones, más allá de los devaneos de los legisladores. Esto induce a la elevación de las "partes generales" a la condición del núcleo de la ciencia jurídica.

Del mismo modo, la búsqueda de instituciones, de esencias ontológicas o estructuras lógico-objetivas, de principios generales del derecho, la formulación de teorías, etcétera, expresan aque-

lla postura teórica, consistente en pretender conocer el derecho positivo a través de una armazón conceptual permanente, propia de la metodología iusnaturalista. Otra vez con palabras de González Vicén: "A la aprehensión de esta estructura está dirigido el pensamiento jurídico, el que, por eso, tiene que penetrar a través de la aparente multiplicidad de las normas de cada ordenamiento hasta llegar al sistema de conceptos y relaciones que se dan en él como su 'verdadera naturaleza' ".

Por supuesto que en esta metodología no tiene lugar la evaluación de las posibles consecuencias sociales, económicas, etcétera, de las soluciones jurídicas, ni tampoco su estimación valorativa. El autor que seguimos describe así esta actitud: "Nada de naturaleza histórica, sociológica o económica, ninguna consideración ética o teleológica tiene sitio en este mundo cerrado de conceptos; lo esencial es sólo la consecuencia lógica, la concatenación formalmente correcta"; y luego ilustra este punto citando a Laband: "todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas... carecen de importancia para la dogmática de un material jurídico concreto y sirven harto a menudo para ocultar la falta de labor constructiva".

3. ¿Hacia una nueva "ciencia" del derecho?

La dogmática jurídica ha cumplido durante su prolongada vigencia una función social extraordinariamente relevante. Independientemente de su actividad de sistematizar el derecho legislado, suministra a los jueces, sus principales destinatarios, sistemas de soluciones jurídicas mucho más coherentes, completos, precisos y adecuados axiológicamente que el material creado por los legisladores, sin abdicar por ello de su adhesión a la legislación. De este modo se mantiene en apariencia el ideal de la división de poderes y los tribunales ven reducidos sus problemas interpretativos ante posibles lagunas, contradicciones y ambigüedades de la legislación, pudiendo justificar sus fallos fundándolos en interpretaciones pretendidamente auténticas de tal legislación, y no en su propia opinión.

Es notoria la influencia que algunos juristas de prestigio ejercen sobre las decisiones judiciales, gozando sus opiniones de un peso casi comparable al de los tribunales de alzada, por lo

cual los abogados recurren ansiosamente a ellas para fundamentar sus alegatos.

Hay una interrelación entre los hábitos teóricos de los jueces y las técnicas de justificación de soluciones adoptadas por la dogmática jurídica. En buena medida la actividad judicial que se despliega en los países del sistema continental europeo está moldeada por la ciencia jurídica que en ellos se desarrolla. A su vez, la dogmática ve limitadas sus funciones y posibilidades argumentativas por los hábitos teóricos de los jueces, reduciéndose su influencia a medida que los juristas se apartan de las técnicas canónicas de justificar las soluciones propuestas.

La dogmática tiene una considerable influencia hasta en la legislación, fijándose legislativamente muchas de las soluciones interpretativas propugnadas por la dogmática.

En suma, en los países de nuestra tradición jurídica resulta engañoso considerar a un código o a una ley como parte del derecho *en forma aislada* de las construcciones teóricas que se han desarrollado alrededor de ellos. El que pretendiera guiarse, en materias relativamente complejas, por los textos legales, sin tener en cuenta las elaboraciones dogmáticas de tales textos, probablemente se vería algo desorientado frente a decisiones y justificaciones que no parecen estar determinadas por esos textos.

A pesar de esta extraordinaria influencia, la dogmática jurídica está empezando a ser cuestionada, siendo objeto de reclamos por que se proceda a una revisión profunda de sus presupuestos y de sus métodos de justificación de soluciones.

Cada vez resulta más evidente la tensión que sufre la dogmática jurídica entre, por un lado, los ideales profesados explícitamente por sus cultores de proporcionar una descripción objetiva y axiológicamente neutra del derecho vigente y, por otro lado, la función, que la dogmática cumple en forma latente, de reconstruir el sistema jurídico positivo de modo de eliminar sus indeterminaciones. Es obvio que aquellos ideales son incompatibles con esta función, puesto que la tarea de eliminar las indeterminaciones del sistema exige elegir un solución entre las varias alternativas que el sistema jurídico ofrece; y esto no resulta de la mera descripción de las normas positivas, ni puede realizarse sin tomar partido acerca de la mayor o menor adecuación axiológica de cada una de las posibles alternativas.

Por otra parte, la forma en que la dogmática jurídica resuelve en apariencia la tensión mencionada entre sus ideales ex-

plícitos y su función latente es decididamente insatisfactoria, por más que algunos de los recursos empleados con ese objeto sean admirablemente ingeniosos. El hecho de que se encubran lo que en realidad son propuestas de índole normativa como si resultaran de una mera descripción de cierto material dado, hace que el producto que se obtiene sea deficiente como descripción del sistema y como reconstrucción de éste.

La *descripción* que la dogmática jurídica hace del derecho no constituye, generalmente, una reproducción fiel de su objeto de estudio, puesto que no se suele poner de manifiesto claramente las diferentes alternativas que pueden presentarse en la interpretación de las normas jurídicas (tendiéndose a presentar una de ellas como la única interpretación posible) y se hace aparecer como parte del sistema jurídico que se describe ciertos principios, distinciones conceptuales, teorías, etc., que son, en realidad, el producto de la elaboración de la propia dogmática. Por otro lado, la labor de *reconstrucción* del sistema también es insatisfactoria, ya que, al no presentársela como tal, sino como descripción de lo que está implícito en el sistema positivo, no se articulan los principios valorativos en que se basan las soluciones originales que propone la dogmática. Esto determina, en primer término, que no haya una discusión exhaustiva y abierta acerca de la *justificación* de tales principios, y en segundo lugar, que no haya un intento serio por formular un sistema *coherente* de los principios que están detrás de las soluciones que la dogmática propone para reconstruir el sistema.

Ante la creciente toma de conciencia de los aspectos insatisfactorios de la dogmática jurídica, muchos teóricos del derecho presionan para que se resuelva la tensión entre los ideales explícitos de los juristas y la función latente de la actividad que desarrollan, favoreciendo la materialización de aquellos ideales de realizar una descripción y sistematización del derecho que sea contrastable por procedimientos objetivos y valorativamente neutros, y a costa de abandonar la función de la actual dogmática jurídica de reconstruir el sistema jurídico positivo.

Sin embargo, no hay razones de peso —sino prejuicios en contra de toda labor teórica que no se ajuste a cánones de "cientificidad"— que justifiquen ese abandono de la función latente que la dogmática satisface. Puesto que los órganos de decisión jurídica deben, inevitablemente, asumir posiciones valorativas para justificar la aplicación de cierta norma jurídica a un deter-

minado caso y la asignación a esa norma de una determinada interpretación entre varias posibles, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en su tarea. Los teóricos del derecho se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que los jueces para explorar problemas de fundamentación axiológica de soluciones jurídicas. Mientras una sentencia judicial no puede explayarse en especulaciones filosóficas acerca de las posibles justificaciones de los principios morales y políticos que —a través o no de una norma jurídica— determinan la decisión del caso, los juristas académicos no están urgidos por la necesidad de resolver el caso presente y pueden detenerse a analizar diferentes justificaciones de los principios relevantes, explorando sus consecuencias en distintas situaciones reales o hipotéticas.

En este sentido, los siguientes pasajes de Roscoe Pound (en *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*) referidos al ámbito anglosajón, tienen validez general:

> "Suele afirmarse que la jurisprudencia es la ciencia del derecho. Pero es necesario que consista en algo más que en la organización y sistematización de un cuerpo de reglas de derecho... Hemos de confiar cada día más en los juristas para llevar a término la obra creadora que necesita el derecho angloamericano. Los órganos legislativos, aunque en cierto aspecto sean los más calificados, sólo de manera intermitente pueden prestar atención a un trabajo constructivo de creación del derecho para los fines del orden jurídico. Los jueces trabajan en condiciones que cada día les hace más difícil que sean los oráculos vivientes del derecho, excepto en cuanto dan autoridad a lo que ha sido formulado por escritores y profesores. Una interpretación que estimule la actividad jurídica en los países del *common law*, que impulse a nuestros escritores y maestros a orientar a tribunales y órganos legislativos, en lugar de seguirlos con una labor de simple ordenación, sistematización y de análisis conciliador, habrá cumplido debidamente su misión. Cuanto menos habrá hecho para la próxima generación una labor no inferior a la que las interpretaciones del siglo XIX hicieron para su tiempo".

Por otra parte, no es aventurado decir que si la dogmática jurídica se atuviera a las exigencias implícitas en los diferentes modelos de lo que constituiría una genuina ciencia del derecho, ella se convertiría en una actividad sin duda útil pero que no tendría ni la complejidad teórica ni la relevancia social de las disciplinas que calificamos de "científicas" (en los países anglosajones, donde los juristas académicos se limitan, fundamentalmente, a describir y sistematizar las reglas jurídicas vigentes no

es usual considerar que esa actividad sea constitutiva de una "ciencia" jurídica). Es de destacar que, por ejemplo, la tarea de determinar qué normas jurídicas están vigentes —que es, según Ross, la actividad central de la ciencia jurídica— no la realizan de hecho, salvo cuando hay alguna dificultad especial, los teóricos del derecho, sino los editores de las publicaciones especializadas en las que aparecen tales normas. De modo que, paradójicamente, cuanto más se aproximara la dogmática jurídica a alguno de los modelos de actividad científica frente al derecho que se han propuesto, menos proclives estaríamos a considerarla una verdadera ciencia.

En el caso de la teoría jurídica es aplicable, por razones que quedarán claras en seguida, esta observación de Kurt Baier (en *The Moral Point of View*) referida a la moral:

> "Pareciera, pues, que no hay salvación para la moralidad al menos que sea convertida en una ciencia. Pero aquí nos aguarda la más grande de las frustraciones: la moralidad parece ser incapaz de tal transformación. Parece lógicamente imposible introducir la definición cuidadosa de las palabras empleadas, los muy altos *standards* para revisar y testar hipótesis, el uso prodigioso de la experimentación, que son las marcas distintivas de la ciencia. Tan pronto importamos el método matemático experimental en la moralidad, automáticamente, y en virtud de ello, la transformamos en algo diferente. No estamos haciendo mejor lo que hacíamos antes, sino que estamos haciendo otra cosa".

Obviamente, hay otro modo de resolver la tensión entre lo que los juristas dicen hacer y lo que realmente hacen, y es realizar ambas cosas manteniendo una clara distinción (como propone el positivismo metodológico) entre lo que es meramente una descripción y sistematización del orden jurídico y lo que es una reformulación de éste dirigida a eliminar su indeterminación con soluciones axiológicamente aceptables.

Una clara distinción entre estas dos dimensiones de la teoría jurídica exige tener plena conciencia de los diferentes métodos y técnicas de justificación y de los diversos objetivos que se persigue en cada una de ellas.

1) En cuanto a su dimensión descriptiva y sistematizadora, la teoría jurídica debería comenzar por determinar qué normas tienen efectivamente vigencia en cierto ámbito, para lo cual tendría que dejar de lado ciertos preconceptos sobre las "verdaderas" fuentes del derecho y analizar, fundamentalmente a través de las decisiones judiciales, cuáles son las pautas que reciben real aplicación. Este enfoque mostraría seguramente que muchas de

las normas consideradas válidas no son objeto de reconocimiento por parte de los órganos de aplicación y que, en cambio, otras pautas, por lo común informales, tienen una recepción generalizada. Sobre todo se prestaría atención a los criterios, casi siempre implícitos, originados espontáneamente en la propia actividad judicial y desarrollados frente a la necesidad de resolver la múltiple variedad de casos particulares que se plantea a los jueces, sin que todos ellos puedan ser previstos por normas generales preconstituidas (un magnífico ejemplo de este tipo de trabajo es el estudio de Genaro R. Carrió acerca de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en materia de sentencia arbitraria)

Vinculada con esta función se encuentra la de asignar significado a las normas vigentes, para lo cual deberían tomarse en consideración las reglas interpretativas utilizadas por los órganos de aplicación y los usos lingüísticos vigentes. Esta actividad debería irse desprendiendo de los mitos derivados del "realismo verbal" y tomar en cuenta las modernas técnicas de análisis semántico y sintáctico. De este modo se determinaría el ámbito de imprecisión de las normas y las posibles ambigüedades de su significado, problemas a los cuales hicimos referencia en el capítulo anterior.

En tercer término, debería acentuarse en la teoría jurídica la preocupación por realizar una genuina sistematización del derecho vigente. Para ello es posible que se recurra cada vez con mayor interés a las técnicas suministradas por la lógica deóntica, de reciente desarrollo, que contribuyen a determinar con certeza las consecuencias lógicas de los enunciados normativos del sistema. Se tendría que hacer intentos más serios de reformular el sistema jurídico en forma más económica, reemplazando amplios conjuntos de enunciados, muchos de ellos redundantes, por principios independientes con consecuencias equivalentes. Así se detectarían con mayor facilidad las lagunas y contradicciones del sistema, como lo han mostrado lúcidamente Alchourrón y Bulygin en el trabajo antes citado.

Luego, como se dijo, se mostrarían las diversas alternativas que tienen ante sí los jueces para resolver las eventuales contradicciones del orden jurídico, llenar sus posibles lagunas, limitar la textura abierta de las normas y decidir entre sus diversos significados en el caso de que se presenten ambigüedades. Fundamentalmente, los juristas deberían encarar también la tarea de mostrar las consecuencias de índole social, económica, etc.,

que se siguen de cada una de las posibles alternativas interpretativas, para lo cual deberían disponer de recursos teóricos suministrados por distintas ciencias sociales, como la sociología, la psicología, la economía, etcétera.

2) Las tareas que se acaban de señalar, no obstante ser intrínsecamente valiosas, adquieren mayor relevancia como prolegómeno de la labor central de la teoría jurídica, que es, como ya se dijo muchas veces, asistir sobre todo a los jueces en su cometido de alcanzar soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias, aun en las situaciones en que el derecho positivo no ofrezca una solución unívoca.

Esta dimensión de la teoría jurídica no es más que una *especialización del discurso moral* (esta es otra de las posibles vinculaciones entre derecho y moral que vimos en el capítulo primero, y afirmar que exista esta conexión no es incompatible con el positivismo metodológico o conceptual).

Al igual que en el discurso moral ordinario, esta modalidad de teorización frente al derecho persigue justificar los juicios valorativos acerca de la solución correcta para ciertas clases de casos, mostrando que ellos derivan de un sistema coherente de principios generales. Esto exige hacer explícitas algunas de las consecuencias lógicas de los distintos principios cuya validez se discute para determinar si ellas son aceptables y si no están en conflicto con las consecuencias de otros principios (la sistematización de que hablan Alchourrón y Bulygin en relación a las normas jurídicas positivas es, quizás, una actividad todavía más relevante con respecto a estos principios valorativos que permiten justificar y completar tales normas).

También del mismo modo que en el discurso moral no jurídico, los juicios de valor particulares que se formulan en el contexto de la teoría jurídica están sometidos a la restricción de que ellos deben ser *universalizables* (con la importante limitación de que, entre las circunstancias fácticas que condicionan la universalización, hay que tener en cuenta aquí la vigencia de ciertas normas jurídicas). Esto quiere decir que no es válido ningún juicio valorativo que formulemos respecto de una situación particular si no estamos dispuestos a extender el mismo juicio respecto a cualquier otra situación que no se distinga de la primera en aspectos moralmente relevantes (no puedo decir, por ejemplo, que cierta acción mía de mentir es correcta pero que la acción de mentir no sería correcta si fuera realizada por otro, salvo que

pueda mostrar diferencias moralmente relevantes entre mi situación y la de los demás).

Como en todo discurso moral, el que desarrolla la teoría jurídica en su dimensión normativa se distingue de otros discursos, como el teológico, por el hecho de que está excluida la posibilidad de recurrir, como justificación *última* de cierta solución, a un argumento de *autoridad*. En otras palabras, los principios últimos de cualquier sistema moral no son reconocidos en tanto principios *morales*, en razón de derivar de cierto origen o fuente (aun cuando, como en el caso de la moral cristiana o musulmana, se sostenga que tienen determinado origen o fuente), sino porque su contenido se considera válido o adecuado (esto es, independiente de la cuestión de si esos principios últimos pueden ser racionalmente justificados).

Pero a diferencia del discurso moral ordinario, el discurso valorativo de la teoría jurídica se desarrolla en *dos niveles* diferentes:

En un *primer nivel* se trata de justificar las normas de un cierto derecho positivo, determinándose si ellas son aceptables a la luz de principios básicos de filosofía política y moral. En esta evaluación no entra sólo en consideración el contenido de las normas en cuestión, sino también la legitimidad de los órganos que las dictaron, su relación con otras normas justificadas, la necesidad de garantizar un mínimo de certeza y previsibilidad de las decisiones de los órganos primarios, la necesidad de mantener el orden y la paz social, etcétera. En ciertos casos, pero no en todos, estas últimas consideraciones pueden determinar la conclusión de que una norma está justificada, y tiene por lo tanto fuerza obligatoria moral, a pesar de que su contenido sea injusto (evidentemente, no basta mostrar que el legislador podía haber dictado una norma mejor que la que de hecho dictó para privar a esta última de fuerza obligatoria moral).

En un *segundo nivel*, se presupone un cierto marco de normas positivas moralmente justificadas (es en este nivel donde puede tener algún sentido la idea de Kelsen de que los juristas presuponen en su tarea la fuerza obligatoria del sistema del que se ocupan), y se trata de buscar soluciones para casos particulares que sean axiológicamente satisfactorias y que sean, al mismo tiempo, compatibles con las normas positivas que se consideran válidas.

Obviamente estas dos últimas exigencias pueden entrar en cierto conflicto, pues, como vimos, una norma jurídica positiva puede estar moralmente justificada a pesar de que su contenido sea, valorativamente, insatisfactorio. Este conflicto es quizás la mayor dificultad que enfrenta la jurisprudencia normativa. Su resolución requiere o bien buscar la solución que sea menos insatisfactoria entre las diversas alternativas compatibles con las normas positivas o bien revisar el presupuesto de que las normas en cuestión son moralmente válidas.

Es el hecho de que el discurso valorativo de la teoría jurídica deba desdoblarse en estos dos niveles y que en el segundo de ellos se presente el tipo de conflicto que acabamos de mencionar, lo que distingue a este discurso del discurso moral ordinario. Cuando a veces los juristas distinguen entre la solución *jurídica* de un caso controvertido (a la que asignan, sin embargo, fuerza obligatoria moral) y la que sería la solución *moral* de ese mismo caso, están en realidad distinguiendo entre las conclusiones de *dos tipos de razonamiento moral*: el que tiene en cuenta la existencia de normas jurídicas positivas que se presuponen moralmente justificadas, y el que procede como si esas normas no existieran. Por supuesto, este último es un razonamiento moral deficiente, porque las normas en cuestión existen y sólo podemos dejarlas de lado si concluimos que carecen de fuerza obligatoria moral. No hay, en consecuencia, una genuina oposición entre razones jurídicas que *justifican* una decisión y razones morales.

Este modelo de un tipo de teoría jurídica que ya comienza a vislumbrarse en algunas áreas, y que satisface las funciones principales de la actual dogmática jurídica sin incurrir en su confusión característica entre descripción y reformulación del sistema jurídico, requiere, obviamente, que los juristas tengan una preparación teórica bastante compleja. Ellos deben manejar herramientas conceptuales y lógicas relativamente sofisticadas, estar familiarizados con elaboraciones de las ciencias sociales concernientes a su área de estudio y, sobre todo, tener una buena formación en filosofía política y moral.

En el próximo capítulo trataremos precisamente algunas de las cuestiones de filosofía política y moral que son relevantes para una actividad teórica frente al derecho que responda al modelo sugerido: o sea una actividad que no sólo se ocupe en describir y sistematizar el derecho sino que también encare *abiertamente*

—sin estar obstaculizada por excesivas preocupaciones acerca de su carácter científico— la reformulación del orden jurídico, de modo de proveer fundamentalmente a los jueces de un sistema de soluciones axiológicamente satisfactorio y más completo, coherente y preciso que el que ofrece el material jurídico original.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

VI

1.— ¿En qué sentido es normativa la ciencia del derecho según Kelsen? ¿Qué es, para Kelsen, una proposición jurídica?

2.— ¿Constituye la ciencia jurídica, en la teoría de Ross, una ciencia formal —como la lógica o las matemáticas—, o una ciencia empírica —como la física o la sociología? ¿Cómo caracteriza Ross a las proposiciones de la ciencia del derecho?

3.— Escriba un breve ensayo confrontando la tesis de Ross acerca de la ciencia jurídica con esta afirmación del profesor Sebastián Soler: "La dogmática no se ocupa de hechos, de lo que hace alguien, sea quien sea, un ciudadano, un juez o un ministro. Se ocupa siempre de lo que los jueces *deben hacer* según las leyes" (*El juez y el súbdito*, *LL*, 142-1099).

4.— Intente sistematizar —en el sentido de reemplazar por un principio más general pero lógicamente equivalente— las siguientes normas:

a) "Las personas de 18 años nacidas en la Argentina deberán hacer el servicio militar".

b) "Las mujeres están eximidas de cumplir con el servicio militar".

c) "Los extranjeros que adquirieran la ciudadanía argentina después de los 18 años no están obligados a cumplir con el servicio militar".

d) "Ninguna persona mayor de 18 años puede ser obligada a hacer el servicio militar".

e) "Las excepciones al servicio militar no rigen cuando el país está en estado de guerra".

5.— ¿Qué clase de imprecisión posee el término "ciencia"? ¿Hay criterios objetivos para decidir si la actividad de los juristas es o no una ciencia? ¿Qué aspecto de la palabra "ciencia" hace que no se vea como una mera cuestión verbal el calificar o no de ciencia la actividad teórica de los juristas?

6.— Comente esta hipotética tesis: "Si la cuestión acerca de si la actividad de los juristas es o no una ciencia, fuera una mera cuestión verbal sin mayor trascendencia, no tendría tampoco importancia determinar si,

por ejemplo, la astrología es una ciencia y si puede distinguirse de, pongamos por caso, la astronomía. No habría posibilidad de distinguir las disciplinas que contribuyen al avance del conocimiento humano de las supercherías y de actividades que persiguen otros fines, ya que toda distinción estaría basada en una cuestión verbal".

7.— Explique sucintamente en qué se diferencia la aceptación *racional* de la aceptación *dogmática* de una norma.

8.— ¿En qué sentido es "positivista" la actitud de adhesión a la legislación que subyace a la dogmática penal?

9.— Señale qué presupuestos acerca de la racionalidad del legislador están subyacentes en estos párrafos del profesor Sebastián Soler (*Derecho penal argentino*, Bs. As., 1951, t. IV):

a) "Pero cuando la ley [el art. 145, Cód. Penal argentino] se refiere al hecho de conducir a una persona fuera de las fronteras con el propósito de someterla ilegalmente al *poder de otra*, es forzoso entender que no se trata de un sometimiento que constituya servidumbre o condición análoga a la servidumbre, porque esta última hipótesis ya está considerada por el art. 140, y castigada con pena considerablemente mayor" (p. 48).

b) "Este resultado demostrativo de la diferencia entre la situación del art. 34, 3º, y el art. 152 [del Cód. Penal argentino] corresponde por lo demás a una interpretación correcta de la ley, porque resulta poco razonable suponer una repetición perfecta e inútil del mismo concepto. Admitir lo contrario supone que la ley, en este caso, no ha querido decir nada" (p. 105-106).

c) "La amenaza con armas, acompañada de la exigencia de dejarse registrar o de entregar inmediatamente una cosa, constituye robo y no extorsión. La prueba terminante de ello... se encuentra en el art. 167, inc. 1º, de acuerdo con el cual el robo queda calificado cuando es cometido en despoblado y con armas. Es manifiesto que allí no se refiere la ley al arma ya empleada causante de lesiones, porque la existencia de lesiones o bien forma un delito especial, art. 166, o bien concurre materialmente con el robo. La ley se refiere sencillamente al empleo de armas, como por ejemplo, un revólver, aunque no se dispare o hiera a nadie. Si no se admitiera esta conclusión, el resultado sería el de la casi total inaplicabilidad de la referida agravante, porque el puro hecho de amenazar con armas seguiría siendo extorsión..." (p. 266-267).

10.— ¿Es típico de la dogmática jurídica este tipo de razonamiento?: "El art. 34, inc. 1º, del Código Penal es ambiguo acerca de si el error de derecho exime o no de pena (contiene una ambigüedad sintáctica, pues cuando dice que no son punibles quienes obraren en estado de 'inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable', la expresión 'de hecho" puede referirse al error o la ignorancia o sólo a esta última). Hay que aprovechar esta ambigüedad para elegir la solución axiológicamente preferible, aunque no haya sido pensada por el legislador. No hay duda de que la solución más justa es la que excusa al que

cometió un delito creyendo que su conducta era lícita (o sea incurriendo en un error de derecho), puesto que la imposición de una pena a un individuo sólo está justificada moralmente cuando ese individuo actuó sabiendo que su conducta era punible. Sólo así se asegura que la pena no constituya una interferencia imprevista con los planes de vida de los individuos".

11.— ¿Describen algo las teorías dogmáticas, como la teoría general del delito? ¿Qué funciones cumplen? ¿Cuáles son sus semejanzas y diferencias con las teorías de las ciencias naturales?

12.— ¿Qué función se pretende satisfacer con la determinación de la "naturaleza jurídica" de una cierta institución? ¿Cómo se descubre tal naturaleza jurídica?

13.— ¿Cómo afectaría el sentimiento de seguridad jurídica (o sea la idea de que podemos saber por anticipado cuál es nuestro *status* jurídico en cada situación), el que la dogmática jurídica mostrara abiertamente las indeterminaciones que presenta el derecho positivo?

14.— Comente esta hipotética tesis: "La idea de que los teóricos del derecho tienen como cometido una reformulación del sistema jurídico, de modo de proporcionar a los jueces un conjunto más completo y coherente de soluciones que sean adecuadas desde el punto de vista valorativo, va de la mano de la idea de que los jueces son competentes para crear derecho, decidiendo cuestiones de índole ideológica y política. Esta última idea desconoce el principio de división de poderes, que es uno de los puntales del sistema democrático al reservar sólo a los órganos representativos del pueblo la misión de tomar partido en materia valorativa. La de los jueces es sólo una función técnica —la de aplicar la legislación vigente— y la ciencia del derecho debe limitarse a asistirlos en esa función, proveyendo una descripción objetiva de esa legislación".

15.— Prepare un breve ensayo en el que analice estos párrafos del profesor Eugenio R. Zaffaroni (*Teoría del delito*, Bs. As., 1973).

"Frente a un conjunto de disposiciones legales el jurista se encuentra en la misma situación que el físico: debe tomar los datos, *analizarlos* (*dogmas*), establecer las similitudes y diferencias y *reducir* lo que opera igual bajo una apariencia preanalítica de diversidad. Luego debe elaborar una teoría (*construcción*) en que cada uno de ellos encuentre su ubicación y explicación. Por último debe plantearse hipótesis a efectos de verificar si esa teoría funciona de acuerdo a la totalidad, si no hay elementos que no hallan explicación adecuada; o sea si alguna parte del 'todo' la contradice (en otras palabras: la teoría —construcción— no puede estar en contradicción con los textos legales)... Las leyes y los elementos que desprendemos de su adecuado análisis, son los 'hechos' del mundo jurídico. Así como en la física la materia es una construcción —porque lo que nos es dado no es la 'materia' en sí misma sino una cantidad de hechos 'compresentes'— lo mismo sucede en el derecho con la ley: tenemos una cantidad de disposiciones 'compresentes'. Éstas requieren ser

elaboradas en un sistema de proposiciones universales que, además, de ser válidas (de tener sentido), deben ser verificadas (*establecer su valor de verdad: verdaderas o falsas*)" (p. 22 y 23).

Es conveniente que en su ensayo se plantee usted estas preguntas: ¿En qué clase de ciencias se incluye a la dogmática jurídica en este pasaje (ver pregunta 2)? ¿En qué se asemeja y se distingue este modelo de ciencia jurídica del que propone Ross? ¿Cuáles son los "hechos" que verificarían las proposiciones de la dogmática jurídica: el hecho de que se haya dictado ciertas leyes y de que ellas estén vigentes, o el *contenido* de tales leyes (o sea, por ejemplo, el que el homicidio deba ser castigado con prisión de ocho a veinticinco años)? ¿Cómo deberían ser los enunciados de la ciencia jurídica, en uno y en otro caso, para que resulten verificados por cada una de esas clases de "hechos"?

16.— La "doctrina de los autores" (o sea la dogmática jurídica) es generalmente mencionada como una fuente de derecho, ¿cómo se concilia ese carácter de la dogmática con la función puramente descriptiva que generalmente se le atribuye?

17.— A mediados del siglo pasado el fiscal alemán Julius von Kirchmann dictó una conferencia con el título de "La jurisprudencia no es ciencia"; uno de sus argumentos para sostener la conclusión enunciada en el título era que el objeto de la "ciencia" del derecho —o sea las leyes— no tienen la regularidad y perdurabilidad de los fenómenos estudiados por las ciencias naturales: "tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura" ¿Qué opina usted de esta tesis?

18.— Roscoe Pound concibe la ciencia jurídica como una parte de lo que llama "ingeniería social"; esto implica que la ciencia jurídica tiene por fin determinar de qué forma el orden jurídico puede ser utilizado para eliminar fricciones sociales, conciliar pretensiones contrapuestas y satisfacer, en la medida de lo posible, las necesidades humanas. ¿Es esto lo que hace la actual dogmática jurídica? ¿Es esta función compatible con el carácter científico de la "ciencia jurídica"? ¿Cree usted que el que indica Pound puede ser un cometido legítimo de los juristas teóricos?

19.— La admisión de que no hay razones para que la teoría jurídica se limite a describir el derecho positivo y de que también es parte importante de su cometido la discusión de principios valorativos que justifiquen cierta reformulación del sistema, ¿no implica acaso una lisa y llana adhesión a la concepción iusnaturalista? ¿Cómo es posible decir que aquella admisión es compatible con el positivismo metodológico?

20.— Intente formular un principio general que reemplace a las normas enunciadas en el ejercicio 4, pero que, a diferencia del principio que usted debe haber formulado al hacer ese ejercicio, no sea equivalente a tales normas, sino que permita resolver el caso —no previsto explícitamente por ellas— de quien, habiendo nacido en el país, ha perdido la ciudadanía argentina.

CAPÍTULO VII

LA VALORACIÓN MORAL DEL DERECHO

1. Introducción

El desarrollo de una jurisprudencia normativa —o sea de una labor intelectual frente al derecho que no se limite a describirlo y sistematizarlo, sino que encare también en forma abierta la justificación de sus regulaciones y la propuesta de interpretaciones valorativamente satisfactorias— debe enfrentar dos problemas filosóficos fundamentales.

El primer problema es el de si hay procedimientos racionales para justificar la validez de los juicios de valor, es decir, si hay alguna forma de demostrar que un juicio de justicia o bondad moral es verdadero o válido de tal modo que esa demostración sea, en principio, asequible a cualquier persona normal que estuviera en las condiciones adecuadas. Si la respuesta a esta cuestión fuera negativa —como muchos escépticos de la talla de Kelsen han sostenido firmemente— entonces la supuesta jurisprudencia normativa no sólo no será una ciencia (cosa que, en sí misma, no debe preocuparnos mayormente), sino que no será siquiera una actividad teórica racional. Será, en el mejor de los casos, algo parecido a la poesía, que no pretende ampliar nuestro conocimiento intersubjetivo (sea especulativo o práctico), sino agudizar o conmover nuestra sensibilidad.

El segundo problema es el de determinar cuáles son los principios de justicia y moralidad social que permiten enjuiciar las regulaciones e instituciones jurídicas, y cuáles son las implicaciones de esos principios sobre materias específicas (como el

alcance de los derechos individuales básicos, la justificación de la pena, los límites del paternalismo estatal, etcétera).

El primer problema mencionado —es decir, la posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor— es el objeto de estudio de la rama de la filosofía que se ha dado en llamar *meta-ética* o *ética analítica*. En este nivel teórico se analiza el tipo de significado que caracteriza a los términos éticos —como "bueno", "justo", "correcto" y sus opuestos— y el significado de los juicios de valor —como "la pena de muerte es injusta"—, ya que la posibilidad de justificar racionalmente los juicios valorativos depende de qué clase de juicio son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan típicamente para formularlos.

El segundo problema —o sea el de determinar los principios básicos de justicia y moralidad y sus consecuencias específicas— es encarado en el plano de lo que se denomina *ética normativa*. Aquí no se trata de analizar el carácter lógico de los juicios morales y el significado de "bueno" o "justo", sino de formular y justificar (suponiendo que ello sea posible) juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas o justas.

Además de estos dos niveles diferentes en que pueden encararse cuestiones éticas, hay un tercer nivel constituido por lo que se llama *ética descriptiva* o *sociológica*. Acá no se discute el carácter de los juicios de valor y el significado de los términos éticos (como lo hace la meta-ética), ni se formula juicios de valor, determinándose qué cosas son justas o buenas (como lo hace la ética normativa), sino que se describe los juicios de valor que se formulan en cierta sociedad en determinada época, dando cuenta de qué cosas los miembros de esa sociedad *consideran* justas o buenas.

De estos tres planos del discurso ético, en lo que sigue nos ocuparemos de los dos primeros, que son los que tienen relevancia directa para el desarrollo de una jurisprudencia normativa.

En el próximo parágrafo presentaremos brevemente las diferentes teorías que se han propuesto para explicar el significado de los términos éticos y el carácter lógico de los juicios de valor (lo que, como dijimos, está dirigido en última instancia a elucidar la cuestión de la demostrabilidad de tales juicios).

En el parágrafo subsiguiente se presentarán algunas de las concepciones generales de justicia o moralidad que más influencia tienen en el pensamiento actual.

Finalmente, el último parágrafo del capítulo estará dedicado a analizar algunos problemas valorativos específicos que se presentan en relación con las instituciones jurídicas.

2. Teorías acerca del significado de los conceptos y juicios morales (meta-ética)

Las teorías principales que se han propuesto acerca del significado de los términos éticos (como "bueno", "justo", etc.) y respecto de qué significado poseen los enunciados valorativos (como "es injusto castigar a alguien por la conducta de otro"), se pueden agrupar (con alguna licencia y por razones de conveniencia expositiva) como lo muestra el cuadro siguiente:

- Teorías descriptivistas
  - naturalismo ético
    - subjetivista
    - objetivista
  - no-naturalismo ético
    - subjetivista
    - objetivista
- Teorías no-descriptivistas
  - emotivismo ético
  - prescriptivismo ético
- Otras posiciones

a) *Las teorías descriptivistas*

Estas teorías sostienen que los juicios de valor constituyen enunciados descriptivos de alguna clase de hechos. En consecuencia, afirman que tales juicios, y también los términos éticos que aparecen en ellos, tienen significado cognoscitivo. Tiene sentido, por lo tanto, atribuir verdad o falsedad a un juicio moral y, en principio, tales juicios pueden ser justificados racionalmente.

Sin embargo, no hay acuerdo entre los descriptivistas acerca de a qué hechos se refieren los juicios morales y cómo se determina su verdad o falsedad. Este desacuerdo da lugar a las concepciones que vamos a examinar ahora brevemente.

1) El naturalismo

Como dice Nakhnikian (en *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*) esta concepción se caracteriza por sostener que las palabras éticas designan propiedades observables y que los juicios de valor son verificables empíricamente.

No obstante, los naturalistas discrepan a propósito de qué hechos observables son descriptos por los juicios de valor.

La posición naturalista *subjetivista* sostiene que los juicios éticos hacen referencia a sentimientos, actitudes, etc., de alguien que puede ser —según las distintas versiones— el propio hablante, la mayoría de los miembros de determinado grupo social, etcétera.

Para algunas de estas corrientes, decir, por ejemplo, "embriagarse es malo", sería equivalente a decir "el acto de embriagarse suscita en mí una actitud de desaprobación".

Esta posición ha sido objeto de fuertes críticas. Una de tales críticas es que ella no permite la existencia de desacuerdos éticos genuinos, lo que va en contra de la impresión de sentido común de que tales desacuerdos son reales. En efecto, según esta posición, si una persona dice, por ejemplo, "la pena de muerte es injusta", y otra responde, "la pena de muerte es perfectamente justa", no hay ningún disenso entre ellas, puesto que una está diciendo que la pena de muerte le provoca *a ella* un sentimiento desfavorable, mientras que la otra da cuenta del sentimiento favorable que en *ella* suscita la pena de muerte. Es obvio que ambas cosas pueden ser ciertas, por lo que no habría contradicción entre los juicios formulados por cada una de estas personas y no se justificaría ningún debate entre ellas.

> Este mismo ejemplo pone de manifiesto otra debilidad de esta concepción ética: ella hace aparecer a los juicios morales como enunciados puramente autobiográficos. Si yo digo que mentir es incorrecto, que el matrimonio es una buena institución social, que la existencia de un sistema de previsión social es un requerimiento de justicia, no estaría hablando —según esta teoría— ni del mentir, ni del matrimonio, ni de la previsión social; en todos estos casos por igual ¡estaría hablando de mí! (o sea de lo que yo apruebo o desapruebo). Si un ladrón, por ejemplo, fuera descubierto por alguien que le dijera: "robar es moralmente incorrecto, no debe usted hacerlo", esta concepción da pie a una respuesta de esta índole: "¿A quién le importa lo que usted aprueba o desaprueba? ¿Qué tiene que ver conmigo el que mi acto suscite en usted una actitud desfavorable? De cualquier modo le

agradezco la información que me ha dado sobre sus inclinaciones psicológicas y le retribuyo informándole que a mí este tipo de actos me suscita un sentimiento decididamente favorable. Sobre gustos, no hay nada escrito".

Otra versión de la teoría naturalista subjetivista evita algunos de estos inconvenientes sosteniendo que los juicios valorativos no describen los sentimientos o actitudes del hablante sino los de la mayoría de los individuos de cierto grupo social; "*X* es bueno" querría decir "la mayoría de la gente en esta sociedad aprueba *X*". Esta versión permite la existencia de genuinos desacuerdos éticos (que deberían resolverse por una especie de "encuesta Gallup") cuando se toma como marco de referencia al mismo grupo social, pero no da lugar a desacuerdos reales cuando se alude a diferentes grupos sociales. Por otra parte, no está claro cuál es el grupo social que uno tendría que tomar como marco de referencia. Obsérvese, por último, que según esta concepción, si la sociedad está dividida sobre la justicia o injusticia de cierta institución social, como, por ejemplo, la pena de muerte, la minoría estaría necesariamente equivocada al sostener, pongamos por caso, que la pena de muerte es injusta (pues si "justo" quisiera decir "lo que la mayoría aprueba", la pena de muerte sería *justa* en esa sociedad). Bajo esta concepción, sería imposible, por falta de lenguaje apropiado, que un miembro de la minoría tratase de convencer a la mayoría de la validez de su opinión moral por medios racionales.

Algunas concepciones naturalistas son de índole *objetivista*, pues sostienen que los juicios valorativos describen hechos empíricamente verificables que no consisten meramente en actitudes o sentimientos de cierta gente.

El utilitarismo —o sea, dicho toscamente, la doctrina de que debe hacerse lo que conduce a incrementar la felicidad de la mayoría— es una teoría moral *normativa* y como tal será estudiada más adelante, pero a veces ella ha sido combinada con esta teoría *meta-ética* (aunque también ha sido defendida por filósofos que adoptan concepciones no naturalistas o no descriptivistas sobre el carácter lógico de los juicios de valor). Cuando el utilitarismo está asociado con el naturalismo objetivista se *identifica* el significado de expresiones como "bueno" o "correcto" con, por ejemplo, "lo que provoca un incremento de la felicidad general". P. B. Perry (en *Realms of Value*) sostiene, por ejemplo, que "moralmente correcto" significa "ser conducente a una feli-

cidad armoniosa", y agrega que, con esta definición, los juicios morales aparecen como enunciados acerca de hechos observables y son, en consecuencia, *empíricamente verificables*. Hay, por cierto, algunas otras variantes, diferentes de la que se combina con el utilitarismo, de la tesis de que los juicios de valor describen hechos observables que no consisten en actitudes de aprobación o desaprobación de cierta gente.

El naturalismo en general y el naturalismo objetivista en particular han sido objeto de críticas muy fuertes.

Una de ellas, originada en G. E. Moore, objeta al naturalismo el cometer una falacia, que ese autor llamó, precisamente, la "falacia naturalista". Hay varias interpretaciones acerca de cuál sería la falacia que, según Moore, cometerían los naturalistas. De acuerdo con una de tales interpretaciones esa falacia consistiría en confundir el plano de los hechos empíricos con el plano de los valores (esto ha sido interpretado por otros filósofos como una transgresión de la presunta condena de Hume contra todo intento de pasar del "ser" al "deber ser"). Sin embargo, como lo ha mostrado W. Frankena (en *The Naturalistic Fallacy*), la imputación de que los naturalistas cometen esa "falacia" presupone precisamente lo que se quiere demostrar con tal imputación —o sea que el naturalismo es falso—, ya que si se partiera de la tesis naturalista no habría ningún "abismo lógico" entre el plano valorativo y el plano de los hechos empíricos (puesto que el primero se reduce al segundo), y no se cometería ninguna falacia al identificar enunciados del primer tipo con enunciados del segundo tipo. Por lo tanto esta crítica de Moore al naturalismo depende, en realidad, de la validez de la que mencionaremos a continuación.

Moore sostuvo que el naturalismo, en cualquiera de sus variantes, no refleja correctamente el significado que generalmente se les asigna a los términos éticos. Para justificar este aserto, recurrió al argumento que generalmente se denomina de "la pregunta abierta": sostenía que cualquiera que sea la propiedad natural que se proponga como parte del significado de un término como "bueno", siempre cabe la posibilidad de estar de acuerdo con que un objeto tiene la propiedad natural en cuestión y, sin embargo, preguntarnos significativamente "¿pero es cierto que el objeto es bueno?" (por ejemplo, si "bueno" se identifica con "lo que incrementa la felicidad general", podemos decir: "Ya sé que la pena de muerte tiene consecuencias que producen más

felicidad que miseria para la mayoría de la gente, ¿pero es, sin embargo, buena?"). Según Moore el hecho de que siempre podamos razonablemente hacer este tipo de pregunta, cualquiera que sea la propiedad natural con que se pretenda asociar el significado de los términos éticos, muestra que tales términos no pueden designar propiedades naturales; de lo contrario, decir que algo tiene la propiedad natural en cuestión pero que no es bueno, sería contradictorio.

> Los naturalistas han tratado de responder a este argumento señalando la vaguedad y ambigüedad de palabras como "bueno" o "correcto" en el lenguaje ordinario, que es lo que, según ellos, otorga sentido a preguntas como las que señalaba Moore. Sin embargo, esta respuesta abre más interrogantes que los que resuelve, pues obliga a preguntar qué es lo que hacen los naturalistas cuando definen las palabras éticas en relación a propiedades naturales (si es que tales definiciones no pretenden reflejar fielmente el uso común del lenguaje), y cómo justifican las definiciones propuestas.

2) El no-naturalismo

Los serios defectos que G. E. Moore (junto con muchos otros filósofos) advirtió en las teorías descriptivistas naturalistas, lo llevaron a adoptar una posición no-naturalista, que, por razones que veremos más adelante, también es llamada intuicionista. Esta posición afirma que los juicios de valor son descriptivos —pueden ser verdaderos o falsos— pero no son verificables empíricamente puesto que los hechos que describen no son "naturales".

Moore sostenía que el fracaso de las definiciones naturalistas de términos como "bueno" muestra que los términos éticos son *indefinibles*, no siendo posible representar su significado con palabras no éticas.

Una de las razones que Moore aducía en favor de la indefinibilidad de términos como "bueno" es que ellos expresan conceptos *simples*, no analizables. Para que una palabra pueda ser definida ella tiene que representar un concepto complejo que pueda ser descompuesto en propiedades más simples. "Bueno" se parece a palabras como "amarillo" en designar propiedades simples, que no pueden ser analizadas en términos de otras; así como no puede definirse verbalmente "amarillo", tampoco puede definirse "bueno".

Pero si bien es cierto que de "amarillo" no se puede dar una definición verbal, se puede ofrecer lo que en el capítulo V llama-

mos una "definición ostensiva"; podemos señalar diversos objetos amarillos con la esperanza de que el aprendiz del idioma abstraiga la propiedad que tienen en común. ¿Se puede definir ostensivamente la palabra "bueno"? Parece que no de la misma forma que "amarillo", ya que según Moore "bueno" se distingue de "amarillo" por hacer referencia a una propiedad no sólo simple sino también *no-natural.* Mientras la amarillez de un objeto se determina por la observación de los sentidos, la bondad de un acto sólo se capta, de acuerdo con Moore, por una mera *intuición* intelectual. Moore fundaba su aserto en la idea de que, a pesar de la multiplicidad de aplicaciones de un término como "bueno", cuando la gente piensa en lo bueno tiene un único objeto en su mente.

También defendieron una posición intuicionista autores tales como Sidgwick, Pritchard, Ross, Hartmann, etcétera. D. Ross, en especial, presentó una teoría intuicionista muy elaborada que, a diferencia de la de Moore (quien defendía el utilitarismo como posición de ética normativa), no es *consecuencialista,* es decir, no hace depender la corrección o incorrección de los actos de sus consecuencias, sino de ciertas propiedades intrínsecas. Para Ross, según lo expone W. D. Hudson (en *La filosofía moral contemporánea*), un acto es obligatorio *prima facie* cuando tiene una tendencia a ser recto de acuerdo con algún componente de su naturaleza; en cambio, es obligatorio "a secas" cuando es recto de acuerdo con su entera naturaleza. Un acto es justo u obligatorio cuando su justicia u obligatoriedad *prima facie* supera su injusticia o no obligatoriedad *prima facie.* ¿Cómo se hace esta comparación entre los aspectos del acto que determinan cada una de las propiedades mencionadas? Ross responde que por *intuición*; todo aquel que tiene una conciencia moral desarrollada percibe en qué medida la justicia de un acto sobrepasa su injusticia.

La pretensión de que hay cierta facultad intelectual —la intuición— que nos permite *conocer* cierta realidad moral diferente de la realidad empírica ha sido objeto de críticas severas. Generalmente tales críticas asumen que para que se pueda decir legítimamente que se conoce la verdad de *X* tienen que darse tres condiciones: *1*) debe creerse en *X*, *2*) *X* debe ser verdad y *3*) debe *justificarse* esa creencia mostrando que ella está fundada en pruebas aceptables; uno debe *tener derecho* de sustentar la creencia en cuestión (de lo contrario, se diría que quien creyó en lo que resultó verdadero no lo *supo*, sino que lo "adivinó"). Cuando a la pregunta de cómo conoce alguien *X* se responde "por intuición", se pretende justificar su creencia en la verdad de *X*, pero, en realidad, lo que se dice no es más que otra forma de expresar que se cree en *X*, que se está seguro de la verdad de *X* (lo que

constituye una condición necesaria pero no suficiente del conocimiento).

Por otra parte, ¿cómo se distingue una intuición verdadera de una falsa? Si tenemos el "pálpito" de que un caballo va a ganar cierta carrera, sabremos que esa intuición fue acertada o no a través de *observaciones empíricas* posteriores; pero, ¿cómo podemos hacer esta distinción en ámbitos en que se sostiene que la única forma de adquirir conocimiento es a través de la intuición? Si no confiamos ciegamente en la intuición en ámbitos donde ella compite con la observación empírica (sólo un loco iría a cobrar el premio por un caballo que él vio con sus ojos llegar último, pero que su intuición le dijo que ganaría la carrera), ¿por qué habríamos de confiar en la intuición cuando no podemos recurrir a la experiencia empírica como último tribunal de apelación acerca de la verdad de una proposición?

También es una teoría descriptivista no-naturalista —pero, a diferencia de la anterior, no *objetivista* sino *subjetivista*— la teoría del *mandato divino*. Esta es la teoría de que "bueno" o "correcto" *significan* "ordenado por Dios", y "malo" o "incorrecto", "prohibido por Dios". O sea que decir, por ejemplo, que mentir es malo es lo *mismo* que decir que ha sido prohibido por Dios.

Esta teoría debe ser cuidadosamente distinguida, como dice Frankena, de la teoría que sostiene que Dios *revela* a los hombres lo que es moralmente correcto e incorrecto, sin que esto implique afirmar que "moralmente correcto" sea *equivalente* a "ordenado por Dios". (Alguien puede sostener que el hecho de que algo sea bueno depende, en última instancia, de los designios divinos sin que esto implique identificar el significado de "bueno" con "ordenado por Dios".)

Como luego veremos, filósofos religiosos de la estatura de Santo Tomás de Aquino han rechazado la teoría del mandato divino como explicación de los conceptos y juicios éticos.

Además de los inconvenientes, ya mencionados, de toda teoría no naturalista, esta teoría en particular tiene que enfrentar la conocida dificultad que ya fue puesta de manifiesto por Sócrates en el *Eutifrón*, cuando preguntaba a su interlocutor: "¿Algo es correcto porque Dios lo ordena, o Dios ordena algo porque es correcto?" Si uno contesta, como debe contestar quien crea en la bondad absoluta de Dios, que Dios ordena algo porque ello es bueno o correcto, entonces debe abandonar la teoría de que "bueno" o

"correcto" sólo significa ordenado por Dios. En cambio, si uno contesta que algo es bueno o correcto porque Dios lo ordena, entonces no tiene sentido decir que Dios es bueno, ya que esto sólo significaría que Dios hace lo que Él mismo ordena.

> Por otra parte si "bueno", "justo", etc., significaran "ordenado por Dios", habría que concluir que cuando un ateo formula juicios morales o es incoherente con su ateísmo o está usando los términos éticos con un significado diferente del ordinario. No habría posibilidad de discusión moral con alguien que carece de fe religiosa, no porque su moral fuera errónea sino porque, según esta concepción, él no puede emplear el lenguaje de la moral.

Todas las teorías descriptivistas, sean naturalistas o no naturalistas, se han hecho objeto de otra crítica general, además de las objeciones específicas que fuimos mencionando en cada caso: Si se identifica el significado de los términos éticos con ciertos *hechos* —sean empíricos o metafísicos, subjetivos u objetivos—, entonces no queda explicada completamente la "dimensión práctica" o el carácter "dinámico" de los juicios de valor, o sea el hecho de que tales juicios apelen a la *acción* o a la *elección*. Hay cierta inconsistencia práctica entre decir que algo es bueno o correcto y la no realización de la conducta o la no elección del objeto en cuestión. Si los términos éticos sólo hicieran referencia a ciertos hechos, no habría nada de extraño en la afirmación del mentiroso consuetudinario que dice: "yo estoy totalmente de acuerdo con que mentir es malo". Si además de mentiroso lo tildamos de hipócrita es porque advertimos que la formulación de juicios valorativos, como "mentir es malo", implica adoptar cierto compromiso o actitud respecto de actuar de determinada manera y no la mera descripción de determinados hechos. Por otra parte, también la formulación de juicios morales parece estar dirigida a influir en el comportamiento de otros. Una de las formas de motivar a la gente a adoptar cierto curso de acción es, precisamente, señalándole qué es lo moralmente correcto o incorrecto.

Esta dimensión práctica del discurso moral, que parece no resultar explicada por las teorías que sostienen que los juicios valorativos describen ciertos hechos, es uno de los fenómenos que se proponen especialmente elucidar las teorías meta-éticas que analizaremos a continuación.

b) Las teorías no-descriptivistas

Estas teorías difieren de las anteriormente expuestas por sostener que los juicios de valor se caracterizan por no ser *centralmente* descriptivos de ciertos hechos. Esto está vinculado con la idea de que los términos éticos no tienen, o no tienen exclusivamente, significado cognoscitivo: ellos no designan típicamente propiedades fácticas, sean objetivas o subjetivas, empíricas o supraempíricas. La implicación de esta concepción de los juicios morales es que ellos no pueden ser verdaderos o falsos. No se formulan con el propósito de transmitir información acerca de cómo es la realidad sino con otros propósitos, por ejemplo el de influir en la conducta de la gente. Esto genera, obviamente, dudas radicales acerca de la posibilidad de justificar racionalmente nuestros juicios de valor, por lo que el no-descriptivismo generalmente va acompañado de un escepticismo, que puede ser más o menos extremo, respecto del papel que juega la racionalidad en materia ética.

De las diferentes teorías no-descriptivistas que se han formulado mencionaremos aquí la teoría emotivista de Stevenson y la prescriptivista de Hare.

1) El emotivismo

La teoría emotivista en materia ética tiene diversos antecedentes, tales como algunos desarrollos del llamado "positivismo lógico" —en especial por parte de A. J. Ayer. Pero quien hizo una formulación más articulada de esta concepción fue Charles Stevenson (en *The Emotive Theory of Ethics*).

Según Hudson, Stevenson advierte tres rasgos distintivos del discurso moral: *primero*, el que se dan genuinos acuerdos y desacuerdos éticos; *segundo*, el hecho de que los términos morales tienen cierto "magnetismo", o sea contienen una apelación a la acción; *tercero*, el hecho de que el método empírico de verificación no es suficiente en la ética.

Con respecto al primer rasgo del discurso moral, Stevenson distingue entre acuerdo o desacuerdo de *creencias* y acuerdo o desacuerdo de *actitudes*. En la adopción de una posición moral frente a cierta cuestión inciden tanto nuestras creencias acerca de los hechos relevantes como nuestras actitudes de aprobación o desaprobación respecto de esos hechos. En una controversia

moral podemos estar de acuerdo en las creencias, pero tener actitudes divergentes o, a la inversa, tener las mismas actitudes pero diferir en cuanto a nuestras creencias fácticas (por ejemplo, podemos estar en contra de alguien que dice que la pena de muerte es justa porque disentimos con su creencia de que ella disminuye la criminalidad o porque aun compartiendo esa creencia tenemos una actitud desfavorable hacia el hecho de que el Estado prive de la vida a alguien, cualesquiera que sean los beneficios sociales de tal medida).

Según Stevenson, los juicios morales tienen la dimensión práctica o dinámica que se ha señalado como segundo rasgo, porque su uso principal no es para informar acerca de hechos —ni siquiera, como lo pensaban los naturalistas subjetivistas, para *describir* actitudes— sino para *expresar* actitudes y *provocarlas* en otros. Este significado emotivo de los juicios morales es, según Stevenson, su rasgo distintivo, sin perjuicio de lo cual los juicios morales tienen para él, también un significado descriptivo que se da junto con el anterior. El significado emotivo expresa la actitud y el significado descriptivo representa la creencia. (Para distinguir entre la expresión y la descripción, piénsese en la diferencia entre las palabras "ay" y "dolor".)

> Esta idea del significado emotivo de un juicio moral o de un término ético supone, como dice Hudson, adoptar una concepción *causal* acerca del significado de las palabras. Esto implica pasar de la concepción del significado como el *sentido* y la *referencia* de las palabras (o sea las propiedades que designan y las cosas que denotan) a la concepción del significado como el *uso* de las palabras. También implica la concepción que caracteriza ese uso no por *reglas* o *convenciones* lingüísticas, sino por los *procesos psicológicos que causan o son causados* por el uso de las palabras. El significado de una palabra es, según Stevenson, la propiedad disposicional que tiene esa palabra para causar, o ser causada por, ciertos procesos psicológicos en el oyente o en el hablante, respectivamente.

Según Stevenson, un juicio moral como "esto es bueno" podría traducirse como "yo lo apruebo, apruébalo tú también". La primera parte tendría significado descriptivo, o sea *informa* acerca de la actitud del que habla, mientras que la segunda parte —"apruébalo tú también"— tendría significado emotivo, o sea trata de *provocar* una actitud en el oyente. (Sin embargo, Stevenson advierte que esto es una supersimplificación, puesto que tanto el significado descriptivo como el emotivo pueden adquirir una gran variedad de formas— ya vimos que, por ejemplo, el significado emotivo puede consistir en *expresar* una actitud.)

Con respecto al tercer rasgo, constituido por el hecho de que el método empírico no es suficiente para el discurso moral, Stevenson señala que sólo en lo que hace al desacuerdo de creencias se pueden dar razones en favor de una u otra posición moral. En favor o en contra de la adopción de cierta actitud no se pueden proporcionar *razones*; lo único que se puede hacer es crear *causas* para influir en tal actitud. Una de las formas de determinar causalmente las actitudes de la gente es mediante lo que Stevenson llamó la "*definición persuasiva*", o sea, como ya vimos en el capítulo V, una definición que altera el significado descriptivo de una palabra para que su significado emotivo se dirija a objetos diferentes de los que se dirigía antes (por ejemplo, como la palabra "democracia" tiene un significado emotivo favorable, alguien podría intentar re-dirigir las actitudes de aprobación de la gente hacia una forma de organización social diferente de la que la palabra usualmente denota, diciendo "la verdadera democracia es el gobierno de los más capaces al servicio de todo el pueblo").

La teoría emotivista —llamada a veces despectivamente la teoría del "*boo-hurrah*", porque parece identificar el lenguaje moral con exclamaciones de agrado o desagrado— ha sido objeto de distintas objeciones.

Una de tales objeciones es que ella destruye la moralidad, puesto que si el significado del discurso moral es principalmente emotivo, no hay manera de decidir racionalmente entre juicios morales contrapuestos.

Hudson contesta a esta crítica diciendo que la teoría emotivista, como teoría meta-ética, no tiene nada que ver con la adopción o no de ciertas posiciones morales, y señala el hecho de que algunos emotivistas, como A. Ayer y Bertrand Russell, fueron firmes defensores de ciertas causas morales e ideológicas. Sin embargo, esta respuesta no es muy satisfactoria, puesto que si pretendemos que nuestra conducta sea racional, no es lo mismo defender una posición moral creyendo que hay razones en su apoyo que hacerlo a sabiendas que sólo hay una atracción emotiva hacia ella, que quizá fuimos causados a adoptar y podríamos lograr, por medios no racionales, que otros adopten. Sea o no coherente con sus convicciones teóricas, seguramente cuando Bertrand Russell defendía su posición pacifista pretendía dar *razones* en apoyo de ella y no meramente ejercer una influencia causal sobre sus oyentes, como lo podría haber intentado hacer recurriendo a técnicas de propaganda subliminal o hipnotizando a sus interlocutores. Si estar en favor o en contra de, por ejemplo, la pena de muerte fuera sólo una cuestión de actitud emocional —como el sentirse o no atraído por los paisajes montañosos, las mujeres de ojos verdes o las sinfo-

nías de Brahms— y los "argumentos" que pudiéramos dar en favor de nuestra posición estuvieran en el mismo plano (salvo en lo que hace a las posibles creencias involucradas) que los distintos medios que se pueden emplear para ejercer influencia causal sobre la gente, muchos concluirán que vale tanto la pena discutir acerca de la moralidad, por ejemplo, de la pena de muerte, como gritar "¡Boca!" o "¡River!" en la cancha de fútbol.

La respuesta a la crítica de que el emotivismo mina la moralidad parece ser no que no lo hace —porque *lo hace*—, sino que el que una teoría meta-ética tenga efectos morales perniciosos no constituye razón alguna para pensar que la teoría es inválida (como decía Hume, no hay peor argumento en contra de una teoría que el que señala las consecuencias dañinas que su adopción generalizada acarrearía).

La crítica más común y plausible es la que acusa a Stevenson de confundir el *significado* de un enunciado o expresión con los *efectos* que puede causar el uso de tal enunciado o expresión. Como dice Hudson, el significado de una palabra está determinado por reglas y convenciones lingüísticas; en cambio, los efectos psicológicos que puede tener el empleo de cierta expresión es una custión fáctica contingente.

De este modo se ha señalado, contra el emotivismo, que una oración puede tener efectos psicológicos muy distintos en diversas personas y ocasiones, sin que por ello su significado se altere. La oración "hay fuego" no cambia de significado porque a veces pueda producir alarma, otras una actitud de curiosidad, otras aún una sensación de alivio por haber logrado éxito en un experimento de laboratorio.

Este ejemplo muestra también que el hecho de que con el emplec de una oración se expresen o se provoquen emociones no excluye el carácter descriptivo de la oración en cuestión. G. J. Warnock (en *The Object of Morality*) ha señalado también que teorías que explican el significado del lenguaje ético por los efectos del empleo de tal lenguaje no dan cuenta del discurso moral llevado a cabo en soliloquio. Muchas veces discurrimos mentalmente acerca de cuál es el curso de acción correcto, sin pretender dar rienda suelta a nuestras emociones ni generarlas en los demás.

La teoría que veremos a continuación trata de superar algunos de estos inconvenientes del emotivismo, preservando al mismo tiempo sus principales ventajas, o sea el hacer lugar a la dimensión práctica o dinámica del discurso ético, el explicar, en forma más eficaz que el intuicionismo, por qué el significado de las expresiones éticas no parece agotarse en la designación de ciertas propiedades naturales y el dar cuenta de qué es lo que hay de común en los usos tan diversos de términos como "bueno".

2) El prescriptivismo

La teoría meta-ética prescriptivista fue formulada y desarrollada por R. M. Hare (principalmente en *El lenguaje de la moral*).

Según Hare, los términos valorativos se usan para dar consejo u orientación para acciones y elecciones. Si se supone que el significado principal de estos términos es descriptivo, se desvanece esa función que los términos valorativos tienen, pues al decir, por ejemplo, que algo es bueno le estaríamos simplemente atribuyendo ciertas propiedades y no *recomendando* el objeto por tener esa propiedad.

Esto no quiere decir, señala Hare, que el uso de los términos valorativos no tenga relación con las propiedades de los objetos. Al contrario, una de las características de las valoraciones es que ellas dependen de las propiedades fácticas de las cosas; no tiene sentido valorar diferentemente dos objetos o acciones si no se pueden señalar diferencias fácticas entre ellos. Pero esto no quiere decir que cuando valoramos tales objetos describimos esas propiedades; la referencia a ellas forma parte del criterio en que nos basamos para recomendarlos, y es en esta recomendación en lo que la valoración consiste. Los criterios que se tienen en cuenta para la valoración constituyen el significado *descriptivo* de los términos valorativos, pero lo que los distingue como tales es su significado *prescriptivo*.

En consecuencia, según Hare, los juicios de valor son *prescripciones*. Esto quiere decir que de los juicios de valor se pueden deducir imperativos, y que asentir sinceramente a un juicio de valor implica asentir al imperativo que se deduce de él (lo que implica a su vez estar dispuesto a actuar, si se dan las condiciones, de conformidad con el imperativo en cuestión). Por ejemplo, del juicio de valor "no se debe fumar" se deduce el imperativo "¡no fumes!". Sin embargo, esto no significa que los juicios de valor sean *equivalentes* a imperativos. Frente a un juicio de valor, pero no necesariamente frente a un imperativo, siempre es legítimo reclamar por las *razones* que lo apoyan, y tales razones están vinculadas con criterios que, como vimos, hacen referencia a datos fácticos (como dice Hare, sería absurdo que alguien se quejara de que los vagones de un tren en los que hay un cartel con el imperativo "no fumar" no difieran en nada de los vagones en los que no hay tal indicación; pero, en cambio,

si un amigo nos formula el juicio valorativo "en este vagón no se debe fumar", tiene sentido preguntarle cuál es la diferencia entre ese vagón y los demás —quizá la diferencia sea que en ese vagón está el cartel "no fumar", o que ahí viajan muchos niños, etcétera).

Otra diferencia importante, vinculada con la anterior, entre los juicios de valor y los simples imperativos es que los juicios de valor son susceptibles de ser *universalizados*. Según Hare, los juicios de valor son *prescripciones universalizables*. Esto quiere decir, dicho sucintamente, que el que subscribe un juicio moral asume lógicamente el compromiso de extender el mismo juicio moral a todas las situaciones que tengan las mismas propiedades fácticas que son relevantes para el juicio moral en cuestión. Por ejemplo, si alguien dice "debo demandar a Fulano porque me debe dinero", está lógicamente comprometido a aceptar la conclusión de que si él mismo debiera dinero a otro debería ser demandado, salvo que se encontrara en circunstancias especiales que eximieran a cualquier persona de ser demandada. Según Hare, la recomendación de un objeto o de una acción envuelve necesariamente la recomendación de todos los objetos y acciones que son similares en los aspectos relevantes.

El hecho de que los juicios morales y los valorativos en general sean universalizables es, para Hare, una característica sumamente relevante del discurso moral y uno de los rasgos que determinan su racionalidad (o sea esto permite que en el discurso moral se puedan dar *razones*). Sostiene este autor que hay una cierta analogía entre la lógica del razonamiento moral y el método "hipotético-deductivo" que fue propuesto por K. Popper como reconstrucción de la lógica de la investigación científica. Según Popper, en el ámbito científico, de una hipótesis general, junto con un enunciado referido a que se dan ciertas condiciones iniciales, se deduce una predicción que debe ser comprobada empíricamente (si ella es refutada, debe rechazarse la hipótesis de la que deriva). Hare extiende este esquema al razonamiento moral, diciendo que aquí también se parte de una hipótesis universal —como "todos los deudores deben ser demandados"— junto con un enunciado acerca de condiciones iniciales —como "yo soy un deudor"— y se deduce una prescripción particular —como "yo debo ser demandado"—. En el plano moral no se trata de comprobar empíricamente una *predicción* para ver si se mantiene la hipótesis general, sino de determinar si podríamos aceptar una

prescripción particular (en el caso real o hipotético de que nos fuera aplicable) para ver si se mantiene el juicio valorativo universal. Para hacer tal determinación debemos, según Hare, apelar a la imaginación (debemos figurarnos en la situación de cada uno a los que la prescripción particular les sería aplicable) y tener en cuenta las inclinaciones e intereses de las personas que pueden ser nuestros interlocutores en una controversia ética (si, por ejemplo, queremos convencer a alguien de la invalidez de un cierto juicio moral podemos mostrarle que, una vez debidamente universalizado, tiene como consecuencia lógica una prescripción que él no está inclinado a aceptar). De acuerdo con Hare, el hecho de que los juicios morales sean universalizables y de que esto implique contemplar los intereses de todos los afectados —"poniéndose en el lugar" de cada uno y viendo si uno aceptaría, en ese caso, las prescripciones correspondientes— brinda apoyo lógico a la teoría normativa utilitarista según la cual cada uno tiene derecho a la misma consideración.

> Hare sostiene, a diferencia de Stevenson, que en materia moral es posible ofrecer *razones* y no solamente generar *causas* de actitudes, porque, como vimos en el párrafo anterior, él supone que puede haber relaciones lógicas entre prescripciones. Para mostrar esto, Hare distingue en toda oración entre lo que él llama "frástico" y "néustico". El *néustico* es lo que expresa el hecho de que la oración se usa en el modo imperativo, indicativo, etcétera (o sea para informar acerca de algo, para ordenar cierta conducta, etcétera). El *frástico* es lo que, por ejemplo, tienen de común una orden como "Juan, abre la ventana" y un enunciado indicativo como "Juan abrirá la ventana", o sea es la representación de un cierto estado de cosas, estado de cosas que en un caso es ordenado y en el otro afirmado. Según Hare, las relaciones lógicas entre oraciones se dan en virtud de sus frásticos y no de sus néusticos; esto es lo que hace posible que de una combinación de prescripciones y juicios indicativos se puedan deducir prescripciones.

La teoría de Hare ha sido objeto de un debate prolongado y profundo en los países de habla inglesa, en cuyo transcurso se le han formulado muchas objeciones y ha sido denodadamente defendida por su autor.

Una de las críticas más difundidas es que esta teoría confunde el *significado* con la *fuerza* de las oraciones valorativas (ver esta distinción en el capítulo V), o sea lo que uno *dice* con tales oraciones con lo que uno hace al emplearlas en ciertos contextos. En este sentido, Warnock sostiene que el prescriptivismo incurre en un equívoco similar al del emotivismo. Mientras que esta última concepción se centraba en los *efectos* que uno

busca obtener con el lenguaje ético, el prescriptivisno pretende que la clave para identificar los juicios de valor está en lo que uno *hace* cuando formula tales juicios; pero uno puede hacer con el lenguaje moral una multiplicidad de cosas que no son privativas de ese lenguaje —exhortar, aconsejar, condenar, insultar, simplemente describir, etcétera—. Según Warnock, no hay nada de particular en el *lenguaje* moral, si no es la materia sobre la que versa.

En la misma línea de argumentación, Kurt Baier sostiene que es completamente equivocado suponer que por el hecho de que las prescripciones, órdenes, etc., tienen relación con lo que se debe hacer, la pregunta "¿qué debo hacer?" pueda ser contestada dando una orden. Cuando alguien hace esa pregunta no busca, normalmente, recibir una orden, un pedido o una súplica; busca saber cuál es el mejor curso de acción; busca el conocimiento y no la autoridad de otro. Por otro lado, agrega este autor, es completamente errado suponer que una oración no puede ser al mismo tiempo imperativa y verdadera o falsa (da como ejemplo el caso en que uno le dice a un vecino de asiento en un tren "¡Aquí no se puede fumar!").

Otro tipo de crítica es que el prescriptivismo de Hare no va realmente mucho más lejos que el emotivismo de Stevenson en explicar cómo es posible el debate racional en materia ética. El único avance en ese sentido sobre el emotivismo consiste en haber señalado el hecho de que los juicios morales son universalizables. Esta es, en definitiva, una exigencia de coherencia un poco más extendida que la que surge del principio lógico de no contradicción. Pero se puede ser coherente en la defensa de juicios valorativos aberrantes. Como lo reconoce Hare, puede haber un fanático que defienda el juicio universal "todos los morochos deben ser exterminados", aun después de imaginarse en la situación hipotetica de ser él mismo morocho y asentir sinceramente a la prescripción particular de que él debe ser exterminado. En ese caso, ese juicio sería un juicio moral, ya que para este tipo de enfoque los juicios morales se distinguen por su *forma* y no por su *contenido*. Esto es rechazado por las corrientes de pensamiento que suponen que el contenido de los genuinos juicios morales puede ser detectado atendiendo, por ejemplo, al objeto de la moral o adoptando el punto de vista moral.

c) Otras posiciones

En esta sección trataremos brevemente algunas concepciones meta-éticas que se han desarrollado más recientemente y que no resultan satisfactoriamente clasificadas en las categorías precedentes.

Si bien estas teorías están más cerca del descriptivismo que del prescriptivismo, ya que sostienen que hay hechos empíricos que son relevantes para resolver las cuestiones de valor, es conveniente, por razones expositivas, explicarlas aparte, puesto que ellas no *identifican* el significado de los términos éticos con ciertas propiedades específicas; más bien sostienen que los hechos que verifican los enunciados valorativos son hechos empíricos complejos de muy diversa índole, que adquieren relevancia para verificar tales juicios debido a ciertas características constitutivas del discurso moral. Estas concepciones también sostienen que la circunstancia de que los juicios morales puedan ser verdaderos o falsos por su concordancia o discordancia con ciertos hechos no es obstáculo para que se pueda formular tales juicios con una variedad de propósitos, entre los que está el de dirigir el comportamiento de los demás.

Entre las varias concepciones que se han desarrollado últimamente con estos lineamientos generales, vamos a mencionar dos.

1) La teoría del "punto de vista moral"

Esta teoría fue expuesta principalmente por Kurt Baier (en *The Moral Point of View*) y por W. Frankena (en *Ethics*).

Baier sostiene que los juicios valorativos pueden ser empíricamente verificados. La verificación de tales juicios se hace en relación a hechos complejos que son relevantes según diferentes criterios para comparar y jerarquizar valorativamente diversas clases de cosas. En este respecto, las comparaciones y jerarquizaciones valorativas (o sea cuando decimos, por ejemplo, que algo es mejor que otra cosa o que es bueno) no difieren de las comparaciones y jerarquizaciones fácticas (o sea cuando decimos, por ejemplo, que un coche es más rápido que otro o que es un auto veloz). La diferencia importante entre ambos tipos de juicios es que en el caso de los valorativos necesitamos validar o justificar los propios criterios que nos permiten hacer las compara-

ciones y jerarquizaciones. La técnica de validación de los criterios referidos a objetos que involucran propósitos (como en el caso de los autos) se basa en la satisfacción de tales propósitos.

La pregunta moral "¿qué debo hacer?" se reduce a la pregunta "¿qué es lo *mejor* que puedo hacer?" La cuestión es entonces determinar los criterios para juzgar cuál de los diferentes cursos de acción abiertos al agente es el mejor. El mejor curso de acción es el que está apoyado por las mejores *razones*.

Las razones son ciertos *hechos* que cuentan en favor o en contra de una línea de acción según determinadas creencias o reglas. Estas creencias o reglas "constitutivas de razones" no sólo establecen qué hechos son razones, sino que determinan también un orden jerárquico de razones.

> Kurt Baier describe las creencias o reglas constitutivas de razones que están vigentes en la sociedad contemporánea para después preguntarse en qué medida tales creencias son verdaderas. Entre las reglas *individuales* de razón que menciona están las que señalan el hecho de que algo nos es placentero, que lo deseamos o que satisface nuestro interés a largo plazo, o que es placentero para otros, como razones para llevarlo a cabo (dándose preferencia, cuando son de la misma magnitud, a las razones referidas a uno mismo sobre las razones referidas a otros). Entre las reglas *sociales* de razón, Baier menciona las que establecen que el derecho, las costumbres sociales, las normas de etiqueta, etc., proveen razones para actuar (o sea que si algo está, por ejemplo, prohibido por el derecho, esto es una razón para no hacerlo). Las reglas *morales* de razón son las que expresan las convicciones morales vigentes en nuestras sociedades.
>
> Se pregunta luego Baier si estas creencias o reglas de razón son verdaderas. Sostiene que no hay duda de que las reglas individuales de razón son verdaderas, como se pone de manifiesto apenas reparamos en cuáles serían las consecuencias de aceptar sus opuestas o contrarias —por ejemplo, que el hecho de que algo nos resulte placentero sería una razón para *no* hacerlo. Que esto es absurdo surge con claridad si tenemos en cuenta que el propósito del "juego del razonamiento" (o sea el de determinar qué curso de acción está apoyado por las mejores razones) consiste en maximizar las satisfacciones y minimizar las frustraciones. La cuestión de si preferimos satisfacer o frustrar nuestros deseos o intereses no es una cuestión de gusto; si alguien prefiere sistemáticamente frustrar sus deseos o intereses (no para satisfacer algún otro interés o deseo propio o ajeno) sería visto como un loco.

Baier sostiene que se puede demostrar que las razones morales son superiores a las de auto-interés. Si las reglas individuales de razón prevalecieran, esto nos sumergiría en la situación que Hobbes llamó "estado de naturaleza", o sea una situación

en que cada uno intentara por la fuerza hacer triunfar sus intereses. La misma razón de ser de la moralidad es proveer razones que prevalezcan sobre las razones de auto-interés en aquellos casos en que si todo el mundo persiguiera su propio interés todos se perjudicarían. Uno debe ser moral porque la observancia de las reglas morales es en beneficio de todos por igual en aquellos casos en que la persecución del interés de cada uno generaría situaciones de conflicto. Esto no quiere decir, por supuesto, que ser moral satisfaga el auto-interés de cada uno en cada caso; si no hubiera conflicto entre las razones morales y las de auto-interés la moral sería innecesaria.

¿Qué test deben pasar las convicciones morales de la gente para ser verdaderas? Según Kurt Baier ese test es que ellas resulten aceptables una vez que uno adopta el *punto de vista moral.* Uno adopta tal punto de vista cuando no asume una posición egoísta, actúa sobre la base de *principios* (lo que implica que no hace excepciones no previstas en los mismos principios), está dispuesto a universalizar tales principios, y, al hacerlo, toma en cuenta el bien de todos por igual.

W. F. Frankena hace todavía más explícita esta idea diciendo que un juicio moral es verdadero cuando él sería aceptable para cualquier persona que adoptara el punto de vista moral. Según este autor, uno adopta el punto de vista moral cuando: *a*) uno hace juicios normativos acerca de acciones, deseos, disposiciones, intenciones, motivos, personas o rasgos de carácter; *b*) uno está dispuesto a universalizar sus juicios; *c*) sus razones para tales juicios consisten en *hechos* acerca de qué efectos tienen las cosas juzgadas en la vida de los seres sensibles en términos de promoción y distribución de beneficios y perjuicios no morales; *d*) cuando el juicio es acerca de nosotros, nuestras razones, se refieren a los efectos de nuestras acciones o disposiciones de otros seres sensibles.

Agrega Frankena que uno tiene una moralidad sólo cuando uno hace juicios normativos desde este punto de vista y actúa de conformidad. Los juicios morales reclaman implícitamente un consenso de otros, un consenso no efectivo sino hipotético de todos lo que, libremente y con pleno conocimiento de los hechos relevantes, adoptaran el punto de vista moral.

Como luego veremos al analizar la teoría *normativa* de justicia de John Rawls, este filósofo ha seguido esta misma idea, en forma más elaborada al construir una situación hipotética

—que llama "posición originaria"— de modo tal que los principios aceptados por quienes estuvieran en tal situación serían los verdaderos principios de justicia. Estar en la posición originaria de Rawls es equivalente a la adopción libre y consciente del punto de vista moral de que hablan Baier y Frankena.

2) La teoría del "objeto de la moralidad"

Según G. J. Warnock (en *The Object of Morality*) toda valoración tiene un cierto objeto, una determinada función. Detectar cuál es ese objeto o función es esencial para determinar cómo debe hacerse la valoración en cuestión. Por ejemplo, para establecer cómo deben valorarse los exámenes que se toman a los alumnos debemos saber cuál es el objetivo de esa valoración.

El objeto de la valoración moral de acciones de seres racionales (que son la materia principal de tal valoración) consiste en contribuir a aliviar, a través de esas acciones, la dificultad básica que la condición humana presenta (lo que este autor llama *"the human predicament"*). Esto lo lleva a Warnock a tratar de aclarar, en primer lugar, cuál es esa dificultad básica, y, segundo, de qué forma puede la moralidad contribuir a aliviarla.

La dificultad básica de la vida humana está dada, como vimos antes, por el hecho de que los recursos son escasos para satisfacer las necesidades de la gente, que los intereses de los individuos pueden estar en conflicto, que la información y la inteligencia es limitada, que también es limitada la racionalidad de la gente para cuidar sus propios intereses, que cada individuo es dependiente de los demás y vulnerable a agresiones de otros, no obstante lo cual, dado que las simpatías de cada individuo respecto de los intereses, necesidades y sentimientos de otros son también limitadas, frecuentemente los seres humanos no estarán dispuestos a cooperar en objetivos comunes y a prestarse recíprocamente la ayuda que necesitan, sino que serán proclives a interferir, a veces hostilmente, con la satisfacción de los intereses de otros. De este modo, como lo advertía Hobbes, si se dejara que las cosas siguieran su curso "natural", la situación de los seres humanos tendería a ser mala, no "moralmente" mala, sino mala en el sentido de que los hombres tendrían grandes dificultades para obtener la mayor parte de lo que quieren y necesitan.

Warnock sostiene que el objeto general de la moralidad —cuya comprensión nos permite entender las bases de la valo-

ración moral— es contribuir a aliviar, o por lo menos a no empeorar, la dificultad humana básica, no, por supuesto, proveyendo recursos, o aumentando el conocimiento, la inteligencia o la racionalidad, sino *expandiendo las simpatías de la gente hacia los intereses y necesidades de los demás.*

¿De qué forma actúa la moralidad para expandir las simpatías de la gente hacia otros seres humanos?

> Warnock sostiene que es ingenuo pensar, junto con los utilitaristas, que lo hace inculcando directamente la inclinación por tomar en cuenta los intereses, deseos y necesidades de *todos* (si cada uno tomara en cuenta en cada caso qué curso de acción es el que más beneficia a todos, posiblemente el resultado global no sería el más beneficioso para el conjunto; sería como el caso de un ejército en que cada soldado decidiera por su cuenta qué curso de acción es más eficaz para ganar una batalla). Tampoco cree este autor que la moralidad opera a través de la imposición de un sistema de *reglas* (porque seguir una regla implica no tomar en cuenta ciertas consideraciones especiales que pueden surgir en casos particulares, y el razonamiento moral exige, por el contrario, alcanzar el mejor juicio sobre la base de la apreciación más completa de los méritos de cada caso en particular). Warnock afirma que tampoco la moralidad, a diferencia del derecho, opera a través de la coerción.

La moralidad opera, según este autor, generando en la gente *"buenas disposiciones"*, o sea inclinaciones para actuar voluntariamente en forma deseable y abstenerse de actuar en forma perjudicial. Las virtudes morales son aquellas disposiciones cuya tendencia consiste en contrarrestar directamente la limitación de la simpatía humana hacia otros, y cuyo ejercicio es beneficioso para personas diferentes del agente.

Según Warnock, la consideración de las diversas formas en que la falta de simpatía hacia otros agrava la dificultad básica de la condición humana, nos permite determinar cuáles son las *virtudes morales.* Los hombres naturalmente pueden actuar en forma perjudicial hacia otros, o no prestarles la ayuda que ellos necesitan, o ser parciales o no equitativos ante los reclamos de diferentes personas, o engañar a los demás; de todas estas formas se manifiesta la falta de simpatía hacia los demás, que es un ingrediente fundamental de la dificultad básica de la vida humana. Las virtudes o disposiciones morales que contrarrestan estas manifestaciones de falta de simpatía son las de *no-maleficencia, equidad, beneficencia y veracidad.* A cada una de estas virtudes corresponde un principio moral que es el que guía la conducta de quien posee la virtud en cuestión. Los principios

morales no determinan, según Warnock cómo uno debe vivir; la moralidad es compatible con formas de vida muy diferentes; lo que hace la moralidad es establecer un marco general dentro del cual deben desarrollarse los diversos planes de vida para no agravar la dificultad básica de la condición humana.

Warnock sostiene que los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos como todos los demás. Esto no quiere decir que hay "cualidades morales" yaciendo en el mundo y listas para ser descubiertas por los hombres, sino que muchas cuestiones morales pueden ser definitivamente establecidas.

> Por ejemplo, si un dictador se entera de que un grupo de profesores idealistas, horrorizados por la crueldad y el carácter opresivo de su régimen, están buscando la forma de destituirlo de manera no violenta, y, para impedir el plan, el dictador urde una estratagema que consiste en hacer matar a un embajador de su gobierno, acusar a otro país de ese hecho, entrar en guerra con ese país, despertar así un violento sentimiento nacionalista en la población, y aprovechar ese sentimiento para liquidar a los críticos, acusándolos de traidores, no hay duda de que esta conducta es moralmente incorrecta (ella viola prácticamente todos los principios morales antes señalados). Por supuesto que, dice Warnock, alguien podría negar tal conclusión (uno puede negar cualquier cosa); pero en ese caso tenemos derecho a preguntarle qué entiende él por "moralmente incorrecto". Del mismo modo que si alguien niega que la nieve es blanca podemos dudar acerca de si conoce el significado de "blanca", si alguien afirma que una conducta como la descripta no es "moralmente incorrecta" esto sugeriría que no conoce el significado de "moralmente incorrecta". La palabra "moral" no es una palabra vacía de significado, que pueda recibir, en consecuencia, cualquier sentido privado que se nos ocurra.

Ya mencionamos la réplica que dirige Warnock contra quienes piensan que el lenguaje de la moral tiene un uso que no es descriptivo sino emotivo o prescriptivo: no hay ningún "uso" peculiar del lenguaje moral; este lenguaje puede usarse con una multitud de propósitos —exhortar, condenar, insultar, describir, etc.— y ninguno de esos "usos" es incompatible con el hecho de que la proposición enunciada pueda ser verdadera o falsa.

d) *Una breve nota sobre el relativismo y el escepticismo ético*

Uno de los obstáculos más poderosos en contra de la tentativa de encarar racionalmente cuestiones morales, es la opinión muy difundida de que "los juicios morales son *relativos*".

Es importante advertir que el relativismo ético tiene un carácter muy distinto según se lo defienda en los diversos planos del discurso moral que hemos distinguido al comienzo de este capítulo: el de la ética descriptiva o sociológica, el de la ética normativa, y el de la ética analítica o meta-ética.

En el plano de la *ética sociológica* el relativismo ético consiste en sostener que distintas sociedades, grupos humanos o personas difieren o han diferido en lo que consideran bueno o justo y en las pautas morales que observan. Es muy posible que esta tesis sociológica o antropológica sea verdadera en sus grandes rasgos, aunque conviene tener en cuenta que, en muchos casos, las diferencias en los juicios morales no se deben a diferencias en los principios valorativos básicos que se adoptan, sino a diferencias en las circunstancias fácticas relevantes o en las creencias acerca de cuáles son esas circunstancias fácticas. De cualquier modo, el relativismo que se defiende en el nivel de la ética sociológica, aun cuando sea verdadero, no ofrece apoyo a quien interrumpiera un debate ético diciendo "los juicios morales son relativos": el que las sociedades o los individuos difieran o hayan diferido en sus convicciones morales no implica que todas esas convicciones sean válidas o verdaderas por igual (también la gente difiere en sus creencias fácticas y esto no nos impide afirmar que algunas de esas creencias son verdaderas y otras son falsas).

En el plano de la *ética normativa* el relativismo ético consiste en afirmar que lo que es bueno o justo para un individuo o sociedad no es bueno o justo para otro, aun cuando se encuentren en las mismas circunstancias relevantes. En esta afirmación bastante común resulta obscuro qué se quiere decir con "bueno para un individuo": si se quiere decir, por ejemplo, que una acción puede ser buena cuando la ejecuta un individuo y mala cuando la ejecuta otro individuo en las mismas circunstancias, entonces la afirmación en cuestión viola la exigencia de universalización inherente a todo juicio moral. Si cuando se dice "esta acción es buena *para mí*, pero no necesariamente para otro", se quiere decir, en cambio, algo que se podría traducir por "esta acción es buena, pero alguien podría pensar justificadamente que es mala", entonces se viola la exigencia de consistencia puesto que si yo sostengo que algo es bueno, sostengo implícitamente que no es malo y que cualquiera que sostuviese que lo es estaría equivocado. Como dice Bernard Williams (en *Morality*) este tipo de relati-

vismo presupone un desdoblamiento entre la posición de alguien que formula juicios morales y la posición de quien se mantiene imparcial entre sus juicios morales y los juicios morales contrapuestos de terceros; tal desdoblamiento es imposible: o bien nos abstenemos de formular juicios morales, o, si los formulamos, estamos comprometidos a rechazar los juicios morales opuestos.

> A veces se avanza una posición relativista en el plano de la ética normativa como una expresión del principio de tolerancia hacia opiniones morales diferentes de las nuestras. Pero esto implica una considerable confusión: Una cosa es defender el derecho irrestricto de expresar opiniones morales, aun cuando sean erróneas, y la libertad de actuar, hasta cierto punto, de acuerdo con ellas, y otra cosa muy distinta es sostener que la corrección de una acción depende de quien la ejecuta o de quien la juzga (la tolerancia nos obliga a *escuchar* las ideas de otros, no a *aceptarlas*). Tampoco hay que confundir una aceptación cautelosa y no dogmática de las ideas morales con la actitud de considerar correctas las ideas contrapuestas de otros, simplemente porque son de otros. Por último, cuando se defiende el principio de tolerancia no se lo hace como un principio relativo que vale sólo para quien lo acepta; los que propugnan la tolerancia no consideran igualmente válida la posición opuesta que favorece la intolerancia.

Cuando el que sostiene que "los juicios morales son relativos" es presionado a articular su posición generalmente terminará deslizándose al plano de la *meta-ética* y sosteniendo o bien que dos juicios morales aparentemente opuestos no lo son en realidad y pueden ser ambos válidos o bien que no hay forma racional de determinar cuál de dos juicios morales opuestos es válido.

La primera alternativa implica adoptar la teoría meta-ética subjetivista. El relativista que adopta esta posición no es escéptico acerca de la posibilidad de demostrar los juicios de valor; al contrario, para él todo juicio moral puede verificarse empíricamente, examinando las actitudes o sentimientos de quien lo emite. Como vimos, esta tesis es muy poco plausible: es absurdo pensar que cuando emitimos juicios éticos sobre acciones, instituciones, personas, etc., estemos, en realidad, hablando siempre sobre nosotros mismos y que no haya ningún disenso con quienes emiten juicios valorativos disímiles.

La segunda alternativa supone aceptar alguna de las teorías meta-éticas de índole no-descriptivista. En realidad, el único tipo de relativismo que hay que tomar seriamente en cuenta es

este que se manifiesta en el plano de la meta-ética e implica una posición escéptica acerca de la posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor, debido al carácter lógico que se atribuye a tales juicios.

Aun cuando algunos argumentos del no-descriptivismo ético permanecen en pie y siguen causando desconcierto entre los filósofos, esta posición ha perdido parte de su fuerza inicial una vez que se ha puesto de manifiesto que la llamada "falacia naturalista" no es una verdadera falacia, y que el lenguaje de la moral cumple muchas otras funciones a más de las de expresar emociones o prescribir conductas (siendo posible que una oración sea al mismo tiempo verdadera o falsa y tenga fuerza emotiva o prescriptiva).

Por otra parte, si bien las teorías del tipo de las de Baier y Warnock que hemos expuesto dejan todavía una serie de aspectos vulnerables a los ataques del bando escéptico, ellas parecen estar bien encaminadas en su intento de mostrar que el rótulo de "moral" no es una etiqueta aplicable a cualquier juicio u opinión que satisfaga ciertos rasgos formales muy generales, sino que hace, presumiblemente, referencia a juicios que se emiten desde cierta perspectiva específica y en función de determinados objetivos.

> Claro está que una vez que se da a la expresión "moral" un contenido que excluye como morales a ciertos juicios y principios (como el principio egoísta de que es bueno todo lo que me beneficia a mí) se provoca este tipo de réplicas: "Muy bien, puedo admitir que el principio egoísta no sea denominado 'moral' —al fin y al cabo esto es sólo una cuestión de palabras— pero ¿por que no puedo tomarlo yo como el principio fundamental para regular mi conducta?, ¿por qué debo observar lo que ustedes llaman principios morales, cuando ser moral va en contra de mis intereses?" Pero, como lo muestran autores como S. Toulmin y J. Hospers, el que formula este tipo de interrogantes se coloca fuera de los límites del discurso racional puesto que no hay ningún tipo de razón que podría satisfacer sus inquietudes: obviamente no le podemos dar razones *morales* para ser moral, ni razones de *auto-interés* para no perseguir su propio interés.

Pero independientemente de que consideraciones de esta índole puedan o no ofrecer ciertas bases para la justificación de los principios morales últimos, lo cierto es que en la filosofía moral contemporánea hay acuerdo en que la razón tiene un papel relevante en el discurso moral.

En primer lugar —como hasta Stevenson lo reconocía— muchos juicios morales dependen de creencias fácticas cuya verdad

o falsedad es empíricamente demostrable (es notable cuántas controversias morales tienen su origen no sólo en creencias fácticas divergentes sino también en actitudes irracionales acerca de cómo evaluar la información fáctica).

En segundo lugar —como lo ha puesto de manifiesto Hare— una de las formas de ofrecer razones en contra de un juicio moral consiste en mostrar que —una vez universalizado— él tiene consecuencias que el que formula tal juicio no está dispuesto a aceptar.

En tercer término, también se argumenta racionalmente cuando se muestra que cierto principio moral defendido por alguien tiene consecuencias contradictorias con las de otro principio que la persona sostiene.

Por último, muchas posiciones morales que la gente sostiene están determinadas por confusiones conceptuales y lógicas que pueden ser racionalmente esclarecidas.

> Las siguientes son algunas de las confusiones más frecuentes que se pueden advertir en las discusiones morales corrientes: *1*) La confusión entre la explicación y la justificación de una conducta ("es cierto que Pedro golpeó a la esposa, *pero* estaba muy irritado por problemas de trabajo y, desde chico, siempre reacciona violentamente contra alguien cuando está en estado de tensión nerviosa"). *2*) La confusión entre la justificación de una conducta y la excusa del agente que la realizó en ciertas circunstancias ("Juan no hizo nada de *malo*; él creyó que ese pobre diablo lo iba a atacar y sólo por eso le lanzó el cuchillo; no tenía mala intención". *3*) El argumento de "todos lo hacen" como justificación espuria de una conducta ("es cierto que no es muy edificante que un funcionario público reciba 'favores' por sus servicios, ¿pero quién no lo hace?"). *4*) La supuesta irrelevancia de diferencias cuantitativas ("es verdad que en Camboya se mató, desterró y encarceló a miles de personas por razones políticas, pero todos los países son igualmente culpables por este tipo de violaciones de los derechos humanos, ¿no se enteró usted que Gran Bretaña fue condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos por someter a ciertos apremios a algunos detenidos por actos terroristas?"). *5*) La confusión entre la justificación o validez de un juicio moral y el hecho de que quien lo formula resulte condenable de acuerdo con ese u otros juicios morales ("usted me dice que engañar a la gente es moralmente incorrecto, pero ¿quién es usted para afirmar tal cosa? ¿cree que me he olvidado de sus antecedentes? Usted está comprendido en las generales de la ley y no puede opinar al respecto"). *6*) La confusión entre la justificación o validez de un juicio moral y la explicación de por qué quien lo formula sostiene esa posición ("usted argumenta en contra de la pena de muerte, pero sus argumentos no son otra cosa que racionalizaciones de tendencias emocionales que están determinadas por un trauma infantil no resuelto y reflejan ade-

más, los intereses de la clase a la que usted pertenece"). 7) La confusión entre la justificación o validez de un juicio moral y los peligros que su reconocimiento generalizado acarrearía ("sus argumentos en favor de la corrección moral de cierto género de mentiras podrían ser válidos si no fuera por las consecuencias negativas que se producirían si todo el mundo pensara como usted").

Una vez que se determina la verdad de las creencias fácticas relevantes, se hacen explícitas las consecuencias de los principios universales subyacentes a nuestros juicios morales, se muestra que los diferentes principios son entre sí consistentes y se superan las posibles confusiones conceptuales en nuestra argumentación, es improbable que subsista un desacuerdo ético entre gente de la misma comunidad cultural. Si ello no fuera así, habría que explorar terrenos más resbaladizos, preguntándonos cuál es el objeto de la valoración moral de instituciones, acciones e individuos, cuáles son las reglas de juego de este tipo de ejercicio, cuál es la relación entre los principios morales y ciertas concepciones generales acerca de la naturaleza humana, etcétera. Existe la posibilidad de que, aun así, no logremos poner fin a la controversia. Pero el intento no habrá sido en vano pues, como dice John Rawls (en *A Theory of Justice*), ya constituye un avance muy fructífero si logramos alcanzar un "equilibrio reflexivo" entre un sistema consistente de principios generales y nuestras convicciones más firmes, descalificando como "prejuicios" aquellas convicciones que no pueden ser justificadas sobre la base de principios plausibles.

Tal vez la reflexión en materia moral persiga sólo el logro de este tipo de equilibrio, y los escépticos acerca de la "objetividad" de las conclusiones que se obtengan se engañan al exigir algo diferente de nuestras convicciones básicas para conceder tal objetividad a los juicios de valor (tales escépticos podrían decir que nuestras convicciones básicas son "irracionales" y pueden ser producto de una serie de influencias causales; pero el objeto de la deliberación moral es, precisamente, convertir tales convicciones en racionales, mostrando que ellas están justificadas por un sistema coherente de principios generales; una vez que nuestras convicciones quedan racionalizadas es completamente irrelevante que ellas estén causalmente condicionadas por ciertos factores; lo mismo ocurre con muchas de nuestras *creencias* racionales).

En este sentido, son esclarecedoras estas palabras de Hilary Putnam (en *Meaning and the Moral Sciences*):

"El hecho es que una vez que advertimos que el razonamiento moral no tiene lugar en un vacío cartesiano, que tiene lugar en un contexto en que la gente trata de responder a críticas sobre su carác-

ter, y en el contexto de gente que trata de justificar formas de vida frente a otros, y de criticar formas de vida de otros, etc., produciendo razones que tengan algún tipo de fuerza de convicción general, vemos entonces que la cuestión de la objetividad de la ética surge de un modo totalmente distinto y aparece bajo una luz completamente nueva. La cuestión de si hay una moralidad objetivamente mejor o un número de moralidades objetivamente mejores que, es de esperar, coinciden en muchos principios y en la solución de muchos casos, es simplemente la cuestión de si dados los *desiderata* que automáticamente surgen una vez que emprendemos la tarea de dar una justificación de los principios de vida que tengan fuerza de convicción *general* ocurrirá que esos *desiderata* seleccionan una moralidad mejor o un grupo de moralidades que concuerdan en una medida significativa sobre un número de cuestiones relevantes. En una terminología empleada por John Rawls, la cuestión es si hay un grupo de moralidades o una sola moralidad que puedan superar el test de un 'equilibrio reflexivo amplio'..."

Es posible que la moral, como dice John Mackie (en *Ethics. Inventing Right and Wrong*) no sea algo que *descubrimos*, sino que *hacemos*; pero es, en todo caso, algo que debemos hacer satisfaciendo una serie de exigencias que están dadas por la índole del discurso moral (el hecho de que apela a la conciencia o a las convicciones de cualquier persona racional y no recurre a otras formas de persuasión, ni se dirige a grupos de personas más circunscriptos), y por las necesidades que satisface el hecho de contar con una moralidad común. Esas exigencias determinan que haya sistemas morales que son, objetivamente, mejores que otros, en el sentido de que son más susceptibles de coincidir con las convicciones de quienes adopten el punto de vista moral, y son más eficaces, en el caso de ser generalmente aceptados, para lograr los objetivos que se persiguen con la formulación y difusión de un sistema moral.

3. Algunas teorías de justicia y moralidad social (ética normativa)

En este parágrafo nos vamos a ocupar de unas pocas teorías de ética normativa, o sea teorías que versan, no acerca de lo que significan "bueno" o "justo" —como las teorías meta-éticas que estudiamos hasta ahora— sino acerca de qué instituciones, prácticas sociales o acciones son moralmente buenas, correctas o justas. Hay una relativa independencia entre las teorías de ética normativa que vamos a examinar y las teorías de meta-ética que ya analizamos. El utilitarismo, por ejemplo, ha sido defendido por naturalistas, intuicionistas y prescriptivistas; lo mismo puede decirse de otras teorías normativas, aunque hay al-

gunas que parecen más firmemente conectadas con ciertas concepciones meta-éticas (por otra parte, los autores que desarrollan teorías de justicia y moralidad generalmente, como veremos, incursionan en consideraciones meta-éticas acerca de la forma de justificar los juicios morales).

Las teorías normativas que serán examinadas a continuación constituyen sólo una selección de las concepciones de justicia y moralidad social que más influyeron e influyen en el pensamiento occidental. Hay omisiones muy notorias que se explican por distintas razones. No se pretende hacer una historia de la filosofía moral y política, sino presentar, en rasgos gruesos y rápidos, algunos de los principales esquemas de razonamiento que encauzan actualmente las elaboraciones intelectuales que se desarrollan en esta materia.

En la exposición siguiente de las teorías de justicia y moralidad social adoptaremos una clasificación comúnmente aceptada: la que las divide en teorías *teleológicas* y *deontológicas*. Las primeras son las que hacen prevalecer lo bueno sobre lo moralmente correcto; o sea juzgan a las acciones no por ciertas cualidades intrínsecas sino por cómo ellas y sus consecuencias contribuyen a alcanzar cierta meta valiosa o a realizar o maximizar cierto estado de cosas intrínsecamente bueno. Las teorías deontológicas (también llamadas "formalistas") dan, en cambio, prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, juzgando principalmente a las acciones por sus cualidades intrínsecas que las hacen objeto de derechos y deberes y sólo tomando en cuenta su contribución a satisfacer ciertos objetivos valiosos dentro del marco de tales derechos y deberes. (Por supuesto que esta clasificación implica una sobreimplificación: las teorías que corresponden a cada una de estas clases difieren radicalmente en otros aspectos, y raramente una teoría de un tipo no tiene rasgos relevantes del otro tipo).

a) Teorías teleológicas

1) Santo Tomás y la perfección del hombre

Santo Tomás de Aquino fue, sin duda, uno de los más grandes filósofos de todos los tiempos. Su pensamiento, sobre todo en el plano ético, resulta inspirador, aun para quienes no comparten sus presupuestos fundamentales.

Toda la filosofía de Santo Tomás, incluida su filosofía moral, está grandemente influida por el pensamiento de Aristóteles, y en cierto sentido, su construcción teórica constituye un brillante intento de conciliar la filosofía aristotélica con la teología cristiana.

Precisamente la pretensión de Santo Tomás fue armonizar las elaboraciones de la teología con las de la filosofía, de modo que el teólogo y el filósofo lleguen a las mismas conclusiones desde sus diferentes puntos de vista.

En el área específica de la filosofía moral, Santo Tomás establecía claramente esta distinción con la teología diciendo, cuando habla de pecados y vicios, "el teólogo considera al pecado como una infracción contra Dios, mientras el filósofo moral lo considera como contrario a la razón" (*Suma teológica*, I-II, c. 6, ad 5). Según dice el padre F. C. Copleston (en *Aquinas*, p. 212, 218), para Santo Tomás la ley moral no depende de la elección arbitraria de Dios; las acciones contrarias a la ley moral no son incorrectas porque Dios las prohíbe, sino que Dios las prohíbe porque son incorrectas. De este modo, Santo Tomás rechaza la teoría del "mandato divino" que mencionamos antes.

También Copleston señala otro rasgo general de la teoría moral de Santo Tomás: al igual que la de Aristóteles, es una doctrina *teleológica* puesto que la idea de lo bueno tiene prioridad sobre la idea de lo moralmente correcto u obligatorio; para ambos filósofos los actos humanos adquieren cualidad moral por su relación con el bien final del hombre. Los actos obligatorios son, para Santo Tomás, una subespecie de los actos buenos: son aquellos actos buenos cuya omisión es moralmente mala (cosa que no ocurre en el caso de todos los actos moralmente buenos).

La justicia tiene en la filosofía tomista, según lo señala G. Graneris (en *Contribución tomista a la filosofía del derecho*) dos dimensiones: una es la de la justicia como virtud personal, y la otra es la de la justicia como cualidad del orden social (es por la existencia de esta segunda dimensión que la justicia, a diferencia de las demás virtudes, puede satisfacerse —aunque imperfectamente— por el mero comportamiento externo, no acompañado de la intención correspondiente). Santo Tomás se refiere a la justicia como virtud cuando la define, siguiendo a Ulpiano, como "la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo". En cambio, la justicia como cualidad del orden social está relacionada con la concepción tomista del *derecho natural*.

Es esta concepción la que debe ser analizada para comprender la filosofía moral de Santo Tomás.

Antes de proceder a ese análisis conviene hacer la siguiente aclaración: la doctrina del derecho natural de Santo Tomás es una concepción particular de la moralidad que puede ser compartida sin adherirse necesariamente a la tesis *iusnaturalista* (que Santo Tomás también defendió) de que el orden positivo que no se ajusta a los principios morales básicos *no es derecho* (ver cap. I). A la inversa, hay muchos pensadores que subscriben esta tesis iusnaturalista sin que por ello piensen que la moralidad a la que debe adecuarse el derecho positivo para ser tal tenga las características de lo que Santo Tomás llamaba "derecho natural". Por eso, una cosa es adoptar una posición iusnaturalista, y otra es suponer que los principios morales configuran una especie de derecho natural.

Santo Tomás concebía a la moral como un derecho natural porque la suponía intrínsecamente relacionada con la naturaleza humana.

Según Santo Tomás, Dios ha creado las cosas con inclinaciones innatas hacia el perfeccionamiento de sus potencialidades. Las *"inclinaciones naturales"* son las disposiciones de toda cosa a actuar de acuerdo con su esencia. La esencia de una cosa es lo que la hace ser lo que es; ella es aprehendida por *intuición*. Una cosa es buena en la medida en que realiza efectivamente sus potencialidades (Dios es absolutamente bueno porque es todo acto y ninguna potencia; ha realizado absolutamente sus potencialidades). El concepto de lo malo es, en cambio, una noción negativa: algo es malo en la medida en que carece de bondad.

El hombre, como todas las demás cosas, tiende también naturalmente a actuar de acuerdo con su esencia, perfeccionándose al actualizar sus potencialidades. Como las cosas inanimadas, el hombre busca su preservación, y como los animales, la procreación; pero la esencia del hombre está en ser racional, y su fin último está vinculado con su naturaleza racional.

Al igual que Aristóteles, Santo Tomás sostiene que todo acto humano voluntario tiene una *finalidad*, se dirige hacia algo que es considerado o aprehendido como bueno. La voluntad humana está necesariamente orientada hacia el bien último del hombre como tal, cuya consecución implica el perfeccionamiento pleno de la naturaleza humana, satisface todos los deseos y ofrece una felicidad completa.

Para Aristóteles el objetivo final de la actividad humana era la felicidad (*eudaimonía*) y él se materializaba en la actividad contemplativa del filósofo. Santo Tomás adopta una posición diferente: primero descarta como posible fin último los placeres sensoriales (porque sólo satisfacen a una parte de la persona), el poder (porque puede ser mal utilizado y es inconcebible que algo que sea el fin último pueda ser mal empleado) y la adquisición de conocimiento (porque también satisface sólo una parte de la persona). El único posible bien último que satisface a toda la persona y puede ser alcanzado por todos es la visión de Dios en la otra vida (*beatitudo*). Para alcanzar ese fin el hombre debe llevar una vida virtuosa; pero esa es una condición necesaria y no suficiente; debe ser, además, beneficiado con la gracia.

Una vez que se ha examinado la concepción de Santo Tomás sobre la naturaleza humana es posible comprender su idea del derecho natural.

El derecho natural es una especie del género ley. Para Santo Tomás toda la ley es una ordenanza de la razón para el bien común hecha por el que tiene el cuidado de la comunidad y promulgada. Distingue cuatro especies de leyes: la ley *eterna*, la ley *natural*, la ley *divina*, y la ley *humana*.

La *ley eterna* es el plan divino que dirige todas las cosas hacia la persecución de sus fines; es el tipo u orden ideal del universo que preexiste en Dios. Mientras las demás cosas y animales no pueden apartarse de la ley eterna (porque la siguen inconscientemente o por instinto), el hombre —como ser racional— sí puede hacerlo, y, en consecuencia, debe conocer la ley eterna para ajustarse a ella. Pero no la puede conocer directamente, puesto que no puede acceder al plan divino del universo. Sin embargo, no es necesario que Dios se la revele al hombre, puesto que el hombre puede detectar por medio de su razón parte de esa ley eterna en sus propias tendencias y necesidades. La parte de la ley eterna que es cognoscible en forma intuitiva e innata por los seres racionales es el *derecho* o *ley natural;* el derecho natural es la participación de las criaturas racionales en la ley eterna. Como la razón del hombre puede a veces estar demasiado perturbada por las pasiones para determinar correctamente ciertos preceptos morales, Dios le ha revelado algunos de ellos, como en el caso de los Diez Mandamientos; esta es la *ley divina*. Por último, está la *ley humana* positiva que debe ajus-

tarse a los preceptos de la ley natural. La ley humana para ser ley debe ser compatible con los preceptos del derecho natural y debe o bien ser deducible de ese derecho o limitarse a completarlo, estableciendo los detalles que él deja indeterminados (esto es visto como dos formas de derivación de la ley humana a partir de la ley natural, que se denominan, respectivamente, por "conclusión" y por "determinación").

Santo Tomás llama *sindéresis* la disposición natural de los hombres que les permite detectar los principios más generales del derecho natural; ésta es una capacidad innata y el conocimiento adquirido a través de ella es infalible. Esto significa que los primeros preceptos del derecho natural son auto-evidentes para la razón humana.

Para Santo Tomás hay una estrecha conexión entre moralidad y razón. Distingue entre la *razón especulativa,* que está dirigida a la aprehensión de las cosas, y la *razón práctica,* que está dirigida a determinar qué acciones deben realizarse. Los preceptos principales del derecho natural son los principios básicos del razonamiento práctico.

Santo Tomás dice que el primer principio del razonamiento práctico (o sea un precepto primario del derecho natural) es que "el bien debe hacerse y el mal evitarse". Sugiere que los demás preceptos derivan de éste. Los preceptos del derecho natural corresponden a las inclinaciones naturales del hombre; así la razón del hombre —reflexionando sobre sus inclinaciones— promulga los preceptos de que la vida debe ser preservada, la especie propagada y los hijos educados, que el hombre debe vivir en sociedad y que debe buscar la verdad, especialmente acerca de Dios. La razón puede, además, derivar de estos preceptos generales otros más específicos (así, del precepto acerca de la propagación de la especie y la educación de los hijos se deriva, según Santo Tomás, el precepto que impone el matrimonio monogámico).

Los principios más generales de derecho natural son universales e inmutables; los preceptos secundarios pueden variar con las circunstancias y ser modificados en casos extraordinarios.

Para Santo Tomás la bondad de un acto depende de la medida en que él contribuye al avance del hombre hacia su objetivo final, hacia su perfeccionamiento pleno. Todo acto concreto debe ser necesariamente bueno o malo (no ocurre lo mismo con los actos genéricos que pueden ser también indiferentes). Asimis-

mo para que un acto sea bueno es condición necesaria que esté acompañado de una buena intención; pero una buena intención no basta para justificar un mal acto.

Según Santo Tomás el hombre necesita naturalmente de la sociedad y el gobierno es una institución natural. Este último existe para cuidar del *bien común*. Una ley humana es injusta cuando su dictado no está en la competencia del gobierno o cuando impone a los ciudadanos cargas que no son equitativas o exigidas por el bien común. De acuerdo con Copleston, a pesar de ciertas afirmaciones aparentemente anti-individualistas de Santo Tomás (en las que compara al Estado con un organismo del que los individuos son partes) de ningún modo su teoría es compatible con concepciones totalitarias; al contrario, como vimos, él exige que la ley natural se ajuste a preceptos de justicia y moralidad que son independientes de la voluntad del Estado (según él, los que sancionan persistentemente leyes contrarias a estos preceptos son tiranos, y pueden ser legítimamente depuestos).

Esta impresionante concepción metafísica y ética fue, a lo largo del tiempo, tan aclamada como cuestionada. Algunas de las observaciones críticas más generales que se han hecho a este sistema son las siguientes:

Una objeción frecuente es que el sistema tomista no muestra cómo se puede conciliar la idea de que la voluntad del hombre está siempre dirigida al bien con la postulación del libre albedrío para elegir entre el bien y el mal.

> H. Sidgwick da cuenta de esta objeción con estas palabras (en *Outlines of the History of Ethics*, p. 146-147: "Pero ¿hasta qué punto el hombre es capaz de alcanzar una perfección ya sea natural o cristiana? Esta es la parte del sistema de Santo Tomás en que la cohesión de los distintos elementos que lo componen parece más débil. Él es escasamente consciente de que su cristianismo aristotelizado combina, al tratar esta cuestión, dos dificultades diferentes: primera, la vieja dificultad pagana de reconciliar la proposición de que la voluntad o propósito es un deseo racional que está siempre dirigido hacia el bien aparente, con la libertad de elección entre bien o mal que la visión legalista de la moralidad parece requerir; y, en segundo lugar, la dificultad cristiana de armonizar esta segunda noción con la absoluta dependencia de la gracia divina que estipula la conciencia religiosa. Santo Tomás, como muchos de sus predecesores, evita la última dificultad suponiendo que hay una 'cooperación' entre el libre albedrío y la gracia, pero no resuelve plenamente la primera dificultad..."

Otra crítica general que se dirige comúnmente al sistema tomista es que cuando habla de la ley natural, que tanto rige a las cosas inanimadas y a los animales como contiene preceptos referidos a la conducta humana, Santo Tomás parece confundir (como era habitual en su época) dos sentidos diferentes de la palabra "ley"; el sentido de "ley descriptiva" (como cuando se habla de la ley de la gravedad o de las leyes de Newton), que simplemente da cuenta de una regularidad de la naturaleza y puede ser verdadera o falsa; y el sentido de "ley prescriptiva" (como la ley de monopolios), que no describe ningún hecho sino que está dirigida a influir en la conducta de los hombres. La ley natural sería, según los que formulan esta crítica, una mezcla espuria de estos dos tipos excluyentes de leyes.

Esta objeción está estrechamente vinculada con otra crítica muy general y que cuestiona la legitimidad de pasar de presuntas afirmaciones acerca de la "naturaleza humana" (que son aparentemente afirmaciones que corresponden al plano del "ser"), a estipulaciones acerca de la conducta que los hombres deben adoptar (que pertenecen al plano lógico del "deber ser"). El profesor D. J. O'Connor (cuya clara y objetiva exposición de la concepción tomista, en *Aquinas and Natural Law*, hemos tomado especialmente en cuenta en parte del desarrollo precedente) critica los distintos presupuestos de este intento de basar la moralidad en la naturaleza humana. En primer lugar objeta la doctrina de las esencias, que determina la concepción tomista de la naturaleza humana, diciendo que si bien es verdad que las cosas tienen propiedades naturales independientes del lenguaje humano, son los hombres los que seleccionan algunas de esas propiedades para hacer clasificaciones con fines pragmáticos. En segundo término, O'Connor cuestiona que se hagan suposiciones acerca de la naturaleza humana y de los fines del hombre sin realizar observaciones empíricas acerca de cómo la gente se comporta de hecho, cuáles son realmente sus diversas tendencias, necesidades y fines. En tercer término, este autor critica que se presuponga *a priori* que los seres humanos tengan una unidad de estructura, capacidad y comportamiento, y no se reconozca la enorme diversidad de fines, planes de vida, etc., que los hombres persiguen; Santo Tomás, según este autor, al postular un fin último del hombre de índole sobrenatural adopta una proposición irrefutable y, por lo tanto, se coloca fuera de la argumentación filosófica. Por último, O'Connor objeta la tesis de que a partir de ciertas supuestas

inclinaciones naturales del hombre se puedan inferir conclusiones acerca de cómo el hombre debe actuar: ¿por qué el hombre debe perseguir la satisfacción de sus inclinaciones? (Santo Tomás responde que aquellas cosas que son objeto de inclinación son aprehendidas por la razón como buenas, pero, O'Connor, pregunta ¿por qué lo que es bueno en el sentido de ser buscado o deseado lo es también en el sentido de ser correcto?).

También se ha criticado el intuicionismo de Santo Tomás (con los argumentos que, generalmente, como vimos, se dirigen contra toda concepción intuicionista) y su tesis de que los primeros principios del derecho natural son auto-evidentes. O'Connor señala que hay tres factores que hacen inútil a la auto-evidencia como criterio de verdad: *Primero*, muchas veces algunas proposiciones falsas parecen auto-evidentes. *Segundo*, la auto-evidencia de una proposición siempre lo es para alguien, y el que una proposición sea auto-evidente para uno y no para otro, depende de factores ajenos a su carácter lógico (como, por ejemplo, factores psicológicos). *Tercero*, para determinar si una proposición que parece auto-evidente es verdadera no hay más remedio que apelar a otros criterios distintos de la auto-evidencia, por lo que ésta resulta superflua.

Asimismo se ha objetado al sistema de Santo Tomás el ser obscuro respecto de cuáles son los primeros preceptos de derecho natural, cuáles son los preceptos secundarios y, sobre todo, cómo se derivan éstos de los primeros. Se ha sostenido repetidamente que el primer principio del razonamiento práctico (que el bien debe hacerse y el mal evitarse) parece ser auto-evidente sólo porque es analítico o tautológico: el predicar de algo que es bueno parece presuponer lógicamente que ese algo debe hacerse o elegirse, y el predicar que es malo, que debe omitirse o rechazarse; si este principio fuera vacuo (como lo es, por ejemplo, el principio que dice "debe hacerse todo lo que está moralmente prescripto"), entonces de él no se podría inferir válidamente ningún precepto secundario.

Estas objeciones han provocado y seguirán provocando diversas réplicas como parte de un debate que ha resultado fructífero y lo será más todavía en la medida que se profundice y amplíe el diálogo entre tomistas y partidarios de otras corrientes filosóficas; el persistente interés por discutir las tesis de Santo Tomás, aun por sus más tenaces oponentes, es buena prueba de la agudeza y facundidad de su pensamiento.

2) El utilitarismo y la felicidad general

Es difícil exagerar la influencia que, desde su surgimiento a fines del siglo XVIII y principios del XIX, ha ejercido la concepción utilitarista en el pensamiento occidental, sobre todo en los países de habla inglesa y más especialmente en los Estados Unidos. Con ciertos altibajos a través del tiempo y hasta hace muy pocos años, en que comenzó a desarrollarse en los medios intelectuales una poderosa reacción en contra de esta concepción, se presuponía corrientemente, en esos ámbitos, que la apelación a consideraciones utilitaristas constituía la única alternativa válida para justificar instituciones y cursos de acción, y que la negativa a hacerlo era muestra de obscurantismo, confusión conceptual o indiferencia hacia los intereses de otros. La difusión práctica de esta filosofía fue grandemente favorecida por el desarrollo de ciertas concepciones económicas que tienen al utilitarismo como presupuesto moral. Por otra parte, en lo que nos interesa más directamente a nosotros, el utilitarismo ha influido de innumerables maneras en el derecho; una de ellas es, como veremos más tarde, a través de los enfoques económicos recién mencionados, que han sido aplicados al derecho, principalmente en los Estados Unidos, dando lugar a lo que se ha dado en llamar en los últimos años "el análisis económico del derecho".

A diferencia del tomismo, el utilitarismo no es una teoría que haya sido elaborada por un gran maestro y articulada, explicada y aplicada a nuevas circunstancias por generaciones de respetuosos discípulos. Si bien el utilitarismo tiene sus grandes fundadores, principalmente Jeremy Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789) y John Stuart Mill (*Utilitarianism*, 1863), que difieren entre sí en ciertos puntos centrales, los filósofos que los han seguido en defensa de esta concepción moral han manifestado tantas divergencias con el pensamiento de esos fundadores y están tan en desacuerdo entre sí respecto de cuestiones básicas, que resulta extremadamente difícil ofrecer una caracterización general del utilitarismo que sea compatible con todas estas variaciones (inevitablemente quedan afuera de tal caracterización algunas concepciones que sus defensores se complacen en denominar "utilitaristas").

En lo que hay acuerdo es que el utilitarismo, en todas las modalidades dignas de ese nombre, es una doctrina *consecuencialista*. Esto quiere decir que, según esta concepción, las accio-

nes no tienen valor moral en sí mismas sino en relación a la bondad o maldad de sus consecuencias. La bondad o maldad de los efectos de los actos está, a su vez, determinada por la medida en que ellos inciden en la materialización de ciertos estados de cosas que se consideran *intrínsecamente* buenos o malos. Hay que distinguir, entonces, entre estos estados de cosas que son en sí mismos buenos (o malos) y los estados de cosas que sólo lo son *instrumentalmente*, o sea como medios para materializar lo que es bueno (o malo) en forma intrínseca.

Ya no hay acuerdo, en cambio, acerca de si el rótulo "utilitarista" debe o no restringirse a ciertas concepciones sobre cuáles son los estados de cosas intrínsecamente buenos o malos.

Para quienes rechazan prácticamente toda limitación en materia de concepciones sobre el bien intrínseco que pueden ser denominadas "utilitaristas", como J. J. J. Smart (en *Utilitarianism, For and Against*), hay un utilitarismo *egoísta* y un utilitarismo *universalista*, y un utilitarismo *hedonista* y otro *idealista*. La primera clasificación, o sea entre utilitarismo egoísta y universalista, tiene en cuenta si las consecuencias que pueden hacer a una acción buena o mala son las que afectan sólo al propio agente, por un lado, o a toda la humanidad o a todo los seres sensibles, por otro lado. La clasificación entre utilitarismo hedonista e idealista depende de si se toma como bien intrínseco sólo al placer, entendido en un sentido amplio —como sostuvieron Bentham y, en forma calificada, Mill—, o también a otros estados de cosas, como el conocimiento o la existencia de cosas bellas, como suponía G. E. Moore.

Para otros autores, como A. Quinton (en *Utilitarian Ethics*), la forma *standard* del utilitarismo es no sólo consecuencialista, sino también *universalista* y *hedonista*. Esta fue sin duda la posición de los fundadores y de la gran mayoría de los filósofos que hoy defienden posiciones que llaman "utilitaristas". Sin embargo, tanto el universalismo como el hedonismo de la concepción utilitarista merecen algunas aclaraciones.

En cuanto al universalismo, debe aclararse que si bien este rasgo excluye por definición toda tesis *ética* egoísta, no es incompatible con una tesis *psicológica* egoísta. Una cosa es decir que los hombres *deben* buscar excluyentemente su propio placer o interés y otra muy distinta es afirmar que los hombres buscan de *hecho* en forma excluyente, o por lo menos prioritaria, su propio placer o interés. Los utilitaristas, en este sentido restringido

no son egoístas en matearia ética, aunque algunos de ellos, sobre todo los fundadores, adoptaron una concepción psicológica egoísta. En el caso de Bentham y Mill el egoísmo que ellos creyeron advertir en la psicología humana les sirvió como fundamento naturalista del principio ético hedonista.

> "La naturaleza —decía Bentham en un famoso pasaje— ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos, el *placer* y el *dolor*. Son ellos solos quienes señalan lo que debemos hacer, como así también determinan lo que haremos. A sus tronos están ligados, por un lado, los *standards* de lo correcto y lo incorrecto, y, por el otro, la cadena de causas y efectos". En la medida en que esta coincidencia parcial entre lo que ocurre y lo que debe ocurrir se usa como argumento a favor de esto último, se ha objetado —como a toda concepción naturalista— que no es posible derivar el deber ser del ser, el valor a partir de presuntos hechos sobre la naturaleza humana. Pero en la medida en que la coincidencia es sólo parcial —ya que por naturaleza los hombres buscan su *propio* placer, mientras lo que deben hacer es buscar el placer o felicidad *general*— se ha cuestionado si la verdad de la tesis fáctica es compatible con la practicabilidad de la tesis ética (para defender la practicabilidad de su principio universalista a pesar del egoísmo psicológico que ellos postulan, autores como Bentham han debido suponer que, en última instancia, hay una *armonía* natural básica entre los intereses de todos). En el caso de Mill estos dos problemas que acarrea el fundar un principio ético universalista en una hipótesis psicológica egoísta se pusieron, aparentemente, todavía más de manifiesto en su tristemente célebre "prueba" del principio de utilidad: en síntesis, esa prueba del principio de que es deseable la felicidad o el placer de todos, es que todos los hombres desean su propio placer o felicidad. Aunque últimamente ha habido intentos serios de rehabilitar a Mill de la acusación de que quiso decir semejante tontería, todavía hay muchos filósofos que subscriben esa acusación, sosteniendo que la prueba de Mill se basa en dos obvias falacias: primera, la confusión entre lo deseado de hecho y lo deseable o digno de ser deseado, que lo lleva a Mill a pasar del plano del ser al del deber ser (la analogía con el hecho de que todo lo que es "visto" es "visible" no es válida, porque "visible" no significa "digno de ser visto" sino "susceptible de ser visto"); segunda, la llamada "falacia de composición", que lo lleva a Mill a pasar de la afirmación de que todos desean la felicidad de cada uno (en el sentido de que cada uno desea su propia felicidad) a la afirmación de que para cada hombre es deseable la felicidad de todos los hombres (como dice Quinton, para ilustrar este tipo de falacia, del hecho de que los sueños de cada uno sean fascinantes para él no se infiere que los sueños de todos son fascinantes para todos).

En cuanto al hedonismo de la versión *standard* de la teoría utilitarista hay que aclarar que, si bien esto significa identificar

al bien intrínseco con la felicidad o con lo placentero, de ningún modo se sigue, como algunos críticos malintencionados han sostenido, que el utilitarismo exalte especialmente los placeres "bajos" o sensuales en detrimento de placeres espirituales.

> Aun en el uso ordinario de la palabra "placer" ésta tiene una aplicación amplia que nos permite hablar literalmente de los placeres derivados de la música, de la búsqueda de la verdad o de las experiencias místicas. Bentham era estrictamente neutral respecto de los placeres que pueden constituir el bien intrínseco, aunque señalaba ciertas "dimensiones" para comparar y dar prioridad a ciertos placeres o dolores sobre otros: intensidad, duración, certeza de que ocurran, cercanía en el tiempo, fecundidad para producir sensaciones del mismo tipo, pureza en cuanto a no estar acompañadas por sensaciones del tipo opuesto y la extensión de la gente afectada. (Bentham podría decir, por ejemplo, que un placer espiritual puede ser menos intenso, pero generalmente es más duradero, fecundo y puro que un placer sensual.) Mill, en cambio, discriminaba de entrada entre distintos tipos de placeres, los que él llamaba "placeres elevados" y "placeres bajos", según su *calidad*; sostenía Mill que los placeres espirituales son más valiosos, tienen más calidad, que los placeres corporales. Hay acuerdo entre los filósofos en que esta discriminación apriorística de los placeres según su calidad es *inconsistente* con la posición utilitarista, puesto que implica un criterio de evaluación independiente del principio que estipula maximizar la felicidad general.

Los modernos autores utilitaristas prefieren, en general, interpretar la felicidad no como una suma de placeres sino como la satisfacción o la no frustración de los deseos o intereses de cualquier índole que cada persona puede tener (los economistas que presuponen el enfoque moral utilitarista suelen asumir que la satisfacción de deseos o intereses se mide por la disposición a pagar por los bienes y servicios que proveen esa satisfacción). Sea que el bien intrínseco se identifique con el placer o con la satisfacción de deseos o intereses, de cualquier modo se preserva un rasgo que parece ser distintivo del utilitarismo y que es la asociación entre lo bueno y las actitudes, inclinaciones o preferencias de los individuos; en cambio, las posiciones idealistas, como la de Moore, que admiten que hay estados de cosas que pueden ser buenos independientemente de los sentimientos o preferencias de la gente, parecen alejarse demasiado del núcleo central del pensamiento utilitarista.

> Moore elaboró un "experimento mental" en favor de su idealismo: supongamos, decía, que haya dos mundos, uno encantadoramente hermoso y el otro espantosamente feo, a los que ningún hombre pudiera tener acceso y, en consecuencia, sentirse complacido por el pri-

mero y repelido por el segundo; ¿hay alguna duda —se preguntaba— de que es, de cualquier modo, bueno que exista el primer mundo y malo que exista el segundo?

Estas aclaraciones respecto del universalismo y hedonismo de las versiones corrientes del utilitarismo permiten ahora caracterizar esta teoría ética normativa como la teoría que defiende un solo principio último para evaluar moralmente a las acciones humanas, el llamado "principio de la mayor felicidad", que establece que *la corrección moral de un acto está determinada por la contribución de sus consecuencias a la felicidad (entendida como suma de placeres, o satisfacción de deseos o intereses, etc.) de todos quienes están afectados por tales consecuencias.*

Pero aun quienes se adhieren a este principio *consecuencialista, universalista* y *hedonista*, difieren respecto de su interpretación y alcances, lo que ha dado lugar a distintas divisiones o especies del utilitarismo.

Una primera división importante es la que se da entre el llamado "utilitarismo *de actos*" y el "utilitarismo *de reglas*". La versión tradicional del utilitarismo, y la que aún hoy autores como Smart defienden, es que el principio de utilidad es aplicable directamente a cada acto individual, de modo que en cada caso, para establecer si una acción es moralmente correcta, debe determinarse si todos sus efectos incrementan más que disminuyen el bienestar general. En cambio el utilitarismo de reglas (que según algunos ya estaba anticipado por Mill) sostiene que los actos individuales no se juzgan como moralmente correctos o incorrectos por aplicación directa del principio de utilidad sino de acuerdo con ciertas reglas morales (que, según algunos, son positivas y, según otros, son ideales), como las que prohíben matar, violar las promesas, etc., y son tales reglas, y no los actos concretos, las que se evalúan y confrontan con el principio de utilidad.

David Lyons (en *Forms and Limits of Utilitarianism*) sostiene que una forma importante del utilitarismo de reglas es estrictamente equivalente al utilitarismo de actos, ya que cada circunstancia relevante que afecta a la corrección o incorrección de un acto individual debe introducirse como calificación de la presunta regla general que, según la otra versión, lo prohibiría o prescribiría. Por su parte, R. M. Hare (en *Freedom and Reason*) ha afirmado que si el utilitarismo de actos se combina, como debe hacerlo toda teoría moral, con el principio de universalización, el resultado es el utilitarismo de reglas.

Los defensores del utilitarismo de actos sostienen que seguir una regla cuando se demuestra que hacerlo tiene, en el caso individual, más desventajas que ventajas (computando todos los efectos de la acción, incluyendo el debilitamiento de la regla) supone una adoración irracional de las reglas. Para estos utilitaristas, las reglas son sólo *guías prácticas* que permiten ahorrar tiempo en el cálculo de los efectos de los actos, pero que deben dejarse de lado toda vez que se demuestra que un acto individual que viola la regla tiene más consecuencias beneficiosas que el acto alternativo que la observa. Por el contrario, los utilitaristas de reglas sostienen que su posición es la única que permite salvar al utilitarismo de ciertas consecuencias contraintuitivas (así, un utilitarista de actos tendría que admitir que, en ciertos casos, es moralmente admisible penar a un inocente —por ejemplo, si esto puede salvar la vida de muchas personas y no tiene consecuencias tan negativas como para contrapesar ese beneficio; en cambio, eso no sería aceptable según el utilitarismo de reglas, puesto que es difícilmente concebible que sea beneficioso establecer una regla permitiendo el castigo de inocentes).

Otra división del utilitarismo se da entre el utilitarismo *positivo* y el utilitarismo *negativo*. El primero prescribe promover la felicidad o el bienestar; el segundo (sugerido principalmente por K. Popper) prescribe minizar el sufrimiento o la miseria. Se ha discutido si estos dos tipos de utilitarismo son conceptualmente distinguibles (hay acciones que pueden describirse tanto como que promueven la felicidad como que minimizan la miseria) y, en el caso de serlo, si el utilitarismo negativo tiene alguna plausibilidad. Algunos autores han sostenido, en contra de esta concepción negativa, que la forma más perfecta de eliminar toda miseria sería ¡exterminando sin dolor a toda la humanidad!

Otra división del utilitarismo es la que se presenta entre el "utilitarismo *clásico*" y el "utilitarismo *del promedio*". La primera posición sostiene que el bien intrínseco es la felicidad general entendida como suma *total* de placeres y satisfacciones; la segunda posición sostiene que la felicidad general debe determinarse dividiendo la felicidad total por el número de personas, de modo de obtener una utilidad *promedio*. Si imaginamos dos sociedades, una con un millón de personas contentas y otra con dos millones de personas igualmente contentas, el utilitarista clásico preferirá la segunda sociedad mientras que, para el utilita

rista del promedio, ambas sociedades tendrán igual valor. Estas diferencias son sobre todo relevantes para la evaluación de políticas poblacionales.

Es indudable que la concepción moral utilitarista, por lo menos en algunas de sus versiones más sofisticadas, tiene aspectos que resultan sumamente atractivos, sobre todo en un contexto, como el de las sociedades modernas, que se distingue por su secularización, su exaltación de la ciencia y la tecnología, su pluralismo y relativo igualitarismo.

En primer lugar, si bien es verdad que los intentos de justificar el principio utilitarista (como cualquier principio ético) sobre la base de hechos referidos a la naturaleza humana, están bastante desacreditados, parece, sin embargo, que el principio utilitarista fuera mucho más "realista" que otros candidatos a principios morales últimos, en cuanto aparentemente se aproxima más que ellos a lo que es psicológicamente posible exigir de de los hombres. Es cierto que no es lo mismo que cada hombre busque su propia felicidad o que todos los hombres busquen la felicidad de todos, pero tal vez en la práctica no haya tantas diferencias una vez que uno confía en que si uno contribuye a la felicidad de los demás, los demás contribuirán a la felicidad de uno (quizá uno podría dejarse seducir por la analogía algo engañosa con el pasaje de la situación en la que cada uno paga su propia asistencia médica a la situación en que existe un seguro por el cual todos pagan la asistencia médica de todos).

En segundo lugar, el utilitarismo parece reflejar a la perfección lo que suele considerarse como el *punto de vista moral*, que sería el punto de vista de un hipotético observador benevolente que fuera sensible al placer y al dolor, a los intereses y a los deseos de todos los que puedan resultar afectados por una acción o medida, siendo estrictamente imparcial en la consideración de esos intereses. Esto es lo que le ha permitido, como vimos, sostener a Hare que hay consideraciones formales de meta-ética que favorecen a la teoría utilitarista.

En tercer término, y vinculado con el punto anterior, el utilitarismo resulta atractivo por su aspecto igualitarista, ya que, en esta concepción, cada hombre —o incluso cada ser sensible— cuenta como uno, y todo placer, deseo o interés recibe, en igualdad de circunstancias respecto de su intensidad, etc., igual peso, independientemente de quien sea su titular.

En cuarto lugar, el utilitarismo parece la doctrina moral más adecuada para evaluar instituciones, medidas y cursos de acción en una sociedad pluralista, puesto que no parte de fines postulados como válidos independientemente del reconocimiento de la gente, sino de los sentimientos o intereses reales de cada individuo, cualesquiera que sean esos sentimientos o intereses. El utilitarismo no prejuzga *a priori* acerca del plan de vida de cada individuo, sino que valora las acciones por su capacidad para satisfacer y no frustrar esos planes de vida que los individuos se proponen.

Por último, el utilitarismo parece combinar un mínimo de postulaciones científicamente indemostrables con un máximo de aprovechamiento de los recursos que ofrecen la ciencia y la tecnología. Aun cuando se admita que el principio de utilidad no es demostrable racionalmente, ésta es la única postulación que debe aceptar supuestamente en forma dogmática un utilitarista, en contraste con la multitud de principios y reglas últimas que deben presuponer los partidarios de otras concepciones morales. Y una vez que el principio de utilidad es aceptado ¡qué reconfortante panorama se le presenta al utilitarista! Todo es cuestión de calcular (y producir) consecuencias con el auxilio de las distintas ciencias, y todo juicio ético (salvo los que estipulan al bien intrínseco) es empíricamente verificable.

A pesar de estas ventajas reales o supuestas, el utilitarismo parece estar afectado por dificultades sumamente serias. Aquí mencionaremos sólo algunos de los inconvenientes que los críticos del utilitarismo han señalado.

En primer lugar, si la corrección o incorrección moral de un acto depende de si el conjunto de todas sus consecuencias favorecen o perjudican la felicidad general, parece que nunca podremos saber si un acto es moralmente correcto o incorrecto, puesto que las consecuencias de un acto se extienden al infinito en ramificaciones múltiples.

En segundo lugar, hay autores, como D. H. Hodgson (en *Consequences of Utilitarianism*) que han argüido —provocando réplicas serias del bando utilitarista— que el utilitarismo (al menos el utilitarismo de actos) sería autofrustrante en una sociedad en que todos fueran utilitaristas, o sea su adopción tendría efectos antiutilitaristas. Para ilustrar su acusación Hodgson toma distintos ejemplos referidos a la obligación de cumplir las promesas, de decir la verdad, aplicar penas, etcetera.

> Tomemos el caso de la pena: El utilitarismo justifica la imposición de medidas punitivas que implican sufrimiento a sus destinatarios, sobre la base de que ese sufrimiento se encuentra contrapesado por las ventajas para la sociedad que resultan de la comisión de menos delitos gracias al hecho de que la aplicación de una pena desalienta al mismo delincuente y a otros a cometer delitos. Pero en una sociedad en que todos fueran utilitaristas, los delincuentes potenciales no creerían racionalmente que van a ser penados si no creyeran que esa pena tendría las mejores consecuencias. Pero para que la pena tenga mejores consecuencias que la falta de pena, ella tiene que desalentar a los delincuentes potenciales, para lo cual ellos tienen que creer que van a ser penados si cometen un delito. Pero para que los delincuentes potenciales crean racionalmente que van a ser penados, ellos tienen que creer que esa pena tendría las mejores consecuencias... y así hasta el infinito. Por lo tanto, en una sociedad utilitarista, los jueces nunca tendrían razones para aplicar penas, y los delincuentes no serían desalentados a cometer delitos, a pesar de que, por hipótesis, la pena podría estar justificada sobre la base de consideraciones utilitarias.

En tercer término, se ha apuntado que el utilitarismo debe enfrentarse con la dificultad insuperable de comparar intereses y deseos de distinta gente y de distinta índole para poder hacer el cálculo que permite evaluar las consecuencias de las acciones.

En cuarto lugar, una crítica más profunda y corriente es que el utilitarismo tiene, en algunos casos, consecuencias radicalmente contraintuitivas, lo que —dicen los críticos— no es de sorprenderse, ya que los utilitaristas dejan de lado toda una serie de consideraciones morales —que tienen que ver con la justicia, con la integridad, etc.— para ocuparse tan sólo de consideraciones referidas a la maximización del bienestar general, que, en el mejor de los casos, hacen sólo a un aspecto de la moralidad. Así se ha sostenido recurrentemente que la doctrina utilitarista conduce a admitir que en algunos casos (o sea cuando el balance de todas las consecuencias es favorable) puede ser moralmente correcto matar, mutilar o torturar a una persona para salvar la vida de varias otras, penar a un inocente para detener una ola de criminalidad, no cumplir con una promesa dada a un moribundo para realizar un acto alternativo más beneficioso, etcétera. Hay algunos utilitaristas que sostienen que si estas conclusiones contrarían nuestras convicciones morales corrientes, tanto peor para ellas. Otros sostienen que éstos son inconvenientes del utilitarismo de actos pero no del de reglas; pero hay que ver si ambos tipos de utilitarismo son distinguibles, y, si lo son, si el utilitarismo de reglas es una posición plausible.

Por último, hay otra crítica que se dirige todavía a un plano más profundo del pensamiento utilitarista y pone de manifiesto una dificultad que quizá está subyacente en los inconvenientes recién mencionados. Esta crítica es, básicamente, que el utilitarismo no toma en cuenta la independencia y separabilidad de las personas, fundiendo los deseos e intereses de todos en un sistema *global* de modo que no importa los intereses de quiénes son satisfechos o frustrados con tal de que más intereses o intereses más intensos sean satisfechos que frustrados. Como dice John Rawls (en *A Theory of Justice*) para el utilitarismo no importa, sino indirectamente, como se *distribuyen* las satisfacciones con tal de que se maximice la suma total de satisfacciones. Por su parte Robert Nozick (en *Anarchy, State and Utopia*) sostiene que el utilitarismo, al no tener en cuenta ciertos derechos individuales que funcionan como restricciones "laterales" a la maximización del bienestar general, admite el sacrificio de ciertas personas en aras del mayor bienestar de otras, infrigiendo el principio kantiano de que los individuos no deben ser usados sólo como medios en beneficio de otros, sino como fines en sí mismos.

Esta desatención por parte del utilitarismo del problema de la distribución permite cuestionar la adopción del punto de vista del observador benevolente e imparcial y el aparente igualitarismo del utilitarismo. En cuanto al primer aspecto, se podría sostener que el punto de vista moral no puede asimilarse al punto de vista de un observador benevolente e imparcial que tomara a los intereses de todos como si fueran propios, puesto que si bien es admisible que uno sacrifique algunos de sus intereses para satisfacer otros intereses de mayor jerarquía, no es admisible ese mismo curso de acción cuando los intereses frustrados y satisfechos son de *distintas* personas. En relación al segundo punto, se ha sostenido que el igualitarismo de la doctrina utilitarista no es genuino, ya que, como ha dicho alguna vez Ronald Dworkin, el utilitarismo puede permitir, en ciertas circunstancias, el sacrificio de las minorías, precisamente porque son minorías (B. Williams, en *Utilitarianism*, presenta un ejemplo de una pequeña minoría en una sociedad que, dados ciertos prejuicios, provoca en la mayoría sentimientos intensamente desagradables y sostiene que consideraciones utilitaristas podrían conducir a la conclusión de que es moralmente correcto remover a esa minoría de alguna forma).

La comprensión de las dificultades del utilitarismo, princi-

palmente de la señalada en último lugar, ha generado un creciente interés por desarrollar enfoques de índole deontológica, sobre todo de inspiración kantiana.

Antes de pasar al examen de algunos de estos enfoques conviene decir algo respecto de una relativamente reciente proyección del utilitarismo en el campo jurídico, el llamado "enfoque económico del derecho". Este enfoque surgió en los Estados Unidos gracias a los trabajos precursores de Guido Calabresi, acerca de la responsabilidad por daños y perjuicios, y de Ronald Coase, sobre el costo social, pero quien presentó la versión más comprensiva y articulada fue Richard Posner (en *Economic Analysis of Law*, 1972). Según este autor, este enfoque consiste en la aplicación de las teorías y métodos de la economía a las distintas áreas del sistema jurídico, daños y perjuicios, contratos, propiedad, responsabilidad penal, procedimientos, etcétera. La idea es que muchas de las doctrinas, instituciones y soluciones de un sistema jurídico pueden ser comprendidas y explicadas como intentos para obtener una eficiente adjudicación de recursos. El logro de *eficiencia* a través del derecho es el *leitmotiv* del enfoque económico del derecho, entendiendo por "eficiencia" la explotación de los recursos económicos de tal modo que el "valor" —o sea, según Posner, la satisfacción humana, medida por la disposición agregativa de los consumidores a pagar por bienes y servicios— resulte maximizado. De acuerdo con este autor, el enfoque económico tiene una dimensión *normativa*, en cuanto sirve para enjuiciar soluciones jurídicas y como modelo de reforma, y otra dimensión *descriptiva* que permite explicar las instituciones jurídicas vigentes. Posner trata de mostrar, a lo largo de su extenso libro, cómo en todas las áreas del derecho —hasta en sectores tan alejados aparentemente de las preocupaciones económicas como el derecho penal —las soluciones propuestas por legisladores, jueces y juristas tienden a obtener, aunque sus autores no sean conscientes de ello o lo encubran bajo un velo de retórica, eficiencia económica. Este autor sostiene que si bien la apelación a la "justicia" de cierta solución puede tener otro sentido —por ejemplo un sentido distributivo que él reconoce que queda fuera del enfoque económico—, en muchos contextos cuando se dice que una cierta solución es injusta es porque representa un desperdicio de recursos. Entre muchos otros ejemplos referidos a diferentes ramas jurídicas, Posner pone el caso del derecho de propiedad, mostrando cómo las características que se le asignan —exclusividad, universalidad, transferibilidad— responden a criterios de eficiencia (lo mismo ocurre, según Posner, con ciertas regulaciones sobre el divorcio, la protección de los hijos, el requisito de intención para la responsabilidad penal, la organización federal, etcétera). Uno de los hallazgos más llamativos de este enfoque es el llamado "teorema de Coase" que, según se supone, demuestra que en los casos de conflicto en el ejercicio del derecho de propiedad (como el de un ferrocarril que lanza chispas que impiden a los granjeros adyacentes cultivar sus fundos), es *indiferente* a quien se le dé el derecho de usar de su propiedad sin interferencias, puesto que cualquiera que sea la adjudicación de ese derecho, las partes intere-

sadas adoptarán el curso de acción (a través de acuerdos y transacciones) que maximiza la eficiencia. Como es de imaginar, este tipo de enfoque se ha hecho pasible de objeciones de la misma índole que las que se dirigen al utilitarismo en general, sobre todo que ignora los problemas de la distribución que constituyen el núcleo del concepto de justicia.

b) Teorías deontológicas

1) Kant y el reino de los fines

La compleja y fascinante teoría ética que desarrolló Emanuel Kant (sobre todo en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, y *Crítica de la razón práctica*, 1790) es una teoría deontológica o formalista, o sea es una teoría según la cual la corrección moral de un acto no está dada por el hecho de que sus consecuencias maximicen cierto bien intrínseco, sino que depende de que, por su naturaleza inherente, constituya el cumplimiento de un *deber*. El concepto de deber es, entonces, para esta teoría prioritario sobre el de bondad (a diferencia del utilitarismo, según el cual el deber consiste en maximizar el bien). Para entender tanto el concepto kantiano de obligación moral como el de bondad moral es necesario referirse a la concepción de Kant acerca de la moralidad.

Kant divide todo el conocimiento en lógica, física y ética, que comprenden, respectivamente, las reglas puramente formales de todo razonamiento en general, los principios del uso teórico de la razón, y los principios del uso práctico de la razón. Las verdades de la lógica adquieren validez universal e incondicionada a costa de su completa vacuidad (los enunciados de la lógica se refieren, en realidad, a todo, o a nada). Las verdades de la física son substantivas y no puramente formales, pero esto se logra al precio de que su campo de aplicación está limitado al ámbito de la posibilidad de experiencia sensorial (aunque, dentro de ese marco, es posible un conocimiento *a priori*). Pareciera que las verdades de la ética, si son substantivas como las de la física, deberían estar también condicionadas por ciertos datos empíricos —que serían en este caso los deseos e inclinaciones reales de los hombres—, pero si fuera así (como parece que en una época Kant estaba dispuesto a concebir la ética en trabajos no publicados), más que principios morales tendríamos un sistema de principios prudenciales acerca de cómo mejor satisfacer los deseos de los

hombres. Según R. P. Wolff (en *Autonomy of Reason*), los principios fundamentales de la moral debían tener para Kant el alcance incondicionalmente universal de los principios de la lógica (o sea no estar condicionados por contingencias empíricas, como son los deseos e inclinaciones de los hombres), pero, al mismo tiempo, debían poseer el contenido substantivo y no trivial de los principios de la física.

Para mostrar que los principios morales gozan de estas características, Kant se propone presentarlos como principios que son universalmente válidos para todos los seres racionales, independientemente de sus apetitos, deseos e inclinaciones contingentes. Si bien como seres "fenómenicos", nosotros estamos sujetos a las leyes empíricas de la naturaleza y estamos bajo el influjo de deseos que obedecen a ciertas causas, como seres puramente racionales (o sea como seres "noumenales" que no estamos sujetos a las contingencias del mundo físico) somos libres y capaces de guiarnos por las leyes universales de la razón práctica.

Las leyes o principios morales son, según Kant, *autónomos* o sea son leyes que uno se da a sí mismo con abstracción de los dictados de cierta autoridad humana o divina o de los de nuestros propios deseos o impulsos. Son también *categóricos*, porque, a diferencia de los imperativos hipotéticos del razonamiento prudencial (lo que en el capítulo II, siguiendo a von Wright, llamamos "reglas técnicas"), lo que ellos ordenan no está condicionado a que tengamos ciertos fines o deseos. Las leyes morales son, asimismo, *universales*, puesto que si son los principios que queremos como puros seres racionales con abstracción de nuestras inclinaciones y deseos contingentes que nos diferencian unos de otros, entonces se sigue que cada ser racional querrá la misma ley que querría cualquier otro ser racional, y, por lo tanto, esa ley moral obliga a todos los seres racionales por igual.

Este último requisito de los principios morales, su universalidad, es capital en la filosofía moral de Kant. El está contenido en el que es, según Kant, el principio fundamental de toda moralidad, la regla de las reglas, su famoso "imperativo categórico": *obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal.* La aspiración de Kant era que de este principio puramente formal del razonamiento práctico se pudieran derivar principios morales substantivos (satisfaciéndose así la búsqueda de un conocimiento moral que sea incondicionado como el de la lógica y con contenido significativo como

el de la física). Kant sostiene que el imperativo categórico sirve para seleccionar las verdaderas máximas morales. Por ejemplo, dice Kant, supongamos que estoy inclinado a romper una promesa. La máxima según la cual intento actuar podría formularse diciendo: "cuando me convenga, prometeré algo y no cumpliré con lo prometido". ¿Puedo yo querer *consistentemente* que esa máxima se convierta en ley universal? La respuesta es llanamente negativa, puesto que si todo el mundo actuara según esa máxima la institución de las promesas desaparecería, y, en consecuencia, yo no podría prometer; por lo que querer que esa máxima sea universalizada es contradictorio: implica querer al mismo tiempo que la práctica de prometer subsista y no subsista. Por lo tanto, esa máxima no puede ser un verdadero principio moral, y la conducta que se conforma a ella es moralmente incorrecta.

Sin embargo, Kant se pregunta si este imperativo categórico, del cual se derivan las leyes morales, es un principio necesario para todos los seres racionales. Sostiene que para responder a esta pregunta general debe encontrarse algún fin absoluto de todos los seres racionales (a diferencia de fines relativos, supeditados a deseos, que sólo fundamentan imperativos hipotéticos); si se encuentra algo que tenga valor absoluto, que sea un fin en sí mismo, entonces allí estaría el fundamento del imperativo categórico. Kant afirma que el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para ciertos usos, y, en consecuencia, todo hombre debe en sus acciones tratarse a sí mismo y tratar a los demás como fines y no sólo como medios. Siendo la humanidad un fin en sí misma, ella es un fin para todos, y, en consecuencia, puede servir de fundamento de una práctica universal. Esto permite a Kant formular el siguiente principio que a veces parece presentar como otra formulación del imperativo categórico y a veces como un principio independiente: *obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona como en los demás, siempre como fin en sí mismo y nunca solamente como un medio.* Kant trata de mostrar, con los mismos ejemplos anteriores, cómo este principio muestra ciertos comportamientos como moralmente incorrectos; por ejemplo, en el caso de la promesa que uno se propone no cumplir es obvio que estaríamos usando a la persona a quien prometimos algo sólo como un medio para nuestros propios fines. El reconocimiento de este principio entre los hombres da lugar a la

existencia entre ellos de un *"reino de los fines"*, en que los hombres están enlazados mutuamente, según ciertas leyes morales comunes, como fines y medios: o sea que en ese reino nadie es medio para otro sin ser considerado, al mismo tiempo, por ese otro como un fin en sí mismo.

¿Cómo puedo hacer de otros seres racionales mis fines? Kant contesta que mi deber no es buscar el perfeccionamiento moral de *ellos* (a diferencia del mío), porque esto sólo lo pueden hacer *ellos mismos*, sino ayudarlos a conseguir sus fines subjetivos, o sea a alcanzar su *felicidad*. Los fines subjetivos de seres que son fines en sí mismos deben ser también mis fines. En cambio, la búsqueda de mi propia felicidad no es objeto de un deber moral mío sino de una inclinación natural.

Esto se conecta con el concepto kantiano de la bondad moral que, como se dijo, está subordinado al de obligación moral. Según Kant la felicidad no es buena sin calificaciones, porque depende en gran medida de circunstancias externas; un hombre puede merecer la felicidad y no lograrla y, a la inversa, no merecerla y obtenerla. La única felicidad que es buena es la felicidad *merecida*, la que premia la virtud, pero esto quiere decir que la felicidad a secas no es buena sin calificaciones. La única cosa que es buena sin restricciones es la *buena voluntad*. Las consecuencias de cierto acto no son relevantes porque ellas están en gran medida fuera de nuestro control. Aun cuando las circunstancias nos impidieran lograr el efecto valioso buscado en el mundo exterior, quedaría la buena voluntad como "una joya brillante en sí misma, como algo que en sí mismo posee su pleno valor". Alguien obra con buena voluntad cuando obra no por inclinación sino *por respeto o conciencia del deber*. No basta con hacer objetivamente lo que es nuestro deber para obrar con buena voluntad, hay que obrar en aras del cumplimiento del deber. El valor del carácter moral de alguien estriba en hacer el bien no por inclinación sino por deber.

Si bien Kant sostenía que el deber debe hacerse en aras del deber y no de la felicidad, pensaba que sería intolerable que la virtud no se vea recompensada por la felicidad —no buscaríamos, entonces, racionalmente la virtud—; pero como es un hecho evidente que *en este mundo* la virtud no siempre se ve coronada por la felicidad, la moralidad presupone necesariamente la existencia de Dios y la inmortalidad del alma. Por otra parte, la existencia de leyes morales categóricas presupone la libertad del

hombre, puesto que estas leyes se dirigen a hombres capaces de obedecerlas y, por lo tanto, liberados de la determinación de las propias acciones por sus inclinaciones; un imperativo que guía a una acción que está causada por cierta inclinación es siempre hipotético. El hombre descubre su libertad en la conciencia de que debe hacer ciertas cosas porque son debidas y no porque las desea.

En materia de filosofía política, Kant se adscribió a la gran tradición contractualista de pensadores como Hobbes, Locke y Rousseau, concibiendo al origen del Estado como fundado en un *contrato original* por el cual el pueblo se despoja de la libertad de que gozaba en el estado de naturaleza para volver a recobrarla enseguida bajo un orden jurídico. Al igual que Rousseau, Kant deja bien en claro que no se trata de afirmar que el contrato social realmente sucedió como hecho histórico; debe suponerse que, para él, tal contrato es una hipótesis de la razón práctica.

Según Kant, el derecho, a diferencia de la moral, regula solamente acciones exteriores, y el principio universal del derecho es que es justa toda acción que no interfiera con la libertad de los demás según leyes universales. Kant propuso una serie de "principios metafísicos de la ciencia del derecho" que versan en forma bastante detallada sobre tópicos tales como propiedad, matrimonio, responsabilidad penal, etcétera.

La filosofía moral nunca más fue la misma después de la obra de Kant. Como dice A. MacIntyre (en *Historia de la ética*) quizá para la mayoría de los filósofos posteriores, incluso los antikantianos, la ética se define en términos kantianos. Esto resulta bastante fácil de explicar si tenemos en cuenta que fue Kant quien hizo explícitas ciertas características formales de los juicios y principios morales —su universalibilidad, autonomía y carácter categórico— que son generalmente —aunque no unánimemente— reconocidas como restricciones del discurso ético que permiten descalificar muchas supuestas posiciones morales. Si observamos algunas controversias éticas no es difícil advertir cómo a veces ellas están provocadas por el hecho de que alguno de los contrincantes formula juicios que no está dispuesto, sinceramente, a universalizar en forma consistente, o apela, en última instancia, a argumentos de autoridad, o erige a sus deseos o intereses como árbitros de lo moralmente correcto. Por otra parte, Kant ha sido quien formuló en forma concisa, extraordinariamente bella y con una enorme fuerza de convicción una de las ideas fundamen-

tales de la filosofía moral y política liberal: la de que los hombres no pueden ser usados sólo como medios en beneficio de otros (aunque esos otros sean la mayoría de la población o una raza, secta o clase favorecida por el destino).

Pero, al mismo tiempo, las debilidades de la filosofía moral kantiana son también evidentes. En primer lugar, si bien el requisito de la universalibilidad pone alguna restricción a los juicios que son admisibles como juicios morales, esa restricción —aun con todo el enriquecimiento de que ha sido objeto por autores posteriores— es demasiado "blanda" como para excluir por sí sola la posibilidad de que distintas personas formulen juicios morales opuestos y de que algunas personas formulen juicios morales deleznables. Muchas veces es posible manipular la descripción de la acción para eludir toda inconsistencia en las consecuencias del principio universal, y algunas veces, como lo reconoce Hare, nos podemos encontrar con fanáticos que están dispuestos a mantener un principio universal aun a costa de aceptar las consecuencias más desagradables para ellos mismos. En segundo término, no obstante el extraordinario mérito de haber hecho explícito el principio de que la humanidad, dondequiera que se manifieste, debe considerarse un fin en sí misma, Kant no ofrece una fundamentación clara de este principio, es bastante confuso acerca de cuál es su supuesta vinculación con su "imperativo categórico" (o sea el requerimiento de universalización de los principios morales), y la formulación que de él hace es, con todo su atractivo, muy imprecisa (muchas controversias modernas de filosofía moral y política acerca de temas tales como el aborto, el servicio militar obligatorio, la justificación de la pena o de los impuestos estatales, pueden expresarse en términos de si las acciones o medidas cuestionadas implican o no usar a los hombres sólo como medios). En tercer término, se ha cuestionado también la idea kantiana de que sólo es buena en sí misma la buena voluntad y de que un acto es bueno sólo cuando se realiza únicamente por conciencia del deber; se ha dicho, entre otras cosas, que es paradójico sostener que cuando alguien desarrolla una inclinación para actuar espontáneamente en forma moralmente correcta tiene menos mérito moral que cuando su conciencia del deber tiene que luchar contra inclinaciones que presionan para que actúe en sentido contrario. En cuarto lugar, muchos filósofos se han preguntado si tiene sentido un sistema moral absolutamente abstraído de los propósitos, deseos e inclinaciones de los hombres, si no es precisamente el objeto

de la moral el establecer pautas para minimizar la interferencia mutua en la satisfacción de tales propósitos o deseos (estos filósofos han señalado que Kant reconoce, en forma inconsistente, de diversas maneras la relevancia de la felicidad para la moral). Por último, se ha objetado que sostener que el deber impuesto por ciertos principios morales (como los que ordenan cumplir con las promesas, decir la verdad, castigar a los malhechores, etc.) deben cumplirse, *cualesquiera que sean las consecuencias*, constituye una actitud formalista y fetichista frente a las reglas, que carece de justificativo racional. Si alguien, siguiendo a Kant, afirmara frente a un caso concreto que no hay ninguna consecuencia, por más catastrófica que sea, cuya evitación pueda justificar moralmentea decir una mentira o absolver a un delincuente, lo consideraríamos más bien como un fanático y no como una persona que ha desarrollado una conciencia moral madura (sin embargo, como vimos, una excesiva preocupación por las consecuencias de los actos puede conducirnos a las paradojas y dificultades del utilitarismo).

2) Rawls y la posición originaria

Ninguna otra obra de filosofía moral y política publicada en los últimos años ha despertado un interés comparable al que ha provocado el libro de John Rawls *A Theory of Justice*, aparecido en 1971.

> En menos de diez años, la obra de este profesor de Harvard ha generado centenares de artículos, comentarios y noticias, varios libros dedicados enteramente a su análisis, se ha constituido en uno de los temas predilectos de tesis doctorales en casi todas las universidades occidentales, ha servido de acicate de las inquietudes intelectuales de filósofos, juristas, economistas, científicos políticos, sociólogos, etc., ha conseguido incluso trascender al público en general como lo muestran algunos comentarios periodísticos en países de habla inglesa. Este entusiasmo, incluso por parte de los más acervos críticos de la obra de Rawls, se explica, en parte, por ciertas cualidades intrínsecas que ella posee (un enfoque sumamente original, un gran ingenio en el tratamiento de ciertas dificultades, el empleo de herramientas analíticas sofisticadas, la atención minuciosa a una serie de problemas y la vastedad de los alcances de la teoría) y en parte por una serie de factores del contexto en el que la teoría apareció (la crisis de ciertos presupuestos valorativos de la sociedad norteamericana frente a Vietnam y Watergate, una creciente desconfianza hacia el utilitarismo y sus secuelas en el plano económico, cierto desencanto e impaciencia respecto de la tendencia de los filósofos morales, hasta ese momento, de ocuparse de cuestiones de meta-ética en desmedro de los acuciantes problemas de ética normativa).

La teoría de Rawls es, como él mismo se complace en recalcarlo, una teoría de inspiración kantiana. Esto se pone de manifiesto en varios aspectos de la teoría. En primer lugar, como lo hace notar R. P. Wolff (en *Understanding Rawls*), Rawls trató de seguir las huellas de Kant, superándolo allí donde éste había fracasado, en su intento de derivar principios morales substantivos de principios formales o cuasiformales del razonamiento práctico. En segundo lugar, la teoría moral que Rawls elabora es una teoría deontológica, en el sentido de que la corrección moral de un acto no se deriva de su contribución a maximizar cierto bien intrínseco. En tercer lugar, Rawls trata de elaborar y llevar a sus últimas consecuencias la idea kantiana de seres noumenales, o sea seres puramente racionales abstraídos de sus circunstancias contingentes de índole empírica, que *eligen* libremente principios morales con independencia de sus intereses o deseos. En cuarto término, Rawls, como veremos enseguida, se afilia a la tradición contractualista que había tenido un destacado representante en Kant.

Los blancos de ataque de Rawls son el utilitarismo y el intuicionismo. Esta última es la teoría según la cual hay varios principios últimos e irreductibles de moralidad y justicia que, cuando están en conflicto, deben ser contrapesados en cada caso según nuestras intuiciones particulares, de modo de determinar cuál de ellos prevalece en la situación específica. Rawls rechaza el tipo de soluciones a que conduce el utilitarismo, y en este sentido se inclina por el enfoque deontológico que el intuicionismo defiende siguiendo a Kant; pero al mismo tiempo, ve como una grave deficiencia el hecho de que el intuicionismo, a diferencia del utilitarismo, no cuenta con un método constructivo para resolver cuestiones éticas particulares, recurriendo a la intuición, lo que es el resultado de la falta de reglas para jerarquizar los distintos principios morales. Para superar estos defectos del utilitarismo y del intuicionismo, Rawls recurre a la tradición contractualista, sobre todo en la variante de Rousseau y Kant.

Por supuesto que no se trata de formular la tesis, seguramente falsa, de que en alguna época histórica los hombres celebraron realmente un contrato social. Se trata, en cambio, de establecer si habría ciertas condiciones en que los hombres prestarían hipotéticamente su consentimiento a determinadas formas sociales de organización de modo de poder justificarlas sobre la base de ese consentimiento universal hipotético.

En el caso de Rawls, el objeto del contrato no es, como lo era en Rousseau y Kant, el establecimiento del Estado, sino la estipulación de ciertos *principios de justicia* que van a servir para evaluar las instituciones fundamentales, o la "estructura básica", de una sociedad. Rawls entiende por principios de justicia aquellos principios que establecen criterios para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social. Rawls aclara que sólo se va a ocupar de los principios de justicia que deben regir en una sociedad "bien ordenada", o sea una sociedad destinada a avanzar el bien de sus miembros, y donde todos aceptan, y saben que los demás aceptan, los mismos principios de justicia, y sus instituciones básicas se ajustan a tales principios.

Rawls adopta una cierta concepción acerca de la justicia a la que denomina "justicia como equidad" (*justice as fairness*); según esta posición los principios de justicia son los principios que eligirían personas libres y puramente racionales, que sólo se preocuparan por su propio interés, si estuvieran en una posición de igualdad. Siendo las condiciones de esta elección *fair* (equitativas o imparciales) cualesquiera que fueran los principios que resultaran elegidos serían *los* principios de justicia.

Para facilitar la visualización de las condiciones relevantes para la elección de los principios de justicia, Rawls imagina una situación ficticia a la que llama *"posición originaria"*. La posición originaria es una reunión imaginaria de seres puramente racionales y auto-interesados, que sean libres para decidir e iguales, que se encuentren tras un "velo de ignorancia" que les impide conocer los hechos particulares respecto de sí mismos —sus talentos, posición social, raza, fines últimos, preferencias, etc.— y de su sociedad, pero no acerca de las leyes generales de índole social, y que deben deliberar y decidir por unanimidad (sobre la base de puras consideraciones racionales de auto-interés) cuáles son los principios que van a regir para juzgar las instituciones básicas de su sociedad.

Como se ve fácilmente esta construcción de la posición originaria constituye una elaboración del concepto de *autonomía* kantiano o sea la idea de que los principios morales son los que se dan a sí mismos seres racionales, libres e iguales, sin tener en cuenta los dictados de alguna autoridad o los de sus deseos e inclinaciones. Trata de reflejar también la idea, que ya hemos

mencionado, del llamado "punto de vista moral", es decir, la idea de que hay un punto de vista propio del discurso moral, que consiste en formular ciertos principios generales y atenerse a ellos, no haciendo excepciones en nuestro favor, en universalizar tales principios y en tomar en cuenta los intereses de todos por igual. Sobre todo la idea de Rawls del *"velo de ignorancia"* —o sea la suposición de desconocimiento respecto de los propios talentos, origen social, intereses, preferencias, etc.— tiende, por un lado, a reflejar el requisito kantiano de que la elección de los principios morales no debe estar supeditada a nuestros deseos e inclinaciones contingentes, y, por el otro lado, intenta asegurar la imparcialidad que es propia del punto de vista moral. Por supuesto que la suposición de que se ignoran los datos particulares de cada uno no es estrictamente necesaria en la teoría de Rawls (como tampoco lo es toda la construcción de la posición originaria que es sólo una forma de presentar con claridad las condiciones del razonamiento moral) ; bastaría estipular que no se los debe tener en cuenta en la elección de los principios de justicia.

Pero la idea de la posición originaria tiene otro atractivo para Rawls. Dadas las condiciones de estricta racionalidad y de auto-interés de los participantes de la posición originaria, Rawls supone que la elección de sus principios de justicia puede demostrarse como la *conclusión de un teorema en la teoría formal de las decisiones.* De ser esto así, ello daría a los principios de justicia una plausibilidad independiente del hecho de que sus consecuencias concuerden con nuestras intuiciones, aunque la aceptabilidad final de una posición moral depende de que ella importe haber llegado a un *"equilibrio reflexivo"* entre principios generales e intuiciones particulares, el que se obtiene rechazando aquellos principios que no concuerdan con nuestras intuiciones particulares más firmes, y dejando de lado aquellas intuiciones que no puedan ser justificadas sobre la base de principios plausibles.

Hay algunos otros rasgos importantes que definen, según Rawls, la posición originaria. Una postulación es que los participantes se encuentran en lo que Rawls llama "circunstancias de justicia" o sea las circunstancias que hacen que tenga sentido ocuparse de la justicia (no debe haber ni extrema escasez de bienes ni una gran abundancia sino escasez moderada; los hombres deben ser aproximadamente iguales en poderes físicos y mentales y vulnerables a agresiones de otros, etcétera). Otra postulación

es que los participantes en la posición originaria no sean puramente envidiosos sino sólo auto-interesados (o sea no les importe si a los demás les va bien o mal). Con el fin de asegurar la imparcialidad respecto de las futuras generaciones, Rawls también postula que estos individuos imaginarios tampoco saben a qué generación pertenecen y que deciden no sólo por sí sino por "líneas generacionales" (al menos por tres generaciones). Si bien los participantes en la posición originaria desconocen qué es para ellos lo bueno (no saben nada acerca de sus planes de vida), saben que hay ciertos *bienes primarios*, o sea ciertos bienes que los hombres racionales quieren cualquiera que sea su plan de vida; estos son: derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingreso y riqueza. También Rawls estipula que los participantes en la posición originaria se comprometen a atenerse a los principios que allí elijan, una vez vueltos a la vida cotidiana y levantado el velo de ignorancia, y que esos principios deben cumplir ciertas condiciones formales: deben ser generales (no usar nombres propios), universales (aplicables a todas las personas morales), públicos (conocidos por todos), completos (capaces de establecer un orden entre cualquier par de pretensiones) y finales (los principios elegidos son el último tribunal de apelación en cualquier controversia).

Una vez estipuladas estas condiciones de la posición originaria, Rawls la pone en movimiento como si se tratara de un "juego de transacciones" (*bargaining game*) en el que cada participante va proponiendo por turno (teniendo en cuenta sólo su auto-interés) un cierto principio para ser sometido al voto de los demás. Rawls sostiene que si se sometieran a la consideración de los participantes distintos principios de justicia de una cierta lista limitada —que incluye varios principios egoístas, utilitaristas, intuicionistas, etc.— los participantes necesariamente terminarían eligiendo por unanimidad los siguientes dos principios de justicia:

Primer principio: *Cada persona debe tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto, etc.) que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.*

Segundo principio: *Las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que ellas satisfagan estas dos condiciones:* a) *ellas deben ser para el mayor beneficio de los que se encuentran en la posición social menos aventajada (el llamado "principio de diferencia"), y* b) *ellas deben adjudicarse a funcio-*

nes y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

Rawls defiende también una regla de *prioridad* entre estos dos principios, según la cual, cuando se traspasa cierto nivel mínimo de desarrollo económico (lo que da lugar a una concepción "especial" de justicia), el primer principio tiene absoluta prioridad "lexicográfica" sobre el segundo, lo que quiere decir que debe satisfacerse completamente antes de pasarse a satisfacer el segundo. Una libertad menos extensa no puede justificarse por la obtención de beneficios económicos y sociales sino sólo en aras de fortalecer el sistema total de libertades (en cambio, cuando no se ha pasado el umbral mínimo de desarrollo económico, rige la teoría de justicia "general", según la cual todos los bienes —libertades, oportunidades, riquezas, etc.— están en el mismo nivel y pueden intercambiarse unos con otros). Cuando habla de "libertades", Rawls toma en cuenta no sólo las libertades establecidas en las normas jurídicas, sino también la posibilidad de su ejercicio efectivo —lo que él llama el *"valor de la libertad"*.

Rawls desarrolla una compleja y dispersa argumentación tratando de demostrar por qué los participantes en la posición originaria eligirían racionalmente y por razones de auto-interés sus dos principios y la regla de prioridad con preferencia a otros principios, principalmente distintas variedades de utilitarismo. Su argumento principal está basado en la suposición de que las partes recurrirían en su elección a una regla de racionalidad para decidir en condiciones de incertidumbre: el principio que se llama *"maximin"* (abreviación del latín *maximum minimorum*)

Esta regla estipula que en situaciones de incertidumbre —como la que se da en la posición originaria gracias al velo de ignorancia— es racional elegir aquel curso de acción cuya alternativa peor sea la menos mala comparada con las alternativas peores de los otros cursos de acción. Según Rawls, seres racionales y auto-interesados recurrirían al maximin porque es el principio de prudencia adecuado cuando se desconocen las probabilidades de las distintas alternativas, y cuando lo que se puede perder debajo de un cierto mínimo es valorado mucho más que lo que se puede ganar por encima de ese mínimo. El maximin lleva, en opinión de Rawls, a preferir decididamente sus dos principios y la regla de prioridad sobre otros principios, principalmente los de índole utilitarista, porque la prioridad de la libertad y el principio de diferencia (que las desigualdades sociales y económicas

sólo son aceptables si benefician a los menos favorecidos) aseguran un mínimo que es muy superior al mínimo de las otras alternativas. La situación peor bajo un principio utilitarista puede ser catastrófica, pues este tipo de principios admite el sacrificio de algunas personas si esto es necesario y efectivo para obtener un beneficio *mayor* para el conjunto de la sociedad (por eso dice Rawls que el utilitarismo no toma seriamente en cuenta la distinción entre personas). La prioridad de la libertad garantiza que nadie pueda ser privado de sus derechos básicos, en aras de un supuesto beneficio colectivo, si esa privación no es aceptable para él y no le es compensada con la ampliación de otras libertades de que él puede gozar. El principio de diferencia hace que la posición social y económica peor no pueda ser muy mala, pues las únicas desigualdades que, según él, son admisibles son aquéllas necesarias para incentivar una mayor producción que tenga como resultado que los menos favorecidos estén mejor que en una situación de estricta igualdad (la postulación de que los participantes en la posición originaria no son envidiosos sino sólo auto-interesados permite que ellos elijan este principio, ya que no les importa que otros estén mejor que ellos si, gracias a eso, ellos están mejor que en una situación de igualdad).

Rawls imagina también una secuencia de cuatro etapas en la decisión de cuestiones de justicia por parte de seres racionales. La primera etapa es la que ya vimos y consiste en la elección de principios de justicia bajo un velo de ignorancia completo. La segunda etapa consiste en la estipulación de normas constitucionales para hacer valer el principio de igual libertad; aquí la elección presupone el conocimiento de algunos hechos generales de la sociedad (Rawls discute y defiende una serie de pautas constitucionales que se aproximan considerablemente a las de la constitución norteamericana). En la tercera etapa, en que se conocen todos los hechos generales, se establecen reglas legislativas para hacer efectivo el segundo principio. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas a casos particulares por parte de jueces y administradores, requiriéndose el conocimiento pleno de todos los hechos generales y particulares. Cada etapa presupone, entonces, un gradual levantamiento del velo de ignorancia.

Rawls desarrolla también una teoría de lo bueno. En general una cosa es buena cuando tiene las propiedades que es racional desear en un objeto de esa especie. El bien de una persona

está dado por la satisfacción exitosa de sus planes de vida racionales. Una buena persona es alguien que tiene en grado más alto que el promedio los rasgos de carácter moral que es racional que los individuos en la posición originaria deseen en los otros. Un buen acto es el que no es obligatorio ni prohibido según las normas que se derivan de los principios de justicia y está dirigido a avanzar el bien de otra persona (su plan de vida racional). Lo correcto tiene absoluta prioridad sobre lo bueno.

Asimismo Rawls hace explícita una concepción de la personalidad moral según la cual las personas morales se caracterizan por tener capacidad para elegir y llevar a cabo planes de vida racionales y para desarrollar un sentimiento de justicia.

La obra de Rawls incluye también discusiones sobre una enorme variedad de otros tópicos, entre ellos cuestiones de psicología moral. Una de sus preocupaciones es mostrar que una sociedad regida por sus principios de justicia sería una sociedad estable, produciéndose un efecto de realimentación que tiende a reforzar la adhesión a tales principios (para ello es fundamental el hecho de que esos principios fortalecen la auto-estima de cada uno).

Así como hay muy pocos filósofos que hayan escrito sobre la obra de Rawls que no la consideren la contribución más importante a la filosofía moral y política producida en las últimas décadas, hay también muy pocos filósofos que se hayan ocupado de ella sin someterla a críticas muy severas. R. M. Hare ha objetado, por ejemplo, el que Rawls se apoye en nuestras intuiciones a todo lo largo de su construcción. Se ha cuestionado el valor justificatorio de un contrato *hipotético* hecho por seres que no tienen nada que ver con los seres reales de carne y hueso. Se ha sugerido que los principios que pueden surgir de una situación como la posición originaria no son principios de justicia sino de prudencia racional. Se ha sostenido que el diseño de la posición originaria no es moralmente neutro sino que, como lo sostiene R. Dworkin, él ya presupone una concepción de filosofía política más profunda (el principio liberal de igual preocupación y respeto hacia todos) o, como lo afirman otros, está determinado por una serie de prejuicios de diferente índole. Hart ha objetado, entre otras cosas, los argumentos de Rawls en favor de la prioridad de la libertad y ha cuestionado la posibilidad de comparar libertades entre sí. Varios autores han criticado la presuposición de Rawls de que los participantes en la posición originaria ten-

drían una actitud tan conservadora como para adoptar el máximin y no otras reglas de decisión racional. También se ha sostenido que es dudoso que el maximin conduzca indefectiblemente a los dos principios de Rawls y no a otros principios. Robert Nozick, que en su libro *Anarchy, State and Utopia* elaboró una teoría alternativa de filosofía política, aunque también de inspiración kantiana, ha objetado a Rawls, entre otras cosas, el que se concentre sólo en el problema de *distribución,* olvidándose de la cuestión de la *producción* de bienes (como si las cosas cayeran como maná del cielo) y desconociendo, en consecuencia, que las cosas ya vienen al mundo como propiedad de alguien, gracias a ciertos títulos históricos que no se pueden ignorar sin violar los derechos fundamentales de la gente. También Nozick ha criticado a Rawls por ser incoherente con su defensa del principio kantiano de que los hombres no pueden ser usados sólo como medios en beneficio de otros, al presuponer que los talentos naturales de los individuos, al no ser merecidos, son una especie de patrimonio común de la sociedad que no debe beneficiar sólo a su titular sino a todos.

Todavía es muy temprano para apreciar qué partes del edificio teórico de Rawls pueden resistir esta andanada de críticas y qué partes han sido demolidas definitivamente; los argumentos en un sentido y en otro todavía fluyen sin cesar y se espera que el propio Rawls intervenga en la controversia. Mientras tanto la obra de Rawls ya ha producido un efecto muy benéfico: ha reavivado notablemente el interés por la discusión teórica de los problemas normativos (y no meramente conceptuales) de la filosofía moral, política y jurídica.

4. La valoración moral de algunas instituciones y soluciones jurídicas en particular

Ahora ya tenemos frente a nosotros algunas de las principales respuestas a las dos preguntas generales que nos hemos planteado. A la pregunta "*¿cómo se puede justificar un juicio de que una cierta ley o medida es justa*?" algunos contestan que observando ciertos hechos naturales acerca de nuestras actitudes o del mundo exterior, otros responden que consultando nuestras intuiciones sobre una realidad no empírica, otros sostienen que, una vez que se satisfacen ciertas restricciones lógicas tal justifi-

cación objetiva es imposible puesto que esos juicios tienen un significado central y distintivo que no es cognoscitivo, y aun otros responden que la justificación de tales juicios exige tener en cuenta ciertos hechos que aparecen como relevantes cuando se adopta el punto de vista moral y se toma en consideración cuál es el objeto de la moral. A la pregunta "*¿cuándo una ley o medida es justa?*", un tomista contestaría que cuando ella es consistente con los principios que reflejan la verdadera naturaleza humana, un utilitarista respondería que cuando sus consecuencias contribuyen a promover la mayor felicidad del mayor número, un kantiano sostendría que una ley o medida es justa cuando es consistente con los principios fundamentales de la razón práctica y un partidario de Rawls contestaría que una ley o medida es justa cuando se conforma a los principios que elegirían los hombres si estuvieran en la posición originaria.

Con este trasfondo, sin duda bastante perturbador, es conveniente encarar brevemente algunos problemas particulares que se han planteado acerca de la justificación moral de ciertas instituciones, regulaciones y medidas jurídicas. Sólo serán tratados, a título ejemplificativo, unos pocos temas entre una multitud de cuestiones jurídicas que provocan perplejidad en materia de justificación moral. Por otra parte, el tratamiento de esos temas será esquemático, ofreciéndose sólo un bosquejo de algunos problemas y soluciones que sirva de acicate para una profundización ulterior.

a) *La fundamentación liberal de los derechos individuales básicos*

Los "derechos individuales" son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser un individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en diferentes grados).

El hecho de que los derechos individuales sean derechos morales no excluye, por supuesto, que su reconocimiento efectivo genere derechos jurídicos paralelos tanto en el ámbito del derecho internacional (tal como ocurre en la Declaración Universal de las Naciones Unidas) como en algunos derechos nacionales (tal como sucede con el capítulo de declaraciones, derechos y garantías de nuestra Constitución Nacional). Pero la existencia de los derechos individuales, en tanto derechos morales, no está condicionada a su reconocimiento a través de ciertas normas jurídicas, ya que ellos incluyen precisamente pretensiones de que se establezcan normas jurídicas prescribiendo medios de protección de los derechos en cuestión (por ejemplo, otorgándoles jerarquía constitucional y estableciendo el control de la constitucionalidad de leyes que pudieran restringirlos, estipulando sanciones para los funcionarios que los violen, prescribiendo deberes activos para implementarlos, etcétera).

El alcance de los derechos fundamentales del hombre es materia de controversia. Sin embargo, hay un relativo acuerdo en que ellos incluyen la libertad de conciencia y expresión, el derecho de asociación, el de no ser discriminado por razones de raza, origen, religión y sexo, el de elegir trabajo y lugar de residencia, el de ser respetado en su vida e integridad física, el de no ser sancionado sin un "debido proceso legal", el de tener acceso a la propiedad de ciertos bienes económicos y de conservar esa propiedad, el de educarse, y el de tener una participación efectiva en la sanción de las normas jurídicas que puedan afectar sus intereses.

Los límites y la jerarquía de estos derechos dependen de su fundamentación en cierta concepción de filosofía moral y política.

Los derechos del hombre están asociados a la filosofía liberal, aunque no resulta fácil determinar la derivación de derechos específicos a partir de ciertos principios fundamentales del liberalismo.

Es posible sugerir, sin embargo, que detrás del reconocimiento de los derechos individuales están subyacentes los siguientes principios básicos de la concepción liberal del hombre y de la sociedad.

Uno de tales principios es el que puede denominarse el *"principio de la inviolabilidad de la persona humana"*. Este principio proscribe la imposición de cargas y sacrificios no compensables a ciertos individuos (sin contar con su consentimiento efectivo)

sobre la base de que ello redunda en beneficio —incluso en un grado comparablemente mayor al perjuicio causado a aquellos individuos— de la mayoría de la población (o del Estado, una raza superior, una cierta clase social, etcétera). El principio que se acaba de enunciar presupone un enfoque "individualista", en el sentido de que las unidades básicas cuyo bienestar debe tenerse en cuenta para justificar instituciones y medidas jurídicas son cada uno de los individuos que integran la sociedad, no alguna entidad supraindividual cuyo florecimiento y prosperidad se tuviera como algo bueno en sí mismo. Este principio se opone al enfoque "globalizador" que, según hemos visto, caracteriza al utilitarismo, y se refleja admirablemente, en cambio, en la célebre máxima de Kant, que ya hemos analizado, de que los hombres son fines en sí mismos y no pueden ser utilizados sólo como medios en beneficio de otros. Según Rawls y Nozick, lo que el utilitarismo desconoce y Kant enfatiza es la separabilidad e independencia de los seres humanos, lo que hace que no se puedan tratar los deseos e intereses de diferentes personas como si fueran los de una misma persona (en el último caso, pero no en el primero, es apropiado sacrificar ciertos intereses en aras de otros intereses más importantes).

Del principio de la inviolabilidad de la persona humana se infieren ciertos derechos que, como dice R. Dworkin, imponen un límite o umbral a la persecución del bienestar colectivo. Para cumplir con esta función de "topes" en contra de medidas que sacrifican a algunas personas con el justificativo de que ello redunda en mayor beneficio de otras, estos derechos deben estar reconocidos por normas jurídicas de una jerarquía mayor que las que se dictan con el fin de satisfacer ciertos objetivos colectivos, por ejemplo, deben estar protegidos por normas de carácter constitucional y tratados internacionales. Si bien los procedimientos democráticos de elección y control de los órganos estatales hacen menos factible la violación de este principio, de ningún modo garantizan que una mayoría no pueda sacrificar, en aras de sus propios intereses, a ciertos individuos o grupos minoritarios, por lo que el funcionamiento de una democracia debe estar limitado por el reconocimiento de derechos individuales que no están sometidos al voto mayoritario.

Estos derechos incluyen el respeto de la vida y la integridad física, el de no ser sancionado sin un debido proceso legal, la protección de ciertos títulos sobre recursos económicos, etc. (al-

gunos de estos derechos aparecen consagrados en los arts. 18 y 17 de la Constitución Nacional). Pero el alcance de estos derechos está determinado por la combinación entre el principio de la inviolabilidad de la persona humana y los principios que veremos a continuación, que contribuyen a definir cuándo una persona es usada como un medio en beneficio de otros.

Un segundo principio de la filosofía liberal puede denominarse el *"principio de la autonomía de la persona humana"*. Este principio prescribe que el Estado debe permanecer neutral respecto de los planes de vida individuales e ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones y adoptar medidas para facilitar la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de excelencia que cada uno sustente, y para impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Esta concepción se opone al enfoque *perfeccionista*, según el cual es misión del Estado hacer que los individuos acepten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia humana homologados y, en consecuencia, que el derecho debe regular todos los aspectos importantes de la vida humana. De ahí la conocida postura liberal —que en este caso está adecuadamente reflejada en el utilitarismo— de que el derecho debe sólo ocuparse de reprimir acciones que perjudiquen a terceros. John Stuart Mill decía al respecto:

> "...Tan pronto como cualquier aspecto de la conducta de una persona afecta en forma perjudicial los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella, y la cuestión de cuándo el bienestar general será o no promovido interfiriendo con esa conducta queda abierta a discusión. Pero no hay lugar para considerar ninguna cuestión de ese tipo cuando la conducta de la persona no afecta los intereses de nadie aparte de los de ella misma, o no los afectaría si ellos no lo quisieran (siendo todas las personas afectadas de edad madura y entendimiento normal). En estos casos debe haber perfecta libertad, jurídica y social, para realizar la acción y atenerse a las consecuencias" (en *On Liberty*).

La justificación de esta postura liberal tiene muchas variantes distintas. Algunos la sustentan sobre la base de ciertas ideas sobre la legitimidad del Estado y el origen de la soberanía política. Otros, como Mill, justifican esta concepción antiperfeccionista aduciendo el valor de la libre experimentación en materia de planes personales de vida, y la ineficacia de imponer coactivamente ideales de excelencia humana, que deben dejarse librados a la persuasión y al debate crítico. Aun otros autores, como Rawls,

recurren a cierta concepción de la persona moral que no está ligada a la satisfacción de ciertos fines sino a la libertad para elegirlos, y, como vimos, a una teoría ética sobre lo bueno que depende de la satisfacción de cualquier plan racional de vida que las personas se propongan (dentro del marco de los principios de justicia).

Del principio de la autonomía de la persona humana se infiere directamente el derecho de realizar cualquier conducta que no perjudique los intereses de terceros (que está consagrado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional) e indirectamente los derechos que son instrumentales para la elección y la ejecución de planes personales de vida: de conciencia y de expresión, de asociación, de trabajo, de movimiento y elección de residencia, de acceso a la educación, de disposición y control individual sobre los bienes económicos que son necesarios para elegir y desarrollar tales planes de vida (varios de estos derechos están consagrados en los arts. 14, 14 *bis* y 17 de la Constitución Nacional). La participación democrática en el gobierno tiende a evitar que se favorezcan ciertos modelos de excelencia humana (ya que las divergencias en cuanto a éstos generalmente hace que se formen mayorías sobre la base de un mínimo común denominador), pero no es raro, como lo muestran experiencias históricas, que una amplia mayoría imponga un modelo de perfección humana, por lo que los derechos mencionados deben aquí también servir de marco a las decisiones mayoritarias sin estar sometidos a éstas.

Este principio de la autonomía de la persona sirve para definir el alcance del principio anterior de la inviolabilidad de la persona. Alguien es usado sólo como un medio en beneficio de otros cuando se adopta cierta medida que afecta gravemente a su plan personal de vida solamente para permitir a otra gente la realización de sus propios planes de vida.

Un tercer principio que parece estar presupuesto en la defensa que hace el liberalismo de ciertos derechos humanos es el que podemos llamar el *"principio de la dignidad de la persona humana"*. Este principio puede recibir diferentes formulaciones; de acuerdo con una de ellas el principio expresa que las personas deben ser juzgadas y tratadas, para ciertos fines, sobre la base exclusiva de sus *acciones voluntarias* y no según otras propiedades y circunstancias, como ser su raza, su sexo, sus particularidades físicas y procesos fisiológicos, su pertenencia a cierta clase social, la profesión de ciertas creencias (considerando que éstas no se

adquieren y se abandonan voluntariamente), etcétera. Este principio se opone el *determinismo* en tanto y en cuanto se conciba a éste como una concepción *normativa* (y no sólo como una hipótesis descriptiva —que puede ser plausible— que sostiene que toda acción humana, como todo hecho, tiene una causa), según la cual debemos tratar a las acciones voluntarias de los hombres del mismo modo que tratamos a su color de piel, sus enfermedades, y las circunstancias de su nacimiento. Si el principio de la dignidad de la persona fuera abandonado completa y consistentemente en favor de esta concepción normativa que está asociada con el determinismo, la vida humana se alteraría en forma irreconocible: desaparecerían los contratos y el matrimonio voluntario, se transformarían todas las relaciones interpersonales, se desmoronarían los presupuestos de la representación democrática (ver un análisis de esto en nuestro libro *Los límites de la responsabilidad penal*).

Del principio de que debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades —a los efectos de adjudicar ciertos beneficios y cargas cuyo alcance preciso requeriría una cuidadosa elaboración que no puede emprenderse aquí— se infiere la proscripción de toda persecución y discriminación por motivos de raza, sexo, origen nacional y social, etcétera. Este principio está en la base de la participación democrática en el gobierno. También este principio permite, como lo veremos enseguida, un tipo de justificación de la pena de la cual se infiere que no puede haber penas sino por acciones voluntarias previstas en leyes anteriores. (Estos derechos están reconocidos, entre otros, en los arts. 15, 16, 18, 19 y 23 de la Constitución Nacional.) Otra implicación del principio de dignidad de la persona es el de precisar los alcances de los otros principios liberales que se han considerado: no se usa a una persona como mero medio en beneficio de otros, ni se interfiere ilegítimamente con sus planes de vida cuando una restricción, carga u obligación que se le impone tiene como base su *consentimiento*. Como diría Kant, tratamos a las personas como fines en sí mismas cuando las tratamos de acuerdo a sus propios fines.

Por cierto que estos principios que acabamos de enunciar son considerablemente imprecisos, puede discutirse si son respaldados por todos los pensadores generalmente considerados liberales, y, sobre todo, su justificación no resulta obvia y pueden plantearse

argumentos de peso en favor de otras concepciones de filosofía social. Sin embargo, aparte de su atractivo intrínseco, estos principios, una vez combinados y articulados, tienen el valor de permitir comprender los fundamentos e implicaciones de la parte programática de nuestra Constitución Nacional; ellos hacen explícita la concepción del hombre y de la sociedad que está detrás de los derechos individuales que ella reconoce.

b) *El derecho como instrumento para hacer efectiva la moralidad*

Uno de los problemas que desde tiempo inmemorial se plantea recurrentemente, tanto frente a medidas legislativas, como judiciales y administrativas, puede condensarse en la siguiente pregunta: *¿constituye la mera inmoralidad de un acto una razón suficiente para justificar que el derecho interfiera con su realización, a través de sanciones y de otras medidas?*

En la sección anterior ya hemos visto un párrafo de J. S. Mill del cual parece inferirse una respuesta negativa: el derecho sólo puede interferir con actos que perjudican a terceros. Esta posición de Mill no carecía por cierto de antecedentes; ya estaba expresada en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y, muchos siglos antes, había sido anticipada nada menos que por Santo Tomás con estas palabras:

> "...Y así la ley humana no prohíbe todos los vicios, de lo que se abstiene un hombre virtuoso; sino sólo se prohíben los más graves, de los cuales es más posible abstenerse a la mayor parte de los hombres especialmente aquellas cosas que son para el perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar, como son los homicidios, hurtos y otros vicios semejantes" (en *Suma teológica*, I-II, c. 96, art. 2º).

Pero, a pesar de estos ilustres antecedentes, las ideas que expresó Mill en *On Liberty* fueron y son discutidas por muchos pensadores que pretenden dar una respuesta afirmativa a la pregunta que enunciamos al comienzo. Uno de ellos fue el contemporáneo de Mill, el famoso juez victoriano James F. Stephen, quien en su libro *Liberty, Equality and Fraternity* (1873) atacó duramente las ideas de aquél. Stephen sostenía que los usos adecuados de la compulsión contra el individuo no pueden determinarse considerando sólo si los actos que están sometidos a ella

son perjudiciales para terceros; afirmaba que si el objetivo de la coacción es bueno y de ella resultan más ventajas y desventajas es incomprensible que, de acuerdo con los principios utilitaristas que Mill defendía, la coacción pueda ser mala; aducía que la prevención de las formas más groseras del proceder vicioso es tan legítima como la prevención del daño a terceros.

Casi cien años más tarde de esta controversia, el debate se reabrió en Gran Bretaña —extendiéndose rápidamente a muchos otros países— debido al informe de la Comisión Wolfenden, de 1957, que propuso al Parlamento ciertas reformas al derecho penal inglés tendientes a hacer efectivo un ámbito de libertad personal en la forma en que la concebía Mill.

El juez Lord Patrick Devlin en una conferencia ante la British Academy (y luego en su libro *The Enforcement of Morals*) objetó severamente el informe Wolfenden, sosteniendo que él asume presupuestos filosóficos controvertibles acerca de la función del derecho penal. Tales presupuestos, afirmaba Lord Devlin, no se compadecen con muchos aspectos del derecho de Inglaterra que no se explican en función de la protección de terceros: el que el consentimiento de la víctima no sea en general una defensa, la represión de los delitos de eutanasia, duelo, aborto, bigamia, incesto, etcétera. Pero Lord Devlin reconocía que esto no era un argumento suficiente, puesto que podría sólo apoyar la conclusión de que el derecho inglés debía ser reformado todavía más allá de lo propuesto en el informe Wolfenden. Su principal argumento positivo era que la moralidad de una sociedad constituye un aspecto esencial de su estructura y determina su identidad como tal; en consecuencia, la sociedad está facultada para autodefenderse, evitando su destrucción o modificación profunda, mediante la interferencia con actos que socaven las pautas morales básicas. Afirmaba también Devlin que no es posible establecer por adelantado límites teóricos al poder del Estado para legislar en materia de moralidad; el bienestar de una sociedad depende tanto de una moralidad estable como de un buen gobierno, y, así como la sociedad está facultada a reprimir actos de traición y sedición que ponen en peligro al gobierno, también lo está a reprimir actos que amenazan con desintegrarla "desde dentro".

La tesis de Lord Devlin provocó una multitud de réplicas en diferentes países; pero su principal oponente fue el profesor de Oxford H. L. A. Hart, a través de sus charlas en la BBC de Lon-

dres tituladas *Inmorality and Treason* (y luego en su libro *Law, Liberty and Morality*).

Hart ataca primero el abuso de los ejemplos a los que recurre Lord Devlin para demostrar que el derecho inglés se conforma a su concepción; sostiene que muchos de esos ejemplos no consisten en la represión de meros actos inmorales sino en leyes *paternalistas* (que defienden los intereses de la gente en contra de su propia voluntad, y que Mill tampoco admitía pero que, según Hart, no son tan objetables como lo es la represión de la mera inmoralidad) o en leyes que protegen la *decencia* pública (Hart sostiene que no todo acto inmoral es indecente y, a la inversa, no todo acto indecente es inmoral: un ejemplo de lo último son las relaciones sexuales entre cónyuges realizadas en público).

Luego de comentar estos ejemplos de Devlin, Hart se propone discutir tanto la tesis extrema de Stephen de que la preservación de la moralidad social es algo bueno *en sí mismo*, como la tesis más moderada de Lord Devlin de que tal preservación de la moral positiva es *instrumentalmente* valiosa como medio para defender a la sociedad. Contra la primera tesis Hart argumenta, en síntesis: *a*) que no se ve claro cuál puede ser el valor de obtener conformidad con la moral no a través del convencimiento sino de la compulsión, lo que parece más propio de tabúes que de una moral racional; *b*) que generalmente esta tesis va unida a la idea de que la punición de la inmoralidad sirve como una denuncia pública de ella, pero para las denuncias bastan generalmente las palabras siendo innecesario el sufrimiento implícito en la pena; *c*) que esta tesis asume que hay un consenso moral en la población, lo que no es claro que se dé en las sociedades pluralistas modernas; *d*) que la moral vigente en una sociedad pueda ser tremendamente aberrante, por lo que no se ve cómo siempre puede ser valioso en sí mismo preservarla.

Contra la tesis más moderada de Lord Devlin, Hart sostiene, fundamentalmente: *a*) que si bien puede definirse "sociedad" de tal modo que ella deba tener una moral, no hay por qué identificar a la sociedad con *cierta* moral: la moralidad de la sociedad puede cambiar sin que ésta se destruya; *b*) que Lord Devlin no presenta prueba empírica alguna de que las modificaciones en los hábitos morales de la gente haya conducido a la desintegración de alguna sociedad; *c*) que este tipo de posiciones encubren una confusión entre democracia y "populismo moral", o sea la

doctrina de que la mayoría debe determinar no quiénes deben gobernar sino cómo los demás deben vivir.

¿Cómo puede evaluarse esta controversia? Obsérvese, en primer lugar, que la polémica versa acerca de si el derecho debe hacer efectiva la *moralidad vigente* en una sociedad, cualquiera que sea su contenido. Puestas las cosas en estos términos, la posición de Hart aparece como razonable, puesto que esa moral vigente puede ser, como él dice, extraordinariamente aberrante (piénsese en la moral nazi o en ciertas costumbres de tribus africanas que prescriben graves mutilaciones), y no es muy plausible sostener que, aun en estos casos, el derecho *debe* (desde el punto de vista de una moral crítica) tratar de hacer efectiva esa moral positiva.

Pero las cosas parecen ser muy diferentes si alteramos un poco los términos de la discusión y nos preguntamos no si el derecho debe hacer efectiva la moral positiva de una sociedad, sino si debe reconocer y prescribir conformidad con las pautas de una moral *crítica o ideal* que se supone válida. Aquí la respuesta parece que no puede ser sino afirmativa ya que, aparentemente, es analítico o tautológico que para que el derecho esté justificado, de acuerdo con cierta moral crítica, él debe hacer efectivos los principios de esa moral crítica. Si esto es así, todo es cuestión de qué actos se considera que son inmorales: si uno considera que sólo los actos perjudiciales para terceros lo son, como lo sostiene el utilitarismo, entonces uno estará de acuerdo con Mill; si en cambio, uno considera, por ejemplo, que la prostitución es inmoral, entonces uno tendrá que aceptar que hay la misma razón para que el derecho castigue a las prostitutas que la que hay para que castigue a los homicidas. Esto parece haber sido advertido con claridad por el actual líder religioso iraní, el Ayatollah Khomeini, al responder así a las objeciones de los occidentales contra los duros castigos aplicados por su régimen a adúlteras, prostitutas, homosexuales y la serie de limitaciones impuestas a la población por razones de moralidad:

> "En el Islam queremos implementar una política de purificación de la sociedad, y para alcanzar ese objetivo debemos castigar a quienes diseminan el mal entre nuestra juventud. ¿No hacen ustedes lo mismo? Cuando un ladrón es un ladrón, ¿no lo arrojan ustedes a la cárcel? En muchos países ¿incluso no ejecutan ustedes a los asesinos? ¿No usan ustedes este sistema porque si ellos permanecieran vivos y libres contaminarían a otros y expandirían su mancha de maldad?" (respuesta en el reportaje de Oriana Fallaci, en *The Guardian Weekly*, nov. 1979).

Pero el presupuesto de esta posición está equivocado. Como Khomeini debería haber aprendido de Santo Tomás, no es incoherente distinguir entre diferentes actos inmorales y suponer que la moral no exige que todo acto contrario a ella sea jurídicamente reprimido. Lo que es analítico o tautológico es que, para que el derecho esté justificado según cierta moral crítica, no debe él *violar* los principios de esa moral crítica; esto no es lo mismo que sostener la proposición sintética de que para que el derecho esté justificado según cierta moral crítica él debe *reprimir las violaciones* de los principios de esa moral crítica.

O sea que la posición de que el derecho sólo puede interferir con algunos actos inmorales es lógicamente coherente. Para ser, además, plausible ella debe ir acompañada de cierta distinción entre diferentes tipos de actos inmorales, a los efectos de ofrecer un criterio respecto de cuáles de ellos son interferibles jurídicamente. Una posible distinción está conectada con la distinción entre dos esferas o dimensiones de la moralidad: el conjunto de reglas que prescriben el comportamiento hacia terceros (lo que se puede llamar la "moral pública"), y los ideales de excelencia humana o modelos de virtud personal (la "moral privada"). La idea de que el derecho sólo puede interferir con acciones que perjudican a terceros, se fundamenta en el punto de vista de que el derecho sólo debe hacer efectiva la moral pública y no la privada (ver un desarrollo de este punto en *Los límites de la responsabilidad penal*). Pero la justificación de esta idea depende de la aceptación del principio liberal de la autonomía de la persona que vimos en la sección anterior.

c) *La justificación de la pena*

Como ya lo señalamos antes en el capítulo IV, las sanciones penales se distinguen de otras sanciones y medidas coactivas aplicadas por el Estado (como cuarentenas, confiscaciones, etc.) por implicar la finalidad (no necesariamente última) de poner a sus destinatarios en una situación desagradable, de infligirles sufrimiento. Si ese sufrimiento desapareciera (por ejemplo, si las desventajas impuestas son adecuadamente compensadas), la pena no sólo perdería su razón de ser, sino que dejaría de ser llamada tal (sería, por ejemplo, una medida de seguridad o de rehabilitación). Es este sufrimiento implícito en la pena lo que ha movido a filósofos y juristas a buscar

una justificación moral de ella que sea suficientemente convincente. Siendo la pena, y la coacción en general, un elemento esencial del derecho —como vimos en el capítulo III—, la justificación moral de la pena es una condición necesaria de la justificación moral del derecho.

En muy pocos casos como en relación a este tema se enfrentan tan radicalmente —y se ponen tan de manifiesto sus respectivos defectos y virtudes— dos de las grandes concepciones morales que, como vimos, han dominado el pensamiento occidental moderno: las tradiciones utilitarista y kantiana.

Para la concepción moral utilitarista la cuestión es muy clara: la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el *pasado* (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena (desanimar a otros y al propio penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc.), en el *futuro* se cometan menos delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito en la pena. O sea que, para el utilitarismo, una pena está justificada si y sólo si: *a*) ella es un medio *eficaz* para evitar la ocurrencia de ciertos males sociales; *b*) ella es un medio *necesario*, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males; y *c*) el perjuicio que ella acarrea para su destinatario (y, por ser éste un miembro de la sociedad, para la sociedad en conjunto) es *menor* que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara. En este sentido Bentham decía:

> "...*La finalidad del derecho es aumentar la felicidad.* El objeto general que todas las leyes tienen, o deben tener, en común, es incrementar la felicidad general de la comunidad; y por lo tanto, en primer lugar, excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad: en otras palabras, excluir lo que es pernicioso... *Pero la pena es un mal.* Pero toda pena es perniciosa. Sobre la base del principio de utilidad, si ella debe ser del todo admitida, sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor" (en *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*).

Para Kant, quien defendía, en cambio, una justificación de la pena basada en la *retribución*, no podría haber una posición más aberrante que la que acabamos de enunciar. Este autor sostenía que:

"La *pena jurídica*... no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable *por la sola razón de que ha delinquido*; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado *digno de castigo* antes de que se haya pensado en sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos. La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por los caminos del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que puede sacar, descargase al culpable, en todo o en parte, de las penas que merece...; porque cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser en la tierra... Hay más: es que, si la sociedad civil se disolviera por el consentimiento de todos sus miembros... el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el crimen de homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase imponer este castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia" (en *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*).

Como se ve, para el retribucionismo, del cual la concepción kantiana es sólo una versión, la pena no se justifica como medio para minimizar los males sociales futuros, sino como respuesta a un mal pasado, cualesquiera que sean las consecuencias que esa pena puede tener. Esta justificación exige que: *a*) el destinatario de la pena sea responsable por el mal que la pena retribuye, y *b*) el mal implícito en la pena sea proporcional al mal que ella retribuye (de allí la ley del talión) y al grado de responsabilidad del agente.

Tal como dijimos, en pocos casos como en éste se hacen tan explícitos los respectivos defectos y ventajas de las concepciones morales consecuencialista y formalista.

El retribucionismo, por un lado, parece satisfacer casi todas nuestras convicciones intuitivas de justicia: excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, determina que un acto intencional sea más severamente penado que uno negligente (ya que la reprochabilidad por el hecho es mayor), etcétera. Pero, por el otro lado, el retribucionismo requiere de nosotros una intuición ética básica que muy pocos compartimos: que la suma de dos males da como resultado un bien. ¿Qué sino el resentimiento y el deseo de venganza —uno puede preguntarse— explica esta preferencia por un estado del

mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien? ¿No es acaso la demostración más clara del fetichismo ante las reglas propia del formalismo moral toda esta idea de que los criminales deben ser penados cualesquiera que sean las consecuencias? ("aunque perezca el pueblo", como decía Kant).

En contraste, el utilitarismo aparece como el enfoque racional y humano de la cuestión. Nos induce a no dejarnos llevar por el ánimo de venganza y por el resentimiento ante la impotencia para deshacer el mal que ha acaecido, agravando de ese modo los infortunios humanos, y a mirar, en cambio, hacia el futuro, buscando solamente la minimización del sufrimiento. Sin embargo, una aplicación consecuente de la concepción utilitarista de la pena podría tener consecuencias que contrarían gravemente nuestro sentido de justicia. Una de ellas, es que no está, de ningún modo, asegurada, bajo esta concepción, la exigencia de actitudes subjetivas —intención o negligencia— para la responsabilidad penal; en muchos casos, podría ser más eficaz y económico como forma de prevención el que ciertos delitos sean de responsabilidad objetiva. Pero tal vez la más grave de esas consecuencias contraintuitivas sea la posibilidad, muchas veces señalada, de justificar el castigo de un inocente cuando esto sea necesario para evitar un mal mayor (un famoso ejemplo hipotético de McCloskey para ilustrar esa posibilidad es el de un pueblo en el sur de EE.UU. donde ha ocurrido la violación de una muchacha blanca por un negro que es imposible hallar, y, ante la amenaza real de los blancos de linchar un buen número de negros si no se encuentra al violador, un sheriff utilitarista inventa pruebas contra un negro cualquiera, que de ese modo es considerado culpable por todos, para que sea condenado y se eviten los linchamientos).

Sin embargo, si se miran bien las cosas se advertirá que el problema del utilitarismo no reside en las cuestiones que se acaban de señalar, porque un utilitarista puede decir que, para él, la pena es como una cuarentena o el confinamiento de un demente, y nadie se escandaliza por el hecho de que estas medidas se apliquen, para beneficio del conjunto de la sociedad, a gente que no es culpable de nada. El problema del utilitarismo reside, en realidad, exactamente donde lo encontró Kant; el problema no está sólo en la posibilidad de penar a inocentes sino también en el castigo de los culpables. Porque, como según el utilitarismo, esa culpabili-

dad es *irrelevante* (salvo por razones de eficacia) para justificar la pena, los que han delinquido podrían legítimamente protestar: "¿Por qué hemos de ser sacrificados *nosotros* en aras del mayor beneficio del resto de la sociedad, o sea, en definitiva, de otros hombres? No nos digan que porque hemos cometido delitos, porque eso, según ustedes es tan moralmente irrelevante como nuestro color de piel. Ustedes nos están usando sólo como medios en beneficio de otros". O sea el utilitarismo enfrenta aquí el mismo problema de *distribución* que hemos visto como el más serio defecto de esta teoría.

¿Cómo salir de este dilema, uno de cuyos cuernos está constituido por una concepción con consecuencias aceptables pero con fundamentos no muy atractivos desde el punto de vista racional, y el otro está configurado por una teoría que parece brindarnos el enfoque racional y humano que echábamos de menos pero que tiene implicaciones que nos ponen la piel de gallina? En otro lugar (en los *Límites de la responsabilidad penal*) hemos defendido una posible salida a este dilema, de la que ahora sólo podemos dar el bosquejo más esquemático:

Es posible combinar los aspectos positivos del utilitarismo y del retribucionismo en una justificación coherente de la pena. Si no se quiere abrazar el oscuro mito de concebir como buena a la suma de dos males, debe exigirse como condición necesaria de la legitimidad de toda pena el que ella sea, demostrablemente, el medio más eficaz para evitar perjuicios sociales mayores a los que ella implica. Pero una cosa es justificar una pena y otra distinta es justificar su aplicación a alguien en particular, y para dar este último paso debemos complementar el principio utilitarista de la protección social con un principio de *distribución*. Hay un principio de distribución de beneficios y cargas, aceptado en otros ámbitos de la vida social, que es aquí relevante; éste es un principio fundado en el *consentimiento* de los individuos afectados. La imposición a un individuo de una carga o sacrificio socialmente útil está justificada si es consentida por éste (recordemos lo que se dijo en la sección *a* acerca de cómo del principio de dignidad de la persona se infiere que cuando los hombres son tratados según su consentimiento no son tratados sólo como medios en beneficio de otros). Es razonable decir que una persona consiente lo que *sabe* que son consecuencias *necesarias* de su conducta voluntaria (quien firma voluntariamente un documento, o asciende a un ómnibus, sabiendo que ello genera necesariamente

ciertas obligaciones de su parte consiente en contraer tales obligaciones). Si alguien ejecuta libre y conscientemente un acto sabiendo que éste tiene como consecuencia *normativa* necesaria (las consecuencias fácticas son irrelevantes, como en el caso del contrato) la pérdida de la inmunidad contra la pena de que los ciudadanos normalmente gozan, él consiente en perder tal inmunidad, o sea en contraer responsabilidad penal. Este consentimiento (que es el mismo que se exige en el ámbito contractual) es lo que nos permite justificar la imposición a alguien de una pena que satisface, además, la condición de ser un medio necesario y eficaz de proteger a la sociedad contra males mayores a los involucrados en la misma pena. Como esta teoría consensual de la pena requiere conocimiento de que la responsabilidad penal es una consecuencia necesaria de una acción voluntaria, de ella se infiere la ilegitimidad de penar a un inocente, la exclusión de leyes retroactivas y la exigencia de conocimiento de los hechos y del derecho.

d) El papel de los jueces en una sociedad democrática

Como vimos en el capítulo V, los jueces tienen indefectiblemente, un ámbito considerable de *discreción* para cumplir con su responsabilidad de resolver casos sin el control de normas jurídicas generales. Parte de esta discreción es una discreción "de derecho", es decir ella es otorgada por las reglas del sistema (por ejemplo, cuando el juez está facultado para elegir, por supuesto que no arbitrariamente, una pena, entre un máximo y un mínimo fijados por la ley). Pero buena parte de la discreción judicial es una discreción "de hecho" que tiene su origen en la vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, o en las lagunas e inconsistencias del sistema jurídico.

Una de las cuestiones más acuciantes de la filosofía del derecho es la pregunta acerca de cómo los jueces deben ejercer la discreción, de hecho o de derecho, de que gozan para resolver casos que no están inequívocamente solucionados por el sistema jurídico. A pesar de la extraordinaria importancia de este interrogante, él no siempre es planteado con toda claridad en el ámbito del derecho continental europeo, gracias a la existencia de una dogmática jurídica que, como vimos en el capítulo VI, pretende ofrecer a los jueces soluciones que, según se supone, son las únicas válidas, por estar implícitamente contenidas en el sis-

tema jurídico (poniéndose de manifiesto una vez que se emplea el esquema conceptual apropiado o se recurre al "método de interpretación" adecuado). En el ámbito anglosajón, donde se es mucho más escéptico acerca de la existencia de una "ciencia del del derecho" capaz de producir la solución jurídicamente correcta para cada caso, se tiene una conciencia mucho mayor de los problemas que plantea la discreción judicial. Sobre todo eso ocurre en los Estados Unidos, cuyos tribunales, y principalmente la Suprema Corte federal, tienen un papel activísimo en la orientación de la sociedad norteamericana, papel que tiene poco que ver con la mera aplicación de normas generales dictadas por los otros poderes, a casos particulares (un ejemplo descollante de este papel de la Suprema Corte de ese país lo constituye la decisión del caso "Brown v. Board of Education" de 1954 —en el que declaró inconstitucional toda forma de discriminación racial en las escuelas—, que, como dice Archibald Cox, ha causado una verdadera revolución social en los Estados Unidos, sobre todo por la extensión ulterior de esta decisión a otras áreas y por la prescripción de la Corte de que los otros poderes debían adoptar, cosa que han hecho, "acciones afirmativas" para contrarrestar los efectos de la anterior discriminación racial).

La discreción judicial plantea dificultades particulares en una sociedad democrática. Una de esas dificultades está dada por el hecho de que los jueces no suelen ser funcionarios elegidos por el pueblo sobre la base de cierto programa ideológico, sino que son generalmente nombrados en forma vitalicia y por procedimientos ajenos al control directo de los ciudadanos. Siendo esto así, resulta cuestionable que los jueces adopten decisiones sobre la base de principios, puntos de vista valorativos, concepciones ideológicas, etc., que no están homologados por los poderes del Estado que gozan de representatividad democrática; sin embargo, ¿qué otra cosa pueden hacer si tienen necesariamente que resolver casos que no están solucionados por normas originadas en esos otros poderes del Estado? Otra dificultad se debe a que cuando los jueces deciden un caso sobre la base de una regla o principio que no formaba parte del sistema jurídico, es como si aplicaran *retroactivamente* una ley, sorprendiendo a las partes con la adjudicación de derechos, deberes, sanciones, etc., que no podían anticipar antes del juicio; pero, de nuevo ¿qué otra cosa pueden hacer los jueces si —como dice nuestro Có-

digo Civil en el artículo 15— *"no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes"*?

Ronald Dworkin (en *Taking Rights Seriously*) ha desarrollado una interesante teoría acerca de cómo los jueces deben ejercer su discreción en una sociedad democrática, de modo de superar las dificultades que acabamos de mencionar.

Una de las restricciones a que deben someterse los jueces en el ejercicio de su discreción está dada por lo que Dworkin llama la "doctrina de la responsabilidad política" y que estipula que los jueces, como los demás funcionarios públicos, deben adoptar sólo aquellas decisiones que pueden justificar sobre la base de una teoría general que permita justificar también las otras decisiones que se proponen adoptar. Es obvio que esta exigencia, además de responder a aspiraciones elementales de coherencia, facilita la previsibilidad de las decisiones judiciales.

Pero la principal restricción en el ejercicio de la discreción judicial que sugiere Dworkin está dada por la distinción que propone entre *principios que establecen derechos*, por un lado, y *políticas* (*"policies"*) *que fijan objetivos sociales colectivos*, por el otro. Los derechos que los principios estipulan (como el derecho a la educación) se distinguen de los objetivos colectivos definidos por ciertas políticas (tales como aumentar el producto nacional o fortalecer la seguridad nacional) por dos rasgos: *Primero*, los derechos son distributivos e individualizados (proveyendo recursos u oportunidades a *cada uno* de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cuestión), mientras que los objetivos colectivos son agregativos y no individualizados (admitiendo la posibilidad de hacer distintas adjudicaciones de cargas y beneficios entre los individuos, según resulte eficiente para satisfacer el objetivo en cuestión). *Segundo*, los derechos (incluso cuando no son absolutos y pueden ceder ante otros derechos o ante un objetivo social especialmente importante) constituyen un límite o umbral en contra de medidas fundadas en objetivos colectivos: si un supuesto derecho cediera ante cualquier objetivo social legítimo, no sería un verdadero derecho.

Una vez hecha esta distinción, Dworkin sostiene que los jueces deben atenerse, y que, en realidad, de hecho así lo hacen, a juzgar de acuerdo con *principios*, dejando las consideraciones referidas a *políticas* a los otros poderes del Estado. Esto permite, según él, superar las dificultades mencionadas de la discreción judicial. En primer lugar, la idea de que las decisiones de índole

ideológica deben estar en manos de los órganos democraticamente electos se aplica a la formulación de políticas, y no a la determinación de principios, ya que ella se basa en que los conflictos entre los intereses y pretensiones de los distintos grupos (que inciden en la fijación de objetivos colectivos pero no en la declaración de derechos) deben dirimirse a través de los canales de expresión y representación política. En segundo término, la condena en contra de regular retroactivamente los casos sometidos a los tribunales no puede aplicarse a derechos que pre-existen a las decisiones judiciales (que Dworkin, dada su concepción antipositivista, califica de "jurídicos", pero que, con una definición positivista de derecho, habría que concebir como derechos morales).

Por último Dworkin plantea una restricción más al ejercicio de la discreción judicial: los principios que los jueces deben tomar en cuenta en sus decisiones deben formar parte de una teoría que no sólo permita justificar las otras decisiones que los jueces se propongan tomar, sino que justifique también todas las normas institucionalmente reconocidas, o sea de origen legislativo o jurisprudencial; esto es lo que Dworkin llama el requisito de *consistencia articulada.*

Esta concepción de Dworkin ha sido objeto de severas objeciones por parte de distintos autores. Se ha observado que la distinción entre principios y políticas es mucho menos clara de lo que Dworkin parece suponer, que es totalmente ilusorio pensar que, de hecho, los jueces no toman en cuenta en sus decisiones consideraciones acerca de políticas (recordemos que el "enfoque económico del derecho" sostiene que todas las decisiones son de esta índole, o sea tienen en vista la maximización de la eficiencia) y que es irrazonable pretender que los jueces se limiten a decidir sobre la base de principios. Nosotros hemos objetado (en *Los límites de la responsabilidad penal*) la restricción de la consistencia articulada, que ata a los jueces a normas que pueden ser injustas, en casos no regidos por esas normas (ya que esos casos deben ser resueltos según principios de los que se deduzcan también esas normas, y es muy difícil que los principios sean justos si de ellos deben inferirse normas injustas).

Sin embargo, la distinción entre principios y políticas parece esconder una diferencia genuina que debería reconstruirse y aprovecharse. Que hay esa diferencia se pone de manifiesto en los diversos efectos que tiene el que un beneficio sea concedido

como un derecho o en función de un objetivo social colectivo. Supongamos, por ejemplo, (en contra de la verdad) que la educación sea materia, no de un derecho, sino de un objetivo colectivo (o sea que se pensara que la sociedad en conjunto va a estar mejor, en cuanto a su producto bruto, su seguridad externa, su prestigio internacional, etc., si algunos de sus miembros alcanzan cierto grado de educación); en ese caso el Estado podría seleccionar a quiénes serán educados, según criterios de eficiencia por ejemplo, y podría denegar a algunos pretendientes el acceso a la educación cuando considere que el objetivo ya está alcanzado; nada de eso se puede hacer cuando la educación, como ocurre en realidad, es objeto de un derecho.

Si esta distinción se pudiera definir con más precisión tal vez se podría incorporar a una teoría sobre la administración de justicia que no sea vulnerable a las objeciones que merece la concepción de Dworkin. Quizá lo que habría que exigir no es que los jueces se abstengan de toda consideración acerca de políticas sobre objetivos colectivos y que los principios a que recurren permitan justificar todas las normas del sistema, sino que las políticas, pero no los principios, que deben tener en cuenta los jueces en sus decisiones deben ser necesariamente inferidas de las finalidades perseguidas por los otros poderes del Estado al dictar las normas del sistema. Los jueces no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, pero deben atenerse a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática. En cambio, no pueden renunciar, sobre la base de argumentos de autoridad, a su responsabilidad moral de decidir en virtud de principios que consideran válidos. Esta es la única forma de cumplir con su papel de intermediarios entre la coacción y la justicia.

PREGUNTAS Y EJERCICIOS

VII

1.— Distinga cuáles de estas afirmaciones son de índole meta-ética, cuáles de ética normativa y cuáles de ética descriptiva.

a) "Entre los esquimales no es moralmente reprobable dejar morir a los ancianos".

b) "Los juicios de valor no son científicamente demostrables".

c) "La pena de muerte carece de toda legitimidad moral".

d) "Una acción es moralmente buena cuando contribuye a la felicidad general".

e) "El crimen de la modista provocó una gran indignación moral en el vecindario".

f) "No debes abandonar a un amigo en dificultades".

2.— ¿Qué diferencia hay entre determinar qué quiere decir que algo es bueno o justo y determinar qué es bueno o justo?

3.— Comente esta afirmación:

"Cuando yo digo que un vino es bueno no quiero decir nada más que el vino me agrada; si alguien viene y me dice que el vino es malo, no hay nada acerca del vino en que pueda basarme para demostrarle que está en un error. Lo mismo ocurre, me temo, cuando digo que la democracia o la caridad son buenas; estoy haciendo referencia a mis preferencias y no hay nada en la democracia o la caridad que pueda señalarle a quien tenga preferencias opuestas para demostrarle que está equivocado".

4.— ¿Por qué derivar juicios valorativos de juicios fácticos no constituye necesariamente una falacia lógica como lo pensaba Moore? ¿Acaso no es imposible derivar una *prescripción* de una *descripción*?

5.— ¿Es posible aplicar el "método de la pregunta abierta", sugerido por Moore, a la propia concepción de Moore sobre el significado de los juicios de valor?

6.— Analice este párrafo de David Ross (*Fundamentos de ética*, tr. D. Rivero y A. Pirk, Bs. As., 1972, p. 149):

"No obstante, puede plantearse la pregunta: 'Una vez que se han alcanzado los principios generales, ¿se reconoce como correctos a los

actos particulares por deducción de los principios generales o por directa reflexión sobre los actos como actos particulares que tienen cierto carácter?' Sin percibir directamente que el acto particular es correcto, ¿descifiramos su corrección a partir del principio general? ¿O percibimos directamente su corrección? Lo uno o lo otro podría configurar una posible explicación de lo que ocurre. Pero cuando reflexiono sobre mi propia actitud respecto de los actos particulares, me parece descubrir que no es por deducción, sino por directa intuición que ellos son correctos o incorrectos. Jamás me pareció estar en posición de no percibir directamente la corrección de un particular acto de bondad, por ejemplo, y de tener que descifrarlo a partir de un principio general: 'Todos los actos de bondad son correctos y, por tanto éste debe serlo, aunque yo no pueda percibir directamente su corrección' ".

7.— Enumere algunas de las cosas que usted piensa que conoce por intuición; trate de distinguir si algunas de ellas son de índole ética. ¿Cómo diferencia usted esa intuición con el estado psicológico de creer en algo que normalmente está basado en ciertas observaciones empíricas? ¿Qué grado de confianza tiene usted en esa intuición, medido por el tipo de riesgos que estaría dispuesto a asumir sobre la base de ella? (si usted tuviera una intuición suficientemente fuerte de que un revólver está descargado, ¿se atrevería a apretar el gatillo apuntando contra su sien, sin verificar empíricamente si efectivamente no está cargado?) Cuando usted tiene una intuición de que algo es verdad, ¿cómo hace para convencer a los demás de que lo es?

8.— Comente este párrafo de Alfred J. Ayer (*Lenguaje, verdad y lógica*, tr. R. Resta, Bs. As., 1958, p. 130):

"Al admitir que los conceptos éticos normativos son irreductibles a conceptos empíricos, parece que dejáramos el camino libre a la concepción 'absolutista' de la ética, o sea la concepción de que los enunciados de valor no están controlados por la observación, como lo están las proposiciones empíricas ordinarias, sino únicamente por una misteriosa 'intuición intelectual'. Un rasgo de esta teoría, que rara vez reconocen los que la defienden es que vuelve inverificables los enunciados de valor. Es notorio, en efecto, que lo que parece intuitivamente cierto a una persona puede parecer dudoso, o aun falso, a otra. Así que a menos que sea posible proporcionar algún criterio mediante el cual se pueda decidir entre intuiciones contrarias, un simple llamado a la intuición carece de valor como prueba de validez de una proposición. Pero en el caso de los juicios morales no es posible dar un criterio así. Algunos moralistas pretenden resolver la cuestión diciendo que ellos 'saben' que sus propios juicios morales son correctos. Pero tal aserto ofrece un interés meramente psicológico, y no tiende en lo más mínimo a probar la validez de un juicio moral. En efecto, los moralistas que sustentan concepciones diferentes pueden 'saber' tan bien como los anteriores que sus puntos de vista éticos son correctos. Y mientras se trate de una certeza subjetiva no habría nada que nos permita elegir entre ellos..."

9.— ¿Por qué trae dificultades decir que algo es moralmente incorrecto si y sólo si está prohibido por Dios? ¿No es lo mismo acaso que decir que algo es jurídicamente incorrecto si y sólo si está prohibido por el legislador?

10.— ¿Cuál de las siguientes tesis caracteriza al emotivismo ético (tal como lo defiende Stevenson)?

a) Que cuando hablamos sobre cuestiones morales nos emocionamos.

b) Que los juicios morales tienen un significado que consiste en describir nuestras emociones y las de los demás.

c) Que los juicios morales tienen un significado que consiste en expresar nuestras emociones y provocarlas en los demás.

d) Que "moralmente bueno" quiere decir "capaz de provocar emociones favorables".

11.— Formule una definición persuasiva de "derecho".

12.— Comente este párrafo de Stephen Toulmin (*The Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1970, p. 60):

"A veces, cuando formulamos juicios éticos, no estamos sólo dando rienda suelta a nuestras emociones. Cuando decimos que eso o lo otro es bueno, o que yo debo hacer tal y tal cosa, a veces lo decimos por buenas razones, y a veces por malas. El enfoque imperativo no nos ayuda en lo más mínimo a distinguir un caso del otro —de hecho, al decir que hablar de razones en este contexto es un sinsentido se descalifica del todo nuestra pregunta. Sin embargo, la doctrina no es sólo falsa sino también inocua, porque ella se come su propio veneno. Si, como tenemos que hacerlo, todavía nos rehusamos a tratar a los juicios éticos como expresiones de emociones, su defensor no puede producir razones ulteriores en favor de su punto de vista. En virtud de su propia concepción, todo lo que él puede hacer es expresar su desaprobación por nuestro procedimiento y urgirnos a abandonarlo: sería incoherente de su parte el plantear 'razones' a esta altura. Y si, en cambio, él replica, 'muy bien; pero ninguna otra cosa lo llevará a usted a ningún lado', ése es un desafío que vale la pena aceptar y una predicción que vale la pena falsificar."

13.— ¿Cómo se distingue el emotivismo del subjetivismo naturalista? ¿Podrían combinarse ambas concepciones en una teoría coherente?

14.— ¿Cuáles son los rasgos que, según Hare, caracterizan a los juicios morales? ¿Cómo se distingue esta posición del emotivismo de, por ejemplo, Stevenson?

15.— Formule un juicio moral particular cualquiera y trate de universalizarlo, determinando, además, si usted asentiría sinceramente a él en el caso de estar en el lugar de otra persona afectada. ¿Cree usted que este test sirve para descalificar algunos pretendidos juicios morales? ¿Cree usted que la universalización con este agregado de la "reversibilidad" (ponerse en el lugar de otro) es suficiente para determinar qué juicios morales son válidos?

16.— Aunque usted necesitaría conocer más de la compleja argumentación de John R. Searle para demostrar que es posible derivar un juicio de "deber ser" de un conjunto formado exclusivamente por juicios de "ser (en *How to Derive 'Ought' from 'Is'*) puede, sin embargo, tratar de analizar y discutir este razonamiento que, según Searle, demostraría que esa derivación es posible:

"*1*) Jones empleó las palabras 'yo en este acto le prometo a usted, Smith, pagarle cinco dólares'.

2) Jones prometió pagar a Smith cinco dólares.

3) Jones asumió la obligación de pagar a Smith cinco dólares.

4) Jones está bajo una obligación de pagar a Smith cinco dólares.

5) Jones debe pagar a Smith cinco dólares."

17.— Si alguien defendiera la posición egoísta de que debe hacerse todo lo que lo beneficie a él, ¿asumiría el punto de vista propio de la moral?, ¿formularía un juicio moral?

18.— ¿Cómo se diferencian el derecho y la moral en cuanto a la forma en que uno y otro pueden contribuir a aliviar lo que Warnock llama la dificultad básica de la vida humana? Según esta concepción, ¿qué pasaría con la moral si los recursos no fueran escasos o si los hombres fueran invulnerables contra ataques de otros?

19.— ¿Cuáles de las teorías de meta-ética que usted ha estudiado permiten la existencia de desacuerdos éticos genuinos? ¿Cuáles permiten decir que los juicios morales son verdaderos o falsos?

20.— Exponga sucintamente las que usted considere que son las principales razones en favor y en contra del descriptivismo naturalista y no naturalista y del no descriptivismo.

21.— Analice las siguientes proposiciones:

a) "Mientras que en Atenas se consideraba que la esclavitud está moralmente justificada, hoy se la concibe como uno de los más grandes crímenes morales que los hombres pueden cometer contra los hombres; esta es una de las tantas muestras de que los juicios morales son relativos y que la búsqueda de verdades absolutas en materia ética es tan vana como la búsqueda de verdades absolutas en materia de modas."

b) "Cuando yo sostengo un juicio moral, por supuesto que estoy comprometido a defender su validez con toda la fuerza de convicción que esté a mi alcance. Pero no debo olvidar nunca que ese juicio tal vez sólo sea verdadero para mí, y que otro puede tener una opinión moral totalmente divergente, siendo tan legítima como la mía. Reconocer esto no implica abandonar las propias convicciones, sino sólo adoptar una actitud de tolerancia y respeto hacia las ideas ajenas; la intolerancia supone negar la naturaleza racional de nuestros interlocutores, y es, en consecuencia, un síntoma de que la concepción ética que conduce a ella envuelve presupuestos erróneos."

c) "Cuando alguien sostiene que algo es bueno no está asumiendo que ese algo tiene alguna 'propiedad ética' especial además de su ubica-

ción espaciotemporal, su duración, su forma, etc.; tampoco está pensando en que ese algo tiene una relación especial con ciertas entidades fantasmagóricas, llamadas 'valores', que están ahí en el mundo esperando a ser aprehendidas por nosotros. El que formula ese tipo de frases está haciendo referencia y expresando sus actitudes y sentimientos; no es de extrañar, pues, que dos personas puedan diferir en sus juicios morales sin que haya forma de dirimir ese diferendo."

22.— Determine si las siguientes afirmaciones están afectadas por alguna confusión conceptual o lógica:

a) "Su opinión de que todos tienen derecho a expresar libremente sus ideas no tiene valor alguno; usted ha reprimido y obstaculizado consistentemente la libertad de los demás de decir lo que piensan."

b) "Lo que ha hecho Juan no es incorrecto en el contexto en que lo hizo, ¿cómo juzgar moralmente ilícita una acción de apropiarse de algo ajeno, si el agente creyó sinceramente, por error, que tenía derecho a hacerlo? Dadas sus creencias, Juan actuó según los dictados de su conciencia y, en consecuencia, su conducta está moralmente justificada."

c) "Se es un ladrón o no se lo es; el que se lo sea o no depende de que se haya robado algo y no de cuánto se ha robado; en consecuencia, desde el punto de vista moral, tanto da que se robe un peso o un millón."

d) "Su juicio de que el adulterio es inmoral es completamente irracional; todos los argumentos que usted da en su apoyo, aunque parecen válidos, no son más que 'racionalizaciones' de un sentimiento de horror hacia el adulterio que usted ha adquirido gracias al condicionamiento del medio social pequeño-burgués en el que usted se ha criado."

e) "Usted me habla de las purgas del régimen soviético, de la persecución de los disidentes, de la invasión de Estados independientes, pero todo ello son palabras huecas mientras usted omita mencionar las atrocidades cometidas por otros regímenes y bajo otros sistemas."

23.— A la luz de las teorías de meta-ética que usted ha estudiado en este capítulo vuelva a examinar el fallo ficticio que se expuso en el capítulo I, señalando a qué teorías responden las diferentes posiciones. Haga lo mismo con la discusión que se presentó en el ejercicio 11 del capítulo I.

24.— Analice las afirmaciones siguientes:

a) "Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un valor irracional. Desde el punto de vista del conocimiento racional, existen sólo intereses humanos y, por lo

tanto, conflicto de intereses. Para la solución de los mismos existen sólo dos soluciones: o satisfacer el uno a costa del otro o establecer un compromiso entre ambos. No es posibles demostrar que ésta y no aquélla es la solución justa..." (H. Kelsen, *Qué es la justicia*, tr. E. Garzón Valdés, Córdoba, 1965, p. 75-76).

b) "Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la 'justicia', porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior o de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega o implacable de ciertos intereses" (Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1974, p. 267).

25.— ¿En qué se diferencia la concepción moral de Santo Tomás de la teoría de los principios morales como mandatos divinos?

26.— ¿Qué diferencia hay entre adoptar una concepción iusnaturalista del derecho positivo y concebir la moral como un derecho natural? ¿Son realmente posiciones independientes?

27.— Explique sucintamente la idea de Santo Tomás de que lo bueno depende de la materialización del ser de cada cosa.

28.— Prepare un pequeño ensayo asumiendo la defensa de la concepción tomista contra algunas de las críticas de O'Connor.

29.— ¿Qué diferencias hay entre el tomismo y el utilitarismo respecto de la concepción del bien intrínseco?

30.— Analice esta hipotética tesis:

"No hay nada de particular que distinga al utilitarismo como una teoría 'consecuencialista'. Al fin y al cabo todas las teorías morales lo son en cuanto tienen en cuenta las consecuencias de los actos. Si una teoría 'formalista' sostiene que hay, por ejemplo, una prohibición absoluta de matar, esto implica valorar ciertos actos por el hecho de tener como *consecuencia* la muerte de un hombre."

31.—Distinga claramente entre el utilitarismo de actos y de reglas mostrando, si es posible, cómo pueden diferir frente a un caso concreto.

32.— ¿Por qué el utilitarismo parece satisfacer el ideal de una sociedad pluralista en que la gente tenga libertad para elegir y desarrollar diferentes planes de vida?

33.— Comente estos párrafos:

"Esta versión [el utilitarismo concebido en términos de satisfacción de deseos] pone, por cierto, de manifiesto uno de los rasgos característicos del utilitarismo, el hecho de que permite reemplazos. Si todo lo que importa es, en última instancia, la cantidad total de satisfacción de deseos, la satisfacción de un deseo puede ser reemplazada por la satisfacción de otro. Y, más dramáticamente, la satisfacción de los deseos de una persona puede ser reemplazada por la satisfacción de los deseos de otra. Es esto lo que da lugar a la acusación de que el utilitarismo no sólo permite sino que prescribe, en ciertas circunstancias, que la felicidad de cierta gente deba ser comprada al precio de una miseria inmerecida y no compensada de otros" (J. L. Mackie, *Ethics. Inventing Right and Wrong,* Harmondsworth, 1977, p. 145).

34.— El utilitarismo ha recurrido, para contrarrestar críticas relacionadas con el problema de la distribución, al principio de la "utilidad marginal decreciente", es decir al principio de que cuando se pasa cierto límite en la cantidad de un cierto bien que alguien tiene, unidades adicionales de ese bien proporcionan menos satisfacción a esa persona que la que proporcionaría a otra que no ha alcanzado ese límite; esto implica que para maximizar la utilidad total hay que expandir, en cierta medida, la distribución de bienes. ¿Resuelve esto el problema de distribución de bienes que enfrenta el utilitarismo?

35.— ¿Cuál es la relación entre el "análisis económico del derecho" y el utilitarismo?

36.— ¿Por qué la teoría moral de Kant es una concepción dentológica o formalista?

37.— Trate de pensar en algunos supuestos principios morales que no satisfagan las exigencias de Kant de autonomía, universalidad y categoricidad.

38.— ¿Puede usted señalar analogías y diferencias entre el imperativo categórico kantiano y la regla de oro del Nuevo Testamento: "no hagas a otro lo que no quieres que se te haga a ti"? ¿Hasta qué punto uno y otra se ven alcanzados por la objeción de Bernard Shaw que está implícita en su célebre reformulación de la regla de oro: "No hagas a otros lo que querrías que ellos te hagan a ti. Sus gustos pueden ser diferentes".

39.— Dé algunos ejemplos que considere ilustrativos del uso de los hombres como meros medios en beneficio de otros que condenaba Kant.

40.— Comente este párrafo de John Hospers (*Human Conduct,* Los Angeles, 1972, p. 267):

"...muchos lectores de Kant han expresado una objeción a su explicación de la bondad humana: '¡Qué!', dicen ellos, '¿es que no se asigna ningún mérito moral a un acto si el acto se hace por inclinación? ¿Quiere usted decir que si uno está inclinado a hacer algo uno no merece crédito moral por hacerlo pero si uno no está inclinado

a hacerlo y tiene que luchar a cada paso contra sus inclinaciones, entonces y sólo entonces su acto es moralmente bueno'... Esta es por cierto una objeción que la han percibido los filósofos de la moral desde Aristóteles a Dewey. Ellos han sostenido que cuando somos llevados a hacer algo por sentido del deber, no hemos alcanzado aún nuestra madurez moral; nuestra madurez moral se pone mejor de manifiesto cuando no estamos tentados a realizar el acto prohibido, cuando el hacer lo que es correcto se ha convertido en tan gran medida en parte de nuestra naturaleza que ya no tenemos siquiera que *pensar* en el deber — el hacer nuestro deber se ha convertido en 'hacer lo que sale naturalmente... "

41.— ¿Por qué Rawls supone que lo que decidirían seres que estuvieran en una situación tan extraordinariamente irreal como su "posición originaria" tiene algo que ver con los principios de justicia aplicables a *nosotros?*

42.— ¿Hasta qué punto la esclavitud podría, si se dieran ciertas circunstancias, ser compatible, por un lado con el principio utilitarista, y por el otro con los dos principios de justicia de Rawls?

43.— ¿Por qué Rawls recurre a la presuposición de un "velo de ignorancia" en la posición originaria?

44.— Comente las siguientes objeciones a Rawls expresando su opinión acerca de hasta qué punto ellas parecen justificadas:

a) David Lyons (en *Nature and Coherence Arguments*, en Daniels, N., ed., "Reading Rawls", 1975) sostiene que el argumento de Rawls en favor de los dos principios, que se basa en el hecho de que ellos serían aceptados en un contrato social hipotético (por los participantes de la posición originaria), presupone el valor de la equidad (*fairness*) y de la imparcialidad —ya que la fuerza de la convicción del argumento contractualista descansa en que las condiciones en que los principios serían elegidos son equitativas y aseguran la imparcialidad—. Sin embargo, agrega Lyons, Rawls no avanza ninguna justificación de los valores de imparcialidad o equidad.

b) R. M. Hare (en *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, N., ed., "Reading Rawls". 1975) afirma que Rawls, a pesar de sus protestas, cae en una desacreditada y pasada de moda forma de intuicionismo, ya que continuamente recurre a nuestras intuiciones en apoyo de sus propuestas y expresamente dice que va a modelar las condiciones de la posición originaria de modo que sus conclusiones se ajusten a nuestras intuiciones.

c) Benjamín R. Barber (en *Justifying Justice*, en Daniels, ed., "Reading Rawls", 1975) sostiene que no hay nada en la posición originaria que sugiera que el "maximin" es la regla racional para decidir en situaciones de incertidumbre; dice que la idea de que eso es así deriva de atribuir a los participantes una actitud de extremada aversión a los riesgos y que esto, a su vez, presupone hipótesis psicológicas controvertibles (agrega Barber que el hombre rawlsiano es una criatura sorprendentemente lúgubre, temeroso de arriesgar para ganar porque se siente destinado a perder).

45.— Señale de acuerdo con qué consideraciones deben los participantes en la posición originaria de Rawls elegir principios de justicia:

a) Consideraciones de eficiencia económica.

b) Consideraciones de moralidad y justicia.

c) Consideraciones de racionalidad en la persecución del auto-interés.

d) Consideraciones relacionadas con el ideal de vida que cada uno persigue.

46.— Las siguientes célebres frases de Federico Nietzsche (en *El anticristo*) han provocado siempre un sentimiento de horror y repulsión en la gente que sustenta ideas humanistas y liberales y están movidas por actitudes de compasión y simpatía hacia el prójimo; más aún, mucho de lo que se ha escrito en filosofía moral constituye una tentativa explícita o implícita de proveer elementos para refutar racionalmente este tipo de posición. Tal vez usted ya esté en condiciones de intentar una impugnación razonada (o, eventualmente, una defensa) de esta proclama de Nietzsche:

"¿Qué es lo bueno? Todo lo que eleva en el hombre el sentimiento de poder, la voluntad de poder, el poder mismo.

¿Qué es lo malo? Todo lo que proviene de la debilidad

¿Qué es la felicidad? El sentimiento de lo que acrece el poder; el sentimiento de haber superado una resistencia.

No contento, sino mayor poderío; no paz en general, sino guerra; no virtud, sino habilidad (virtud en el estilo del Renacimiento, *virtù*, virtud desprovista de *moralina*).

Los débiles y fracasados deben perecer, ésta es la primera proposición de nuestro amor a los hombres. Y hay que ayudarlos a perecer.

¿Qué es lo más perjudicial que cualquier vicio? La acción compasiva hacia todos los fracasados y los débiles: el cristianismo."

El fundamento de estas declaraciones de Nietzsche es, básicamente, que la naturaleza ha hecho a ciertos hombres superiores, física e intelectualmente, a los demás y que ellos no tienen interés en sus inferiores a los que dominan, salvo para usarlos en aras de sus propios fines. El estado ideal es aquel en que se deja que los organismos compitan fieramente para sobrevivir, debiéndose alentar aquellas virtudes —fuerza, astucia, inteligencia, brutalidad— que hacen que sobrevivan los mejores, y no los rasgos negativos ensalzados por el cristianismo y el liberalismo —humildad, simpatía humana, amor al prójimo, tolerancia— que son sólo escudos que oponen la mayoría de individuos mediocres para impedir que la naturaleza haga su obra con el triunfo de los "superhombres".

47.— Una vez un estudiante preguntó: "¿para qué sirven los derechos del hombre; no sería más conveniente para todos si no nos preocupáramos por ellos?" Quizá usted pueda responder a este interrogante, en homenaje al estudiante anónimo que lo formuló.

48.— ¿Es siempre un buen argumento para limitar un derecho fundamen-

tal de los hombres el que esa limitación redundará en beneficio del conjunto social?

49.— ¿Por qué no es lógicamente necesario, para que el derecho esté moralmente justificado, que él haga efectivos, mediante prohibiciones, sanciones y otras medidas, todos los principios morales válidos?

50.— Comente esta hipotética tesis:

"El hecho de que la justificación moral del derecho no requiera *lógicamente* que éste reprima todo acto inmoral, no excluye que tal represión sea razonable y justa. Si un acto es reconocidamente inmoral, ¿por qué el derecho no habría de desalentar a los hombres a realizarlo? ¿Qué otra razón hay para reprimir actos que causan daño, sino que el causar daño es inmoral? En consecuencia, si un acto es inmoral, aun cuando no cause daño, él debe ser reprimido."

51.— ¿Cómo juzgarían las diferentes teorías sobre la justificación de la pena que usted ha estudiado los siguientes casos de penas?

a) La pena de alguien que cometió un acto dañoso sin intención ni negligencia, como medio (que se supone necesario y efectivo) para desalentar a otros a cometer ese tipo de actos.

b) Una pena no prevista en una ley previa, para desalentar al penado a cometer hechos dañosos similares en el futuro.

c) La pena por un acto ilícito que no implica ningún perjuicio para nadie.

d) La pena por un acto antijurídico y culpable que es innecesaria para prevenir nuevos delitos (por ejemplo, porque han desaparecido las condiciones fácticas que hacían atractivo cometer ese tipo de delitos).

e) La pena de muerte por un homicidio doloso no justificado.

52.— ¿Cómo puede afectar a la hipotética verdad de la tesis descriptiva determinista —de que toda acción humana está determinada por factores causales ajenos al agente— cada una de las teorías justificatorias de la pena que usted ha estudiado?

53.— Trate de explicar y dar contenido al aserto corriente de que los jueces deben hacer justicia y no política.

54.— ¿Puede usted dar razones para determinar si la salud de la población es objeto de un derecho o de un objetivo social colectivo? ¿Qué diferencia hace que sea una u otra cosa?

55.— ¿Cuál es la relación entre el modelo de la "consistencia articulada" que propone Dworkin para las decisiones judiciales y las funciones de las "teorías" dogmáticas que hemos señalado en el capítulo VI?

BIBLIOGRAFÍA

Obras consultadas y obras recomendadas para ampliar los temas tratados

CAPÍTULO I

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1965.

Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1968.

Cathrein, V., *Filosofía del derecho*, Madrid, 1950.

Cohen, F., *El método funcional en el derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1962.

Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977.

Fuller, L. *La moral del derecho*, tr. F. Navarro, México, 1967.

García Máynez, E., *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, 1977.

Garzón Valdés, E. F., *Derecho y "naturaleza de las cosas"*, Córdoba, 1970.

Hart, H. L. A., *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1962.

— *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.

Holmes, O. W., *The Path of Law*, Nueva York, 1920 (*La senda del derecho*, Bs. As., 1959).

Kantorowicz, H., *La definición de derecho*, Madrid, 1958.

Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Máynez, México, 1950.

— *Teoría pura del derecho*, tr. de la 1ª ed. alemana M. Nilve, Bs. As., 1960; tr. de la 2ª ed. alemana R. J. Vernengo, México, 1979.

— *Théorie pure du droit*, tr. de la 2ª ed. alemana Ch. Eisenmann, París, 1962.

Nino, C. S., *Dworkin and Legal Positivism*, en "Mind" (a aparecer en oct. 1980).

Olivecrona, K., *El derecho como hecho*, tr. J. Cortés Funes, Bs. As., 1959.

Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, tr. J. Puig Brutau, Barcelona, 1950.

Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975.

Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª ed., tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1974.

Vernengo, R. J., *Curso de teoría general del derecho*, Bs. As., 1972.
Welzel. H., *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, tr. E. Garzón Valdés, Córdoba, 1962.

CAPÍTULO II

Alchourrón, C. E., *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*, en "Logique et Analyse", nº 47, 1969.
Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.
Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, 1954.
Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1968.
Goldman, A. I., *A Theory of Human Action*, Princeton, 1976.
Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Máynez, México, 1950.
— *Teoría pura del derecho*, tr. de la 1ª ed. alemana M. Nilve, Bs. As., 1960; tr. de la 2ª ed. alemana R. J. Vernengo, México, 1979.
— *Théorie pure du droit*. tr. de la 2ª ed. alemana Ch. Eisenmann, París, 1962.
Powel, B., *The Knowledge of Actions*, Nueva York, 1967.
Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975.
— *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970.
Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª ed. G. R. Carrió, Bs. As., 1974.
Vernengo, R. J., *Curso de teoría general del derecho*, Bs. As., 1972.
Vilanova, J., *Elementos de filosofía del derecho*, Bs. As., 1977.
Welzel, H., *El nuevo sistema de derecho penal*, tr. J. Cerezo Mir, Barcelona, 1964.
Wright, G. H. von, *Norma y acción*, tr. P. García Ferrero, Madrid, 1970.

CAPÍTULO III

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.
Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, 1954.
Bulygin, E., *Sentencia judicial y creación de derecho*, *LL*, t. 124, p. 1307,
— *Sobre la regla de reconocimiento*, en "Derecho, filosofía y lenguaje, en homenaje al profesor Ambrosio L. Gioja", Bs. As., Astrea, 1976.
Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1968.
Cueto Rúa, J. C., *Las fuentes del derecho*, Bs. As., 1965.
Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977.
Finnis, J., *Revolutions and Continuity of the Law*, en Simpson, A. W. B., ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1973.
Haba, E. P., *Relaciones jerárquicas entre derecho interno y derecho internacional*, Montevideo, 1970.
Harris, J., *When does the Grundnorm Change?*, en "Cambridge Law Journal", 29 (1971).

Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
— *Self-Referring Laws*, en "In Honour of Karl Olivecrona".
Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Máynez, México, 1950.
— *Teoría pura del derecho*, tr. de la 1ª ed. alemana M. Nilve, Bs. As., 1960; tr. de la 2ª ed. alemana R. V. Vernengo, México, 1979.
— *Théorie pure du droit*, tr. de la 2ª ed. alemana Ch. Eisenmann, París, 1962.
Levy, E. H., *Introducción al razonamiento jurídico*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1964.
Nino, C. S., *El concepto de validez en Kelsen y el problema del conflicto de normas de diferente jerarquía*, en "Derecho, filosofía y lenguaje, en homenaje al profesor Ambrosio L. Gioja", Bs. As., 1976.
— *Kelsen's Concept of Legal Validity*, en "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", Bd. LXIV-3 (1978).
Raz, J., *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en "The American Journal of Jurisprudence", vol. 19, 1974.
— *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975.
— *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970.
Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, tr. G. R. Carrió y O. Paschero, Bs. As., 1969.
— *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª ed., tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1974.
Soler, S., *La llamada norma individual*, en "Fe en el derecho y otros ensayos", Bs. As., 1956.
Vernengo, R. J., *Curso de teoría general del derecho*, Bs. As., 1972.
Wright, G. H. von, *Norma y acción*, tr. P. García Ferrero, Madrid, 1970.

CAPÍTULO IV

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.
Austin, J. L., *Palabras y acciones*, tr. G. R. Carrió y E. Rabossi, 1971 (para un análisis profundo del uso operativo del lenguaje).
Beling, E. von, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
Carrara, F., *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1959 (*Programa de derecho criminal*, tr. J. J. Ortega Torres, Bogotá, 1972).
Carrió, G. R., *El concepto de deber jurídico*, Bs. As., 1966.
Esquivel Pérez, J., *La persona jurídica*, en "Conceptos dogmáticos y teoría del derecho", México, 1979.
Hacker, P. M. S., *Sanction Theories of Duty*, en Simpson, A. W. B., ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1973.
Hart, H. L. A., *Derecho y moral*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1962 (cap. "Definición y teoría en la ciencia jurídica").
— *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
— *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968.
Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1968.
Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, Madrid, 1947.

Jiménez de Asúa, L., *La ley y el delito*, México, 1963 (exposición sintética de las distintas propuestas de definición de "delito").
Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Máynez, México, 1950.
— *Teoría pura del derecho*, tr. de la 1ª ed. alemana M. Nilve, Bs. As., 1960; tr. de la 2ª ed. alemana R. V. Vernengo, México, 1979.
— *Théorie pure du droit*, tr. de la 2ª ed. alemana Ch. Eisenmann, París, 1962.
Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., 1961 (caps. V y IX, análisis de los conceptos de capacidad civil y persona jurídica).
MacCormick, D. N., *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, en Simpson, A. W. B., ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1973.
Marshall, G., *Rights, Options and Entitlements*, en Simpson, A. W. B., ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1973.
Nino, C. S., *Efectos del ilícito civil*, en "Lecciones y ensayos", Bs. As., nº 32.
— *La definición de "delito"*, en "Notas de filosofía del derecho", nº V.
— *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.
Olivecrona, K., *Lenguaje jurídico y realidad*, Bs. As., 1968.
Pérez Carrillo, A., *La responsabilidad jurídica*, en "Conceptos dogmáticos y teoría del derecho", México, 1979.
Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970.
Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
— *Tu-Tu*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1961.
Ryle, Gilbert, *El concepto de lo mental*, tr. E. Rabossi, Bs. As., 1967.
Soler, S., *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1951 (t. II, exhaustiva exposición sobre imputabilidad penal).
Vernengo, R. J., *Obligación y contrato*, en "Conceptos dogmáticos y teoría del derecho", México, 1979.
Williams, G., *The Concept of Legal Liberty*, en Summers, R. S., ed., "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1970.
Wright, G. H. von, *Norma y acción*, Madrid, 1970.

CAPÍTULO V

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.
Carnap, R., *La fundamentación lógica de la física*, tr. N. Miguens, Bs. As., 1969.
Carrió, G. R., *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Bs. As., 1970.
— *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1968.
— *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Bs. As., 1967.
— *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Bs. As., Astrea, 1973.
Copi, I., *Introducción a la lógica*, tr. N. Miguens, Bs. As., 1962.
Cossio C., *El derecho en el derecho judicial*, Bs. As., 1957.
— *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de la libertad*, Bs. As., 1964.
Cueto Rúa, J. C., *El common law*, Bs. As., 1957.
Dror, Y., *Derecho y cambio social*, en "The Sociology of Law", California, 1968.
Evan, W. M., *El derecho como instrumento de cambio social*, en "Applied Sociology", Nueva York, 1965.

Friedmann, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966.
Fuller, L. L., *La moral del derecho*, tr. F. Navarro, México, 1967.
Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963 (especialmente caps. I y VII).
Heck, Ph., *El problema de la creación de derecho*, Barcelona, 1961.
Hospers, J., *Introducción al análisis filosófico*, tr. N. Miguens, Bs. As., 1962.
Jiménez de Asúa, L., *Tipicidad e interpretación de la ley*, Bs. As., 1940.
Kantorowicz, H., *La definición de derecho*, tr. F. M. de la Vega, Madrid, 1964.
Levy, E., *Introducción al razonamiento jurídico*, Bs. As., 1964.
Quine, W. O., *From a Logical Point of View*, Nueva York, 1963.
Robinson, R., *Definition*, Oxford, 1968.
Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
Soler, S., *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962.
— *Las palabras de la ley*, México, 1969.
Vernengo, R. J., *La interpretación literal de la ley*, Bs. As., 1973.
Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, Oxford, 1968.

Los ejemplos de problemas de interpretación en el derecho argentino fueron tomados de las obras siguientes:
Bacigalupo, E., *Insolvencia y delito*, Bs. As., 1970.
Bacqué, J. A. y Nino, C. S., *El tema de la interpretación de la ley en Alf Ross ejemplificado en dos fallos argentinos*, en "Lecciones y ensayos", Bs. As., nº 30.
— *Lesiones y retórica*, *LL*, t. 126, p. 966.
Borda, G. A., *Manual de derecho de familia*, Bs. As., 1972.
Dassen, J., *Manual de derechos reales*, Bs. As., 1958.
Fornieles, S., *Tratado de las sucesiones*, Bs. As., 1958.
González, J. V., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., 1959.
Halperin, I., *Sociedades de responsabilidad limitada*, Bs. As., 1972.
Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., 1961.
Núñez, R. C., *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1964.
Rivera, J. C., *Habilitación de edad del menor sin padres ni tutor*, *ED*, t. 54, p. 287.
Soler, S., *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1951.
Valiente Noailles, C., *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., 1970.

CAPÍTULO VI

Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.
Carrió, G. R., *Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho*, en "Lecciones y ensayos", Bs. As., nº 6.
Farrell, M. D., *La metodología del positivismo lógico. Su aplicación al derecho*, Bs. As., Astrea, 1976.
González Vicén, F., *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", Madrid, 1961.

Ihering, R. von, *El espíritu del derecho romano*, ed. abreviada por F. Vela, Bs. As., 1947.
MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.
Nino, C. S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, 1980.
—*La dogmática jurídica*, México, 1974.
—*Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.
Nowack, L., *De la rationalité du législateur comme élément de la interprétation juridique*, en "Logique et analyse", nº 12, 1964.
Pound, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, tr. J. Puig Brutau, Barcelona, 1964.
Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
Soler, S., *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962.
—*Las palabras de la ley*, México, 1969.

CAPÍTULO VII

Acton, H. B., ed., *The Philosophy of Punishment*, Londres, 1973 (colección de ensayos sobre la justificación de la pena).
Aristóteles, *Ethics (The Nichomachean Ethics)*, Harmondsworth, 1978.
Arizona Law Review, *Symposium on "Anarchy, State and Utopia"*, vol. 19, nº 1, 1978 (colección de artículos sobre la teoría de Nozick).
Ayer, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, tr. R. Resta, Bs. As., 1958.
Baier, K., *The Moral Point of View*, Nueva York, 1965.
Barry, B., *A Liberal Theory of Justice*, Oxford, 1975.
Benn, S. I. y Peters, R. S., *Social Principles and the Democratie State*, Londres, 1977.
Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Nueva York, 1948.
Cox, A., *The Role of the Supreme Court in American Government*, Oxford, 1976.
Daniels, N., ed., *Reading Rawls*, Oxford, 1975 (ensayos críticos sobre la teoría de Rawls).
Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Londres, 1965.
Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977.
Ezorsky, G., ed., *Philosophical Perspectives of Punishment*, Nueva York, 1972 (colección de ensayos sobre la justificación de la pena).
Finnis, J., *The Restoration of Retribution*, en "Analysis", vol. 32, nº 4 (1972).
Frankena, W. K., *Ethics*, Nueva Jersey, 1973.
Fried, Ch., *Right and Wrong*, Cambridge, Mass., 1978.
Fuller, L., *La moral del derecho*, tr. F. Navarro, México, 1967.
Gauthier, D. P., *Morality and Rational Self-Interest*, Nueva Jersey, 1970.
—*Practical Reasoning*, Oxford, 1966.
Georgia Law Review, *Jurisprudence Symposium*, vol. 11, sept. 1977 (varios ensayos críticos sobre la teoría de Dworkin).
Gert, B., *The Moral Rules*, Nueva York, 1973.
Glover, J., *Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth, 1977.
—*Responsibility*, Londres, 1970.

Graneris, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, tr. C. A. Lértora Mendoza, Bs. As. 1977.
Hare, R. M., *Essays on the Moral Concepts*, Londres, 1972.
— *Freedom and Reason*, Oxford, 1963.
— *The Languaje of Morals*, Oxford, 1972.
Harman, G., *The Nature of Morality*, Nueva York, 1977.
Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
— *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.
— *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1973.
Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, Londres, 1979, vols. 1, 2, 3.
Hodgson, *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, 1967.
Hoerster, N., *Problemas de ética normativa*, tr. E. Garzón Valdés, Bs. As., 1975.
Honderich, T., *Punishment. The Supposed Justifications*, Harmondsworth, 1977.
Hospers, J., *Human Conduct*, Los Angeles, 1972 (*La conducta humana*, tr. J. Cerón, Madrid, 1964).
— *Introducción al análisis filosófico*, tr. N. Miguens, Bs. As., 1962.
Hudson, W. D., *Ethical Intuitionism*, Londres, 1967.
— *La filosofía moral contemporánea*, tr. J. Hierro Pescador, Madrid, 1974.
Kant, I.,, *Crítica de la razón práctica*, tr. J. Rovira Armengol, Bs. As., 1961.
— *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, tr. M. García Morente, Madrid, 1977.
— *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, tr. A. Córdoba, México, 1968.
Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, tr. E. Garzón Valdés, Córdoba, 1962.
Lyons, D., *Forms and Limits of Utilitarianism*, Oxford, 1970.
MacIntyre, A., *Historia de la ética*, tr. R. J. Walton, Bs. As., 1970.
Mackie, J. L., *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, 1977.
Melden, A. I., *Rights and Persons*, Oxford, 1977.
Mill, J. S., *Three Essays*, ed. R. Wollheim, Oxford, 1975.
Mitchell, B., *Law, Morality, and Religión in a Secular Society*, Oxford, 1970.
Montefiore, A., *A Modern Introduction to Moral Philosophy*, Londres, 1967.
Moore, G. E., *Ética*, tr. M. Cardenal Iracheta, Barcelona, s/f.
— *Principia Ethica*, Cambridge, 1976.
Nagel, T., *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1975.
— *Mortal Questions*, Cambridge, 1979.
Nakhnikian, G., *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, tr. G. R. Carrió, Bs., As., 1963.
Nietzsche, F., *El Anticristo. Ensayo de una crítica al cristianismo*, tr. F. Milá, Bs. As., 1978.
Nino, C. S., *¿Da lo mismo omitir que actuar?*, *LL*, 1979-C-801.
— *¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las "acciones privadas de los hombres"?*, *LL*, 1979-D-743.
— *La fundamentación de la legítima defensa*, en "Doctrina penal", Bs. As., nº 6, 1979.
— *Las concepciones fundamentales del liberalismo*, en "Revista Latinoamericana de Filosofía", vol. IV, nº 2 (1978).
— *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.
Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.
O'Connor, D. J., *Aquinas and Natural Law*, Londres, 1967.

Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, 1973.
Perry, T. D., *Moral Reasoning and Truth. An Essay in Philosophy and Jurisprudence*, Oxford, 1976.
Posner, R., *The Economic Analysis of Law*, Boston, 1977.
Putnam, H., *Meaning and the Moral Sciences*, Londres, 1978.
Quinton, A., *Utilitarian Ethics*, Londres, 1973.
Rabossi, E. A., *Análisis filosófico y teorías éticas*, en "Ethos", Bs. As., 1973.
— *Emotivismo ético, positivismo lógico e irracionalismo*, en "Dianoia", 1971.
— *La justificación moral del castigo*, Bs. As., Astrea, 1976.
— *Relativismo y ciencias sociales*, en "Dianoia", Bs. As., 1976.
— *Sobre la justificación moral de las acciones*, Bs. As., 1972.
Rachels, J., ed., *Moral Problems*, Nueva York, 1975 (colección de ensayos sobre problemas de ética normativa).
Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1971.
Richards, D. A. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.
Ross, A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Londres, 1975.
— *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª ed., tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1974.
Ross, D., *Fundamentos de ética*, tr. D. Rivero y A. Pink, Bs. As., 1972.
Salazar Bondy, A., *Para una filosofía de valor*, Santiago, 1971.
Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, edición que incluye el Tratado de la ley y el Tratado de la justicia, con la adición del Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes, ed. y tr. C. I. González, México, 1975.
Sidgwick, H., *Outlines of the the History of Ethics*, Boston, 1968.
Smart, J. J. C. y Williams, B., *Utilitarianism. For & Against*, Cambridge, 1973.
Stevenson, C. L., *Ethics and Language*, New Haven, 1975 (*Etica y lenguaje*, tr. E. Rabossi, Bs. As., 1971).
Strawson, P. F., *Freedom and Resentment*, Londres, 1974.
Toulmin, S., *An Examination of the Place of Reason in Ethics*, Cambridge, 1970 (*El puesto de la razón en la ética*, tr. I. F. Ariza, Madrid, 1964).
Warnock, G. J., *The Object of Morality*, Londres, 1971.
Wasserstrom, R. A., *The Judicial Decision*, Stanford, 1972.
Wasserstrom, R. A., ed., *Morality and the Law*, Belmont, Cal., 1971 (varios ensayos sobre el tema del reconocimiento jurídico de la moral).
Williams, B., *Morality*, Cambridge, 1976.
Wolff, R. P., *Understanding Rawls*, Nueva Jersey, 1977.
— *The Autonomy of Reason: A Commentary on Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals*, Nueva York, 1973.
Wright, G. H. von, *The Varieties of Goodness*, Londres, 1972.

ÍNDICE SINÓPTICO

Los números remiten a páginas

INTRODUCCIÓN

EL CONTEXTO DEL DERECHO

- Funciones del derecho, 2.
  - —prevenir conflictos.
  - —facilitar cooperación.
- Medios distintivos para satisfacer las funciones del derecho. 3.
  - —la autoridad.
  - —la coacción.
- Puntos de vista frente al derecho.
  - —del súbdito, 5.
  - —del juez, 5, 6.
  - —del legislador, 6.
  - —del sociólogo, 6, 7.
  - —del abogado, 7.
  - —del jurista teórico, 8.
- Razones para obedecer al derecho.
  - —morales, 4.
  - —prudenciales, 4.

CAPÍTULO PRIMERO

LA DEFINICIÓN DE DERECHO

- Concepciones acerca de la relación entre lenguaje y realidad.
  - —esencialismo, 12.
  - —convencionalismo, 12.
- Dificultades del uso común de "derecho".
  - —ambigüedad, 14.
  - —vaguedad, 14.
  - —carga emotiva, 15.

- Diferentes concepciones iusnaturalistas.
  - —teológica, 28.
  - —racionalista, 29.
  - —historicista, 29.
  - —teoría de la "naturaleza de las cosas", 29.
- Distintos sentidos de "positivismo".
  - —escepticismo ético, 30.
  - —positivismo ideológico, 32.
  - —formalismo jurídico, 36.
  - —positivismo metodológico o conceptual, 37.
- Realismo jurídico.
  - —extremo, 44 y ss.
  - —moderado, 49.
- Actitudes frente a las normas, 44.
  - —formalismo.
  - —escepticismo.
- Críticas al realismo, 46 y ss.

CAPÍTULO II

EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA

- Usos del lenguaje.
  - —uso informativo, 63.
  - —uso expresivo, 64.
  - —uso interrogativo, 64.
  - —uso operativo, 64.
  - —uso prescriptivo, 64.
- Clases de normas según von Wright.
  - —reglas definitorias, 67.
  - —reglas técnicas, 68.
  - —prescripciones, 68.
  - —normas ideales, 69.
  - —costumbres, 69.
  - —normas morales, 70.
- Elementos de las normas y su clasificación de acuerdo con ellos, según von Wright.
  - —carácter, 72.
    - —prohibitivas.
    - —de obligación.
    - —permisivas.
  - —contenido, 72-76.
    - —normas que regulan acciones o actividades.
    - —normas que regulan omisiones.
  - —condición de aplicación, 76.
    - —categóricas.
    - —hipotéticas.

— autoridad, 76.
— teónomas y positivas.
—autónomas y heterónomas.
— sujeto normativo, 77.
— particulares.
— generales.
— conjuntivamente.
— disyuntivamente.
— ocasión, 77.
— particulares.
— generales.
— conjuntivamente.
— disyuntivamente.
— promulgación, 77.
— sanción, 78.

- Clasificación de los juicios según Kelsen, 79.
  — del "ser".
  — de "deber ser".
- Caracterización de las normas jurídicas según Kelsen, 82.
  — por su autoridad: son positivas.
  — por su carácter: establecen que cierta conducta "debe ser".
  — por su contenido: se refieren a un acto coativo (sanción).
  — por su sujeto normativo: se dirigen directamente, sobre todo a jueces y otros funcionarios.
- Normas y técnicas de motivación, 81.
  — técnica de motivación directa.
  — normas morales.
  — técnica de motivación indirecta (premios o castigos).
  — normas religiosas (castigo o premio por autoridad supraempírica).
  — normas jurídicas (castigo o premio por autoridad humana).
- Clases de normas jurídicas según Kelsen.
  — categóricas e hipotéticas, 82.
  — generales y particulares, 83.
  — primarias y secundarias, 83, 84.
- Normas jurídicas sin sanción, 85.
- Normas jurídicas y proposiciones normativas, 87.
- Críticas a la concepción kelseniana de las normas jurídicas, 90 y ss.
- Variedades de reglas jurídicas según Hart.
  — primarias, 91.
  — secundarias.
  — de reconocimiento, 91.
  — de adjudicación, 92.
  — de cambio, 92.
- La existencia de las normas jurídicas, 93 y ss.
  (ver también 139 y ss.).

CAPÍTULO III

EL SISTEMA JURÍDICO

- Rasgos distintivos de los sistemas jurídicos.
  - — son sistemas normativos, 102.
  - — regulan el ejercicio de la coacción, 102 y ss.
  - — son institucionalizados, 105 y ss.
  - — estatuyendo "órganos primarios", 108 y ss.
  - — que están obligados generalmente a aplicar ciertas normas, 110 y ss.
- Criterios de pertenencia y de individualización.
  - — pertenencia de normas derivadas ("cadenas de validez"), 114 y ss.
  - — pertenencia de normas primitivas.
    - — criterio territorial, 118.
    - — criterio del legislador soberano, 119.
    - — criterio de la norma básica, 121.
    - — criterio de la regla de reconocimiento, 123.
    - — criterio de los órganos primarios, 127.
- Problemas del criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios.
  - — caracterización de los órganos en cuestión (circularidad), 127.
  - — individualización del conjunto relevante de órganos primarios, 129.
  - — determinación de cuándo hay reconocimiento, 131.
- Diferentes sentidos de "validez", 132.
  - — 1. como existencia de una norma o sistema.
  - — 2. como justificabilidad moral de una norma.
  - — 3. como obligatoriedad de obedecer una norma establecida por otra.
  - — 4. con referencia al hecho de que el dictado de la norma esté autorizado por otra.
  - — 5. como pertenencia de una norma a un sistema.
  - — 6. como vigencia o eficacia.
- Conceptos normativo y descriptivo de validez, 134.
- Concepto de validez en Kelsen.
  - — interpretación como concepto descriptivo, 135.
  - — interpretación como concepto normativo, 136.
- Concepto descriptivo de existencia de normas y sistemas jurídicos, 139.
- Concepciones acerca de la relación entre el derecho internacional y los derechos nacionales, 143 y ss.
  - — "monismo internacional".
  - — "monismo nacional".
  - — "pluralismo".
- Cambio de la base de un sistema jurídico, 145 y ss.
- Autorreferencia normativa, 146.
- Fuentes del derecho.
  - — deliberadas.
    - — leyes (sentido formal y material), 148.
    - — sentencias judiciales, 149.
    - — contratos, 150.

— espontáneas.
— costumbres (no hábitos), 150.
— jurisprudencia, 151.
- Orden jerárquico entre normas jurídicas, 153.
- Problema de validez de leyes inconstitucionales, 156.

CAPÍTULO IV

LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO

- Teoría de los conceptos jurídicos básicos, 165.
- Sanción, rasgos distintivos.
— implica coerción, 168.
— supone privación de bienes, 169.
— impuesta por autoridad, 170.
— es consecuencia de una conducta, 171.
- Diferencias entre sanciones civiles y penales.
— quién la reclama, 172.
— beneficiario, 172.
— finalidad, 173.
- *Mala in se* y *mala prohibita*, 174.
- Dificultades de las definiciones de acto antijurídico de Kelsen.
— 1ª definición, 175.
— no discrimina entre condiciones de la sanción.
— 2ª definición, 176.
— no cubre los casos de responsabilidad indirecta.
— no discrimina entre las varias conductas del sancionado.
— 3ª definición, 177.
— el concepto de "allegado" es vago.
— subsiste la segunda dificultad de la definición anterior.
- Definición de "delito" en la dogmática penal, 178.
— definición de Carrara, 178.
— definición del positivismo criminológico, 179.
— definición de Beling, 180.
- Elementos del delito según la definición de Beling.
— acción, 181.
— tipicidad, 181.
— antijuridicidad, 181.
— culpabilidad, 182.
— punibilidad, 182.
- Comparación entre definición dogmática de "delito" y la de Kelsen, 182.
- Responsabilidad, diferentes sentidos.
— como obligaciones de un cargo, 185.
— como factor causal, 185.
— como capacidad y estado mental, 185.
— como punibilidad o reprochabilidad moral, 186.

- Responsabilidad, clases.
  - — directa, 187.
  - — indirecta, 187.
    - — colectiva, 188.
  - — subjetiva, 189.
  - — objetiva, 189.
- Deber jurídico, distintas concepciones.
  - — teoría psicológica, 190.
  - — teoría de la probabilidad de sanción, 191.
  - — teoría de la imputación de sanción, 192.
    - — crítica a la, 193.
- Deber jurídico y "deber ser" en la teoría de Kelsen, 194.
- Derecho subjetivo, concepto, 195.
- Derechos subjetivos morales (llamados "derechos individuales"), 196.
- Derecho subjetivo, diferentes sentidos según Kelsen.
  - — como "no prohibido", 198.
  - — como autorización, 201.
  - — como correlato de obligación activa, 202.
  - — como correlato de obligación pasiva, 203.
  - — como acción procesal, 204.
  - — como derecho político, 206.
- Derecho subjetivo, diferentes clases según Hohfeld, 208-210.
  - — pretensión.
  - — privilegio.
  - — inmunidad.
  - — potestad.
- Concepto de derecho de propiedad, 210 y ss.
- Funciones de la expresión "propiedad" según Olivecrona.
  - — función técnica, 213.
  - — función de signo, 215.
  - — función informativa, 215.
- Capacidad jurídica, concepto, 217.
- Clases de incapacidades civiles, 218.
  - — de hecho.
    - — absoluta.
    - — relativa.
  - — de derecho.
- Imputabilidad penal, 220.
- Competencia, 222.
- Personas jurídicas colectivas, problemas que plantean, 224.
- Persona jurídica, concepciones.
  - — teorías "negativas", 227.
  - — teorías "realistas", 227.
  - — teoría "de la ficción", 228.
  - — teoría de Kelsen, 228.
  - — enfoque de la persona jurídica como construcción lógica, 231.
- Responsabilidad de las personas jurídicas, 232.

CAPÍTULO V

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

- Caracterización del lenguaje, 248.
- Esencialismo y convencionalismo, 249.
- Aspectos del significado de las palabras, 252.
  - — designación.
  - — denotación.
- Tipos de propiedades según su relevancia para el significado de palabras.
  - — definitorias, 253.
  - — concomitantes, 254.
    - — universales.
    - — contingentes.
- Clasificación de las definiciones.
  - — por su finalidad, 254.
    - — informativa.
    - — estipulativa.
  - — por su método.
    - — por designación, 255.
    - — por denotación, 255.
    - — ostensiva, 255.
    - — contextual, 256.
- Clases de proposiciones.
  - — analíticas, 257.
    - — necesariamente verdaderas.
    - — necesariamente falsas.
  - — sintéticas, 258.
    - — contingentes.
    - — ¿necesarias?
- Tendencias interpretativas de los textos legales (Ross).
  - — subjetiva, 259.
  - — objetiva, 260.
- Problemas de interpretación de las normas jurídicas.
  - — lingüísticos.
    - — ambigüedades.
      - — semánticas, 260.
      - — sintácticas, 262.
    - — imprecisiones.
      - — por gradación, 264.
      - — vaguedad combinatoria, 265.
      - — designación abierta, 265.
      - — vaguedad potencial, 266.
    - — carga emotiva, 269.
    - — dudas en cuanto a la fuerza, 270.
    - — dificultades en la promulgación, 271.
  - — lógicos.
    - — contradicciones, 272.

— total-total.
— total-parcial.
— parcial-parcial.
(ver también *contradicciones axiológicas*, 278.)
— redundancias, 279.
— lagunas normativas, 281.
(ver también *lagunas axiológicas*, 287.)
— inoperancia de las normas.
— aplicación imposible.
— condición imposible.
— lógicamente, 289.
— empíricamente, 290.
— normativamente, 290.
— contenido imposible.
— lógicamente, 290.
— empíricamente, 290.
— normativamente, 290.
— aplicación necesaria.
— conducta lógicamente necesaria, 291.
— empíricamente necesaria, 291.
— normativamente necesaria, 291.

- Tramos del razonamiento basado en precedentes judiciales (Levy).
  — 1er. tramo: determinar analogía con caso presente, 293.
  — 2do. tramo: detectar regla que subyace a los precedentes, 294.
  — 3er. tramo: aplicar regla al caso presente, 294.
- Factores que determinan las decisiones judiciales según Ross, 297.
  — creencias.
  — respecto del derecho aplicable.
  — respecto del contexto del caso planteado.
  — actitudes.
  — conciencia jurídica formal.
  — conciencia jurídica material.
- Derecho y cambios sociales, 299.

CAPÍTULO VI

LA CIENCIA DEL DERECHO

- Modelos posibles de ciencia jurídica.
  — el modelo de Kelsen de una ciencia descriptiva de normas, 316.
  — el modelo de Ross de una ciencia empírica, 316.
  — el modelo de Alchourrón y Bulygin de una ciencia sistematizadora, 317.
- Operaciones de la ciencia jurídica según Alchourrón y Bulygin, 317.
  — operación empírica.
  — determinación de la base del sistema.
  — operaciones lógicas.
  — derivar las consecuencias lógicas de la base.
  — reemplazar la base original por una más económica.

- Dificultades de la expresión "ciencia", 318.
- La dogmática jurídica, 321 y ss.
- Adhesión dogmática al derecho legislado, 322.
- La dogmática y el racionalismo jurídico, 323, 337 y ss.
- Postulados de la jurisprudencia de conceptos, 325.
  - 1. la legislación como exclusiva fuente de derecho.
  - 2. concepción del derecho como preciso, completo y coherente.
  - 3. el empleo del método de la "construcción" para inferir soluciones del sistema.
  - 4. concepción de la tarea judicial como puramente cognoscitiva.
- Dogmática jurídica y seudopositivismo, 326.
- La teoría de Kelsen como expresión de los presupuestos dogmáticos, 327.
- Propiedades del "legislador racional", 328-329.
  - es único.
  - es imperecedero.
  - es consciente de las normas que sanciona.
  - es omnisciente respecto de los hechos.
  - es operativo.
  - es justo.
  - es coherente.
  - es preciso.
  - es comnicomprensivo.
- Reglas interpretativas derivadas de la ficción de la racionalidad del legislador, 331.
- Algunos recursos dogmáticos para presentar soluciones originales como si derivaran del derecho vigente.
  - adscribir la solución al legislador bajo el presupuesto de su racionalidad, 328.
  - subsumir la solución en un principio general de mayor alcance que las normas que justifican, 331.
  - inferir la solución de una teoría general que tiene validez en un área del derecho, 334.
  - derivar la solución de la "verdadera naturaleza" de alguna institución jurídica, 336.
- Algunas funciones de la teoría jurídica según el modelo propuesto.
  - funciones descriptivas.
    - determinar las normas vigentes, 342.
    - asignar significado a tales normas, 343.
    - sistematizar el orden jurídico, 343.
    - mostrar las consecuencias de las diferentes interpretaciones posibles, 344.
  - funciones normativas.
    - evaluar la justificabilidad de las normas del sistema, 345.
    - proponer soluciones axiológicamente satisfactorias y compatibles con las normas del sistema, 345.

CAPÍTULO VII

LA VALORACIÓN MORAL DEL DERECHO

- Niveles del discurso ético, 354.
  - — meta-ética.
  - — ética normativa.
  - — ética sociológica.
- Teorías acerca del significado de los juicios de valor.
  - — teorías descriptivistas, 355 y ss.
    - — naturalismo ético, 356 y ss.
      - — subjetivista.
      - — objetivista.
    - — no-naturalismo ético, 359.
      - — subjetivista (teoría del mandato divino).
      - — objetivista (Moore).
  - — teorías no-descriptivistas, 363 y ss.
    - — emotivismo ético (Stevenson), 363.
    - — prescriptivismo ético (Hare), 367.
  - — otras posiciones.
    - — la teoría del "punto de vista moral" (Baier, Frankena), 371.
    - — la teoría del "objeto de la moralidad" (Warnock), 374.
- Relativismo y escepticismo ético, 376.
- El papel de la razón en el discurso moral, 379-380.
  - — determinar los hechos en que se basan los juicios morales.
  - — determinar cuáles son las consecuencias de los principios generales que subyacen a los juicios morales.
  - — mostrar posibles inconsistencias entre tales consecuencias.
  - — poner de manifiesto posibles confusiones conceptuales.
- Algunas confusiones conceptuales en el discurso moral, 380.
  - — confusión entre justificación y explicación de una conducta.
  - — confusión entre justificación y excusa.
  - — justificación de una conducta sobre la base de su realización general.
  - — supuesta irrelevancia de diferencias cuantitativas.
  - — confusión entre la validez de un juicio moral y la autoridad moral del que lo formula.
  - — confusión entre la validez de un juicio moral y la explicación de por qué alguien lo formula.
  - — confusión entre la validez de un juicio moral y la conveniencia de que esa validez sea reconocida.
- Algunas teorías de justicia y moralidad, 382 y ss.
  - — teorías teleológicas.
    - — la concepción de Santo Tomás, 383 y ss.
    - — el utilitarismo, 391.
  - — teorías deontológicas.
    - — la teoría de Kant, 402.
    - — la teoría de Rawls, 408.
- El fin último de la persona humana según Santo Tomás, 386.

- El concepto de ley en Santo Tomás, 386.
- Clases de leyes según Santo Tomás, 386.
  - — ley eterna.
  - — ley natural.
  - — ley divina.
  - — ley humana.
- El primer principio del razonamiento práctico según Santo Tomás, 387.
- Algunas objeciones a la concepción tomista.
  - — dificultad de conciliar inclinación humana hacia el bien con libre albedrío, 388.
  - — confusión entre ley descriptiva y prescriptiva, 389.
  - — pasaje espurio de afirmaciones acerca de la naturaleza humana a estipulaciones normativas, 389.
  - — carácter dudoso de la intuición, 390.
  - — obscuridad respecto de los preceptos de derecho natural, 390.
- Rasgos distintivos de la teoría moral utilitarista *standard*.
  - — es consecuencialista, 391.
  - — es universalista (contraste con el llamado "utilitarismo egoísta"), 392.
  - — es hedonista (contraste con el "utilitarismo idealista"), 393.
- Principio utilitarista, 395.
- Variedades del utilitarismo *standard*.
  - — de reglas y de actos, 395.
  - — positivo y negativo, 396.
  - — clásico y del promedio, 396.
- Algunas aparentes ventajas del utilitarismo, 397-398.
  - — adopta un enfoque realista de la psicología humana.
  - — refleja el "punto de vista moral".
  - — se presenta como una concepción igualitarista.
  - — no postula otros fines que los de los agentes.
  - — descansa en buena medida en verificaciones empíricas.
- Dificultades del utilitarismo.
  - — dificultad de formular juicios morales particulares, 398.
  - — resulta autofrustrante, 398.
  - — dificultad para comparar y medir intereses, 399.
  - — consecuencias contraintuitivas, 399.
  - — problema de distribución, 400.
- El enfoque económico del derecho, 401.
- Características de los principios morales según Kant, 403.
  - — son autónomos.
  - — son categóricos.
  - — son universales.
- El imperativo categórico kantiano, 403
- El principio kantiano de la humanidad como fin en sí misma, 404.
- Concepto de bondad moral (la buena voluntad), 405.
- Concepción contractualista de Kant, 406.
- Dificultades de la teoría moral de Kant, 407-408.
  - — la universalización no es suficiente para lograr acuerdo moral.
  - — el principio de la humanidad como fin en sí misma es impreciso.

— la concepción de bondad moral parece paradójica.
— es cuestionable un sistema moral que prescinde de los propósitos reales de los hombres.
— la desatención total de las consecuencias de los actos no parece razonable.

- Condiciones de la posición originaria de Rawls para la elección de los principios de justicia.
  — igualdad y libertad de los participantes, 410.
  — "velo de ignorancia", 410.
  — motivación sobre la base del auto-interés que excluye la envidia, 412.
  — "circunstancias de justicia", 411.
  — elección por unanimidad de principios que satisfacen ciertos rasgos formales (universalidad, generalidad, publicidad, completitud, finalidad), 412.
- Los dos principios de justicia de Rawls, 412.
- La prioridad de la libertad, 413.
- La regla "maximin", 414.
- Las cuatro etapas en la decisión de cuestiones de justicia, 414.
- Teoría de Rawls acerca de la bondad moral, 415.
- Algunas objeciones a la teoría de Rawls, 415, 416.
  — no es lícito su frecuente recurso a nuestras intuiciones.
  — el valor justificatorio de un contrato social hipotético es dudoso.
  — presupone postulados valorativos no justificados.
  — no está demostrada la elección de los dos principios en la posición originaria.
  — el principio respecto de la libertad es confuso.
  — no atiende a la cuestión de la producción de bienes.
  — es inconsistente con el principio kantiano de la humanidad como fin en sí misma.
- Los derechos humanos como derechos morales, 417.
- Principios liberales que fundamentan los derechos individuales básicos.
  — el principio de la inviolabilidad de la persona humana, 418.
  — el principio de la autonomía de la persona humana, 420.
  — el principio de la dignidad de la persona humana, 421.
- El reconocimiento jurídico de la moral, 423.
- Posición de Mill, 423.
  (ver también, 420.)
- Réplica de Stephen, 423.
- Crítica de Devlin al informe Wolfenden, 424.
- Argumentos de Hart contra la posición extrema de Stephen y la más moderada de Devlin, 425.
- Reconocimiento jurídico de una moral positiva y de la moral crítica, 426.
- Aparente incoherencia de la posición liberal, 426.
- Relación con el principio de autonomía de la persona, 427.
- Teorías acerca de la justificación de la pena.
  — utilitarismo, 428.
  — retribucionismo, 428, 429.
  — teoría consensual, 431.

- Requisitos para justificar la pena según el utilitarismo, 428.
  - la pena debe ser un medio eficaz para evitar males sociales.
  - debe ser necesaria para evitar tales males.
  - el perjuicio que la pena involucra debe ser menor que los males que evita.
- Requisitos para justificar la pena según el retribucionismo, 429.
  - el destinatario de la pena debe ser responsable por el mal que la pena retribuye.
  - el mal involucrado en la pena debe ser proporcional al mal causado por el agente y a su grado de responsabilidad.
- Requisitos para justificar la pena según la teoría consensual, 432.
  - las condiciones de protección social exigidas por el utilitarismo.
  - la pena debe estar prevista claramente en una ley irretroactiva.
  - el acto que acarrea pena debe ser ejecutado voluntariamente por el destinatario de aquélla.
  - el agente debe haber sabido que su acto implica, como consecuencia normativa necesaria, la asunción de responsabilidad penal.
- Discreción judicial, 432.
  - "de hecho".
  - "de derecho".
- Dificultades de la *discreción judicial*, 433.
  - es inadecuado que órganos que no tienen origen democrático decidan cuestiones de contenido ideológico.
  - el ejercicio de la discreción judicial implica crear derecho en forma retroactiva.
- Diferencias entre derechos (estipulados en principios) y objetivos colectivos (definidos en "políticas") según Dworkin, 434.
  - los derechos son distributivos e individualizados mientras que los objetivos colectivos son agregativos y globales.
  - los derechos ponen un límite a la persecución de objetivos colectivos.
- Requisito de "consistencia articulada" (Dworkin), 435.
- Posición de los jueces frente a principios y políticas, 436.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES Y TEMAS

Los números remiten a páginas

A

acción
  como elemento del delito, 181.
  concepción de la teoría penal, 74.
  concepto, 74.
  "resultado" y "consecuencias" de la, 73.
acto antijurídico, 173.
  1ª definición de Kelsen, 175.
  2ª definición de Kelsen, 176.
  3ª definición de Kelsen, 177.
adhesión dogmática al derecho, 322.
administración de justicia, 295.
Alchourrón, 72.
Alchourrón y Bulygin, 200, 273, 281, 282, 284, 287, 296, 312, 317, 318, 343, 344.
ambigüedad de "derecho", 14.
ambigüedades
  semánticas, 260.
  sintácticas, 262.
análisis etimológico, 251.
analogía, 293.
antijuridicidad como elemento del delito, 181.
Aristóteles, 384, 385.
Austin, 31, 43, 78, 79, 119, 191.
auto-evidencia, 390.
autonomía de los principios morales, 203, 410.
autoridad que aplica la sanción, 170.
autorreferencia, 196 y ss.
Ayer, 363, 365, 439.

B

Bacigalupo, 263.
Bacqué, 298.
Baier, 342, 370, 371, 373, 374.
Barber, 444.
Beling, 180, 335.
Bentham, 119, 299, 391, 393, 394, 428.
Bibiloni, 272.
bien común, 388.
Black, 319, 320.
Bobbio, 326.
Borda, 286.
Borges, 249.
"Britos", plenario, 277.
"Brown vs. Board of Education", 433.
Bulygin, 156, 336.

C

cadenas de validez, 114.
Calabresi, 401.
cambio de la base del sistema jurídico, 145 y ss.
cambios sociales y derecho, 299.
capacidad
  absoluta y relativa, 218.
  civil, 218.
  de hecho y de derecho, 218.
  jurídica, 217.
carácter dinámico del derecho, 106.
carga emotiva
  de "derecho", 15.
  del lenguaje, 269.
Carnap, 249, 335.
Carrara, 178.

Carrió, 37, 63, 149, 191, 265, 311, 326, 336, 343.
Cathrein, 28.
Cermesoni, 286.
"ciencia", dificultades del término, 318.
ciencia del derecho, 315.
  modelos de, 315.
Círculo de Viena, 31.
circunstancias de justicia (Rawls), 311.
clases de normas según von Wright, 67.
clasificaciones, 252.
cláusula alternativa tácita, 156.
coacción como elemento distintivo del derecho, 3, 103.
Coase, 401.
Código Civil argentino
  art. 15, 285.
  art. 17, 152.
  art. 31, 218.
  art. 54, 218.
  art. 55, 292.
  art. 131, 286.
  art. 497, 242.
  art. 521, 271.
  art. 1113, 188.
  art. 1198, párr. 2º, 267.
  art. 1553, 168.
  art. 2161, 271.
  art. 2387, 278.
  arts. 2401 y 2409, 277.
  art. 2451, 292.
  art. 2506, 269.
  art. 2614, 264.
  art. 3284, 286
  art. 4031, 292.
Código Civil francés de 1804, 324.
Código de Tejedor, 289.
Código Penal argentino
  art. 34, inc. 1º, 220, 267.
  art. 45, 278.
  art. 77, 102.
  art. 79, 181.
  art. 80, 280.
  art. 81, inc. 1º, 267.
  art. 85, 267.
  art. 86, inc. 2º, 280, 292.
  arts. 89, 90, 91, 276.
  art. 103, inc. 1º, 261.
  art. 119, inc. 2º, 280.
  art. 119, inc. 3º, 268.
  art. 128, 269.
  arts. 134 y 138, 288.
  arts. 138 y 139, inc. 2º, 278.
  art. 141, 267.
  arts. 156 y 277, 277.
  art. 163, inc. 1º, 264.
  art. 179, inc. 2º, 261.
  art. 184, inc. 2º, 267.
  art. 184, inc. 5º, 263.
  art. 186, inc. 3º, 263.
  art. 187, 272.
  art. 209, 278.
  art. 215, inc. 2º, 268.
coerción como elemento de la sanción, 168.
Cohen, 48.
common law, 44, 51, 292, 294, 321.
competencia, 222.
concepción
  convencionalista del lenguaje, 12, 39.
  esencialista del lenguaje, 12, 38, 249.
concepto de lo bueno, 405, 414.
conceptos jurídicos básicos, 165.
  teoría de los, 165.
conciencia jurídica formal y material, 296.
confusiones conceptuales en discurso moral, 380.
conocimiento del derecho, 432.
consecuencialismo, 391
consentimiento, 422, 431.
consistencia articulada, 435.
Constitución Nacional
  art. 2º, 261.
  arts. 14 a 18, 207.
  arts. 14, 14 *bis* y 17, 421.
  arts. 15, 16, 18, 19 y 23, 422.
  arts. 18 y 17, 420.
  art. 30, 145.
  art. 31, 154.
  arts. 69, 72, 285.
  arts. 86, inc. 5º, y 97, 223.
contrato social, 406, 409.
contradicciones
  axiológicas, 278.
  entre normas, 272.
    clases, 274.
Copleston, 384, 388.
Corte Suprema de EE.UU., 302.

Cossio, 284, 307.
costumbres, 69.
internacionales, 143.
jurídicas, 150, 152 y ss.
creación
deliberada de derecho, 148.
espontánea de derecho, 150.
judicial de derecho, 149.
criterios de individualización y pertenencia, 113 y ss., 141.
de la norma fundamental, 121.
de la regla de reconocimiento, 123.
del origen en cierto legislador, 119.
del reconocimiento por órganos primarios, 127.
territorialidad, 111.
críticas al realismo, 46 y ss.
culpabilidad como elemento del delito, 182.

D

deber jurídico, 190.
concepción psicologista, 190.
definición de Kelsen, 192.
y "deber ser", 193.
"deber ser" y "ser", 23, 41.
defectos lógicos de los sistemas jurídicos, 272.
definición, 254.
contextual, 256.
de derecho, 105.
estipulativa, 254.
informativa, 254.
ostensiva, 256.
persuasiva, 365.
por denotación, 255.
por designación, 255.
positivista de "derecho", 38, 43.
Del Vecchio, 284.
delito, 173.
definición dogmática, 178 y ss., 180.
"derecho"
ambigüedades de, 14.
carga emotiva, 14.
definición positivista de, 38, 43.
vaguedad de, 14.
derecho
carácter dinámico del, 106.
como conjunto de decisiones judiciales, 47.
como instrumento de cambios sociales, 6.
como profecía de decisiones judiciales, 47.
conocimiento del, 432.
creación deliberada, 148.
creación espontánea, 150.
creación judicial, 149.
definición de, 105.
enfoque económico del, 401.
esencia del, 13.
existencia del, 132 y ss., 140 y ss.
finalidad del, 2.
fuentes del, 148.
fuerza obligatoria del, 25, 33, 134, 345.
funciones del, 2.
institucionalización del, 105.
internacional, 107, 142 y ss.
relaciones con derechos nacionales, 143 y ss.
natural, 20, 384.
omnipresencia del, 1.
primitivo, 107.
sistematización del, 317, 343.
validez del, 132 y ss.
y "hombre malo", 5, 8, 46.
y moral, 352, 423 y ss.
relaciones, 16 y ss., 27.
derecho de propiedad, 209 y ss.
derecho subjetivo
clases según Hohfeld, 207.
como acción procesal, 204.
como correlato de obligación activa, 202.
como correlato de obligación pasiva, 203.
como derecho político, 206.
como equivalente a "no prohibido", 198.
como equivalente a autorización, 201.
concepción iusnaturalista, 195.
concepto, 195.
diferentes sentidos, 198.
sentido "técnico", 204.
derechos
humanos, 196, 417.
individuales básicos, 417.
subjetivos morales, 196, 418.
y objetivos colectivos, 434.

derivación de normas, 115.
derogación de normas, 115, 154.
designación y denotación de las palabras 251.
determinismo, 422.
Devlin, 424, 425.
Dietze, 29.
directivas, 65.
discreción judicial, 432.
discurso moral, 344.
  confusiones conceptuales en el, 380.
distribución, 400, 431.
dogma, concepto de, 322.
dogmática jurídica, 321.
  funciones, 326, 339.
Dror, 301.
Dworkin, 111, 125, 276, 400, 415, 419, 434 y ss.

E

eficacia de normas jurídicas, condiciones para obtenerla, 301.
egoísmo, 392.
Ehrlich, 299.
ejecución forzada de bienes, 172.
elementos de las prescripciones, 70.
emotivismo ético, 363.
enfoque económico del derecho, 401.
equilibrio reflexivo, 381.
escepticismo
  ante las normas, 44.
  ético, 24, 376.
escuela
  de la exégesis, 324.
  del derecho libre, 325.
esencia del derecho, 13.
esencialismo, 12.
"estructuras lógico-objetivas", 30.
ética
  descriptiva, 354.
  normativa, 354
Evan, 301.
existencia del derecho, 132 y ss., 140 y ss.

F

felicidad (en Kant), 405.
Ferri, 179.
filosofía
  analítica, 12.
  moral y teología, 384.
finalidad del derecho, 2.
Florian, 180.
formalismo jurídico, 36.
Frank, 60.
Frankena, 357, 371, 379.
frástico y néustico, 369.
Friedmann, 299.
fuentes del derecho, 148.
fuerza
  de las oraciones, 270.
  obligatoria del derecho, 25, 33, 134, 345.
Fuller, 300.
funciones del derecho, 2.

G

Garofalo, 179.
golpe de estado, 145.
González, J. V., 261.
González Vicén, 337.
Graneris, 384.

H

Hacker, 240.
Hägerstrom, 210.
Hare, 363, 367, 368, 379, 395, 397, 415, 424, 439, 444.
Hart, H., 7.
Hart, H. L. A., 2, 31, 36, 43, 47, 88, 92, 105, 110, 123, 127, 190, 300, 415, 424, 425.
Hartmann, 360.
hedonismo, 392.
historicismo, 29.
Hitler, 18.
Hobbes, 2, 374.
Hodgson, 398.
Hohfeld, 207, 222.
Holmes, 46, 47.
"hombre malo" frente al derecho, 5, 8, 46.
Hospers, 379, 443.
Hudson, 363, 365, 366.
humanidad como fin, 404, 422.
Hume, 23.

I

Ihering, 197, 324.
Iluminismo, 323.
Imperativo categórico, 403.
Imposibilidad aplicación de normas, 289.
clases, 290.
Imprecisiones, 264.
Imputabilidad penal, 220.
Inclinaciones naturales, 385.
Inconstitucionalidad, 154.
Indeterminaciones de orden jurídico, 37.
Inoperancia de normas jurídicas, 289.
Institucionalización del derecho, 105.
Interpretación
del derecho jurisprudencial, 292.
problemas, 259.
Intuicionismo, 390.
ético, 359.
Iusnaturalismo, 16 y ss., 323, 385.
diferentes corrientes, 28 y ss.
racionalista, 29.
teológico, 28.
tesis principales, 28.

J

Jiménez de Asúa, 332.
Jofré, 262.
Jueces, función de los, 432 y ss.
Juicios
analíticos y sintéticos, 257.
de valor, 354.
del deber ser, 315.
morales, relatividad de los, 21.
necesarios y contingentes, 258.
Jurisprudencia, 151, 292.
de conceptos, 324.
de intereses, 325.
normativa, 352.
Justicia
como equidad (Rawls), 410.
en Santo Tomás, 384.
Justificación de la pena, 427

K

Kant, 402 y ss., 409, 419, 422, 428, 443.
Kantorowicz, 12, 249, 336.
Kelsen, 30, 32, 35, 36, 37, 40, 43, 47, 78, 80, 82, 83, 85, 103, 105, 114, 127, 135 y ss., 156, 167, 168, 170, 173, 175, 176, 177, 183, 192, 199, 200, 202, 206, 211, 221, 228, 282, 315, 316, 327, 345, 352, 442.
Khomeini, 426, 427.

L

Laband, 338.
Lafaille, 272, 286.
lagunas
axiológicas o valorativas, 287.
del derecho, 281.
normativas, 199, 281.
legislador racional, 44, 328.
propiedades del, 328.
lenguaje
carga emotiva del, 269
concepción convencionalista, 12, 39.
jurídico, 246.
natural, 247.
prescriptivo, 63 y ss.
usos del, 63.
Levy, 293.
ley
concepto y clases, 148.
divina, 386.
eterna, 386.
humana, 386
natural, 386.
ley
11.357, 292.
13.252, 288.
17.711, 292.
18.248, 286.
18.880, art. 14, 280.
18.881, 286.
19.134, 288.
leyes retroactivas, 432.
lex posterior, 275.
lex specialis, 273.
lex superior, 275, 296.
liberalismo y derechos humanos, 418.
Liszt, 335.
Lombroso, 179.
Lyons, 395, 444.

LL

Llambías, 51, 286.
Llerena, 264, 272.
Llewellyn, 45, 47.

M

McCloskey, 430.
MacIntyre, 406.
Mackie, 382, 443.
Machado, 264, 272.
Maihofer, 29.
mala in se y *mala prohibita*, 174
maximin (Rawls), 413.
maximum minimorum, 413.
meta-ética, 354, 355.
método de la "pregunta abierta", 357.
Mill, 391, 392, 393, 394, 420, 423.
modelos de ciencia del derecho, 315.
monopolio de la fuerza estatal, 5, 103, 108, 130.
Moore, 357, 359, 392, 394, 437.
moral crítica y moral positiva, 426.
Morello, 286.
motivación, técnicas de, 81.

N

Nakhnikian, 356.
Napoleón, 324.
"naturaleza de las cosas", teoría de la, 29.
naturaleza
  humana, 389.
  jurídica, 336.
naturalismo ético, 356.
néustico y frástico, 369.
Nietzsche, 445.
Nino, 136, 298, 422, 427, 431, 435.
no-naturalismo ético, 359.
norma
  básica de Kelsen, 35, 121 y ss., 138, 327.
  básica del derecho internacional, 142.
  jurídica, 63 y ss.
  pertenencia a un sistema jurídico, 92, 113, y ss., 135.
  y mandato, 80.
normas
  autónomas, 76.
  autoridad de las, 76.
  de aplicación necesaria, 291.
  carácter de las, 72.
  categóricas, 76.
  clases según von Wright, 67.
  condición de aplicación, 76.
  conjuntivamente generales, 77.
  contenido de las, 73.
  disyuntivamente generales, 77.
  escepticismo ante las, 44.
  generales, 77, 83.
  heterónomas, 76, 223.
  hipotéticas, 76.
  ideales, 69.
  imposibilidad de aplicación, 289, 290.
  jurídicas
    clases según Hart, 91.
    clases según Kelsen, 83.
    como juicios de "deber ser", 79.
    concepción de Kelsen, 78 y ss.
    críticas a la concepción de Kelsen, 88 y ss.
    destinatarios de las, 83.
    estructura de las, 81.
    existencia de las, 93, 139 y ss., 156.
    inoperancia, 289.
    obligación de aplicar, 110, 126.
    orden jerárquico de las, 153 y ss.
    primarias, 83.
    secundarias, 83, 84.
  morales, 70.
  ocasión de las, 77.
  particulares, 77, 83.
  promulgación de las, 77.
  sin sanciones, 85.
  validez de las, 80, 95, 105, 132 y ss., 135 y ss., 156.
Nowack, 329, 330.
Nozick, 400, 416, 419.
nulidad como sanción, 90.
Nuremberg, fallo ficticio, 18 y ss.

O

obligación de aplicar normas jurídicas, 110, 126.
Occam, 93.
O'Connor, 389, 442.
Olivecrona, 47, 211, 215.
omisión, 74, 75.

omnipresencia del derecho, 1.
operadores deónticos, 65.
oraciones
  fuerza de las, 270.
  y proposiciones, 256.
orden
  jerárquico entre normas, 153 y ss.
    en el sistema argentino, 155.
  jurídico, indeterminaciones del, 37.
órganos,
  clases de, 108.
  primarios, 108.

P

pacta sunt servanda, 142.
Paixao, 263.
palabras "huecas", 213.
pena, justificación de la, 427.
permisos, 66.
Perry, 357.
persona jurídica
  como agente de actos antijurídicos, 233 y ss.
  como construcción lógica, 231.
  concepto, 224 y ss.
  teoría de Kelsen, 228.
  teoría de la ficción, 228.
  teorías "negativas", 227.
  teorías "realistas", 227.
personalidad moral, 215.
personas
  colectivas, 224 y ss.
  jurídicas, voluntad de las, 233.
pertenencia de la norma a un sistema jurídico, 92, 113 y ss., 135.
  normas derivadas, 114 y ss.
  normas no derivadas, 118 y ss.
plenario "Britos", 277.
plenarios, 152.
Popper, 368, 396.
posición originaria (Rawls), 410.
positivismo
  como escepticismo ético, 30.
  criminológico, 179.
  ideológico, 32, 326.
  jurídico, 16 y ss.
  metodológico o conceptual, 37.
Posner, 401.
Pound, 341, 352.
prescriptivismo ético, 367.
precedentes, 293.
  judiciales, 151, 152 y ss.
prescripciones, 66, 68.
principio
  de autonomía de la persona humana, 420.
  de clausura, 199, 282.
  de diferencia (Rawls), 412, 414.
  de dignidad de la persona humana, 421.
  de efectividad, 143.
  de inviolabilidad de la persona humana, 418.
  nullum crimen, 19, 26.
  utilitarista de la mayor felicidad, 395.
principios
  de justicia (Rawls), 412.
  generales del derecho, 333.
  morales
    autonomía de los, 403, 410.
    propiedades según Kant, 403.
  y políticas, 434.
Pritchard, 360.
privación de bienes, 163.
promulgación, dificultades en la, 271.
"propiedad", función técnica del término, 213.
propiedad, derecho de, 209 y ss.
propiedades
  concomitantes, 254.
  definitorias, 253.
  disposicionales, 217.
  normativas, 87.
proposiciones jurídicas o normativas, 72.
punibilidad como elemento del delito, 182.
punto de vista
  del abogado, 7.
  del juez, 5, 6.
  del jurista teórico, 8.
  del legislador, 6.
  del sociólogo, 6, 7.
  del súbdito, 5.
  externo frente al derecho, 112.
  interno frente al derecho, 112
Putnam, 381.

Q

Quine, 258.
Quinton, 392, 393.

R

racionalismo, 323, 337.
ratio decidendi, 151, 294.
Rawls, 373, 381, 400, 419, 420.
Raz, 88, 104, 109, 114, 124, 127, 136, 138.
razonamiento
  judicial, 295.
  moral, 368.
  práctico, 34, 387.
razones
  morales para obedecer al derecho, 4, 34.
  para actuar, 37.
  prudenciales para obedecer al derecho, 4, 34.
realismo
  críticas al, 46 y ss.
  jurídico, 44 y ss.
  verbal, 249, 336.
Recaséns Siches, 284.
reconocimiento jurídico de la moral, 423 y ss.
redundancia normativa, 279.
  clases de, 279.
reglas
  de adjudicación, 92, 105.
  de cambio, 92, 105.
  de reconocimiento, 91, 105, 110 y ss., 123.
  definitorias, 67.
  derivadas de la presuposición de racionalidad del legislador, 331.
  jurídicas
    primarias, 91.
    secundarias, 91.
  potestativas, 89.
  técnicas, 68.
  y principios, 125.
relatividad de los juicios morales, 21.
relativismo ético, 376.
responsabilidad, 184.
  colectiva, 188.
  como capacidad, 186.
  como factor causal, 185.
  como obligación de un cargo, 185.
  como punibilidad, 186.
  directa e indirecta, 187.
  moral de los jueces, 6, 34.
  subjetiva y objetiva, 189.
"resultado" y "consecuencias" de la acción, 73.
retribucionismo, 428, 429.
revolución, 145.
Romero del Prado, 243.
Roosevelt, 302.
Ross, A., 7, 30, 32, 33, 36, 37, 40, 43, 49, 105, 127, 130, 211, 269, 272, 274, 279, 296, 315, 316, 317, 318, 323, 326, 327, 352, 442.
Ross, D., 360, 437.
Russell, 365.
Ryle, 217.

S

Sachs, 7.
Salas, 286.
Salvat, 272.
sanción, 78.
  como consecuencia de una conducta, 171.
  concepto de, 168.
sanciones civiles y penales, 172.
Santo Tomás, 28, 361, 383 y ss., 423, 427.
  concepto de justicia, 384.
  concepto de ley, 386.
Savigny, 299.
Searle, 440.
Segovia, 272.
sentencia judicial, 149.
"ser" y "deber ser", 23, 41.
Shaw, B., 443.
Sidgwick, 360, 388.
significado de las palabras, 251.
sindéresis, 387.
sistema
  continental europeo, 321.
  jurídico, 101 y ss.
    cambio de la base, 145 y ss.
sistemas
  de absoluta discreción, 109.
  deductivos, 102.

jurídicos
defectos lógicos de los, 272.
rasgos distintivos de los, 101 y ss., 141.
normativos, 102.
sistematización del derecho, 317, 343.
Smart, 392.
Sócrates, 361.
Soler, 149, 261, 263, 264, 311, 332, 349, 350.
stare decisis, 295.
Stephen, 423.
Stevenson, 296, 363, 364, 365, 366, 379, 439.
subjetivismo ético, 356.
sujeto normativo, 77.

T

Tarski, 102.
teoría
consensual de la pena, 431.
de la "naturaleza de las cosas", 29.
de los conceptos jurídicos básicos, 165.
del "mandato divino", 361.
del "objeto de la moralidad", 374.
del "punto de vista moral", 371.
finalista de la acción, 75.
general del delito, 335.
jurídica normativa, 342.
dimensiones, 342.
teorías
dogmáticas, 333.
funciones, 334.
éticas descriptivistas, 355.
éticas naturalistas objetivistas, 357.
éticas naturalistas subjetivistas, 356.
éticas no-descriptivistas, 363.
morales teleológicas, 383.
términos teóricos, 93.
textura abierta, 266.
tipicidad como elemento del delito, 181.
Toulmin, 379.
trámites judiciales, 303.

U

unidad del aparato coactivo, 130.
universalización
de los juicios éticos, 344, 368, 373, 403, 407.
Ure, 298.
usos del lenguaje, 63.
utilitarismo, 357, 391 y ss.
de reglas y de actos, 395.
del promedio, 396.
justificación de la pena, 428.
negativo, 396.

V

vaguedad, 264.
de "derecho", 14.
validez, 327.
concepción de Kelsen, 135 y ss.
conceptos normativo y descriptivo, 134.
de las normas, 80, 95, 115, 132 y ss., 135 y ss., 152.
del derecho, 132 y ss.
diferentes sentidos, 132 y ss.
y verdad, 117.
valoración moral del derecho, 352.
Vélez Sársfield, 242.
velo de ignorancia (Rawls), 410, 411.
virtudes morales, 375.
voluntad de las personas jurídicas, 233.

W

Warnock, 366, 370, 374, 375, 376, 379.
Welzel, 29, 75.
Williams, 377, 400.
Wittgenstein, 265, 307.
Wolfenden, informe, 424.
Wolff, 403, 409.
Wright, von, 67 y ss., 82, 114, 202, 403.
clases de normas según, 67.

Z

Zaffaroni, 351.