

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--------------------------|-----|
| <i>Advertencia</i> | 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 |
| <i>Preguntas y ejercicios - I</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 |
| <i>Preguntas y ejercicios - II</i> | 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 |
| | <i>Preguntas y ejercicios - III</i> | 157 |

CAPÍTULO IV

LOS CONCEPTOS BASICOS 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" formula- da 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 ac- tiva | 202 |
| 4) | "Derecho" como correlato de una obligación pa- siva | 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 |
| | <i>Preguntas y ejercicios - IV</i> | 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 |

ÍNDICE GENERAL

XV

| | |
|---|-----|
| 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 adminis- tración de justicia | 295 |
| 7. Derecho, administración de justicia y cambios sociales . | 299 |
| <i>Preguntas y ejercicios - V</i> | 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 |
| <i>Preguntas y ejercicios - VI</i> | 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 |
| <i>Preguntas y ejercicios - VII</i> | 437 |
| <i>Bibliografía</i> | 447 |
| <i>Índice sinóptico</i> | 455 |
| <i>Índice de temas y autores</i> | 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, contraria 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