

Libros de **Cátedra**

Temas de Introducción al Derecho

Guillermo G. Peñalva y María Laura Delucchi
(coordinadores)

FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

S
sociales


Eduulp
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

TEMAS DE INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Guillermo G. Peñalva
María Laura Delucchi
(coordinadores)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA


EDITORIAL DE LA UNLP

Índice

Intención de estas páginas _____ 5

Guillermo G. Peñalva

Capítulo 1

Evolución de las ciencias según Thomas Kuhn _____ 8

María Laura Delucchi

Capítulo 2

La constitución del derecho como objeto de ciencia: del jusnaturalismo a Hans Kelsen ____ 29

Juan Daniel Videla

Capítulo 3

De la mano de von Wright _____ 52

Guillermo G. Peñalva

Capítulo 4

Orden jurídico y sistema jurídico: características _____ 75

Soledad Ucedo

Capítulo 5

Fuentes de derecho (primera parte) _____ 96

Mauricio Monetta

Capítulo 6

Fuentes del derecho (continuación) _____ 116

Mauricio Monetta y Soledad Ucedo

Capítulo 7

Los problemas del lenguaje jurídico _____ 137

María Victoria Feito Torrez

Capítulo 8

La estructura profunda del lenguaje (problemas sintácticos) _____ 155

María Victoria Feito Torrez

Capítulo 9

Coherencias e incoherencias en la cúspide del sistema _____ 168

Mariana Guadalupe Catanzaro Román

Capítulo 10

El derecho y los métodos de interpretación jurídica _____ 182

Santiago J. Staffieri

Capítulo 11

Aproximación al pensamiento lógico-jurídico _____ 200

Agostina Curcio y Noelia Marina Quintero Szymanowski

Intención de estas páginas

Estas páginas van dirigidas a los jóvenes estudiantes de derecho que ingresan a nuestra Facultad. Sus autores -cada quien según su estilo, cada uno con sus personales opiniones- las han escrito para que así sean consideradas: no hay en ellas pretensión de erudición sino de permitir un más fácil acceso a la temática central de una de las materias iniciales de la carrera (y de las que, por múltiples factores, resultan más arduas). En todo caso, aunque quienes las han escrito lo han hecho exponiendo sus personales ideas y su particular comprensión de las cuestiones que tratan, el objetivo ha sido siempre el de facilitar el acceso a una bibliografía vasta, dispersa, no siempre coincidente, etc. Bibliografía que, además, presenta una nota novedosa para los estudiantes: no se trata de los textos exclusivamente expositivos o linealmente explicativos a los que se hallan acostumbrados por su formación anterior, sino que son obras argumentativas, controversiales, en oposición, donde cada problemática planteada tiene respuestas múltiples, cada una coherente con alguna posición científica o alguna concepción filosófica.

Para decirlo de otra manera: si ustedes fueran arrojados por un naufragio o cualquier otra catástrofe a un territorio por completo desconocido, del que ignorasen su geografía, la afabilidad que los lugareños pudieran tener con los extraños, las posibles acechanzas de fieras irreconocibles, los peligros de vegetales y frutos que quizás arrastren por los senderos de la locura, la existencia de metales ignorados, capaces de alterar los sentidos y confundir al GPS... Si llegasen a ese lugar, todos sus problemas podrían resumirse en una pregunta: ¿cómo sobrevivir? (Después vendrá la pregunta “¿cómo es que me metí en esto?”, pero para eso ni yo ni los colegas que escriben conmigo tenemos respuesta). Este territorio novedoso es la Universidad, y la específica provincia a la que han arribado es la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Nuestra intención (la mía y la de los demás autores), es que estas páginas les sirvan para sobrellevar el desconcierto inicial, que les provean de una guía para aventurarse por esta comarca desconocida y -aparentemente- hostil, que les asistan ante los páramos de una bibliografía hermética, que los resguarden en los oscuros meandros de los temas nunca antes visitados, que los orienten en las selvas de palabras y conceptos nuevos, que los rescaten de los áridos desiertos donde múltiples doctrinas contradictorias los esperan, que los hagan cruzar indemnes las caudalosas aguas donde proliferan y se mezclan ideas milenarias con otras recién salidas del horno... ¿Y todo para qué? Para que pueden enarbolar alguna vez la carta de ciudadanía que los hace estudiantes de derecho.

No se hagan ilusiones. No les voy a dar (no les vamos a dar) armas para repeler a sirenas y endriagos, ni filtros capaces de evitar piedras imanes que enloquecen a las brújulas; lo nuestro

(lo mío) es mucho más modesto y poco tiene que con la mítica fundación de la Buenos Aires de Borges. En todo caso, les daremos las primeras e indispensables herramientas y elementos para diseñar aquellas armas, que es como decirles que les pondremos a su disposición los conocimientos fundacionales para que ustedes -después del debido entrenamiento- lleguen preparados a su destino y puedan tener su personal lucha por el imperio de la ley, por el gobierno del derecho o por el triunfo de la justicia.

Por ahora me conformo (nos conformamos) con advertirles, a potenciales lectores (actuales estudiantes y latentes abogados) sobre dos cuestiones que se asoman (amenazadoras e inescrutables) en el horizonte que, en lo inmediato, tienen por delante: por un lado, hay dificultades con la forma del habla, con el intercambio de ideas, con el lenguaje y otros asuntos referidos en general con la comunicación que ustedes padecen y de las que, tal vez, no son conscientes. Esos problemas provocan y multiplican errores, desviaciones, malos entendidos, etc. Estudiar derecho (y luego, ejercerlo) es jugar con palabras, armar un mundo con palabras, modificar la realidad mediante palabras, construir la historia a partir de las palabras. Palabras que les dan sentido y significación a los hechos.

Con las palabras apropiadas, con una terminología que ha de ser tan precisa como el buril del más exquisito orfebre, con la ductilidad y la gracia que nos permite un acervo lingüístico inmensamente rico, con la fuerza, la determinación y el coraje indispensables para formular las críticas, se cimenta el conocimiento del derecho. Manejar con propiedad el lenguaje, sus giros y sus tecnicismos, sus niveles y sus infinitas capacidades, no es una exigencia desmedida ni un capricho arbitrario; es una condición para la ciencia jurídica.

La segunda cuestión tiene que ver con otro hecho que, aunque común a todos los estudiantes que comienzan su formación universitaria, es especialmente crítica en quienes ingresan a una facultad donde se estudia derecho. La divulgación que se hace a través de los medios de comunicación, con ostentosa y frívola palabrería, de algunas ideas y conceptos propios del mundo jurídico, hace que lo que se trae como saber adquirido respecto del derecho resulte confuso, contaminado, elemental o errado. El saber vulgar, la noticia apurada e imprecisa -pero siempre aparatosa-, la crítica temeraria, sin fundamentos reales ni respaldo científico, etc., se alzan como gorgonas crueles, destinadas a dificultar (cuando no, a impedir) el auténtico conocimiento.

Estos son solo dos de muchos problemas que un joven o una joven que empiezan sus estudios deben tener presente: no tendrán más remedio, por un lado, que hacer de la lectura un hábito diario. Tampoco tendrán otra posibilidad que abrir sus mentes a ideas nuevas, que formar su intelecto para la comprensión y la crítica, y que preparar su espíritu para ejercer la prudencia, la tolerancia y la rectitud, cosas indispensables para aproximarse a la justicia. Es decir: no deberán procrastinar ni la lectura, ni la imaginación, ni la valentía.

Si se preguntan porque uso palabras raras, o que no son de uso común, o bordeo los límites de la sintaxis con parrafadas farragosas, o abuso de la adjetivación, de las paráfrasis o de la retórica, es para que desde ya se enfrenten y comprendan, mediante la ejercitación, aquello de lo que vengo hablando.

Otros problemas pueden presentarse: la bibliografía desperdigada a la que ya me referí, un domicilio lejano que impide asistir a clases, una deficitaria formación previa, un amoscamiento respecto del objeto al que hay que dirigir la atención, una enervante dificultad para enfrentar la sistemática del plan de estudios y muchas cosas más. Para intentar algún remedio, van estas líneas.

Unas palabras más para agradecer el esfuerzo de aquellos que colaboraron en la factura de esta obra. Nadie se sentirá omitido ni postergado si a todos los personifico en la figura de la Profesora María Laura Delucchi.

Guillermo G. Peñalva

CAPITULO 1

Evolución de las ciencias según Thomas Kuhn

María Laura Delucchi

Thomas Kuhn fue un físico estadounidense nacido en 1922 y fallecido en 1996, epistemólogo, discontinuista y reconecedor de que no existen verdades absolutas. Presenta una epistemología alternativa, centrada en la sustitución de un paradigma por otro, cuando el viejo empieza a presentar fisuras. Un diseño de ciencia basado en la noción de paradigmas a los que adherimos casi religiosamente, sólo en la medida que nos permiten solucionar mejor los problemas.

Parte de la idea de que el conocimiento nace con los problemas. Estos son sus verdaderos disparadores. Afirma la provisionalidad de la verdad de los enunciados científicos. Cuando aparecen nuevos problemas que no pueden solucionarse a la luz del viejo paradigma, éste es modificado y adoptado aquel que describa más fielmente la realidad, a través del cual puedan entenderse mejor los fenómenos.

A través de una suerte de conversión religiosa se rompe con lo viejo y se da lugar a nuevas verdades y nuevas visiones del mundo. Nuevos paradigmas que den cuenta mejor de lo que el científico cree descubrir en el curso de la naturaleza. El nuevo descubrimiento triunfa hasta que se advierte que el paradigma vigente no es el mejor cristal a través del cual mirar la realidad.

¿Cómo opera la ciencia? ¿A la luz de qué diseño? Advertimos que la ciencia avanza dos pasos y retrocede uno. No por nada uno de los textos de Gregorio Klimovsky en el que aborda a Kuhn se titula *Las desventuras del conocimiento científico*. Claramente la ciencia, más que aventuras, ha tenido o padecido desventuras, las desventuras propias de caminar por terreno arcilloso, las desventuras de aquel que durante mucho tiempo ha confiado en que las cosas sucedían de una determinada manera y con el tiempo ha advertido que lo construido, se esfumaba en un abrir y cerrar de ojos. Apostamos a lo constante, permanente, general pero a veces nos topamos con fugacidades, con lo provisorio y singular. Debemos revisar nuestras creencias en torno a lo científico y lo no científico, creencias que nos ponen en evidencia que la definición de ciencia es claramente una construcción cultural que ha variado a lo largo del tiempo.

Tomás Kuhn se dedicó a la filosofía de la ciencia y su obra más renombrada es la que publicó en 1962, titulada *La estructura de las revoluciones científicas*. En 1969 le agrega una posdata donde contesta algunas de las críticas que se le habían formulado. En dicha obra se plantea nociones relativas a palabras claves como “ciencia”, “anomalías”, “crisis”, “conversión”,

“paradigma”, “revolución científica”, y algunas otras, que por cierto no presenta unívocamente. Al contrario, algunas son definidas de diferente manera y algunas retomadas en su posdata.

No hay duda de que su importante aporte contribuyó a una epistemología alternativa a la imperante y llama la atención, y es justamente lo apreciado que, perteneciendo a una disciplina -la física- a la que tradicionalmente se consideró una ciencia fuerte, sus conclusiones no estén basadas en lo estrictamente verificable, introduciéndose sin duda en la historia de la ciencia, con una visión muy sociológica. En el texto el autor intenta trazar una nueva imagen de la ciencia, diferenciándola de otras disciplinas.

Su obra contiene un catálogo de ejemplos que, para aquellos que no abrevamos de la física, pueden resultar algo difíciles de entender desde lo disciplinar y en particular desde lo epistemológico que se pretende señalar. Electricidad, movimiento, óptica, elementos químicos, órbitas planetarias, son materias que usa como ilustración para mostrar las reflexiones a las que arriba; temas que para un lego en ocasiones pueden resultar complicadas. Sin embargo el texto es atrapante y fue motivo de vastas observaciones y críticas. Epistemólogos varios han escrito sobre él y formulado diferentes señalamientos. Gregorio Klimovsky, en su texto *Las desventuras del conocimiento científico* ya citado, desarrolló dos capítulos dedicados a Kuhn y a las revoluciones científicas. En éste llevó a cabo una valiosa interpretación de lo que llama etapas, a las que ordena muy didácticamente, logrando una presentación cronológica que en Kuhn no se presentan tan aceitadas y fáciles de advertir. Apelaremos también al texto de Klimovsky para articular mejor todas las nociones planteadas por Kuhn.

Noción de Ciencia. Una nueva imagen

Una de las definiciones que Kuhn presenta sobre la ciencia es aquella que la reconoce como un conjunto de hechos, teorías y métodos reunidos en los libros de textos actuales, siendo los científicos aquellos que aportan de alguna manera a tal conjunto. Sostiene, como discontinuista que es, que a contrario de lo que erróneamente se halla instalado, la ciencia no se conforma por la acumulación de descubrimientos e inventos individuales.

En el intento de constituir una nueva imagen de la ciencia, un aspecto destacable resulta que, ante un determinado interrogante científico, carecemos de directrices metodológicas que nos permitan arribar a una única conclusión posible. En casi todas las ciencias las primeras etapas de desarrollo se caracterizaron por la existencia de diferentes concepciones en torno a la naturaleza, basadas en la observación y método científico, concepciones todas compatibles con las observaciones efectuadas y con el método científico desarrollado por cada una de ellas, concepciones que competían entre sí. ¿Cómo puede ser posible esto? No se trata de que alguna de las escuelas cometiera algún error de método, científicos por cierto todos ellos, sino

que poseían modos inconmensurables¹ de ver el mundo y de practicar las ciencias. Más adelante desarrollaremos esta noción de incomensurabilidad, medular en la obra de Kuhn. Debemos señalar que las comunidades científicas no reposan únicamente en la experiencia, sino también en elementos personales e históricos, aparentemente arbitrarios, que conforman las creencias científicas de un tiempo dado. A veces los compromisos científicos hacen que una innovación (nueva teoría o descubrimiento) sea suprimida por cierto tiempo, y aparece una sostenida resistencia por parte de la comunidad científica, a aceptar la solución de un problema o anomalía, siempre en el marco de la competencia entre distintas concepciones científicas. Dicha competencia entre distintas escuelas o fracciones es el único elemento histórico que resulta responsable del rechazo de una vieja teoría y de la adopción de otra. Pero cuando las anomalías resultan indisimulables, la tradición de los científicos y sus compromisos profesionales durante la etapa que Kuhn llama de ciencia normal, padecen una ruptura provocada por episodios extraordinarios denominados revoluciones científicas, que implican el rechazo de una teoría antes reconocida por la comunidad y reemplazo por otra incompatible con ella. Ha sucedido lo que llamamos un cambio de paradigma.

Ciencia normal y paradigma

La ciencia normal, para Kuhn, implica una investigación basada en un logro reconocido por una comunidad científica, sostenido en el tiempo y que será la base de sus futuras prácticas. Estos logros fueron y son relatados por los libros de textos científicos clásicos y modernos, que implícitamente son los que definen los problemas y métodos de un campo de investigación para generaciones de científicos. Estas obras se dedican a realizaciones o logros científicos sin o con muy pocos precedentes que no son compartidos por un número sostenido de científicos y que dejan problemas para ser solucionados por ese pequeño grupo. Si estas realizaciones o logros cumplen con estas dos últimas condiciones, reciben la denominación de paradigmas.

Los científicos que aceptan un paradigma comparten las mismas reglas para su práctica científica y este paradigma es una unidad que no se reduce a los conceptos, las leyes, la teoría y los puntos de vistas que pueden inferirse de él. Son anteriores a ellos y a sus componentes lógicos.

Sin embargo Kuhn admite que puede existir cierto tipo de investigación científica sin paradigma alguno, al menos sin estas dos condiciones antes mencionadas, investigación que no se correlaciona con la noción de una ciencia madura. Ejemplo de esto, en la Física, es la noción de luz. Desde algunos siglos antes de Cristo que se discute de qué hablamos cuando nos referimos a la luz. Para algunos se trata de “partículas que emanan de cuerpos materiales; para otros era una modificación del medio existente entre el objeto y el ojo; todavía otro explicaba la

¹ “Incomensurabilidad” significa la imposibilidad de medir o valorar algo, pero en este capítulo alude a la idea de que los científicos que adhieren a paradigmas en pugna, hablan idiomas distintos, parten de diferentes premisas o supuestos. Nunca se entenderán, sus mundos son incomparables.

luz en términos de una interacción entre el medio y una emanación del ojo...” (Kuhn, 1971, p. 36/37). Mucho más tarde, hace pocos siglos, se entendió que se trataba de un movimiento ondulante transversal hasta que la óptica de Newton la consideró corpúsculos de materia, apareciendo así, recién a fines del siglo XVII, una opinión única generalmente aceptada sobre la luz. Antes existían las escuelas ya mencionadas que competían entre sí. Sus miembros eran científicos pero el resultado de su actividad no lo era, no constituía ciencia, puesto que no compartían ni creencias, ni métodos, ni fenómenos uniformemente aceptados, por lo que la observación y experimentos eran lo bastante libres, como para que cada investigador construyera su propio campo desde cero.

Con la noción de electricidad sucedió lo mismo. Se la explicó desde la atracción y la generación friccional, otros la consideraron atracción y repulsión, para otros era un fluido que circulaba entre conductores. Sólo luego de aparecida la teoría de Franklin quien explicó la electricidad de la mano de la teoría de un fluido único, fluido eléctrico o electricidad positiva, se conformó un paradigma capaz de dar respuesta a casi todos los interrogantes de las escuelas competidoras. Su teoría revistió la calidad de paradigma cuando apareció como mejor frente a sus competidoras y cuando tuvo éxito a la hora de resolver unos cuantos problemas agudos.

La historia de la ciencia nos da cuenta de que las ciencias maduras se desarrollan por medio de la aparición de paradigmas, difíciles de conseguir en el campo de investigación de las ciencias sociales, donde el consenso es muy difícil de obtener. En cambio en las ciencias naturales, cuando aparece un logro, reconocido por la comunidad científica, comienza, previo proceso de conversión, una etapa de ciencia normal, en la que los científicos ocupan casi toda sus carreras, tratando de llevar a cabo lo que Kuhn denomina “operaciones de limpieza” que son trabajos de la comunidad científica dedicados a obligar a la naturaleza a encajar dentro de los límites fijados por un paradigma. Los hechos que no encajan en los paradigmas a veces ni siquiera son advertidos y las nuevas teorías que pretenden aparecer son muchas veces, no toleradas.

La ciencia normal investiga zonas minúsculas. De no ser así el desarrollo de la ciencia no sería posible. La confianza en el paradigma y el achicamiento del cuadro de investigación, permite que los científicos se dediquen a investigar de una manera profunda y detallada, lo que sería imposible en otras condiciones. La ciencia normal intenta articular los hechos y las teorías proporcionadas por el paradigma. Los científicos invierten mucho de su tiempo y esfuerzo para que la teoría y la naturaleza coincidan o lleguen a un acuerdo, descubriendo nuevos campos donde el acuerdo pueda funcionar, observando, experimentando, explorando, resolviendo ambigüedades y problemas del paradigma, siendo esta resolución, la tarea de reunión de hechos de la ciencia normal, la más importante de todas.

Una vez aceptado el paradigma, la ciencia normal se dedica a articularlo, lo que significa en ocasiones resolver problemas de aplicación y en algunas oportunidades se precisa reformularlo. Los problemas de articulación son de orden teórico y experimentales. A veces la articulación conlleva un refinamiento de la teoría, un paradigma más preciso, como ya dijimos eliminando ambigüedades. La ciencia normal ocupa gran parte de su tiempo en estas empresas.

La literatura de la ciencia normal, tanto empírica como teórica, se dedica básicamente a estos tres problemas: “la determinación del hecho significativo, el acoplamiento de los hechos con la teoría y la articulación de la teoría” (Kuhn, 1971, p. 66) Claro que los textos se dedican también a problemas extraordinarios que sólo surgen a veces y que no resueltos a la luz del paradigma imperante, ocasiona deserciones (abandono del paradigma) que conlleva justamente a las que Kuhn llama revoluciones científicas.

La ciencia normal no muestra interés en proporcionar grandes novedades. Nos podemos preguntar entonces ¿por qué es importante la investigación durante esta etapa? Claramente la investigación normal ayuda a aumentar el alcance y la precisión con que puede aplicarse un paradigma. A veces lo que pretende el científico es “lograr lo esperado de una manera nueva” y para ello, según Kuhn, se requiere resolver toda clase de enigmas que son “aquella categoría especial de problemas que puede servir para poner a prueba el ingenio o la habilidad para resolverlos” (Kuhn, 1971, p. 70). Para que algo constituya un enigma debe tener una solución asegurada, en realidad más de una. Muchos problemas más graves e importantes de resolver no revisten el carácter de enigmas puesto que pueden no contar con solución alguna.

El paradigma delimita, de alguna forma, los problemas a los que se quiere enfrentar una comunidad científica. Proporciona herramientas conceptuales e instrumentales que sirven solo para resolver algunos problemas. Entonces, cuando dichas herramientas no sirven para solucionar o, al menos, para enunciar algunos problemas, éstos son descartados, sea porque, por su complejidad hay que destinarles mucho tiempo, sea por ser considerados metafísicos o por pertenecer a otras disciplinas. Por ello Kuhn afirma que un paradigma proporciona a la comunidad científica, criterios para seleccionar problemas: sólo se admitirán como científicos los problemas que sean susceptibles de ser resueltos (enigmas). Muchos científicos invierten mucho tiempo tratando de resolver un enigma que aún nadie ha resuelto o que no lo ha hecho tan bien. No parece ser una intención desinteresada o altruista la actividad científica, sino más bien una carrera. Pretenden ser los primeros en resolver el enigma. Esto lo desarrolla muy claro Klimovsky citando La racionalidad de la ciencia de Newton – Smith, al preguntarse si los científicos trabajan en sus emprendimientos de una forma altruista o inspirados en ganar el premio Nobel (Klimovsky, 2001, p. 346).

El paradigma y las reglas

En ocasiones los científicos deben provocar un cambio en las reglas del juego. Existen reglas que dan cuenta de los compromisos que los científicos infieren del paradigma vigente. Kuhn hace corresponder esas reglas a cuatro categorías principales que son:

1) Enunciados que explicitan leyes, conceptos y teorías científicos. Esos enunciados ayudan a fijar los enigmas/problemas y a limitar las soluciones posibles.

2) Otro tipo de reglas versan sobre los tipos preferidos de instrumentación “y los modos en que pueden utilizarse legítimamente los instrumentos aceptados” (Kuhn, 1971, p. 76). Existe, a

veces, resistencia al uso de ciertos instrumentos. Un ejemplo conocido consistió en los compromisos instrumentales que aparecieron en torno al descubrimiento de los rayos X y su uso.

3) Existen otro tipo reglas relativas a compromisos asumidos por los científicos que son de nivel más metafísico. Por ejemplo, en el siglo XVII, con Descartes, podemos ilustrar que los compromisos metodológicos de sus conclusiones (los que indicaban cómo debían ser sus leyes finales y las explicaciones fundamentales) también eran metafísicos ya que indicaban qué entidades contenía y no contenía el universo. En ese entonces los científicos entendían que el universo estaba compuesto por partículas microscópicas y que la naturaleza podía “explicarse en términos de forma, tamaño, movimiento e interacciones corpusculares”. En términos metafísicos el universo “era sólo materia formada en movimiento” (Kuhn, 1971, p. 77). De esa forma, en la química, a partir de esa concepción corpuscular (o corpuscularismo), se llevó a cabo lo que Kuhn denomina un reacomodamiento corpuscular en la base de todo cambio químico. Las investigaciones del momento arribaban a conclusiones acordes a ese compromiso metafísico.

4) Por último existen otro tipo de reglas relativas al deber de todo científico de comprender con la mayor precisión y el mayor alcance posibles, cómo ha sido ordenado el universo, dedicándose al análisis de cada detalle empírico.

En definitiva Kuhn afirma que una discusión sobre los enigmas y las reglas echa luz a la práctica científica normal. La ciencia normal está altamente determinada por reglas, pero no enteramente. Las reglas se derivan de los propios paradigmas, “pero éstos pueden dirigir la investigación incluso sin reglas”. Puede existir un paradigma y no existir un conjunto completo de reglas. Kuhn cita a Polanyi en su nota 1 del capítulo V y éste refiere que el éxito de los científicos depende del conocimiento, tácito o simplemente adquirido a través de la práctica que poseen, y que no puede ser expresado de manera explícita (Polanyi, 1958, cap.V y VI).

Si bien las reglas son muy importantes, no lo son todo. El paradigma posee un estatus anterior al de las reglas. La ciencia normal puede desarrollarse sin la presencia de reglas, siempre que la comunidad científica acepte sin discusión alguna la solución a los problemas que fueron apareciendo. La búsqueda de reglas reviste una importancia que antes no tenía recién en el momento en que los paradigmas se tornan inseguros, no así durante la ciencia normal. Los científicos empiezan a preguntarse por las reglas cuando no logran ponerse de acuerdo en torno a si los problemas fundamentales de su campo han sido resueltos. No antes.

La ciencia no es un emprendimiento único, coherente, monolítico. A veces ocurre que el paradigma se derrumba para un campo de conocimiento y no para otro. Incluso en un mismo campo puede ocurrir que en distintas especialidades coexistan paradigmas diferentes. Por ejemplo, en el campo de la física todos los científicos conocen las leyes de la mecánica cuántica. Pero como no todos aprenden a aplicarlas de igual manera, un cambio en el paradigma de la mecánica cuántica no afecta a todas las especialidades y subespecialidades. Una revolución para un grupo puede no serlo para el resto de la profesión. El paradigma de la mecánica cuántica no es el mismo paradigma para todos los físicos. Otro ejemplo que nos trae Kuhn es el caso del átomo de helio que para un reconocido químico era una molécula, según la teoría cinética de los gases y no lo era para un importante físico, ya que dicho átomo no desplegaba

un espectro molecular. No hay dudas que ambos se referían a la misma partícula pero la apreciaban desde diferentes ángulos, desde distinta práctica de investigación. La experiencia de cada uno, si bien compartida por grandes denominadores comunes, hacía que el átomo de helio se le representara a cada uno desde su propia disciplina.

La importancia de las anomalías y el período de crisis

El éxito de la ciencia normal radica justamente en que no haya descubrimientos (novedades fácticas) ni invento alguno (novedades teóricas). Esto que suena contradictorio con lo exitoso, ocurre justamente porque, para Kuhn, los descubrimientos ocurren con regularidad a lo largo de la historia de la ciencia, cuando empiezan a percibirse anomalías, es decir, cuando los fenómenos de la naturaleza no se ajustan al paradigma que regula la ciencia normal. El paradigma presenta una fisura que no contempla algún hecho nuevo y éste debe ser explorado prolongadamente. La anomalía termina cuando el paradigma ha sido ajustado lo suficiente y “la ciencia aprende a ver la naturaleza de una manera diferente”, asimilando el hecho nuevo (Kuhn, 1971, p. 93). Pero, al principio, las anomalías ni si quiera se ven; luego se ven con dificultad. Los científicos ofrecen una resistencia, primero espontánea, porque no ven las anomalías y luego, deliberada (podríamos decir), puesto que, al decir de Kuhn, la ciencia normal tiende a suprimir las novedades, es decir se hace rígida. Pero es justamente esa rigidez la que luego permitirá el cambio. Esa resistencia al cambio presenta una utilidad, o, si se quiere, cumple una función especial, en lo que será el cambio de paradigma o la revolución científica. Al principio los problemas que presenta el paradigma, no se ven o se consideran solo aparentes. Sin embargo el detalle y la precisión con que la investigación normal se desarrolla y la minuciosidad con que trabaja, hacen que finalmente la anomalía termine resaltando y se haga evidente. Es justamente esa precisión y minuciosidad con que trabaja la comunidad científica, la que, en un primer momento, intentará conservar el estatus quo. Pero luego ese rigor es el mismo que deberá reconocer que algo no está en orden con la aplicación del paradigma vigente. Esa puntillosidad y rigidez de la comunidad científica, al principio, pretende garantizar la aplicación del paradigma en curso. Entendemos que no se podría ante cualquier mínimo desajuste, tirar por la borda el paradigma. Por ello es que, al principio, se intenta articularlo, acomodarlo, ajustarlo. No se lo abandona con liviandad. Pero esa misma estrictez científica es la que permite poner de relieve la anomalía que no encaja en la prolijidad del paradigma en uso. Con un ejemplo vulgar, podríamos ilustrar diciendo que cuanto más limpia esté la tela de una prenda de vestir, más fácilmente detectable será la mancha.

Además de los descubrimientos también la formulación de nuevas teorías son los responsables del cambio de paradigma. En la mayoría de las ocasiones percibir la anomalía insume tanto tiempo que los campos afectados por ella padecen crisis profundas y los científicos se ven envueltos en un estado de inseguridad profesional. Fracasan los enigmas de la ciencia normal tanto como las reglas existentes. Al principio, como ya se mencionó, se intenta hacer

ajustes, que pueden lograrse en algún ámbito, pero no en todos. Asimismo, como síntoma de la crisis, empiezan a aparecer numerosas versiones de nuevas teorías en competencia, en la que los trastornos o anomalías no pueden solucionarse. Eso es lo que ocurrió con el estudio del oxígeno y el flogisto en la época de Lavoisier (s. XVIII).

Kuhn afirma que, además de la crisis en la actividad técnica normal, existen factores externos que influyen decisivamente en el derrumbamiento del paradigma. Por ejemplo, en el caso de la astronomía de Copérnico (s. XVII), ciertas presiones sociales, elementos históricos de importancia, la crítica a Aristóteles y nuevas concepciones como el neoplatonismo surgiente durante el Renacimiento, fueron todos factores que ejercieron influencia a la hora de rechazar el paradigma anterior de Ptolomeo (s. II a. C).

Un tercer ejemplo señalado por Kuhn es lo ocurrido con la física de Newton, Maxwell y Einstein. Maxwell, de origen newtoniano, y sus sucesores, intentaron compatibilizar su teoría con alguna articulación de la teoría de Newton, pero dicha articulación fue muy difícil de lograr. Esto ilustra que, al principio, los problemas/anomalías se dejan de lado, pero cuando esto deja de ocurrir y las anomalías se advierten como frecuentes, aparece la crisis del paradigma. En un primer momento la ciencia normal cree ofrecer razones para casi todos los problemas, los cuales no ceden fácilmente, pero luego la crisis se agudiza, al igual que el sentimiento de fracaso. Es en ese entonces, cuando con el fracaso de la ciencia normal en la resolución de problemas, se hace y surge una nueva teoría (o surge lo que Klimovsky llama un logro). Siguiendo con el ejemplo de la física, evidenciada la crisis del paradigma newtoniano, comenzaron a proliferar nuevas teorías hasta que una o dos décadas después apareció finalmente la teoría de la relatividad de Einstein en 1905.

La crisis también trae de la mano la necesidad de rediseñar las herramientas. Los instrumentos propios de un paradigma son útiles para resolver los problemas que ese mismo paradigma define y no sirven para resolver problemas a la luz de otro paradigma. Como se puede apreciar, la crisis ocupa un rol crucial en el desarrollo científico. Sin ella no habría descubrimientos ni teorías nuevas. No es fácil renunciar al paradigma; sólo se descarta éste cuando se encuentra un paradigma que lo desplace. Los científicos son tenaces a la hora de conservar el paradigma vigente. Antes de abandonarlo “inventarán articulaciones y modificaciones *ad hoc* de su teoría para eliminar cualquier conflicto aparente” (Kuhn, 1971, p. 129). Klimovsky nos lo ilustra con el movimiento de Mercurio, aunque aclarando que, en este caso, no hubo negación de los problemas en torno a su órbita. Afirma que, lo que Kuhn llama maniobra denegatoria, consiste en ignorar la dificultad y hacer como si no existiese. En cambio, en el caso de Mercurio, cuando los científicos advirtieron anomalías en torno a la formulación de su órbita, barajaron la posibilidad de la existencia de otro planeta al que llamaron Vulcano, y que de existir, no exigía el abandono de la vieja teoría errónea que describía la órbita de Mercurio. Este ejemplo pone de relieve cómo la comunidad científica acude a articulaciones y cambios, formulados al solo efecto de conservar el paradigma existente. Tiempo después, Einstein solucionó las anomalías (Klimovsky, 2001, p. 351).

Reiteramos que el paradigma durante la etapa de la ciencia normal, no resuelve todos los problemas. Estos problemas sin resolver pueden conllevar a etapas de crisis. Pero no todas las anomalías provocan crisis, aunque se trate de anomalías reconocidas y persistentes. A las mismas se les tiene paciencia. Para que la anomalía traiga aparejada una crisis, debe provocar un malestar suficiente que dé cuenta de que no se trata de una simple anomalía, de una simple molestia. Muchas veces las anomalías terminan resolviéndose tarde o temprano. Otras no. No existe una respuesta general para describir las razones por las que algunas anomalías parecen merecer un ajuste del paradigma. A veces lo ponen en tela de juicio tan duramente, que se justifican las articulaciones y ajustes. Cuando los enigmas/problemas de la ciencia normal pasan a transformarse en anomalías, y a ser más generales, llamando la atención de una cada vez mayor cantidad de científicos, empieza entonces el pasaje a la crisis y a la ciencia fuera de lo ordinario o fuera de lo normal.

Claramente al principio, como ya se ha dicho, los problemas ofrecen resistencia y los científicos suponen la validez del paradigma en uso. No existe la posibilidad - en una mente científica - de que se rechace un paradigma sin que al mismo tiempo sea reemplazado por otro. Lo contrario, al decir de Kuhn, conllevaría a rechazar la ciencia misma. Sería impensable para un científico el descartar un paradigma porque no resuelve los problemas que se presentan en su correspondencia con la naturaleza, y no disponer de otro paradigma en su reemplazo. Sería considerado por sus pares “como el carpintero que culpa a sus herramientas”, lo que lo transforma en un mal carpintero (Kuhn, 1971, p. 131).

Los primeros problemas tendrán en cuenta las reglas fijadas por el paradigma, y ante una anomalía fundamental, el científico aplicará lo que más pueda las reglas de la ciencia normal, y estudiará hasta dónde pueden aplicarse. Pero ante la imposibilidad de resolución, se intentarán las articulaciones y ajustes ya mencionados, incluso con la creación de teorías *ad hoc*, y es entonces cuando las reglas estipuladas por el paradigma vigente se mostrarán más confusas. La situación se agudizará y pocos científicos conservarán su adhesión al paradigma, poniendo algunos en duda las soluciones oportunamente brindadas por aquél. Es en ese momento cuando los científicos sienten una suerte de desazón y desmoralización poco soportable para algunos de ellos. Se ha oído que pierden la esperanza y la alegría de vivir hasta que otro paradigma vuelve a ocupar un rol protagónico, reemplazando al anterior. Sin embargo no es habitual el reconocimiento explícito del derrumbamiento de un paradigma.

En ocasiones ocurre que antes de que una crisis se agudice, aparece un embrión de nuevo paradigma. En otros casos, en cambio, pasa cierto tiempo entre que se advierte el primer trastorno o anomalía y el surgimiento del nuevo paradigma.

Decimos que Kuhn es un discontinuista porque no cree que la transición de un paradigma a otro, o dicho de otra forma, el desarrollo científico, sea un proceso de acumulación de conocimiento. No se trata de ampliar o articular el viejo paradigma. Se trata de una nueva construcción del campo con nuevos fundamentos, nuevas generalizaciones, nuevos métodos y nuevas aplicaciones del viejo paradigma. En la transición muchos de los problemas pueden ser resueltos a la luz de los dos paradigmas, el viejo y el nuevo, pero la diferencia consistirá

en los modos de resolución. Se puede seguir usando datos anteriores, pero en un marco diferente con un nuevo sistema de relaciones. Algunos describen el cambio de paradigma como un cambio en la forma de visión del mundo. El texto refiere que al mirar marcas en un papel, podemos ver un pájaro y luego, ante el mismo papel, ver que esas marcas nos muestran un antílope (Kuhn, 1971, p. 140).

Muchas veces las crisis proporcionan datos adicionales para un cambio de paradigma y este nuevo paradigma surge repentinamente en la mente de un hombre en medio de la noche. Generalmente son los jóvenes los más capaces de ordenar de una nueva forma los datos ya reunidos. Los jóvenes tienen poca práctica y no están tan comprometidos con las reglas tradicionales de la ciencia normal, por lo que pueden formular fácilmente otro conjunto de reglas que reemplace a las del viejo paradigma. Durante las crisis se generarán teorías especulativas, que si dan buenos resultados podrán conducirnos a un nuevo paradigma y si no, serán fácilmente descartadas. Kuhn cree que es durante las crisis, cuando los científicos acuden mayormente al análisis filosófico para resolver los enigmas de su campo.

La transición de la ciencia o investigación normal hacia la ciencia o investigación no ordinaria está caracterizada por: el surgimiento de numerosas articulaciones que compiten entre sí, la actitud de ensayar absolutamente todo, el descontento de la comunidad científica, el aproximamiento a la filosofía y la discusión de fundamentos.

Sin embargo, debemos referir al comentario que Kuhn realiza en su posdata, escrita en 1969 y que contesta algunas de las críticas hechas a su obra. Allí admite que no siempre se necesita de las crisis para que ocurran revoluciones; aunque esto es poco frecuente. Es cierto, las crisis son el prelude de mecanismos de autocorrección que demuestran que la rigidez de la ciencia no es inquebrantable. A veces las crisis no son generadas por la propia comunidad que las padece, sino que pueden ser consecuencia de nuevos instrumentos o nuevas leyes que se desarrollan en una especialidad y cuya asimilación generan nuevas crisis.

Las revoluciones científicas

Kuhn compara las revoluciones científicas con las revoluciones políticas. Las segundas nacen del descontento de un sector de la comunidad con las instituciones, las cuales han dejado de satisfacer ciertos problemas. De igual modo aquéllas nacen del sentimiento de descontento de una parte de la comunidad científica para con un paradigma que ha dejado de servir para explorar algún aspecto de la realidad/naturaleza.

...las revoluciones científicas se consideran aquí como aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en que un antiguo paradigma es reemplazado, completamente o en parte, por otro nuevo e incompatible... Tanto en el desarrollo político como en el científico, el sentimiento de mal funcionamiento que puede conducir a la crisis es un requisito previo para la revolución (Kuhn, 1971, p. 149).

Las revoluciones científicas, sólo lo son para aquellos cuyos paradigmas se ven afectados por ellas, mientras que para otros pueden parecerles etapas normales del proceso de desarrollo. Por ejemplo, para los astrónomos, los rayos X fueron una simple suma de conocimiento, mientras que para los físicos fueron un cambio revolucionario.

Como en una revolución política en la que existen facciones enfrentadas que defienden, una las viejas instituciones y otra, las nuevas, y en la que finalmente se recurre a las técnicas de persuasión de las masas y al uso de la fuerza, en las revoluciones científicas la elección del paradigma, se hace entre modos incompatibles de la vida científica comunitaria. Para dicha elección, no pueden aplicarse las formas de evaluación propias de la ciencia normal, porque ellas dependen de un paradigma en particular que justamente está siendo puesto en tela de juicio. Entonces decimos que la dinámica es circular porque para defender el propio paradigma, cada grupo usa su propio paradigma. ¿Cómo sabremos entonces cuál paradigma es el correcto? Es insuficiente la lógica y la experimentación para predicar la corrección de la elección del paradigma. Y esto es así porque no hay ninguna instancia superior para dirimir las diferencias revolucionarias. La argumentación para convencer a la comunidad científica es meramente persuasiva y no lógica. Así como el criterio para determinar el éxito de una revolución política, para algunos doctrinarios del derecho, es la eficacia – en términos de Kuhn, la aceptación de la comunidad pertinente – en las revoluciones científicas sucede lo mismo (Kelsen, 1958, 139). No existen razones puramente lógicas que permitan hacernos inclinar por un paradigma más que por otro. Esto suena al menos raro en boca de un físico y claramente se diferencia de lo que fue sostenido por el falsacionismo de Karl Popper, que considera a la lógica deductiva como el gran órgano de la crítica (Popper, 1961, tesis 15 de su ponencia).

Discontinuidad

Según Kuhn existe una creencia generalizada en sostener que el desarrollo científico se lleva a cabo por una acumulación de conocimientos. A lo largo de la historia, la pedagogía así nos lo ha enseñado al igual que los libros de texto a los que apelan los académicos. Sin embargo para Kuhn la acumulación es una rareza, además de algo improbable. Los descubrimientos y nuevas teorías surgen como consecuencia del error y podemos afirmar que la importancia del descubrimiento es directamente proporcional a la amplitud y tenacidad de la anomalía que la provocó.

La ciencia avanza no con la introducción de conceptos adicionales, sino que avanza por medio de revoluciones científicas que implican “un desplazamiento de la red de conceptos a través de la que ven el mundo los científicos” (Kuhn, 1971, p 164). La adopción de un nuevo paradigma hace necesario redefinir la ciencia. Una de las definiciones que Kuhn hace de los paradigmas consiste en ser “la fuente, los métodos, problemas y normas de resolución aceptados por cualquier comunidad científica madura en cualquier momento dado” (Kuhn, 1971, p. 165). Los problemas que pertenecían a una ciencia, pueden comenzar a pertenecer a otra,

pueden dejar de presentarse como problemas científicos, o viceversa, lo que era considerado un problema menor, puede convertirse en un quehacer científico importante. Kuhn afirma que al cambiar los problemas, también se modifican las normas que distinguen una solución científica real de una mera especulación metafísica o de un juego de palabras. No hay duda de que los problemas son determinantes. Los cambios en las normas relativas a los problemas, conceptos y explicaciones pueden transformar una ciencia.

Los paradigmas son vehículos para las teorías científicas. Me indican qué entidades y cuáles no, contiene la naturaleza y cómo se comportan. Ello constituye un mapa y éste es tan importante como la observación y la experimentación para la continuidad del quehacer científico. Los paradigmas no sólo proporcionan mapas sino también algunas indicaciones para el establecimiento de ellos. Al adoptar un paradigma, adopto sus métodos y normas. Esto es un todo inseparable. Por ello decimos que cada paradigma responde a sus propios criterios y no a los de su paradigma oponente. Es como si los científicos que adoptan paradigmas en pugna hablaran distintos idiomas. Nunca podrán entenderse. Como dijimos antes, cada uno usa su propio paradigma para defender su propio paradigma. Es una dinámica circular. Y como los paradigmas no resuelven todos los problemas que plantea y no hay dos paradigmas que dejen sin resolver los mismos problemas, los debates paradigmáticos terminan por preguntarse cuál es el problema más importante para resolver. Como se trata de una cuestión valorativa, los parámetros para responder la pregunta son externos, se encontrarán fuera de la ciencia normal.

Las revoluciones son constitutivas de la ciencia y también de la naturaleza. Como ya dijimos, son cambios relativos a la concepción del mundo. Consisten en una nueva mirada, en una nueva visión del mundo. Kuhn sostiene que nos vemos tentados de afirmar que con las revoluciones el mundo mismo cambia, cuando lo que cambia es nuestra mirada. Infiere que si bien se adoptan nuevos instrumentos y se busca en lugares nuevos, aún con los mismos instrumentos se ven cosas nuevas. ¿Cómo es eso posible entonces? Es como si todo se viera a través de otro cristal o bajo una luz diferente. Frente a un mismo dibujo vemos cosas distintas. La percepción del científico debe ser reeducada, debe aprender a ver una forma nueva en el papel (Gestalt). En el texto se reiteran ejemplos en torno a la exhibición de cartas o barajas a ciertos sujetos que, interrogados sobre ellas, responden de una determinada manera. Dándole tiempo frente a las mismas barajas y vueltos a interrogar sobre lo en ellas exhibido, los sujetos empezaron a advertir cosas que en una primera mirada no habían reparado. Primero vieron un pato, y luego en la misma baraja un conejo. Por ello se afirma que la percepción depende de la preparación y adiestramientos previos de los espectadores. Lo que un sujeto ve, claramente se halla influenciado por su experiencia visual y conceptual previa. Y algunos sostienen que estas conclusiones psicológicas, podrían aplicarse a los paradigmas, aunque Kuhn afirma que aunque exista un paralelismo, el mismo no es tan completo y debemos flexibilizarlo.

La astronomía presenta claros ejemplos al respecto. Los científicos vieron los mismos objetos, con los mismos instrumentos y, sin embargo, vieron cosas nuevas. Urano fue observado durante mucho tiempo y pasó de ser una estrella a ser un cometa, y por último, a convertirse

en un planeta. Para algunos, los científicos vieron lo mismo pero interpretaron distinto. Kuhn agrega que la interpretación presupone un paradigma previo y que las interpretaciones que hacen los científicos, forman parte de la ciencia normal cuyo fin es el refinamiento, la ampliación y la articulación de un paradigma existente. La interpretación sólo puede articular un paradigma, no corregirlo. La ciencia normal sólo en última instancia reconoce anomalías y crisis.

Interesantes resultan las afirmaciones de Kuhn cuando sostiene que las anomalías terminan al “caerse las vendas de los ojos”, por una “iluminación repentina”, que a veces, incluso, puede presentarse durante el sueño. Las anomalías no desaparecen porque la comunidad científica delibere o interprete, ni por argumentaciones lógicas, sino más bien por un cambio que opera de repente. Las teorías no son sólo interpretaciones sobre datos dados, sino más bien sobre lo “reunido con dificultad” (Kuhn, 1971, p. 197) y todo lo relativo a la experiencia, como por ejemplo las mediciones que haya que realizar, se hallan determinadas por el paradigma. Al abordar un experimento, los científicos con distintos paradigmas, se ocuparán de algunas manipulaciones y no de otras. Y esta selección dependerá del paradigma al que adscriban. Por eso decimos que las operaciones y mediciones de la experiencia están determinadas por el propio paradigma, que son los anteojos a través del cual se ve el mundo. Es el propio paradigma el que permite a la ciencia normal preguntarse sobre algunas cuestiones y no sobre otras y las respuestas formuladas también dependerán de la adhesión a un paradigma o a otro. Ilustra el ejemplo de Dalton que introdujo un nuevo paradigma. Dalton era un meteorólogo, que fijó un nuevo criterio para diferenciar las mezclas de los compuestos y que supuso que en las reacciones químicas los átomos se combinaban unívocamente. No pertenecía a la Química y por pertenecer a otra disciplina, miraba los problemas con un paradigma distinto. Ello le permitió arribar a conclusiones inabordables para los químicos de su época.

Para culminar esta sección queremos subrayar lo que entendemos no ha sido desarrollado muy claramente en el texto de Kuhn. Nos referimos a lo que sostiene al referirse a los cambios que genera el cambio de paradigma. Pareciera afirmar o, en realidad, desea afirmar (así lo manifiesta), que con el cambio de paradigma, el propio mundo cambia (Kuhn, 1971, p. 176 y 211). Pero en la página 203 de su texto enuncia: “Sea lo que fuere lo que pueda ver el científico después de una revolución, está mirando aún al mismo mundo”. Su vocabulario e instrumentos, aunque los emplee de distinta forma, seguirán siendo los mismos. Quizá con la referencia a la pág. 178 podamos comprender que con el cambio de paradigma ocurre lo mismo que cuando un sujeto empieza a usar lentes inversos: primero se ve todo distinto, se ve el mundo cabeza abajo, se pierde la orientación; luego se arriba a un momento intermedio de confusión y al fin el sujeto aprende a conducirse en un mundo invertido y todo resulta como antes. Kuhn allí afirma que “el hombre acostumbrado a los lentes inversos habría sufrido una transformación revolucionaria de la visión”. El mundo que se ve no ha cambiado, pero sí la visión del sujeto que mira. Por ende, al menos en eso, sí se ha transformado el mundo.

Invisibilidad de las revoluciones científicas

Kuhn afirma que las revoluciones científicas son invisibles. Ello porque sostiene que durante el transcurso de la historia, han sido deliberadamente disimuladas. De esto se han encargado los libros de textos científicos, las divulgaciones y las obras filosóficas relativas a éstos. Todos ellos son escritos inmediatamente después de cada revolución científica. Los libros de texto coadyuvan con la continuidad de la ciencia normal. Por ello, provocada una revolución científica, tales textos deben reescribirse parcial o totalmente. Hecho, disimulan la revolución que le dio origen, y contribuyen a presentar la ciencia como acumulativa. Los textos presentan a los científicos del pasado trabajando sobre los mismos problemas y bajo los mismos patrones que la revolución más próxima haya señalado como científicos. Para la comunidad científica la ciencia posee un desarrollo lineal. Los libros de texto científicos tienen como objetivo enseñar lo más rápido posible los conocimientos del quehacer científico, “separadamente y uno por uno” (Kuhn, 1971, p. 218). Esta forma de enseñar puede obtener muy buenos resultados, pero resulta engañosa cuando pretende mostrarnos que la ciencia se conformaría por la reunión de descubrimientos e inventos individuales. Esta pretende asemejarse a un edificio que se ha construido ladrillo por ladrillo, uno encima del otro y esa forma de construir es lo que adoptan los libros de textos a la hora de informarnos sobre ciencia. Pareciera que resulta más cómodo presentar la ciencia como una mera acumulación de conocimientos que admitir que hay fisuras y disrupciones. Los textos se empeñan en mostrarnos que el descubrimiento de los hechos es gradual y que las teorías evolucionan gradualmente, lo que es negado por Kuhn. Esta pedagogía corriente ha sido responsable de forjar la distorsionada imagen que tenemos de la ciencia.

Conversión e inconmesurabilidad de los paradigmas

Hasta que el científico atraviesa la etapa de ciencia normal, el investigador es un solucionador de problemas/enigmas. No se dedica a poner a prueba los paradigmas. Aborda, en cambio, los problemas susceptibles de generar crisis. Y generalmente son los científicos más jóvenes los que se dedican a ellos. Los noveles son los menos comprometidos con las reglas del viejo paradigma y con su consiguiente visión del mundo. El paradigma se pone a prueba sólo cuando los científicos hayan fracasado de forma sostenida en la solución de un problema importante, de manera tal que conlleve a una crisis. Y la prueba implica ínsitamente la competencia entre dos paradigmas rivales. Es decir que la prueba se lleva a cabo cuando la crisis se agudiza tanto, que ha aparecido un paradigma alternativo.

Para Kuhn necesitamos hablar de probabilidades y no de verificación de las teorías científicas, ya que entiende que ninguna teoría puede ser sometida a todas las pruebas posibles. Al contrario, en *La Lógica del descubrimiento científico*, Popper hace hincapié en la falsación, es decir en la prueba, que si es negativa, obliga a rechazar toda teoría. Pero Kuhn no admite que

una sola anomalía implique falsación. Como ya dijimos, ninguna teoría resuelve todos los problemas, ni todas las soluciones son perfectas. Lo imperfecto y lo incompleto es justamente lo que permite el ajuste entre la teoría y la naturaleza durante la ciencia normal. Si cada fracaso en el ajuste del paradigma, implicara su descarte, todas las teorías deberían rechazarse, puesto que ninguna de ellas es perfecta ni resuelve todos los problemas. Para Kuhn no es suficiente un ejemplo que no se ajuste para desbaratar una teoría. Por el contrario se trata de un proceso conjunto de verificación y demostración de falsación, donde reviste mucha importancia la comparación probabilista de teorías (Kuhn, 1971, p. 228/229).

Para Kuhn no tiene sentido preguntarse si una teoría se ajusta a los hechos, ya que ninguna lo hace al cien por cien, sino que habría que reformular la pregunta y preguntarse, comparando entre dos teorías o entre un abanico finito de ellas, ¿cuál se ajusta mejor?

Los científicos que adhieren a paradigmas rivales, están siempre en pugna involuntaria. Ello es así porque ninguno aceptará las premisas no empíricas o supuestos de los que parte el otro bando. Hablan otro idioma, la contienda durante la conversión no se resuelve lógicamente y ninguno de ellos puede acudir a pruebas para fortalecer su argumento. Esto lo hemos deslizado antes y es lo que se conoce como inconmesurabilidad de los paradigmas: la inconmesurabilidad de las tradiciones científicas normales, anteriores y posteriores a las revoluciones.

Comúnmente los científicos de paradigmas rivales no coincidirán a la hora de establecer cuáles son los problemas que deben ser resueltos por los paradigmas. Tampoco acordarán sobre sus normas ni sobre la definición de ciencia.

El nuevo paradigma comparte con el anterior gran parte del vocabulario y de los aparatos conceptuales y de manipulación; pero no los emplean igual. Sus elementos (términos, conceptos y experimentos) se relacionan de forma diferente. Es, aunque no con exactitud, dice Kuhn, como un mal entendido entre las dos escuelas rivales.

La inconmesurabilidad también implica que los científicos con paradigmas en pugna, hacen ciencia en mundos distintos. Retomando un ejemplo anterior, unos científicos ven mezclas donde otros encuentran compuestos. Ven cosas diferentes mirando lo mismo. Kuhn afirma que si bien el mundo no ha cambiado, ven cosas diferentes y en relaciones diferentes. Esto permite sostener que lo que para un grupo de científicos no puede demostrarse, para otros aparece como intuitivamente evidente. El pasaje de un paradigma a otro no se hace por medios lógicos y neutrales. Ese pasaje o conversión, llamado cambio de paradigma, ocurre o no ocurre, no se produce paso a paso. O se cree o no se cree. No hay grises.

Todo esto ha sido blanco de críticas contra Kuhn, sobre todo por parte de los filósofos. Las contesta en su posdata refiriendo que no hay un argumento decisivo para adoptar una teoría en vez de otra, sino más bien un conjunto de argumentos, ni lógicos deductivos, ni neutros. Los científicos que sostienen paradigmas en pugna, víctimas de una “conversación rota”, pueden transformarse en traductores, puesto pertenecen a comunidades con diferente lenguaje (Kuhn, 1971, p. 305 y 308). Puede operar la traducción y, así y todo, no llegar al estadio de la persuasión. Por el contrario, son escasos los casos en que se persuade sin traducción alguna. También podríamos hablar de persuasión y sin embargo no llegar a la etapa de conversión. Estos

son procesos de transición: un científico puede estar persuadido, convencido de que el punto de vista del otro es superior y debe reemplazar al suyo. Sin embargo, no puede internalizar el nuevo criterio y elude la conversión (Kuhn, 1971, p. 309 y 311).

Muchas veces esta conversión no se lleva a cabo. A veces hay que esperar que desaparezcan los resistentes al paradigma y que aparezca una nueva generación que mire con imparcialidad. No es fácil admitir los errores para la comunidad científica. Pero, como ya dijimos antes, esa resistencia, que parece un exceso de rigidez, cumple una función. Gracias a ella la comunidad científica durante la ciencia normal, mejora el alcance y ajusta el paradigma, para luego quizá permitir la elaboración de otro nuevo.

La conversión ofrece resistencia, pero ocurre. Sobre todo con los científicos más jóvenes y no tan experimentados. Como referimos antes, el hecho de que no se apele a justificaciones lógicas, ni a pruebas para lograr la conversión, no quiere decir que no existan argumentos para intentar persuadir a los científicos, argumentación de la más variada especie, como por ejemplo fundamentos metafísicos o prejuicios. La conversión no se basa en un único argumento. Aunque el mejor argumento para la conversión, aunque no suficiente, resulta ser el hecho de que el nuevo paradigma sencillamente resuelve mejor los problemas que hicieron entrar en crisis el paradigma anterior, lo que será muy probable si su precisión cuantitativa es mayor. En su post-data, Kuhn agrega al respecto que una teoría será mejor cuando mejor represente lo que ocurre en la naturaleza.

El candidato a nuevo paradigma, tiene muchas chances de éxito si es capaz de predecir nuevos fenómenos no imaginados antes. También el éxito final del nuevo paradigma puede recaer en que la nueva teoría resulte más “sencilla” o “apropiada” (Kuhn, 1971, p 241). A veces, argumentos que podríamos considerar bastante débiles, hacen considerar a los científicos, en los primeros albores de la conversión, que la nueva teoría va por buen camino y la adhesión al mismo termina siendo una cuestión de fe. Fe en pensar que el nuevo paradigma, sin perjuicio de su inconmesurabilidad, responderá bien a los cuestionamientos que se le hagan, a pesar de que el viejo paradigma solo ha fracasado en unos pocos casos. Fe en que el nuevo paradigma podrá guiar las futuras investigaciones que intentarán resolver los problemas no resueltos aún. Klimovsky refiere que, en definitiva, se trata de una suerte de conversión religiosa (Klimovsky, 2001, p. 344).

La etapa de la conversión termina cuando han desaparecido todos los oponentes al viejo paradigma y cuando toda la comunidad científica practica su ciencia bajo un nuevo paradigma.

Progreso y verdad

No hay duda de la carga emotiva de la palabra progreso. La ciencia parece inevitablemente relacionada a la noción de progreso. A tal punto que Kuhn se pregunta si un campo progresa porque es ciencia o es ciencia porque progresa (Kuhn, 1971, p. 250). El progreso se evidencia y está asegurado durante la etapa de ciencia normal, en la que ya no se cuestionan los prime-

ros principios del paradigma, pero en la que se profundiza su alcance y su precisión. No hay otro ambiente más que el científico, en el que sus miembros sean evaluados por sus pares. En otras áreas, los destinatarios de la producción o del quehacer (por ejemplo, en el arte), son profanos o sujetos no productores de ese quehacer. En cambio al científico le interesa la mirada de sus propios colegas, no de terceros espectadores.

Según Kuhn sólo las civilizaciones que descienden de los antiguos griegos han desarrollado algunas características propias de la productividad científica. Estas son: 1) los sujetos avocados a la tarea científica pretenden resolver problemas que acaecen en el curso de la naturaleza; 2) los problemas deberán ser de detalle; 3) las soluciones deberán ser compartidas por muchos, que deberán ser colegas; 4) no se atenderá a lo que piensen los jefes de estado o la comunidad profana o no científica; 5) solo los científicos serán dueños de las reglas del juego para emitir juicios válidos. Todo esto conlleva a la pregunta de si en la ciencia puede existir una única verdad.

Un grupo con estas características ve al cambio de paradigma como progreso. El nuevo paradigma deberá resolver un problema extraordinario que no puede solucionarse de otro modo. Deberá preservar de alguna forma las realizaciones de paradigmas anteriores y permitir soluciones adicionales de problemas. Sin embargo la idea de que los cambios de paradigma llevan a la comunidad científica cada vez más cerca de la verdad, para Kuhn debe ser revisada. Y es, por ello, tachado de relativista. No hay meta alguna, no investigamos o hacemos ciencia para acercarnos a una meta. La ciencia sólo pretende un conocimiento más detallado de la naturaleza; no hay evolución hacia algo en particular. Se trata únicamente de un proceso de etapas sucesivas de la evolución del conocimiento de una comunidad dada en un tiempo dado. Para Kuhn debiéramos abandonar la idea de “evolución hacia lo que deseamos conocer” y reemplazarla por una “evolución a partir de lo que conocemos” (Kuhn, 1971, p. 263).

Para concluir cerraremos diciendo que Kuhn vincula la evolución darwiniana de las especies con la de las ideas científicas. Ante la presencia de paradigmas en pugna, se desarrolla una selección natural, y existe un mejor camino para la práctica científica. Sus reflexiones finales afirman que el conocimiento científico moderno es un conjunto de documentos adaptados que dan cuenta de las etapas sucesivas que cíclicamente traspasan entre períodos de revoluciones científicas y etapas de ciencia normal y que en esta evolución no existe una meta preestablecida, ni una verdad fija ni permanente.

Misma palabra: derecho como objeto y Derecho como ciencia

Ambigua resulta la palabra “derecho” puesto que se refiere tanto al conocimiento jurídico como a su objeto de estudio. Se utiliza “derecho” para dar cuenta tanto del fenómeno jurídico, consista éste en las normas generales dictadas por órganos competentes o en las conductas reguladas por esas reglas, sea las normas individuales de los magistrados o la regulación social del

uso de la fuerza². Pero también se utiliza la misma palabra para nombrar a la disciplina que aborda el conocimiento de ese fenómeno multifacético.

Otra discusión aparte merece el rango epistemológico del conocimiento jurídico. Hallaremos posiciones que niegan su cientificidad, como posiciones que la afirman. Y esto obedece a las características del fenómeno que dicho conocimiento tiene como objeto de estudio. Entre las primeras se hallan las que consideran que el objeto es mutable y ello atentaría contra la posibilidad tanto de formular enunciados generales para dar cuenta de su objeto, como de llevar a cabo predicciones sobre su desarrollo. Por otro lado, no existiría la suficiente distancia que se exige entre sujeto cognoscente y objeto a conocer. En nuestra disciplina los sujetos intervienen de muchas formas, por ejemplo, en la formación del propio objeto.

Ya el físico y epistemólogo Thomas Kuhn, afirmaba que todas las ciencias sociales se hallaban en un estadio precientífico, en el que todos sus operadores se encontraban aislados, peleando con armas distintas, uniformes diferentes y contra blancos diversos.

Claro que este debate se reduce en definitiva a una cuestión semántica: a lo que entendamos por ciencia o conocimiento científico. Muchos de los que niegan su cientificidad, parten de una visión positivista en materia de ciencia, y ven conocimiento científico sólo en el ámbito de las ciencias duras o naturales, en la que se pueden formular leyes generales por la regularidad de los fenómenos que abordan. En cambio, en el campo del conocimiento jurídico, si observamos el desarrollo de las ideas de los juristas, podemos advertir desacuerdos acerca de la naturaleza del propio objeto de estudio, o acerca de la definición del derecho. Se ha definido “derecho” (entendido como fenómeno, no como conocimiento) como el arte de persuadir al juez o, para otros, de predecir sus sentencias. Para muchos el derecho consiste en un sistema de normas positivas; para otros en cambio tiene como objeto conductas humanas en coexistencia, concebidas en libertad y normadas. Algunos creen que el objeto derecho se vincula con las órdenes respaldadas por amenazas, con las obligaciones morales y con las reglas. Alchourrón y Bulygin lo definen como un sistema deductivo de enunciados y las consecuencias lógicas que de ellos se derivan, entre los que por lo menos exista una norma. Dworkin amplía más el panorama e incluye reglas, directrices y principios. Para Alexy el derecho trataría de reglas y principios, y a ello sumaría una teoría procedimental de la argumentación. Están quienes afirman, como Kelsen, que el derecho es un conjunto de normas respaldadas por la fuerza y, para otros, como Ross, es en cambio, un conjunto de normas que se refieren al uso de la fuerza. Las posiciones ius naturalistas afirman que el derecho es un conjunto normas que deben respetar ciertos principios de moralidad y justicia, universales y asequibles a la razón humana. Muy diversa resulta la definición misma de derecho que, desarrollada por distintas concepciones, se ve viciada en ocasiones por la ya señalada ambigüedad que la misma palabra trae consigo.

Volviendo al rango epistemológico de las disciplinas, ya antes de Cristo, se afirmaba que sólo había ciencia en lo general, por lo que la misma estaba reducida a cuestiones universales

² En este trabajo, para distinguir al objeto a estudiar por el jurista de la disciplina por la cual ese objeto es estudiado, voy a recurrir al uso de la mayúscula: así, ‘derecho’ remitirá al objeto que estudiaremos, y ‘Derecho’ será la ciencia que se ocupa de él.

y necesarias. Entre las posiciones que niegan la cientificidad del conocimiento jurídico, encontramos, durante el siglo XIX, a Julius von Kirchman, que remarcaba lo individual y variable del objeto del derecho, mientras las ciencias físicas tienen objetos estables y se puede dar cuenta de ellos a través de leyes generales, constantes e inmutables. El Derecho, en vez, es cambiante y no puede ser aprehendido por medio de juicios generales. El Derecho en tanto fenómeno dependiente del arbitrio humano, no posee los rasgos de universalidad, permanencia, estabilidad e inmutabilidad. Aunque a esto podríamos responder que la Epistemología ha señalado que el propio terreno de las ciencias duras muestra menos firmeza de lo que se suponía, que los conocimientos están sometidos a cambios históricos y que la justificación de tales cambios depende de cuestiones opinables.

Savigny a comienzos del siglo XIX “*ontologizó*” el derecho (es decir, lo hizo objeto de estudio), afirmando que se hallaba en el espíritu del pueblo, manifestado en sus costumbres. Era el puesto y creado por los hombres y se dedicó a teorizar sobre este objeto.

La Ciencia Jurídica, o del Derecho, finalmente pudo considerarse constituida cuando se determinó que se ocuparía solamente del objeto derecho, sea cual fuera éste. El Derecho debía estudiar al derecho. Para algunos es ciencia porque constituye un conjunto sistematizado de conocimientos sobre hechos o fenómenos sociales con implicancias jurídicas. Para otros es una disciplina que tiene como objeto el estudio, la interpretación, la integración y la sistematización de un ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de ello, se ha continuado discutiendo tanto acerca de su naturaleza o definición, según las posiciones de que se trate, como sobre el estatus epistemológico del conocimiento que se construye acerca de dicho fenómeno.

En el siglo XX, Recaséns Siches afirmaba que el Derecho es meramente la ley y que cuando nos referimos a la ciencia del Derecho nos referimos únicamente a una reproducción de las normas jurídicas, a la exposición del contenido de un orden jurídico determinado. Por ello la llamada ciencia del Derecho es meramente Dogmática Jurídica y no sería una verdadera ciencia; sólo expone contenidos jurídicos limitados por la voluntad del legislador. Se ha criticado esta postura afirmando que el Derecho no es meramente la ley, ya que también existen otras fuentes, como por ejemplo las normas consuetudinarias u otros elementos mencionados en párrafos anteriores. Al conocimiento jurídico no le cabe sólo una función expositiva y sistemática, sino también le incumbe una tarea de interpretación/ponderación.

Lejos de la posición que considera que el derecho es la ley, para Carlos Cossio el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, vista a través de las normas, y libre. Entiende al objeto derecho como un objeto cultural egológico, conducta humana viviente. El método para aprehender dicho objeto es el empírico dialéctico: lo primero, porque capto al objeto a través de mis sentidos; dialéctico porque el sujeto realiza un pasaje entre el sustrato material y el sentido valioso que hay en él.

Contemporáneamente encontramos a Atienza quien sostiene en primer lugar que la disciplina jurídica no guarda la distancia entre sujeto y objeto, propia de una ciencia porque ni siquiera es conocimiento. El objeto es creado por el sujeto: legisladores, jueces, doctrinarios.

En segundo lugar para este autor la ciencia es conocimiento neutral. En el Derecho en cambio el sujeto conoce para actuar y dirigir conductas sociales. En consecuencia, el Derecho es una mera técnica o es política; consiste en una técnica de control social o de resolución de conflictos. Estas premisas de las que parte Atienza han sido criticadas: nunca hay una total distancia entre el sujeto y objeto y ningún conocimiento es neutral; siempre se conoce partiendo de algún presupuesto. En segundo lugar no se puede oponer ciencia a técnica. La técnica moderna se funda en las ciencias modernas y no se las puede plantear a ambas cosas en término de un dualismo.

Para otros en cambio, con una mirada menos dura, si la disciplina en cuestión posee un objeto de estudio determinado y un método de aproximación o abordaje, es digna de ser considerada ciencia, amén de la falta de universalidad de sus contenidos. Aunque esa mirada también es rígida. Lecturas más flexibles entienden que el objeto de estudio puede revisarse e ir construyéndose de forma dinámica.

Hoy, Luigi Ferrajoli pregona la existencia de una Ciencia Jurídica, que llegando aún más lejos, pretende que no tenga meramente un alcance descriptivo, sino que de alguna manera sea una ciencia normativa, prescriptiva, crítica, que dé cuenta de la tensión entre el derecho que debe ser y el que es, que señale inconsistencias y lagunas, en la que el sujeto tome partido, recomiende instituciones y normas, no perdiendo por ello neutralidad en la teoría, a la hora de evaluar su rango de cientificidad (Ferrajoli, 20, 20, 34, 36, 664).

Como podrá observarse existen distintas posturas, más numerosas que en otros quehaceres, diversidad que obedece a diferentes razones de índole epistemológica, ontológica, ideológica, y también lingüística. En este último plano, como adelantamos, existe una falta de distinción entre el objeto de estudio y la disciplina que lo aborda. Se suele llamar con la palabra “derecho” tanto al objeto como a la ciencia que lo pretende estudiar.

La paleta es diversa y tiene muchos colores. Lo que sí sabemos es que si el concepto del derecho es variado, variada será la forma de abordarlo. Dependerá de cómo caractericemos al objeto, el tipo de conocimiento y método a seguir para su abordaje.

Desde antaño existe esta intención de quienes se dedican a cualquier empresa, de lograr que el estatus de la misma sea científico, como si al no serlo, con ello se le quitara legitimidad o se le restara importancia al quehacer, actividad, emprendimiento o disciplina. El rango epistemológico parece determinar la jerarquización del estudio en cuestión. No hay duda de que la palabra ciencia conlleva una carga emotiva positiva y de que a algunos les costaría reconocer que aún si el Derecho no revistiera rasgos para su abordaje científico, sería una técnica política o una técnica de resolución de conflictos indispensable para la vida civilizada. Sin embargo, están quienes consideran que el conocimiento del derecho es algo más.

Dejaremos al lector de este escrito el trabajo de preguntarse por el rango epistemológico del conocimiento jurídico y por las consecuencias de pensarlo como *episteme* o como mera opinión o *doxa*. Y de no ser *episteme* y ser *doxa*, si esto no impediría considerarlo como algún tipo de saber, aunque quizá no resultara fácil encasillarlo según las clasificaciones tradicionales.

Referencias

- Alexy, Robert, (2008), *Teoría de la Argumentación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, (1987) *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Atienza, Manuel, (1985), *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova.
- Atienza, Manuel, (1986), *Sobre la jurisprudencia como técnica social: respuesta a Roberto J. Vernengo*. *Doxa*, N° 3.
- Cossio, Carlos, (1944), *La teoría egológica y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires.
- Dworkin, Ronald, (1977), *Los derechos en serio*, Editorial Planeta – De Agostini, Buenos Aires.
- Ferrajoli, Luigi, (2011), *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la democracia*, T° I, Madrid, Editorial Trotta.
- Hart, Herbert L. A. (1961), *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
- Kelsen, Hans, (1958), *Teoría general del Derecho y el Estado*, México, Imprenta Universitaria.
- Klimovsky, Gregorio (2001), *Las desventuras del conocimiento científico*, Buenos Aires, AZ Editora.
- Kuhn, Thomas, (1971), *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Popper, Karl, (1962), *Lógica de la investigación científica*, Madrid, Ed. Tecnos.
- Popper, Karl, (1972), *La Lógica de las Ciencias Sociales*, Barcelona, Ediciones Grijalbo.
- Recaséns Siches, Luis, (1934), *Los temas de la Filosofía del Derecho*, Barcelona.
- Ross, Alf, (1997), *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- Vernengo, Roberto J., (1986), "Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del Derecho?", *Doxa*, N° 3.
- Von Kirchman, Julius Hermann, (1949), *El carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho*, volumen *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires.

CAPÍTULO 2

La constitución del derecho como objeto de ciencia: del jusnaturalismo a Kelsen

Juan Daniel Videla

Primera parte

Derecho y ciencia jurídica desde los orígenes al siglo XIX

Esta contribución procura desarrollar algunos de los primeros y más básicos temas del programa de nuestra materia (Introducción al Derecho), particularmente, los concernientes al objeto y al carácter científico de la ciencia del derecho.

La primera parte del trabajo comienza con una breve referencia a la problemática del conocimiento en general, como preparación para la problemática especial del conocimiento jurídico. A partir de ese punto, en las sucesivas secciones, aborda las grandes divisiones de la constitución histórica del derecho, tratando tanto el objeto derecho como el saber jurídico. De esta manera, se estudian con algún detalle la diferencias entre el derecho romano y el moderno, el carácter racional que el pensamiento jurídico cobra durante la época del predominio del jusnaturalismo hasta entrada la modernidad, la búsqueda común de un objeto específico del siglo XVIII al siglo XX, período caracterizado por la sucesión de los enfoques racionalista, historicista y positivista, etc. La segunda parte del trabajo, finalmente, estudia los aportes de Kelsen a esta empresa—su redefinición de la ciencia jurídica—precisando algunos problemas que en este autor surgen con respecto a la identificación y descripción del derecho. La conclusión resume el contenido del capítulo y señala la manera en que los contenidos desarrollados se proyectan en el resto de la teoría jurídica y del programa.

Preliminar: ciencia y objeto a propósito del derecho

Ya se habrá estudiado que el conocimiento puede definirse como una relación bímembre, un “fenómeno de conciencia” entre una conciencia o subjetividad que conoce y una objetividad que la enfrenta y se construye como objeto. Dice Hessen, en su conocida obra:

“El fenómeno del conocimiento se nos presenta en sus rasgos fundamentales de la siguiente manera: En el conocimiento se hallan frente a frente la conciencia y el objeto, el sujeto y el objeto. El conocimiento se presenta como una relación entre estos dos miembros, que permanecen en ella eternamente separados el uno del otro. El dualismo de sujeto y objeto pertenece a la esencia del conocimiento. La relación entre los dos miembros es a la vez una correlación. El sujeto sólo es sujeto para un objeto y el objeto sólo es objeto para un sujeto. (...) Pero esta correlación no es reversible. Ser sujeto es algo completamente distinto que ser objeto. La función del sujeto consiste en aprehender el objeto, la del objeto en ser aprehensible y aprehendido por el sujeto. Vista desde el sujeto, esta aprehensión se presenta como una salida del sujeto fuera de su propia esfera, una invasión en la esfera del objeto y una captura de las propiedades de éste. (...) No en el objeto, sino en el sujeto, cambia algo por obra de la función de conocimiento. En el sujeto surge una cosa que contiene las propiedades del objeto, surge una "imagen" del objeto. Visto desde el objeto, el conocimiento se presenta como una transferencia de las propiedades del objeto al sujeto. Esta imagen es objetiva, en cuanto que lleva en sí los rasgos del objeto. Siendo distinta del objeto, se halla en cierto modo entre el sujeto y el objeto” (Hessen, J. 1994, p. 13-14).

Precisamente, porque la relación de conocimiento es dinámica y consta de dos polos de igual importancia, una de las cuestiones o problemas que frecuentemente suele confrontarnos al comienzo de los estudios jurídicos consiste en determinar si debe tratarse en primer término de la ciencia jurídica como especie de *conocimiento* o, por el contrario, debemos comenzar con su *objeto*, el derecho, al que normalmente identificamos con un cierto conjunto de preceptos que regulan la vida social.

El presente texto sugiere que esta cuestión encierra una falsa disyuntiva que no es exclusiva de los estudios jurídicos. En efecto, la cuestión de si debe comenzarse por uno o por otro expresa la contraposición o dualidad entre conocimiento (ciencia o método) y objeto (fenómeno), ya que partiendo de uno de ellos necesariamente se llega a otro. En el fenómeno del conocimiento estamos frente a un desarrollo dialéctico que asume y reproduce la forma de un diálogo entre las exigencias de la ciencia y la especificidad del objeto. De hecho, la elección de un método científico presupone un objeto y la definición de un objeto presupone un método y un punto de vista científicos. Puede decirse que el despliegue del método, “construye” el objeto (en el sentido de que lo identifica, recorta y define) y que, en la mayor parte de los casos, este último influye en los procesos cognitivos en que se basa la ciencia, hasta el punto de constituir lo que llamamos “subjetividad”. Lo que llamamos “sujeto” y “objeto” no son sino puntos de partida para empezar a reflexionar. Su uso sistemático, no menos que su contraposición, son herramientas o convenciones de las que nos valemos para avanzar en el estudio de las ciencias, en nuestro caso, el derecho. Por lo pronto, baste con saber que la ciencia jurídica estudia un objeto que llamamos “derecho” que puede ser definido desde diferentes puntos de vista, ema-

nados de concepciones científicas diferentes y que desarrollan una metodología propia congruente con lo que se proponen demostrar.

En definitiva, derecho y ciencia jurídica se implican recíprocamente y cualquiera de ellos puede servir de punto de partida para nuestro estudio. Por eso mismo, en cada una de las secciones de este trabajo hemos decidido comenzar por el “objeto”, dando un vistazo descriptivo a la manera en que el mismo ha sido configurado históricamente. Por ejemplo, veremos cómo los estudiosos del derecho—el “sujeto”—han dedicado buena parte de sus investigaciones entre el siglo XVIII y el siglo XX a determinar el grado de “cientificidad” que la ciencia jurídica puede alcanzar. En otras palabras, los juristas han intentado mostrar en qué grado la subjetividad científica brinda a su objeto de estudio la permanencia indispensable para que el conocimiento no sea sólo posible sino también certero y preciso, es decir, lo más próximo al modelo de certeza y precisión que ofrecen las ciencias naturales.

El objeto “derecho” y su estudio en la antigüedad

El derecho antiguo

En las sociedades más antiguas, a las que a veces llamamos *primitivas* (es decir, anteriores al desarrollo de civilizaciones clásicas como la antigua Grecia y la antigua Roma de los siglos V a I aC) la vida estaba regulada por una trama única de normatividad, que comprendía, indistintamente, todos los aspectos de la cultura. Nociones que hoy llamaríamos jurídicas, como prohibición, mandato, tributo pecuniario, costumbre obligatoria, respeto, protección o tutela, reparación, castigo, retribución, a veces bajo la forma de la venganza, han existido siempre. Con el paso del tiempo, se diferencian dentro de la cultura lo que hoy, con ojos contemporáneos, podríamos llamar moral por una parte y derecho por la otra. De esta manera, Grecia primero y Roma después, desplegaron lo que podría llamarse los cimientos de la cultura jurídica contemporánea. Por ejemplo, los juristas romanos desarrollaron ideas acerca de la justicia y nociones técnicamente avanzadas como las de persona jurídica, contrato, propiedad y, en el derecho público, las de república y magistratura (Iglesias, J. 1986).

No obstante, el derecho romano no tenía todas las características que el derecho moderno hoy presenta. Su carácter era fragmentario, casuístico, y una gran parte del fenómeno social caía fuera de su regulación o calificación, es decir, continuaba siendo parte de la religión o la moral. Esta situación de indefinición continúa incluso durante la larga deriva medieval del derecho romano, que convive con el derecho canónico y el de los entonces nuevos pueblos germánicos europeos. En efecto, puede decirse que numerosos aspectos de la vida recién vinieron a convertirse en propiamente jurídicos (a “juridizarse”) con la época moderna (s. XVIII en adelante). Como veremos más abajo, es a partir de comienzos del siglo XIX y con el movimiento que llamamos “codificación”, que el derecho cobra el carácter sistemático bajo el cual hoy lo estudiamos. De igual manera, el concepto jurídico de subjetividad como individualidad y titularidad

de derechos inalienables, tal como lo conocemos ahora, no estaba desarrollado en la época romana. La subjetividad era más bien débil, difusa o descentrada (Broekmann, J., 1997).

La primera ciencia jurídica: el estudio del derecho romano

Puede decirse que, en Grecia, es Aristóteles quien primero reflexiona sobre el derecho y el saber del derecho. Descubre que el derecho es la actividad del juez y corresponde a la justicia como virtud particular, que consiste en distribuir a cada uno lo suyo. Por otra parte, el derecho puede identificarse con la ley, o con la justicia general, o legal, y es la suma de todas las virtudes, que caracteriza al buen ciudadano (Aristóteles, 2004, capítulo V). Esta distinción entre derecho como justicia y como ley, como veremos, se proyectará luego a lo largo de toda la historia del pensamiento político.

De la misma manera, en Roma, la actividad de los *jurisconsultos*, consistente en explicar la interpretación que de las costumbres (*mores*) hacían los pontífices primero y los funcionarios civiles después, califica como el primer ejemplo de ciencia jurídica. Con el paso del tiempo, estos juristas, también llamados *jurisprudentes*, fueron autorizados explícitamente a *dictaminar* sobre el derecho, decirlo, o responder acerca de él en nombre del Príncipe. A su vez, los propios jueces, y los pretores, contribuyeron a la consolidación de la ciencia jurídica, de donde la actividad jurisdiccional fue a la vez fuente de la creación del (objeto) derecho y de su estudio o ciencia jurídica (Iglesias, J. 1986, Campa, 1991).

Es característico entonces, tanto de la antigua civilización griega como de la romana, entender al derecho en el sentido de distribuir a cada uno su parte en un litigio, es decir, como reparto o atribución, más que como regla de conducta o ley general. De ahí derivan el sentido y la definición de justicia y de *lo justo* que han llegado hasta nuestros días. Se trata de un derecho natural (*dikaionphysikon*) y no de un derecho conforme a la ley (*nomos*), se trata no de normas, sino del sentido de reparación que corresponde a un estado de cosas. O, como apunta Broekmann, de la restitución de un equilibrio roto (Broekmann, J. 1997, cap. 2). Según la conocida tesis de Michel Villey, este sentido de justicia particular prima sobre el de justicia legal o general, que se confunde con la moral y es fomentado por las buenas leyes (Villey, M. 1979, p. 25).

Eventualmente, sin embargo, la intención, más bien política y cultural que jurídica, de los filósofos de la época romana de explicar un orden institucional que ya no era más nacional, sino imperial, termina revalorizando el concepto de ley como dirección, por sobre el de derecho como reparto. La dispersión cultural, religiosa y política, evidenciada en la incertidumbre jurídica que muestran las tragedias griegas, se procura reemplazar por una civilización organizada, capaz de servir de base de un gobierno imperial, extendido de un continente a otro. La cosmópolis había sustituido a la vieja polis.

El jusnaturalismo cosmológico

En efecto, intentando conocer el principio que rige y armoniza todo el *cosmos*, los filósofos de la época apelaron a la idea de un espíritu, *logos* o *nous* hegemónico, que gobierna todas las

criaturas y es incluso immanente a la materia que las constituye (Mondolfo, R. vol II, pp. 124-125, Brun 1962, p. 31). Cicerón (s. I aC) retoma estos temas, reforzando la subsunción de la vida humana bajo una naturaleza universal, naturaleza-ley, o ley natural. En su filosofía, la realidad se ordena en un *continuum* de fines que comienza con el hombre y sigue rigurosamente con la polis, la nación, la humanidad, la naturaleza, el mundo, hasta llegar a los dioses. Una especie de cadena donde los fines de cada escalón o región de fenómenos están ligados con los del siguiente. Todo está regido por una única ley, que se dice perpetua, verdadera, suma (máxima) verdadera, celestial, pero fundamentalmente racional. Esa ley natural o naturaleza-ley va a fundamentar el derecho positivo y, en consecuencia, las leyes en plural -los edictos del poder político- no pueden estar en contradicción con ella. El término “ley” ha adquirido un significado nuevo, ya que hasta ese momento la palabra *lex* se refería a un decreto del pueblo romano reunido en asamblea (Cicerón, 1970, Videla, J., 2004). De esta manera se construye el primer capítulo en la historia de lo que conocemos como *jusnaturalismo jurídico*.

El jusnaturalismo teológico

En Santo Tomás encontramos la versión cristiana de la teoría ciceroniana de la ley natural. La idea de *continuidad* de los seres del cosmos es reemplazada por la de *creación*. Con ello, Dios queda separado de los hombres y del mundo material, a los que dirige, diríamos, desde lejos, como principio extrínseco. No hace falta decir que, en la versión cristiana, el corporealismo estoico (“materialismo”) se ha abandonado. Reteniendo su status racional, la ley natural es reconsiderada en el contexto de la teología cristiana (Strauss, 1996, pp. 140-142).

El contexto preciso en que Tomás trata la ley natural es el de los principios de la acción humana. Se aparta hasta cierto punto de la tradición ciceroniana, al tratar separadamente el concepto de ley y el concepto de derecho, en secciones diferentes pero de igual jerarquía de la *SummaTheologica*. No obstante, parecería que Santo Tomás no rehabilita totalmente el concepto de derecho como reparto, o que su rectificación de la relación ley natural/derecho natural queda insuficiente. En todo caso, el señalado concepto de ley natural tomista es el que más influencia ejerce en el pensamiento jurídico.

A este respecto, santo Tomás considera que la ley natural es un principio rector de la acción, implantado por Dios en la mente de los hombres, que mueve su voluntad al bien común. Por esa razón a ella deben adecuarse las leyes humanas o positivas:

“La ley es una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar; pues *ley* deriva de *ligar*³; porque obliga en orden a la acción. Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón, que, como ya vimos (q.1 a.1 ad 3), constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que propio de la razón es ordenar al fin, y el fin es, según enseña el Filósofo, el primer principio en el orden operativo. Pero lo que es principio en un determina-

³ “Ligar” significa relacionar de modo que se cree un vínculo que obliga.

do género es regla y medida de ese género (...). Síguese, pues, que la ley es algo que pertenece a la razón” (Santo Tomás, 1265-1274, II-I).

Estos principios son intrínsecos (virtudes o vicios) o extrínsecos. El principio extrínseco que mueve a los hombres hacia el bien es Dios, que los instruye por la ley y les asiste con Su Gracia. La ley natural se distingue claramente de la ley eterna—Dios mismo o el principio de Su gobierno de todas las creaturas—por un lado, y de la ley divina, es decir de la ley positiva contenida en la Biblia, por el otro. La ley eterna es el fundamento de la ley natural; su participación en la criatura racional, a la inversa, es la participación del hombre en la ley eterna. Esta última, a su vez, puede ser suplida por la ley divina, al tiempo que da forma y sentido a la ley humana.

El objeto “derecho” y su estudio en la primera Modernidad, época de la razón científica

En la primera modernidad del derecho asume el carácter racional común a muchas otras prácticas sociales y aún a la noción misma de conocimiento que comparten la filosofía (al menos desde el siglo XVI), las ciencias experimentales, particularmente la física, y las ciencias sociales que buscan asemejarse a ellas. La racionalidad moderna se manifiesta: en lo económico, como el desarrollo del capitalismo, en lo político, como el nacimiento del estado nacional, el dogma de la constitución racional, los derechos fundamentales y la democracia, y, en lo jurídico, como la época de la codificación. Es la época de los códigos: textos dedicados a sistematizar las diferentes ramas del derecho en un cuerpo único. Con ello cae el viejo orden europeo, de raíces medievales, y se prepara un mundo nuevo, cuya legitimación, paulatinamente, deja de ser mágica o religiosa para convertirse en exclusivamente racional: la modernidad que se despliega a partir del siglo XV se presenta como época de la razón y de la ciencia.

La racionalidad del saber

Veamos ahora qué ocurre en esta época con el saber jurídico, el polo subjetivo del conocimiento del derecho. Durante la antigüedad y el medioevo el saber sobre el derecho era a un mismo tiempo técnico y valorativo, positivo y tradicional, y hasta podría decirse mágico en algunos casos. Recién a partir del siglo XVII, la cultura europea (y por extensión la cultura universal) cobra un carácter fuertemente racional. En efecto, recién por esa época comienza a plantearse la distinción entre “ciencia” y “filosofía” jurídicas como aparece en nuestro presente. En particular, en la edad moderna se desarrolla un concepto de ciencia sobre la base de dos hipótesis. En primer lugar, que todo conocimiento es racional, lo que implica el carácter universal y necesario de los juicios de la ciencia (garantizado por la identidad—formal o lógica— entre la mente y las cosas). En segundo lugar, que sólo puede conocerse lo que está dado en la experiencia (de los sentidos). Ahora bien, si bien este mundo nuevo veía a la razón como algo a-histórico, no dejaba por ello de reflejar los vínculos orgánicos de la época pre-moderna, (creencias, rela-

ciones de poder, etc.) que, no obstante, perduran hasta entrada la modernidad y que luego persistieron, metamorfoseados en ideas.

En una primera etapa (siglos XVI a XVIII) la racionalidad que progresivamente va adquiriendo el derecho encuentra su expresión teórica en las doctrinas o filosofías del derecho natural, que comparten la creencia en un orden ético universal, inmutable en sus principios. Sin embargo, los orígenes de estas teorías se encuentran en el pensamiento estoico del mundo romano (particularmente, en el de Cicerón, ya mencionado), no menos que en la doctrina medieval cristiana. Retomemos brevemente esa historia del jusnaturalismo, ahora en su etapa moderna y racionalista.

El jusnaturalismo racionalista

Ya entrada la modernidad encontramos otras versiones de la ley natural. La primera serie de autores, que culmina en Hugo Grocio (1583-1645), acusa la influencia del protestantismo, particularmente de la concepción pesimista de la naturaleza del hombre que caracterizó a la Reforma. De acuerdo a estos autores, el pecado original ha corrompido al hombre sin posibilidad de que este pueda redimirse, al punto de decir cuál es la ley natural o voluntad de Dios. La naturaleza corrupta del hombre no puede ser origen de la justicia. En todo caso, de ser cognoscible, el derecho natural es insuficiente para guiar su vida. De allí la importancia nueva que toma el derecho positivo. Hay un orden interno de la conciencia en que puede hacerse presente la misericordia de Dios y un orden externo de la acción que está bajo la voluntad de la ley, obra del legislador humano (Truyol y Serra, 1982, pp. 36-53).

Progresivamente, sin embargo, los autores de la época han ido fortaleciendo la noción de derecho natural, pero separándolo de la idea de dirección de Dios sobre los hombres, para anclarlo en un concepto no-teológico de razón, concreto en algunos aspectos y, hasta cierto punto, abstracto. A su vez, no dejarán de prescindir de las instituciones humanas como expresión concreta de esa razón. Es así que Grocio puede sostener que el derecho natural existiría aunque Dios no existiese. El derecho natural es evidente para el hombre, en el sentido de que por todas partes encontramos pruebas de su existencia; el derecho natural se deduce de la historia universal, del consenso público, de las sentencias de los jueces, de los dichos de filósofos, las costumbres de todos los jueces, etc. Del mismo modo lo remite al viejo concepto de *recta ratio* romana, en donde encuentra la verdadera naturaleza social del hombre. Pero todas estas son pruebas históricas más que puramente racionales, al estilo de santo Tomás.

Para Grocio y otros autores de su tiempo, existe un orden universal instaurado por la ley natural al que corresponde un derecho natural: preceptos jurídicos, nociones sobre los derechos fundamentales, que se consideraban evidentes a la razón, aunque fueran insuficientes y requiriesen ser completados por el derecho positivo. La tarea era deducir, de las premisas básicas del derecho natural, los contenidos concretos de la realidad jurídica, afirmando la invalidez de cualquier orden positivo que se le opusiera. Como esta tradición entiende el derecho como ley, ese derecho natural habría de constituir la premisa mayor de un silogismo deductivo en el que

el derecho positivo tendría el carácter de premisa intermedia derivada de ellas y la sentencia sería la conclusión o norma particular que subsume los hechos.

El objeto “derecho” y su estudio desde la Ilustración al siglo XIX.

La pregunta por la “cientificidad” del conocimiento jurídico.

Kant: el pensamiento ilustrado

Kant, tal vez el último autor al que podría llamarse jusnaturalista, es, por otra parte, el primero en plantear—en el siglo XVIII—la pregunta por el carácter científico del conocimiento, originaria de la reflexión acerca de las ciencias de la naturaleza. Intenta rebatirlas teorías jusnaturalistas que le precedieron, las cuales afirmaban que las leyes de la moral eran evidentes a la razón o intuición racional sin necesidad de recurrir a la experiencia. Al mismo tiempo expresa la idea de un nuevo tipo de ciencia y de subjetividad (Kant, 2003).

Kant afirma que toda ciencia comienza en la experiencia, pero está basada en juicios *a priori*, es decir, que en toda afirmación hay nociones permanentes que preceden a la experimentación y, sin embargo, expresan la síntesis entre pensamiento y el material sensible que se da en la experimentación. Tales nociones son, por ejemplo, las verdades de la matemática o la noción de la relación causa/efecto. Del mismo modo trata de mostrar que nuestro conocimiento de la ley moral también expresa una síntesis entre el deber ser y los deseos, el que, también *a priori*, está siempre mediado por las costumbres y las instituciones. Agrega Kant que el proceder o actuar moral de cada uno siempre puede ser generalizado, siempre puede ser usado como ley de la humanidad. Si esto no es posible, es porque esa acción no es moral, sino inmoral (Kant, E. 2008). A la exigencia de que el obrar individual sea universalizable—tenga la *forma* de una ley universal—se llama “imperativo” categórico kantiano⁴.

Más aún, la importancia de Kant reside en que su obra traza una línea entre la naturaleza y el mundo social. De acuerdo a Kant, la naturaleza está regida por leyes universales y necesarias, como las leyes de la naturaleza (por ej. las leyes de la física y la química), mientras que el mundo social (al que Kant llama *las costumbres*) está regido por las leyes de la libertad que, a diferencia de las anteriores, deberían cumplirse, aunque no siempre se cumplan. Afirma que las primeras son deducibles de los fenómenos naturales, mientras que las segundas no pueden ser deducidas de lo que está permitido o lo que está prohibido. A menudo los hombres hacen lo prohibido, pero de ello no puede inferirse lo que sea obligatorio. En esto consiste la distinción entre ser (*sein*) y deber ser (*sollen*), que concuerda con la distinción entre las esferas de la teoría y de la práctica en el pensamiento griego, particularmente en el de Aristóteles.

⁴ “Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal. Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza” (Kant, 2007, p. 35, GMS, p. 421).

Finalmente, dentro de esas leyes de la libertad que regulan el mundo social, Kant distingue entre leyes morales y leyes jurídicas. Advierte que las primeras no implican coacción, mientras que las segundas sí lo hacen. El planteo kantiano muestra así que la moral tiene que ver con el ámbito íntimo de las personas, librado únicamente a su conciencia (*foro interno*), y las leyes con lo externo, sometido a la fuerza del estado (*foro externo*). Como señala Aftalión:

Kant, siguiendo en parte a Tomasio, señaló la necesidad de separar totalmente, dentro del campo de la Ética, lo que pertenece a la moral de lo que es patrimonio del Derecho. Aunque no se acepte ya el criterio distintivo por él propugnado—la división entre *fórum interno* y *fórum externo*—no es menos cierto que hizo de aquella diferenciación del objeto de las respectivas disciplinas, una cuestión de principio, y que influyó posteriormente en el pensamiento de juristas tales como Gustavo Hugo, Thibaut y Savigny” (Aftalión, 1951, p. 152).

El positivismo del siglo XIX

Pero Kant es también precursor del positivismo jurídico, precisamente por poner el énfasis en la experiencia y las leyes universales de la naturaleza. Veamos, en primer lugar, cómo esta corriente se configura en el siglo XIX. En este período, la esencia de lo que se empieza a llamar *derecho positivo* se busca en la realidad social, empírica, concreta e inmanente y no en la razón, de donde se rechaza toda especulación metafísica y, desde luego, todo planteo jusnaturalista. Para el juspositivismo, derecho son las leyes sancionadas y promulgadas por la autoridad del soberano terrenal y no por Dios o la conciencia: su origen es la autoridad del soberano. De donde el objeto de estudio de la ciencia jurídica será el derecho romano o el derecho contemporáneo codificado, pero, en ambos casos, un derecho explícito, positivo. Derecho es aquello puesto por la autoridad en un aquí y un ahora verificables en tiempo y el espacio. De allí el sesgo voluntarista de la escuela: derecho se identifica con la voluntad del soberano.

A este rechazo al jusnaturalismo, conjugado con un legalismo estatista, habrá de sumarse finalmente la idea de que el derecho está atravesado por principios lógicos, siendo precisamente ese carácter lo que permite su codificación, así como también la subsunción o encuadre de los hechos en las normas, como casos particulares de lo previsto en ellas. En efecto, para el positivismo las leyes se entienden a partir de este momento como preceptos que, si bien pueden ser diferenciados por su materia (civil, penal, etc.), son, sin embargo, portadores de un mismo concepto de racionalidad formal, es decir, están regidos por los mismos principios lógicos. De allí surge la idea de código: un cuerpo unificado y coherente de normas que rigen una misma materia, dictado por el legislador ordinario y bajo los requisitos que le impone la constitución. Aún en los países que se desarrollaron bajo el sistema del “*common law*”, en el cual el derecho está escasamente codificado y la jurisprudencia (que es obligatoria y, en muchos casos, funciona como ley) es la principal fuente de derecho, el sistema mismo guarda un rasgo en común con el sistema codificado, a saber: permite identificar claramente entre derecho y no derecho, aunque no se haga referencia al contenido de las prescripciones. En otras palabras:

el contenido no es esencial para identificar el derecho. Basta la definición de derecho como ley, o como mandato de la autoridad, siendo irrelevante su contenido.

Bajo esta definición, la moral (o el conocimiento moral) quedaría excluida del concepto de ciencia, mientras que el derecho quedaría dentro de él. De la ciencia del derecho se pide que se concentre en un solo objeto—la ley en sus diversas formas—del que pueda decirse claramente que cae bajo la percepción de los sentidos. Esto explica la aparición de la escuela de la exégesis (originada contemporáneamente con la sanción del Código Napoleón), que luego habría de derivar en la *jurisprudencia de conceptos*. Para sus miembros, el movimiento lógico de la subsunción consistía exclusivamente en encuadrar (sin interpretación alguna) los hechos como casos particulares de lo previsto en las normas. Herederos de la Ilustración, no menos que de la antigua comprensión del derecho como ley, que ya encontramos en Cicerón, sus miembros habían erigido el culto de la literalidad jurídica, esto es, la pretensión de que la letra de la Ley era suficiente para conocer el significado del derecho porque podía reconducir a la voluntad abstracta del legislador. Estos no son otros que los primeros positivistas jurídicos (o los viejos positivistas, como les llama Kelsen en su crítica a los “dualismos”). (Kelsen, 1969, caps. 11, 12 y 13).

En un primer momento se pensó que los contenidos de esta nueva forma del derecho expresaban la tradición o sabiduría jurídica del viejo mundo, que había sucumbido con la Revolución Francesa, tradición que había sido reorganizada, por una feliz coincidencia, por la razón moderna. Llegado el siglo XVIII y, con él, la Revolución Francesa, la tarea impuesta a sus partidarios fue la de explicar un derecho positivo de cuyos fundamentos bastaba saber que se encontraban en el derecho natural. Más aún, en el campo del derecho privado, la concepción jusnaturalista preside la sanción del Código de Prusia e influye en la factura e interpretación del Código Civil francés (Batiffol, H. 1964, cap. 1). Con el paso del tiempo, sin embargo, dejó de esperarse que el nuevo derecho positivo coincidiese con la tradición jurídica pre-revolucionaria. Esta actitud ratifica la idea de que el origen o fuente del derecho es la sociedad misma o la autoridad social, y no la tradición o la costumbre como así tampoco la pura razón filosófica.

Las alternativas al positivismo del siglo XIX:

Ahora bien, el panorama de la reflexión sobre el derecho en el siglo XIX no es exclusivamente positivista o de inspiración puramente formal en el sentido kantiano. A la par del emergente positivismo jurídico aparece un conjunto decididamente menos racionalista o, mejor dicho, con un sustento en diferentes entendimientos de la razón (como, por ejemplo, razón *histórica*). En efecto, el siglo XIX se orienta hacia la historia y las ciencias biológicas, lo que lleva a explicar los fenómenos sociales como *procesos* que toman lugar a lo largo del tiempo. Advirtamos que con sus nuevos planteos, Savigny, Ihering e, incluso, Stammler, procuran separarse de las escuelas intelectualistas de interpretación del Código Napoleón. En esta nueva etapa, una idea diferente de orden, basado esta vez en la idea moderna de naturaleza, se manifestará en los formalismos, positivismos, historicismos y otros “ismos” de los siglos XVIII a XX. Ellos acompa-

ñarán la producción masiva y sistemática del derecho moderno, ocupando el lugar del viejo derecho natural en la organización de la sociedad moderna.

Con estas ideas y procesos como trasfondo, se desarrolla una vibrante discusión sobre la naturaleza “científica” de la ciencia jurídica, que Enrique Aftalión ha intentado reconstruir en un breve texto que todavía suele leerse en las cátedras argentinas (Aftalión, 1954). Orientándose por los planteos de la filosofía jurídica neo-kantiana de comienzos del siglo XX (y, en particular, por Kelsen), Aftalión reseña el proceso de constitución de la ciencia jurídica desde las últimas estribaciones del jusnaturalismo hasta los “ismos” propios del siglo XIX, mencionados más arriba. Comparando las dificultades que la ciencia del derecho ha tenido con el proceso análogo de las ciencias naturales, sostiene:

“No obstante existir un casi universal consenso acerca de que el derecho es una ciencia, como consecuencia de la imprecisión en que se ha visto en general su objeto, no se puede decir que, en general, los juristas hayan tenido una clara conciencia de la índole de los actos de conciencia que despliegan y de los métodos que deben utilizar (...). Pero mientras en el ámbito de las ciencias físicas hace ya tiempo que existía un conocimiento bastante discreto acerca de los pertinentes actos de conocimiento y métodos no puede decirse lo mismo del mundo del derecho. De ahí la importancia que asignamos a la necesidad de desmontar filosóficamente el conocimiento que ejercitan los juristas, hasta cómo funciona” (Aftalión, 1954, p. 151).

Aftalión busca entender qué sucede al “sujeto de conocimiento” cuando el objeto de estudio es el derecho. Para ello, analiza el itinerario a través del cual el concepto moderno de ciencia acaba aplicándose al campo jurídico. Se centra en el concepto de derecho en seis autores: Kant, Savigny, Ihering, Stammler, Kelsen y Cossio, y en el itinerario a través del cual la filosofía busca establecer “en qué consiste lo que a una norma la hace tal” (Aftalión, 1954, p. 152). En lo que sigue trataremos de reconstruir parte de su recorrido (puesto que nos hemos detenido ya en Kant) superando, en la medida de lo posible, las limitaciones de la perspectiva de su tiempo.

Federico Carlos von Savigny

Savigny (1779-1861) es el gran exponente del entendimiento de la realidad como proceso en el campo de derecho y se lo conoce como el principal exponente de la Escuela Histórica del Derecho. En ese carácter es responsable del resurgimiento del interés en el derecho romano y el precursor del estudio de las relaciones entre el desarrollo de la sociedad y la evolución del derecho. Savigny se ocupó de la continuidad de las instituciones jurídicas pasadas y presentes, de los fundamentos de lo que hoy llamaríamos sociología jurídica, y de los métodos de la historia del derecho.

Afirma Aftalión que Savigny, asentando su pensamiento en un terreno despejado de las exigencias kantianas, “puso luego otro pilar fundamental para el progreso de la ciencia jurídica al destacar que el objeto a que apuntan los juristas está en la experiencia, es algo real, algo que

se da en la Historia y el Espacio” (Aftalión 1954, p. 153). De acuerdo a Aftalión, a la idea kantiana de *forma del derecho* (imperativo, precepto o norma) Savigny habría de agregar la de materia o contenido (social o histórico). Con ello Savigny inició la tendencia de considerar al derecho como ciencia de objetos reales, de hecho, no sólo es el padre del *historicismo jurídico*, sino también del *realismo jurídico*. En otras palabras, a las formas, conceptos o instituciones del derecho no puede considerárselos separados de las relaciones sociales, la cultura y, en definitiva, la vida jurídica. Esta apreciación es corroborada por el hecho de que, en su *Tratado sobre la Posesión*, Savigny sostiene que en el derecho romano la propiedad no se entendía como un derecho abstracto, sino como inmunidad frente a los actos que interfieren la posesión. Es decir, Savigny sostiene que los actos concretos del poseedor serían, para los juristas romanos, más importantes que el derecho abstracto de propiedad (Savigny, 2005).

Por último, en su célebre opúsculo *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia*, Savigny sostiene que el derecho emana y es parte de la vida nacional, de donde no cualquier ley puede ser arbitrariamente impuesta a un pueblo bajo la forma de código (Savigny, 2017). El derecho emana del “espíritu del pueblo (*Volkgeist*)” y obtiene de él sus características específicas. Dice A. Siperman: “La tesis del *Volkgeist* expresada por Savigny coloca el proceso de creación del derecho en las capas del espíritu del pueblo, entre cuyos pliegues se forma tan insensiblemente como el lenguaje. Tanto él como sus epígonos, en especial Puchta, atribuyen a la costumbre un papel preponderante como fuente del derecho, en desmedro de la función asignada al derecho codificado” (Siperman, 1969, p. 6).

Rudolf von Ihering

Volviendo al texto comentado de Aftalión, debemos notar que con posterioridad a Savigny numerosos autores del siglo XIX pusieron en cuestión al viejo jusnaturalismo, entre ellos Rudolf von Ihering (1818-1892), tal vez el más destacado, después de Savigny, de entre los historicistas en sentido amplio. Ihering introdujo una orientación finalista o teleológica a los estudios jurídicos: entiende al derecho como parte del fenómeno de la vida, que siempre se orienta a fines. En abierta polémica contra el formalismo dice en el *Espíritu del derecho romano*:

Se desconoce la esencia misma del Derecho y se incurre en un error completo queriendo, en nombre de la lógica, hacer de la Jurisprudencia las matemáticas del Derecho. La vida no debe plegarse a los principios, sino que estos deben modelarse sobre aquella (cit. por Aftalión 1954, p. 155).

Von Ihering rescata entonces la tesis fundamental del historicismo, a saber, la contingencia de la vida jurídica, desplegada en la variabilidad de los contenidos de sus instituciones. Pero la reinterpreta como una lucha permanente por los intereses dentro de la sociedad, en la cual el derecho ocupa el rol de expresión de fuerzas sociales. En otras palabras, son las distintas manifestaciones de intereses (tenencia, posesión, etc.) las que preceden al derecho, que aparece al fin de esos procesos como protección de ellas.

No obstante, Ihering se aparta también del historicismo de Savigny toda vez que su nacionalismo es más pausado y convive en su pensamiento con buenas dosis de cosmopolitanismo y universalismo. Por ejemplo, para Ihering la costumbre no es la única razón por la cual el derecho romano fue recibido en Alemania, sino la práctica constante de creación de materiales jurídicos a través del tiempo (en que obviamente se abrevó en el legado romano), una práctica que vincula a los juristas entre sí a través de un mismo lenguaje, en una comunidad universal de influencias. Más aún, ve al derecho romano no solamente como una fuente histórica, sino como una estructura o gramática universal del derecho. Es evidente que la labor del juez se relaciona de forma preponderante con la creación de esta gramática, y que, en razón de ello, la jurisprudencia ocupa un lugar preponderante por sobre la codificación.

Rudolf Stammler

Las teorías de Savigny y de Ihering abrieron el camino para legitimar el estudio de los contenidos concretos del derecho, pero indirectamente legitimaron también los de su variabilidad, es decir, la variabilidad histórica de la materia de regulación legal, el objeto mismo de la ciencia jurídica. Esta posición, historicista en términos amplios, plantea serias objeciones tanto al formalismo jurídico como al jusnaturalismo del siglo XIX. En ese contexto, Rudolf Stammler (1856-1938) acepta la variabilidad de los contenidos del derecho, al que define como “voluntad vinculadora, autárquica e invariable” (Aftalión, 1954, p. 156), pero lo sujeta siempre a la invariabilidad de su forma, expresada en principios. Sin embargo, “forma” significa aquí algo más cercano a razón natural que a su estructura lógica. La ley, sostiene, en tanto disposición concreta, debe adaptarse al ideal de justicia; éste, empero, puede variar de una época a otra, sin que por ello deje de atenerse a principios absolutos de respeto y participación.

De esta manera, con su cautelosa vuelta a una especie de jusnaturalismo cuasi-historicista de inspiración kantiana, a su respecto puede afirmarse:

“[L]e corresponde el mérito de haber sido, ya a fines del siglo pasado (s. XIX), el iniciador del movimiento que terminó con la derrota del positivismo, y del empirismo jurídicos (...). Así, “frente a los juristas fiscalizantes, que no advertían la profunda e insanable diferencia que media entre lo que es susceptible de una concepción causal-explicativa y lo que escapa de ella, se irguió Stammler señalando la necesidad de volver a Kant” (Aftalión, 1954, p. 157).

La crítica de Kirchmann

Es evidente que las teorías de Savigny, de Ihering y de Stammler representan no sólo la irrupción del historicismo y el realismo en la cultura jurídica, sino también un envión importante hacia la concepción del derecho como justicia y reparto, antes bien que como ley universal. En el contexto del positivismo, tanto jurídico como científico, estas teorías representan además un apartamiento de la exigencia de exactitud y certeza que se venía asociando con el ideal de

ciencia. Si recordamos que el primer positivismo jurídico (que les fue contemporáneo) se agotaba en un literalismo ingenuo, no sorprende la reacción de Julius von Kirchmann (1802-1884), quien puso en tela de juicio que pudiera llamarse *ciencia* al estudio del derecho, al punto de llamar “falta de valor” a la jurisprudencia de la época. Precisamente esa es la acusación que dirige contra la ciencia jurídica en la polémica conferencia “La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia”, pronunciada en Berlín en 1848.

En criterio de Kirchmann, la jurisprudencia (nombre que se daba entonces en alemán a la ciencia jurídica) no tenía en su criterio carácter científico debido a que:

... se encontraba más allá del plano que pudiera alcanzarse con el procedimiento aplicado, ya que al no problematizar el método mismo para los efectos de su debida selección, se estaba adoptando un procedimiento que no resultaba idóneo para constatar la realidad indubitable” (cit. por Noveli 2006, p. 105).

Esto en cuanto a lo metodológico. Pero la principal objeción de Kirchmann radicaba en la índole mutable del Derecho frente a la generalidad propia de los demás objetos científicos, esto es, la falta de fijeza y estabilidad que, según él, impedía la constitución de la ciencia jurídica. El *objeto derecho* se le aparecía como falto de fijeza y estabilidad y como enfrentado con la imposibilidad de una ciencia de lo particular. La generalización, precisamente, era una de las características más salientes de las ciencias naturales de su tiempo, además de corresponder a la categoría de derecho como legalidad, que de larga data (al menos desde Cicerón) era defendida por los filósofos.

En retrospectiva, la crítica de Kirchmann no pudo contra el historicismo propio de su tiempo, ni tampoco logró torcer los estudios jurídicos hacia un plano totalmente empírico y generalizador. No obstante, cuenta como una importante objeción al historicismo y al voluntarismo que campea en los escritos de Savigny, Ihering y Stammler. Esta es una objeción precursora de la propuesta de un proyecto de *cientificidad* de la ciencia jurídica, entendido en el sentido estricto del positivismo, pero extendido a un fenómeno tradicionalmente considerado por muchos como el arte de juzgar sobre lo particular. Y, en ese sentido, puede decirse que su intención, si no sus tesis, fue retomada por el positivismo científico que en el siglo XX nace con, y se desarrolla a partir de, Kelsen.

Segunda parte

Kelsen, el positivismo en la Teoría Pura del Derecho de 1934

Frente a las diferentes posturas que, a lo largo del siglo XIX, sostuvieron la variabilidad del fenómeno jurídico, particularmente de la *materia* de lo jurídico, Hans Kelsen inaugura el pensamiento jurídico del siglo XX con una vuelta al formalismo, esto es, con la exigencia de que el

derecho sea identificado como un fenómeno general, universal, reconocible por su *forma lógica* y no dependiente de contenidos cambiantes. Kelsen compartirá el programa de la escuela neokantiana que, en el contexto del llamado “retorno a Kant”, formuló expresamente la necesidad de encontrar una esfera de *validez* universal y atemporal que asegurase la permanencia de los conceptos de la ciencia. Su obra es una respuesta polémica contra el historicismo que hemos visto más arriba, y también contra el psicologismo y en general contra las corrientes que relativizan el contenido del derecho y lo hacen dependiente de las circunstancias históricas. Por el contrario, Kelsen procuró fundar una teoría general del derecho con rigor lógico a partir de sus conceptos fundamentales, esencialmente permanentes o invariables. No menos relevante es que Kelsen vuelve, como los racionalistas de los siglos XVII y XVIII, a una concepción del derecho que lo identifica con la ley y lo caracteriza por cumplir la función lógica de la subsunción.

La pureza metodológica: derecho positivo y ciencia jurídica.

Veamos en primer lugar los objetivos de la *Teoría Pura del Derecho*. Estos (y el libro como tal) pueden entenderse como un programa epistemológico destinado a garantizar la regularidad y permanencia del fenómeno jurídico, tal y como hemos dicho más arriba, defendiendo una esfera de validez abstraída de los vaivenes de la historia.

El programa kelseniano está destinado a deslindar o delimitar la ciencia jurídica de otras disciplinas que, en la práctica, tienden a confundirse con ella y, en función de ello, reintroduce la variabilidad o in-permanencia de los fenómenos en el análisis jurídico. Sostiene Kelsen que la ciencia jurídica se encuentra envuelta en múltiples confusiones debido a esas influencias que perpetúan la visión relativista del siglo XIX. Por eso es que procura restringir la ciencia jurídica al derecho positivo exclusivamente, dejando de lado todo lo que sea ajeno a él. Alcanzar la “pureza metodológica” de la ciencia jurídica significa eliminar todo elemento extra-jurídico del derecho asegurándose que siga un método que le sea exclusivo. Más aún, la *Teoría Pura* se postula como una teoría general, desde que no se refiere a órdenes normativos en particular.

Todos estos rasgos los afirma Kelsen al comienzo de la primera edición:

“La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo en general y no de un derecho en particular... Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto... Al calificarse como teoría ‘pura’ indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños” (Kelsen, 1969, p. 69).

Se trata de purgar el discurso jurídico de proposiciones o enunciados que pertenecen a diferentes disciplinas (historia, economía, sociología) o, como diríamos con terminología más reciente, frases que pertenecen a diferentes regímenes discursivos. A su vez, y tratándose de una ciencia que estudia normas, Kelsen procura excluir de la ciencia jurídica valoraciones de carácter no-jurídico, por lo que establece un deslinde entre derecho, por una parte, y moral y

otros discursos prescriptivos, por la otra. Las normas jurídicas no pueden ser valoradas desde otro punto de vista que el jurídico, lo cual significa que sólo importa si han sido originadas de manera formalmente correcta en la voluntad del legislador. A su vez, con referencia a ellas, la conducta sólo puede ser calificada de lícita o ilícita, excluyéndose valores como bueno o justo. En otras palabras, se posiciona, de una parte, frente al sincretismo metodológico de los juristas de su tiempo y, de otra, frente diversas formas de jusnaturalismo y de pensamiento utópico o socialista, que aparecen residualmente en autores positivistas anteriores, contra los cuales toma una posición definida.

Notemos que esta operación epistemológica que intenta separar al derecho de otras ciencias (purificación) no es una selección de objeto formulada desde el punto de vista de una ontología, sino que opera estrictamente en el plano lógico. En efecto, Kelsen no se detiene en clasificar las ciencias por su objeto, sino que, de acuerdo a la metodología que hereda de los filósofos neo-kantianos, lo hace a partir de la lógica de cada disciplina. Derecho, desde esta perspectiva, es un conjunto de normas que responden a ciertas características lógicas, utilizan un tipo de cópula, etc. No se trata de una intervención en el objeto “derecho”, al cual se pretenda acotar o reducir, sino en la disciplina que lo estudia, de la cual Kelsen entiende que se encuentra contaminada, confundida, mezclada con elementos extra-jurídicos, particularmente la moral. Kelsen intenta otorgar pureza a la ciencia jurídica, cual si fuera un cristal que se quiere hacer lucir. De esta manera, formula un programa positivista basado en la distinción entre ser y deber ser, y entre deber ser *ético* y deber ser *jurídico*. Quedan entonces fuera del derecho: la moral, la política y lo que Kelsen llama “ideologías”. Este doble cometido se corresponde con una doble operación purificatoria.

La primera fase, operación metodológica o purificación

La primera fase está destinada a distinguir las ciencias de la naturaleza de las ciencias normativas (o sociales). Kelsen sostiene que las primeras conectan los fenómenos mediante el principio de causalidad, mientras que las segundas lo hacen mediante el principio de imputación. Así, Kelsen define la naturaleza con referencia al conocimiento de la naturaleza, como “un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por un principio particular: el de causalidad”.(Kelsen, 1969, p. 20).

Los fenómenos que llamamos naturales sólo adquieren sentido cuando se proyecta sobre ellos la relación lógica causa-efecto. Por el contrario, la sociedad es un orden de la conducta regulado por prescripciones. La parte del mundo social que llamamos derecho son hechos calificados (interpretados) por normas. Las normas les atribuyen sentido y los relacionan. El principio que conecta los fenómenos de la vida jurídica es la *imputación*, entendido por tal al acto del legislador que atribuye consecuencias a las conductas. Es decir, tenemos un sistema de relaciones causa-efecto entre hechos (naturaleza) y un sistema de relaciones entre conductas (obviamente libres) y consecuencias jurídicas (derecho).

Causalidad e imputación son principios lógicos, maneras de entender los fenómenos, de relacionar eventos y dar continuidad de la experiencia del mundo. De donde estamos frente a la

distinción de un mundo del ser (*sein*) y un mundo del deber-ser (*sollen*) que surge de contemplar los mismos actos desde la perspectiva jurídica. El primero es el reino de la necesidad, y el segundo el de la libertad. En esto, Kelsen coincide con Kant. Dice Kelsen:

“Al igual que la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos resulta de una norma que prescribe o autoriza de una forma determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o a muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo” (Kelsen, 1969, pp. 21-22)⁵.

Ahora bien, los “estados de cosas” que se tienen por derecho son también hechos de la naturaleza (un homicidio, o el cambio de manos de una cosa), pero su significado jurídico no nace de la causalidad. Le viene asignado directamente de las normas. Por eso, un estado de cosas puede ser interpretado a la vez como hecho natural y como conducta jurídica. Igualmente un estado de cosas puede ser interpretado por la sociología empírica y por la ciencia jurídica, aunque Kelsen no plantea explícitamente (al menos en la *Teoría Pura*, primera edición) qué pasaría si las interpretaciones fueran contradictorias. En cualquier caso, son tareas distintas. El estudio del comportamiento de los hombres tal como se conducen, constituye la tarea de la sociología, tal vez de la sociología jurídica. Pero el estudio de las normas como orden jurídico positivo, que da sentido *jurídico* a las conductas, constituye la tarea del derecho. Esto sigue sosteniendo Kelsen en la *Teoría General* (Kelsen, 1949). Es probable que algunas corrientes sociológicas posteriores disientan con él.

La segunda fase, operación metodológica o purificación

Podemos afirmar, con Robert Walter, que “la Teoría Pura del Derecho estudia, desde un punto de vista normativo, las reglas efectivas impuestas por hombres para hombres, como disposiciones del deber ser, como normas” (Walter, 1999, p. 34). Esto significa que las prescripciones del derecho positivo son actos de voluntad, explícitos o consuetudinarios, que están destinadas coactivamente a los seres humanos y que son regularmente cumplidas: son efectivas. La Teoría Pura quiere conocer su objeto (el del derecho), decir qué es y cómo es, pero no responde a la cuestión de cómo debería ser. Su propósito exclusivo es el conocimiento del derecho, no la formación del mismo, en tanto parte de la noción de derecho positivo como algo dado y por eso es una teoría de la dogmática jurídica o ciencia de las normas.

La Teoría Pura se concentra en el deber ser jurídico, no el deber ser moral. Si la primera purificación ha distinguido entre el mundo del ser y el del deber ser, la segunda se detiene en los equívocos de la expresión “deber ser” (*Sollen*). La moral es, fundamentalmente, la otra especie

⁵ En el contexto de la edición de 1934 de la Teoría Pura del Derecho, puede entenderse “regla de derecho” como norma. En posteriores ediciones y otros escritos, Kelsen hará una distinción tajante entre norma y regla de derecho como descripción de la norma.

de ciencia del deber ser, de la que el derecho debe diferenciarse. Kelsen afirma: si hay una algún tipo de relación entre derecho y moral, la misma no está presente en la mente del jurista que toma las normas como obligatorias sin importar su origen. De allí que la ciencia jurídica que se procura fundar a través de la Teoría Pura sea dogmática: no valora ni adopta una posición crítica con respecto al contenido del derecho. La cadena de intereses, los principios y creencias que constituyen el acto de voluntad creador del derecho en cuanto a su *contenido*, los motivos del legislador para calificar de cierta manera un hecho o una conducta, le son ajenos. El jurista no se preocupa por cómo los hombres deben comportarse, sino por aquello que se les ordena realmente y por cómo se comportan efectivamente en relación a lo ordenado, esto es, si de su conducta puede decirse que es lícita o ilícita. La descripción del derecho positivo es independiente de su origen histórico, sus efectos sociales y su valoración moral.

Al insistir en que la ciencia jurídica debe ocuparse del derecho que es, no del que debería ser, Kelsen reconoce ese problema de límites que no es nuevo en la filosofía del derecho. A veces parece tener diferentes ideas de lo que es la moral: desde una moral naturalista o animista a una moral cristiana dogmática, desde una moral jusnaturalista enquistada en el derecho positivo -como aparece en el tratamiento de los dualismos-, a una moral liberal reconocida, precisamente, por la democracia liberal. En cualquier caso, y para no perder de vista en ningún momento su formalismo, advertamos que para Kelsen la moral es también un ordenamiento de la conducta humana, solamente que no es coactivo y no debe serlo. De allí la necesidad de separarla del derecho que tiene el monopolio de la fuerza pública.

Asimismo, de acuerdo a Kelsen, el derecho debe mantenerse alejado de toda política e ideología y, particularmente, de toda especulación acerca de la justicia, a la que considera un ideal irracional sobre el cual es imposible teorizar. Kelsen no vacila en afirmar que el derecho justo es un *desiderátum* noble, pero recalca que no está en manos de los operadores jurídicos decidir si la prescripción emanada de un acto de voluntad estatal es justa o no. En otras palabras, profesa un relativismo gnoseológico que lo distancia del potencial fundamentalista de las morales positivas. Por el contrario, adhiere a una concepción pluralista de la democracia que no admite valoraciones absolutas en el ámbito público, particularmente si se trata de un estado de derecho y de una sociedad liberal y secular como la de su tiempo (Kelsen, 1949).

En definitiva, Kelsen profesa una suerte de neutralidad valorativa de la ciencia jurídica, a la vez que, fuera del marco de la teoría jurídica, plantea la posibilidad de un discurso sobre la justicia. En tal sentido, da a entender que, del no-cognitivismo moral, se sigue un orden político liberal. En cualquier caso, éste sería un problema que se da en el plano de la formación del derecho y no en el de la dogmática jurídica. Aquí su mayor virtud, pero también su talón de Aquiles: Kelsen no desarrolla una teoría jurídica de la relación o los nexos sociedad/derecho como, por ejemplo, sería una teoría de la jurisprudencia como fuente del derecho.

Para Kelsen, por el contrario, el origen de toda norma es otra norma que especifica sus condiciones de posibilidad, es decir que establece por cuál órgano y cómo puede ser dictada. Si estas condiciones se cumplen, se dice que la norma es válida. Se trata de un origen totalmente lógico o sistémico que no tiene en cuenta ni remite al contexto social. Por eso,

según los críticos de Kelsen, el proceso purificador deja a la Teoría Pura sin anclaje social, sin criterios para decidir cuándo y con qué amplitud los insumos sociales o morales del contexto del derecho merecen ser admitidos al sistema y convertirse en norma jurídica (Cárcova, 2009, pp. 81-91).

La teoría de la norma jurídica.

De lo anteriormente expuesto surge que la norma jurídica es para Kelsen una relación de imputación entre un hecho posible y una sanción atribuida. Como el punto de partida es lógico, no la define como una relación real (entre cosas u objetos), sino como un juicio que conecta los fenómenos del mundo y organiza la experiencia, un juicio que, siendo obligatorio, tiene el poder de ordenar la conducta humana. En este sentido, la norma vincula la esfera lógica con la esfera de las conductas. Esto es así porque, para Kelsen, la norma es “el sentido de un acto de voluntad”. El acto de voluntad (del legislador) reside en la esfera del ser y el sentido en la del deber ser. Cuando alguien la transgrede y es sancionado se recorre el camino inverso: de la transgresión en el mundo real (ser) al deber ser jurídico de la sanción establecida (Kelsen, 1969, cap. 3).

Se trata de un juicio hipotético de la forma “dado un hecho ilícito, corresponde una sanción”. La norma describe una conducta opuesta a la conducta obligatoria, a la cual normalmente tiene por implícita (no pagar impuestos, robar); en caso de que la conducta descrita se lleve a cabo, prevé una pena. Es decir, tiene una parte calificatoria y una parte sancionadora. Este no es el único tipo de norma, pero es el que se encuentra en el corazón de la argumentación kelseniana.

En tanto que juicio, la norma tendría la siguiente estructura lógica: a) un supuesto, hipótesis o condición, es decir un concepto que hace referencia a un hecho determinado; b) una disposición o consecuencia jurídica, es decir, otro concepto que hace referencia a ciertas conductas, y c) una cópula: el nexos lógico que relaciona la consecuencia jurídica con el supuesto normativo. Esta estructura lógica se compone y correlaciona con los conceptos que la integran: acto ilícito, deber ser y sanción. Según la tradición de la época, a éstos se los llama “conceptos puros”, por considerar los elementos lógicos atómicos, generales y previos a la experiencia en el sentido de Kant (en el sentido de no derivados de un sistema jurídico en particular). Básicamente son esos tres: la conducta ilícita, deber ser y sanción, los tres elementos fundamentales que constituyen la norma primaria. Pero a ella se agregan otros dos conceptos: el deber jurídico y la responsabilidad. En diversos lugares Kelsen se refiere al deber jurídico como “norma secundaria”.

Con la conceptualización de la norma como un juicio lógico hipotético, Kelsen se enfrenta a la tradición anglosajona de la jurisprudencia analítica, que ve a las normas como mandatos u órdenes, es decir, juicios categóricos. La norma en el sentido de Kelsen no es una relación social de mando/obediencia que vincula súbdito y soberano, sino una estructura lógica que enlaza conducta con sus resultados imputados. No obstante, comparte con la jurisprudencia analítica la centralidad de la idea del poder político como respaldo del derecho que, en su sistema, se refleja en la preeminencia de la sanción como privación coactiva de un bien. La san-

ción es el elemento definitorio que permite no sólo identificar al derecho, sino derivar lógicamente de él los demás conceptos jurídicos.

Finalmente, advertimos que el argumento kelseniano parece girar sobre dos tesis. La primera sostendría que el derecho es una ciencia normativa porque su objeto son las normas. La segunda, que las normas están necesariamente en relación sistémica. Derivan del sistema su significación, su validez y eficacia y, a su vez, el sistema es la suma de las normas. Ambas tesis son respetuosas de lo que podríamos llamar la visión atomista, propia del positivismo, que constituye la postura opuesta, digamos, a visiones holistas como las del jusnaturalismo, posición para la cual la *ratio juris* del derecho excede a sus características sistémicas (es decir, el derecho es más que la suma de las normas).

Teoría de la norma fundamental

Llegados a este punto cabe sin embargo preguntarse: ¿significan las condiciones metodológicas y lógicas establecidas por Kelsen que toda norma que el operador jurídico ha identificado como jurídica a través del proceso purificadorio, es obligatoria sin más? ¿Basta que la norma posea una sanción y la conecte a un antecedente definido por el derecho con una cópula del debe ser jurídico para que debamos obedecerla? ¿Qué pasa cuando el derecho no coincide con nuestro ideal del derecho? En otras palabras, ¿qué hay detrás del derecho?, ¿deriva este su validez de una norma y, en ese caso, de cuál?

La respuesta kelseniana consiste en reiterar que lo que hace que una norma sea norma no es otra cosa que la imputación con que el legislador vincula una conducta y una sanción. Agrega que cada vez que ello tiene lugar correctamente, es decir, cada vez que está en concordancia con su antecedente normativo (la norma de acuerdo a la cual ha sido dictada), la norma es válida. Este camino se sigue hasta llegar a la primera constitución (o a la norma más alta del sistema, que es la que establece el procedimiento que da origen a las normas inferiores). En otras palabras, habría una cadena de validez no interrumpida entre cada norma del sistema, identificada como tal, y la (primera) constitución (Kelsen, 1969, cap. 9).

¿Pero, de donde deriva su validez la primera constitución? Ante la ausencia de otra norma positiva superior que la autorice o habilite, debemos *suponer*, afirma Kelsen, que ha sido dictada de acuerdo a la voluntad de un constituyente originario o primer constituyente y que esta voluntad es correcta. Tal suposición constituye la llamada hipótesis gnoseológica kelseniana o norma hipotética fundamental: tomar la voluntad empírica como norma y, además, tratarla como si fuese jurídica. Tal es la suposición que nos permite mirar al sistema como si fuera válido, como si la constitución en que reposa hubiese sido dictada de acuerdo a un procedimiento válido. Y entonces nos da una razón para obedecerlo.

“La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo (el énfasis es nuestro) y, de esta hipótesis fundamental, debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por

los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal” (Kelsen, 1969, p. 113)

En realidad, suponemos que la primera constitución es válida porque en la práctica ha sido aceptada, esto es, por ser efectiva (Kelsen, 1969, p. 114-115). Kelsen no hace sino recordarnos que, normalmente, una vez que el hecho primigenio de la fuerza del que nace un sistema político ha sido de hecho aceptado, el sistema jurídico se pone en movimiento. A la conjunción de ambos hechos—fuerza y conformidad con la fuerza—le llamamos derecho. En vez de decir que el sistema es válido porque es efectivo, se dice que es válido porque es (derecho) válido. Lo que es otra manera de decir que es válido porque es válido o que el derecho debe ser obedecido porque es derecho. Esta afirmación hace de Kelsen un positivista estricto, aun cuando su intención sea simplemente afirmar que el derecho debe ser obedecido porque en, o desde, un primer momento se le ha obedecido. Advirtamos que si bien acatar el derecho procedente de un acto de fuerza técnicamente otorga a ese derecho efectividad, el acatamiento puro y simple no constituye *consenso* (legitimidad procedimental) acerca del derecho. Y la Teoría Pura no explica cómo se puede abordar esa dimensión del derecho. (Ruiz Manero, 1986, p. 231).

Debemos recordar que Kelsen abreva en la teoría política que surge con la revolución francesa, particularmente en la idea de estado de derecho. Aunque no siempre lo hace de manera explícita, escribe con el trasfondo del constitucionalismo y los derechos fundamentales. Su concepción no puede entenderse sin el concepto de constitución rígida surgida de un acto revolucionario contra un régimen monárquico o absoluto, sólo que el trasfondo histórico de la transición de la monarquía a la república, no sólo en Kelsen, sino en muchos otros muchos autores, se presenta de manera naturalizada. En la actualidad se ha perdido de vista el origen violento de los regímenes constitucionales, esto es, el derrocamiento a menudo violento de una monarquía para instaurar un estado de derecho; sin embargo, esta es una premisa conceptual de la Teoría Pura, aunque quede un tanto oculta detrás de la hipótesis de la norma fundamental. Por otro lado, es evidente que Kelsen teoriza sobre la base de que el orden constitucional es resultado de factores aleatorios y a menudo producto de la fuerza, pero que, no obstante, debe llamárselo derecho, en tanto sea cumplida la condición de eficacia. En esos términos, la primera constitución tiene una vocación de permanencia sobre la cual se funda el derecho inferior y por tanto debe respetárselo como derecho y no como producto de la fuerza. Es el fundamento de todas las normas derivadas y que son válidas por haber sido creadas de acuerdo a ella. Esto explica la primacía del concepto de validez por sobre el de vigencia en Kelsen: la primera oculta la segunda. El derecho deviene, así, en autorreferencial: lo que crea a una norma es otra norma (superior); luego, el derecho se crea a sí mismo. Sólo una norma puede crear otra norma y, ante la ausencia de normatividad, la voluntad es considerada derecho. La preocupación extra-política o, más bien, trans-política, de Kelsen es la permanencia del orden jurídico instituido como estado de derecho, libre de

otras influencias y de los vaivenes de la historia. Su origen puede ser un acto de fuerza, pero una vez que es acatado, se hace preciso preservarlo.

A modo de conclusión

Si recordamos las reflexiones con que comienza este trabajo, acerca de la interrelación de sujeto y objeto en el conocimiento científico, podemos advertir, ya sobre el final, que esta se ha desplegado de modo dialógico, o dialéctico, a lo largo del desarrollo de la ciencia jurídica, desde la antigüedad hasta mediados del siglo XX. A lo largo de esta larga historia casi siempre la elección del método ha presupuesto y condicionado la comprensión del objeto, a la vez que la delimitación del objeto ha pedido y condicionado el método y el punto de vista científicos.

Así, por ejemplo, la exigencia de racionalidad del conocimiento, propia de la época moderna, hace propicia la perspectiva del jusnaturalismo racionalista, esto es, la perspectiva de una ley natural cognoscible de manera intuitiva y definitiva, sin variaciones. El siglo XIX, por el contrario, es la época en que campea la noción de proceso y esto se hace sentir en la manera en que Savigny, Ihering y otros definen el objeto de la ciencia jurídica. En esta época, la investigación histórica y sociológica aparece como respuesta a la toma de conciencia de la diferencia geográfica, humana y temporal entre las culturas europeas. Pero aún en ella se dan perspectivas de análisis formalistas que presentan una versión predominantemente lógica de la realidad jurídica (Kirchmann).

La obra de Kelsen es también el resultado de una pugna, entre el saber contaminado y el residuo de las purificaciones (la ciencia pura del derecho). Como creemos haber mostrado, la teoría kelseniana sólo es formalista, sino que representa un positivismo de inspiración política, situado históricamente. Hay, incluso, coincidencias más fundamentales entre Kelsen y el jusnaturalismo, que lo que a primera vista puede advertirse. Particularmente en lo que se refiere a la identificación del derecho con la ley y a lo que podríamos llamar proceso de subsunción. Es que así como Kelsen muestra la subsunción de los hechos bajo una norma que los ha calificado previamente, el jusnaturalismo ordena el derecho positivo bajo la ley natural. En ambos casos lo particular se ordena bajo lo universal. En ambos casos se despliega la exigencia de racionalidad que caracteriza a la cultura moderna, a la vez que se soslaya el sentido del derecho como reparto en manos de un juez.

Referencias

- Aftalión, E. (1951), *Crítica al saber de los juristas*, La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Aristóteles. (2004), *Ética a Nicómaco*, Ariel: Barcelona.
- Batiffol, H. (1964), *La filosofía del derecho*, Buenos Aires: Eudeba.

- Broekmann, J. (1997), *Derecho, filosofía del derecho y teoría del derecho*, Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Brun, J. (1962), *El estoicismo*, Buenos Aires: Eudeba.
- Campa, R. (1991), *La práctica del dictamen: del jus a la humanitas*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano.
- Cárcova, C. (2009), *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cicerón, M. (1970), *Las Leyes*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Hessen, J. y otros.(2011). *Teoría del conocimiento/ El realismo crítico/ Los juicios sintético a priori*. México: Porrúa.
- Iglesias, J. (1986), *Derecho Romano*. Ariel, Barcelona.
- Kant, E. (2003), *Crítica de la razón pura*. Buenos Aires: Losada.
- Kant, E. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. San Juan (PR): Pedro E. Rosario Barbarosa.
- Kant, E. (2008), *Crítica de la razón práctica*, Buenos Aires: Losada.
- Kelsen, Hans. (1949), *Teoría General del Derecho y del Estado*, México: Imprenta Universitaria.
- Kelsen, Hans. (1969), *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Novelli, M. (2006), “Las ideas de Kirchmann acerca de la ciencia jurídica. Consideraciones sobre epistemología y derecho”. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social*, pp. 103-122.
- Savigny, M. F. (2005), *Tratado sobre la posesión*, Granada: España.
- Savigny, F. (2017). *De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la ciencia del derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Strauss, L. (1996). *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política*. Valencia: Alfons el Magnanim.
- Ruiz Manero, J. (1986). *Sobre la crítica de Kelsen al marxismo*. *Doxa*, 3, pp. 191-231.
- Siperman, A. (1992). *Ihering*. Bs. As.: Centro Editor de América Latina.
- Tomás de Aquino 1265-1274. *Suma teológica*. Recuperado de <http://hjg.com.ar/sumat/c/c57.html>
- Truyol y Serra, A. 1982. *Historia de la filosofía del derecho y del estado*. Vol. 2 *Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Alianza.
- Videla, J. (2004). *Comunidad, poder, ciudadanía*. San Juan: EFU/REUN.
- Villey, M. (1979). *Critique de la pensée juridique moderne*. Paris: Dalloz.
- Walter, R. (1999) *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*. Bogotá: Universidad Externado.

CAPÍTULO 3

De la mano de von Wright

Guillermo G. Peñalva

Algunas noticias (que pueden considerarse una introducción o una advertencia)

Hay algunas cuestiones que sería muy difícil dejar de lado si nos proponemos ocuparnos de estudiar las normas, el derecho, las leyes, etc. Pero, a su vez, una profundización excesiva de tales cuestiones, al iniciar esos estudios, no reportaría mayores beneficios, o –lo que sería peor- provocaría desazón, frustración o un temprano rechazo. Por eso es que, a riesgo de imprecisiones, inexactitudes, exageraciones o cercenamientos, solo daré algunas noticias introductorias sobre lo que me parece más relevante para poder avanzar en el tema propio de este capítulo (una iniciación a la teoría general de las normas). Lo que aquí exponga, de todas maneras, requerirá –y ésta es la advertencia-, un posterior afinamiento, una mejor caracterización o un más detallado estudio.

Bajo tales advertencias, empezaré por decir que la lógica es esa disciplina que se ocupa de la validez, corrección, coherencia, consistencia, etc., de nuestros pensamientos y del producto de los mismos, y que se expresa –como cualquier otra ciencia- a través de ciertas leyes, modalidades, formas, etc. La lógica clásica admitía que las proposiciones o enunciados (por decirlo rápidamente, las proposiciones o enunciados son oraciones bien formadas que describen una parcela de la realidad) solo pueden ser verdaderos o no verdaderos (es decir, falsos), sin escalas de grises, ni medias verdades, ni salvedades, incisos o interpretaciones retorcidas. La proposición (o enunciado) “*la puerta de mi habitación está abierta*” solo puede ser o bien verdadera (en caso de que esté abierta) o bien no verdadera –es decir, falsa- (en caso de que no lo esté), y con solo levantar la mirada y dirigirla a la susodicha puerta advertiremos la calificación que a tal proposición o enunciado corresponde⁶.

Una lógica así, a algunos pensadores les pareció pobre, inadecuada o incompleta. Fue entonces que nacieron (desde el siglo XIX) *otras lógicas*, es decir, otros sistemas o modalidades de calificación de las proposiciones, ya que se advirtió que existían otros enunciados que escapaban a la bivalencia del verdadero-falso. Así aparecieron, entre otras, una lógica ya no biva-

⁶ A veces la cosa no parece tan fácil. La proposición “*Hay vida en Marte*” es o bien verdadera o bien falsa, aunque no podamos –momentáneamente- saber cuál es la calificación que corresponde a ese aserto.

lente, sino trivalente, donde hay tres valores involucrados (verdadero, falso e indefinido), y otra posterior, más refinada aún, según la cual las proposiciones o enunciados pueden ser calificados como: *a) necesarios* (cuando lo que se afirma sea algo que deba darse u ocurrir siempre, ineludiblemente, como que 2 más 2 son 4), *b) posibles* (donde se enuncia que algo puede o no darse: que el florero esté –o no- sobre la mesa) o *c) imposibles* (cuando la aseveración remite a aquello que nunca puede darse de ningún modo, por ejemplo, que un círculo sea cuadrado). Cada una de esas nuevas lógicas creó sus propios símbolos, su propia sintaxis, sus propias reglas de derivación y sus propios axiomas, es decir, su propio sistema.

De entre esas lógicas (a las que también se conoce como *lógicas divergentes*), vamos a acercarnos a una a la que se ha dado en llamar *lógica deóntica*, que es la que se encarga de enunciados que son -o que contienen- normas⁷. Es esta también una lógica trivalente, pero en este caso las proposiciones serán consideradas *a) obligatorias* (cuando algo debe hacerse: pagar los impuestos), *b) prohibitivas* (cuando algo no puede hacerse: no matarás) o *c) indiferentes* (también llamadas *permisivas*, según que algo pueda o no hacerse⁸: caminar por el parque).

Muchos afirman que, si la paternidad de la lógica general debe atribuirse a Aristóteles, el padre de la lógica deóntica fue el filósofo finlandés Georg Henrik von Wright (1916-2003). No sé si es tan así, pero, si lo fuera, lo sería a partir de una publicación suya del año 1951, *Deontologic* (artículo que es reconocido como fundacional de la lógica deóntica). Desde ese entonces, sus trabajos significaron, sin duda, valiosísimas aportaciones para la filosofía de la acción, especialmente a partir de esta idea suya de una lógica dinámica (de cambios, de procesos y de sucesos), opuesta a la lógica formal clásica (que resulta ser estática, que se ocupa de un mundo quieto, detenido, invariable). Luego, si las transformaciones y cambios en el mundo son producto de la voluntad de un sujeto (un agente, lo llamaré nuestro autor), y si el comportamiento de este sujeto o agente resulta estar regulado por leyes, prescripciones o normas, todo lo cual está en el centro de sus estudios, aquellas aportaciones no podían sino tener una inmensa repercusión en la ciencia jurídica y en la teoría general del derecho. Para hacerla corta: aunque no lo parezca, estudiar a von Wright es dedicarnos a lo que nos interesa.

El objetivo de este capítulo, con todo, no es adentrarnos en profundidad en los complejos y precisos conceptos diseñados por von Wright para articular la lógica deóntica; mucho más humildes, nos dedicaremos a algo más sencillo, pero que también fue objeto de las preocupaciones del autor finlandés. En el primer capítulo (*“De las normas en general”*) de su libro *“Norma y acción. Una investigación lógica”*, von Wright se ocupó de la delimitación del campo de signifi-

⁷ “Deóntico” viene del griego *“deontos”*, que remite a lo que es necesario, a lo que debe hacerse por deber u obligación. El término “deontología” fue propuesto por Jeremías Bentham, para hacer referencia a lo que es conveniente y necesario, y para llamar así a la ciencia que trata de los deberes. von Wright denomina ‘lógica deóntica’ (usa este nombre –según él mismo confiesa- por sugerencia del Prof. C. D. Broad) al tipo de lógica modal que se encarga del análisis de los conceptos y del discurso normativos (ver Prefacio de “Norma y acción”).

⁸ ¡Cuidado! La idea de ‘permisión’ que aquí presento es excesivamente simple y cumple una función apenas informativa. Los permisos pueden serlo porque existe una norma que expresamente autoriza cierta conducta, pero también porque no hay norma alguna que disponga la obligación o la prohibición de tal conducta. Igualmente puede ocurrir que algo sea simplemente permitido (la posibilidad de ir o no al cine), o que sea permitido bajo ciertos requisitos (puedo adquirir o no un inmueble, pero ser su titular registral -su dueño- exige ciertas formalidades imprescindibles).

cación de la palabra “norma”, y ésta no es una cuestión menor. El conocer con precisión la terminología de cualquier disciplina, es fundamental para su comprensión y dominio; más cuando esa disciplina es el derecho, donde leyes, constituciones, decretos, sentencias, prescripciones, normas, etc., son formuladas mediante un lenguaje propio (un tecnolecto) que ha ido desarrollándose, afinándose y definiéndose durante siglos, hasta llegar a nuestros tiempos, que es cuando presenta algunos perfiles bien precisados (aunque otros siguen en una nebulosa), y cuando su uso puede implicar la realización de acciones y modificaciones en el mundo porque (parafraseando a un autor famoso) en el derecho, con las palabras se hacen cosas (y también se cambia el curso de la historia).

Si lo anterior no fuera un justificativo suficiente del tema a abordar, entrego otro par de razones que, aunque puedan presentarse como divergentes, apuntan ambas en el mismo sentido. La primera de ellas reside en que uno de los más prestigiosos e influyentes juristas del siglo XX (Hans Kelsen) consideró que el objeto a estudiar por cualquier persona que quiera dedicarse al derecho está constituido, exclusiva y excluyentemente, por un conjunto de normas. De normas (es decir, de regulaciones de conducta) que son coactivas (esto es, que autorizan a emplear la fuerza para su cumplimiento) y cuyo contenido debe ser investigado y conocido sin que sea indispensable atender a consideraciones éticas, políticas o sociológicas.

Esta idea kelseniana puede generar (de hecho, así ha ocurrido) enconos, resistencias o críticas. No es aquí el lugar donde deban explicarse más detenidamente y detallarse mejor el marco conceptual en que se desarrollan (que lo hay, y que es sumamente interesante). Pero, aunque nos sometiéramos a tales críticas y nos apartáramos de la concepción de pureza metodológica y validez formal de Kelsen, no puede negarse –y aquí aparece la segunda razón– que la importancia de adquirir el concepto de *norma* es enorme. Conocer acabadamente el contenido de las normas (lo que éstas prescriben) ocurrirá al avanzar en las ramas específicas del derecho: civil, comercial, penal, etc., bajo el nombre de *dogmática*. Un paso previo a ello, sin embargo, es estudiar y dominar la estructura que presentan tales normas, distinguir los elementos que las componen, construir una forma específica de pensarlas, advertir las relaciones que entre ellas se dan, etc., (temas propios de una *teoría general del derecho*), que son todas cuestiones fundamentales, más allá de que participemos o no de las ideas expuestas por Kelsen en su Teoría Pura del Derecho.

Pues bien: es de la mano de von Wright que iniciaremos el camino del estudio de las normas (leyes, decretos, sentencias, etc., -enseguida nos ocuparemos de los posibles significados de estos términos-), y lo haremos empezando por una cuestión semántica, terminológica o de simple sentido común: ¿a qué cosa hemos de llamar ‘norma’?

La palabra “norma” y las normas

Declara von Wright que quien tenga intención de formular una teoría general de las normas deberá comenzar por restringir o delimitar el significado del término “norma”, eliminando (o

intentando, al menos, hacerlo) la ambigüedad y la vaguedad que dicho término padece. En una obra más tradicional seguramente habríamos comenzado por formular una definición de las normas, por saber qué son y qué elementos las conforman, o por acceder a su sustancia fundamental⁹. En cambio, en *‘Norma y acción’* se elige un camino menos esencialista (menos metafísico, si se quiere), que se reduce a la búsqueda o la fijación del significado de la palabra en cuestión. De todas maneras, cualquiera sea la intención última de nuestro cometido (el delimitar significados o el enunciar definiciones), en el fondo siempre queremos lo mismo: tratar de ponernos de acuerdo sobre cuáles son las características con que debe contar aquello a lo que nombramos con la palabra “norma”.

Pues bien: como se anticipó, si seguimos ese sendero y lo hacemos de la mano de von Wright, no tardaremos en advertir que la palabra “norma” no solo resulta verdaderamente ambigua (puesto que presenta varios significados posibles o que designa al menos dos clases de cosas diferentes entre sí) sino que, además, es ambigua en el peor de los sentidos posibles, es decir, en aquel que supera la mera homonimia, para ingresar lisamente en el campo de la confusión.

La ambigüedad de la palabra “banco” puede ser solucionada (al menos en una inmensa mayoría de los casos en que se presenta) apelando al contexto en que el término es utilizado, de manera tal que no encuentro dificultad de deslindar los sentidos posibles en los casos en que un vecino me dice: “estuve en el banco de la plaza tomando el sol” e inmediatamente declara “lo hice antes de ir al banco a depositar un cheque”. Esta forma de solución (la contextual) no siempre es apropiada cuando de la palabra “norma” se trata. Cuando de ella se trata, si bien admitimos que puede tener distintos significados (o nombrar clases de cosas distintas entre sí) los que pueden resolverse en el contexto apropiado, en algún momento nos veremos obligados a reconocer que muchas veces el contexto en que el término “norma” es usado no alcanza para señalar en cuál, de sus varios sentidos posibles, es empleado en este momento, ni que ello sea determinativo de un significado exclusivo en desmedro de los demás. Si otro de mis vecinos afirma que “Hay normas que prohíben mentir”, es lícito que se me presenten dudas sobre si esas ‘normas’ son normas jurídicas, normas morales o normas religiosas, y el contexto en poco me ayuda a discernirlo.

La palabra “norma”, entonces, no solo resulta heterogénea o ambigua, sino que su ambigüedad resulta ser una ambigüedad de la peor especie: es una ambigüedad engañosa, tramposa, fraudulenta, etc. Y todo eso porque las clases de cosas que se nombran en cada uno de los significados propuestos, aunque sean diferentes, resultan muy parecidas entre sí, y –esto es lo que la hace peligrosa- tal dualidad de significados a veces pasa inadvertida (Copi; 1995:124).

A ello debe agregarse que se trata también de un término vago, puesto que su campo de referencia semántico no aparece nítidamente delimitado: así como no sabemos con certeza en

⁹ Aunque no se trata de una cuestión central de sus estudios, no dudo de que von Wright hubiera participado de la idea de que las definiciones lo son de palabras y no de cosas.

cuál segundo del día atardece, o con la caída de cuál de mis cabellos paso a la categoría de “calvo”, de la misma manera ocurre que, a veces, no estamos ciertos de hallarnos en presencia de una auténtica norma¹⁰.

La primera finalidad confesada de von Wright es, precisamente, esclarecer estos problemas y caracterizar los principales significados de “norma” en el sentido que le interesa. La metodología que utiliza para ello es la búsqueda de aquellos términos que pueden ser considerados sinónimos, y la eliminación de los problemas de significación propios de cada uno de estos nuevos términos. Así, sostiene que existen varios sinónimos parciales de “norma”, tales como “patrón”, “modelo”, “tipo”, “reglamento”, “regla” y “ley”. Por mi parte aportó “decreto”, “principio”, “precepto”, “ordenanza”, “pauta”, “estándar”, “estatuto”, “canon”, “código”, etc., palabras todas que, coloquialmente, pueden ser usadas (y, de hecho, lo son) en reemplazo de la palabra “norma”, en alguno de los sentidos posibles que ésta tiene.

Esta enumeración (que, sin duda, podrá verse aumentada con la desinteresada colaboración de los lectores) no debe impedirnos advertir otra cuestión: no siempre se trata de sinónimos perfectos, y ni siquiera ofrecen la posibilidad de intercambiarse unos con otros de manera indiferente, porque al hacerlo también ha de variar el enunciado del que forman parte. Dicho de otra manera: en el fragor de la vida cotidiana, durante la disputa doméstica o al tratar de terciar en la polémica que se armó en el café de la esquina, nos pasa inadvertido que toda ‘pauta’ no es –necesariamente– una ‘norma’, o que la palabra ‘estatuto’ no abarca un campo de referencia idéntico al del término ‘ley’, o que los ‘preceptos éticos’ que aseguran respetar en el noticiero del mediodía o los ‘códigos’ de ciertos jugadores de fútbol no tienen mucho que ver con las ‘ordenanzas’ dictadas en alguna municipalidad, y así en adelante. Sin embargo, reitero, en el cotidiano ajeteo usamos estas palabras como artefactos fungibles, como si fueran sucedáneas las unas de las otras, o pudieran intercambiarse entre sí sin dudas ni dificultades, y con ello hacemos que parezcan como equivalentes términos que apenas tienen alguna analogía (y a veces, ni eso).

Pues bien: para despejar el camino, dejando de lado algunos sinónimos parciales menos frecuentes, von Wright elige dos palabras como las más representativas entre los sinónimos usuales de ‘norma’, iniciando así su búsqueda de los *buenos sinónimos*. Tales palabras son ‘ley’ y ‘regla’. Respecto de ‘ley’, reconoce tres distintos sentidos posibles, típicamente diferentes entre sí; con relación a ‘regla’, los significados aceptables se elevan a seis. Después del respectivo análisis algunos de esos significados serán claramente descartados, y no serán *norma* en el sentido de que no resultarán conceptos útiles para desarrollar una teoría general de las normas¹¹.

¹⁰ Más adelante, al encontrarnos, por ejemplo, con las reglas técnicas, veremos que el hecho de que se use el lenguaje prescriptivamente no es determinante para que un enunciado ingrese por esa sola condición en la categoría de las normas. Lo propio ocurrirá al tratar la diferencia entre ‘normas’ y ‘proposiciones normativas’.

¹¹ Puede señalarse también que, a partir de la enumeración de las reglas que se haga, no deberá considerárselas como si todas tuvieran características más o menos relevantes que les sean comunes. Más bien se trata de tipos diversos de reglas que tienen en común, además del hecho de ser –en algún sentido– similares entre sí, el que todas pueden ser asociadas con la palabra ‘norma’.

Las leyes

Comencemos, siguiendo a von Wright (aunque en otro orden, y presentando algunas otras características), por reconocer los tres tipos de leyes a los que antes se hizo referencia: las leyes de la naturaleza, las leyes del estado y las leyes de la lógica matemática. Y veamos de qué manera nos es posible distinguir a las unas de las otras.

Leyes de la naturaleza

Las leyes de la naturaleza, en primer lugar, son descriptivas; esto es, nos informan de algo. En este caso, nos informan sobre ciertos fenómenos que, con regularidad, ocurren en el curso de la naturaleza: *cada vez que un metal es expuesto al calor, ocurre que el metal se dilata*. Y, en tanto descripciones, pueden ser criticadas en términos de la binaria lógica del verdadero-falso: si lo que describen se da, de hecho, en la realidad, entonces la ley será verdadera; si aquello no ocurre, será falsa.

Por supuesto, en este último caso, al no poder modificar el curso de la naturaleza, ante una ley que describe incorrectamente lo que en ella sucede, no nos queda otro remedio que modificar el enunciado de que se trate. Ejemplos de situaciones como ésta los hay numerosos: piénsese en la complejísima concepción ptolemaica del universo geocéntrico, y en cómo fue reemplazada (no sino después de arduo batallar) por la no menos compleja teoría heliocéntrica que, corregida y perfeccionada a su vez, llega a nuestros días. Lo que ocurrió en aquel caso fue que, ante una descripción errada de la mecánica celeste, y siendo imposible que ésta se acomodara a los enunciados aceptados, no quedó otro camino que renunciar a tales enunciados y suplirlos por otros nuevos que sí fueran adecuados a la novedosa percepción de la realidad. (En otro capítulo de esta misma obra, se ha alertado sobre el significado que tiene el concepto de paradigma, y lo importante que, en las ideas de Thomas Kuhn, el fenómeno epistemológico del cambio de un paradigma).

Algo más puede agregarse: el enunciado que constituye la ley de la naturaleza es una creación humana, formulado luego de que el hombre descubriera la regularidad de que se trata y expresara la ley respectiva¹²; pero el fenómeno mismo, acaece con independencia de la existencia de tal observador y este acaecimiento no requiere de modo alguno de que la regularidad sea conocida o haya sido divulgada. Antes de que el mono que fue nuestro abuelo tuviera algo parecido al discernimiento, los metales ya se dilataban al ser expuestos al calor, y lo seguirán haciendo cuando ni cenizas queden del último de los mortales.

Leyes del estado

Las leyes del Estado, en cambio, no describen, sino que prescriben. Esto es, tratan de dirigir las conductas humanas, pretenden inducir los comportamientos de los individuos y aspiran a

¹² Los hombres (algunos de ellos, al menos) son unos observadores atentos de lo que ocurre en la naturaleza y vienen a ser, por decirlo en términos del derecho procesal, testigos que nos la describen. Más allá de que, como todo testigo, puede tener una percepción errónea de lo que ocurre, lo importante es que resulta ajeno al hecho mismo del que da testimonio.

regular sus actividades. En todo caso, y para decirlo de una manera apurada, ciertos agentes (las autoridades competentes, o –en términos generales- el Estado) utilizan estas leyes para dirigir el comportamiento y las acciones de otros agentes (llamados sujetos destinatarios, súbditos o ciudadanos) hacia un cierto fin.

En tanto cumplan aquella función (influnciar la conducta de los hombres), no tiene sentido intentar una crítica de estas leyes en términos veritativos (es decir, afirmar que estas leyes sean verdaderas o que son falsas). Como con toda prescripción, la lógica bivalente resulta inapropiada para calificar estos enunciados en tales términos¹³.

De todas maneras, a partir del hecho de que no pueda afirmarse su verdad o falsedad, no debe inferirse que las leyes del estado estén exentas de todo tipo de crítica. Ocurre que esa crítica ya no lo será en términos de la lógica (binaria o bivalente), sino que usaremos términos propios de la axiología y entonces diremos que una ley, en el sentido de ley del estado, puede ser buena, correcta, justa, etc. (o mala, incorrecta, injusta, etc.).

También resultará importante advertir, siempre en tren de distinguir entre los distintos tipos de ley, que si aquello prescripto por la ley del estado, de hecho no ocurre en la realidad, la autoridad que la ha dictado igualmente intentará mantener la ley (su vigencia), tratando de disuadir las conductas que se desvían de ella. Así, el hecho de que se haya cometido un homicidio no implica que las leyes que lo prohíben -o que le imputan una sanción, como en el caso del Art. 79 del Código Penal argentino- caigan de forma tan inmediata como irremediable, o que deban ser consideradas inaplicables o derogadas¹⁴.

Precisamente, para reforzar el sentido de obediencia a lo que está prescripto por las leyes del estado es que éstas amenazan a los infractores con consecuencias desagradables (corporales o pecuniarias) si sus conductas no se ciñen a lo establecido.

Por último, debemos advertir que las leyes del estado (salvo para las concepciones iusnaturalistas de corte teológico, en su mayoría rechazadas por la ciencia jurídica), tanto en lo formal como en lo sustancial, son una creación de los hombres, y su contenido –sea la prescripción de una conducta, sea la regulación de una institución, sea una habilitación que se concede, o alguna de las otras formas que pueden aparecer- es siempre el fruto de una actividad humana: las leyes del estado existen, y tienen el contenido que tienen, porque la voluntad del grupo social (o de un individuo particularmente inspirado, o singularmente dotado, o declarado competente a ese efecto) así lo quiere, y así será mientras esta voluntad se mantenga. Instituciones tales como la adopción, la hipoteca o el contrato de trabajo, no son un producto de la natu-

¹³ Tal vez no esté demás advertir que quienes han pretendido efectuar una calificación de este tipo han necesitado de una laboriosa (y a veces no muy convincente) demostración, pero detenernos en esto escapa al objetivo más bien elemental de esta configuración. Entre quienes lo han intentado cito, siguiendo a Jerzy Kalinowski ("El problema de la verdad en la moral y en el derecho"; E.U.de B.A.), a Edmund Husserl, Max Scheler, Nicolai Hartmann y nuestro más conocido Carlos Cossio.

¹⁴ No escapa a la atención de von Wright un problema, aunque lo señala escuetamente. Cuando lo que prescribe una norma es desobedecido por una gran mayoría de los individuos a los cuales va dirigida, cuando la amenaza de la provocación de un mal -que la acompaña para reforzar su obligatoriedad- se muestra inútil para disuadir, o cuando el poder sancionador del estado se ve superado, se produce un fenómeno que se denomina 'pérdida de eficacia normativa': la constante desobediencia a lo prescripto en la norma precipita su tácita derogación.

raleza (no florecen en nuestros campos), sino que se conciben en nuestras mentes y se delimitan merced a nuestra intención y arbitrio.

Leyes de la lógica (matemática):

Arribamos al fin al tercer tipo de ley: las leyes de la lógica. Aquí corresponde una inmediata advertencia: muchos de los asertos que siguen pueden ser extendidos a la matemática (a las *leyes de la matemática*), en cuanto ciertos axiomas (los de la geometría, por ejemplo) o ciertas reglas del cálculo exhiben notorias similitudes con aquellas. Probablemente de allí que a von Wright no le importe aclarar entre paréntesis que se refiere a las “*leyes de la lógica (matemática)*”.

De seguir el mismo camino que hicimos con las anteriores, nuestra primera consideración debiera ir dirigida a si estas leyes son descriptivas, son prescriptivas, o si se trata de un *tertius genius*.

Consignemos algunas de estas leyes, como para poder manejarnos mejor. Sin duda los mejores ejemplos a los que podemos recurrir son los tres principios de la lógica clásica (por lo menos, la anterior a Leibniz), considerados tan autoevidentes como válidos: “*Todo aquello que es, es idéntico a sí mismo*” (principio de identidad); “*Ninguna afirmación es, al mismo tiempo y al mismo respecto, verdadera y falsa*” (principio de no contradicción), y “*Una afirmación o bien es verdadera, o bien es falsa, sin que exista otra posibilidad*” (principio del tercero excluido)¹⁵.

Así formuladas, estas leyes se nos figuran como descripciones, porque pareciera que, en cada caso, nos están informando sobre algo de la realidad: la forma en que la generalidad de los individuos pensamos (es decir, cómo *de hecho* se piensa; o cómo *de hecho* se calcula, si se trata de la matemática). Y puede ofrecerse como elemento corroborante de ello el que, para enunciarlas, el lenguaje sea usado descriptivamente (me permito dirigir la atención de ustedes hacia la presencia del verbo *ser* en su conjugación correspondiente al presente del modo indicativo en los ejemplos propuestos).

Sin embargo, vistas desde otro ángulo, estas leyes también pueden aparecer como prescripciones, ya que podrían ser traducidas, con bastante aproximación y exactitud, como la prohibición de considerar que una cosa no sea idéntica a sí misma, o la imposibilidad de aceptar que las afirmaciones puedan ser (al mismo tiempo y sobre la misma referencia) verdaderas y falsas, etc. En todo caso, debiera ponerse de manifiesto dos notas: según la primera (contingente, si se quiere), las leyes de la lógica (matemática) se expresan usando del lenguaje en términos directivos, y aún así su sentido primordial resulta traicionado; la segunda (mucho más trascendente), que la violación de una regla de este tipo no está amenazada de la forma en que lo están las leyes del estado.

¹⁵ A estas tres leyes se les atribuyó la dignidad de *principios lógicos* y sobre ellas se sustentó toda la lógica clásica, predicando a su respecto que eran evidentemente verdaderas, que eran válidas universalmente y que se hallaban en la base de todo razonamiento correcto. Tales atributos han sido posteriormente cuestionados y refutados; la tradición, sin embargo, los sigue exhibiendo como las *grandes verdades* de la lógica, y no es posible negar que tales principios aparecen como verdades razonables y fácilmente adquiribles. Es esto último lo que me ha llevado a poner estos principios como ejemplos de las leyes de la lógica en el sentido que usa nuestro autor.

Ahora bien: aún cuando aceptáramos que estas leyes de la lógica (matemática) son descriptivas, no tendremos más remedio que reconocer que no lo son de la misma manera que son descriptivas las leyes de la naturaleza. Y ello porque no es difícil advertir que afirmaciones tales como ‘*el agua hierve a cien grados centígrados*’ o ‘*en el primer segundo de caída libre un objeto recorre 9,8 mts*’ deben su verdad al hecho de su reiterada verificación mediante la experiencia (y, por supuesto, a la configuración de distintos elementos que van desde la noción de ‘hervir’ y la creación de escalas de temperaturas hasta la más metafísica definición de objeto y la idea de medida). En cambio, la verdad del enunciado ‘*Todo A es un A*’ resulta independiente de toda experiencia (es decir, es una verdad apriorística) y alcanza a cualquier cosa que sea lo nombrado con la variable “A”. Una vez conscientes de esto, no habrá inconveniente en advertir la trascendencia de otras características: mientras que las leyes de la naturaleza resultan contingentemente verdaderas, las de la lógica lo son necesariamente; y mientras estas últimas se refieren a entes ideales y -en tal sentido- tan eternos e inmutables como inexistentes, aquellas otras se ocupan de la realidad y, consiguientemente, se refieren a cosas concretas, precederas y contingentes.

Estas atendibles objeciones contra la posibilidad de asociar las descripciones propias de las leyes naturaleza con las de la lógica y las matemáticas, nos pueden precipitar -un tanto desmañadamente- hacia la otra posibilidad y hacernos pensar que se trata de leyes que prescriben. Sin embargo, antes de coincidir con tal extremo y de continuar en ese sendero, es bueno preguntarnos: si fueran prescriptivas ¿qué es lo que prescribirían? ¿prescribirían cómo debemos pensar, o cómo debemos calcular? Ante estas cuestiones inmediatamente se nos hace evidente que la lógica (o las matemáticas) no cumplen la misma función que el Estado, ni pretenden que se piense (se calcule o razone) del mismo modo en que el Estado pretende que se comporten (actúen, se conduzcan, etc.) los ciudadanos o súbditos. El sentido de ‘prescribir’ que podríamos usar en este caso (cercano a lo metafórico) muestra importantes diferencias con el sentido que utilizamos cuando hablábamos de las leyes del Estado (además de la ya señalada ausencia de amenazas de consecuencias desagradables para el caso de infracción o incumplimiento).

Los argumentos contra esta posibilidad no son mayormente desarrollados en esta obra por von Wright, quien prefiere continuar adelante (esto puede llevarnos a entenderlo mejor) sosteniendo que las leyes de la lógica no describen ni prescriben, sino que entregan un patrón según el cual es posible juzgar si se piensa (o se calcula) correctamente. Estas leyes de la lógica (y la matemática) *determinan* si, al pensar o al calcular, esto se hace correctamente; o si la forma en que se ha pensado -o se efectuado un cálculo- es compatible con un cierto sistema de reglas que definen las actividades propiamente humanas de pensar y calcular.

Llegado aquí, nuestro autor compara estas leyes con las reglas de los juegos. Así como con éstas se indica, dentro del juego de que se trate, qué movimientos o jugadas se hallan permitidas (o cuáles resultan prohibidas, o cuáles deben necesariamente efectuarse en cierta ocasión o bajo ciertas circunstancias), de forma similar las leyes de la lógica y de las matemáticas nos indican cuáles son las inferencias lógicas o los cálculos matemáticos que deban ser considera-

dos ser correctos, legítimos, válidos, etc. Así, quien se dice seguidor consecuente de las llamadas geometrías euclidianas deberá aceptar (está constreñido a pensar) que las líneas paralelas jamás se tocarán entre sí, o que la suma de los ángulos internos de un triángulo siempre será igual a 180° , y -en este particular sentido- los nuevos enunciados que proponga, si son materialmente consistentes con los postulados iniciales, serán verdaderos. Una vez nos hagamos conscientes de esta particularidad de las leyes del pensar y el calcular, ya no solo refutaremos fácilmente las aparentes violaciones del principio lógico de identidad (cuando un matemático declara que el '11' es un número primo, mientras que un jugador de ruleta sostiene que el '11' es negro), sino que no nos sorprenderá ni calificaremos apuradamente de errado un aserto que informe que 'dos y siete son veintinueve', porque dentro del juego del truco, en el lance del envideo y si las cartas pertenecen al mismo palo, tal cálculo es correcto y es así como *debe* hacerse.

Por eso, inquirir sobre si estas leyes pueden ser criticadas en términos veritativos, o buscar argumentos para alabarlas por su intrínseca bondad o denostarlas por su inequidad, resulta inapropiado. No se puede predicar, así como así, que sean verdaderas o falsas, ni que sean justas o injustas; en cambio sí se puede decir de ellas que resultan coherentes, o apropiadas, o válidas, siempre con subordinación a un esquema delimitador. Y si se apartan de tal esquema o patrón, tampoco por ello serán verdaderas o falsas, ni buenas o malas; serán simplemente incoherentes con el sistema, y ajenas a él. Por supuesto, esto no quita que, *en otro sistema*, esas mismas leyes resulten ser correctas, aceptables y -de hecho- seguidas por quienes así lo entienden o practican.

En definitiva, estas leyes de la lógica y la matemática indican una forma de pensar. Tal forma atenuada de la prescripción, sin embargo, poco tiene que ver con las prescripciones que habitualmente formula el Estado, puesto que aquí no se obliga -a secas- a pensar de cierta manera, sino que se establece que, si pretendo llevar a cabo la actividad de razonar o calcular de una forma correcta (o dentro de un sistema), debo hacerlo siguiendo ciertas reglas. De allí que este tipo de leyes no describan como lo hacen las leyes de la naturaleza, ni prescriban a la manera de las leyes del estado; estas leyes determinan los parámetros dentro de los cuales la actividad propia de la disciplina (pensar, razonar, calcular, etc.) se hará apropiadamente¹⁶.

Leyes y normas

Retomemos nuestro objetivo primero. ¿Cuál de los tres sentidos posibles de la palabra 'ley' que hemos visto resulta un buen sinónimo de la palabra 'norma'?

¹⁶ He obviado, porque se aleja visiblemente del tema, algunas consideraciones sobre el tema de la verdad y, más precisamente, de la verdad de ciertas proposiciones. En alguno de sus sentidos posibles 'verdad' equivale a 'coherencia', y un enunciado será verdadero en la medida en que pueda ser deducido de otros enunciados -y, además, no los contradiga-, a los que se supone verdaderos. La construcción de sistemas axiomatizados a algunos matemáticos les encanta; en cambio a algunos juristas -y también a varios abogados- esto les hace perder aún más su contacto con la realidad.

A los fines de esta cuestión, lo relevante, para von Wright, es el contraste entre lo descriptivo y lo prescriptivo. Atendiendo a ello reclama para una teoría general de las normas una limitación: las normas serán siempre prescripciones, y aquello que no es una prescripción no será considerado (en el contexto de la teoría) una norma.

De esta manera, inmediatamente queda claro que las leyes de la naturaleza no serán consideradas normas. Y tampoco lo serán las leyes de la lógica y la matemática, en cuanto éstas – en algún sentido, según hemos visto más arriba- describen (al menos, describen cómo están constituidas las entidades lógicas). Queda un único sentido de entre los analizados que cumple estrictamente el requisito; de allí que solo a las leyes del estado las llamaremos “normas” y consideraremos solamente a la palabra ‘ley’ (en el sentido de ‘ley del estado’) como un buen sinónimo de la palabra “norma”.

Esto, sin embargo, requiere de una nueva aclaración. Lo que en el lenguaje cotidiano es llamado ‘ley’ (la llamaré, en estos párrafos, ‘ley a secas’) no necesariamente coincide con lo que los juristas llaman ‘ley’ (‘ley en sentido técnico’): en el primer caso, la ‘ley a secas’ hace referencia a todas las prescripciones que de algún modo reciben respaldo estatal (incluye esto a los decretos, lleven o no necesidad y urgencia, a las ordenanzas, a los edictos policiales, a las acordadas de los más altos órganos jurisdiccionales que son dirigidas a los tribunales inferiores, etc.); en cambio, con ‘ley en sentido técnico’ hago referencia a un tipo específico de norma, que ha sido formulada por un órgano perfectamente diferenciado dentro de la estructura del Estado (llamado, entre nosotros, Poder Legislativo, o Legislatura), y para cuyo dictado ha debido seguirse un procedimiento establecido en alguna otra norma (generalmente, una constitución).

También debe precisarse otro concepto: no toda *norma* es una *norma jurídica* (aquella es el género de la cual esta última es una especie), puesto que en algún momento habrá de reconocerse la existencia de, por ejemplo, *normas morales* (también llamadas preceptos) a las que intentaremos –con las dificultades del caso- diferenciar de las jurídicas. Por otra parte, no todas las *normas jurídicas* son *leyes*, ni en el sentido de ‘ley a secas’ ni ‘ley en sentido técnico’; existen, por ejemplo, las *normas jurídicas consuetudinarias*¹⁷(o *usos*) que no están escritas y no han seguido aquel procedimiento establecido en una norma superior. El particular tipo de norma que llamamos ‘*norma jurídica*’ presenta características propias relevantes, que permiten distinguirla de ‘ley’ (tanto en el sentido cotidiano o *a secas*, como en el sentido técnico de los juristas) y que será objeto de oportuno estudio, debiendo nuestra atención seguir centrada exclusivamente en las ‘*normas*’¹⁸.

¹⁷ Más adelante, en este mismo capítulo, diremos que las reglas consuetudinarias son aquellas basadas (o que tienen su origen) en las costumbres de una comunidad.

¹⁸ Habría otras consideraciones que realizar respecto de este tema. Por ejemplo, que la noción de ‘norma’ se ha visto alterada por el reconocimiento, vía la obra de R. Dworkin y R. Alexy, entre otros, de los principios. Los principios tienen características propias que los apartan del concepto tradicional de ‘norma’, pero, al mismo tiempo, resultan una forma de prescripción que tiene respaldo en la coacción. En otros capítulos este tema será abordado; por ahora baste decir que llamaremos ‘principio’ a ciertos mandatos que establecen que algo, considerado conveniente o valioso, debe ser obtenido, logrado o protegido en la mayor medida posible. El Código Civil y Comercial que rige en nuestro país desde el 1° de agosto de 2015 los reconoce en su art. 2.

Algo más: desde mediados del siglo pasado, a través de la obra de juristas como Ronald Dworkin o Robert Alexy, el concepto de norma jurídica ha sido reconsiderado y es ahora aceptado por la generalidad de los científicos del derecho que forman parte del conjunto denotado por esa palabra un importante grupo de prescripciones que muestran algunas diferencias notorias respecto de aquello que se considera ‘norma’ en las obras de Kelsen, Hart o Cossio. Tales prescripciones son reconocidas como ‘principios’ (a veces, también, como directrices o políticas) y resultan ser mandatos, dirigidos a las autoridades, para actuar de manera de optimizar un estado de cosas considerado valioso (por ejemplo: afianzar la justicia, promover el bienestar general, actuar siempre de buena fe, etc.)¹⁹.

Las reglas

Siempre de la mano de von Wright, avancemos sobre el otro posible buen sinónimo de ‘norma’, a saber, la palabra ‘regla’. De una polisemia mayor que ‘ley’, el término ‘regla’ se presenta -nos explica nuestro autor- en seis sentidos diversos: reglas prescripciones, reglas determinativas (también llamadas reglas conceptuales o, simplemente, reglas), reglas técnicas (o directrices), reglas consuetudinarias, reglas morales y reglas ideales.

Algunas de estas reglas son claramente diferenciables entre sí; otras no lo son tanto y su naturaleza parece ser la resultante de una mezcla de otros tipos. Esto último hace que puedan distinguirse cierto tipo de reglas principales (a las que no veo objeción para llamar ‘puras’) y otro grupo subalterno o menor (que daré en llamar ‘impuras’). Al primer grupo, corresponden aquellas reglas que, por sus caracteres propios, nítidamente se distinguen entre sí y de las demás; en cambio, pertenecen al grupo de las reglas impuras aquellas que, para ser conceptualizadas, requieren del auxilio de -al menos- dos de las otras reglas. Dicho de otra manera: la naturaleza de las reglas impuras no es ortodoxa, sino que resulta de una combinación de las características que presentan aquellas otras reglas consideradas puras con el agregado de algún elemento propio.

Comencemos por las reglas puras (o principales).

Las reglas prescripciones

Empiezo por este tipo de reglas porque –por encima de la mejor opinión de von Wright, que prefiere iniciar sus análisis con las reglas conceptuales a las que llama simplemente *reglas*- son las que, al fin y al cabo, con más o menos aclaraciones o aditamentos, terminarán siendo parte fundamental del estudio de los juristas, y resultarán ser nuestro pan cotidiano.

¹⁹ A nadie pasará inadvertido que he propuesto, a modo de ejemplos, principios que aparecen en el Preámbulo de la Constitución nacional y, en el tercer caso, que son normas positivas en la actual codificación. Precisamente, el art. 2 del Código Civil y Comercial vigente desde el año 2015, preceptúa que *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

Estas reglas prescripciones pueden asociarse con las que, párrafos más arriba, se han caracterizado como leyes del Estado. Reitero, sin embargo, que bajo este nombre de *prescripciones* quedan incluidos una cantidad de enunciados mayor al contenido en el conjunto de las *leyes*, y que éstas resultan ser solo una especie de aquéllas. De allí que las reglas prescripciones participen de sus características, a saber: prescriben un comportamiento, son insusceptibles de ser verdaderas o falsas, etc. Podemos, ahora, agregar otras características propias de este tipo de reglas:

a) Las reglas prescripciones son dadas por alguien (un agente) a quien se denomina *autoridad normativa*. Es decir, estas reglas provienen de una autoridad²⁰.

b) Van dirigidas hacia alguien (un agente), al que se llama *sujeto destinatario*.

c) La autoridad las pone en conocimiento del sujeto mediante la *promulgación*.

d) Para evitar la desobediencia a lo que está mandado y disuadir cualquier forma de resistencia a lo que se prescribe, se amenaza, para el caso de incumplimiento de lo prescripto, con que al infractor podrá serle aplicado un castigo al que, genéricamente, se denomina *sanción*.

Tales elementos identifican plenamente a este primer tipo de reglas, justificando el hecho de incluirlas entre las reglas puras²¹. Luego, y desde que son asimilables a las leyes del estado, y –en ese sentido- la palabra ‘ley’ es considerado un buen sinónimo de la palabra ‘norma’, extenderemos la sinonimia y diremos que ‘regla’ (siempre que con ella no refiramos a las reglas prescripciones) es un buen sinónimo de ‘norma’.

Las reglas determinativas o conceptuales:

Al igual que ocurría con las anteriores, esta clase de reglas puede ser asimilada a un tipo de ley, aunque en este caso se trate de las leyes de la lógica (y la matemática). Lo que antes se dijera respecto de ellas, puede ahora predicarse respecto de estas reglas determinativas o conceptuales.

Al ocuparse de ellas, von Wright, antes que proponer una mejor caracterización, prefiere ampliar la cantidad de ejemplos. Las asocia, de la misma forma que antes, con las reglas de los juegos, pero también da como ejemplo a las reglas de la gramática. Siempre nos encontramos (aunque haya casos en que aparece una labilidad o exigencia menor) con el hecho de que existen ciertas jugadas (o ciertas formas del hablar) correctas, entendiendo por tal, consistentes con determinados patrones preestablecidos.

²⁰ Los traductores han usado el término ‘*dimanan*’ que de ninguna manera puede considerarse incorrecto en lengua española, en cuanto con él se quiera hacer referencia a la procedencia u origen de algo (a un manantial, según la etimología). Solo que entre nosotros resulta más coloquial e igualmente correcto el término ‘*provienen*’.

²¹ Dentro de este tipo de reglas pueden ser incluidas, en tanto prescriben un comportamiento determinado, las normas religiosas (o mandamientos), aunque von Wright no haga una específica referencia a ellas a esta altura. El hecho de que la autoridad de la que dimanen resulte ser una autoridad que es un agente sobrenatural (supraempírico, necesario e imperecedero, dirá más adelante nuestro autor), no alcanza para excluirlas del conjunto de las normas prescripciones, mucho menos cuando las demás características aquí anotadas se hallan claramente presentes: todos los hombres serán el sujeto destinatario, la revelación será su forma específica de promulgación y la amenazas de eterno castigo el tipo genérico de sanción previsto (aunque en estos casos el mandato también aparezca reforzado con la promesa de que el acatamiento a lo preceptuado será recompensado con ‘la permanente visión de la Presencia’, buena cantidad de huries o la perpetua felicidad). La única diferencia reside en que los mandamientos son definitivamente inmodificables, y el Legislador que los ha dictado es –por definición- omnisapiente y justo, características que solo ficticiamente y ejerciendo el humor atribuimos al legislador humano.

Si se pretende, en el juego del ajedrez, mover la torre en forma diagonal y los alfiles de manera ortogonal, diremos que esas jugadas no son permitidas o no están autorizadas o son imposibles, o que –en todo caso- no se está jugando ajedrez²². Análogamente, si quien nos dirige la palabra articula oraciones donde se violenta la relación de género y número que debe haber entre el sustantivo y el artículo que lo acompaña (o el régimen proposicional es preterido, o la construcción sintáctica adolece de todas las falencias imaginables), diremos que nuestro interlocutor habla incorrectamente nuestra lengua, o –si los errores son demasiado groseros- afirmaremos que no la habla en absoluto.

Algunas dificultades se presentan, sin embargo, cuando se trata de actividades que resultan parecidas entre sí: durante un partido de fútbol, tomar del cuerpo al rival que se escapa y arrojarlo al piso recibirá una dura sanción de parte del árbitro que puede llegar hasta la expulsión del jugador que lo hubiera hecho; si la misma acción es llevada a cabo en un encuentro de rugby (deporte derivado del fútbol) el jugador responsable no recibirá recriminación alguna – hasta es probable que su comportamiento sea festejado- y el juego continuará normalmente. Como en el caso de la suma de los naipes en el truco o en el *black jack*, la corrección de la jugada, del cálculo, del razonamiento, etc., estará en directa relación con las pautas, patrones o tipos que definen la actividad (o el juego) de que se trate. De allí que no vayamos a considerar que estas reglas conceptuales o determinativas puedan ser *normas*. O, para ser consecuente con el objetivo que nos hemos propuesto en este trabajo, diremos que la palabra ‘regla’ (en tanto con ella se haga mención de estas reglas conceptuales o determinativas) no será considerado un buen sinónimo de la palabra ‘norma’.

Las reglas técnicas

El tercer tipo puro de reglas son las llamadas directrices o reglas técnicas (a las que también podríamos llamar simplemente ‘guías’). Éstas nos indican cuáles son los medios aptos para alcanzar un determinado fin, siendo su ejemplo más común el de las ‘instrucciones para el uso’ (que van desde esos cada vez más complejos textos que nos indican cómo usar una cámara fotográfica digital de última tecnología hasta la elemental tapa del frasco de mayonesa que con una flecha nos muestran hacia dónde debo girar si lo quiero abrir, pasando por toda la gama de manuales, brevarios, compendios, etc. con que los fabricantes adornan a algún ingenio más bien elemental).

Estas directrices se formulan como enunciados condicionales en los que se anuncia que, de pretenderse un cierto resultado, debe actuarse de una cierta manera. El archiconocido ejemplo de von Wright nos permite distinguir claramente las dos partes del enunciado. En la regla técnica “*si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla*”, el antecedente (también llamado *prótasis*) contiene, en forma condicional, aquello a lo que se aspira (si lo

²² Tal vez convenga aclarar a esta altura que debe considerarse la relevante diferencia existente entre ‘una jugada incorrecta’ y ‘una mala jugada’. Difícilmente un jugador de ajedrez experto, enfrentado a un oponente igualmente hábil, en sus primeras ocho jugadas adelantará sus ocho peones hasta el centro del tablero. Éstas podrían ser consideradas ‘malas’ jugadas (desde el punto de vista táctico y estratégico), pero de ninguna manera serían jugadas prohibidas (desde el punto de vista del reglamento respectivo).

que querés es hacer que la cabaña sea habitable...), mientras que el consecuente (o *pódo-sis*) señala cómo debo hacer -o qué no debo hacer- para lograr esa finalidad que me he propuesto (tenés que encender la chimenea, las estufas, el horno, etc., o tenés que no dejar las puertas o ventanas abiertas)²³.

Para comprender este tipo de regla existe a veces cierta dificultad, que se ve denunciada cuando aparecen objeciones sobre la posibilidad de que, aunque se cumpla con la condición establecida, el resultado no se logra. Volviendo a la cabaña, puede ser que se encienda un mayúsculo fuego y que se cierren puertas y ventanas, pero que aún así no sea habitable (por la cantidad de goteras, la falta de pisos o de techo, etc.). Para plantearlo en otros términos, una persona puede cumplir al pie de la letra la instrucción según la cual, para hacer funcionar su licuadora nueva, debe enchufarla a la red eléctrica de 220 voltios y girar cierta perilla hacia la derecha, y sin embargo no obtener el resultado, simplemente porque al autor de las instrucciones no se le ocurrió recomendar que también se verificara el pago del servicio eléctrico.

Esto nos lleva a distinguir entre la ‘condición necesaria’ y la ‘condición suficiente’. La condición necesaria hace referencia a una circunstancia que no puede faltar (en este caso, para el logro de un resultado), de allí que para nombrarla de otra manera le propinamos el latinazgo de *condictio sine qua non* (condición sin la cual, no). La condición suficiente, en cambio, resulta ser la sumatoria de todas las (pocas o muchas) condiciones necesarias. Volviendo al ejemplo del electrodoméstico: para que la licuadora funcione se debe: conectarla a la red + debe haber servicio eléctrico + debe girarse perilla verde + ... etc. Un ejemplo un poco más doloroso para los estudiantes nos asegura que el hecho de aprobar la materia “Introducción al Derecho” no los hace abogados, pero resulta indispensable para obtener el título; lo mismo ocurre con la materia “Derecho Constitucional”, y con “Derecho Romano”, y con “Derecho Administrativo”, y así sucesivamente... Cada materia constituye una condición necesaria, previa e ineludible, para ser abogado; el hecho de aprobar todas las materias, es condición suficiente para obtener el título de abogado.

Un nuevo obstáculo para la comprensión de estas reglas técnicas proviene del hecho de pretender asimilarlas con otros juicios que parecieran estructuralmente idénticos. Así, por ejemplo, “para ser abogado debés aprobar Introducción al Derecho” y “para ser abogado debés estudiar mucho” se nos presentan como dos enunciados condicionales aparentemente iguales. Desde el sentido común, sin embargo, algo nos dice que hay alguna diferencia relevante entre los dos, que hay un rango de resistencia y sometimiento a la crítica que los hace distintos. Y ello por la simple razón de que, por un lado, es imposible (en la Universidad donde doy clases, al menos) ser abogado sin haber rendido satisfactoriamente la materia “Introducción al Derecho”; pero existe la posibilidad (pongamos que sea por la excepcional inteligencia, memoria y capacidad de comprensión del alumno, o por una suerte mayúscula) de que se obtenga el título sin haber dejado las pestañas en el intento.

²³ El ejemplo es fácilmente comprensible, y cumple mejor su función pedagógica en cuanto imaginemos los fríos paisajes de la Finlandia natal de von Wright. En estas pampas, algo más calurosas, podríamos proponer –sin mengua para su sentido lógico ni su aplicación docente– “si querés que el rancho sea habitable, tenés que ventilarlo”.

Para enfrentar estas dificultades y objeciones debe advertirse, en primer lugar, que el uso del lenguaje natural puede acarrear ciertas dificultades y hacer que parezcan ser prescripciones (sobre lo que debe, o no debe, ser hecho) aquellos que no son más que enunciados descriptivos. De allí que von Wright se detenga a diferenciar la regla técnica de un tipo de proposición particular, a la que llama *enunciado anankástico*²⁴, y también a la misma regla técnica de las simples oraciones condicionales.

Los enunciados anankásticos afirman que algo es condición necesaria para otro algo: “*para ver televisión es necesario que un canal esté emitiendo su señal*”. Es evidente que, en este sentido, tales proposiciones también informan sobre la relación entre un medio y un fin, aunque no por ello deba identificárselas con las reglas técnicas²⁵. Decir “*si quieres encender la estufa debes mantener apretado el botón rojo*” y decir “*para encender la estufa es necesario mantener apretado el botón rojo*”, aunque en el uso cotidiano resultan de una semejanza tal que se los presenta como iguales, son enunciados lógicamente diferentes. En el primer caso se trata de una típica regla técnica, en cuanto me indica un medio para el logro de un fin; en el segundo caso, se trata de un enunciado anankástico, que afirma que algo es requisito indispensable para que otro algo ocurra. Inmediatamente aparece una nueva diferencia: en el primer caso, carece de sentido predicar la verdad o falsedad de la directriz, porque se trata –al fin de cuentas- de una declaración que usa una forma menguada de prescripción, y podremos decir de ella que es correcta, útil o apropiada, o que no lo es; en cambio, sí puede criticarse en términos de verdadero-no verdadero el enunciado referido a la presión que debo ejercer sobre cierto botón.

Ahora bien: sin perjuicio de estas diferencias también encontramos una relación (además de la referida al contenido) lógica entre las directrices y la proposición anankástica, de manera tal que esta última hace presuponer a la primera. De esa manera, la verdad del enunciado anankástico “*para encender la estufa es necesario mantener apretado el botón rojo*” hace que la regla técnica “*si querés encender la estufa, debés mantener apretado el botón rojo*” resulte una buena (o una correcta) indicación de aquello que es un medio adecuado para lograr el fin que me había propuesto.

Ya he dicho que von Wright también distingue a estas reglas técnicas o directrices de que venimos hablando, de las simples oraciones (normas) condicionales, del tipo “*si querés recibirte de abogado debés estudiar mucho*”. En este caso la distinción pasa por el grado y naturaleza de la prescripción, puesto que cuando se trata de enunciados condicionales como el del ejemplo, nos encontramos ante una auténtica prescripción, ante un claro mandato sobre lo que debo (o no debo) hacer ante una cierta contingencia. En la regla técnica la forma de utilización del lenguaje puede resultar prescriptiva; sin embargo, ella no prescribe sino en un sentido débil, entregando una mera indicación antes que una orden o mandato²⁶.

²⁴ Del griego ‘*ananké*’, término con el que se hace referencia a lo que fatalmente ha de ocurrir.

²⁵ Esta afirmación de von Wright precipita algunos desacuerdos. Tal vez la diferencia entre enunciado anankástico y regla técnica no vaya más allá de la manera en que se enuncian, y la regla técnica sea, en el fondo, también un enunciado descriptivo, solo que expresado de una forma diversa.

²⁶ Existe la posibilidad de que, en el trasfondo de una norma hipotética, también se encuentre una proposición anankástica, aunque la relación no sería tan fuerte como la que se da entre la regla técnica y el enunciado anankástico. Ello puede, sin embargo, originar un interesante tipo de argumentación: un individuo piensa que quiere que su rancho

Tal vez pueda resultar de ayuda para la mejor comprensión de este tipo de regla una digresión más: en las reglas prescripciones se tiene como principal objetivo a la voluntad de un individuo o agente, sea para forzarla, dirigirla, encausarla, etc., de manera tal que dicha voluntad queda subalternada o rebajada a un rango inferior; en las reglas técnicas, el albedrío, la libertad y el querer humanos vuelven por sus fueros, y lo que en tales reglas se indica como que debe hacerse queda sometido a la voluntad, el deseo, o el antojo de los hombres.

En resumen: las reglas técnicas o directrices (ya se dijo que a veces las llamamos 'guías'), aun cuando puedan presentarse como prescripciones, lo hacen de una manera tan precaria y es tan fácil transformarlas en otro tipo de enunciados (anankásticos), que la palabra 'regla', en este sentido, no será considerada como un buen sinónimo de 'norma'²⁷.

Analícemos ahora las reglas que aparecen en el grupo menor (o de reglas impuras), ocupándonos de las más notables: las consuetudinarias, las morales y las ideales. Debemos advertir, antes de seguir avanzando, que lo que estas reglas impuras tienen en común entre sí es el hecho de que, para conceptualizarlas, he de aprovechar las nociones adquiridas al hablar de las reglas del otro grupo (las puras), de manera tal que aparecerán como una mezcla de las más importantes reglas del primer tipo, mostrando analogías y parecidos con –al menos– dos de ellas.

Las reglas consuetudinarias

Las costumbres son conductas que se repiten, dentro de un grupo social, cuando se dan ciertas circunstancias aproximadamente similares (asistir a ciertas reuniones con un atuendo especial, por ejemplo). A partir de ellas se originan estas reglas consuetudinarias²⁸.

Una distinción más esforzada permite diferenciar a las costumbres de otras formas de repetición del comportamiento ante condiciones similares (los usos, las modas, etc.), y ello fundamentalmente porque, en algunos casos, las costumbres generan una presión de parte del grupo social hacia el individuo que se halla en la circunstancia de que se trata, que bien puede asimilarse a la presión normativa (circunstancia que no es tan notoria cuando de usos se trata), o tienen una larga tradición o permanencia en el tiempo tendiendo a conservarse de forma más o menos igual (exactamente lo contrario de lo que ocurre con la moda). A partir de estos elementos es que, precisamente, advertimos que las costumbres no solo son conductas que se reiteran ante circunstancias similares desde un largo tiempo, sino que además van acompañadas por una convicción, creencia u opinión suficientemente difundida de que llevarlas a cabo es deseable, bueno o correcto. Cuando estos comportamientos se transforman en *costumbre jurídica*

sea habitable; sabe que, para ello, es necesario ventilarlo; de todo lo cual extrae que *debe* ventilarlo. Ha ocurrido un pasaje desde cierta directriz hasta una prescripción autoimpuesta, proceso al que von Wright denomina inferencia práctica, y que tanto jugo puede dar para una teoría de la pena o para la justificación de las sentencias judiciales.

²⁷ Aunque escapa a los fines más bien modestos de estas páginas, no está demás anotar que las reglas técnicas pueden asociarse con la idea de relación medios-fines, y con aquello que von Wright ha llamado 'bondad instrumental'. Atribuir bondad instrumental a alguna cosa, nos dice, es sostener que esa cosa sirve bien para un cierto propósito, y es –a la vez– suponer la existencia de un juicio de bondad respecto de un propósito o finalidad. Así consideradas, habrá cosas que sirvan bien a un determinado propósito, pero que no sean útiles para otro (serán buenos medios para el logro solo de ciertos fines). La relación funcional de medio-fin es lo que permite calificar como verdaderos o falsos a los juicios referidos a la bondad instrumental. Cf. G. E. Von Wright, *The Varieties of Goodness*.

²⁸ No está demás recalcar que la costumbre misma no es una regla; la costumbre es un hecho (un hecho que se repite, ante similares circunstancias, en el seno de un grupo social), y a partir de él se deriva, por la concurrencia de condiciones que enseguida se verán, un especial tipo de regla a la que llamamos regla consuetudinaria.

dica (una especie agravada de las costumbres, en definitiva, a la que se reconoce tradicionalmente como una de las fuentes del derecho), se pone un enfático acento en esta creencia, exigiéndose que en la comunidad exista la generalizada convicción de que es jurídicamente obligatorio actuar de que la manera que se trate (*opinio iuris sivenecessitatis*).

También es correcto distinguir la costumbre de los hábitos (aunque aquella pueda ser considerada una clase de estos últimos, tal como lo expresa el propio von Wright). Una conducta regularmente cumplida por un individuo ante circunstancias similares es un hábito (tomar unos pensativos mates a la hora del atardecer, por ejemplo); la costumbre, en cambio, está referida a los comportamientos semejantes que, en ocasiones análogas, llevan a cabo los miembros de una comunidad.

Es de suma importancia, no confundir la costumbre con la regla consuetudinaria (que es aquella de la que nos estamos ocupando). La primera es una conducta inveteradamente reiterada; la segunda hace referencia a la divulgada idea de que cierto comportamiento es deseable, esperado, correcto u obligatorio en determinadas circunstancias. Sin embargo, la relación entre ambas es íntima: el hecho repetido que llamamos costumbre es el que origina a la regla consuetudinaria; o, lo que es lo mismo pero visto desde otro ángulo, la regla consuetudinaria no es más que una abstracción que se produce a partir de la verificación del hecho de la costumbre²⁹.

Algo más debe ser agregado (cuya importancia será puesta de resalto en otros capítulos, como en aquel donde se estudian las fuentes del derecho): el incumplimiento de las costumbres o la inobservancia de la conducta esperada en ciertas específicas situaciones genera, de parte del resto de la comunidad, alguna forma de rechazo, rechazo que puede ser más o menos fuerte y que, en buena medida, produce efectos disuasivos solo en la medida en que el infractor resulta afectado. Un rebelde, probablemente, irritará a su entorno con conductas que no son las esperadas, pero tal será su intención, y poco lo importará el rechazo, la mofa o el desprecio de los demás.

Visto así, no parece dudoso que estas reglas consuetudinarias se parecen bastante a las reglas prescripciones; sin embargo, también presentan significativas diferencias. Algunas de estas discrepancias se refieren, precisamente, a aquellos elementos que hemos considerado características propias de las prescripciones: así, las reglas consuetudinarias no provienen de una autoridad debidamente identificada o claramente competente (son algo así como prescripciones anónimas), ni han sido promulgadas mediante un acto de publicidad explícito (ni siquiera se hallan escritas), etc. Y, aunque pudieran considerarse que son tan generales en cuanto al sujeto destinatario como lo son las prescripciones y (todavía) a pesar de que sea clara y evidente la presión social para su cumplimiento que las acompaña (que, de todas maneras, no

²⁹ Podría resumirse esquemáticamente de esta manera: si reiteradamente veo que, en cierto grupo social, cuando se dan las circunstancias $C_1, C_2, C_3 \dots C_n$, la generalidad de los individuos se comporta de la manera Z , esto debe hacerme sospechar de la existencia de una norma (a la que no 'veo', pero de la que encuentro repetidas manifestaciones) que indica a los individuos de ese grupo que, en caso de darse aquellas circunstancias con un mismo denominador común, *deben* comportarse de la forma Z . La abstracción de la regla a partir de las manifestaciones particulares no es una cosa extraña: nunca ha visto nadie un campo magnético, pero todos hemos jugado con un imán y la limadura de hierro esparcida sobre un papel.

alcanza a ser equivalente a la amenaza de sanción³⁰), esas similitudes no son suficientes como para asimilarlas de una forma estricta con las del grupo principal.

Por otro lado, es fácil advertir que estas reglas originadas en las costumbres tienen algunas similitudes con otras reglas puras: las determinativas o conceptuales. Ello porque estas últimas, según se dijo más arriba, definen o determinan una actividad o la pertenencia a un grupo, y el hecho de comportarme como generalmente se hace dentro de mi comunidad equivale a un certificado de pertenencia a ella. Así, esa joven que disuade nuestras intenciones mostrándonos su anular con una sortija, nos indica que pertenece al grupo de las señoras comprometidas, de la misma manera que el usar cintas de precisos colores en nuestra solapa para determinadas fechas denuncia nuestra nacionalidad, o que cierta forma de vestir (o las herramientas que usamos) definen la actividad que usualmente llevamos a cabo³¹.

Un buen ejemplo de cómo la participación de ciertas costumbres permite la identificación con un grupo –y, más importante, las consecuencias que ello puede traer– es el caso de don Raúl Puel, juzgado penalmente en la ciudad de Neuquén, en 1999, por el delito daño (arts. 183 y 184 del Código Penal argentino) que le era imputado por haber levantado y destruido ciertas estacas que demarcaban los terrenos que ocupaba y donde desarrollaba su actividad de “criancero”. En su defensa alegó que tenía derecho a remover tales estacas porque éstas habían sido puestas en *su* propiedad y sin *su* autorización, incumpléndose así la más ancestral tradición mapuche y araucana. Aunque registralmente tales datos eran incorrectos, se consideró justificada su conducta (se declaró que existía una justificación putativa de responsabilidad) al amparo de una tradición cultural centenaria que hacía que el encausado se *sentiera* dueño de los terrenos³².

Ahora bien: aunque estos ejemplos muestren que parte de la naturaleza de las reglas consuetudinarias es la de ser reglas determinativas o conceptuales, a la hora de pesar la trascendencia de sus características parece ser lo esencial el hecho de que pautan comportamientos.

³⁰ El rebelde del que hablé en algún párrafo anterior, el transgresor (en su sentido primigenio y no en el que esta palabra adquirió en nuestro país en la última década del siglo pasado, cuando servía para identificar a personajes que excusaban con sonrisas pícaras los delitos que cometían) o el anacoreta, no serán sancionados en el sentido jurídico, pero sí serán considerados extraños a su grupo o su comunidad (vale recordar que Cossio, en su plexo valorativo, colocaba a la extranjería como el disvalor opuesto a la solidaridad).

³¹ En la República Argentina, durante mucho tiempo, el ejemplo típico de costumbre (y, fundamentalmente, de costumbre jurídica) fue el del uso del apellido marital por parte de la mujer casada. Una vez contraídas las nupcias, la flamante esposa se consideraba con el derecho –y también con la obligación– de usar el apellido de su cónyuge precedido de la preposición “de”, tradición cuyos orígenes se pierden en meandros políticos, sociológicos, exigencias de familias patricias y conveniencias económicas. El resto de la comunidad veía esto con buenos ojos y, de manera opuesta, convenía en un gesto despectivo o reprobatorio para con quien no lo hiciera. El ejemplo ha quedado desactualizado; ya en 1969 fue sancionada la ley 18.248 (llamada, precisamente, ‘Ley de Nombre’) y lo que antes era una costumbre típicamente argentina, se transformó en una obligación legal para la mujer, con muy pocas excepciones, todas ellas precisamente definidas. Más tarde, en 1987, esta obligación fue derogada al entrar en vigencia la ley 23.515, siendo, a partir de entonces, optativo el añadido del apellido marital por parte de la mujer, reivindicando su dignidad, pero sin revitalizar el ejemplo, puesto que la situación es ahora regulada por una *ley del estado* o una *norma prescripción* y nunca más podrá considerarse una costumbre de la que pueda derivar la respectiva norma consuetudinaria. En la actualidad (desde 2015), rige el nuevo Código Civil y Comercial, y todas las regulaciones respecto del nombre de las personas se han vuelto más lasas, menos exigentes, dependientes de la voluntad de su portador.

³² Tanto en la sentencia como en el comentario que la anota, se pone de relieve especialmente que el concepto de hábitat (y, por tanto, de propiedad de un lugar) está indisolublemente unido al de identidad de estas comunidades, de manera que la tierra (mapu) y la gente (che) se presentan como elementos inseparables. Siguiendo el ejemplo, estas características, que llevan a los miembros del grupo a conducirse de esta particular manera ante ciertas circunstancias que resultan ser similares entre sí, nos autorizan a afirmar que, si un individuo también se comporta de esa manera bajo esos auspicios, muy probablemente pertenezca a una comunidad mapuche.

Y no solo eso; mal que nos pese, estas reglas ejercen sobre nosotros una forma de presión (difusa, pero sin duda presente) que nos hace proceder de misma forma que lo hace el resto de nuestra comunidad ante hechos similares. De allí que resulta correcto afirmar que, cuando con la palabra ‘regla’ nos referimos a las reglas consuetudinarias, estamos ante un buen sinónimo de la palabra ‘norma’.

Las reglas morales

Conceptuar (definir, explicar, precisar qué son) a las reglas morales no ha sido simple para ningún autor, ni von Wright es la excepción. Cuando se ocupa de ellas llega a reconocer que ni siquiera le es fácil dar un caso claro (al menos no controversial) de una norma moral³³. En su defensa (como si la necesitara) pueden traerse algunas razones, como las aportadas por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin cuando sostienen, hablando de la construcción de un sistema normativo, que la ausencia de una *ciencia* moral, de un legislador que dé forma a los preceptos éticos y la dificultad de identificar el contenido de un sistema moral, hacen poco menos que irrealizable el establecer las normas que conformen un determinado código de moralidad. Estos mismos autores son quienes denuncian que, ante tales inconvenientes, los filósofos morales suelen limitarse a citar dos o tres ejemplos bastante obvios (y generalmente repetidos) de normas éticas.

En todo caso, este es el camino que sigue von Wright: propone algunos ejemplos, pero cada caso –por alguna razón que no nos comunica- le resulta ‘*algo especial*’. Ante ello prefiere desbrozar el camino, descartando las similitudes que pudieran presentar las reglas morales con las demás reglas. Así, no ve que pertenezcan al mismo grupo que las reglas conceptuales. Pero inmediatamente trastabilla al advertir que muchas veces es un claro ejemplo de regla moral el que obliga a cumplir las promesas, y éstas –las promesas- *por definición* son hechas para cumplirse³⁴.

Tampoco le parece bien que se las asocie con las reglas consuetudinarias (aunque recuerda que ‘moral’ deriva del latín ‘*mores*’, que quiere decir ‘costumbre’), porque –a pesar de que puedan encontrarse ejemplos de ideas morales recortadas sobre el trasfondo de las tradiciones- hay muchos casos en que no tienen un lugar significativo desde esta perspectiva.

La siguiente posibilidad que considera es que se trate de prescripciones. Sin embargo, inmediatamente avista algunas dificultades. Por ejemplo: ¿quién da una regla moral? ¿Una autoridad humana tal como la del Estado, que obliga al cumplimiento de ciertas conductas consideradas buenas, deseables, valiosas o convenientes? ¿O un agente supraempírico o sobrenatural (algún dios) que la revela a los hombres?

³³ Completando algunas aserciones volcadas en capítulos anteriores, conviene recordar que von Wright fue un filósofo que también dedicó sus investigaciones a cuestiones de moralidad (En *El árbol del saber* –un libro de ensayos cortos- asegura que el explorar la cultura de la postmodernidad lo ha hecho crítico de aquella forma de racionalidad que fue la fuerza motriz su época más “lógica”). Ernesto Garzón Valdez ha llamado la atención sobre la sutileza de la noción de ‘bondad instrumental’ que define von Wright, a la que ya me he referido en una nota anterior. Creo necesario advertir ahora que, junto a ese sentido de ‘bondad instrumental’, nuestro autor reconoce otros sentidos posibles: ‘bondad técnica’, ‘bondad del bienestar’, ‘bondad benéfica’, etc.

³⁴ Hay célebres páginas de Kant al respecto: si alguien hiciera una promesa, no podría considerarse autorizado a incumplirla, porque ello iría contra la naturaleza misma de las promesas, y resultaría una clara contradicción.

Discurre luego sobre la posibilidad de considerarlas –al igual que a las reglas técnicas- como indicadores sobre el camino a seguir para lograr la concreción de ciertos fines. Sin embargo, tropieza con un nuevo problema: ¿cuál o cuáles son esos fines? Alguno de los utilitaristas propondría la felicidad, otros el bienestar general, los de más allá la armonía universal, aquellos otros la eximición de todo dolor... y así, cada quién a su turno, propondría un cierto fin y las reglas morales serían tales en la medida en que concurren a su logro u obtención. Sin embargo, no se tardará en advertir que la identificación o determinación del *fin* va indisolublemente unido a otras consideraciones sobre lo bueno y lo malo, que resultan previas, y para las que carecemos de guía útil desde este nivel de análisis³⁵.

Por último, a von Wright le parece totalmente insatisfactorio el considerarlas reglas autónomas (esto es, como un grupo de normas que se mantienen por sí solas, con características *sui generis*), tal como propondrían corrientes que a veces son llamadas deontológicas. Concluye, entonces, en que no hay que buscar una característica única para las reglas morales pues ellas tienen complicadas afinidades lógicas con los otros tipos principales de normas y también con las nociones de bien y de mal.

Desde un punto de vista exclusivamente personal (y, por supuesto, von Wright queda totalmente exculpado de la liviandad de mi opinión) cuando pienso en preceptos tales como ‘honrarás a tus hijos’, ‘respetarás la palabra empeñada’, etc., no advierto que sean insalvables las objeciones de considerar a tales enunciados como reglas morales autoimpuestas. Me parece que hay una autoridad que las dicta (aunque esa autoridad pueda ser uno mismo, o todo el grupo social), que se trata de directivas referidas a una forma de comportamiento (el propio) y que existe hasta la amenaza de secuelas desagradables para el caso de transgresión (el arrepentimiento, el sentimiento de culpa, etc.). Dicho en otras palabras, creo que las reglas morales presentan suficientes elementos en común con las prescripciones como para que, con clara anotación de algunas diferencias (individualización del dador de la norma, exacta determinación de la sanción, etc.), pueda considerárselas buen sinónimo de la palabra ‘norma’.

Las reglas ideales:

El último tipo de regla a que atiende von Wright es al que llama ideales y que presentan algunas características particulares. Una de ellas es que estas reglas no están relacionadas de manera directa e inmediata con el actuar, aunque *aluden* (podría aquí utilizar indistintamente giros tales como *se refieren*, *insinúan*, *apuntan*, etc.) a las conductas que deben, no deben o tienen que seguirse. Esta forma de mención indirecta de los comportamientos es porque las reglas ideales tienen que ver con el *ser* antes que con el *hacer*, ya que mediante ellas se

³⁵ Una crítica que, desde la ética teórica, se ha hecho a las concepciones teleológicas (es decir, a aquellas que emparentan la bondad de un acto con la maximización de cierto estado ideal) es, precisamente, preguntarse si ese estado ideal es bueno él mismo.

establece un patrón o arquetipo de cómo debe ser algo para ser un buen ejemplar de la especie de que se trate.

En este sentido, es fácil advertir que también es una de sus características el que tengan que ver con el concepto de bondad, desde que lo que se pretende con ellas es establecer un modelo ideal de una cierta clase de cosas, o definir como sería el mejor representante de un género, o fijar las cualidades que debe poseer un individuo para resaltar dentro de un cierto conjunto. Es decir: se enuncian las características y virtudes que deben congregarse en un objeto para que se convierta en un buen ejemplar de la especie.

Así, por ejemplo, consideraré que una ruta ideal es aquella que tiene su pavimento bien conservado, al menos dos carriles por cada uno de los sentidos de circulación, un bajo muro de contención que separe las manos, curvas suaves y anunciadas, rectas no muy largas, banquetas limpias, adecuada señalización, etc. Al enunciar todas estas características estoy, en realidad, fijando las particularidades distintivas de un individuo óptimo de una clase en especial (en el ejemplo, la clase de las rutas); es más, estoy planteando el modelo arquetípico sobre cuyos cánones podré construir nuevas rutas o criticar las existentes.

Estas reglas ideales, como se advierte fácilmente, quedan incluidas entre las reglas impuras, o del grupo menor, puesto que su naturaleza participa tanto de las reglas técnicas como de las determinativas. Así, si quiero construir una *buen ruta* (o si quiero ser un *buen profesor*) estas reglas de alguna manera me indicarán una forma de llegar a ese estado de excelencia, estableciendo una relación medios / fines muy parecida a la que se instituyen en las directrices o guías. De igual manera, muchas veces uso de estas reglas ideales para verificar si un cierto espécimen pertenece a una determinada clase o grupo: si ésta por la que estoy circulando pertenece a la clase de las *buenas rutas*, o si éste que dicta clases se encuentran dentro del grupo de los *buenos profesores*³⁶. Por esto es que, según el requisito que se había impuesto, la palabra 'regla' -en tanto con ella se haga referencia a las reglas ideales- no ha de ser considerado como un buen sinónimo de la palabra 'norma'.

El ejemplo de las rutas (o de la *buen ruta* o *ruta ideal*) puede cambiarse por el de *buen juez*, el *buen alumno*, el *buen padre* o el *buen ciudadano*, y es un buen ejercicio de la imaginación y la crítica el fijar algunas pocas características que, a nuestro entender y en cada caso, deben reunir los grupos respectivos -juez, alumno, padre, ciudadano o el que en el momento se nos ocurra- para después reflejarnos en ellas y ver cuan distorsionada (o no, seamos optimistas) aparece nuestra propia imagen.

³⁶ En una nota anterior, cuando trataba la cuestión de las reglas determinativas, me detuve sobre la estricta conveniencia de no confundir reglas determinativas con ideales. Caracterizadas estas últimas espero que quede más clara la diferencia entre una 'jugada incorrecta' y una 'mala jugada'. La traumática experiencia de jugar al ajedrez contra un programa de computadora puede servir de mentor: el programa no nos permite llevar a cabo jugadas incorrectas (enrocar cuando una pieza contraria amenaza el camino del rey, por ejemplo), pero ni se inmuta cuando uno comete las peores atrocidades en desarrollo de las piezas medianas. Uno puede *saber* jugar al ajedrez (conocer las reglas de movimiento, el objetivo del juego, etc.), pero eso seguramente no implica compartir siales con *Bobby Fischer* o *José Raúl Capablanca*.

En resumen...

Mi intención ha sido, siguiendo (y desarrollando) las ideas que von Wright expusiera en el capítulo inicial de su obra “Norma y acción”, exponer los diversos sentidos de la palabra ‘norma’ y seleccionar cuáles de ellos han de sernos útiles.

Si hemos de tomar a ‘norma’ como ‘ley’, deberemos advertir los tres sentidos sobre los que nuestro autor expone (de la naturaleza, del estado y de la lógica-matemática), para llegar a que solo uno nos ha de importar: las normas que nos interesan son aquellas que pueden asociarse con las leyes del estado, porque su nota esencial es la de ser prescripciones.

Pero si tomamos ‘norma’ como ‘regla’, von Wright nos muestra seis tipos de reglas (algunos puros, otros no): prescripciones, conceptuales, técnicas, consuetudinarias, morales e ideales. Solo en algunos de estos casos (prescripciones, consuetudinarias y morales) aparece aquella nota de inducción del comportamiento, de directiva de la conducta, y es en razón de tal nota que las consideremos normas.

Salvado lo anterior, otra cosa debe quedar clara: no toda norma es una ley, ni toda norma es siempre una norma jurídica. Estas últimas, además de intentar dirigir el comportamiento de los seres humanos, muestran ciertas características propias que las distinguen de las demás normas (como puede serlo la presencia de la coacción), y ellas, las normas jurídicas, han de ser –lo queramos o no, seamos positivistas o naturalistas, estemos con Kelsen o lo censuremos acerbamente- preocupación principalísima de los estudios jurídicos.

Referencias

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1971.
- Bazán, Víctor, “Justificación putativa. Derechos indígenas y un embate al letargo constitucional”; comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Neuquén, del 12-03-99. Revista La Ley, Buenos Aires, 2000-E-127.
- Copi, Irving M., Introducción a la lógica, E. U. de B. A., Buenos Aires, 34º Edición; 1994.
- Gianella de Salama, “Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia”, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1996.
- Von Wright, G. Henrik, “Norma y acción. Una investigación lógica”, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.
- Von Wright, Georg Henrik, “El espacio de la razón”; editorial Verbum; Madrid, 1996.

CAPÍTULO 4

Orden jurídico y sistema jurídico: características

Soledad Ucedo

Introducción

En este capítulo nos dedicaremos al estudio del “derecho objetivo”, entendido como un “conjunto sistemático de normas”, y también a la identificación de sus características, sean necesarias o contingentes. Ello por entender que el problema de la definición del derecho se enfoca mejor desde la perspectiva global y sistémica, que desde el estudio aislado de las normas jurídicas.

Hoy en día nadie se atrevería a negar que el derecho es un sistema normativo. Pero a poco que avancemos en nuestra exposición advertiremos una serie de desacuerdos e incongruencias conceptuales que conviene dejar en claro.

Como lo sostiene Genaro Carrió, para que exista una genuina discrepancia tiene que mediar un acuerdo previo sobre el significado que, en la disputa, daremos a la palabra clave. En nuestro caso, debemos establecer qué entendemos por “*derecho en sentido objetivo*”, para establecer finalmente cuáles serán las características que deberá poseer un sistema normativo para ser calificado como un “orden o sistema jurídico”.

Acuerdos

En este sentido, el enfoque sistémico³⁷ del derecho constituye un lugar común en la iusfilosofía. La mayoría de los juristas están de acuerdo en tomar el derecho en sentido objetivo a la hora de realizar sus construcciones teóricas. Todos, o casi todos, están de acuerdo en que el derecho de un determinado país es un conjunto unitario de normas al que cabe atribuir la denominación de “orden jurídico o “sistema jurídico”.

En este contexto, la denominada “teoría general de los sistemas jurídicos” presenta innumerables ventajas ya que permite, por un lado, el análisis y la determinación de los conceptos básicos que conforman el derecho entendido en sentido objetivo (a saber, el concepto de norma, sistema, fuentes, validez, creación, aplicación e interpretación), así como la identificación

³⁷El enfoque sistémico del derecho en sentido objetivo presenta algunas ventajas supletorias. Permite que todos los juristas definan al Derecho como un conjunto de normas logrando así una aparente uniformidad, independientemente que cada uno defina a la norma a su manera. Esa misma uniformidad lograda merced a la despreocupación respecto a qué dice en realidad cada norma concreta, satisface la ambición de crear una “teoría general” que sirva tanto para explicar un derecho primitivo como uno moderno, el derecho interno como el internacional, el consuetudinario como el codificado. Se consigue así uno de los prerequisites de la teoría científica: su universalidad.

de las características necesarias y contingentes que usamos para diferenciarlo de otros sistemas normativos no jurídicos.

Desacuerdos

Por otra parte, si bien los iusfilósofos están de acuerdo en considerar al derecho “como si” fuera un conjunto sistemático de normas, o un sistema normativo, no es menos cierto que mientras algunos conciben al derecho como un “sistema jurídico” otros se refieren a él como un “ordenamiento jurídico”, o aún ambos términos son utilizados como sinónimos sin distinción alguna. Por lo tanto, sostener que existe un sistema normativo no quiere decir que se sepa exactamente a qué tipo de sistema hace referencia cada autor. Este desacuerdo se traslada cuando se analizan los elementos que conforman al derecho entendido como un conjunto de normas, ya que los iusfilósofos emplean el término “norma” en múltiples sentidos.

Tales desacuerdos sobre los conceptos de “sistema”, “orden u ordenamiento” y “normas” impactarán inevitablemente en las características que deben –o deberían- poseer los sistemas normativos jurídicos, y por lo tanto en la clasificación entre las tradicionales características necesarias o contingentes de los mismos.

Núcleo conceptual básico

Los desacuerdos referenciados imponen la tarea de realizar algunas precisiones conceptuales, a fin de unificar —al menos para la presente exposición— el sentido que le daremos a ciertos términos. Para ello proponemos lo que hemos de llamar “núcleo conceptual básico”, núcleo que funcionará como punto de partida, para el estudio y análisis del sistema jurídico y sus características. Dicho núcleo estará conformado a su vez por los conceptos de: “sistema”, “sistema normativo”, “sistema jurídico”, “ordenamiento jurídico” y “norma”.

Una vez superada esta etapa, abordaremos las características o propiedades que debe, (debería o podría), poseer el derecho en sentido objetivo, para determinar finalmente si tales características son necesarias, o contingentes, o de algún otro tipo.

En primer lugar, cabe aclarar que partimos de la idea de considerar al derecho “como si” fuera un conjunto de normas. Ello se debe a que la mayoría de los juristas están de acuerdo en tomar el derecho en sentido objetivo- es decir, como conjunto de normas- a la hora de realizar sus construcciones teóricas. En este sentido, quien ha constatado acertadamente esa actitud generalizada por parte de los juristas ha sido Rolando Tamayo y Salmorán, en su artículo “*El Derecho y el problema de su indeterminación*”³⁸. A partir de tomar al derecho como un “*alsob*”, él parte de la idea de que los juristas cuando dicen qué es el derecho, en realidad nos dicen “lo que creen que es el derecho”.

De allí que Tamayo, en ese artículo, sostenga:

³⁸ https://www.uv.es/cefd/5/tamayo.html#_ftn1. Fecha de consulta: 20/5/19.

...para la profesión jurídica el derecho es considerado un *alsob* (es considerado un “como si”). El derecho es como si fuera lo que los juristas piensan que es. El derecho (cualquier cosa que pudiera ser) es visto, por ejemplo, como si fuera una «clase» o un «orden» de cosas. Consecuentemente con esto, los juristas suelen afirmar que el derecho (siendo una clase de cosas) es un «compuesto» de... ‘normas’ (cualquier cosa que éstas pudieran ser).

Ahora bien, con lo dicho sólo hemos querido dejar en claro que los autores normativistas como Bobbio, Kelsen, Hart, Alchourrón, Bulygin, Dworkin, y Alexy, entre otros, parten de un lugar común. Todos, desde una teoría general del derecho, y en particular, desde una teoría general del sistema jurídico, toman al derecho “como si” fuera un “conjunto de normas”, es decir en sentido objetivo³⁹, sin perjuicio de lo que cada uno de ellos entienda por “sistema” o por “norma jurídica”.

El derecho como sistema

La primera teoría en torno a los sistemas pensada como un ideal válido para todas las ciencias nos viene como herencia de Aristóteles. Para el filósofo, el matemático y el lógico, un conjunto de enunciados forma un sistema cuando todos esos enunciados pueden deducirse lógicamente de un conjunto finito —y preferentemente reducido— de enunciados llamados “axiomas” o “base axiomática” del sistema. En este sentido, el primer sistema elaborado según los cánones aristotélicos fue el de la geometría de Euclides, y como modelo imperante durante mucho tiempo, provocó que el intento de sistematización del conocimiento científico quedara reducido, en la práctica, a la Matemática, la Lógica y en parte a la Física.

Como el sistema es definido en términos de deducción, y, para saber qué enunciados se deducen de un conjunto de axiomas dados resulta necesaria una lógica, es decir, se requiere un conjunto de reglas que permita determinar con exactitud cuándo un enunciado se deduce (es consecuencia) de otros enunciados. Este ha sido el punto a partir del cual los juristas intentaron trasladar la idea del “sistema” al campo del derecho en sentido objetivo.

Así como en la Geometría los teoremas se infieren de unos pocos axiomas, los juristas pretendieron deducir soluciones jurídicas para todos los casos a partir de un número reducido de normas. El problema radicaba principalmente, en que no existía todavía una lógica que permitiera controlar las inferencias entre normas, problema que intentó resolverse posteriormente con la creación de una lógica deóntica.

³⁹ Que luego cada uno de esos autores considere al “orden” o “sistema jurídico” como si fuera, un modelo deductivo, un modelo de reglas y principios o un modelo de reglas y principios y procedimientos, es una cuestión que excede el objetivo del presente trabajo.

De allí que la idea del derecho en sentido objetivo en la modernidad —desde una perspectiva formal— está vinculada a la noción de sistema⁴⁰ como un nuevo paradigma científico, a tal punto que la expresión “sistema jurídico” se utiliza entre los juristas como sinónimo de Derecho.

Jurídicamente hablando, y en el sentido más amplio del término, podemos comenzar por definir al “sistema” como una totalidad ordenada, es decir como un conjunto de elementos entre los que existe cierto orden. Y para poder hablar de orden es necesario también que los elementos constitutivos no estén tan sólo en relación con el todo, sino también que estén en relación de coherencia entre sí, de manera tal que la modificación de unos de sus elementos produzca inevitablemente la modificación del todo.

En este contexto, y no de manera excluyente por la existencia de otros modelos posibles, resulta inevitable definir al derecho como un conjunto sistemático de normas tomando como punto de partida a dos grandes iusfilósofos argentinos. En su obra *Normative Systems*⁴¹, Alchourrón y Bulygin parten del lenguaje ordinario donde el concepto de “sistema normativo” aparece usado con cierta vaguedad. El objetivo de estos autores estaba enfocado en lograr un concepto más preciso a través del método científico. Para ello elaboraron un profundo análisis del concepto de “sistema”.

Siguiendo a Tarski, caracterizaron a los “sistemas normativos” como aquellos “sistemas deductivos de enunciados” entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una “norma”; es decir, un enunciado que correlaciona ciertas circunstancias fácticas (casos) con determinadas consecuencias jurídicas (soluciones). Así los elementos del sistema se conectan por medio de una relación lógica – o criterio de deducibilidad-, lo que hace posible no sólo aplicar la lógica deductiva a los elementos del sistema, sino también que todas sus consecuencias lógicas pertenezcan a él. El modelo entonces está representado por el conjunto de normas generales creadas por el legislador y la tarea de los jueces se circunscribe a la aplicación de normas generales a casos concretos mediante el método de la subsunción. Así considerado, el orden o sistema jurídico es un sistema autosuficiente y estático —porque permanece idéntico, permanente y sin cambios— para proveer una solución unívoca para cualquier caso concebible.

El modelo de orden jurídico elaborado por Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems* era defectuoso, ya que, al ser *estático*, había dejado de lado el hecho de que en todo sistema jurídico suele producirse la modificación, el ingreso y el egreso de normas. Y como la posibilidad de tales cambios temporales no permitía seguir sosteniendo la idea de un conjunto de normas que permanezcan fijas e inmutables, estos autores se vieron forzados (con la ambición de seguir manteniendo el modelo deductivo) a elaborar un concepto dinámico de sistema.

El derecho objetivo fue reelaborado entonces como un *sistema dinámico* y, como tal, no puede ser sólo un conjunto de normas, sino que ahora se trata de una “secuencia temporal de conjuntos de normas”. Esto ha llevado a la dupla Alchourrón y Bulygin a establecer una

⁴⁰ Podemos agradecer los beneficios de la teoría general de los sistemas (TGS) a su fundador Karl Ludwig von Bertalanffy, biólogo y filósofo austriaco.

⁴¹ En nuestro país la obra fue traducida por los propios autores bajo el título “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Buenos Aires, Astrea, 1975.

distinción terminológica entre *master book* (o sistema jurídico entendido como el conjunto de normas; a modo de foto instantánea) y *master system* (u ordenamiento jurídico que abarca las secuencias temporales de sistemas jurídicos, como una visión continuada, un film que se proyecta).

La ventaja de pensar al sistema jurídico en estos términos, les permite definir con precisión ciertas propiedades estructurales de los sistemas jurídicos (completitud, coherencia e independencia), y, a partir de allí, puede determinarse también si el sistema es completo en el sentido de que resuelve todos los casos posibles, o si, por el contrario, contiene algunas lagunas normativas, o sea casos a los que las normas no correlacionan ninguna solución. Asimismo, puede establecerse si el sistema es coherente en el sentido de que en ningún caso hay conflictos entre normas o, si las normas del sistema tienen independencia entre sí, o redundantes en algún caso.

Como punto de partida hemos tomado el modelo de Alchourrón y Bulygin por considerar que el mismo representa a grandes rasgos el pensamiento tradicional del derecho entendido como sistema desde el punto de vista de la Lógica Formal, y porque es a partir de esta perspectiva que es posible trazar una distinción entre el concepto de “sistema jurídico” y “ordenamiento jurídico”.

Pero más allá del reconocido trabajo realizado por estos autores -reconocimiento que traspasa toda frontera y que nos posiciona entre lo mejor de la iusfilosofía mundial-, lo cierto es que la mayoría de los doctrinarios utilizan indistintamente en sus obras los términos “ordenamiento o sistema Jurídico” para referirse al derecho en sentido objetivo. Tal es el caso de Kelsen, Hart, Dworkin y Alexy entre otros, y tal será la modalidad que utilizaremos en los párrafos siguientes.

Elementos del orden o sistema jurídico

Siguiendo las enseñanzas de Norberto Bobbio, en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino que lo hacen siempre en un contexto de normas que suele denominarse “ordenamiento”. Por ello es que, si nos preguntamos cuáles son los elementos que conforman el derecho entendido como un conjunto sistemático de normas, inmediatamente deberíamos preguntarnos también qué entenderemos por “normas”.

Lo que ocurre es casi obvio: el problema de la indeterminación del derecho se refleja inmediatamente en el problema de la indeterminación del concepto de “norma”. Ello así por cuanto encontraremos tantos conceptos de “norma” como posiciones iusfilosóficas. Por cuestiones que excederían los fines de este capítulo, nos limitaremos a exponer las ideas necesarias para entender los diversos conceptos de “norma” esbozada por los principales autores, asociados a sus modelos de sistema u orden jurídico.

Mientras Austin considera que las ordenes respaldadas por amenazas que el soberano da a sus súbditos asumen la forma de un mandato categórico, para Kelsen, la norma jurídica se

presenta bajo la estructura lógica de un juicio hipotético en el que, dado un antecedente, debe ser un consecuente, y el “deber ser” cumple la función de nexos o funtor entre los dos términos, donde el antecedente estará representado por el acto ilícito y el consecuente por la sanción. Kelsen identifica el deber jurídico, otorgándole la categoría de norma secundaria que, de ser cumplida, evitará la sanción, pero la descarta como una auténtica norma jurídica.

Sobre dichas premisas, para Kelsen, la única norma que puede ser calificada como norma jurídica, y que denomina “norma primaria”, es aquella que contiene el elemento primitivo sanción. Sin perjuicio de ello, como Kelsen erige a la coactividad como una característica distintiva de los sistemas normativos (dinámicos) que son jurídicos, considera que todo sistema u orden jurídico debe poseer al menos una norma jurídica que contenga el elemento sanción; aunque no todas las normas que formen parte del sistema deban prescribir actos coactivos.

Si bien Hart adhiere al iuspositivismo de Austin⁴² (en el sentido de estudiar el derecho que es y no el derecho que debería ser), le reprocha a su antecesor una excesiva simplificación al pretender reducir las reglas de toda suerte a un solo tipo; a saber “órdenes respaldados por amenazas emanadas del soberano”, crítica extensible a la concepción kelseniana que pretende reducir el concepto de norma jurídica a aquella que contiene el elemento primitivo sanción.

Por ello considera que el sistema jurídico es algo más que un conjunto de normas jurídicas que prevén sanciones. Sin desconocer que la coactividad es una característica importante de todo sistema jurídico, esa no es la única y definitoria. Para Hart el sistema jurídico posee un carácter compuesto. Para él todo sistema jurídico es definido como la unión de reglas primarias y secundarias.

Según este autor la afirmación de que un sistema jurídico existe, es un enunciado *bifronte*, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los sujetos destinatarios de las reglas primarias que se ocupan de las acciones que los individuos deben hacer o no hacer; y la otra por la aceptación de reglas secundarias de reconocimiento, de adjudicación -o competencia- y de cambio -o procedimiento- dirigidas a los funcionarios.

Alejados ya de la concepción kelseniana, y del modelo de reglas primarias y secundarias de Hart, encontramos la concepción de Dworkin, según la cual el orden o sistema jurídico, no sólo está compuesto por reglas (normas), sino también por directrices y principios.

En su obra “*Los derechos en serio*”, Ronald Dworkin realizó una profunda crítica al positivismo jurídico contraponiendo al “modelo de reglas” un “modelo de reglas y principios”. Su principal argumento contra el positivismo consistió en sostener que el positivismo se limita a ser “un modelo de y para un sistema de normas”. De allí que considere que la idea central del positivismo de una única fuente del derecho legislativa, desconoce y pasa por alto el papel importante que tienen en la práctica judicial aquellos estándares que no son normas⁴³.

⁴² El punto de vista de Austin y sus seguidores supone que el derecho es un *producto acabado* y que el científico del derecho tiene un objetivo fundamental: describir y explicar el derecho. El científico es un *descriptor* de ese producto. Las teorías jurídicas de Kelsen y Hart están en esa línea y constituyen las versiones más sofisticadas del paradigma austiniano.

⁴³ Para este autor la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o la importancia. Cuando los principios se inter-

El desarrollo de su concepción toma como punto de partida el hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos que son difíciles, suelen echar mano de estándares que no funcionan como normas jurídicas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas u otro tipo de pautas.

Por ello cuando se presenta un caso difícil el juez debe trabajar no solo en base a normas jurídicas establecidas previamente por el legislador, sino también en base a principios, los que funcionarán más como brújula o directriz. Y en este trabajo con principios resulta vital la valoración o ponderación de su peso.

Dworkin se refiere a los diversos sentidos del término “principios”. Así, los “principios en *sentido genérico*” serían aquellos formados por “todo el conjunto de estándares que no son normas”. En cambio, llama “directriz o directrices políticas” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (y puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona). Por su parte denomina “principio en sentido estricto” al estándar que ha de ser observado, no porque asegure o favorezca una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁴⁴.

Para Robert Alexy, en cambio los órdenes o sistemas jurídicos deben estar compuesto por tres niveles, a saber: “un primer nivel de reglas, un segundo nivel de principios y un tercer y último nivel de procedimientos formado por una teoría de la argumentación jurídica”.

Como en la teoría del derecho de Alexy los principios expresan valores jurídicamente relevantes, es a través de éstos como la moral y el sistema jurídico se unen. Si bien Alexy critica a Dworkin, en cuanto la posibilidad de que exista para todo caso una única respuesta correcta, no obstante, sostiene que tal idea no tiene por qué ser abandonada y aún, puede ser conservada, pero para ello debe ser matizada bajo la óptica de una teoría de la argumentación jurídica⁴⁵.

Mientras Dworkin consideraba a los principios como algo diferente a las normas, Alexy eleva a la categoría de “norma” a los principios. Ya no se trata de meros estándares diferentes a las reglas. Los principios son concebidos, en el modelo de Alexy, como “mandatos de optimización” que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, y porque la medida

fieren, el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, obviamente una medición exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro, será con frecuencia motivo de controversia. Por ello es parte esencial del concepto de “principio” su dimensión de peso para preguntarse qué importancia o peso tiene el mismo. Por su parte, las normas jurídicas no tienen esta dimensión de peso, y en caso de conflicto o contradicción entre dos o más normas, no pueden ser ambas válidas al mismo tiempo. Su aplicación es de todo o nada. Sin perjuicio de que Dworkin admite que los principios no estarían en condiciones de superar el *test del pedigree*, para él sí se puede defender un principio y su peso apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en el cual cuenten las implicancias de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos comunitarios.

⁴⁴ A modo de ejemplo, para Dworkin, la proposición por la que “es necesario disminuir los accidentes de automóvil” sería una *directriz*, y la que establece que “ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia”, un *principio*.

⁴⁵ A modo informativo, diremos que ese tercer nivel del sistema está representado por una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base del nivel de las reglas y de los principios es posible alcanzar una decisión racionalmente fundamentada. Concluye en que, si bien no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de las decisiones judiciales.

ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

La idea fundamental del profesor de Kiel radica en una cuestión práctica, debido a que en la aplicación de los principios en pugna, que juegan en un caso concreto, se realiza mediante la operación de ponderación⁴⁶ entre los mismos, a diferencia del caso de las reglas, cuya aplicación se realiza mediante la operación de subsunción.

Hay, por tanto, para Alexy, entre reglas y principios una diferencia según los distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.

De allí el gran aporte formulado por Alchourrón y Bulygin al sostener que el derecho en sentido objetivo puede ser definido como un “sistema de enunciados entre los cuales hay al menos una norma (es decir un enunciado) que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (sea una permisión, prohibición u obligación). Lo fundamental aquí radica en que estos autores no prejuzgan sobre el estatus ontológico de las normas. Lo único que se presupone es que las normas son expresables en un lenguaje por medio de enunciados. Sólo es necesario que el conjunto de enunciados tenga consecuencias normativas. Esta formulación genérica ha resultado sumamente útil para el avance del estudio sistemático del derecho, atento que presenta un concepto genérico de norma jurídica abarcadora de las diversas acepciones propuestas.

No obstante, cualquier espíritu inquieto podría preguntarse cuántas normas debe poseer un ordenamiento jurídico para ser tal, y conviene aclarar en este punto que, más allá de la posición de Alchourrón y Bulygin, el profesor italiano Norberto Bobbio sostiene que la definición del ordenamiento jurídico entendido como conjunto de normas presupone una sola condición: que a la constitución de un ordenamiento concurren varias normas (al menos dos), y que no existe ningún ordenamiento compuesto por una sola norma.

Con este breve recorrido sobre el concepto de “norma” utilizado por los diversos autores, buscamos poner de relieve cómo cada uno de ellos presenta los elementos que conforman o pueden conformar un sistema u orden jurídico dado; y que afirmar que el derecho en sentido objetivo puede ser concebido como un “conjunto sistemático de normas” puede significar muchas cosas, ya que encontraremos tantas acepciones del término “norma” como pensamientos posibles.

Con ello también se presentan las primeras reflexiones. En primer lugar, debemos abandonar el encorsetamiento de la idea de “norma jurídica” como aquella que contiene el elemento sanción. Ello así por cuanto la concepción kelseniana ha sido superada por autores de la talla de Alchourrón, Bulygin, Hart, Dworkin y Alexy, entre otros.

⁴⁶ Para Alexy es posible gobernar este procedimiento mediante una ley (la “ley de ponderación”) según la cual, cuanto mayor sea el grado de afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de satisfacción. Así, en la confrontación de principios involucrados, si uno resulta depreciado y debe ceder ante el otro, ha de ser porque este segundo exhibe, para el caso específico de que se trate, razones tan fuertes o poderosas en respaldo de la satisfacción de otros intereses que se justifica la omisión de cumplimiento del primero.

En vista de ello, el concepto de “norma” debe entenderse en sentido amplio y comprensivo de otras formas de manifestación jurídica. Por ello los principios jurídicos, sean entendidos como “principios en sentido estricto”, como “directrices” o como “mandatos de optimización”, también deben considerarse como elementos integrantes de los sistemas jurídicos actuales, al igual que las denominadas normas consuetudinarias, las costumbres, los usos, las prácticas y los valores jurídicos⁴⁷.

Teniendo en cuenta el panorama tradicional y actual sobre el concepto de sistema u orden jurídico, y las alternativas posibles para determinar qué elementos los constituyen, corresponde enunciar a continuación cuáles son sus características necesarias y cuáles son sus características contingentes.

Características contingentes y necesarias de los ordenamientos o sistemas jurídicos

Otro lugar común en la teoría general del derecho, y de los sistemas jurídicos en particular, se encuentra representada en la identificación de las características que, en teoría, debe poseer cualquier sistema normativo para ser calificado de jurídico. Para ello se ha distinguido metodológicamente a tales características en necesarias y contingentes. Así se consideran “necesarias” a aquellas propiedades que todo sistema normativo debe poseer para ser considerado un sistema u orden jurídico, y se ha denominado “contingentes” a aquellas que son deseables, o cuya ausencia no afecta la conceptualización y existencia del sistema como jurídico, las cuales serán definidas negativamente.

Tradicionalmente, y desde la perspectiva kelseniana se ha identificado a las características de la unidad, jerarquía y completitud como características necesarias, y a la coherencia e independencia como características contingentes o deseables. A continuación, describiremos cada una de ellas.

La unidad como característica necesaria

Con el objetivo de definir esta característica necesaria debemos preguntarnos, siguiendo las ideas que Kelsen expone en su Teoría Pura del Derecho, cuándo las normas forman un orden. Dado que damos por sentado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

⁴⁷ Ello de conformidad con lo normado en los arts. 1º y 2º del Título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 1º. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Artículo 2º. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Para responder a dichos interrogantes sostendremos que, una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden, cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única (sea esta una norma puesta o supuesta como veremos luego). Esta norma suprema es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden jurídico determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma suprema que se encuentra en la cúspide de ese orden.

La unidad del sistema reside entonces en el hecho de que todas las normas que lo constituyen, sea de una forma directa o de manera indirecta, derivan su validez de una norma única, a la que Kelsen ha denominado “norma hipotética fundamental”. A cada sistema jurídico le corresponderá, según este autor, y siempre que el sistema cumpla en los hechos con el principio de efectividad, una única norma fundamental, inconfundible con la constitución nacional de un país.

No se concibe un sistema jurídico que no posea unidad. Es necesario, por lo tanto, para la existencia de tal sistema, que todas y cada una de las normas (en sentido amplio) o de los enunciados que lo conforman deriven de una única norma —sea que consideremos a esa norma como hipotética o como puesta— la que a su vez vendrá a dotar de unidad a todo el sistema, y esto hace de las normas dispersas y de diversa procedencia, un conjunto unitario, que se puede denominar justamente “ordenamiento”.

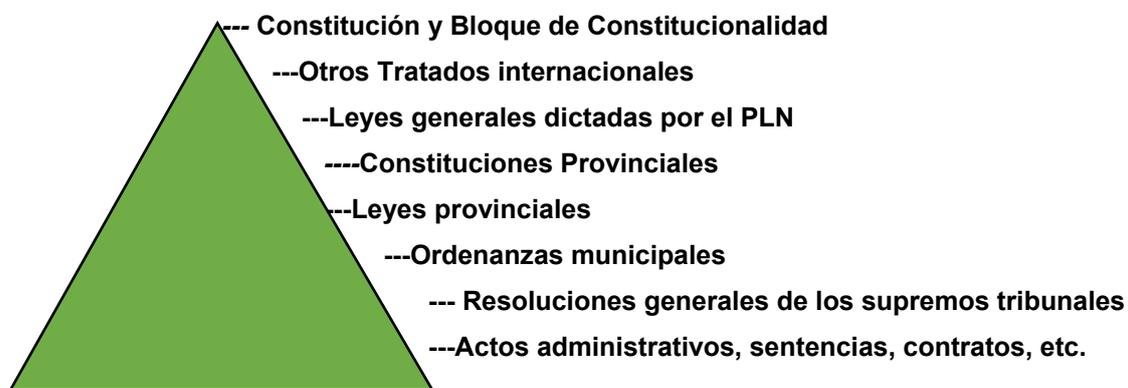
Cabe aclarar que la característica de la unidad de los sistemas jurídicos se encuentra ligada íntimamente a la idea de validez. Por lo tanto, para su comprensión podemos acudir tanto al concepto de norma hipotética fundamental, anticipado por Hans Kelsen, como a la idea algo similar propuesta por Herbert Hart, que denomina regla de reconocimiento. A diferencia de la anterior (que es un supuesto y que, por ello, no existe), ésta tiene carácter positivo, y puede ser identificada sin demasiada dificultad en el artículo 31 de la Constitución Nacional argentina.

La jerarquía como característica necesaria

La doctrina de la construcción escalonada y de forma piramidal del sistema jurídico, elaborada por Adolf Merkel, ha sido llevada a su máxima expresión por Hans Kelsen. La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico demuestra el carácter dinámico del sistema que tiene la peculiaridad de regular su propia creación y aplicación de normas. En este sentido, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada por el órgano y por el procedimiento determinado por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales e identificar una norma superior (o fundante) y otra norma inferior (o fundada), estableciendo también la subordinación de la segunda a la primera.

Según Kelsen, el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. De allí que un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos

escalonados. Observemos, por ejemplo, la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico argentino, aclarando que entre los escalones aquí enunciados tenemos infinidad de posibilidades normativas, así como tantos planos como jurisdicciones posibles (nacional, provincial, municipal e internacional) resaltando pedagógicamente las categorías más relevantes en uno de sus planos posibles:



Debemos tener en cuenta que la figura precedente exhibe al ordenamiento jurídico en reposo, representado aquí con mucha imaginación por una de las caras o planos posibles de una pirámide, razón por la cual, al referirnos a la estructura jerárquica de los sistemas suele hablarse también de su construcción piramidal. En una de las caras de esa pirámide el vértice estará ocupado por la norma positiva suprema: la Constitución y junto a ella el bloque de constitucionalidad; mientras que la base estará constituida por los actos de ejecución.

Como clarifica Bobbio, si miramos la pirámide de arriba hacia abajo, veremos una serie de procesos de producción jurídica, y si la miramos de abajo hacia arriba, veremos, al contrario, una serie de procesos de ejecución jurídica. En los grados intermedios hay a un mismo tiempo producción y ejecución, mientras en los grados extremos, o sólo hay producción (en la Constitución) o sólo hay aplicación (como por ej. en la ejecución de sentencias). Por ello no debe olvidarse que la generalidad origina jerarquía. Es decir, cuanto más general sea una norma, más cerca de la cúspide del sistema la encontraremos.

Lo anterior presupone la estructura jerárquica del sistema, por lo tanto, conviene dejar en claro cuál o cuáles son los mecanismos para establecer cuándo una norma inferior deriva de otra superior. Para ello es posible encontrar tres caminos para establecer la relación jerárquica de las normas.

En algunos casos se verificará que el contenido de la norma sea coherente concordante materialmente) con lo que prescribe la norma fundante o superior. Con ello hacemos referencia a la validez material, que es más característica de los sistemas normativos estáticos, como es el caso de la Moral, pero usada también en algunos casos como criterio de validez de las normas en el Derecho.

En cambio, en el derecho, concebido como un sistema normativo dinámico y formal comprobaremos que la norma inferior haya sido dictada de conformidad con una norma superior, la

que deberá a su vez establecer cuál será el órgano competente y el procedimiento a seguir para el dictado de la primera. No obstante, puede darse el caso de que el procedimiento para el dictado de la norma no esté previsto en la norma fundante o superior. Lo que sí o sí debe estar determinado en la norma fundante es el órgano competente encargado de dictar la norma fundada, órgano que, a su vez, estará autorizado a determinar el procedimiento para su creación de ser necesario. Por lo tanto, para establecer la relación jerárquica entre las normas de un sistema jurídico podemos recurrir a establecer su validez formal.

La completitud: ¿característica necesaria o contingente?

Definiéndola negativamente, diremos que un orden o sistema jurídico goza de la característica de la completitud cuando no posee lagunas. Las lagunas se dan cuando el sistema jurídico carece, respecto de un cierto caso de toda solución normativa. La presencia de una laguna en el sistema provoca un “defecto lógico” que afecta el ideal racional de la completitud. Pero para determinar si se trata de una característica necesaria o contingente de los ordenamientos jurídicos, debemos tener previamente en cuenta cuál será la posición iusfilosófica que asumiremos al respecto.

Kelsen sostiene que el derecho no puede poseer lagunas puesto que para todo sistema jurídico es necesariamente verdadero el llamado “principio de clausura” el cual estipula que “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Es decir, cuando las normas del sistema no prohíben cierta conducta, de cualquier modo, esa conducta recibe una calificación normativa (su permisión) en virtud del principio de clausura que permite toda acción no prohibida. El mentado principio ha sido propuesto por Kelsen como un presupuesto epistemológico para cerrar el sistema, por lo tanto, no se trata de una norma jurídica positiva, sino que se trata de una herramienta conceptual puesta al servicio de los operadores jurídicos.

Carlos Cossio al referirse al problema de las lagunas, sostiene 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. Para el profesor argentino, el ordenamiento jurídico es una estructura cerrada donde no hay lagunas ni casos posibles fuera del todo. No es siquiera posible pensar en una parte fuera de la totalidad que integra. Luego, en el orden jurídico no hay lagunas, sencillamente porque hay jueces que tienen el deber de juzgar siempre. Es un deber que emana de su propia calidad, el juez es un elemento integrativo del ordenamiento jurídico, por ser el órgano erigido por la comunidad para declarar la juridicidad sobre el que pesa la prohibición del *non liquet*.

El sistema jurídico establece restricciones intermitentes a esa libertad, prohibiendo ciertas acciones, pero cuando no lo hace, renace la permisión de la conducta como un componente ontológico de ella. El llamado “axioma ontológico de la libertad” permite afirmar la prioridad ontológica de la permisión sobre la prohibición. Según Cossio, para que una conducta esté permitida no hace falta norma alguna, pues toda conducta lleva en sí una permisión, que no es más que la expresión de la libertad del hombre.

Por tal razón Cossio sostiene la completitud del sistema jurídico basado en el principio ontológico según el cual “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Dicho principio conocido como el “postulado de la permisión” pone el acento en la libertad de la conducta, en la permisión, y no en la prohibición como lo hace Kelsen.

Por su parte, Hart niega el ideal de la plena determinación de las reglas jurídicas y de ausencia de lagunas en los sistemas jurídicos, ya que la completitud se trata para él de un ideal inalcanzable, un “noble sueño”, debido a la textura abierta del lenguaje en que están expresadas las reglas. Ello significa que hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales que procuran hallar un compromiso entre los intereses en conflicto, entrando en juego la mentada discrecionalidad judicial.

Para otros autores como Del Vecchio⁴⁸, y presumiblemente para Recaséns Siches, si bien admiten la existencia de las lagunas, sostienen que el derecho tiene plenitud (o completitud) porque el sistema jurídico provee los medios necesarios para eliminar las lagunas. Pero esta tesis es errónea, ya que admitir la posibilidad de eliminar las lagunas, presupone asumir la existencia de las mismas.

En la misma dirección podemos enrolar la posición de autores como Aftalión, García Olano y Vilanova, para quienes “en todos los casos en el ordenamiento jurídico (a través de la norma individual dictada por el juez) se encuentra previsto el caso en cuestión y, en consecuencia, dicho ordenamiento se muestra como pleno y carente de lagunas. En otros términos: No hay lagunas porque hay jueces”. Como dice Carrió: “No parece serio... sostener que no hay lagunas porque los jueces las colman”.

Para Rudolf Stammler en cambio, las lagunas son inevitables, ya que el concepto de Derecho lleva ínsita la idea de limitación “es imposible agotar con el instrumento de la elaboración técnica de proposiciones jurídicas el universo de posibilidades de cuestiones jurídicas que se pueden plantear en un momento determinado”; ningún legislador puede prever todos los supuestos ni responder exhaustivamente a la infinita miríada de cuestiones jurídicas posible. Por ello, el Derecho formado, para este autor, constituye en todas las épocas, sólo una parte más o menos extensa, del Derecho en su totalidad, es una parte limitada y que no puede extenderse a todo el Derecho imaginable.

En nuestro país, los profesores Alchourrón y Bulygin se han dedicado al estudio sistemático de la completitud y al problema de las lagunas en la obra ya citada. Para ellos, un cierto caso constituye una “laguna normativa” de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa, es decir con una solución deóntica.

Ello implica varias cuestiones. En primer lugar, para hablar de las lagunas del derecho debemos referirnos a un sistema jurídico concreto y a un caso determinado. Las lagunas no existen en abstracto. En segundo lugar, debemos entender por “caso” a un problema o situación fáctica que requiere una solución jurídica del sistema, ya sea su permisión, su prohibición o su

⁴⁸ «Es más conforme a la verdad el admitir francamente que en todo sistema jurídico existen lagunas...; pero que, en cambio, el mismo sistema positivo ofrece el medio para poder llenar tales lagunas...».

obligatoriedad. Finalmente debemos considerar que la completitud, más que una característica necesaria del sistema jurídico, puede o debe, ser concebida como un ideal racional compartido por los científicos del Derecho. De allí que de la exigencia de que los sistemas normativos sean completos, no se puede inferir que efectivamente lo son.

La coherencia como característica contingente

La coherencia se presenta como una característica deseable o contingente. Dicha característica es definida negativamente, por lo tanto, un sistema u orden jurídico será coherente cuando no posea inconsistencias, antinomias, o contradicciones normativas⁴⁹.

Genéricamente estamos en presencia de una contradicción normativa, inconsistencia o antinomia, cuando dos o más normas imputan al mismo caso, a las mismas circunstancias fácticas, soluciones deónticamente incompatibles, de manera que la obediencia, el respeto o el reconocimiento de la validez de una de las normas implicadas representa necesariamente la desobediencia, la violación o denegación de la otra. Claro que no debe perderse de vista que las normas en conflicto deben pertenecer al mismo ordenamiento, y resultar aplicables simultáneamente, compartiendo el mismo ámbito de referencia, respecto de los mismos sujetos y en el mismo ámbito tempo-espacial.

Cuando nos referimos a la coherencia como característica deseable de los sistemas jurídicos, ello presupone varias cosas. En primer lugar, la posibilidad de concebir al derecho objetivo como un sistema coherente, que no admite contradicciones entre sus partes ni el todo. En segundo lugar, presupone la idea de un legislador racional que, a modo de semidiós, ha regulado perfectamente soluciones compatibles al dictar las normas, sin incurrir en contradicciones. Pero como los legisladores son seres de carne y hueso, imperfectos pero perfectibles, suele suceder que por razones de diversa índole den nacimiento a normas incompatibles deónticamente entre sí. De allí el mentado carácter deseable de la coherencia como propiedad estructural de los sistemas jurídicos.

Teniendo en cuenta dichas circunstancias, y el grado de superposición normativa, Alf Ross distingue tres tipos de inconsistencias o antinomias: inconsistencia total-total (cuando hay contradicción completa), inconsistencia total-parcial (cuando la contradicción es incompleta), e inconsistencia parcial-parcial (cuando la contradicción es parcial). Dicha clasificación, así como los criterios de resolución de conflictos normativos, serán tratadas en un capítulo posterior.

Algunos aspectos sobre la denominada “coherencia o consistencia material”

En el apartado anterior nos hemos dedicado a la característica de la consistencia entendida tradicionalmente como la ausencia de contradicciones normativas dentro del sistema jurídico y

⁴⁹ Debemos aclarar que a los fines de este trabajo utilizaremos indistintamente los términos de “inconsistencias”, “incoherencias”, “antinomias” o “contradicciones”, por exceder su análisis terminológico (y sus consecuencias) el ámbito de conocimiento propio de la etapa de formación de grado.

su calificación como una característica deseable del mismo, cuya presencia da lugar a un defecto lógico del sistema. No obstante, cabe mencionar aquí las siguientes cuestiones.

En primer lugar, hemos visto al principio de este capítulo que los sistemas jurídicos actuales se conciben como algo más que un conjunto sistemático de normas. Junto a ellas aparecen los denominados “principios”, sean entendidos en sentido estricto, como directrices o como mandatos de optimización. Hemos señalado también que junto a la Constitución Nacional se ha otorgado jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales sobre Derechos Humanos, a partir de la reforma de nuestra carta constitucional en el año 1994. Finalmente hemos mencionado que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCYCN) el 1º de agosto del año 2015 se han incorporado como elementos normativos de nuestro ordenamiento jurídico los principios y valores jurídicos; y bajo ciertas condiciones; los usos, las prácticas y las costumbres, imponiéndose al juez el deber de resolver mediante decisiones razonablemente fundadas, y de modo coherente con todo el ordenamiento (arg. Arts. 1, 2 y 3 del Título preliminar del CCYCN).

Por razones que excederían el objetivo de nuestra propuesta, únicamente pondremos de relieve la necesaria ampliación del concepto de “norma”, y consecuentemente la existencia de otros conflictos normativos, los que pueden configurarse no únicamente como conflictos o antinomias entre “normas jurídicas en sentido estricto”, sino también entre “normas jurídicas y principios”, o aún producirse una “tensión o colisión de principios”. Dichas circunstancias evidencian la insuficiencia⁵⁰ de los criterios tradicionales para la resolución de antinomias, criterios que fueron concebidos bajo el paradigma decimonónico y legalista que identificaba como principal y única fuente del Derecho a la ley.

En este sentido, podemos agregar junto a la “coherencia en sentido formal”, la denominada “coherencia en sentido material” como una característica deseable de los sistemas jurídicos modernos, que se presenta no ya como una condición de validez de las normas (entendidas en sentido amplio), sino como una condición para la justicia del ordenamiento. La coherencia de todo el sistema jurídico depende, ahora también, de la coherencia de sus núcleos fundamentales, es decir, de los principios o valores morales y políticos que la comunidad reconoce como propios.

La ausencia de esta coherencia material en el sistema provocará no ya un defecto en sentido lógico, sino más bien un defecto axiológico. Podría discutirse asimismo si la coherencia material puede considerarse (al igual que la coherencia formal) como una característica deseable, o si la misma se ha transformado en una característica necesaria por imperativo legal. Ello atento que el nuevo art. 2 del CCYCN establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

⁵⁰ Insuficiencia puesta de relieve por Norberto Bobbio entre los años 1958 y 1960.

La coherencia, así planteada excede los cánones de la lógica formal de los sistemas jurídicos. Porque la necesidad de compatibilidad entre las soluciones previstas en las normas, exige además una adecuación, concordancia o consistencia con los principios y valores jurídicos. Sumado a ello, tal como ha sido mencionado en párrafos anteriores, el estado actual de los Estados de derecho constitucionales y democráticos conciben dentro de sus elementos a las “normas” entendida en sentido amplio. Consecuentemente, limitarnos a definir a la coherencia en sentido estrictamente formal resulta insuficiente. Se ha desdibujado la clásica distinción entre los sistemas jurídicos estáticos y dinámicos, dando lugar a los sistemas mixtos, en los cuales debe satisfacerse a un mismo tiempo los estándares de validez formal y material, y ello se pone de manifiesto principalmente a la hora de analizar la coherencia material de sus elementos.

Junto a la coherencia en sentido material como característica inevitable de los sistemas jurídicos modernos de carácter mixto (como sistemas dinámicos y estáticos), aparece también la posibilidad de nuevos conflictos, a partir de la existencia de nuevos elementos normativos que coexisten con las normas en sentido estricto.

La independencia como característica contingente o deseable del sistema jurídico

Al igual que la completitud y la coherencia, la característica de la independencia se define también negativamente. Por lo tanto, diremos que un determinado sistema u orden jurídico posee la característica de la independencia cuando no posee redundancias normativas. La configuración de la redundancia normativa se configura por el hecho de que el sistema jurídico establece un exceso o repetición de soluciones para los mismos casos.

Para determinar si estamos ante una redundancia normativa, debemos verificar el cumplimiento de dos condiciones. En primer lugar, las normas que se repiten, que son redundantes, deben poseer el mismo campo de referencia, es decir, deben referirse a la misma situación fáctica; y, en segundo término, deben prever para ese caso, la misma solución deóntica.

Al igual que sucede con las contradicciones o inconsistencias normativas, las redundancias pueden 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, como sostiene Nino; manteniendo cada uno de ellos, además referencias autónomas.

Por lo tanto, en caso de encontrar normas redundantes respecto de un caso determinado y un sistema jurídico dado, se aplicarán los mismos principios o criterios de resolución de conflictos, enunciados anteriormente para resolver las antinomias.

No obstante, Alf Ross sostiene que el punto esencial es que para la redundancia tampoco hay solución mecánica, (como no las hay para las inconsistencias); la decisión tiene que basarse en consideraciones diversas, entre las que se encuentra la presuposición general de que no hay redundancias. Dicha presuposición general parte de la idea de un legislador racional que, al dictar las normas del sistema, si bien puede incurrir en errores

semánticos o sintácticos en la redacción de las reglas, seguramente habrá reservado una finalidad diferente al dictar la nueva.

El peligro de mantener esta presuposición racional del legislador a rajatablas radica en la subsistencia de normas inoperantes al sistema, dejando abierta la puerta a diversas interpretaciones bajo el ropaje de la mentada discrecionalidad judicial.

Otras características posibles de los órdenes y sistemas jurídicos

La iusfilosofía ha estado de acuerdo, durante el predominio del paradigma lógico formal del Derecho identificado con la ley, en realizar una distinción tajante entre las características necesarias y contingentes que todo sistema normativo debía poseer para ser calificado de jurídico. No obstante, consideramos que en la actualidad tal distinción se ha desdibujado debido a que el Derecho en sentido objetivo ha mutado incluyendo en sus elementos un concepto más amplio de norma, así como la exigencia de una interpretación conforme a principios y valores superiores que respaldan los llamados derechos fundamentales.

Por lo tanto, abandonaremos por un momento la clasificación tradicional entre características necesarias y contingentes de los sistemas jurídicos, y en su lugar enunciaremos otras propiedades estructurales o aspiraciones de los sistemas jurídicos existentes en un Estado de Derecho democrático y constitucional.

En ese sentido enunciaremos —no de modo excluyente— dos características o aspiraciones que deben o deberían satisfacer los órdenes o sistemas jurídicos actuales.

La autopoiesis y la autorreferencia como características posibles de los sistemas jurídicos

Considerar a la autopoiesis como una característica del sistema jurídico implica esbozar algunas nociones del pensamiento de Niklas Luhmann.

Luhmann concibe al sistema jurídico como un subsistema específico del complejo sistema social, definido por la nota de positividad, y que se diferencia funcionalmente de los otros subsistemas sociales (como el económico, el moral, y el político) por su específico entramado de comunicación consistente en su propio sistema binario (lo jurídico y lo antijurídico) capaz de establecer y fijar determinadas “expectativas normativas de conducta”.

Este autor ha estudiado la complejidad de las sociedades actuales, entendiendo a la sociedad como una totalidad de estructura sistemática; y junto a ella considera que una forma de reducir esa complejidad puede realizarse a través de los sistemas normativos que sirven para posibilitar la orientación y actuación humanas, puesto que ellos permiten, sirven para construir expectativas estables, sólidas, sobre el comportamiento propio y el colectivo. Los sistemas constituyen, por lo tanto, estructuras de todo tipo (familias, empresas, sociedades, iglesias, estados) integradas por acciones concretas que para mantenerse y subsistir en su medio ambiente han de resolver multitud de problemas. Inspirándose para ello en las teorías biológicas de Varela y Maturana, para Luhmann los sistemas se caracterizan por las notas de autorreferencia y autopoiesis. La categoría «derecho» tendrá como referente el conjunto de todas las

comunicaciones orientadas por las normas jurídicas entendidas en términos de automatización. El sistema jurídico es un «sistema autopoietico» cerrado y deslindado de sus entornos. (Habermas, 1992, p. 69).

La autorreferencia, por su parte, alude a la distinción entre el sistema y su entorno, viendo en el sistema un todo cerrado en donde sus operaciones y elementos aparecen referidos a sí mismos. Para Luhmann, en los sistemas autorreferenciales todo lo que ocurre tiene un componente circular y cerrado, haciéndolos compactos y muy estables, reafirmandose y recreándose a sí mismos. En cuanto a su reproducción son sistemas cerrados, pero también están abiertos en tanto que experimentan las perturbaciones y estímulos procedentes del entorno: autorregulan tanto su dependencia como su independencia. El sistema jurídico constituye su unidad combinando cierre normativo y apertura cognitiva, en una simbiosis específica.

La autopoiesis (o autorreproducción) implica que los sistemas sociales, al igual que los sistemas psíquicos y orgánicos, tienen la capacidad de producir, ellos mismos, los elementos que los integran, construyendo su propio espacio de operación y reducción de la complejidad. De acuerdo con ello, la sociedad compuesta por sistemas de comunicaciones, puede diferenciarse progresivamente, reduciendo su complejidad, en diferentes subsistemas sociales tales como la economía, la política, la religión, la educación y el Derecho. Los sistemas tienen algo así como un instinto de autoconservación y brindan todos los elementos dentro de él para solucionar los conflictos que se presenten. Los sistemas son maquinarias de selección y por lo tanto productores de latencia, y no sólo fragmentos de realidad sino verdaderos constructores de realidad. Por lo tanto, los sistemas serán los proveedores de su propia subsistencia, y a través de la racionalidad tendrá la capacidad de encontrar soluciones a los problemas cambiantes, reduciendo complejidad y estabilizándose en un mundo fluctuante, reduciendo el margen para el surgimiento de los problemas lógicos como las lagunas, las inconsistencias y las redundancias normativas. La unidad del derecho por su parte, sólo puede ser pensada como disyunción entre lo jurídico y antijurídico, siendo las normas esquemas clasificatorios. La reflexividad del derecho para Luhmann impide concebir al sistema jurídico de una forma rígida, cerrada o coherente, con un esquema jerárquico inmutable, ya que en su funcionamiento real se trata más bien de algo circular, basado en la interdependencia y apoyo recíproco de sus partes.

En ese contexto, la justicia carece de toda significación ética, y se reduce a una cualidad técnica del sistema jurídico. La justicia para Luhmann es un criterio regulativo interno al sistema, vacío de todo contenido moral y referido a la operatividad del mismo y sirve para considerar la adecuada complejidad de sistema jurídico. Como “criterio regulativo” puede verse también como una exigencia de autocontrol del proceso de propia selección y transformación del derecho, en tanto que sistema autocreador. Por ello para Luhmann, es inconcebible encerrar la justicia en una fórmula fija y funciona como válvula reguladora de un planteamiento centrado en la reducción de la complejidad y la operatividad, lo que no depende de una idea de justicia previa o externa al sistema. Por ello, los derechos fundamentales no son para él concebidos como valores, sino como mecanismos jurídicos al servicio de la estabilidad y estructuración del derecho.

La justicia como característica necesaria: Dworkin y Alexy

Si adherimos a la concepción de Dworkin, nos alejamos sustancialmente del modelo positivista. El derecho como integridad es un *enfoque* que no tolera la irracionalidad. Las normas que componen un ordenamiento jurídico están apoyadas en un conjunto de principios justificadores. El elemento fundamental del derecho no es la norma, sino el principio justificador. Las cuestiones jurídicas son cuestiones de justificación de decisiones.

La justicia no es el único valor importante en el derecho. Junto a él existen otros como la equidad, la seguridad, el proceso debido, el principio de legalidad y coherencia. Esta construcción teórica permite formular propuestas de cómo se deberían resolver los problemas que afectan comúnmente a los sistemas jurídicos, como, por ejemplo, lagunas normativas, inconsistencias o casos difíciles. Ello porque el derecho como integridad es un enfoque que trata los problemas jurídicos desde la mejor perspectiva posible, y exige que la actividad coactiva del estado responda a un conjunto de principios coherentes. Y los busca aún más allá del derecho.

Robert Alexy, por su parte, considera que el sistema jurídico y la moral se encuentran unidos a partir de la inclusión de los principios, concebidos como mandatos de optimización, que permiten la justificación racional de las decisiones judiciales a través de la teoría de la argumentación jurídica. El sistema jurídico así concebido, será —gracias a la incorporación de los principios— completo y coherente, y además justo ya que permitirá satisfacer la “pretensión de corrección”, que no es otra cosa que la “pretensión de justicia”.

Para el profesor de Kiel, al derecho le es inmanente una pretensión de corrección que es, antes que nada, pretensión de justicia. Dicha pretensión de corrección, en palabras de García Amado⁵¹, es propia tanto de cualquier sistema jurídico que en verdad lo sea, como de las particulares normas y decisiones que acontezcan bajo el sello del derecho. Por esa razón, un derecho, una norma o una decisión judicial que no sea justa, o bien no son derecho, cuando su choque con tal pretensión inmanente y necesaria supere el umbral de la extrema injusticia, o bien, si son jurídicos, lo son de manera deficiente, defectuosa.

Para Alexy, un sistema normativo que no satisface la “pretensión de corrección” no puede ser considerado un sistema jurídico. Por lo tanto, para él, la justicia así redefinida, es una característica necesaria, más no una condición suficiente. La pretensión de corrección formulada por el derecho comprende una pretensión de justicia. La justicia es la corrección con respecto a la distribución y el equilibrio, y el derecho, en todas sus ramificaciones, no puede prescindir de la distribución y el equilibrio. Las preguntas sobre la justicia son en definitiva, preguntas morales.

⁵¹ Ver artículo digital en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2230/1165>. Fecha de consulta 30/7/19.

Conclusiones

La perspectiva de análisis del derecho objetivo entendido como sistema u orden jurídico nos ha permitido delinear no sólo sus componentes, sino también sus características definitorias y contingentes. Hemos trazado a esos fines un enfoque analítico descartando cuestiones ontológicas o metafísicas.

La preferencia no ha sido casual. Nuestro enfoque ha permitido poner de relieve los acuerdos y desacuerdos sobre el concepto del derecho en sentido objetivo, para avanzar así sobre el concepto de “sistema y orden jurídico”. Ello redundará en una posición de utilidad, con trascendencia teórica y práctica.

Las exposiciones de las diversas concepciones esbozadas por los distintos autores sobre los conceptos aquí tratados nos permiten comprender el estado actual de la teoría de los sistemas jurídicos y sus implicancias en las enseñanzas tradicionales del derecho objetivo entendido como un conjunto sistemático de normas. A partir de allí fue posible exponer la clasificación tradicional de las características necesarias y contingentes de los sistemas jurídicos, no sin advertir que, en la actualidad, dicha clasificación resulta insuficiente.

La insuficiencia del positivismo jurídico para extirpar la indeterminación del derecho, de sus normas, y su desapego a problemas de índole axiológica, limitándose únicamente a la identificación de los problemas lógicos de los sistemas jurídicos, ha sido superada por concepciones como las de Dworkin, Alexy y Luhmann, al menos para poner de manifiesto la insuficiencia de las clasificaciones de “todo o nada”.

La teoría general del derecho admite hoy nuevas categorías: junto a las normas aparecen los principios y los valores; los sistemas jurídicos pueden ser concebidos como sistemas mixtos y abiertos. La completitud ha quedado como ideal racional, pero no como una condición excluyente; la coherencia del sistema es algo más que una cuestión formal; junto a ella aparece la necesidad de concordancia material, provocando con ello nuevas técnicas de resolución de conflictos normativos, la ponderación aparece junto a la subsunción, y la discrecionalidad judicial aparece limitada por la necesaria justificación racional de las decisiones judiciales, que deben satisfacer la pretensión de corrección como un equivalente de la concreción del valor “justicia”.

Referencias

- Aftalión, E. R., F. García Olano y Vilanova, J. *Introducción al Derecho*, Bs. As., 1956, 5ª ed., t. I, p. 257.
- Alchourron, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As. Astrea, 4ª reimp., 2002.
- Alexy, Robert, *Sobre la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral: la crítica de Bulygin*, cit., pp. 114-115. s.l. s.d.

- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Traducido por Jorge Guerrero, Torino 1960, Editorial castellana, Editorial Temis. S.A., 1997.
- Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del Derecho*, trad. cast. de L. Legaz y Lacambra, Barcelona: 5ª ed., 1947, p. 339.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, trad. M., Guastavino, pp. 72,190.
- Luhmann, Niklas, *L'unité du système juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, núm. 31 (1986), págs. 186 y sigs. s.l.
- Moreso, Josep J., Navarro, Pablo E., Redondo, María C. *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 11, 1992. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctf063>. [17/3/17].
- Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., 2ª edición ampliada y revisada, 16ª reimpresión, Ed. Astrea, 2012.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Trotta S.A. 2ª edición, 2007.
- Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1959, ps. 323-325.
El problema de las lagunas es tratado con las mismas palabras en *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, México, 1939, ps. 218-222.
- Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Bs. As., 1963.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Núm. 5-2002. I.S.S.N.: 1138-9877.

CAPÍTULO 5

Fuentes del derecho (primera parte)

Mauricio Monetta

Introducción

El tema que nos ocupa tanto en este como en el próximo capítulo es uno de los temas centrales de la teoría del derecho. Manejar las distintas fuentes del derecho con pericia resulta indispensable para el ejercicio de la abogacía. Para esto es imprescindible conocer las distintas fuentes en general, pero principalmente debemos distinguir la importancia de las mismas en el ordenamiento local en el que desempeñemos nuestra labor.

Como veremos más adelante, sería imposible asumir la responsabilidad de resolver un conflicto jurídico si no tenemos en claro cuáles son los elementos que debemos tener en cuenta a la hora de decidir, ni somos capaces de discernir cuál es el mejor recurso para ponerle fin.

Es por ello que, si bien abordaremos la teoría general de las fuentes, trataremos de ir dirigiendo nuestro estudio hasta abordar en particular cómo operan todas ellas en nuestro sistema nacional.

Por otro lado, mediante este análisis intentaremos desarrollar a grandes rasgos las enseñanzas que los autores con más influencia sobre la temática han dejado.

Significancia

La idea de “fuente” estuvo históricamente vinculada a la necesidad de encontrar el origen de algo, sea del cauce de un río hasta de una decisión judicial.

Esta primera aproximación, si bien es importante, se ha ido complejizando con la finalidad de delimitar con mayor precisión nuestro campo de estudio y, si bien los autores no son unísonos al conceptualizarlas, lo cierto es que coinciden en señalar que lo que se pretende con ellas es arribar a la solución de un conflicto.

Partiendo de esta idea, cabe recalcar que la importancia de las mismas se hace notar aún más en las sociedades modernas, donde los individuos no están dispuestos a aceptar decisiones arbitrarias.

Una vez dicho esto, partiremos por definir con mayor precisión nuestro objeto de estudio, y en este sentido no podemos dejar de remitir a Alf Ross (2011, pág 107), que en su obra “Sobre el derecho y la justicia” las define como:

“...el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez de la reglas en las que éste basa su decisión; con el agregado de que esta influencia puede variar: desde aquellas <<fuentes>> que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita”

Otra autoridad en la materia lo es Julio Cueto Rúa, quien, partiendo de la idea de que el concepto de fuente de derecho es ambiguo, enuncia varias acepciones de aquél, tales como origen del derecho, manifestación del mismo, autoridad de la que emana e inclusive, fundamento de validez del derecho. Si bien reconoce en todas ellas cierta labor científica que entendemos enriquecedora para los alumnos de la asignatura, ninguna de ellas constituye para el autor la razón de ser del concepto y es por ellos que las define como “...los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo” (1961: Pág. 24/25).

Como puede apreciarse de un simple estudio de las obras citadas, la principal diferencia entre ellas reside en que el primer concepto de los enunciados circunscribe la función de las fuentes del derecho a la tarea de los magistrados, mientras que el segundo extiende su utilidad a todos los ámbitos de tratamiento de problemas sociales que pueden ser resueltos jurídicamente e incluso extrajudicialmente, a saber: la labor judicial, la labor legislativa y, aún más, la labor profesional de los abogados particulares, juristas e inclusive, de los mismos miembros del grupo social.

Partiendo de las diferencias ya señaladas, debemos destacar que ambos coinciden en que la principal utilidad de las fuentes esta ceñida a convertirse en elementos preconstituídos y, por ende con reconocible grado de objetividad, útiles para resolver y, en el mejor de los casos, anticipar conflictos jurídico-sociales.

Esta es la principal característica de las fuentes del derecho y en la que vamos a prestar especial atención. En este aspecto, el primer corolario a ser destacado es que la objetividad expresada en este sentido implica, ni más ni menos, una garantía del derecho de defensa, derecho éste de la mayor jerarquía constitucional, puesto que se constituye en una condición necesaria para entablar una saludable vida en sociedad, que cada individuo parte de la misma conozca las reglas por las que luego será juzgado, y es por eso que esta objetividad está íntimamente ligada a la idea de previsión. En la misma línea, objetividad implica imparcialidad, puesto que las fuentes del derecho deben ser aplicables a todos los sujetos y del mismo modo.

Por último, y no menos importante, la objetividad de las fuentes significa precisión en la elaboración científica de las mismas. Esta última característica denota que todas las fuen-

tes del derecho son tales porque han pasado por suficientes exámenes de aptitud científica como para considerárselas un valioso elemento en el que apoyar las decisiones que concluirán los conflictos intersubjetivos o sociales. Esta última característica puede ser considerada gradual ya que la complejidad de la elaboración científica de cada una puede ser menor o mayor y en esa medida será menor o mayor el grado de persuasión o aceptación de la decisión que las mismas funden.

La importancia de este elemento radica en la necesidad de llegar a soluciones que resuelvan de la forma más eficaz posible problemas individuales o sociales, puesto que si esta labor fracasa, la paz dentro de una determinada sociedad será ya inalcanzable. La vida en sociedad conlleva necesariamente conflictos, y éstos a su vez reclaman soluciones que estén a la altura de una sociedad cada vez más compleja. Apoyarse en las fuentes del derecho a la hora de solucionar un conflicto implica dotar a la decisión de garantías que harán de aquélla una solución aceptable por la sociedad toda, y, por ende, capaz de solucionar definitivamente un conflicto, logrando evitar en éste mismo acto el surgimiento de nuevos conflictos. Una decisión carente de estas cualidades, más que solucionar un conflicto, se constituirá en combustible capaz de extender un problema individual a un descontento social generalizado, lo que transformará progresivamente a los conflictos en una enfermedad crónica, convirtiendo a la convivencia en algo insostenible.

Por su parte, Aftalión, Vilanova y Raffo (1988, pág. 571) indican que las fuentes son:

“...aquellos hechos a los que se les reconoce, en un grupo o comunidad jurídica, la virtud de introducir (o sustraer) normas y, complementariamente, políticas, principios o valoraciones que son utilizados por los mismos miembros de la comunidad o por los órganos establecidos para ello a fin de determinar el sentido de las conductas de sus miembros y los comportamientos que deben observarse, inclusive en los casos de controversia”.

En esta definición se mantienen las premisas señaladas precedentemente, pero se introduce con mayor énfasis la idea de que las fuentes del derecho dotan al sistema jurídico de la dinámica que los caracteriza, es decir, aportan elementos que permiten operar de tal modo que se producen modificaciones constantes al ordenamiento vigente, sea incorporando nuevas reglas de conducta o quitando algunas que formaban parte de él. La idea de fuente, según esta concepción, lleva consigo la función de renovar el sistema jurídico, de adaptarlo a las nuevas particularidades y necesidades de los miembros del grupo social, haciendo coincidir en la mayor medida posible los valores y deseos de la sociedad con las finalidades del ordenamiento jurídico. En síntesis, las fuentes del derecho según estos autores sirven principalmente para crear, modificar o eliminar normas de conducta.

Con todo esto puede verse la gran importancia que poseen las fuentes del derecho en la sociedad cada vez más compleja y elaborada en la que vivimos, principalmente para aquellos que, por su profesión, tienen encomendado el deber y la responsabilidad de solucionar los conflictos.

Clasificación

Teniendo como principal objetivo realizar un abordaje acabado de la temática general que nos ocupa, no podemos dejar de traer algunas de las más importantes y enriquecedoras clasificaciones que del tema han elaborado los estudiosos del derecho.

Aquí continuaremos la línea ya trazada en los primeros párrafos de este capítulo, y por ende nuestra guía serán Alf Ross y Cueto Rúa, aunque no desconocemos la existencia de muchas clasificaciones del tema que no tienen mayor relevancia en este estudio.

Al citar el concepto de Ross introdujimos ya la clasificación por él realizada. Tomando como criterio la mayor o menor elaboración con que las fuentes del derecho se le presentan al magistrado, y como contraparte la menor o mayor participación de aquél en este proceso, las clasifica en *totalmente objetivadas*, *parcialmente objetivadas* y *no objetivadas*. Las primeras serán las que se presentan ante el juez como un producto completo y finalizado, apto para ser utilizado en el estado en el que se encuentran, tal como lo es la ley. Las citadas en segundo orden son aquellas fuentes que si bien aportan gran contenido a la decisión que van a fundar, no pueden ser aplicadas sin más. Aquí el juez deberá realizar una tarea hermenéutica, guiada por el casuismo para aplicarlas al caso que debe resolver. Ejemplo de éstas son el precedente y la costumbre, puesto que se le presentan al juez como productos con un alto grado de elaboración pero que así y todo no satisfacen las exigencias necesarias para fundar una decisión con los efectos propios de una sentencia. Es por todo ello que sobre estas fuentes el juez debe operar para completarlas, para perfeccionarlas y adaptarlas al caso que deberá resolver.

En el caso de las costumbres es necesario que el juez, previo a utilizarla para fundar una decisión, verifique que la misma cumpla con ciertas condiciones objetivas que la doten de aptitud jurídica, las cuales serán enunciadas al tratar esta fuente particular. Por su parte, al utilizar la jurisprudencia el juez deberá corroborar que el caso resuelto y el caso a resolver presenten características definitorias similares, y que el caso resuelto lo haya sido mediante los procesos de legitimación institucional establecidos en la sociedad donde se presenta el caso a resolver.

Por último, las fuentes no objetivadas son aquellas que constituyen elementos de valiosa apreciación para el juez a la hora de resolver un conflicto, pero de ningún modo podrán ser aplicadas tal cual se le presentan a aquél. Es decir, sirven de materia prima para la elaboración de la decisión por el juez. En este último grupo encontramos fuentes tales como la doctrina o lo que Ross llama *razón*, que es-en palabras del autor- “una fusión de una concepción de la realidad y de una actitud valorativa” (2011, pág. 132), es decir, el conjunto de ideales, creencias, valores y modelos de vida de una sociedad que se expresan por diferentes canales de expresión cultural dentro de la misma como pueden ser la religión, la poesía, la filosofía y el arte. Este tipo de fuentes, si bien pueden generar influencia en el decisor no podrán constituirse en el único medio útil para la toma de la decisión que apoyan, puesto que resultan de escasa legitimación por sí solas.

Cueto Rúa parte de la clásica y conocida clasificación de las fuentes en formales y materiales. Las primeras son aquellas fuentes que tienen algunas características de índole institucional, las cuales hacen presuponer que han pasado ciertas pruebas de validez, por lo que su

aplicación a un caso concreto resulta necesaria y justificada, puesto que en sí mismas representan aquella característica de objetividad y previsión mencionadas al inicio del capítulo. Fuentes formales entonces, son aquellas, que, como la ley, han sido elaboradas por una autoridad dotada de la competencia necesaria para ello, de ellas emanan obligaciones generales que son fácilmente reconocibles y que determinan que ante la ocurrencia de ciertos hechos deben aplicarse determinadas consecuencias. Según estas ideas, no cabe duda de la inclusión de la ley dentro de este grupo, aunque la pertenencia o no de las demás fuentes del derecho al mismo dependerá de las características del ordenamiento jurídico que nos planteemos analizar. Así cierta jurisprudencia podrá ser considerada fuente formal en aquellos sistemas en que esta fuente es dotada de las características ya mencionadas, como pasa en mayor o menor medida en los sistemas regidos por el common law. La doctrina es de difícil inclusión dentro de esta categoría en nuestros tiempos, aunque podría incluírse si analizamos, por ejemplo, el antiguo derecho romano. Por su parte, según Cueto Rúa, la costumbre suele ser encasillada aquí por los autores tradicionales, puesto que a partir de la repetición de conductas y las sanciones que devienen acaecido el apartamiento de un sujeto de las mismas, se pueden extraer normas de alcance general.

Las fuentes materiales, al decir de Aftalión, Villanova y Raffo, “sólo enuncian un contenido axiológico no expresado normativamente” (1988, pág. 569). Es decir que son todos los elementos que afectan la voluntad de aquellos que tienen el deber de solucionar o evitar problemas de índole jurídico social, según la definición de Cueto Rúa, por lo que esta categoría abarcaría a todos aquellos elementos de relevancia capaces de dotar de contenido tanto a la decisión a tomar como a las fuentes misma del derecho, tales como valoraciones, ideologías, hechos históricos y cotidianos.

Una vez dicho esto, Cueto Rúa afirma que todas las fuentes del derecho son formales y materiales al mismo tiempo.

Justifica esta aserción analizando cada fuente en particular, para afirmar por ejemplo que la legislación más que ser un apoyo lógico formal, sirve en la generalidad de los casos para dotar de sentido determinada conducta, para encuadrar jurídicamente un caso y con ello abordar a una decisión que podrá ser socialmente aceptada. Según estas ideas, entonces, las leyes además de aportar una estructura lógica, están dotadas de un contenido material que influyen en gran medida la decisión a tomar por los operadores jurídicos. En otras palabras, las leyes decantan en una valoración de la sociedad hecha previamente por el legislador, por lo que en sí mismas tienen un contenido que impediría tomarlas en consideración únicamente como un elemento lógico formal.

De la misma manera estas conclusiones pueden ser aplicadas a las costumbres, puesto que la repetición de una determinada conducta implica, al mismo tiempo, dejar de lado otras posibles ante la misma circunstancias, situación de la cual podremos extraer valores imperantes dentro de determinado grupo social, lo que hará que la decisión adoptada, fundada en esta particular fuente del derecho, sea una construcción no solo formal, sino también material.

Por su parte, la jurisprudencia (considerada generalmente una fuente material) contiene en su esencia la aplicación de una norma abstracta y general a un caso particular. En la sentencia, las demás fuentes adquieren un carácter individual, alcanzan su mejor forma de expresión puesto que mediante ésta, aquéllas son aplicadas a un caso concreto, debiendo el juez explicar la importancia de las mismas en el caso a resolver como así también su sentido. Estas conclusiones dan pie para considerarla una fuente no solo material, sino también formal.

Por último, la doctrina, sostiene Cueto Rúa, deviene en esencial para un sistema jurídico determinado, puesto que sin esta fuente la aplicación de las demás sería de casi imposible realización. A partir de los trabajos desarrollados por los juristas es que se pueden interpretar de la mejor manera posible las demás fuentes del derecho. Aquellos tienen la complicada función de desarrollar elaboraciones teóricas y prácticas a partir del derecho vigente, dotándolo de mayor precisión y utilidad, llenando espacios no previstos y hasta aportando herramientas esenciales para su correcta interpretación. De este modo, es considerada una fuente formal-material.

Fuentes en particular

En este capítulo nos dedicaremos a la legislación como fuente del derecho; en el siguiente nos ocuparemos de las demás fuentes tradicionales, a saber, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, etc.

Legislación

Sin lugar a dudas, la legislación ocupa en los ordenamientos jurídicos de la modernidad un lugar de privilegio. Ello es así en virtud de que dicha fuente representa a la perfección todas aquellas pretensiones de objetividad que marcamos al inicio del capítulo como la razón de ser de las fuentes del derecho. Esta idea la iremos desarrollando a medida que identifiquemos las características principales de la institución, pero adelantamos aquí que la misma se constituye en un estandarte del valor jurídico “seguridad”, valor éste de la mayor transcendencia dentro del positivismo jurídico que se impuso con posterioridad a la revolución francesa y que mantuvo su influencia casi absoluta hasta la segunda guerra mundial.

Con los fines de delimitar con mayor precisión el campo de referencia de la palabra, partiremos por analizar algunos conceptos relacionados entre sí como son “norma”, “ley” y “legislación”.

Al hablar de “norma” nos referimos a todos aquellos preceptos enunciados mediante la palabra que tengan sentido prescriptivo, es decir que su finalidad esté orientada a persuadir o inducir determinado curso de acción en los destinatarios o sujetos normativos. Dentro de nuestro marco de estudio este concepto es el más amplio, por lo que toda ley y toda legislación serán a su vez una norma, aunque no toda norma será siempre una ley.

Dentro de este concepto amplio entran todos aquellos preceptos que contengan las características enunciadas, como pueden ser las normas morales, las normas religiosas o las normas jurídicas propiamente dichas.

Por su parte al referirnos a “ley” lo hacemos con el objetivo de denotar aquello que muchos autores denominan “ley en sentido amplio”, incluyendo aquí a todos los preceptos prescriptivos que, si bien emanan de una autoridad competente y mediante mecanismos establecidos en orden a la constitución de un Estado, los mismos no son ni las autoridades ni los mecanismos ordinarios establecidos para encomendarse a la función legislativa, y por ende las materias y el ámbito espacial de aplicación de dichos preceptos se ven limitados. Ejemplo de éstos encontramos en las ordenanzas municipales emanadas de los consejos deliberantes y en los decretos de necesidad y urgencia que emite el ejecutivo nacional.

Al hablar de “legislación” o “leyes en sentido estricto”, nos referimos a aquellos preceptos normativos emanados del órgano institucionalizado específico establecido para dicha tarea y sancionados mediante los procedimientos ordinarios de creación legislativa.

Aún más, incluso dentro de este último grupo podremos diferenciar tipos de legislación que pueden ser tenidos en cuenta como fuente del derecho, de otros que no, y para identificarlos pasaremos a resaltar sus características esenciales.

Características

Autoridad y proceso

En primer lugar debemos resaltar que esta institución está íntimamente relacionada con la idea de reglas de competencia, puesto que estas últimas constituyen a las primeras de forma tal que bajo ningún punto de vista hablaremos aquí de ley sin referirnos a una deducción de aquéllas. Las reglas de competencia, en este sentido, son preceptos que establecen autoridades legítimas y capaces para llevar a cabo de forma eficaz el proceso legislativo. Estas autoridades, como es sabido son tales en la medida en que el ordenamiento jurídico las dota del poder público necesario para modificar la situación jurídica de los sujetos destinatarios. Es decir, en la medida en que el producto de su tarea tiene eficacia general en el ámbito espacial y temporal en el que desarrollan su competencia.

Vale aclarar aquí que, generalmente, la idea de autoridad va acompañada de los mecanismos a seguir por ella para crear las leyes propiamente dichas, convirtiéndose así las reglas de competencia en reglas que determinan autoridades y al mismo tiempo imponen a éstas los procedimientos a seguir para que sus elaboraciones puedan constituirse en un producto digno de ser dotado de validez.

Contenido obligatorio y generalidad

Por otro lado, un matiz fundamental de las leyes así entendidas es que éstas establecen obligaciones o potestades que van dirigidas a un conjunto indeterminado de individuos sobre los

cuales la autoridad ejerce su competencia. Justamente esto es a lo que llamaremos aquí “contenido” de las normas. Es necesario aclarar, que si bien pueden encontrarse a simple vista en los ordenamientos jurídicos un sinnúmero de normas carentes de obligaciones jurídicas, pese a haber sido estas dictadas por una autoridad y mediante los mecanismos adecuados, no son éstas “leyes” en el sentido que aquí analizamos. No nos cabe dudas de que éstas son normas de vital importancia para el funcionamiento del sistema, puesto que proporcionan precisiones terminológicas o simples declaraciones de motivos de entrañable riqueza interpretativa, pero no pueden ser tenidas en cuenta dentro de este concepto más restringido y técnico al que nos referimos, por padecer justamente de este segundo elemento que denominamos “contenido”.

Relacionado con este elemento, debemos remarcar que una característica esencial de las normas en sentido estricto es su abstracción, lo que implica que sus efectos recaen sobre una cantidad de sujetos indeterminada y los casos que pueden subsumirse en la misma lo son en la misma medida.

En definitiva, esta característica cuenta con dos elementos sumamente necesarios para constituir la concepción de legislación como fuente de derecho a la que nos estamos refiriendo, a saber: contenido obligatorio y generalidad, aunque sobre este último requisito volveremos cuando analicemos la distinción entre leyes formales y materiales según una antigua y famosa clasificación doctrinaria.

Un tema de arduo debate del cual debemos ocuparnos sucintamente aquí implica adentrarnos en analizar qué tipo de contenidos pueden regular las normas. La puja aquí está entre el positivismo y las corrientes constitucionalistas que se imponen hoy en día.

La primera corriente, representada su mejor expresión en Hans Kelsen, parte por considerar como fuente a las normas superiores dentro de los sistemas normativos, donde las normas inferiores encuentran su fundamento de validez.

En este punto distingue la validez material de la validez formal. La primera está constituida por el hecho de que la norma inferior sea el producto de un acto inferencial del contenido de la norma superior. Si bien Kelsen se ocupa de mencionar la validez material, el autor afirma que ella es propia de los órdenes como la moral o la religión, donde las normas inferiores se deducen del contenido de la norma superior y por ello estos órdenes son estáticos, puesto que la esencia de los mismos se mantiene incólume si no se modifican las normas superiores. Para los ordenamientos jurídicos relativiza a tal punto la validez material que incluso sostiene para la norma jurídica que “su validez no resulta de su contenido (2003, pág. 112)”. Por su parte, la validez formal implica que la norma superior designe el órgano y el procedimiento creador de la norma inferior, por lo que ella encontraría allí su fundamento de validez, sin importar el contenido material de la misma. En este sentido señala que “La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera (2003, pág. 112)”.

Es por todo esto que los ordenamientos jurídicos vistos desde esta posición son sistemas normativos dinámicos, puesto que los contenidos del mismo se modifican constantemente al estar vinculada la deducción únicamente a criterios formales.

Como antítesis de esta postura encontramos al *ius Naturalismo*, caracterizado por señalar que las normas jurídicas que no se adapten a ciertos principios de moralidad y de justicia no son normas, apegándose fuertemente a los valores morales como criterio para predicar la validez de las normas.

Por último debemos analizar posturas que podemos denominar “constitucionalistas” y que responden a parámetros establecidos en los ordenamientos jurídicos modernos, donde existen constituciones que establecen derechos fundamentales, regulados por ellas de forma indeterminada y que las normas inferiores deben al menos no contradecir. No se ve clara la obligación de que las normas inferiores recepcionen el contenido de estos derechos tan amplios que prevé la constitución pero bajo ningún punto de vista pueden contradecirlo. La validez de las normas en esta idea se encontraría, primero, en los órganos y procedimientos y, segundo, en la no contradicción a los contenidos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional.

Formalización mediante el lenguaje

Otra nota distintiva de la legislación se relaciona con la forma en que ésta se manifiesta o expresa. Como bien se dijo, la misma es siempre producto de una autoridad competente, y ésta, luego de un proceso intelectual y formal, la desarrolla y da a conocer utilizando el lenguaje. Son muchos los corolarios que este tema presenta, tales como el tipo del lenguaje que utiliza el derecho, pasando por el análisis de los lenguajes formales, técnicos y naturales, como así también aquellos referidos a los usos del lenguaje presente en las normas, y si bien reconocemos la riqueza de tales temas, por motivos expositivos y didácticos no podemos referirnos aquí a ello.

En definitiva, la nota característica de la legislación, y que la diferencia de otras fuentes del derecho tales como la costumbre, radica en que la misma se expresa mediante el lenguaje, por lo general escrito.

Definición

Una vez demarcadas las características que consideramos más relevantes de esta fuente del derecho, podremos abocarnos a la difícil tarea de proporcionar una definición que incorpore estas pretensiones, aunque primero señalaremos algunas de las conceptualizaciones que los autores han dado al respecto y que contengan en mayor o menor medida estas exigencias.

Aftalión, Vilanova y Raffo en su libro *Introducción al Derecho* (1988, pág. 591) señalan al respecto que:

“La ley es la norma general establecida mediante la legislación. Y la legislación es el establecimiento de normas generales por un órgano de la comunidad autorizado al efecto (legislador) en forma deliberada, reflexiva y consciente, es decir, por medio de la palabra (en principio escrita).”

Sin lugar a dudas, el concepto traído por estos autores aporta mucha claridad. Es notoria la distinción en ella del dualismo proceso-producto existente entre legislación y ley respectiva-

mente, abarcando el concepto las características que hemos marcado *ut supra*, aunque bien puede notarse la omisión en ella del procedimiento para la creación, aunque, bien dijimos, se encuentran inmersos dentro de la misma idea de autoridad. Por otro lado, si bien en la definición no se encuentra referencia al contenido prescriptivo u obligatorio señalado, la idea misma de normas generales puede llevar aparejada esta idea, aunque consideramos de importancia resaltar con mayor precisión esta característica.

Cueto Rúa por su parte señala que “La ley es la expresión conceptual de un órgano o funcionario de la comunidad mediante la cual se establece una relación general entre ciertos hechos, por un lado, y una conducta, que debe ser cumplida, por el otro (1961, pág. 35).”

Como puede notarse, aquí están incluidos varios de los elementos enunciados precedentemente, destaca la forma de expresión de la legislación, la idea de autoridad competente y de contenido obligatorio. Si bien parece ser que algunos elementos no fueron incluidos en esta definición, esto no es así, en la medida en que el autor, al continuar el desarrollo explica que “...la ley es la palabra del legislador pronunciada conforme a cierto procedimiento o rito, estatuyendo obligaciones de modo general” (1961, pág. 37). Entonces, se incluyen también en la idea de Cueto Rúa los conceptos de procedimiento y de generalidad, agrupando en mayor o menor medida todas aquellas características que consideramos necesarias para describir a la institución.

Nuestra definición

Debemos partir por delimitar nuestro campo de enfoque, puesto que el concepto que vamos a enunciar pretende ser satisfactorio únicamente a los fines de entender a la legislación como fuente del derecho. Existen muchos ámbitos de estudio en donde analizar la legislación se hace necesario y donde las pretensiones aquí señaladas pueden variar en mayor o menor medida. Aquí debemos satisfacer las exigencias propias de la idea de fuente, y en este sentido, debe cumplir la tarea de ser un elemento capaz de ser utilizado por los operadores jurídicos para anticipar o resolver conflictos de una forma tal que impida que esos conflictos atormenten en el futuro la sana vida en sociedad.

Una vez dicho esto, podemos establecer que entendemos por legislación a todos aquellos preceptos sancionados mediante mecanismos específicamente elaborados para ello, que establecen potestades, obligaciones o prohibiciones para un grupo indeterminado de personas sobre los que la autoridad competente ejerce el poder público que le fue otorgado en virtud de la formación de un Estado Constitucional.

Esta fuente, como fue anticipado, se constituye en los últimos siglos en un estandarte de objetividad, previsión y seguridad jurídica en sentido estricto y por todo ello es que ha sido considerada la fuente del derecho por excelencia. Mediante la legislación se pretenden regular hacia el futuro aquellos actos de relevancia para el Estado y para la misma vida en sociedad, con la finalidad de que desde el momento de su promulgación y sanción, los sujetos pasivos adecuen su conducta a las pretensiones allí establecidas. Se constituye así en una herramienta por demás persuasiva de motivación social, puesto que el Estado a través de ellas incentiva

determinadas actividades y desalienta otras. Pero, por otro lado, la legislación se convierte en una garantía para los sujetos destinatarios, puesto que éstos cuentan, con anticipación a la realización de un determinado acto (u omisión en su caso), con la posibilidad de conocer todas las consecuencias jurídicas que su conducta acarrearán y las normas por las que serán juzgados en el futuro.

Clasificación de la ley

En todo emprendimiento pedagógico es necesaria la inclusión de clasificaciones elaboradas en torno al objeto de análisis, puesto que son conocidos los beneficios de utilizar esta metodología durante el proceso cognoscitivo. En cuanto a la temática bajo estudio aquí son muy pocas las innovaciones que podremos hacer, por lo que nos limitaremos a exponer resumidamente las clasificaciones más trascendentes que se han elaborado al respecto.

Leyes imperativas y supletorias

Leyes imperativas son aquellas cuya aplicación no puede ser dejada de lado por los sujetos destinatarios de las mismas cuando su actividad sea regulada por ellas. Con esto queremos exponer que cuando los sujetos destinatarios de las normas se encuentren en la situación preestablecida en la misma como condición de aplicación, no podrán hacer más que atenerse a lo que la norma estableció para esa situación.

Por el contrario, leyes supletorias son aquellas que, si bien establecen determinados efectos jurídicos frente a una situación dada, los sujetos destinatarios pueden optar por desplazar esos efectos de la forma que les resulte más conveniente por un acto de voluntad en tal sentido. Ahora bien, si las partes no hacen uso de estas facultades, la norma desplegará todos sus efectos en la misma forma en que lo hacen las normas imperativas.

Ambas son obligatorias, con la salvedad de que en un caso el sujeto destinatario no puede decidirse por la aplicación de otro régimen normativo proveniente de la autonomía de la voluntad, mientras que en el caso de las normas supletorias sí existe esta posibilidad. Ante la presencia de leyes imperativas no es posible apartarse de sus regulaciones puesto que las mismas, por lo general, regulan aspectos relacionados con el orden público.

El ejemplo típico de normas supletorias lo encontramos en las normas que regulan los contratos. En ese orden de ideas, el artículo 962 del Código Civil y Comercial de la Nación se expide claramente en este sentido al recalcar que “Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”.

Un tema de particular relevancia se da cuando entran en conflicto un acuerdo de partes en torno a la regulación de sus obligaciones y una norma categórica. Este es un tema que puede suscitarse con cierta frecuencia en los contratos, puesto que dicha materia se encuentra guiada por el principio de la autonomía de la voluntad, lo que implica que las partes pueden disponer y sujetarse libremente a las reglas que van a regir su relación, ello en virtud de que los derechos que son capaces de afectar son netamente disponibles y de interés particular. Si esta contra-

dicción se da, el artículo 963 del citado cuerpo normativo indica que deben aplicarse las normas indisponibles (aquellas que denominamos imperativas) en sustitución de las cláusulas que resulten incompatibles con ellas. Ejemplo de normas imperativas dentro de los contratos encontramos el art. 1001 del CCCN que determina las inhabilidades para contratar o el art. 1004 que establece los objetos prohibidos de contratación, y de normas supletorias el art. 1138 que, referente al contrato de compraventa, prevé que “excepto pacto en contrario, están a cargo del vendedor los gastos de la entrega de la cosa vendida...”

Leyes en sentido formal y en sentido material

Esta clasificación toma en cuenta dos de los elementos que consideramos esenciales a la hora conceptualizar a la legislación, por ende ya sabrán los lectores las conclusiones a las que abordaremos, aunque no por ello debemos omitir su desarrollo.

Como criterio de agrupación se toman aquí a la autoridad creadora de las normas, con sus respectivos procedimientos, y a la generalidad de las mismas. Siguiendo estas afirmaciones, leyes en sentido formal son aquellas que han sido dictadas por la autoridad competente y a través de los procedimientos legislativos válidos para ello, pero de extensión individual. Como contraparte, leyes materiales son aquellas normas cuyo contenido es de aplicación general sin importar cuál sea la autoridad y el procedimiento que las haya creado. Ejemplo del primer tipo encontramos en las sentencias judiciales o en normas que atribuyen pensiones u autorizaciones y del segundo en cualquier norma de alcance general que no emane directamente de las autoridades legislativas establecidas legalmente, como puede ser cualquier norma de orden dictada por el dueño de una empresa y dirigida hacia empleados y consumidores indeterminados.

Como se desprende del concepto de ley que aquí proponemos, en nuestra consideración únicamente son tenidas en cuenta aquellas leyes que lo sean en un sentido formal y material a la vez, puesto que sólo ellas contienen las características necesarias para ser consideradas fuentes del derecho. Por otro lado, la idea de fuentes materiales carece de relevancia dentro de los ordenamientos jurídicos modernos, puesto que en ellos no se concibe como válida la posibilidad de que normas generales que no hayan sido dictadas por los organismos legalmente configurados como competentes puedan generar obligaciones y deberes abstractos de forma autónoma. En la idea de la autoridad la sociedad toda deposita un poder público de eficacia general y es por ello que sólo las normas que hayan pasado por su contralor podrán ser tenidas en cuenta como fuentes propiamente dichas.

Por su parte, si bien es cierto que muchos autores consideran acertada la inclusión de leyes de alcance particular que hayan sido elaboradas por la autoridad y mediante los procedimientos legalmente establecidos, nosotros no podemos tener en cuenta este tipo de normas en nuestro desarrollo, no sólo por no reunir las características mencionadas, sino también, porque del mismo concepto de fuente del derecho, se desprende que bajo ningún punto de vista una ley de aplicación individual podrá servir para resolver conflictos generales en el futuro, a menos que sea tomada la regla y proyectada hacia la generalidad, situación que

puede hacerse únicamente mediante otra fuente del derecho, por lo que tendríamos aquí la conversión de una norma individual en una fuente del derecho válida y no una ley en sentido formal como fuente del derecho.

Bajo esta concepción, nuestro concepto de ley en sentido estricto comprende únicamente a aquellas leyes que lo son en sentido formal y material a la vez, es decir, aquellas dictadas por la autoridad y los procesos legalmente establecidos y de alcance general.

Derogación y desuetudo

Hasta aquí nos hemos dedicado únicamente a identificar leyes vigentes en un ordenamiento jurídico y, en cierta medida, a su incorporación al mismo. En este acápite nos referiremos a dos fenómenos que, si bien distintos, producen un efecto similar, ya sea eliminando normas del sistema jurídico, ya sea, haciendo que éstas pierdan su eficacia.

Derogar una norma implica quitarle ni más ni menos que su vigencia. Esto puede hacerse únicamente mediante la creación de una norma que explícita o implícitamente así lo disponga. Una norma es vigente en tanto y en cuanto sigan dándose las circunstancias temporales previstas al momento de su creación. Esto quiere decir que, mientras no expire el plazo de vigencia previsto para la norma, esta seguirá formando parte del ordenamiento jurídico. Entonces, siguiendo estos parámetros las normas pueden perder su vigencia de diferentes maneras, en primer lugar porque expire el plazo previsto para la aplicación de la norma. Esto puede pasar, por ejemplo con una norma que prevé un impuesto de emergencia, que será aplicado durante un período extraordinario de seis meses. En este caso la norma fue creada para satisfacer una necesidad inmediata y una vez esto quedará fuera del ordenamiento por extinguirse su tiempo de vigencia.

Otro caso, no tan frecuente, es el de normas que desde su creación establecen un tiempo de vigencia, por lo que intiman al futuro legislador a renovar su contenido. Esto puede llegar a darse en normas que regulan ciertos aspectos tecnológicos, donde se prevé, por ejemplo, que una determinada norma tendrá vigencia por 10 años, a los fines de que una vez cumplido ese período de tiempo el legislador se sienta en la obligación de adaptar el contenido de la norma a las nuevas realidades.

Si bien estos son casos en que las normas pierden vigencia, no estamos hablando en estos supuestos propiamente de derogación, puesto que solo usaremos ese término al hablar de la pérdida de vigencia de una ley por la creación de una nueva norma que la desplace del ordenamiento jurídico. En tal sentido podemos hablar de derogación expresa y derogación tácita.

La primera se da cuando mediante la creación de una norma se establece que a partir de su entrada en vigencia otra norma será dejada sin efectos. Esto se da, por lo general, cuando la creación de la última norma tiene como finalidad sustituir el contenido de la norma anterior. La derogación tácita se da básicamente para evitar los problemas de las contradicciones y las redundancias normativas. Cuando las dos normas tienen la misma jerarquía, es conocido el principio de *lex posteriori*, mediante el cual se determina que la norma dictada con posterioridad mantendrá su vigencia, perdiéndola, por ende, la anterior. En este supuesto encontramos

en el ordenamiento jurídico, ya sea por error del legislador, por ignorancia o inclusive por intención, dos normas que regulan las mismas situaciones fácticas, ya sea que establezcan la misma solución (redundancia) o soluciones deónticas contradictorias (inconsistencia). Con la finalidad de evitar la infinidad de inconvenientes que se producen a partir de aquellos problemas lógicos es que, por aplicación del principio mencionado, se deroga la norma anterior, pese a que la norma posterior no contenga una disposición expresa que determine esta medida.

Por su parte, la desuetudo, se da cuando se genera una conducta social repetida que contraría el contenido de una norma vigente del ordenamiento jurídico. En este caso, se pierde interés en la aplicación de la norma, tanto por parte de los sujetos destinatarios, como también de los legisladores y autoridades encargadas de aplicarlas, por lo que la norma mantiene su vigencia al no ser derogada, pero pierde su eficacia, puesto que, en términos de Kelsen, la mayoría de los sujetos destinatarios no cumple el contenido de la norma y no son sancionados por ello.

La codificación

Un código es una ley donde se agrupan sistémicamente un conjunto de disposiciones referentes a una misma rama del derecho con la finalidad de regularla integralmente.

Este fenómeno es producto del positivismo racionalista que surgió en el siglo XVIII y que se mantiene hasta la actualidad, bajo la premisa de regular la mayor cantidad de conductas posibles, dotando a la sociedad de garantías como la previsión y la seguridad jurídica.

Bajo esta forma el legislador incorpora en un cuerpo técnicamente uniforme una gran cantidad de preceptos, organizándolos de acuerdo a ciertos principios y valores, intentando evitar con este método problemas tales como las inconsistencias, redundancias e inoperancias normativas

Históricamente, si bien podremos encontrar algunos instrumentos que poseen en mayor o menor medida las características que imputamos a un código, podremos señalar que el primero fue el Código Civil francés de 1804. En él se expresan la filosofía y los valores de la revolución triunfante y se consagra a la legislación como la fuente más importante de la modernidad, viniendo a limitar en gran medida la discrecionalidad de los jueces imperante en ese momento. A partir de allí comienza la gran oleada de codificaciones en el mundo, abarcando y sistematizando a las distintas ramas del derecho.

Codificar es un tarea harto compleja, puesto que el articulado suele ser muy extenso y prever la gran cantidad de instituciones comprendidas en una rama del derecho sin entrar en contradicciones suele ser una tarea por demás difícil, sino imposible. En esta labor los aportes doctrinarios son esenciales, puesto que suelen ser estos los que dan sentido teórico y práctico a los preceptos incluidos en el código, y a partir de críticas razonadas de los mismos es que sus disposiciones se modifican adecuándose a las nuevas realidades o evitando incoherencias en el sistema.

Lo cierto es que más allá de lo complejo de la tarea de codificar, la institución se caracteriza por formar un cuerpo extenso y sólido de preceptos normativos, lo que trae consigo muchas consecuencias que los autores han agrupado como “ventajas” e “inconvenientes” y que analizaremos a continuación.

Ventajas y desventajas de la codificación

Una de las mayores ventajas está representada por el hecho de encontrar en un mismo cuerpo, ordenados y sistematizados, todos los preceptos normativos de toda una rama del derecho, lo que facilita sin dudas su búsqueda, su conocimiento, su estudio, y su entendimiento. Al mismo tiempo, todas las instituciones se verán matizadas por un conjunto de principios y valores comunes elegidos teleológicamente por los legisladores para inspirar al sistema íntegramente. Esto ayuda en la tarea de lograr la coherencia del ordenamiento jurídico, puesto que muy distinto sería si cada institución fuera regulada a través de distintas disposiciones emanadas de legisladores diferentes, ya que posiblemente cada cuerpo normativo se vería inspirado por principios distintos.

Las codificaciones son una gran fuente de inspiración doctrinaria, a partir de ellas son innumerables la cantidad de emprendimientos científicos abordados por los juristas, lo que se traduce en una gran producción bibliográfica que se constituye sin dudas en un índice muy valioso para medir la evolución jurídica de un país. Esto redundará en otra ventaja que se relaciona con el avance y evolución de la normativa, puesto que si bien no será una evolución llamativamente rápida, tenderá a ser más compleja y desarrollada, lo que permitirá obtener instituciones mejor logradas, capaces de sortear de forma efectiva las necesidades de la práctica cotidiana.

Veamos la contracara: los códigos, como fue adelantado, agrupan una gran cantidad de preceptos y con ellos se regulan una gran cantidad de instituciones, por lo que su elaboración suele ser muy compleja y llevar mucho tiempo. Por estos motivos, y porque los juristas se presentan reacios a las modificaciones, suelen ser cuerpos normativos en los que introducir reformas presenta singulares inconvenientes, y por tal motivo es que mantienen su contenido por muchos años, llegando a permanecer vigentes más de un siglo como lo hizo el código civil de Vélez Sarsfield en nuestro país. Esto genera una gran cantidad de inconvenientes puesto que la actividad humana y, principalmente, la actividad comercial evolucionan a pasos agigantados, quedando muchas disposiciones vetustas ante las nuevas circunstancias sociales. Suelen hacerse reformas parciales, actualizando ciertas disposiciones pero dejando incólumes otras. Como señalamos al definir a los códigos, los mismos son un conjunto sistemático de normas, lo que implica que al modificar un elemento del sistema se ven afectados muchos otros, dando lugar, en la mayoría de los casos a inconsistencias normativas.

Por otro lado, las disposiciones del código son, generalmente, formuladas de la forma más abstracta posible lo que aleja cada vez más al derecho de los casos individuales, teniendo los operadores jurídicos la compleja, aunque no menos interesante, tarea de inferir

soluciones normativas a los casos individuales a partir de proposiciones en mayor o menor medida generales.

Por su parte Cueto Rúa encuentra una gran desventaja en los códigos al inducir y motivar a los juristas a preocuparse por la concordancia lógica de los distintos preceptos normativos y olvidarse del contenido concreto, de la realidad empírica. Sostiene que las reformas del código tienden a satisfacer necesidades lógicas y subsanar deficiencias de este tipo, olvidándose de la principal tarea de las normas que reside en la resolución de conflictos individuales y sociales. Para ser más gráfico, el autor denominó a los juristas preocupados por estas cuestiones como “...teóricos de las formas refinadas y coherentes”(1961, pág. 74).

Por nuestra parte, no consideramos que estas conclusiones sean acertadas a la luz del presente normativo de nuestro país, por entender que el cuestionado análisis lógico es imprescindible en pos de alcanzar un ordenamiento jurídico complejo y eficiente, y por ver en la actualidad una marcada tendencia a la actualización normativa, en aras de un derecho más ágil, moderno y útil, socialmente hablando.

El principal defecto de los códigos reside en lo compleja y resistida que se torna su modificación, oponiéndose sus preceptos a las nuevas realidades, a las nuevas costumbres y principalmente a las necesidades manifestadas por las nuevas generaciones. Este último defecto, sintetizando en demasía la cuestión, incentivó una de las polémicas más atractivas y enriquecedoras de la ciencia jurídica y que desarrollaremos resumidamente a continuación.

Polémicas en torno a la codificación

En 1814, luego de la liberación de los estados alemanes del dominio napoleónico, Thibaut escribió un texto al que denominó “*La necesidad de un derecho civil general para Alemania*” en el cual describió con bastante detalle la situación política y jurídica de los territorios que hoy conocemos como Alemania. Comenzó remarcando la gran división política en la que se subdividían aquellos territorios, donde cada estado se gobernaba bajo reglas autónomas respecto del resto. Si bien esto, analizado desde una óptica netamente política no era visto por el autor con malos ojos, por otro lado generaba una inmensidad de complejidades jurídicas. Remarcó el gran deterioro de las instituciones y el caos normativo vigente en ese entonces. La gran mayoría de las instituciones era regulada según el antiguo derecho romano, un derecho que no había sido creado ni para el pueblo alemán ni para la época en la que transcurrían las relaciones civiles y comerciales nacionales e internacionales. Por otro lado también existía una gran influencia del derecho francés que se les fue impuesto durante la era de Napoleón.

Cada estado regulaba sus actividades bajo normas independientes, lo que generaba otro sin fin de inconvenientes cuando se intentaban entablar relaciones entre dos estados diferentes, llegando al caos y al extremo de la inseguridad jurídica. Un derecho así concebido era sumamente difícil de conocer y, por ende, de abordar para maestros y estudiantes. La abogacía se tornaba una actividad sedentaria, puesto que quien conocía el derecho de un estado se veía amarrado al mismo, por desconocer el de los demás estados.

Ante esta situación Thibaut propicia una serie de argumentos en pos de lograr un consenso general sobre las ventajas que acarrearía un código civil único para todo el pueblo alemán, facilitando el entendimiento general sin violar la independencia y el fraccionamiento político.

Un código creado por y para el pueblo Alemán era, para Thibaut, la solución adecuada a todos los problemas antes mencionados. Aunque no cualquier conjunto normativo satisfacía las exigencias necesarias para acabar los inconvenientes de la época, sino que únicamente sería capaz de apaciguarlos un código: “...que formule sus preceptos de una manera clara, inequívoca y exhaustiva, y que ordene las instituciones civiles de una manera sabia y conveniente” (2015, pág. 13).

Un código así concebido sería el eslabón perfecto para lograr la unidad jurídica, y a partir de ella obtener las herramientas necesarias para construir relaciones fluidas y duraderas entre los distintos estados alemanes, como así también, incentivar la lealtad y fraternidad entre el pueblo alemán a partir de la seguridad jurídica y el orden normativo que acabaría con el caos existente.

Thibaut se expresa en este sentido con una claridad digna de mencionar, al suscribir en su texto un párrafo que por su excelencia no podemos más que reproducir (2015, pág. 25):

Aun cuando es preciso que exista una separación política, porque así debe ser, sin embargo, los alemanes están interesados en que los una para siempre un sentido fraternal de igualdad y en que nunca más una potencia extranjera abuse de una parte de Alemania en contra de las demás. Pero las leyes iguales crean usos y costumbres iguales, y esta igualdad ha tenido siempre una influencia fascinadora sobre el amor y la lealtad de los pueblos. Además, el tráfico civil hace de esa unidad casi una hiriente necesidad.

Ante estas declaraciones de Thibaut, la respuesta de la escuela historicista del derecho no tardó en llegar, y nadie la podría representar mejor que Savigny, quien en el mismo año escribió un texto al que denominó *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. En él, el autor reivindica la importancia y calidad del derecho romano y de las costumbres como fuentes principales del derecho.

Criticó fuertemente a aquellos que proclamaban la necesidad de regular la actividad privada mediante un código único para todo el pueblo alemán, bajo los pretextos de sistematizar el derecho y hacerlo así aplicable en todo tiempo y lugar, sin distinción de las particularidades, basándose en la idea de que sus preceptos gozarían de una abstracción general y de una inteligencia capaz de solucionar cualquier conflicto de forma unívoca (cfr, 2019, págs. 20 y ss.).

Savigny entendía que el proceso legislativo, principalmente el de la codificación, se sustentaba en una idea respecto del origen mismo del derecho, siendo para los autores que propiciaban estos métodos, únicamente creación estatal, pudiendo variar el contenido de las reglas sin reparo alguno de un momento a otro, lo que en su entender era inaceptable, puesto que un derecho así concebido muy raramente podría representar la voluntad legítima del pueblo. En

esta idea, el derecho consuetudinario sería utilizado únicamente como el último parangón al cual recurrir ante la insuficiencia del derecho legislado.

Estas ideas eran inaceptables en el entender de Savigny, puesto que de un estudio histórico, sociológico y sistematizado se desprende que el pueblo se manifiesta en distintos aspectos, como puede ser la política, la ideología o el derecho consuetudinario, pero no lo hace siempre de forma unánime, manifestación esta que surge de forma accidental y espontánea, por lo que la imposición de un derecho legislado, arbitrario y universal no podría concebirse con buenos ojos.

En este sentido, proponía que el derecho debía surfear idéntica suerte que la de los pueblos mismos, es decir que si los pueblos mantenían una inclinación hacia la unidad pese a pertenecer a estados políticos distintos, el derecho debía ser en ellos uniforme, mientras que, por el contrario, si dentro de un mismo estado el pueblo se diversificaba culturalmente, el derecho aplicable a cada eslabón debería ser disímil.

Todas estas conclusiones se desprenden de una idea madre básica, aquella por la cual el autor entendía que el derecho existía primero en las costumbres y luego estas serían receptadas por la jurisprudencia y la ciencia del derecho, mutando constantemente el derecho en aras de adaptarse constantemente a aquéllas. El derecho es guiado “siempre, por tanto, en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador” (2019, pág.28).

Otra de las grandes críticas que Savigny lanza sobre los movimientos codificadores alemanes se basa en la metodología utilizada al realizar este particular tipo de legislación, mediante la cual se intenta abarcar la mayor cantidad de conductas y situaciones fácticas posibles, reglando así casos que no se han dado en los hechos y que posiblemente no se den. El autor entendía que el derecho debía regular casos vigentes, es más, debía nacer de la necesidad de hacerlo. El derecho, según el autor, debería enfocarse en las particularidades de cada caso. Las previsiones del código olvidan las particularidades, normando de forma abstracta bajo la pretensión de abarcar el universo fáctico más amplio posible.

Con lo dicho pueden notarse a simple vista las diferencias entre Savigny y Thibaut. Si bien ambos pretendían arribar a los mismos fines, a saber, la felicidad del pueblo alemán y la grandeza de sus instituciones jurídicas, diferían en gran medida respecto de los medios propuestos para alcanzar estos objetivos. Mientras el segundo proponía la unificación de las costumbres y los estados alemanes mediante un código único para todo el pueblo alemán, el primero proponía que la unificación debía darse naturalmente, sin intermedio arbitrario alguno, y luego el derecho debía receptar esta unidad y plasmarlo legalmente.

El caso argentino

Una discusión similar a la narrada se dio en nuestro país entre Juan Bautista Alberdi y Dalma-
cio Vélez Sarsfield durante los preparativos del proyecto de código civil argentino que se ocupaba de redactar éste último.

Alberdi, quien había preparado las bases para la constitución nacional se ocupó de criticar fuertemente el proyecto de código civil esbozado por Vélez, por entender que al regular el derecho privado abordaba contenido normado expresamente por la constitución de una forma incompatible con sus directrices.

Vale recordar que con la Constitución Nacional Argentina se pone fin, en cierta medida, a la extensa y triste guerra civil que entablaron unitarios y federales en una puja inestable por conformar un estado bajo modelos que defendían intereses y capitales distintos. En este contexto, Alberdi se anunció sosteniendo que bajo ningún punto de vista era aceptable que la revolución quede plasmada en la constitución y el viejo régimen en el código civil.

Una vez consolidado en la constitución el estado federal, Alberdi entendía que el código civil venía a reglamentar las instituciones jurídicas particulares bajo principios distintos a los establecidos en forma general para la nación en la constitución.

Por su parte Vélez respondió fuertemente las acusaciones de Alberdi, acusándolo inclusive de no haber leído una sola página de su proyecto. Describió la situación legislativa argentina y remarcó la gran cantidad de normativas dispersas que regulaban el derecho civil argentino, leyes en su gran mayoría de origen colonial, situación que mediante la sanción de un código único se pretendía organizar.

Por otro lado, respondió las acusaciones de Alberdi atinentes a la falta de concordancia entre los principios que promulgaban la constitución y el código de una forma muy rotunda, lanzando un párrafo capaz de alejar todas las dudas al respecto y que reza así (2019, Págs.9 y 10):

Yo no he dicho que no deben establecerse los derechos absolutos, de elegibilidad, igualdad, seguridad, etc., sino que el código civil no es su asiento correspondiente. No he dicho que prescindo de ellos, ni que los olvido. Estos derechos tienen un carácter más alto que una simple ley civil, que puede en cualquier día revocarse por el Congreso. Ellos están consignados en el código político, en la Constitución nacional donde únicamente deben hallarse. Los supongo existentes, pero no los hago nacer de la ley civil. Lo que importaría es que el doctor Alberdi estudiando mi proyecto nos demostrara, que en alguno de sus artículos quebranto los derechos absolutos establecidos por la Constitución Nacional, pero no lo hace porque no ha leído el código, y el proceso que forma es sólo contra el oficio de remisión del primer libro. Muy luego vamos a demostrarle, que sabemos cuáles son los principios que debe observar un código democrático, y que las leyes civiles que proyectamos están en perfecto acuerdo con ellos.

Según sus ideas, el código vendría a reglamentar instituciones jurídicas referidas a la actividad privada de los ciudadanos de una forma ordenada, sistemática y lógicamente coherente, por lo que se presumía aceptable que para cada institución gobiernen principios no siempre uniformes.

Más allá del debate acaecido, el proyecto de código civil siguió su curso, sancionándose en 1869 y entrando en vigencia en 1871, la que mantendría hasta el año 2015, momento en el que fue sancionado el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

Cómo puede verse, en definitiva, las polémicas acaecidas en Alemania y Argentina se dan en razón de elementos esenciales comunes. Los esfuerzos codificadores se hacen en aras de lograr un mayor orden normativo dotando al sistema de reglas claras y previsibles. Las corrientes que se oponen a la codificación lo hacen en virtud de fundamentos históricos y culturales muy nobles, que promulgan la libre determinación de los distintos estados o pueblos de darse sus propias reglas.

El método de unos es unificar los usos y costumbres a través de una legislación común y el de otros respetar la autonomía cultural, debiendo las leyes receptor a las costumbre una vez que el pueblo se exprese en forma clara por medio de ellas.

Referencias

Aftalión, E., Vilanova, J., Raffo, J. (1988); Introducción al Derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cueto Rúa, Julio (1961); Fuentes del derecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kelsen, Hans (2003); Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba.

Ross, Alf (2011); Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba.

Von Savigny, Federico C); De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho. Madrid, La España Moderna. Edición digital recuperada el 22/10/2019 de <http://fama2.us.es/fde/ocr/2012/deLaVocacionDeNuestroSiglo.pdf>

Thibaut, A. F. J. (2015); Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Vélez Sarsfield, Dalmacio. El folleto del Dr. Alberdi. Edición digital recuperada el 22/10/2019, de <http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/el-folleto-del-dr.-alberdi-->

CAPÍTULO 6

Fuentes del derecho (continuación)

Mauricio Monetta y Soledad Ucedo

Continuamos desarrollando las fuentes tradicionalmente reconocidas. Así como antes nos ocupamos de la legislación, en este capítulo haremos lo propio con la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina (en tanto obra de los juristas), y adelantaremos una contribución, los principios, que, de la mano de esta última, ha dejado de ser teoría para transformarse en norma escrita en nuestro nuevo Código.

La costumbre

Definición

Si bien no cabe duda del papel secundario que ocupa la costumbre en los ordenamientos jurídicos modernos, debemos reconocerle a esta fuente del derecho la importancia que le corresponde por ser, en alguna medida, la fuente de origen, es decir, el primer modo de regulación de la vida en sociedad en las comunidades primitivas y primeras civilizaciones.

Sobre las problemáticas que se desprenden a partir de esta fuente los autores son, en mayor o menor medida, concordantes. Así, sobre su definición, por ejemplo, indica Cueto Rúa que la costumbre “consiste en la reiteración de una determinada conducta cuando los miembros del grupo social enfrentan las mismas circunstancias” (1961, pág.81).

En igual sentido Aftalión, Villanova y Raffo indican que “es la repetición constante en un medio social, de determinados modos de obrar, repetición acompañada de un profundo convencimiento de su obligatoriedad, en cuanto podría ser coactivamente exigida, en caso de transgresión, por otros sujetos” (1988, pág.631).

Por último, Alf Ross indica que “La costumbre es un modo de conducta que es generalmente seguido y que es vivido como obligatorio” (2011, pág. 122).

Como se desprende de todas las definiciones, el concepto de costumbre está vinculado íntimamente con la conducta humana. A partir de esta idea es que pueden diferenciarse al menos tres grados o niveles en que la conducta humana regula situaciones sociales.

Estos tres ámbitos están constituidos por lo que conocemos como “hábitos”, “usos sociales” y “costumbres”. Aquí nos ocuparemos de diferenciar los términos segundo y tercero, puesto

que ambos se refieren a conductas generales, es decir compartidas por una gran cantidad de sujetos de una misma sociedad al presentarse las mismas situaciones fácticas, a diferencia de los hábitos que se refieren a conductas repetidas o más bien rutinarias de un único individuo.

En orden a lo expuesto diremos aquí que suele hablarse de usos sociales, al igual que de costumbres, en la medida en que, ante determinadas situaciones o eventos, los miembros de un grupo social tienden a compartir la misma reacción o actitud. Ejemplos de tales tipos los hay de a decenas en nuestro actuar cotidiano, tales como usar saco y corbata ante ciertos eventos o en determinados sitios. La nota diferenciadora de este tipo de conducta respecto de lo que denominamos costumbre, indican Aftalión, Villanova y Raffo, está constituida por el hecho de que los usos sociales se encuentran dentro del ámbito de lo facultativo, es decir que el uso social es “aquella conducta lícita en la que el individuo pone autónomamente los contenidos de su libertad (1988, pág. 622)”. La diferencia está para los autores citados en el hecho de que en la costumbre la observancia de la conducta en cuestión puede ser impuesta en forma coactiva, consecuencia ésta que no se encuentra presente en los usos sociales.

Una vez dicho esto, y teniendo en cuenta que descartamos de nuestro estudio en esta etapa a los hábitos y usos sociales, centraremos nuestro análisis en las costumbres, que según nuestro entendimiento están constituidas por la repetición de conductas por parte de los miembros de una sociedad ante la misma situación fáctica, puesto que éstos sienten una obligación constituida de realizarla en tales circunstancias, agregándose a esto el hecho de que su incumplimiento trae aparejada algún tipo de sanción.

A partir de esta definición podemos individualizar todos los elementos que integran esta fuente del derecho y que en definitiva son: 1) repetición de conductas ante situaciones similares, 2) obligatoriedad, o, al menos, la sensación de que es obligatorio, 3) sanción ante el incumplimiento.

En términos generales estos son los tres elementos constitutivos de la costumbre, aunque puede hacerse una distinción en el elemento sanción, donde según el tipo de sanción pasaremos de tener una costumbre a tener una costumbre jurídica, siendo ésta última lo que aquí estudiamos como fuente del derecho, aunque sobre el tema nos detendremos luego.

Los autores suelen separar dos elementos de la costumbre a los que denominan objetivo y subjetivo. El elemento objetivo estaría constituido por la parte fáctica, es decir, por la repetición de conductas, mientras que el elemento subjetivo es aquél sentimiento de obligación que emerge en los miembros de la sociedad por respetar este comportamiento.

Costumbre jurídica

Una vez limitado nuestro campo de estudio a la costumbre y habiendo definido a la misma, nos referiremos brevemente aquí a la fuente del derecho propiamente dicha, es decir, a la costumbre jurídica. Esta es una especie de aquélla donde la particularidad reside en que la sanción que su incumplimiento conlleva, es una sanción jurídica y no tan solo social como podría ser en la mayoría de los casos el desapego a una costumbre.

Clasificación

Aquí son muchas las elaboraciones doctrinarias que podríamos mencionar, y si bien reconocemos en cada una de ellas una gran importancia pedagógica, en este apartado nos referimos sólo a una clasificación, la cual se distingue por vincular a la costumbre con la ley.

Esta clasificación tiene origen en el antiguo derecho romano y separa a la costumbre en tres grupos bien diferenciados, a saber:

1) Costumbre según la ley: en este caso la costumbre es fuente reguladora de conductas sociales porque la misma ley manda aplicar la costumbre a determinados casos.

2) Costumbre más allá de la ley: aquí la costumbre regula un caso no previsto legislativamente, es decir, la costumbre aparece como la única regla preexistente que contempla el contenido de la conducta bajo juzgamiento.

3) Costumbre en contra de la ley: aquí se da el caso de que para la misma situación fáctica existen tanto una norma como una costumbre capaces de regularla, con la particularidad de que ambas fuentes otorgan para el mismo caso soluciones que son contradictorias.

La importancia de esta clasificación reside en que la misma fue receptada expresamente por nuestro orden jurídico, y, tanto en el antiguo código civil de Vélez Sarsfield como en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, se estableció que las únicas costumbres que pueden ser tenidas en cuenta a la hora de resolver un caso son aquellas que denominamos “según la ley” y “más allá de la ley”, dejando fuera de análisis a las costumbres en contra de la ley.

En este sentido el artículo 1 del Código Civil y Comercial argentino establece que “...*Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*”.

Si bien esta es una regla de importancia, esto no implica que en virtud de ella la costumbre se convierta en una fuente de uso obligatorio, puesto que para convertirse en vinculante, quien se encuentre en la posición de resolver un caso conflictivo, deberá analizar sucintamente los elementos que componen la costumbre que pretende analizar y determinar si la misma cumple algunos estándares mínimos de objetividad, tales como identificar si la costumbre en cuestión es preexistente al surgimiento del conflicto que debe resolverse, que sea más o menos pacífica en cuanto al acatamiento mayoritario resulta y, principalmente, que la resolución que la misma ayude a fundar se adapte a los principios de razonabilidad vigentes en nuestro ordenamiento jurídico actual, entre otros elementos que puedan presentarse según el caso. Estos son elementos a verificar para poder determinar la objetividad de la costumbre para que en el caso particular sea considerada una fuente legítima y, precisamente a este análisis se refería Alf Ross al ubicar esta fuente dentro de las fuentes por él denominadas como parcialmente objetivadas.

Inclusión de la costumbre en el marco de un proceso judicial

Un tema de gran importancia aquí es la forma en la que la costumbre puede incorporarse judicialmente como fuente del derecho. Dentro del marco de un proceso judicial existe prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos aquel principio que indica que el juez conoce el

derecho y, correlativamente, debe desconocer los hechos del caso. Por su parte, la costumbre, al estar integrada por conductas humanas, los ordenamientos jurídicos no presumen el conocimiento del juez de las mismas y quien pretende que sea la fuente reguladora del caso bajo análisis deberá darla a conocer y probar tanto su existencia como también todos aquellos elementos que sean necesarios para dotarla de la objetividad necesaria para ser considerada fuente de derecho en tal controversia judicial.

Entonces, quien pretenda probarla se podrá abastecer de la amplitud probatoria que prevea el ordenamiento jurídico en el que litigue, ateniéndose a los únicos parámetros del valor probatorio de cada medio.

Importancia de la costumbre en las distintas ramas del derecho

Quien pretenda invocar una costumbre para regular un caso determinado deberá discernir correctamente en la rama del derecho en la que se encuentra y si en ella existe la posibilidad o no de utilizar esta fuente del derecho.

Bien sabido es que la costumbre tiene una gran influencia en el derecho comercial, puesto que el legislador deja libres aquí muchas regulaciones, en primer lugar, a la voluntad de las partes y, en defecto de ésta, a lo que los usos y costumbres del lugar determinen.

En el derecho civil no es tan común la remisión del legislador a la costumbre aunque podremos encontrar normas esporádicas que así lo dispongan. La importancia de la costumbre en el derecho civil radica en la posibilidad que tienen las partes de invocarla, probarla y fundamentarla para que el juez eche mano de ella a la hora de resolver el asunto que se le presenta.

En forma opuesta a todo esto tenemos el derecho penal, donde rigen muy fuertemente los principios de tipicidad y legalidad, que implican ni más ni menos que nadie puede ser sancionado si no es por un hecho consagrado como ilícito por una ley que forme parte del ordenamiento jurídico antes de la comisión del hecho que se le imputa. Esto lleva necesariamente a concluir que incluso la analogía sería inconstitucional si se aplica en el derecho penal, por lo que menos aún podría una costumbre ser considerada a los fines de crear un hecho ilícito.

Esto implica que la costumbre no puede constituirse en fuente, ni definir conductas delictivas, ni ser creadora de norma alguna del derecho penal, aunque el juez podrá analizarla y sopesarla al momento de dictar sentencia.

Hoy en día son cada vez más los fallos judiciales que relativizan la aplicación de tipos penales en casos donde los miembros de un grupo social actúan bajo la influencia de costumbres ancestrales, por lo general de pueblos originarios.

En este sentido, en un fallo de la Suprema Corte de Salta, con el voto de la Dra. María Cristina Garros Martínez se dejó manifiesto que:

“...en el examen jurídico de cada uno de los agravios formulados no puede, efectivamente, prescindirse de la ameritación contextual de la conducta cuya tipificación como delito penal resiste la recurrente con fundamento en que la misma constituye una práctica cultural propia de la comunidad indígena a la que pertenece el imputado. Los hechos del presente caso revelan con certi-

dumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado que conllevan la necesidad de analizar la tensión que se plantea entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o sus miembros, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno se desconozca o niegue derechos vinculados, de otra naturaleza o alcance, que le asistan al resto de los individuos involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto..."⁵²

Si bien existen algunos fallos que contemplan estos argumentos, debemos decir aquí que son de excepción y en casos muy singulares, por lo que la regla en esta materia es la ya enunciada en primer orden, es decir, que la costumbre no es considerada aquí fuente creadora de obligaciones jurídicas, ni menos aún de delitos.

La jurisprudencia

Introducción

Hablar de la jurisprudencia como fuente del derecho implica, atento la imprecisión terminológica que el término posee, la necesidad de abordar algunas cuestiones previas. En primer lugar, suele decirse que la jurisprudencia es el conjunto de decisiones judiciales referidas a un mismo tema, establecidas por un órgano judicial superior, a seguir por otros jueces inferiores de la misma jurisdicción y en la misma materia.

Pero conviene preguntarse qué entendemos por jurisdicción, por decisión judicial o sentencia y cuándo ellas conforman una jurisprudencia, qué es un precedente, cuándo la jurisprudencia tiene efecto vinculante, si los jueces crean o aplican derecho, si se trata de una fuente formal o material, cuáles son las funciones de esta fuente judicial del derecho, cuáles son las técnicas para unificar la jurisprudencia y qué valor se le otorga a esta fuente en el actual sistema jurídico argentino. Estas y otras cuestiones serán tratadas en los párrafos siguientes.

Así como el Poder Legislativo -o el Parlamento en otros sistemas-, es el órgano del Estado encargado de crear, modificar y derogar las leyes, conforme al procedimiento establecido en la Constitución, el Poder Judicial es el órgano estatal encargado de administrar justicia, en ejercicio de la jurisdicción que, a través de su *imperium*, y dentro del marco del debido proceso, decide el derecho aplicable al caso concreto —*juris dictio*—, es decir, a través del dictado de sentencias que ponen fin a una controversia.

En este sentido, se busca eliminar el ejercicio de la fuerza por mano propia para la solución de conflictos, reservando al Estado el ejercicio de la jurisdicción entendida como una atribución que implica potestad, imperio y poder. Es por ello, que los jueces, en ejercicio de su jurisdicción

⁵² "C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN –RECURSO DE CASACIÓN" (Expte. N° CJS 28.526/06).

tienen la facultad de imponer su voluntad sobre otros, acudiendo al uso de la fuerza —dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico— en caso de ser necesario para hacer cumplir o ejecutar sus sentencias.

Si la tarea de los jueces consiste en administrar justicia, la forma de decir el derecho aplicable al caso concreto asume la forma de una decisión judicial o sentencia. Por lo tanto, diremos que la sentencia es un acto procesal emitido por un órgano decisor que pone fin (resuelve) la causa, el litigio o controversia de las partes. El juez mediante la sentencia debe dar respuesta a las cuestiones planteadas por las partes, considerando los hechos, las pruebas y el derecho, así como los argumentos y razones que ellos le han sometido a consideración y decisión, y finalmente dar cuenta de las razones fácticas y jurídicas que lo han llevado a inclinar la balanza a favor de una de las partes del proceso.

Si nos preguntamos qué hay dentro de una sentencia, o cuál es su estructura, encontraremos que, tradicionalmente⁵³ la misma consta de tres partes, a saber: 1) resultandos o parte descriptiva en la que se lleva a cabo la narración objetiva del proceso como por ej. identificación de las partes, sus pretensiones, etc., 2) considerandos o parte justificativa de la sentencia en la que el juez funda su decisión explicando los motivos o razones que la justifican, según ciertas pautas establecidas en las reglas procesales, 3) fallo, parte dispositiva o parte decisoria de la sentencia en la que se manifiesta el poder jurisdiccional a través de una nueva norma individual llamada “sentencia”.

Jurisprudencia en sentido amplio

Nos referiremos genéricamente a la jurisprudencia como fuente del derecho, y posteriormente analizaremos qué papel desempeña la misma según el sistema jurídico del que se trate. Y al preguntarnos si la jurisprudencia puede ser considerada como fuente del derecho, veremos también que la misma puede ser entendida como una fuente formal o material. Ello así debido a que cada cultura jurídica otorga un valor o categoría diferente a las decisiones judiciales como fuente del derecho, según nos encontremos en los sistemas continental romanista o del *commo law* del sistema anglo sajón.

Podemos definir a la jurisprudencia —en sentido amplio— como el hecho a través del cual los jueces, ante circunstancias más o menos similares, se comportan de manera similar, a saber: dictan sentencias, dicen el derecho, especifican cuál es la solución jurídica que puede extraerse del derecho vigente a la hora de resolver un caso de forma análoga. En este sentido, podríamos decir que la jurisprudencia⁵⁴ es el conjunto de decisiones judiciales repetidas, por

⁵³ Decimos “tradicionalmente” para diferenciarlo del sistema del precedente en el que, al analizar la sentencia, el primer paso consiste no tanto en la identificación de su estructura, sino en declarar los hechos substanciales —rechazando aquellos que no lo son— para la determinación del principio normativo sobre el cual el juzgador fundamenta su decisión, es decir, la *ratio decidendi*. A contrario sensu, el *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural) se compone del análisis, razonamientos y principios invocados por el juzgador en un caso concreto pero que no constituyen el principio normativo sobre el cual se basa su decisión, y por tanto no representa la parte obligatoria del precedente, ni vinculante para casos posteriores.

⁵⁴ Si bien utilizaremos indistintamente los términos “jurisprudencia” y “precedente”, no son sinónimos. Mientras el término “jurisprudencia” es propio de los sistemas continentales o romanistas, el término “precedente” es propio del sistema anglosajón.

parte de los jueces, ya que dictan sentencias similares, ante similares circunstancias, dentro de la misma materia o rama del derecho, y respetando las decisiones (por motivos éticos o legales) de los tribunales superiores. Así, podría definirse a la jurisprudencia como la “costumbre de dictar sentencias de acuerdo a lo que han dicho anteriormente los tribunales de justicia”, dando principal importancia a la jerarquización de estos órganos.

Jurisprudencia como fuente material

Entendida la jurisprudencia como fuente del derecho en sentido material diremos que: a) se refiere a los fallos judiciales que sirven de precedentes a futuros pronunciamientos. A veces una sola sentencia imperante fija un precedente y es seguido por los demás jueces, b) Al ser reiterada y constante adquiere mayor peso argumentativo como fuente del derecho. c) En el proceso de selección de hechos y selección de analogías desempeñan un papel muy decisivo la intuición jurídica del juez y su conocimiento del ordenamiento jurídico como un todo, clasificando el caso según su índole o naturaleza jurídica, con la finalidad de que su decisión satisfaga los bienes y valores de la comunidad en la que impactará su decisión. d) A diferencia de lo que ocurre con la ley, la jurisprudencia entendida como una fuente material en nuestro país no constituye una fuente obligatoria para el juez (con las excepciones que luego se verán).

Por las razones expuestas, en la cultura jurídica continental romanista, dentro de las cuales pueden encontrarse los países europeos y latinos, los jueces deben tener en cuenta exclusivamente el derecho escrito, más precisamente la ley, adecuando la norma general —creada por el legislador— a las particulares circunstancias del caso a través de método de la subsunción. Por ello, en el sistema continental romanista la jurisprudencia es fuente material, ya que no tiene fuerza obligatoria para los demás jueces o tribunales. Es el sistema de Argentina, y ello implica que los magistrados, en principio⁵⁵, no están obligados a tener en cuenta las sentencias de otros jueces.

En este sentido, para la dogmática tradicional, el juez aplica el derecho o la ley, pero nunca crea ni puede crear derecho. Pero ocurre que, en la práctica, la jurisprudencia es una fuente riquísima de normas atento que los abogados y jueces, recurren generalmente a los repertorios jurisprudenciales para dar una solución objetiva a sus casos.

Jurisprudencia como fuente formal

Según Ross, para la doctrina de las fuentes del derecho, lo único importante es el papel motivador que el precedente efectivamente desempeña. Ello porque considera que el derecho se desarrolla a través de la práctica en los tribunales, y la legislación juega en su pensamiento, un papel secundario. Esta es conocida como la doctrina del *stare decisis* que consiste en “estar a lo ya decidido por otros tribunales superiores”.

Para entender a la jurisprudencia como fuente formal, debemos situarnos en el sistema del *common law*, propio de la cultura jurídica anglosajona. El origen de este sistema lo encontra-

⁵⁵ Decimos ‘en principio’, porque en el ámbito de la provincia de Buenos Aires encontramos la excepción a la regla con la denominada “doctrina legal” establecida por la SCJBA. Otro tanto ocurre con los llamados ‘acuerdos plenarios’.

mos en el derecho común, originado en la costumbre medieval inglesa, y se trata de un derecho no escrito. En este sistema el juez acude al precedente judicial o fallo anterior que carece de generalidad. Precisamente el magistrado necesita otorgar a la sentencia la generalidad de la que ella carece. Para ello tiene que tomar los actos relevantes y eliminar los irrelevantes en forma interpretativa. Veamos cómo actúa el juez en el sistema del *common law*:

Primero toma los actos relevantes y elimina los irrelevantes en forma interpretativa. En segundo lugar, acude a sentencias firmes, dictadas en una misma jurisdicción, por jueces de igual o mayor jerarquía. La sentencia así elegida como precedente, debe guardar un mínimo de analogía con el caso sobre el cual habrá de expedir una decisión judicial. Aquí la sentencia del tribunal superior, sienta un precedente y debe ser seguido por los jueces de la misma jurisdicción y en la misma materia (civil, comercial, familia, etc.). Las colecciones de jurisprudencia en Inglaterra y EE.UU. tienen para el juez anglosajón la misma importancia que los códigos para los del sistema continental. El Parlamento británico o el Congreso norteamericano dictan leyes, pero lo hacen excepcionalmente. En Inglaterra, el precedente es mucho más riguroso y estricto que en EE.UU., ya que no se puede cambiar una jurisprudencia si no es por una ley del Parlamento. En Estados Unidos, el precedente es menos rígido y los jueces lo siguen, hasta que encuentran buenas razones para dejar de hacerlo, pero para ello deben dar los fundamentos razonables del cambio, de acuerdo con las nuevas circunstancias.

En suma, el rasgo fundamental del sistema del *common law*, consiste no sólo en la posibilidad de que los jueces creen el derecho, sino principalmente en la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. Se entiende que un juez, ante una sentencia pendiente de resolver, tiene que buscar cómo han resuelto un caso similar otros jueces de la misma jurisdicción, en la misma materia, de igual o mayor jerarquía, nunca menor. El juez estará, por tanto, obligado por la jurisprudencia —como fuente formal del derecho— no pudiendo variar, en principio, su pensamiento. Debe resolver de forma igual, o de similar manera, ante casos análogos.

Variabilidad de la jurisprudencia

El hecho de que, en un caso anterior, de carácter similar, se haya elegido una regla como fundamento de la decisión, en la práctica garantiza la idea de adjudicación de justicia en sentido formal —entendida como igualdad—, idea que en todo tiempo parece haber sido consustancial al Poder Judicial; exigencia que se concreta resolviendo casos análogos con similar tratamiento, o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general extraída de la jurisprudencia predominante. Pero es un hecho innegable también que los jueces se aparten de la jurisprudencia vigente, sienten nuevos criterios interpretativos de las normas y establezcan nuevos criterios para la resolución de conflictos.

Esto ocurre frecuentemente cuando se ha producido una modificación de las condiciones sociales, de manera tal que el primitivo criterio ya no constituye un “criterio de objetividad” adecuado al nuevo sentido adquirido por la conducta de los integrantes del grupo social. Y estos cambios se producen dentro del ámbito lógico que delimita los conceptos generales de la ley. De allí que la jurisprudencia elaborada por los tribunales puede ser pacífica —cuando los jue-

ces resuelven en casos análogos de manera similar— o, no pacífica —cuando existe un conflicto y los jueces proceden y resuelven, ante las mismas circunstancias, de manera diferente.

Otro de los inconvenientes que pueden mencionarse radica en que las leyes permiten varias interpretaciones posibles, y el hecho de que los jueces se inclinen por unas o por otras dependerá de los hechos que se juzgan, de la objetividad de la selección, así como de su innegable tradición de cultura siempre latente. Sin embargo, el cambio de jurisprudencia no se considerará arbitrario cuando se apoye en la modificación fáctica de las circunstancias y se ejercite dentro de ámbito suministrado por las normas generales y los principios explícitos o subyacentes del ordenamiento jurídico, dando razonables motivos para su apartamiento. Pero también es cierto que los cambios jurisprudenciales pueden ocurrir, aunque no aparezcan cambios sociales, pero sí políticos. Ello se evidencia cuando aparecen razones de peso para romper con prácticas anteriores, particularmente, bajo condiciones sociales cambiantes y en relación con áreas del derecho en que la legislación no ha interferido todavía para actualizar el contenido de las normas, bajo el dominio de la tan ansiada seguridad jurídica. En tales circunstancias atribuir demasiado valor al precedente será considerado como “formalismo”, es decir, un énfasis excesivo de “justicia formal” a expensas de la “equidad material”.

De allí, la trascendencia de las funciones que, según Cueto Rúa, desempeñan las sentencias —que consideradas en su conjunto funcionarán a nuestro entender como fuente formal y material del derecho—, atento que: a) suministran un contenido más específico a los conceptos generales y abstractos de las normas creadas por el legislador, b) definen el ámbito recíproco de aplicación de las diversas normas vigentes, c) adecuan la norma al caso concreto.

La jurisprudencia como fuente del derecho en el sistema jurídico argentino

En la República Argentina, la jurisprudencia es, en general, considerada una fuente material del derecho. Ello así por cuanto las decisiones judiciales no son vinculantes —en sentido estricto— para los jueces de inferior jerarquía, aunque como veremos luego, se dan algunas excepciones. Lo único que vincula y obliga al juez al momento de tomar sus decisiones es la legislación— o actualmente las normas entendidas en sentido amplio, incluyendo junto a ellas los principios jurídicos y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al considerar a la jurisprudencia como fuente material se piensa en el modelo de juez que pronuncia las palabras de la ley y la aplica a través del método de la subsunción, ideas hoy puestas en crisis debido al fenómeno de la constitucionalización del derecho. Tal fenómeno, como lo demuestran los primeros artículos del nuevo Código Civil y Comercial, ha ampliado el catálogo de fuentes a las que puede y debe acudir el juez para dictar una decisión razonablemente fundada, incluso ponderando principios en tensión.

En nuestro país se ha planteado recientemente la posibilidad de incluir a la jurisprudencia como fuente del derecho privado. En concreto, el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación incluía en el artículo primero, como pauta de interpretación —y creemos también como fuente— a la jurisprudencia, a través de la siguiente expresión: "A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso". Pero más

allá de las insuficientes y necias razones de la supresión del título preliminar de la jurisprudencia como fuente del derecho, por temor a reconocer el poder que de hecho ejercen los jueces, y con el afán de mantener el pertrecho ideal del legislador racional, en los hechos los operadores jurídicos acuden a ella constantemente como fuentes de normatividad, y la creación pretoriana de ciertos institutos jurídicos no regulados expresamente en la ley ha sido una muestra cabal de ello.

La creación pretoriana referida, ha quedado plasmada en nuestro país, de una vez y para siempre cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), elaboró y creó hace medio siglo en los *leadigns case* “Siri, Angel” del 27/12/1957 y “Kot, Samuel la acción de amparo en el sistema jurídico federal argentino. En “Siri” se expone un primer desarrollo sobre el amparo y frente a un acto de autoridad pública, mientras que en “Kot”, se elabora una completa y definitiva fundamentación del amparo, ampliándolo a actos de particulares. La doctrina de ambos pronunciamientos constituyó la fuente que nutrió la jurisprudencia posterior, la ley reglamentaria 16.986 de 1966 y la incorporación del amparo a la Constitución Nacional en 1994.

Técnicas para unificar la jurisprudencia

Las divergencias jurisprudenciales surgen cuando los casos sustanciales similares o iguales son resueltos de manera opuesta por los distintos tribunales, generalmente de la misma jerarquía o categoría. La razón de la divergencia se halla en la distancia que se da entre la interpretación y la fuente. Esto tiene como consecuencia la incertidumbre en las actividades sociales, lo que afectará a la coherencia, previsibilidad y solidez de éstas. Por razones de orden y seguridad se intenta superar las divergencias jurisprudenciales: la manera más sencilla de hacerlo consiste en “designar un órgano de jerarquía superior que resuelva el problema suscitado por tal divergencia”.

En este sentido, es posible reconocer diversas técnicas para unificar la jurisprudencia, entre las que pueden mencionarse: la casación, los recursos extraordinarios federales y locales, los fallos plenarios, la declaración de inconstitucionalidad y el caso especial de la doctrina legal emanada de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCJBA), técnicas que serán analizadas teniendo en cuenta el sistema jurídico argentino.

La casación y los recursos extraordinarios

En el sistema del *common law* aplican el recurso de apelación como forma de unificar la jurisprudencia. El tribunal superior, informado de los diversos criterios de los tribunales inferiores, dictará una sentencia que fijará el sentido que se le atribuye a la conducta en cuestión. Por su parte, en el sistema continental, encontramos el recurso de casación que es aquel que se interpone ante el tribunal supremo contra fallos definitivos, en los cuales se suponen infringidas

leyes o doctrina legal⁵⁶ o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento. En el derecho legislado moderno se interpone recurso de casación.

En nuestro país la unificación de la jurisprudencia se logra mediante la potestad reconocida a un tribunal superior para decidir casos en que se ha alegado un conflicto entre: a) la Constitución nacional y normas inferiores o normas nacionales locales, o, b) si una sentencia definitiva decretada por la Cámara o tribunales colegiados, hayan violado la ley o doctrina legal, o haya aplicado erróneamente la ley o doctrina legal (Art. 14, Ley 48).

El control casatorio es el máximo y último nivel de revisión de las decisiones judiciales. Los tribunales que tienen la facultad o competencia para ejercer este control en la República Argentina son la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y en el ámbito bonaerense la ya citada SCJBA, y los caminos procesales reconocidos en el sistema jurídico para llegar al nivel casatorio está conformado por los denominados recursos extraordinarios, entre los cuales encontramos el recurso extraordinario federal regulado en la Ley 48, y a nivel local, los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, de nulidad y de inconstitucionalidad, reconocidos en la Constitución de la provincia de Buenos Aires, y reglamentados en el Código Procesal Civil y Comercial (D. Ley 7425/68). Estas técnicas permiten no sólo asegurar la supremacía de las normas constitucionales, legales nacionales o provinciales, sino también dejar sin efecto aquellas sentencias que sean consideradas arbitrarias o absurdas. Por ello se han establecido recursos especiales ante los tribunales de la más alta jerarquía (y que se ve reflejada en la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la CSJN, de la SCJBA).

Fallos plenarios

Es el único caso, en principio, en que nuestro sistema jurídico reconoce expresamente la obligatoriedad de un fallo judicial para futuras decisiones. Un fallo plenario consiste en la reunión de todas las salas que componen una Cámara de apelaciones con el objetivo de unificar doctrinas judiciales contradictorias, siendo entonces dicha decisión “obligatoria” para todas las Cámaras y los jueces que dependen de ellas, dentro de un mismo territorio y jurisdicción (art. 37, ley 5827, Ley Orgánica del Poder Judicial).

Aunque un fallo plenario no es un precedente en sentido estricto, sino que se trata de una regla estipulada deliberadamente. Es el único supuesto, fuera de las reglamentaciones internas que la Corte pudiera dictar, en que un órgano judicial *crea* (en alguno de los sentidos posibles de esta palabra) normas deliberadamente generales.

Declaración de inconstitucionalidad

La declaración judicial de inconstitucionalidad no invalida la ley de un modo general, ni se elimina o deroga la norma del ordenamiento jurídico, sino que sólo se declara su inconstitucionalidad.

⁵⁶ Más adelante se la estudiará con detenimiento. Por ahora, baste anotar que se denomina ‘doctrina legal’ a la interpretación que el máximo tribunal de justicia de la Provincia de Buenos Aires hace de las normas de fondo que rigen una relación, y esa interpretación se torna vinculante -u obligatoria- para los jueces de las instancias inferiores.

lidad (o inaplicación al caso concreto). No deja de existir esa norma tachada de inconstitucional, puesto que en principio la sentencia no tiene efecto *erga omnes*, es decir no se produce la expansión de sus efectos a otros sujetos que no han sido parte en la controversia. En su caso, debe ser el Congreso quien derogue esa norma que ha sido declarada inconstitucional por el juez. No obstante, en la práctica es cada vez más frecuente que los jueces exhorten —señalen la necesidad— a través de sus sentencias al Poder legislativo de modificar o derogar las normas inconstitucionales, o a regular aquellos casos no normados (lagunas) que encuentran una solución jurídica por vía jurisprudencial atento la prohibición del *non liquet*.

El *leading case* en esta materia se dio en el caso “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”⁵⁷ (Fallos: 308:2268). El Sr. Sejean había planteado la inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393 en cuanto establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial existente entre las partes, solicitando en consecuencia el restablecimiento de su aptitud nupcial. En los hechos, por aquella época, la situación de los concubinos en la Argentina era tan anómala que, bajo la denuncia de concubinato producida tras una separación legal, las partes implicadas podían sufrir incluso prisión preventiva. Por su parte, las concubinas o concubinos carecían del derecho a casarse en el país con sus parejas, lo que traía como consecuencia que no tuvieran derecho a percibir pensión o reclamarse alimentos entre sí, ni tampoco peticionar reparaciones por la muerte del compañero o actuar en justicia en defensa del buen nombre y honor de éste.

Ante estas circunstancias, en el año 1986, la CSJN por mayoría simple reconoció el derecho de los divorciados a contraer nuevas nupcias, declarando inconstitucional aquella norma de la Ley 2393, que regulaba el matrimonio civil como indisoluble. Para así decidir la Corte resolvió que la indisolubilidad del matrimonio civil vulneraba principios constitucionales como el amparo a la familia -se discrimina y sanciona a las familias en concubinato- el derecho personalísimo a la intimidad y la igualdad ante la ley, y que el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas sociales.

Actualmente en Argentina, por mandato constitucional, todos los jueces deben velar por el respeto y la vigencia efectiva de los derechos y principios consagrados en la Constitución nacional, y a partir de la reforma del año 1994, también de los derechos incorporados con jerarquía constitucional de los Tratados internacionales sobre derechos humanos. De no ser así, el principio de supremacía constitucional carecería de relevancia práctica sin una técnica eficaz que permita hacerlo efectivo frente a un tratado, una ley, decreto, sentencia judicial, o acto administrativo -o de los particulares- que esté en pugna con la norma suprema positiva.

Sobre esta base, el control de constitucionalidad tiene por objeto verificar si una norma jurídica de jerarquía inferior responde a las directivas resultantes de una norma superior de la cual depende la validez de la primera, y lo mismo ocurre con el control de convencionalidad, como veremos luego. Por ello consideramos que ese control difuso— “difuso” en el sentido que dicho control corresponde a todos los jueces, sin distinción de categorías o jurisdicciones, nacional o

⁵⁷El señor Juan Bautista Sejean –ex juez y abogado liberal- se había separado de su esposa hacía seis años y formado una nueva pareja. La señora Saks por su parte había comenzado también una relación junto a un nuevo compañero.

provinciales, aunque de modo particular lo ejerce la CSJN como tribunal de garantías constitucionales— que puede ser realizado a pedido de parte o de oficio por cualquier juez, también sirve como una técnica para dar uniformidad a las decisiones judiciales.

El caso especial de la doctrina legal de la SCJBA

Si bien, es frecuente sostener la dicotomía entre fuentes formales y materiales, teniendo en cuenta su grado de obligatoriedad, aparecen algunas excepciones al principio general de no obligatoriedad en las constituciones provinciales, como ocurre, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires.

La denominada “doctrina legal” a la que hacemos referencia es aquella interpretación que hace la SCJBA de las disposiciones legales que rigen la relación jurídica de fondo, debatidas en una controversia o caso concreto, y que resulta de acatamiento obligatorio para los demás tribunales y jueces inferiores del territorio bonaerense. Por lo tanto, no constituyen doctrina legal los votos en minoría de algunos magistrados que conforman el tribunal, ni puede depender de la accidental constitución de este último. Por el contrario, debe entenderse como tal, la emanada del acuerdo logrado por la mayoría de sus miembros habituales.

En cuanto a las características que debe reunir un fallo de la SCJBA para ser considerado “doctrina legal” debemos tener en cuenta lo siguiente: a) no se requiere antigüedad, ni reiteración del criterio jurisprudencial. Bastará con un único fallo, siempre que no exista uno posterior que lo contradiga. b) Debe haberse concebido en un marco fáctico similar al del juicio, donde se pretende aplicar, ya que la diferente plataforma de hecho impide que se configure la causal casatoria. c) No es doctrina legal la que emana de la CSJN, no obstante, nuestra SCJBA tiende a ajustar sus decisiones a las posturas del Superior por considerar que existe una cierta cláusula moral no escrita en razón de ser la máxima autoridad en materia judicial a nivel interno. d) En caso de que la sentencia de una Cámara o tribunal de instancia única haya violado o aplicado erróneamente la doctrina legal emanada de la SCJBA se prevé el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, regulado en el art 278 y ss. del Código procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires.

Es preciso mencionar aquí que en ejercicio de su función casatoria, la función jurisdiccional de la SCJBA se despliega a través de los recursos reconocidos en la constitución provincial bonaerense revisando los pronunciamientos de órganos judiciales inferiores cuidando que exista: a) Coherencia en la aplicación de la jurisprudencia (función uniformadora), b) Correcta subsunción normativa (función nomofiláctica) y c) Una justa resolución del litigio (función *dikelógica*⁵⁸).

Función uniformadora: a través de esta función la SCJBA ejerce una misión que históricamente le fuera asignada a los primeros tribunales de casación que aparecieron en Europa luego de la Revolución francesa, ante la desconfianza excesiva a los jueces cortesanos. Con esta

⁵⁸ *Diké* era, para los griegos, el nombre de la diosa Justicia, referida a la justicia terrenal. El término ‘*dikelogía*’ refiere, en general, a lo jurídicamente valioso y, en lo específico, a lo justo. Werner Goldschmidt dio ese nombre al conocimiento y contenido de los criterios de justicia y de allí viene esta designación.

función se busca evitar las divergencias jurisprudenciales que pueden tener lugar cuando existen muchos tribunales de segunda instancia. Por ello cuando la SCJBA dicta sentencias está creando lo que se llama “doctrina legal” y con ello fija pautas unívocas de interpretación respecto a las cuestiones y normas vinculadas en el caso concreto.

Las Cámaras de Apelación, si bien son plenamente libres de resolver de acuerdo con el criterio de sus jueces (salvo en casos de fallos plenarios), esas resoluciones podrían ser eventualmente descalificadas por la SCJBA por no respetar la doctrina legal vigente, (o la ley), ya sea, por no aplicarla, o por interpretarla erróneamente.

La finalidad de la casación, en este caso, consiste en la búsqueda y mantenimiento de la seguridad jurídica. Con la función uniformadora de la jurisprudencia se intenta lograr que los litigantes tengan la posibilidad de prever cuál será la respuesta estatal frente a ciertas conductas y que esas respuestas sean equivalentes en casos equivalentes, aunque cambie el órgano decisor.

Función nomofiláctica: la SCJBA en el ámbito provincial es el último contralor de legalidad. La sentencia es una norma jurídica individual y una vez firme integrará el ordenamiento jurídico. Para que esa inserción se produzca válidamente debe haber sido dictada por un juez o tribunal competente respetando tanto la ley de fondo como de forma.

Si ello no ocurre, ese fallo puede ser modificado y descalificado por tener un vicio. Por ello la SCJBA en ciertos casos tiene la función de revisar la forma en que se han aplicado las normas jurídicas al caso resuelto.

Tanto los juzgados de primera instancia como los tribunales colegiados pueden incurrir en transgresiones normativas, y esos errores, recurso mediante, deben ser corregidos por la SCJBA y obtener un nuevo fallo, una nueva decisión, saneada y eficaz.

Función dikelógica: apunta a que los pronunciamientos finales no sean productos de un cerrado formalismo legal, pues, si bien tiende al resguardo de la seguridad jurídica, no debe caerse en el olvido de otros valores también centrales, y que se encuentran implícitos en los principios reconocidos en la Constitución nacional.

Esta tercera función se endereza a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva como sustento de una sentencia sólida que tenga por fundamento circunstancias reales. En ese contexto, debemos distinguir la “verdad formal” de la “verdad real”: la primera es aquella a la que se pudo arribar a través de las constancias, pruebas y evidencias aportadas en el proceso. La otra refiere a lo que de hecho ocurrió en la realidad (o a lo que se sospecha que ocurrió en la realidad), pero que no pudo ser probado, acreditado o verificado.

Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia como fuente del derecho

Siguiendo a Pietro Sanchís⁵⁹ el elemento más decisivo que expresa el abandono de la óptica legalista radica en primer lugar, en el contenido mismo de la carta fundamental, que ha dejado de ser una norma estrictamente organizativa o procedimental para convertirse en una norma

⁵⁹ <http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-23---2000/>. Fecha de consulta 14/8/19.

principal o rematerializada. Y, en segundo lugar, ha provocado que los tribunales superiores y los jueces ordinarios dejen de ejercer una justicia de mera legalidad para convertirse también en una justicia de constitucionalidad y convencionalidad.

Coincidimos con el Catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha al sostener que la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone asimismo un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; claro que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez de los Estados de Derecho Constitucionales pretende venir purificada, o al menos matizada por una depurada argumentación racional y razonable a fin de legitimar sus decisiones.

De allí que los magistrados y magistradas hoy en día, son los garantes, no ya de la mera legalidad, sino de la constitucionalidad y convencionalidad a la hora de hacer el juicio de conformidad, debiendo cotejar sus decisiones con los principios y valores que sustentan el ordenamiento jurídico, acudiendo a las técnicas de la ponderación y la argumentación jurídica en caso de ser necesario. Labor que se concreta al dictar sentencia de manera individual, y al sentar precedentes y jurisprudencia para los casos venideros contemplando la totalidad del ordenamiento jurídico pluralista, guiados por el principio de realidad.

Las cartas fundamentales actuales de reglas y principios reclaman, pues, la reconfiguración de las técnicas interpretativas básicas del positivismo y la resignificación de los derechos plasmados en nuestras constituciones para que ellas dejen de representar el “noble sueño” y se respeten en los hechos, en la vida cotidiana de la gente los derechos fundamentales, principalmente el derecho de acceso a la justicia a través de la tutela judicial efectiva, y la jurisprudencia como fuente innegable del derecho -de carácter mixto, por ser formal y material-, juega en este proceso un papel fundamental al actualizar el contenido de los derechos fundamentales.

La doctrina

La doctrina está constituida por las elaboraciones teóricas de los juristas, que, abocados al estudio de las instituciones jurídicas en general, realizan aportes científicos con la finalidad de traer claridad interpretativa algunas veces, proponer reformas en virtud de fallas del sistema vigente otras, o esbozar explicaciones didácticas para los nuevos profesionales o estudiantes.

Como se desprende de la conceptualización de esta fuente, la doctrina aporta mucho de sí para dinamizar el sistema jurídico. El derecho se encuentra en cambio constante puesto que pretende perfeccionarse y actualizarse con la finalidad de constituirse como herramienta de solución de conflictos sociales. La doctrina crítica aporta aquí muchas recomendaciones que en la mayoría de los casos son receptadas por los legisladores, siendo sus aportes de vital importancia para el ordenamiento jurídico.

Sentado ello, nos centraremos en los aportes doctrinarios utilizados para fundar decisiones jurídicas, función que principalmente nos interesa en este estudio.

En la actualidad, esta fuente del derecho goza de un amplio reconocimiento, y si bien su aplicación no es constrictiva, como en mayor o menor medida lo son las restantes fuentes del derecho, su utilización se torna recomendable, cuando no necesaria.

Una decisión apoyada en la opinión fundada de los más dedicados analistas y estudiosos del derecho será cuanto menos justificada, por lo que sus consecuencias serán aceptadas con mayor facilidad por los sujetos destinatarios.

La influencia de cada obra depende necesariamente del renombre del autor en cada materia. Los científicos del derecho suelen limitar sus campos de estudio y especializarse en ramas del derecho determinadas y, dentro de éstas, en ciertas instituciones. Sabido esto, es que se torna recomendable, a la hora de proponer soluciones judiciales, que estas sean acompañadas de los aportes científicos esbozados por los especialistas en la materia de mayor renombre.

La decisión será justa o injusta, aceptable o inaceptable, independientemente de la utilización o no de la doctrina para apoyarla, justificarla y explicarla, pero sin lugar a dudas, su aporte a la decisión será siempre recomendable puesto que se constituye en una gran herramienta tendiente a hacer la decisión comprensible y justificada. La decisión apoyada en los aportes doctrinarios puede ser, sin lugar a dudas, injusta, pero nunca podrá ser arbitraria, carácter éste que los operadores jurídicos deben agotar esfuerzos por erradicar.

Los principios

La idea de los principios surge, sintéticamente, con la necesidad de introducir a la discusión de casos jurídicos un cúmulo de valores que sirvan de límite insoslayable respecto de decisiones irrazonables fundadas en ley. Los principios introducen una tésis axiológica al sistema que pretende ser fundada y objetiva, con la finalidad de acotar el subjetivismo moral del que estaban dotadas las concepciones jurídicas de las mayorías corrientes los Naturalistas, aunque no es pacífica la doctrina al considerar si este objetivo es cumplido satisfactoriamente por los principios.

En primer lugar, debemos remarcar que la utilización de los principios, al menos en la idea de los autores que concibieron estos conceptos, no se torna obligatoria ni necesaria para la resolución de todos y cada uno de los casos que se le presenten a la jurisdicción.

Ronald Dworkin así lo deja manifiesto al distinguir casos fáciles de casos difíciles. En los primeros, indica el autor, el juez se deberá limitar a aplicar una norma preestablecida al caso que se le presenta. En los casos difíciles, por su parte, el juez da razones, “no cita leyes, sino que apela a principios políticos y de justicia (1984, pág.47)”.

Esta idea se centra básicamente en la justificación de las decisiones, variando la misma en los distintos casos que el autor presenta. Dworkin para diferenciar los casos difíciles de los fáciles proporciona al lector ejemplos que, a simple vista, hacen sencillo comprender esta dis-

tinción, aunque sin dudas la utilización de este método dota a la mentada clasificación de impresiones que no ayudan a limitar la subjetividad de los órganos con facultades decisorias.

Para traer precisión a este fundamental punto de la teoría de los principios tomaremos la distinción del profesor Manuel Atienza, entre casos fáciles y difíciles.

Los casos fáciles serían para el autor aquellos que se resuelven satisfactoriamente con la aplicación de lo que él denomina “racionalidad estricta (2019, pág. 193)”:

“Una decisión jurídica es estrictamente racional si y sólo si: 1) Respeta las reglas de la lógica deductiva... 2) Respeta los principios de la racionalidad práctica... 3) Se adopta sin eludir la utilización de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante. 4) No se adopta sobre la base de criterios éticos, políticos, etc, no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico.”

En otras palabras, casos fáciles son aquellos en que los hechos son claros, se encuentran debidamente acreditados en el proceso por las partes y están previstos por una norma existente con anterioridad al acaecimiento de los mismos, norma que no es ambigua ni vaga en cuanto a la determinación de la consecuencia aplicable. Para el intérprete se presenta una situación donde, una vez identificada la norma general, deberá aplicarla al caso particular que se le presenta, y obtendrá una conclusión que no es otra cosa que una norma individual para el caso.

Por su parte, para Atienza, casos difíciles son aquellos que se dan: “...si aplicando criterios de racionalidad estricta, resultaría que: a) el caso no tiene solución; b) tiene una solución que resultaría inaceptable; c) tiene más de una solución (incompatibles entre sí) (2019, pág. 194)”.

En los casos denominados “difíciles” es donde surge el particular interés por los principios, puesto que no es aceptable su utilización en los casos fáciles, puesto que en ellos la pretensión axiológica del sistema se encuentra asegurada con la aplicación de las fuentes obligatorias preexistentes.

Los casos difíciles que surgen a partir de las situaciones enunciadas en los puntos “a)” y “c)” se relacionan con los problemas lógicos denominados “lagunas” e “inconsistencias normativas” respectivamente, los cuales serán analizados en el capítulo respectivo al lenguaje, por lo que allí remitimos para su correcta interpretación. En cuanto al apartado “b)”, este el caso más controvertido, toda vez que no es tarea sencilla determinar cuándo una solución es inaceptable y cuándo no lo es. Debemos entender en este sentido, que la solución es inaceptable si de la subsunción normativa obtenemos una solución que resulta lógicamente incoherente con las finalidades de la norma en particular y del sistema en general, como así también aquellas soluciones que trasgreden notoriamente aquella moral trasnacional de los derechos humanos a la que nos referimos supra. Este último problema será detenidamente analizado al tratar la distinción entre lógica formal e informal, por lo que por motivos expositivos allí remitimos.

Con lo hasta aquí desarrollado hemos de identificar la finalidad que persiguen los principios y el campo acotado al que son llamados a actuar en el sistema de derecho constitucional, por lo que podemos ahora adentrarnos en su conceptualización.

Ronald Dworkin proporciona un sistema dotado de normas, aunque entendidas en un sentido amplio. En esta idea, normas serían tanto las normas en sentido estricto, como también los principios.

En cuanto a los principios, el autor distingue a las directrices de los principios propiamente dichos (1984, pág. 72):

“Llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (...). Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”

Según su conceptualización se desprende que las directrices están encomiadas a establecer objetivos de índole institucional o político, de la manera en que lo hace el preámbulo de nuestra Constitución Nacional. Sin dudas configuran una declaración de intenciones muy importante, aunque su contenido no puede ser sopesado cuando se presenta un conflicto individual, aunque bien es cierto que podrían servir, en última instancia, para interpretar o decidir a favor de una norma en particular por entender que esta satisface de la mejor manera aquellas finalidades sentadas en la directriz.

Entonces, como resultado de estas precisiones tenemos que, a la luz del sistema entablado por Dworkin, los principios propiamente dichos, al igual que las reglas en sentido estricto son fuentes del derecho vinculante para los operadores jurídicos, no así las directrices, toda vez que “los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos” (1984, pág. 158).

El juez a la hora de intervenir en una disputa particular puede hacer uso de derechos y obligaciones establecidos pero no puede decidir acerca de objetivos políticos sin interferir en la órbita de la función ejecutiva y legislativa del poder central, lo que en un sistema constitucional de derecho se torna inaceptable.

Con el panorama que se nos presenta, Dworkin alega en favor de la fuerza vinculante de los principios, puesto que de no ser así, en un caso difícil, por ejemplo en el que no existe una norma que lo regule, o bien se decide determinando que ninguna de las partes tenía derecho a ganarlo o se crea una norma en ese momento y se hace aplicación retroactiva de la misma (cfr. 1984, pág. 146).

Ninguna de las dos opciones resulta viable en un sistema moderno, ideado con la finalidad de poner fin a conflictos individuales para lograr en última instancia la paz social. De seguir la primer alternativa, las partes quedarían desamparadas inclusive cuando las pérdidas sufridas sean notorias, y en el segundo, se violarían principios como el de legalidad y previsibilidad, de modo tal que el sistema sería inestable hasta el punto de no ser confiable.

Dworkin sostiene que los principios, si bien son preceptos con un contenido más abstracto que el de las normas, los mismos forman parte del sistema, por lo que su aplicación no resulta-

ría arbitraria, ni mucho menos retroactiva. Los operadores tomarían normas que forman parte del sistema, y las adaptarían al caso concreto cuya resolución al estado se exige.

Delineado el sistema ideado por Dworkin, donde tanto las normas en sentido estricto, como los principios propiamente dichos son considerados reglas obligatorias del sistema jurídico, aunque los últimos llamados a intervenir exclusivamente en aquellos casos considerados difíciles, queda por hacer algunas precisiones a los fines de distinguir con mayor claridad los principios de las normas.

En primer lugar, ya hemos manifestado el carácter más abstracto y general que tienen los principios con relación a las normas. En segundo lugar, los principios revisten peso o importancia, es decir, tienen un valor que es necesario determinar en cada caso, y cuando un mismo caso es susceptible de ser regulado por dos o más principios, deben ser ponderados teniendo en cuenta las circunstancias del caso (cfr.1984, pág.78). Las normas no presentan esta característica, sino que serán o no funcionalmente importantes para resolver un caso, no tienen un valor en sí mismas, sino que pueden ser útiles para resolver el caso o no serlo, de acuerdo con una concepción previamente establecida por el legislador.

Esto nos lleva a otra cuestión, que es el mecanismo por el cual se aplican unos y otros. Mientras que los principios se ponderan, las normas operan con el mecanismo de la subsunción. Las normas se aplican o no se aplican, mientras que los principios pueden ser aplicados en mayor o menor medida, toda vez que existen para hacer al sistema funcional con ciertos valores u objetivos.

Otra diferencia esencial se da cuando encontramos contradicciones entre principios y normas. Si dos normas entran en conflicto, una de ellas perderá su validez, deberá ser derogada, mientras que esto no pasa cuando entran en contradicción los principios, puesto que ellos mantienen su importancia en el sistema para ser aplicados en otro caso en donde su peso sea mayor.

LAS FUENTES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL

Una vez abordados todos los temas concernientes a las fuentes del derecho en general y de cada fuente en particular queda por ver de qué forma las mismas están previstas para operar en el ordenamiento jurídico argentino.

En este sentido, el código civil y comercial de la nación argentina en su capítulo primero denominado "derecho", en tres artículos deja sentada las bases para analizar esta temática.

ARTICULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

ARTICULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

ARTICULO 3°.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Del artículo primero se desprende la importancia de las leyes como fuente principal del derecho argentino, indicando que lo preceptuado por todas ellas como así también las interpretaciones de las mismas deberán ser conformes con el bloque de constitucionalidad presente en la cúspide jerárquica del sistema.

Seguidamente se encuentra prevista la costumbre jurídica, dejando sentado el artículo que los tipos de costumbre que son tenidos en cuenta como fuentes son los ya analizados, como costumbres "según la ley" y "más allá de la ley" no así las costumbres "en contra de la ley".

Serían esas en principio las fuentes formalmente establecidas por el legislador nacional para operar de forma vinculante para los órganos jurisdiccionales argentinos, quedando supeditadas las demás fuentes al peso relativo que puedan aportar en cada caso para dotar al juez de convicción respecto de su aplicación para resolver el caso.

Cabe destacar el artículo dos del plexo normativo citado, donde, si bien refiriéndose a la interpretación de la ley, se prevén a los principios y a los valores jurídicos. Esto pone en la discusión a esta particular fuente del derecho toda vez que la interpretación de una norma genere dudas respecto de su alcance.

Por último, el artículo tercero prevé el deber de los jueces de resolver todos los asuntos que sean de su competencia y se le presenten a sus estrados. Esto nos lleva a la consecuencia de tener que hacer uso del resto de las fuentes del derecho cuando respecto del caso no se encuentran normas ni costumbres susceptibles de ser aplicadas, puesto que de no ser así el juez se encontraría facultado para decidir de acuerdo a su libre convicción, cosa que se torna inaceptable y no se condice con el texto final del artículo que intima a que estas decisiones sean *razonablemente fundadas*, adquiriendo esta característica aquellas decisiones tomadas a la luz de criterios más o menos objetivos, como son todas las fuentes previamente analizadas.

Referencias

- Aftalión, E. R., F. García Olano y Vilanova, J. (1956). *Introducción al Derecho*. Bs. As. 5ª ed., Abeledo Perrot.
- Atienza Rodríguez, Manuel. (1987). Para una razonable definición de «razonable». *Doxa*. N. 04 ISSN 0214-8876, pp. 189-200.
- Carrió Genaro. R. (1994) *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Cueto Rúa, Julio César.(1982). *Fuentes del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 220 p.
- Dworkin, R (1984) *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Fronzizi, Román. (1994) La sentencia civil. s.l. Ed. Platense.

Morello A., Sosa G., Berizonce R. Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados. (2015) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 4ª ed. Anotada y Ampliada: Abeledo Perrot, La Plata: Librería Editora Platense. Coordinadores: BERIZONCE R. y QUADRI G. Colaboradores TºI: Buffarini P., de Lázari E., Farina N., Hankovitz F., López J., Oteiza E., Oteiza M. Piccinelli O., Ucedo S., Vallefín C.

Ross, Alf. (1963) Sobre el Derecho y la Justicia. Bs. As. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Taruffo, Michele. Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. 2005 Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Núm. 22, abril 2005. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Zagrebelsky G. (2005). El derecho dúctil. Madrid. Ed. Trotta. Trad. M. Gascón.

CAPÍTULO 7

Los problemas del lenguaje jurídico

María Victoria Feito Torrez

“Nadie que tenga interés en la sociedad moderna, y definitivamente nadie que tenga interés en las relaciones de poder en la sociedad moderna, puede darse el lujo de ignorar el lenguaje”.

NORMAN FAIRCLOUGH, *Language and Power* (2001, 3)⁶⁰

Si el lector o la lectora alguna vez pasea por Berlín, tome mi consejo y visite el museo de Pérgamo, en la Isla de los Museos. Y si visita el museo, pida una audioguía. Dentro del museo podrá encontrar las majestuosas puertas de *Ishtar*. Preste atención: a un costadito de las puertas podrá ver una reproducción exacta de la estela que contiene el Código de Hammurabi⁶¹. La audioguía le contará algunos detalles interesantes sobre el Código; entre ellos, que Hammurabi había mandado a poner estelas como esta en todos los espacios públicos. La razón era sencilla: que todos los habitantes pudieran tener acceso al código y nadie pudiera esgrimir en su defensa el desconocimiento de sus normas. Pero con un pequeño inconveniente: muy pocos habitantes sabían leer.

Aunque el Código de Hammurabi ha tenido una gran importancia para el Derecho, tanto que algunos de los principios escritos en él permanecen hasta hoy, no estaba libre de problemas. Más allá de que la mayoría de los destinatarios no pudieran comprenderlo por no saber leer, el código tenía—como lo dice el título de este capítulo—problemas del lenguaje.

Del título podemos extraer algunas presuposiciones que nos guiarán en la lectura. En primer lugar, existe algo llamado “lenguaje”. En segundo lugar, hemos creado distintos tipos de lenguaje, y el lenguaje jurídico pertenece a alguno o algunos de ellos. Por último, el lenguaje jurídico tiene algunos problemas. Y allí donde hay problemas, hay posibles soluciones. Este es el orden de análisis que haremos.

Definir a qué llamamos lenguaje no es tarea sencilla, ¿cómo podría ser sencillo definir algo que ocupa casi todas nuestras actividades y—aún más—casi todos nuestros pensamientos? Es que “lenguaje” es un término polisémico, ambiguo, y con límites borrosos e imprecisos. Por siglos, los filósofos del lenguaje han intentado dar con una definición satisfactoria. Nosotros nos conformaremos con algo más modesto. Diremos que tradicionalmente se ha concebido al len-

⁶⁰ Traducción de la autora.

⁶¹ El Código de Hammurabi fue escrito alrededor del año 1750 a.C.; es una de las primeras codificaciones escritas de las que se tiene registro. Se trata de una estela que contiene normas de distintas ramas del derecho. La estela original está en el museo Louvre, en París.

guaje como un medio de construcción del pensamiento, pero que actualmente se lo concibe como un medio de comunicación⁶². Tal vez sería más apropiado decir que el lenguaje es un medio de expresión de pensamientos, porque no todo lo que se expresa tiene intención de ser comunicado⁶³. Podríamos decir también que se trata de “un conjunto de signos y símbolos”, siguiendo la semiótica de Peirce, pero esto no responde “qué es” el lenguaje sino “de qué está compuesto” el lenguaje. Por otro lado, un mero conjunto de símbolos y signos no hacen al lenguaje si no hay quien los cree y quien los decodifique.

A pesar de esto, es de utilidad—para lo que sigue del capítulo—establecer cuál es la diferencia entre signos y símbolos. Los signos son uniones arbitrarias de una imagen mental y un sonido que utilizamos para referirnos a ella. Así los define Ferdinand de Saussure desde la perspectiva semiológica. Peirce, desde la semiótica, agrega un elemento: para él, el signo está compuesto de una porción de la realidad, la imagen mental que creamos a partir de ella, y el sonido que utilizamos para referirnos a ella. Otro autor, Hospers, clasifica a los signos en signos propiamente dichos, que son aquellos en los que el ser humano no interviene para atribuir significados⁶⁴, y en el signo en sentido convencional (símbolos), donde interviene el ser humano para crear una relación artificial e intencional. En este sentido, las palabras son símbolos. El lenguaje se compone entonces de signos convencionales: es un producto cultural creado para satisfacer las necesidades del ser humano.

Los símbolos merecen una explicación especial, por el rol que cumplen en el lenguaje. El símbolo no conecta con la porción de la realidad a la que se refiere por una semejanza, ni por un vínculo físico. El símbolo se conecta con lo representado porque la mente de quien lo utiliza así lo quiere, y la persona a la que está dirigido tiene las herramientas necesarias para interpretarlo. Esto quiere decir que para que un símbolo “funcione”, tanto el emisor como el receptor tienen que tener una capacidad mental simbólica (para crear, aprender y utilizar símbolos), y conocer ese símbolo en particular. Dijimos más arriba que las palabras son signos en su género, pero además son símbolos en su especie. Para que surtan el efecto comunicativo deseado, el emisor y el receptor deben ser capaces de aprender un idioma (en este caso, el español) y conocer palabras en común.

Porque el lenguaje nos ocupa a todos y todo el tiempo, y porque todos los seres humanos somos distintos en algunos aspectos, es de esperar que la comunicación no sea perfecta y sin problemas. Incluso dentro de un contexto más específico que la vida cotidiana, como lo es el Derecho, el lenguaje presenta varios problemas.

⁶² Chomsky “What Is Language and Why Does It Matter”.

⁶³ Por ejemplo, los diarios íntimos no están escritos para comunicar pensamientos a los demás, sino más bien como una forma de ordenar pensamientos para uno mismo. Algunos diarios íntimos incluso traen candados, para que ninguna persona ajena a su dueño pueda acceder a su contenido. Esto parece más bien lo contrario de comunicar. También entran dentro de las expresiones no comunicativas aquellas que se nos escapan al golpearnos.

⁶⁴ Por ejemplo, si veo humo a lo lejos es un signo de que hay fuego.

El lenguaje puede ser de varios tipos

Se puede clasificar al lenguaje de varias formas distintas, pero tomemos una clasificación conocida. Podemos decir que el lenguaje puede ser de dos tipos: natural o técnico. Llamamos “lenguaje natural” a aquel que construimos inconscientemente, a partir del contexto y del acuerdo social. En cambio, llamamos “lenguaje técnico” a aquel que construimos conscientemente, para que nos sea útil a determinados fines. Dentro de este último, podemos distinguir, por su grado de abstracción, a los lenguajes formales y a los lenguajes tecnificados.

El lenguaje natural es el lenguaje cotidiano, al que los seres humanos están expuestos desde el nacimiento. Es subjetivo, porque depende de la experiencia con el mundo de cada individuo. Es impreciso, porque los significados de las palabras están pactados solo parcialmente. Como mencionamos, gran cantidad de hablantes lo utiliza de continuo, cada uno imprimiéndole rasgos de su individualidad que no necesariamente comparte con los interlocutores, y esto provoca problemas de interpretación.

El lenguaje formal se caracteriza por ser preciso y carecer de problemas de interpretación⁶⁵. Los significados están totalmente delimitados. Es, además, simbólico: se expresa mediante símbolos. Es propio de la lógica y de la matemática. Su mayor ventaja es la precisión con la que puede comunicar información: tiene mayor rigor expositivo.

Por otro lado, el lenguaje técnico o tecnificado no es tan objetivo ni preciso. Lo usan las ciencias no formales. Lo expresamos en jergas. Porque el rigor expositivo es menor al del lenguaje formal, en ocasiones puede provocar problemas de interpretación.

Es necesario resaltar que los límites entre uno y otro tipo no son tajantes. Prueba de esto es que algunos autores⁶⁶ se refieren al “lenguaje tecnificado” o al “lenguaje formalizado” como tipos intermedios.

El lenguaje jurídico en particular

El tipo de lenguaje que se utilice dependerá de muchos factores. Por un lado, en cierta medida, dependerá del objeto o la materia a la que se quiera referir. Saberes específicos de una ciencia, en principio, podrían expresarse en un lenguaje tecnificado. Por otro lado, aunque en menor medida, dependerá de algunos rasgos psicológicos de quien hable. Pero tal vez el factor que más importa a la hora de elegir qué tipo de lenguaje utilizar es el interlocutor que se tiene en mente. Así, matemáticos, lógicos, lingüistas formales, e incluso algunos científicos del ámbi-

⁶⁵ Esto es en principio. Existen, aunque pocas, algunas fórmulas lógicas y matemáticas que llevan a ambigüedades o resultados distintos. Hace algunos meses, se hizo popular en las redes una ecuación matemática simple, porque tiene dos resultados posibles. La ecuación es $8/2(2+2)=?$ Las dos posibles respuestas son 1 o 16, y ambas son correctas. El Dr. Rhett Alain explica que la causa de esta ambigüedad es que la matemática, como todos los lenguajes, nace de la convención. Es cierto que el nivel de “acuerdo” en la convención de los lenguajes formales es mucho mayor que aquél de los lenguajes naturales. Pero sigue siendo una convención humana y, entonces, fallible.

⁶⁶ Entre ellos, González Navarro y Bagga-Gupta.

to de la computación, utilizan lenguajes formales cuando quieren comunicar información específica de sus campos de estudio a otros colegas. O también un taquígrafo utilizará lenguaje técnico cuando tome notas para sí, de manera que le permita recrear la información anotada sin las imprecisiones propias del lenguaje natural. Una profesora puede utilizar un lenguaje técnico con sus colegas pero uno más cercano al natural con sus alumnos.

En el Derecho, los interlocutores que se pueden tener en mente son varios:

Algunos jueces escriben pensando en un superior que revisará lo que han escrito.

Algunos jueces le hablan a la sociedad en general.

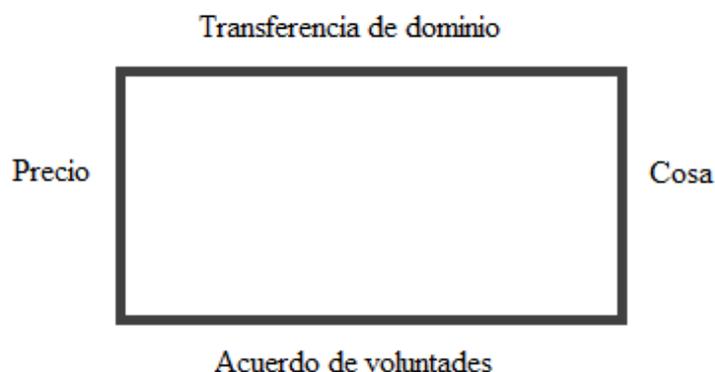
Algunos jueces le hablan a los abogados de las partes.

Incluso hay jueces que se hablan a sí mismos.

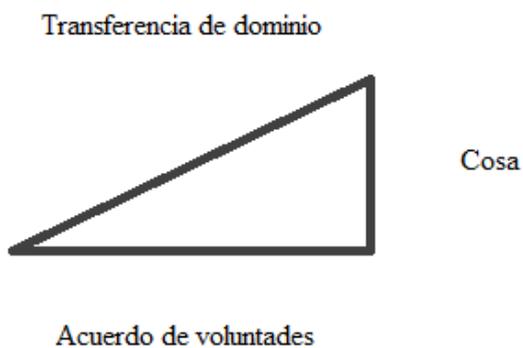
En el mismo sentido, hay abogados que redactan sus escritos pensando en el abogado de la contraparte, en sus justiciables, o en el juez. Algo similar podríamos decir de los legisladores: uno podría suponer que al redactar las leyes lo hacen, como Hammurabi, considerando que todos puedan acceder a ellas. Pero a veces las redactan, también como Hammurabi, de una manera que sólo unos pocos pueden hacerlo. Entonces el tipo de lenguaje que utilicen los agentes jurídicos dependerá en parte del interlocutor que se tenga en mente.

Soler: El lenguaje jurídico como un lenguaje formal

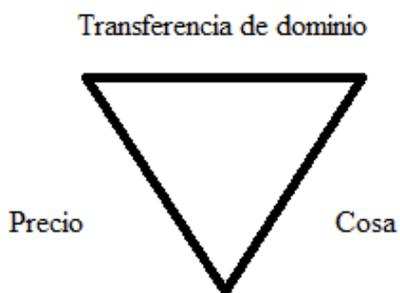
El debate sobre cuál tipo de lenguaje es el más adecuado para el campo del Derecho no es nuevo. En Argentina se dio entre dos grandes juristas: Sebastián Soler y Genaro Carrió. En *Fe en el Derecho*, Soler sostuvo que el lenguaje del Derecho guarda una relación cercana con el lenguaje de las matemáticas. Esto así porque el legislador le ha dado un contenido exacto a cada concepto jurídico. Dicho de otra forma, el legislador ha acotado con precisión el campo de significado de las palabras que utiliza para crear las leyes. Si tomamos las propuestas de Soler podemos decir que hay compraventa cuando hay acuerdo para transferir el dominio de una cosa mediante un precio:



Al eliminar uno de los componentes, por ejemplo el precio, tenemos una donación:



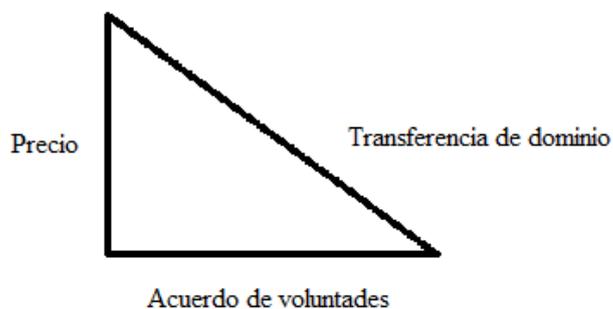
Si quitáramos el acuerdo de voluntades, habría una expropiación:



Si quitáramos la transferencia de dominio, tendríamos una locación:



Y por último, si quitáramos la cosa tendríamos una cesión de derechos (onerosa):



La pregunta que podríamos hacernos es si esta interpretación de los conceptos del Derecho como formalizados puede aplicarse a todas las normas del sistema.

Carrió: El lenguaje jurídico como un lenguaje tecnificado que se vale del natural

Carrió hace hincapié en la función social del Derecho, y por tanto en la función social que debe tener el lenguaje utilizado en las normas. Así explica su tesis:

Las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas. [...] La función social del derecho se vería hoy seriamente comprometida si aquellas estuvieran formuladas de manera tal que solo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderla [Carrió, 1994, 37].

Para Carrió, que las palabras del Derecho lleguen a unos pocos (como los pocos que podían leer en la época de Hammurabi) no es útil a los fines sociales del Derecho. Nótese que Carrió explicita cuáles son los oyentes ideales del discurso jurídico: los súbditos (que en términos de Austin son las personas acostumbradas a obedecer a la autoridad) y las autoridades (aquellos que prescriben). Si el discurso jurídico estuviera dado sólo para las autoridades, el nivel de naturalización sería mucho menor. Es de esperar que entre autoridades se pondere más la eficacia del lenguaje jurídico que su función social, y el lenguaje natural, como hemos dicho, es demasiado vago e impreciso para alcanzar grandes niveles de eficacia. Esto es así porque las inferencias necesarias para negociar sus significados requieren un mayor esfuerzo cognitivo, y por tanto más tiempo de procesamiento. Cuanto más tiempo requiera la comunicación, menos eficaz será.

Por otro lado, si el discurso jurídico estuviera dado sólo para los súbditos, el nivel de naturalización sería mayor, pero también serían mayores las problemáticas asociadas a él. Carrió no niega la necesidad de delimitar los conceptos jurídicos:

Es verdad que los juristas se han esforzado por crear un lenguaje en cierto modo artificial, de contornos más precisos, para alcanzar un mayor rigor expositivo. Esa terminología especial se ha incorporado a las normas jurídicas [...]. También es verdad que palabras tales como “capacidad”, “menor”, “heredero”, “domicilio”, en boca de un jurista y en un contexto jurídico, tienen por lo general mayor precisión que en boca de un lego y en un contexto de lenguaje cotidiano [Carrió 1994:39].

Es imposible negar la necesidad de un lenguaje jurídico “de contornos más precisos”, no solamente porque sea una necesidad de los operadores jurídicos, sino porque la precisión evita que las personas poderosas exploten su poder social para manipular la vaguedad y llevar el significado de los términos al campo que más les convenga⁶⁷.

Para Carrió, que los términos estén delimitados no hace que el lenguaje jurídico no sea naturalizado, y mucho menos que sea formal. Por eso, entiende que no es cierto que las figuras jurídicas posean “purísimos perfiles indeformables”, como sostenía Soler.

El lenguaje jurídico como un lenguaje natural: el *Plain Language*

En las últimas décadas ha habido un movimiento, mayormente entre países angloparlantes, que apelan a la simplicidad del lenguaje utilizado en el Derecho. Estas corrientes, abarcadas con cierta amplitud por el término *Plain Language*, o lenguaje liso y llano, hacen énfasis en la función social del Derecho. La *American Bar Association* ha aprobado una guía con pautas que tienden a acercar tanto como sea posible el lenguaje jurídico al lenguaje natural:

Se resuelve: Que la *American Bar Association* urja a las agencias a usar lenguaje liso y llano al escribir normas, como una forma de promover la comprensión de las obligaciones jurídicas, y para ello se utilicen técnicas tales como:

- Organizarlas para la comodidad de sus lectores;
- Utilizar un lenguaje directo y fácil de comprender;
- Escribir oraciones breves, en voz activa, y
- Usar recursos estilísticos útiles, tales como formatos de preguntas y respuestas, listas verticales, espaciado que facilite la claridad y tablas⁶⁸.

Esto por supuesto no quiere decir que el uso que se haga del lenguaje natural será torpe y descuidado, tal que provoque errores grandes de sentido, ambigüedades y, por ende, procesos judiciales adicionales para que el juez dé una interpretación definitiva. Por ello, la misma resolución advierte:

Para evitar problemas en el uso de técnicas de lenguaje liso y llano, las agencias deberían:

- Considerar las posibles interpretaciones judiciales, así como lo que el usuario entienda;

⁶⁷ Tomo como un pequeño ejemplo de cómo se puede manipular los contenidos del lenguaje jurídico un diálogo sobre el alcance del concepto de “arma” que se dio en mayo de 2017, entre un abogado y el periodista que lo estaba entrevistando:

-- (...) Un auto mal usado, una Ram, una Porsche usada a 240 km/h es un arma.

-- Eso lo dice usted. En las definiciones legales de armas, en ninguna figura un vehículo automotor. Si ustedes mediáticamente los quieren llamar “armas” porque les sirve, me parece perfecto, pero no es un arma. A los efectos de la justicia, no es un arma.

La entrevista completa en: https://www.youtube.com/watch?v=etFsqx0_Wpo&t=379s

⁶⁸ American Bar Association, traducción de la autora.

- Enunciar con claridad los derechos y las obligaciones de las personas alcanzadas [por la norma], así como los derechos y obligaciones de las agencias;
- Identificar y explicar todos los cambios que se pretenden hacer al revisar las normas”⁶⁹.

Actualmente, el art. 3 de nuestro Código Civil y Comercial sostiene que las decisiones de los jueces deben estar “razonablemente fundadas”. Esta razonabilidad implica un piso y un techo: la decisión de un juez no estaría razonablemente fundada si utilizara un lenguaje incomprensible. Pero tampoco estaría razonablemente fundada si el lenguaje que utiliza el juez es tan “libre” que amenaza la seguridad jurídica.

Lo que parece subyacer a las pautas dadas para utilizar un lenguaje liso y llano en el ámbito judicial es el hecho de que el lenguaje judicial no es meramente descriptivo, sino que también incluye, más que cualquier otra disciplina, lenguaje realizativo.

Los actos de habla realizativos, como los llama Austin (1990, 44), son aquellos que no puede ser analizados mediante un criterio de verificabilidad. Esto es, no se puede decir de ellos que son “verdaderos” ni “falsos”, porque no describen una porción de la realidad, sino que *crean* la realidad. Encontramos un ejemplo muy sencillo en la frase “ahora los declaro marido y mujer”. Dicha en las circunstancias correctas (un registro de las personas), a los oyentes correctos (una pareja que tiene la voluntad de ser unidos en matrimonio), por el agente correcto (un funcionario del registro) y en cumplimiento de las formalidades correctas (la presencia de testigos, la anotación en el libro del registro, etc.) esta frase transforma el mundo. Es decir, a partir de que se pronuncien, las personas que antes tenían un estatus jurídico-civil determinado pasan a tener otro. Asimismo, cuando un juez dicta una sentencia, o un legislador crea una norma, no tiene sentido preguntarse: “¿Es esta sentencia verdad?” o “¿Esta nueva ley es falsa?” porque no constituyen descripciones del mundo, sino que crean una nueva situación en el mundo.

Tal vez un lenguaje puramente natural sería más adecuado para el ámbito del Derecho si el ámbito del Derecho se limitara a describir realidades. Algunos autores, pensando justamente en la capacidad de transformar la realidad que posee el lenguaje jurídico, sostienen que se trata de un lenguaje técnico.

El lenguaje jurídico como un lenguaje técnico

Un jurista español, Santiago Muñoz Machado, que además de jurista es miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y director de la Real Academia Española, ha resalta-do en su obra *Libro de estilo de la justicia* este carácter creador del lenguaje jurídico, distinto del carácter meramente descriptivo:

⁶⁹ *Ibid.*

Existe un hecho externo que contribuye a diferenciar el lenguaje jurídico del tecnolecto de algunas ciencias. El derecho es, a la vez, una disciplina teórica y una disciplina aplicada. El conjunto de manifestaciones que el derecho aplicado tiene en la sociedad posee una repercusión institucional, social, económica e individual que no se da en otras disciplinas [Muñoz Machado 2017, 4].

Evidentemente, es la posibilidad de crear la realidad lo que hace que el lenguaje jurídico repercute en las instituciones, en la sociedad, en la economía, y en varios otros ámbitos. Muñoz Machado hace referencia al lenguaje jurídico como un “tecnolecto”. Llamamos “tecnolecto” al conjunto de recursos del idioma cuya función es facilitar la comunicación entre los miembros de un determinado ámbito profesional. Como es de imaginarse, los tecnolectos están compuestos en gran parte por términos específicos de un ámbito científico o profesional particular, que no son fácilmente comprensibles por personas ajenas a tal ámbito.

Muñoz Machado sostiene que el tecnolecto jurídico no puede ser incomprensible para la sociedad, puesto que su finalidad no es meramente referencial sino normativa, y su función lingüística principal es la apelativa. Esto quiere decir que el lenguaje jurídico no se utiliza solamente para referirse y describir objetos o situaciones, sino que crea normas (lo que Austin llama actos de habla realizativos), porque por sobre todo le interesa interpelar al receptor sobre cuáles son sus derechos y sus deberes en la comunidad en la que vive.

Aquí se da una situación interesante: como hemos mencionado, el lenguaje jurídico puede utilizarse para describir pero también para crear normas. ¿De qué depende el uso que se le dé? Del agente jurídico que lo utilice, y del fin que pueda tener en mente tal agente al utilizarlo. Así, doctrinarios y juristas harán un uso mayormente descriptivo del lenguaje jurídico; los legisladores lo utilizan de forma mayormente prescriptiva⁷⁰. También los jueces utilizan un lenguaje jurídico descriptivo en los “vistos” y “considerandos” de sus sentencias, que son las premisas, y un lenguaje realizativo en el fallo, que es la conclusión, y que crea una norma para un particular.

Esta es entonces la diferencia entre las normas jurídicas y las proposiciones normativas que conocemos como “reglas del derecho”: las normas jurídicas, dictadas por legisladores y jueces, prescriben. Se las critica en términos axiológicos, no en términos de verdad y falsedad, porque son actos de habla realizativos. Las proposiciones normativas, escritas por doctrinarios y juristas⁷¹, describen lo que las normas dicen. Entonces ellas sí se describen en términos veritativos.

Parece entonces que, sin importar dentro de cuál tipo de lenguaje se lo ubique, el lenguaje jurídico tiene problemas. Tal vez, una mejor comprensión de cuáles son estos problemas nos permita crear algunas soluciones.

⁷⁰ Aunque en ocasiones también descriptiva o realizativa, por ejemplo cuando explican los fundamentos que los llevaron a crear una ley.

⁷¹ Esto no quiere decir que solamente creen normas legisladores y jueces. Hay algunos otros órganos dentro del Estado que también crean normas. Tampoco quiere decir que solo juristas y doctrinarios describan leyes. De hecho, abogados y jueces también lo hacen cuando fundamentan sus escritos.

Los problemas del lenguaje jurídico

Los problemas del lenguaje jurídico como lenguaje formal

Los lenguajes formales se usan para referirse a objetos en términos que deben estar claramente delimitados, términos que les permitan identificarlos unívocamente. Por esto, los conceptos de las proposiciones que utilizan son binarios, esto es, *son o no son, pertenecen o no pertenecen*, etc. Si pensamos, por ejemplo, en algún cálculo aritmético sencillo:

$$2+2=4$$

El resultado del cálculo es cuatro. Pero no puede ser un poco cuatro y un poco no. También, en la expresión:

$$X < N$$

“X” es menor que “N”, y no podemos agregarle “dependiendo de las circunstancias”.

Lo mismo ocurre en la lógica. Por ejemplo, en la proposición:

$$((p \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow q$$

Donde los conceptos “p” y “q” son “p” y “q”, o no lo son (en cuyo caso se les antepone el símbolo “¬”).

Aplicado al Derecho, desde una perspectiva formal, una situación fáctica se subsume o no se subsume a una norma. El límite es preciso. Esto quiere decir que las fórmulas verbales pueden aplicarse claramente a algunos supuestos de hecho, mientras que para algunos otros son claramente inaplicables.

Sin embargo, la práctica jurídica demuestra que los casos en los que se puede aplicar una norma a un supuesto con total claridad son más bien la excepción y no la regla⁷². Existen normas cuyos términos presentan algunos de los problemas del lenguaje natural, lo que dificulta la aplicación en casos dudosos o marginales. Esto ocurre porque cada caso depende de la combinación de un gran número de factores que supera lo que podría expresarse en un lenguaje formal⁷³.

⁷² Esta interpretación varía según las ramas del Derecho. Por ejemplo, la subsunción o no de un supuesto fáctico a una norma es más estricta en el derecho penal (por lo que varios penalistas sostienen que en su rama no hay lagunas del derecho), y menos en estricta en el derecho civil.

⁷³ En “El idioma analítico de John Wilkins”, Borges describe la obra lingüística de un personaje ficticio que afirmaba exactamente lo contrario: que todas las cosas del universo podían expresarse en un lenguaje formal. Así, dividió el universo en cuarenta categorías, cada una asignada con una letra. A su vez, cada categoría se dividía en subcategorías, también designadas con letras. Como podrá imaginarse el lector o la lectora, algunas porciones muy específicas de la realidad requerirían de demasiadas letras para ser individualizadas, algo que parece demandar un proceso

Tomemos como ejemplo el art. 34 inc.6 del Código Penal:

No son punibles: [...]

El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;

c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende [...].

El término “racional” en la letra b ha traído muchos problemas. ¿A qué llamamos “necesidad racional”? En José C. Paz, una localidad bonaerense, una mujer encontró a su esposo—que tenía una larga historia de violencia de género—intentando abusar de su hija adolescente. Tomó un cuchillo de la cocina y le asestó ciento ochenta y cinco (sí, 185) puñaladas. El fiscal entendió que no hubo legítima defensa, porque ciento ochenta y cinco puñaladas no responden a una “necesidad racional”. ¿Habría dicho lo mismo si hubieran sido 14? ¿Y si hubieran sido 30? ¿En qué número de herida pasa la necesidad de ser racional a ser no racional? Evidentemente, en este caso, como en muchos otros, el lenguaje utilizado por el legislador no permite que la norma pueda aplicarse con total claridad.

Los problemas del lenguaje jurídico como un lenguaje natural

Para los realistas el lenguaje que utiliza el Derecho no es formal, sino natural. Todos los casos son oscuros (o de penumbra, o dudosos), porque el sujeto de la norma es una persona que habla un lenguaje natural.

Ross clasifica los problemas del lenguaje jurídico (en tanto lenguaje natural) en tres: semánticos, sintácticos y lógicos. Nos referiremos aquí solamente a los problemas semánticos⁷⁴.

Los problemas semánticos se refieren al significado de las palabras. Nino (2003, 264) los llama “imprecisiones del significado” de las palabras. Las imprecisiones son muchas, pero aquí analizaremos tres: ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje.

La ambigüedad ocurre cuando un término se refiere al menos a dos clases de objetos, o tiene al menos dos significados. Algunos ejemplos de ambigüedad en el ámbito jurídico son “despacho del juez”, “sanción”, e incluso la misma palabra “derecho”.

“Despacho del juez” puede referirse a la habitación donde el juez tiene su escritorio, o a una providencia escrita por el juez. “Sancionar” puede referirse a la aplicación de un mal o la privación de un bien, como puede referirse a la creación de una norma. “Derecho” puede ser una prerrogativa, una carrera universitaria, una rama del saber.

cognitivo muy largo, siendo que el punto de un lenguaje formal es su efectividad. Borges atribuye esto a la imposibilidad de “penetrar el esquema divino del universo” utilizando esquemas humanos.

⁷⁴El tratamiento de los problemas sintácticos como de los problemas lógicos podrán encontrarse en los capítulos siguientes.

Los problemas de ambigüedad se pueden solucionar de tres maneras. Tomemos como ejemplo la pregunta “¿dónde está el despacho del juez?”

a) Desentrañando el significado con ayuda del contexto y del co-texto. Si esta pregunta surgiera de una conversación entre un empleado de Tribunales y una persona perdida en los pasillos del Palacio de Justicia, sabríamos que se refiere a la oficina del juez.

b) Apelando a la situación del contexto. Si la pregunta se la hiciera un empleado de Tribunales a otro, desde la puerta del juzgado y sin mediar conversación previa, la ambigüedad no podría desentrañarse del mero contexto o co-texto. Pero podría hacerse a partir de la situación del puro contexto. Por ejemplo, si quien pregunta tiene en la mano un expediente abierto y pasa las páginas como si buscara algo.

c) Si las dos opciones anteriores fallan, y si es posible, preguntándole al hablante qué quiso decir.

La ambigüedad puede afectar a una palabra o a una frase entera. En este caso, hablamos de ambigüedad sintáctica. Por ejemplo, si el fiscal al interrogar a un testigo le preguntara: “¿Qué dijo sobre el imputado en el auto?”, sería difícil saber si quien estaba en el auto era el testigo o el imputado. Las ambigüedades sintácticas se solucionan de las mismas maneras que las ambigüedades semánticas.

Por otra parte, la vaguedad y la imprecisión ocurren cuando no es claro el campo de aplicación de un término. Difiere de la ambigüedad en que esta surge cuando la palabra o expresión tiene varias interpretaciones posibles, mientras que la vaguedad se caracteriza por la indeterminación de la cantidad de conceptos que pueden ser nombrados por una palabra o expresión.

Por ejemplo, el art. 43 del Código Civil y Comercial establece: “(...) *Las medidas de apoyo tienen como función promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos (...)*”. Aquí encontramos varias instancias de vaguedad. ¿A qué se refiere el legislador con “promover”? ¿Cuáles son los medios que se pueden utilizar para “promover la autonomía” de la persona? ¿Cómo se facilitan la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona? ¿A qué llamamos “manifestación de voluntad”? ¿A hablar, a escribir, a guiñar un ojo, a dar golpes sobre la mesa...?

La vaguedad en el ámbito del derecho es mayor cuando los conceptos utilizados por los agentes jurídicos (en especial los jueces y los legisladores, que son quienes crean normas) tienen gran carga emotiva sobre su significado. Por ejemplo, “conducta reprobable”, “mujer honesta”, “perturbación de las facultades mentales”, etc. Esta vaguedad puede tener resultados contraproducentes que lesionen los derechos de las personas⁷⁵.

Gran parte de la vaguedad puede solucionarse limitando el campo interpretativo de la palabra o expresión. Puede, por ejemplo, agregársele una definición estipulativa. En el artículo 43

⁷⁵ Por dar un ejemplo, antes de que se reformara el capítulo sobre delitos contra la integridad sexual del Código Penal, este capítulo se llamaba “delitos contra la honestidad”, siendo “honestidad” una especie de eufemismo de “virginidad”. Esto llevó a que algunos jueces entendieran que las prostitutas no fueran “mujeres honestas” y por tanto no pudieran ser sujetos pasivos del delito de violación.

del CCyC podría sortearse la vaguedad de la expresión “manifestación de voluntad” de la persona agregando “se considerará manifestación de voluntad de la persona el hacer saber sus deseos e intenciones a través de la palabra escrita o hablada”. Esta solución, como es de esperarse, es más difícil de aplicar a los términos que además de vagos tienen carga emotiva.

Entendemos que la textura abierta del lenguaje es una vaguedad potencial⁷⁶. En sí, todas las palabras son vagas, ya que, aun cuando en este momento su significado es claro, en el futuro puede no serlo. Esto ocurre porque a medida que pasa el tiempo, cualquier palabra es susceptible de adquirir nuevos significados. Ferdinand de Saussure (1945, 92), llama a esto la “mutabilidad del signo”. Como dijimos al comienzo del capítulo, los signos lingüísticos tienen un significado (lo que representan en nuestras mentes) y un significante (el sonido que usamos para referirnos a ellos), pero la relación que une a ambos es arbitraria⁷⁷. Eso quiere decir que cuando usamos la palabra “persona” para referirnos a un ser humano lo hacemos por una evolución histórica azarosa⁷⁸, pero no porque alguien alguna vez ordenó “a partir de hoy los seres humanos serán también llamados personas”.

Esta evolución histórica no alcanza un pico y queda estable e inmutable para siempre. Así como cambió, por estar en boca de un gran número de personas que utilizan los signos lingüísticos con frecuencia y en distintos contextos, seguirá cambiando. Es por esto que hablamos de una textura abierta del lenguaje. En nuestro ejemplo de la palabra “persona”, la expresión mutó y desde hace varios años su significado incluye “personas” que no son seres humanos sino ficciones creadas por el legislador⁷⁹ para simplificar la tarea de reconocer derechos e imponer obligaciones.

Los problemas del lenguaje jurídico como un lenguaje técnico

Mencionamos más arriba que los ámbitos específicos de conocimiento requieren de un lenguaje técnico a fin de facilitar la comunicación entre los miembros y los profesionales. Menciona-

⁷⁶ Hay algunos autores que no están de acuerdo, y sostienen que se trata de distintos fenómenos.

⁷⁷ Este asunto de la mutabilidad del signo ha sido fuertemente criticado. Un psicólogo llamado Köhler llevó a cabo un experimento en 1929, en el que mostraba a varios individuos dos formas, una estrella puntiaguda y una nube redondeada, y les preguntaba cuál era Kiki y cuál Bouba. Una gran cantidad de individuos asoció el nombre “Kiki” con la estrella y “Bouba” con la nube. Este experimento demuestra que la asociación entre concepto y nombre—o en términos saussurianos, significado y significante—no es completamente arbitraria. Un estudio más actual muestra que los idiomas de los países de clima cálido utilizan más sonidos vocálicos, y los idiomas de países más fríos utilizan más sonidos consonantes. Esto también podría significar que la arbitrariedad de los signos no es tan completa. Más allá de estos estudios, es innegable que la unión entre un concepto y su nombre no es estable y definitiva.

⁷⁸ En la antigua Roma, el teatro era una parte importante de la vida de los ciudadanos. Era una forma de entretenimiento de la época. Las obras de teatro se llevaban a cabo en lugares abiertos y ante multitudes, por lo que escuchar a los actores era una tarea difícil. Los escritores de teatro utilizaron códigos de vestimenta para identificar a los personajes, pero esto sólo no era suficiente. Entonces se inventaron unas máscaras especiales que amplificaban las voces de los actores. Estas máscaras se llamaban *personare* o *per sonare*. Con el tiempo, la expresión mutó y comenzó a utilizarse *personare* para referirse al actor o al rol que el actor representaba. Este uso también mutó, y pasó a utilizarse como sinónimo de individuo.

⁷⁹ Por ejemplo, el artículo 146 del Código Civil y Comercial llama “personas” al Estado Nacional, a las Provincias, a las entidades autárquicas (como el Banco central de la Nación). El artículo 148 llama “personas” a las sociedades, las fundaciones, las iglesias, entre otros. La mutación de la palabra “persona” entonces ha incluido no solo cascos, actores y seres humanos, sino también iglesias, provincias y hasta al Estado.

mos también que los términos, e incluso las estructuras sintácticas del lenguaje técnico pueden ser extrañas para quienes no pertenezcan a ese ámbito.

Esto es particularmente cierto con el lenguaje jurídico. El Derecho regula aspectos importantes de las vidas de las personas: las relaciones familiares, su propiedad privada, el ejercicio de sus oficios y profesiones, la conducta en lugares públicos, e incluso su bien más preciado: la libertad. Sin embargo, el lenguaje jurídico tecnificado dificulta la comprensión de los ciudadanos comunes respecto a las distintas áreas del Derecho y hace que el entendimiento de las normas sea confuso. Esto provoca una sensación kafkiana: el ciudadano sabe que *algo ocurre* y que se espera que *haga algo*, pero no sabe por dónde empezar, con quién hablar, cómo avanzar.

Veamos algunos ejemplos:

- (1) Frente al embate apotocado en la sanción nulificante de la detención del justiciable operada en el particular, habida cuenta las razones en las que estriba el impugnante; cabe señalar su pretensión no será de recibo.

- (2) Resulta diáfano que continuar la encuesta descripto este cuadro de situación, no sólo no consulta una finalidad útil de pesquisa, sino que no se observa bajo qué signos se pueda llegar a arquitecar (*sic.*) el cuño legal eje del análisis, ya que es de desear que la pretensión inquisitiva no revele un motivo tan turbio como el que el impugnante comenta acerca del trasfondo de las relaciones entre las distintas ramas de los Goyena...

Quien lea estos extractos probablemente entenderá tanto de ellos como los súbditos de Hammurabi al mirar las estelas. Ambos extractos muestran no sólo varias palabras poco comprensibles juntas, sino además hiladas por una sintaxis gravemente defectuosa.

Efectivamente, sobre el extracto (2), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

(...) al uso de términos que no existen en el idioma castellano se agrega una sintaxis que conspira contra una clara comprensión de argumentos que, por tanto, no logran fundar mínimamente la nueva resolución (...). Estas expresiones (...) lesionan la garantía de la defensa en juicio; que exige una sentencia fundada y comprensible para el justiciable⁸⁰.

Lo sostenido por la Corte muestra otro problema del lenguaje técnico jurídico: la creación innecesaria de términos. En el extracto (1) encontramos el término “nulificante”, que—entendemos—quiere decir “que anula”. Esto es, anulador. Anulador es una palabra que sí existe en español y que puede encontrarse en el diccionario. En el extracto (2) encontramos “arqui-

⁸⁰ Ver C. S. J. N., Fallos 315-858; “Orgeira”, considerando 7°.

tectar”, un término que podría reemplazarse tal vez por “diagramar”, “proyectar”, “construir”, etc. Todos perfectamente disponibles en la lengua española.

Cuando miramos el lenguaje jurídico a la luz de los efectos que el Derecho tiene sobre la sociedad, entendemos que cierto nivel de tecnificación es necesario. Entendemos también que, a pesar de este nivel de tecnificación, el lenguaje debe ser accesible para los justiciables. Sin embargo, son muchos los casos en los que se evidencia que el lenguaje utilizado por algunos operadores del Derecho no solamente no es claro para los justiciables sino que no es claro para los otros operadores, espíritu totalmente contrario al fundamento de la tecnificación. Muñoz Machado (2017, 11) lo expresa así:

El resultado de todos estos rasgos estilísticos cristaliza en textos que no solamente resultan extraños para el ciudadano al que van dirigidos, sino también difíciles de seguir por los profesionales, incluso en una lectura atenta. Este carácter incomprensible y hermético resulta contradictorio con su finalidad. Si la norma jurídica afecta a todos los ámbitos de la vida individual y social de los ciudadanos, lo esperable es que, cuando menos, sean inteligibles. No puede cumplir su función ni gozar de prestigio una justicia que no se comprende.

Entonces, ¿por qué se incurre dolosamente en estos malos usos del lenguaje jurídico? La frase final de Muñoz Machado pareciera darnos una pista: la justicia “goza de prestigio”; un prestigio que le dan sus operadores. Tal vez la confusión de algunos operadores consista en pensar que la justicia, cuanto más lejana a la comprensión, más exclusiva y más excluyente de quienes no sean operadores jurídicos, más prestigiosa es. Más prestigio, más poder. Y como bien dice Norman Fairclough (2001, 73), el lenguaje es el estadio donde se juega el partido por el poder. El lenguaje no es poder (porque si no los profesores de lenguas serían las personas más importantes del mundo), pero sí es un medio para alcanzar y retener el poder. Tiene sentido, entonces, que esta pretensión de prestigio y poder se materialice en el uso de un lenguaje técnico inaccesible: poner el lenguaje jurídico fuera del alcance de ciertas personas hace que esas personas no dispongan de un medio para ejercer su poder.

Nueva tendencia en fallos: un lenguaje simplificado para la comprensión de los justiciables

Lo dicho sobre el lenguaje técnico jurídico no implica que haya que utilizar o solamente el lenguaje técnico o solamente el natural. Un “justo punto medio” debería ser posible, y así parecen que lo entienden algunos jueces.

Ha habido, aunque todavía muy pocas, algunas sentencias donde los jueces han reservado una sección para hablarle en lenguaje sencillo a la persona para la cual dictan la sentencia. De esta manera, la sentencia cumple con ambos objetivos: la comunicación clara y eficaz entre

operadores de la justicia y el acercamiento del justiciable al Derecho. Nótese el lenguaje que utilizan los jueces en estos extractos:

- (1) Buenos días, M. Te explico lo que hicimos en esta carpeta tuya. Esta carpeta está hecha para ver qué es lo mejor para vos, luego del accidente que tuviste. Te fueron a ver varios médicos, una psicóloga y una trabajadora social. Ellos nos informaron las cosas de tu vida de todos los días, qué podés hacer sola, y otras cosas para las cuales necesitás ayuda de otras personas. Te fuimos a ver el juez, una defensora especial, y la abogada de tu papá, y conversamos con vos. Con todos esos papeles, y otros informes que buscamos, decidimos qué es lo mejor para vos, para que estés bien. De los papeles tuyos, y de tus cosas más importantes, se va a encargar tu papá, A. S. P., pero siempre te va a preguntar primero qué es lo que vos querés. Vimos que el lugar donde estás viviendo está bien para vos, porque en la casa se hace difícil atenderte bien.
- (2) Buenos días Sr. A. Estuve leyendo todos los papeles que mandaron del Servicio Penitenciario. Como está portándose bien va a poder salir de la cárcel en libertad asistida. Para que pueda seguir libre va a tener que cumplir con las siguientes condiciones: 1º) Vivir en la casa de su mamá en calle _____ N° ____, B° _____ de la Localidad de _____. Si quiere mudarse tendrá que pedir permiso antes en el juzgado; 2º) Debe conseguir un trabajo; 3º) No tiene que usar drogas ni emborracharse; 4º) No puede volver a ser detenido; 5º) Ir al Patronato de Liberados de la Provincia, que queda en calle Rosario de Santa Fe N° 254 Planta Alta de la Ciudad de Córdoba, una vez por mes, del día uno al diez del mes. Así podremos saber que está cumpliendo las reglas.
- (3) La condena respecto de ambas personas se da porque se tiene por cierto que las dos se beneficiaban con la explotación del taxi que conducía Rosales, y eran sus empleadores. Los rubros que la demanda admite son "Diferencias salariales por horas extras al 50% no abonadas" (porque no estaba en duda que el actor realizaba una jornada de 12 horas por día, y no hay constancia de pago de las horas extras, es decir las cumplidas por arriba de 8 horas); Días de enfermedad impagos (porque el empleador no puede no abonar los salarios mientras dura la enfermedad del trabajador, fundándose en la opinión de sus médicos, sino que se debió recurrir a una junta médica independiente que determinara si Rosales estaba o no en condiciones de prestar servicios) (...).

En el extracto (1), el juez le habla a una mujer con un grado de incapacidad. Para que ella pudiera entender, reemplazó la palabra “expediente” por “esta carpeta tuya”, “informe pericial” por “nos informaron las cosas de tu vida de todos los días”. Además, explicó los conceptos de “apoyo” (“[d]e los papeles tuyos, y de tus cosas más importantes, se va a encargar tu papá”) y “consentimiento” (“siempre te va a preguntar primero qué es lo que vos querés”).

A su vez en el extracto (2), dirigido a un señor con poca escolarización que había sido privado de su libertad, la jueza reemplazó “informes del Servicio Penitenciario” por “los papeles que mandaron del Servicio Penitenciario” y simplificó el concepto de “reincidencia” (“[n]o puede volver a ser detenido”).

El extracto (3) surge de una demanda laboral contra dos empleadoras, promovida por un señor que conducía un taxi. En este caso, el juez le explica al señor Rosales el resultado del conflicto, y aclara cada punto de la reparación económica a su favor, comenzando cada aclaración con un “porque”.

Estos pocos ejemplos muestran que es posible que el Derecho no sea estelas escritas a la vista de todos, pero al alcance sólo de aquellos que pueden leer, sino que pueden encontrarse formas de hacerlo comprensible para los ciudadanos sin descuidar la precisión y la efectividad que requiere para cumplir sus objetivos. Y estas formas pueden materializarse en un lenguaje que se adecue a los fines y las funciones del Derecho.

Referencias

- “José María Orgeira” [1992]. Fallos: Tomo 315., pag. 856; Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- “P., J. A. – *Cuerpo de ejecución de pena privativa de libertad*” [2018] (Juzgado de Ejecución Penal de la Ciudad de Cruz del Eje, Córdoba).
- “P., M. F. - *Demanda de limitación a la capacidad*” [2017] (Juzgado de 1ª Inst. y 4ª Nom. en lo Civ., Com. y de Flia. – Villa María.).
- “Rosales, Claudio Jerónimo Rubén c/ Vazquez, Clara del Carmen y otro – *Ordinario – Despido – Expediente 3078290* [2017] (Sala Cuarta de la Cámara del Trabajo, Secretaría 7 de la ciudad de Córdoba).
- American Bar Association, Resolution adopted by the House Of Delegates. 9 y 10 de agosto de 1999 Judicial Campaign Finance (Report No.123).
- Austin, J. L. (1990) *Cómo hacer cosas con palabras* 3era ed. (pp.41-52). Barcelona: Ediciones Paidós.
- Bagga-Gupta, S. (2015). “Center (staging) language from earthrise perspectives : Chasing the elusive monolingual, monocultural hegemonic human state in the global North!” En: *The Sociolinguistics of Globalization*. Conferencia en Örebro University, School of Humanities, Education and Social Sciences. Disponible en: <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:oru:diva-48029>
- Belinchón, M., Igoa, J.M. y Riviére, A. (1992) “El concepto de lenguaje”, en: *Psicología del lenguaje, investigación y teoría* (pp. 17-53). Valladolid: Trotta.
- Borges, J. L. (1989) “El idioma analítico de John Wilkins”, en: *Borges, Jorge Luis. Obras completas*. T.2. Barcelona: Emecé.
- Carrió, G. R. (1994) *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot.

- Chomsky, N. “What is Language and Why Does It Matter”, conferencia. Massachusetts Institute of Technology (MIT), 11 de julio de 2013. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=72JNZZBoVw>
- Copi, I. (1967) Introducción a la lógica (pp. 17-58). Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Everett C. (2017). “*Languages in Drier Climates Use Fewer Vowels*”. *Frontiers in psychology*, 8, 1285. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5529419/>
- Fairclough, N. (2001) *Language and Power* (pp. 3, 68-76) London: Longman
- Gomez, E., et al. (2013). “The Kiki-Bouba Effect A Case of Personification and Ideesthesia”. *Journal of Consciousness Studies*, V. 20, Nros 1-2, 2013, (pp. 84-102).
- González Navarro, F. (2016). Procedimientos administrativos generales y especiales, formalizados y no formalizados (Algunas ideas elementales). *Revista de Derecho Público*, (33/34) (Pp. 133-146). Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43733>
- Lell, H.M. (2017) “Las palabras de la ley y la interpretación normativa. El clásico problema del derecho y el lenguaje”. *Derecho y Ciencias Sociales* N° 17. Pgs 164-184 Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP.
- Mesch, A. (2015) “La justicia subtitulada: argot forense y molinos de viento”. *Revista Pensamiento Penal*, versión en línea. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42385-justicia-subtitulada-argot-forense-y-molinos-viento>
- Muñoz Machado, S. (2017) *Libro de estilo de la Justicia* (pp. 2-18). Barcelona: Espasa Libros.
- Nino, C. S. (2003) Introducción al análisis del derecho, 12va edición (pp. 264-269). Buenos Aires: Astrea.
- Oliveros, E. V. (s/f), “La vaguedad como problema lingüístico en el campo jurídico”. *Revista de pensamiento penal*. Versión on línea. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/03/miscelaneas46317.pdf>
- Palacio de Caeiro, S. B. (2017) “Lenguaje en el Código Civil y Comercial y neologismos en las resoluciones judiciales”. En *La Ley*, T. E (2017) (pp. 1345-1349). Cita online: AR/DOC/2740/2017
- Peirce, C. S. (1974), “*The Art of Reasoning*”, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (pp.55-68, 228-380), Cambridge: Harvard University Press.
- Saussure, F. (1945), *Curso de lingüística general*, (pp. 92-105). Buenos Aires: Losada.

CAPÍTULO 8

La estructura profunda del lenguaje (problemas sintácticos)

María Victoria Feito Torrez

En algún lugar de Canadá, un abogado se despierta por la mañana y se prepara un café. Mientras desayuna, repasa mentalmente las tareas del día: redactar un contrato, llamar al síndico para hacerle algunas preguntas, responder a la demanda que llegó el lunes antes de que se venza el plazo. Ya en su oficina, se sienta y redacta el contrato. Lo relee, lo comparte con un colega que también lo lee. Lo lleva al gerente para que lo proponga a la empresa con la que van a hacer negocios. Los abogados de la empresa lo leen y están de acuerdo con el contenido. Finalmente, los gerentes de ambas empresas firman el contrato.

Algunos años después, un juez en su despacho lee un expediente por una demanda contractual. Una cláusula de este contrato millonario ha quedado redactada de una manera poco feliz, y ahora ambas partes sostienen que debe interpretarse de formas contrarias. Una parte pide que el juez se atenga a la literalidad de lo escrito. La otra le pide que tenga en cuenta la costumbre. El juez piensa en Alf Ross y en su clasificación de las fuentes: ¿debe atender a las fuentes objetivadas, que en este caso es el contrato? ¿O a las parcialmente objetivadas, como la norma consuetudinaria?

La gran ventaja que le reporta al juez usar una fuente objetivada es que no necesita hacer un gran proceso de elaboración. La fuente objetivada—en este caso, el contrato—se presenta lista para ser aplicada, y al juez solo le resta hacerlo. En cambio, la fuente parcialmente objetivada necesita mayor elaboración interpretativa. Para poder aplicar una norma consuetudinaria, el juez debe analizar varios factores: si verdaderamente existe, si es del conocimiento de ambas partes y si no contradice las leyes, entre otras. Muchas veces, la elección entre una y otra está motivada por una tercera categoría de fuentes: las no objetivadas. Estas fuentes se refieren mayormente a las experiencias personales del juez.

¿Les parece exagerado? Esto ocurrió en Canadá, en el año 2005. Dos empresas canadienses, Rogers Communications y Bell Aliant, llevaron a juicio una cláusula del contrato que ambos habían suscripto. La sintaxis de la cláusula hacía que pudiera interpretársela de dos formas distintas y contradictorias. La cláusula en cuestión decía:

En lo que se refiere a las formas de terminación de este contrato, este contrato será efectivo desde la fecha en que se celebra y continuará en vigencia por un

*período de 5 (cinco) años desde la fecha en que se celebra, y en adelante por plazos sucesivos de 5 (cinco) años, excepto y hasta que sea rescindido mediante notificación por escrito de cualquiera de las partes con un año de antelación*⁸¹.

Rogers Communications sostenía que la rescisión se aplicaba solamente a los plazos de renovación, lo cual significaba que una rescisión durante el primer plazo de 5 años traía aparejada una sanción económica, desde que así se acostumbra hacer en este tipo de contratos. Bell Aliant sostenía que la rescisión se aplicaba tanto al primer plazo de 5 años como a los sucesivos, porque así se desprende del uso de la tercera coma.

El juez basó su fundamentación en las “reglas de puntuación”; i.e., en la literalidad de lo acordado por las partes, y decidió que Bell Aliant tenía el mejor derecho, librándola de la sanción. Y, por supuesto, ahorrándole varios millones de dólares.

Hemos hablado en capítulos anteriores sobre los problemas semánticos y se hablará luego sobre los problemas lógicos. Sin embargo, conocer sólo problemas semánticos y lógicos no resuelve todas las cuestiones. Como muestra el caso que comentamos, también es importante conocer los problemas sintácticos.

Problemas sintácticos en el lenguaje jurídico

Los problemas sintácticos son los que ocurren en la estructura de frases y oraciones⁸². La mayoría de las personas cree que todo el significado de lo que se dice está en las palabras. Esto es, ocurre a nivel semántico. Esto no es cierto. Los lingüistas⁸³ sostienen que la semántica es la interpretación que los hablantes hacemos en la superficie del lenguaje, pero que hay estructuras profundas del lenguaje que también tienen significado. Estas estructuras profundas conforman la sintaxis.

Si la sintaxis, como la semántica, aporta significado al discurso, también puede acarrear problemas de significación. El buen profesional del derecho tendrá que tener no sólo una buena comprensión del significado de las palabras, sino un conocimiento profesional del uso de la puntuación, las tildes, los pronombres, la concordancia, las macroestructuras y las microestructuras, etc.

Siguiendo a Nino (2001, 256), podemos mencionar algunos problemas de orden sintáctico: ambigüedades sintácticas, el uso de pronombres equívocos, la falta de coordinación entre sustantivos y adjetivos. Veamos algunos ejemplos:

⁸¹ La traducción es de la autora.

⁸² Tal vez sea bueno recordar la diferencia entre “frases” y “oraciones”. Las oraciones son unidades lingüística mínimas con significado: tienen un sentido completo en sí. Una oración puede tener desde una sola palabra (“Gracias”) hasta varias frases. Esto es porque las frases son palabras o conjuntos de palabras que no tienen un sentido completo en sí. Por ejemplo, “Le mandé un mensaje a mi hermana” es una oración, porque es una unidad de significado completa. En cambio “le mandé” y “a mi hermana” son frases, porque no tienen un significado independiente.

⁸³ Particularmente los lingüistas de la corriente generativista, cuyo mayor exponente sea tal vez Noam Chomsky.

Podemos encontrar una ambigüedad sintáctica, como la coma del pleito entre las dos empresas canadienses, en el art. 186 inc. 3 del Código Penal:

Art. 186°: El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: (...)

3° Con reclusión o prisión de tres a quince años, si hubiere peligro para un archivo público, biblioteca, museo, arsenal, astillero, fábrica de pólvora o de pirotecnia militar o parque de artillería.

Se ha discutido si el adjetivo “militar” se aplica sólo a las fábricas de pirotecnia, o también a las de pólvora.

El uso de pronombres también es un problema muy común. Un caso, en español, ocurre por la confusión que trae el pronombre posesivo “su”, por aplicarse a la tercera persona del singular, pero también a la segunda del singular en el tratamiento formal. El art. 2177 del CCyC:

Art. 2177: Trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre. El titular dominante puede obligar a quien hizo en el mueble sirviente trabajos que menoscaban el ejercicio de la servidumbre a restablecer la cosa a su estado anterior, a su costa [...].

En este artículo, el uso del pronombre “su” no deja claro quién deberá pagar por el restablecimiento de la cosa a su estado anterior, si el dueño de la cosa o quien hizo los cambios.

También es necesario prestarle atención a los pronombres “esto”, “este”, “esta”, “el mismo”, “los mismos”, etc.: “El imputado deberá presentarse con su defensor. Al mismo se le hará saber el contenido de la resolución”. En este ejemplo no queda claro quién recibirá el contenido de la resolución, si el abogado defensor, el imputado, o ambos.

Otro caso: la falta de concordancia entre sustantivos y adjetivos, o entre pronombres y adjetivos, o entre sustantivos y pronombres, es algo que ocurre con mucha frecuencia. La concordancia es la coincidencia en género y número. Cuanto mayor es la distancia entre el sustantivo o pronombre y el adjetivo, mayores las posibilidades de concordar incorrectamente el adjetivo: “En el caso de que el usuario constatare tal situación al egresar de la formación, podrá recurrir al personal de Metrovías S.A. quienes deberán arbitrar los medios necesarios para reintegrar en la tarjeta SUBE el importe del viaje oportunamente abonado.” [“Fernández, Gustavo Damían y otros c/ GCB”, el énfasis es mío]. En este caso, “el personal” es singular, mientras que el pronombre utilizado para referirse a él es plural. Lo correcto es que ambos estén en singular.

Soluciones a los problemas sintácticos

Los problemas sintácticos son muy variados, y por esto es difícil dar una solución específica a cada uno. La mejor arma para combatirlos es imitar al juez canadiense y atender a las reglas

de la puntuación y la formación de oraciones. Para esto, es de mucha utilidad aprender cómo usar los signos de puntuación. En las páginas que siguen veremos algunos de los signos más comunes, en qué casos se utilizan, y algunos consejos sencillos para recordarlos.

La coma

Son muchos los usos de la coma. Recordemos los tres más frecuentes:

1. Frase aclaratoria dentro de una oración: se utiliza cuando es necesario precisar alguna información adicional sobre la persona o el asunto del que se está hablando. En este caso, la frase aclaratoria (aposición) debe ir entre comas: “Considerando (...) que la recurrente, dueña del edificio cito en la esquina de Reconquista y Rivadavia, lo demolió en 1930 para levantar en ese sitio una nueva construcción (...) [el énfasis es mío].
2. Enumeración de elementos: este uso es particularmente útil cuando hay que mencionar varios elementos que forman parte de una secuencia o de un total. En este caso es necesario recordar que, si la enumeración es completa, no debe ir una coma entre el anteuúltimo elemento y la conjunción “y” u “o”: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.” (art. 18 de la Constitución Nacional, selección); “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos.” (art. 43 de la Constitución Nacional, selección). En cambio, si la enumeración es incompleta y termina en “etc.” o tres puntos, debe colocarse una coma antes del “etc.” o del último elemento: “La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc.”.
3. Cuando se invierte el orden de la oración y se pone en primer lugar un adverbio o algún elemento que normalmente va en otra parte de la oración, se separa el adverbio o el elemento del resto de la oración con una coma: “No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique defectuosamente”, “Al llegar a la calle Correa al 3500, los imputados lograron la detención del automóvil”.

Algunos consejos sobre el uso de la coma

La coma nunca se pone entre el sujeto y el verbo de la oración. En la oración: “El Banco, sostiene avaluar como edificado al terreno que solo tiene obras en construcción (...)”, la coma está colocada entre el sujeto “el Banco” y el verbo “sostiene”, y no debería estar allí.

Excepto en el caso de enumeraciones, lo más frecuente es que no haya más de tres comas seguidas en la misma oración. Si esto ocurre, lo aconsejable es dividir la oración en dos oraciones:

Que el llamado objetivo político del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida⁸⁴.

En este caso, podría ponerse un punto y seguido en vez del “y por ende”.

El punto

Según el lugar en el que se lo utilice, el punto será “punto y seguido” (al final de una oración que es parte de un párrafo), “punto y aparte” (al final del párrafo), o “punto final” (al final de un texto). El punto se utiliza además:

- Detrás de las abreviaturas: “etc.”
- Siempre fuera de las comillas: El art. 9 del CCyC dice: “Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.
- Nunca después de signos de interrogación o exclamación.
- Nunca después de puntos suspensivos.
- Nunca al final de títulos, subtítulos, artículos, capítulos de obras, etc., cuando aparecen aislados y como único texto en un renglón.

El guión

El guión, a grandes rasgos, se utiliza para unir conceptos. Por ejemplo, para vincular sustantivos: kilómetro-hora; para gentilicios: germano-holandés.

Se utiliza también al final de una línea para marcar el quiebre de una palabra y su continuación más abajo.

En el ámbito del derecho, se suele utilizar luego del punto y aparte al final de los párrafos para señalar que nada más debe ser añadido a ese párrafo. Esto es correcto cuando la forma así lo requiere (por ejemplo, en una entrada de un Libro de actas), pero no es correcto cuando la forma no lo requiere (por ejemplo, en un artículo de doctrina).

El punto y coma

Este signo indica una pausa mayor que la marcada por la coma y menor que la señalada por el punto. La primera palabra que sigue al punto y coma debe escribirse siempre con minúscula (excepto que la palabra, por sus características propias, deba escribirse con mayúscula, por ejemplo los nombres propios). Se utiliza principalmente:

- Para separar elementos de una enunciación, cuando algún elemento de la enunciación ya lleva coma: “Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Eco-

⁸⁴ “Ernesto Martínez Areco” (ver Referencias).

nómicos, Sociales y Culturales, artículos 2° y 3°, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24”.

- Para separar oraciones sintácticamente independientes entre las que existe una estrecha relación semántica. Generalmente, el punto y coma sirve para reemplazar al conector que debería unir a ambas (“pero”, “y”, “sin embargo”, “aunque”, etc.) a fin de que el lector llegue a sus propias conclusiones de qué relación semántica une las proposiciones. Usado de esta forma, el punto y coma funciona como un entimema⁸⁵: “Me llamó temprano; sabía que estaba en problemas”.

Un consejo de uso

La lectura de párrafos donde hay varias frases seguidas separadas por comas puede ser dificultosa. Si hay más de cuatro frases separadas por tres comas, generalmente pueden arreglarse con un punto y seguido, o con un punto y coma, y facilitar así la lectura.

Dos puntos

Este signo detiene el discurso para llamar la atención sobre lo que sigue, que siempre está en estrecha relación con el texto anterior. Los usos más comunes son:

- Antes de comenzar una enumeración: “Los países que votaron a favor fueron: Ecuador, Bolivia, Trinidad y Tobago, Barbados, República Dominicana, Guatemala, Argentina, Colombia, Nicaragua, Paraguay, Dominica, Venezuela, Chile, St. Kittes y Nevis, Perú, Uruguay. El único país que votó en contra fue Brasil. Se abstuvieron de votar los siguientes países: México, Estados Unidos, Canadá y Jamaica.”

- Antes de reproducir citas o palabras textuales que deben escribirse con comillas: “El art. 9 del CCyC sostiene: (...)”

- En textos jurídicos y administrativos, como decretos, sentencias, bandos, edictos, certificados o instancias, se colocan después del verbo que presenta el objetivo fundamental del documento y que va escrito con todas sus letras en mayúscula: “En mi carácter de funcionario público *CERTIFICO*: (...)”.

- En títulos y epígrafes es frecuente su uso para separar el concepto general del aspecto parcial del que va a tratarse: “El feminicidio: formas de ejercer la violencia contra las mujeres”.

Concordancia

Llamamos “concordancia” a la coincidencia obligada de determinados accidentes gramaticales (género, número y persona) entre distintos elementos de la oración, que pueden ser sustantivos, adjetivos, verbos, pronombres, etc.

⁸⁵ Un entimema es un razonamiento al que le falta alguna de las premisas o la conclusión. A veces, en retórica, se quita un elemento del razonamiento pero se dan herramientas para que el receptor lo reconstruya como el emisor quiere que lo reconstruya. Quien reconstruye el razonamiento cree que es él mismo o ella misma quien completa el razonamiento. Esto tiene un gran poder de convicción, porque los seres humanos creemos más en lo que elaboramos que en lo que se nos dice. El punto y coma, al reemplazar un conector, deja al lector recrear el conector reemplazado, dándole más fuerza de convicción a la oración.

En general, la concordancia de dos o más sustantivos o pronombres en singular, siempre que cada uno de ellos se refiera a un ente distinto, forma un grupo que concuerda en plural con el adjetivo o el pronombre, o con el verbo del que son sujeto: “la ley y la costumbre son fuentes del derecho”.

Por otra parte, la coordinación de dos o más sustantivos o pronombres, si son de diferente género, forma un grupo que concuerda en masculino con el adjetivo o con el pronombre: “El Código Civil y la Constitución Nacional, escritos ambos en el siglo XIX (...)”.

Fuera de estas reglas generales, son muchos los casos de concordancia especial:

- Cuando un adjetivo califica a dos o más sustantivos coordinados y va luego de mencionarlos, lo mejor es que el adjetivo se escriba en plural y en masculino, si los sustantivos son de distinto género: “La norma y el decreto mencionados (...)”. Por supuesto, si coinciden en género, el plural se forma con el género de ambos: “La norma y la resolución mencionadas (...)”.

- Cuando un adjetivo califica a varios sustantivos coordinados y va escrito antes que ellos, lo normal es que concuerde sólo con el que esté más cerca, tanto en género como en número: “El famoso orden y progreso no se perciben”.

Uso de las tildes

En rigor, las reglas de uso de las tildes⁸⁶ se aprenden en la escuela primaria. Pero porque nunca viene mal repasarlas, las reproducimos aquí:

- Las palabras agudas llevan tilde cuando terminan en -n, en -s o en vocal: ejecución, interés, declaró.

- Las palabras graves llevan tilde cuando no terminan en -n, en -s ni en vocal: inhábil, difícil.

- Las palabras esdrújulas y sobresdrújulas siempre llevan tilde: déficit, públicos, pérdidas, gráficamente, ágilmente.

- Las palabras de una sílaba en general no se tildan, a menos que haya varias palabras de una sílaba que se escriban de la misma manera pero tengan distintos significados: tu/tú, se/sé, te/té, etc. En estos casos, hay que saber a cuál de ellas se quiere referir, y tildarla o no, según corresponda⁸⁷.

- Las palabras “dónde”, “cómo”, “cuál”, “cuán”, “cuándo”, “cuánto”, “dónde”, “qué” y “quién” llevan tilde cuando se las usa de manera interrogativa o exclamativa.

- “Solo”, por regla general, no se tilda. Lleva tilde cuando en una frase no es claro si es un adverbio o un adjetivo. Si es un adverbio y se puede reemplazar por “solamente”, lleva tilde. Por ejemplo, en la frase “voy solo a clases”, podría entenderse como “soy el único que va a clases” o como “solamente voy a clases”. En el último caso, llevaría tilde.

- “Aun”, también por regla general, no se tilda. Ocurre que esta palabra puede significar “todavía” (por ejemplo: aun espero que llegue) o “también, incluso” (por ejemplo: me espe-

⁸⁶ Muy importante es la diferencia entre “acento” y “tilde”. Acentos tienen todas las palabras: es la sílaba que suena más prominentemente que otra u otras. En cambio “tilde” es el símbolo ortográfico que se utiliza en ocasiones para señalar cuál de las sílabas va acentuada.

⁸⁷A la tilde que diferencia el significado de una palabra respecto de otra que se escribe igual la llamamos “tilde diacrítica”.

ró, aun cuando le pedí que no lo hiciera). En caso de ambigüedad, se tilda solo cuando significa “todavía”.

La estructura del texto y del párrafo

Como podrán imaginarse, la sintaxis no abarca solamente la puntuación y, por tanto, que un texto esté bien puntuado no necesariamente lo hace un buen texto. Es una condición necesaria, pero no suficiente. Un buen texto es aquel que cambia la visión del mundo del interlocutor. Dicho de otra forma: un buen texto logra que el interlocutor sepa algo sobre el mundo que antes de acceder al texto no sabía. Y para esto, tan importante como la puntuación, es la planificación del contenido del texto. Vean el ejemplo que sigue, extraído de una sentencia:

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta el contenido del acta de “actuación de prevención en la vía pública”, que integra la IPP nro. (...). En copia certificada ha sido glosada en autos (ver fs. 334)—la que fuera suscripta por el agente policial interviniente como por el Sr. C. A. C. como testigo—de la cual dimana un relato de los hechos objeto de autos que guarda identidad con lo mencionado en el párrafo anterior y, a su vez, con el realizado por el demandante al promover estas actuaciones.

En principio, la puntuación de este párrafo no es incorrecta. Podría hacerse de otra forma, claro está, pero los signos están bien utilizados. Sin embargo, ¿qué comunica el párrafo? ¿Qué sabe ahora el lector o la lectora sobre el mundo, que antes de leer este párrafo no sabía? Parece que no mucho. El problema está en que el párrafo carece de estructura.

La estructura es la forma en que ordenamos los elementos. Así como el buen entrenador de fútbol se sienta y traza un plan para las dos horas del partido, o como el arquitecto planea qué se construirá en cada etapa de la construcción, o el pianista planea en qué orden ejecutará las piezas para apelar mejor a las emociones de su audiencia, el buen escritor ordena los elementos del texto *antes* de escribir el contenido. El juez que redactó el párrafo de nuestro ejemplo parece haber empezado a escribir con una determinada idea, pero haberla abandonado por el camino.

Los textos tienen dos niveles de estructura. Sólo por claridad, vamos a llamar a uno “macroestructura” y al otro “microestructura”. La macroestructura es la estructura del texto en su totalidad. La microestructura es la estructura interna de cada párrafo. Entonces, la macroestructura está compuesta por microestructuras.

Existen muchos tipos de macroestructuras y muchos tipos de microestructuras. Algunos son más complejos, y otros más simples. Los más complejos requieren mayor esfuerzo interpretativo de parte del interlocutor. Dicho de otra forma: son más difíciles de entender. Los patrones más sencillos requieren menos esfuerzo interpretativo del interlocutor, pero más esfuerzo creativo del emisor: poder acomodar ideas, conceptos o hechos complejos en estructuras sencillas requiere de maestría en el uso del lenguaje. Requiere saber qué decir y qué no, y en qué orden

decirlo. La pregunta que tal vez corresponde hacernos es ¿qué tipo de estructuras le conviene utilizar al abogado?

Sobre este tema, Genaro Carrió (1995,68) escribió una serie de recomendaciones o “mandamientos” para argumentar un caso. El primero de ellos es “tratar de que el Tribunal nos oiga”. La segunda recomendación es “tratar de que el Tribunal nos entienda bien”. Y para esto, da algunas indicaciones:

- a) Ser breve, claro y conciso. Usar un estilo llano.
- b) Describir con la mayor precisión y, en lo posible, sin tecnicismos, el conflicto de intereses en juego.
- c) No escatimar el punto y aparte, los títulos y los subtítulos.
- d) Presentar ordenadamente los argumentos, distinguiendo cuidadosamente los principales y los subsidiarios y dando el necesario relieve a los primeros.
- e) Hacer una síntesis de nuestra posición (...).
- f) En lo posible construir la argumentación partiendo de un modelo simple, que iremos enriqueciendo progresivamente.

Si tomamos los consejos de Carrió—y creo que haremos bien en tomarlos—como abogados deberíamos utilizar estructuras simples. Esto va a ayudar a que el juez nos “oiga”.

Hoey (1983, 26) describe tres estructuras simples: *ordo naturalis*, causa-efecto y problema-solución. Estas estructuras pueden utilizarse tanto para la macroestructura como para la microestructura.

El *ordo naturalis* es particularmente útil para narrar hechos. Consiste en narrar los hechos en el orden en que ocurrieron. Porque el lenguaje ocurre linealmente a lo largo del tiempo (uno lee una oración detrás de otra, dice una frase detrás de otra, pero no todo junto), la mente asocia la linealidad del lenguaje con la linealidad de los eventos, y lo hace “por defecto”. Alterar el orden en que se narran los eventos puede hacerse para obtener algún significado extra⁸⁸, pero no debe hacerse por descuido. Comparemos estos dos ejemplos:

1. Relatan que en oportunidad de arribar al cruce de Ranchos, aminoraron la marcha para confirmar el conductor si venía otro vehículo por el camino transversal. En esa circunstancia, y a aproximadamente unos 70 metros del cruce expresan que divisó un pozo en la ruta nro. 29 que abarcaba prácticamente la totalidad de la mano por que circulaban los actores. Como de frente y por la mano contraria venía circulando un camión con acoplado, manifiesta que no pudo, en la contingencia, hacer ninguna maniobra de esquivé hacia la izquierda ni tampoco hacia la derecha, toda vez que la banquina era sumamente estrecha y estaba embarrada con huellas profundas.

⁸⁸ En un episodio de *Los Simpsons*, Lisa le dice a Bart: “Tu conejo Pepito murió. Papá lo enterró en el jardín” y luego aclara: “No en ese orden”. El *ordo naturalis* del relato sería entonces “papá enterró a tu conejo Pepito en el jardín. Tu conejo murió”. El significado extra de haber elegido esta estructura más compleja es notable: el conejo no murió de causas naturales sino que Homero lo mató.

2. La banquina era sumamente estrecha y estaba embarrada: no podían esquivar el pozo yendo hacia la derecha. Pero tampoco podían esquivarlo hacia la izquierda; venía circulando un camión con acoplado. El pozo que estaba sobre la ruta nro. 29 abarcaba casi la totalidad de la mano por la que circulaban los actores. Lo habían visto al arribar al cruce de Ranchos, donde habían aminorado la marcha para confirmar si venía otro vehículo por el camino transversal⁸⁹.

Aunque ambos extractos están escritos siguiendo las reglas gramaticales, el primero es más fácil de entender en la primera lectura, sencillamente porque al narrar los hechos en el orden en que ocurrieron, su estructura es más simple.

La estructura causa-efecto es particularmente útil para vincular hechos y explicaciones. Lo que se busca con esta estructura es, por un lado, presentar un hecho y, por el otro, explicar o dar razones de por qué acontece:

(...) el aducido exceso de velocidad que desplegaba el vehículo no ha logrado ser probado, ni puede a mi ver ser presumido a los fines de que ostente incidencia causal en el evento. Concluyo que el siniestro se produce pura y exclusivamente por existir en la ruta provincial un pozo de ostensibles dimensiones y considerable profundidad

En este párrafo, la jueza analiza el vínculo entre dos de las posibles causas (la velocidad a la que iba el conductor y la existencia de un gran pozo) y una consecuencia (el accidente). Descarta una (la velocidad) y concluye que la causa del accidente fue el pozo.

Aunque la estructura causa-efecto es útil para “hacerse oír” por ser muy sencilla, debe ser utilizada prestando atención. En ocasiones, su uso descuidado puede llevar a caer en errores. Por ejemplo, es un error atribuir todo el efecto a una sola causa. Para poder afirmar que esta causa es la única detrás del efecto, es necesario hacer un análisis que lo demuestre. En el fallo del accidente, antes de arribar a la conclusión de que fue el pozo el que causó el accidente, la jueza analizó y descartó las condiciones climáticas, el estado de ebriedad del conductor, las condiciones de la banquina, la velocidad del conductor, el estado del vehículo, etc. De lo contrario, habría caído en una “generalización apresurada” (“los pozos causan accidentes”, claro que no siempre que haya un pozo va a haber un accidente).

Otro error común es confundir la causa con el efecto y viceversa. A esto se lo conoce como falacia “cum hoc, ergo propter hoc”. Un ejemplo sería afirmar que son los accidentes los que causan pozos en las rutas. Un tercer error consiste en confundir causa y efecto hasta llegar a un argumento circular en el que no se sabe qué ocurre primero (como el huevo y la gallina). Por ejemplo, los pozos causan accidentes y los accidentes causan pozos. La forma de

⁸⁹ “Estevao Osvaldo y Otros c/ M.O.S.P.- s/Daños y perjuicios”; Juzgado Civil y Comercial N°11, Departamento Judicial La Plata, 15 de septiembre de 2017.

evitar estos errores es estudiando con cuidado cuál es el efecto y cuál la consecuencia, y si esa causa es la única o hay otras.

Por último, la estructura problema-solución es una combinación de las dos anteriores. Los hechos se narran en *ordo naturalis*, pero a su vez están relacionados por causa y efecto. Hoey sostiene que esta estructura tiene cinco partes consecutivas: situación, problema, respuesta, solución, evaluación. La situación comprende las circunstancias iniciales del hecho: el contexto. El problema es el “nudo” del relato. La respuesta es el intento por resolver este problema. La solución es el efecto de la respuesta (el “desenlace”), y la evaluación es el análisis posterior que permite al emisor juzgar si el problema fue resuelto o no. Hoey da el siguiente ejemplo: “Estaba en mi puesto de vigilancia cuando [situación] vi al enemigo aproximarse [problema]. Abrí fuego [respuesta], y el enemigo retrocedió [solución]. Así evité el ataque [evaluación]”. Esta última parte, la evaluación, puede omitirse, o puede ponerse más adelante en el texto. Veamos estas partes en la sentencia que analizamos arriba:

En oportunidad de arribar al cruce de Ranchos, aminoraron la marcha para confirmar el conductor si venía otro vehículo por el camino transversal [situación]. En esa circunstancia, y a aproximadamente unos 70 metros del cruce expresan que divisó un pozo en la ruta nro. 29 que abarcaba prácticamente la totalidad de la mano por que circulaban los actores [problema]. Como de frente y por la mano contraria venía circulando un camión con acoplado, manifiesta que no pudo, en la contingencia, hacer ninguna maniobra de esquite hacia la izquierda ni tampoco hacia la derecha, toda vez que la banquina era sumamente estrecha y estaba embarrada con huellas profundas. Por dicho motivo, cuenta que no tuvo más remedio que frenar y al hacerlo el auto “se clavó” en el pozo [respuesta], lo que ocasionó que gire la parte trasera del mismo hacia la derecha, golpee el montículo de barro y envió al vehículo directamente debajo del acoplado del camión que venía circulando por la mano contraria y en inverso sentido [solución].

La evaluación de la estructura, que la jueza realiza más adelante, es que las maniobras del conductor no lograron evitar el accidente.

Por supuesto, estas no son las únicas tres estructuras que existen. Hay muchas otras, por ejemplo *definiendum-definiens* (en el que se menciona un concepto que se quiere describir, el *definiendum*, y se dan características sobre él, el *definiens*); estructuras de jerarquía (mencionar información de más importante a menos importante o viceversa), patrón estrella (describir un problema y analizar varias soluciones para el mismo problema, hasta llegar a la que es efectiva), etc.

¿Cómo empiezo a planificar?

En primer lugar, es importante tener claro cuál es el objetivo del texto que se va a escribir. Si el objetivo es narrar una serie de eventos, la mejor macroestructura es *ordo naturalis*. Si el objetivo es demostrar la relación necesaria entre dos cosas, la mejor estructura es causa-efecto. Si

el objetivo es hacer un texto descriptivo sobre las características de una cosa, la mejor estructura es la *definiendum-definiens*.

Decidida la macroestructura, es necesario pensar en qué orden voy a presentar los argumentos. Para este paso es útil armar una lista de ideas que se quieren expresar en el texto, y ordenar las ideas siguiendo una macroestructura. Cada párrafo debe contener una idea o argumento.

Si quiero introducir el tema presentándole el tema al lector, voy a usar una microestructura *definiendum-definiens*. Si quiero antes darle una introducción a la situación actual, puedo usar *ordo naturalis*. Si en vez de eso quisiera presentarle al lector una controversia que voy a intentar resolver en el transcurso del texto, puedo utilizar la microestructura problema-solución. No es necesario que todos los párrafos tengan la misma estructura, pero sí es necesario que cada párrafo tenga un argumento y una estructura.

Es muy necesario que el lector o la lectora no se desanime si no obtiene buenos resultados la primera vez. Como con casi todas las cosas de la vida, escribir buenos textos lleva práctica, y la práctica lleva tiempo. Ninguno de los escritores que admiramos, ninguno de los buenos juristas, se levantó un día y de buenas a primeras logró un texto de calidad. Todos han practicado, todos han cometido errores, y todos han aprendido con el tiempo.

Todo este esfuerzo vale la pena: cuanto mejor sea el manejo de la estructura profunda del lenguaje, tantos menos serán los problemas sintácticos en los que se incurra. Y cuanto menos sean los errores, tanto mejor serán los textos, y será mucho más la convicción que se podrá llevar al juez. Escribir bien es, en fin, un importante rasgo del buen profesional del derecho.

Referencias

- Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fallos 328:3741, “Martínez Areco, Ernesto s/Causa 3792”; sentencia del 25-10-2005.
- Juzgado Civil y Comercial N°11, Departamento Judicial de La Plata, “Estevao Osvaldo y otros c/ Ministerio de O. y S.P.- Adm Gral Vialidad s/ Daños y perjuicios-Resp Est.-Por Uso De Automot. (C/Les.)”, sent. del 15 de septiembre de 2017.
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°2, de CABA. “Fernández, Gustavo Damián y otros c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales – amparo – usuarios y consumidores”.
- Juzgado Civil y Comercial N°1, Departamento Judicial Mar del Plata, “Maile, Luis Guillermo c/ Almonacid Jeriel Vargas S/ Daños y perjuicios”, 30 de abril de 2019.
- Austen, I. (Oct. 25, 2006) “*The Comma That Costs 1 Million Dollars (Canadian)*”. New York Times, recuperado de: <https://www.nytimes.com/2006/10/25/business/worldbusiness/25comma.html>
- Carrió, Genaro (1995). *Cómo estudiar y argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Fairclough, N.(1999). "*Linguistic And Intertextual Analysis Within Discourse Analysis*". En Jaworski A. and Coupland. N. (ed) *The Discourse Reader* (183-211).
- Hoey, M. (2001). "*Signalling in discourse: a functional analysis of a common discourse pattern in written and spoken English*". En: M. Coulthard (ed.),*Advances in Written Text Analysis* (26-45). London: Routledge.
- McCarthy, M. (1996). *Discourse Analysis for Language Teachers*..Cambridge: Cambridge University Press.
- McLean C. (Agosto 21, 2007), "Rogers' comma victory found in translation", The Globe, recuperado de: <https://www.theglobeandmail.com/report-on-business/rogers-comma-victory-found-in-translation/article18143549/>
- Muñoz Machado, S. (2017) *Libro de estilo de la Justicia* (pp. 2-18). Barcelona: Espasa Libros.
- Nino, C. S. (2001) *Introducción al análisis del derecho*, 11va edición (pp.). Buenos Aires: Astrea.

CAPÍTULO 9

Coherencias e incoherencias en la cúspide del sistema

Mariana Guadalupe Catanzaro Román

Introducción y advertencias

En general diremos que subsisten en simultáneo dos ideas opuestas en torno al derecho: la volatilidad y la profundidad.

La volatilidad ocurre porque, como es sabido, las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo, rigiendo hechos, relaciones y situaciones jurídicas que no son instantáneos, sino que se configuran en una concatenada sucesión de hechos, conductas, actos y consecuencias. Estos se producen a lo largo del tiempo (Byung-Chul, 2015, 168).

La profundidad (o permanencia) se da porque debe adoptarse la precaución de no neutralizar la función antropológica de las leyes positivas, en cuanto "...necesidad de garantizarle a toda nueva generación algo 'ya dado', algo que Arendt llama en este caso 'la preexistencia de un mundo común que trasciende la duración de la vida individual de cada generación...'" (Supiot, 2012, 97). Es decir, la idea de que el derecho es pasajero y será modificado más tarde o más temprano es tan cierta como que algunos principios trascenderán tiempo, generaciones y fronteras.

Por otra parte, más concretamente, hemos de decir que las normas se formulan mediante el lenguaje escrito, y es posible que nos topemos -en la lectura e interpretación de las normas jurídicas- con problemas semánticos, sintácticos y lógicos.

Por último, luego de haber mencionado lo volátil y permanente que puede ser el derecho, y de aludir a lo problemática que puede ser su formulación e interpretación, debemos afirmar que las sociedades cambian desde la perspectiva axiológica: lo que hace unos años se consideraba virtuoso ahora no es visto de tal modo, y lo que antes se aprobaba moralmente ahora es rechazado. Pues bien, las normas que integran un ordenamiento jurídico también están sujetas a modificaciones de este tipo.

No nos toca ir por todos los conflictos que pueden presentarse en el derecho, que diversos autores clasifican en semánticos, sintácticos y lógicos. Los primeros dos conflictos fueron trata-

dos en los capítulos anteriores. Ahora nos referiremos a los problemas lógicos del lenguaje que se utiliza para redactar normas del ordenamiento jurídico.

Problemas lógicos de interpretación

Suponemos que el ordenamiento jurídico está integrado por normas que deben relacionarse de manera armónica, como parte de un todo. Pero si los contenidos de diferentes normas son contradictorios, no están especificados, o están especificados pero repetidos en dos o más normas, estamos ante problemas lógicos. Vamos a desarrollar estos problemas lógicos y analizar las soluciones que el mismo ordenamiento jurídico brinda.

Para tener en claro desde el inicio hasta el final del capítulo a qué nos referiremos, diremos que los problemas lógicos en sentido genérico (y siguiendo a Nino) son uno de los problemas de interpretación que presuponen dudas acerca de las consecuencias lógicas que se puedan inferir de ciertos textos jurídicos, por lo que queda sin determinar la calificación normativa que se estipula para cada caso. Hay problemas lógicos cuando el sistema jurídico prescribe, al menos en dos normas diferentes y para supuestos determinados, soluciones deónticas opuestas, las mismas soluciones (repetitivas) o ninguna solución en ninguna norma.

Hablamos de contradicción cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. Alchourrón y Bulygin prefieren referirse a estos casos como “inconsistencias”. Un sistema normativo es contradictorio o inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones (o consecuencias jurídicas), y lo hace de tal modo que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa.

Habrán dos elementos para detectar la contradicción o inconsistencia: a) Que haya dos o más normas se refieran al mismo caso, es decir, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad; y b) Que las normas imputen a ese mismo caso soluciones lógicamente incompatibles.

La siguiente imagen grafica claramente una contradicción:



Habremos de distinguir varias formas de contradicción.

Contradicciones entre normas jurídicas

Ocurren cuando dos normas imputan a un mismo supuesto fáctico soluciones normativas incompatibles.

En el supuesto de la imagen de la estación de servicio no vemos normas escritas con precisión. Sin embargo, hay un símbolo que prohíbe utilizar el teléfono celular y otra indicación -a menos de un metro de distancia, en el mismo lugar y con los mismos riesgos circunstanciales- que indica que está permitido utilizar el celular para escanear un código determinado y pagar el combustible. Una norma permite hacer algo que otra norma prohíbe. La caracterización deóntica del mismo acto (la utilización del celular) resulta una contradicción.

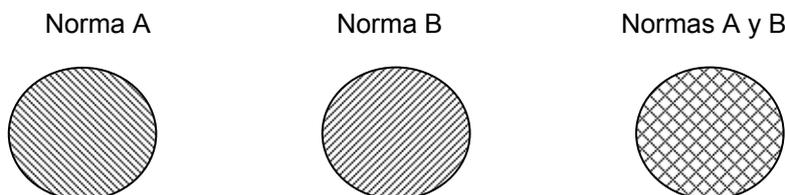
Como vemos aquí, el conflicto no se presenta porque haya una norma mal formulada, con problemas sintácticos o semánticos. El problema de las dos normas es que, de cumplir con una de ellas, estoy violando la otra. No hay manera de evitar el conflicto en la interpretación. Un cliente de la estación de servicio puede ser advertido de una falta al utilizar el servicio de pago mediante escaneo con el celular y, por exactamente el mismo hecho, puede acreditársele el pago de su compra.

Tres modos diferentes de contradicción

Veamos las formas en que puede presentarse la contradicción:

Total-total:

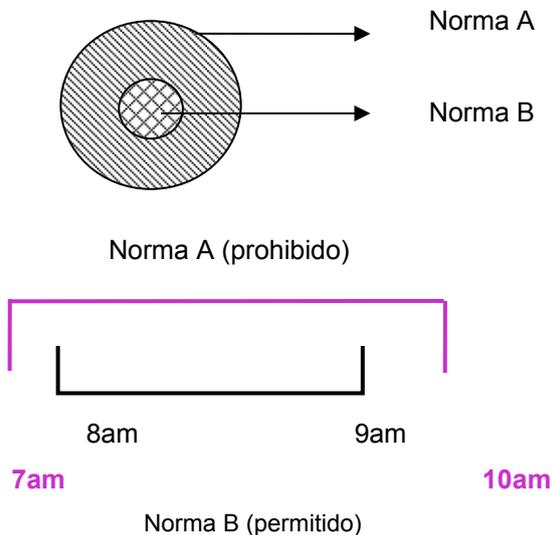
Los ámbitos de referencia de las normas se superponen totalmente. Ejemplo: “Prohibido estacionar en calle 3 de 8 am a 10 am” y “Permitido estacionar en calle 3 de 8 am a 10 am”. Ocurre esto:



La totalidad de una norma entra en colisión con otra completamente. En el ejemplo dado no hay ningún margen de las normas A o B, que pueda aplicarse sin violar la otra, pues lo que una permite siempre la otra lo prohíbe siempre.

Total-parcial:

También puede darse una colisión parcial entre dos normas, cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra norma, pero esta última comprende además casos adicionales. Por ejemplo: Norma A: “prohibido estacionar en calle 3 de 7 am a 10 am” y Norma B: “permitido estacionar en calle 3, de 8:00 am a 9:00 am”



Una norma colisiona con otra pero no completamente, pues hay márgenes donde el contenido de una de ellas no choca con la otra. Una es más amplia que la otra, y hay un ámbito donde sólo se aplica una de ellas.

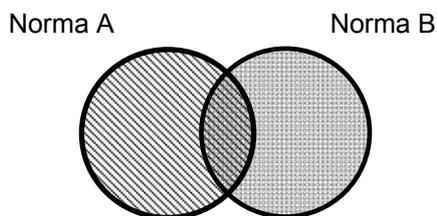
En el ejemplo que pusimos no cabe duda de que entre las 7:00 am y las 8:00 am, como así también entre las 9:00 am y las 10:00 am, está prohibido estacionar. El conflicto se da entre las 8:00 am y las 9:00 am, porque entre esos márgenes hay normas contradictorias: (A) prohíbe y (B) permite estacionar. Llamamos a este supuesto total-parcial porque la totalidad de una norma confronta con parte de la otra, mientras ésta tiene un ámbito adicional de aplicación que no contradice a la primera.

Ponemos estos ejemplos simples porque el lector se encontrará con casos semejantes cotidianamente. Por ejemplo, en la localidad de Mar del Plata, a la altura del balneario militar, hay carteles con la siguiente leyenda “No se detenga; un oficial abrirá el fuego”. Ello no sería problema si a 50 mts. de dicho cartel no hubiera un semáforo. El conductor seguramente se verá entonces ante la disyuntiva de avanzar, ignorando el semáforo en rojo (que indica prohibición de avance) y obedeciendo la orden militar, o frenar, obedeciendo la norma de tránsito, pero bajo riesgo de recibir un disparo efectuado por un oficial. Por supuesto que tal disyuntiva se dará sólo si el semáforo está en rojo.

El ejemplo de la estación de servicio y el uso de celular es también un caso de contradicción total-parcial: la utilización del celular en la primera norma es sumamente amplia sin embargo contraría otra norma que permite abonar el combustible con la utilización del teléfono celular.

Parcial-parcial:

Finalmente, diremos que puede darse que parte del campo de aplicación de una norma entre en conflicto con parte del campo de aplicación de otra, pero que ambas tienen, cada una, un campo adicional que no entra en conflicto con la otra. Ejemplo: “Prohibido estacionar en calle 3 de 7:00 am a 9:00 am” y “Permitido estacionar en calle 3 de 8:00 am a 10:00 am”.



Habiendo descrito el problema de las contradicciones, veremos ahora las soluciones previstas para los problemas lógicos: detectar la contradicción es el primer paso, ver qué norma corresponde aplicar y amparados en qué criterio, es el tema que sigue.

Soluciones a las contradicciones o falta de cohesión

Todos los intérpretes del derecho tratamos de encontrar soluciones para estos conflictos. Sobre los jueces, especialmente, recae la obligación de resolverlos aplicando ciertos principios.

Tales principios se conocen como *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, los que constituyen directrices básicas para solucionar las contradicciones. A éstos, se suma el principio de prevalencia de la materia.

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. Tampoco un contrato puede contener normas inconstitucionales).

El principio *lex posterior* determina que la norma posterior en el tiempo prevalece sobre la promulgada con anterioridad. Se supone que si la misma cuestión fáctica se debatió y se reguló normativamente en dos oportunidades diferentes, la más actual de las normas es la que predomina.

El principio *lex specialis* prescribe la preferencia que ha de tenerse por la norma que contiene una excepción o especificación, por encima de aquella cuyo campo de referencia sea más general.

Finalmente, relacionada con este último principio, podría hablarse de una preferencia en razón de materia. Tiene preferencia la norma de la rama del derecho que coincida con la rama del derecho dentro de la cual se encuadraría el caso a resolver. Es decir, si el caso se encuadra dentro de la justicia penal, y existen dos normas que podrían aplicársele (una penal y una civil), corresponde aplicar la norma penal. Hay una relación con el principio de especialidad en que la norma penal, para este caso, sería más específica que la norma civil.

Ahora bien, estos principios pueden arrojar soluciones superpuestas: situaciones donde al adoptar un principio determinado puedo llegar a una solución diferente que si aplicara otro principio. Pareciera primar el criterio de que ley superior desplaza a la ley inferior, pero ello no siempre será así. Por ejemplo, en el caso de una ruta nacional cuya velocidad máxima permitida es 110km/h, y que atraviesa un municipio donde la velocidad máxima permitida es 60km/h, primará la ley del municipio, a pesar de ser una ley inferior, porque se ponderan cuestiones vinculadas a la seguridad. En este caso de la velocidad máxima, cuando un vehículo pasa por un pueblo, lo que se hace es dejar ambas normas vigentes, pero desplazar una de ellas (la ley superior) por el trayecto que toque atravesar dentro del municipio.

En síntesis, lo que vemos frecuentemente es que normas de grada superior desplazan a normas de grada inferior, que las normas más reciente desplazan a las más viejas y las normas más específicas desplazan a las más generales. En cada caso de contradicción que surja, las partes en conflicto deberán proponer -y los jueces deberán decidir- cuál de estos principios habrá de aplicar para resolver el caso en cuestión.

Coherencia

Hay otros supuestos semejantes a contradicciones en el ordenamiento jurídico que hemos de llamar ausencia de coherencia. Este problema se presenta cuando hay distintas normas cuyos espíritus o esencias no parecen estar dirigidos en el mismo sentido. Por ejemplo, normas que defienden valores opuestos entre sí. Imaginemos un Estado que se autoproclame “comunista”, pero en simultáneo realice reformas en su Constitución para permitir y garantizar a inversores extranjeros sus inversiones y la adquisición de bienes de propiedad privada. El art. 5 de la novel Constitución reformada cubana dice:

El Partido Comunista de Cuba, único, martiano, fidelista, marxista y leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, sustentado en su carácter democrático y la permanente vinculación con el pueblo, es la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado. Organiza y orienta los esfuerzos comunes en la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista. Trabaja por preservar y fortalecer la unidad patriótica de los cubanos y por desarrollar valores éticos, morales y cívicos.

Más adelante, los arts. 28 y 29 expresan lo siguiente:

ARTÍCULO 28. El Estado promueve y brinda garantías a la inversión extranjera, como elemento importante para el desarrollo económico del país, sobre la base de la protección y el uso racional de los recursos humanos y naturales, así como del respeto a la soberanía e independencia nacionales. La ley establece lo relativo al desarrollo de la inversión extranjera en el territorio nacional.

ARTÍCULO 29. La propiedad privada sobre la tierra se regula por un régimen especial.

La falta de concordancia en la Constitución cubana podría plantearse al advertir que la protección de las inversiones extranjeras de países con otras economías no marxistas-leninistas, y la existencia de la propiedad privada del art. 29 de esa norma, parecen alejarse del ideario del artículo quinto.

La norma en cuestión parece tener una dirección, para luego desviarse amparando a la propiedad privada y a los inversores extranjeros.

También puede verse esta falta de concordancia en nuestra Constitución nacional, concretamente en cuanto a los vínculos entre iglesia y estado. En nuestro ordenamiento jurídico hay enunciados que responden a un sistema confesional y otros enunciados que parecen promover un sistema laico. Obviamente, las implicancias que ha de tener la adopción de un modelo confesional o de un modelo laico son totalmente opuestas⁹⁰. A esto, también llamamos falta de coherencia.

Veamos nuestra Constitución nacional: El Preámbulo realiza una serie de proclamaciones y dice que aquellos deseos son para “nosotros, nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”. Hay una invitación que pareciera extenderse a todos los habitantes del mundo. Sin embargo, se pregona que en Argentina, Dios es fuente de toda razón y justicia. Se invita a habitar el suelo de nuestro país a todos, pero haciendo la salvedad que el nuestro es un Estado teísta, y que existe un ser superior que es fuente de “toda razón y justicia”. Algún no creyente podría dudar de si es alcanzado por esa invitación.

El artículo 2 dice textualmente: “El Gobierno federal sostiene⁹¹ el culto católico apostólico romano”. Sin embargo, la libertad de culto está contemplada en los artículos 14 y 20 de la Carta Magna, y, por otra parte, el art. 19 dice textualmente:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación se obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

⁹⁰ Confesional es aquel que adopta una religión específica para sí. Escoge darle prioridad a una religión, aun reconociendo que se profesan otras creencias dentro de su territorio. Asimismo, existen Estados pluriconfesionales, aquellos que extienden algunas prerrogativas a varias denominaciones religiosas de su país. En ambos casos, si el Estado es confesional o pluriconfesional nos encontramos ante un Estado que, en principio, no niega la libertad de cultos sino que le da determinados privilegios a una o a varias religiones por las razones que estima corresponder. Por su parte, el Estado laico se encuentra en las antípodas de este concepto. Desde luego no niega la religiosidad o las cosmovisiones, pero no otorga ningún privilegio o mención singular a ninguna de ellas. El Estado laico es aquel que se mantiene neutral respecto de todas las religiones.

⁹¹ Podríamos atacar la ambigüedad de verbo “sostener”: ¿A qué llamamos “sostener”? ¿A coincidir ideológicamente? ¿A destinarle recursos económicos? Es la ambigüedad (y su vaguedad potencial) de esta palabra la que llevó a que el art. 2 fuera uno de los más discutidos en la asamblea constituyente de 1853. Se discutieron en aquél entonces varias versiones, y se decidió por esta, por ser menos explícita que las demás. Ver: GELLI, M. A. (2004) *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, segunda edición. Buenos Aires: La Ley, p. 28 y ss.

Como si fuera poco, el art. 16 sostiene: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley (...)”.

Con todas las cartas echadas sobre la mesa, diremos que aquí está el centro del problema: en ocasiones nuestra Constitución nacional se vuelca por la laicidad, la protección de la intimidad, la libertad de cultos, etc. y, en otras, hace menciones que nos recuerdan que el estado argentino es teísta y que sostiene el culto católico, dejando fuera a los ateos y agnósticos, y obligando a la ciudadanía completa -católica o no- a sostener ese culto.

Carlos Santiago Nino (1992, 287) se refería así a este asunto:

El sostenimiento de un culto en particular implica violar el principio igualitario que está implícito en la idea de libertad de cultos: los que profesan el culto preferido tienen más facilidades para hacerlo que los que profesan otras religiones o desean sustituir las prácticas religiosas por otras actividades que dan sentido a su vida. Estos otros individuos están contribuyendo con sus impuestos y otras cargas al culto privilegiado y deben adicionalmente sostener su propio culto o actividad sustitutiva. Además de la dimensión económica, ese apoyo, aunque se limite al plano de la nacionalización de un culto, tiene un valor simbólico importante: implica considerar privilegiados a los ciudadanos que profesan el culto preferido sobre los que no lo hacen, que son así, implícitamente clasificados en una categoría inferior.

El problema de esta falta de coherencia es que la resolución lógica del conflicto es aún más difícil que en las contradicciones, pues todos los artículos que trajimos a colación y el Preámbulo pertenecen a la misma norma, dictada en la misma oportunidad, y con el mismo nivel de especialidad. Esto significa que el conflicto no podría solucionarse ni aun apelando a los principios *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*.

La Dra. María Angélica Gelli (2013, 37), por su parte, argumenta que si el estado sostiene económicamente ese credo es porque lo considera verdadero y comulga con sus ideas, puesto que no daría recursos para algo que no apruebe o con lo que no comulgue.

El debate cobra vigencia cada vez con mayor vehemencia. Como podrá advertir el lector, cuando se habla de consumo de estupefacientes, educación sexual en períodos escolares, aborto, matrimonio entre personas del mismo sexo y otras cuestiones atravesadas por una moral cristiana, el marco del debate pareciera tener más límites que de costumbre por la utilización del lenguaje natural. Aquí el principal escollo será develar cuál es el espíritu de nuestra norma fundamental, el marco de discusión de cada tema: ¿Es la autonomía de las personas? ¿O la intromisión y lineamientos de un estado que promueve la religiosidad?

Este problema de falta de coherencia parece no encontrar soluciones fáciles. El ejemplo que trajimos pareciera dejar una única alternativa viable y definitiva: la modificación de nuestra norma fundamental. Mientras tanto, cada juez verá en cada caso concreto cómo resuelve los conflictos que, como consecuencia del problema descrito, se presenten.

Animamos al lector a leer el fallo “Castillo, Carina Viviana y Otros c/ provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Provincia de Salta”, del 12 de diciembre de 2017, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese caso de la educación religiosa en las escuelas públicas de la Provincia de Salta, se presentaron conflictos entre normas con contenidos contradictorios: la ley de educación provincial tenía contenidos contrarios a la ley nacional de educación, y además faltaba coherencia entre diferentes normas cuya finalidad, línea o dirección son realmente opuestos: la ley de educación sexual integral, la ley de identidad de género, la ley de salud mental, el nuevo Código Civil y Comercial, etc., promueven la autonomía de la voluntad. El adoctrinamiento religioso se aleja de ese ideario y, al contrario, lo restringe.

Se espera que todas las normas que integran este gran sistema que hemos de llamar ordenamiento jurídico estén naturalmente relacionadas entre sí. La relación entre las normas se concreta de manera armónica, porque todas las normas han sido pensadas bajo la misma órbita, bajo el mismo ideario. En consecuencia, no nos debiera sorprender el contenido de ningún enunciado, pues las normas siempre debieran guardar coherencia entre sí.

Si el desarrollo de los ejemplos fue exitoso, el lector verá que no existe tal cohesión en el caso de la instrucción religiosa dada en escuelas públicas en Salta, y tampoco al consagrarse la propiedad privada y la protección de las inversiones extranjeras en la Constitución de la República de Cuba.

Redundancia



Aquí presentamos otro problema: la redundancia normativa. En la imagen se advierte que los ciclistas pueden circular tanto por la senda marcada en la calle como por la rambla (o bule-

var). En principio, pareciera que no es grave ni conflictivo que dos normas con el mismo contenido expresen las mismas consecuencias normativas (permitido circular en bicicleta).

Si fuéramos el ciclista, podríamos razonablemente dudar respecto de por dónde deberíamos circular. Más serio sería el caso del peatón quien podría considerarse seguro caminando por el bulevar, confiado en que las bicicletas usarán la acera, y toparse con un ciclista que entienda las normas de manera diferente. En caso de una colisión, o de provocarse daño a alguna persona, la cuestión cobraría verdadera relevancia.

En eso consiste el problema de la redundancia: hay dos normas que, referidas al mismo supuesto (andar en bicicleta, en el caso) lo califican deónticamente de la misma manera (permitido transitar): allí hay una doble regulación que da lugar a un conflicto de interpretación.

Esto ocurre porque los destinatarios de las normas partimos del supuesto de que el legislador es un ser racional, y que, como ser racional, no comete errores. Por ende, tendemos a pensar que una norma “repetida” no es un error del legislador, sino que él la repite a propósito, para transmitir un significado *extra*, que el destinatario deberá captar.

Imaginemos este otro supuesto de redundancia, pero en el que se utilizan diferentes términos: “prohibido abortar” y “prohibida la interrupción de la vida intrauterina”. Si ambas se refieren a los mismos supuestos fácticos, expresarlo de diferente manera podrá dar lugar a que buscáramos una explicación para la redundancia. Por ejemplo, podríamos pensar que el término “abortar” es más amplio que “interrumpir la vida intrauterina”, en que esta última fórmula no alcanza a la destrucción de embriones de probetas. Cuando surgen estos conflictos de interpretación por redundancia normativa, el juez se transforma en legislador, a fin de eliminar el conflicto.

Lagunas en el derecho

Otro conflicto lógico son las lagunas del derecho. Decimos que hay lagunas cuando el sistema jurídico no brinda una solución normativa a un caso concreto, aunque sí debería hacerlo. Es decir que hay lagunas cuando una determinada conducta o un determinado hecho no están normados.

Por supuesto, para que haya una laguna, la conducta sobre la que no se ha expedido el legislador no debe ser una banalidad, sino debe ser una que requiera que el legislador cree indicadores o entregue herramientas -esto es, normas- sobre cómo debe actuarse ante esa situación. La comunidad, por diversas razones, aguarda que el legislador se expida al respecto, y el legislador no lo ha hecho.

Se ha explicado, al momento de caracterizar el ordenamiento jurídico, el rol trascendente que tiene la completitud, y no es para menos. En ocasiones, se espera encontrar una respuesta categórica del sistema normativo para todo hecho o toda conducta, y el silencio nos resulta insoportable desde una perspectiva lógica o desde el punto de vista moral.

Un ejemplo añejo y un tanto macabro que se registra en nuestros libros históricos de casos es el de los *Caballeros de la noche*. En noviembre de 1883, un grupo de individuos, autodenominados

“Caballeros de la Noche”, sustrajeron un cadáver del cementerio de la Recoleta, en la Ciudad de Buenos Aires. Luego enviaron una carta a los deudos que, en su parte medular, decía así:

[...] venimos sin más comentarios, a participarles a Uds. que los restos mortales de su finada señora madre, doña Inés de Dorrego, que reposaban desde poco tiempo en la bóveda de la familia de los Dorrego, han sido sacado por nosotros mismos en la noche pasada del 24 al 25 del corriente mes, y que por consiguiente se encuentran en nuestro poder fuera del camposanto de la Recoleta [...] Con más claridad y en resumen: ustedes doña Felisa Dorrego de Miró y familia, nos abonará en el término de veinticuatro horas, la cantidad de dos millones de pesos moneda corriente, que son ochenta mil patacones, si quieren que los restos de su finada madre, doña Inés de Dorrego, sean devueltos y respetados al santuario mortuorio de la familia de donde han sido sacados, sin que nadie siquiera sepa lo sucedido, se lo juramos. Hemos tratado de no dejar rastros, impidiendo de esta manera, que al ser público el hecho desde un principio, llegue al conocimiento de la autoridad que os perjudicará ella misma con su celo. Los Caballeros de la Noche.

Como dijimos al comienzo de este capítulo, por razones diversas, se espera que determinadas conductas estén alcanzadas por alguna norma. Sin embargo, en el caso de marras, no fue así. Los imputados recibieron condenas irrisorias y así concluía la fundamentación del fallo:

Los Caballeros de la Noche, por el sólo hecho de asociarse, eso sí, de forma muy extraña, no han concurrido en responsabilidad penal, pues no obran constancias que dicha asociación fuera hecha con el fin determinado de cometer un crimen o delito o cual sí configuraría el denominado “complot”. Tampoco se ha configurado la violación de domicilio, pues el simple buen sentido enseña que los muertos no tienen domicilio.

Descartada también la tentativa de estafa, no sucede lo mismo en cuanto a la calificación de amenazas y coacciones, delito previsto por los arts. 296 y 297, que se verifica cuando la amenaza se hiciera con el objeto de que se deposite una suma de dinero, que es lo que se ha pretendido llevar a cabo por medio de la expresada carta, amenazándose a la familia Dorrego, con un mal que no constituye delito, como es el de arrojar las cenizas al viento y la venganza indeterminada a la que la carta se refiere.

Por inmoral y odiosa que sea la acción de Peñaranda y los suyos, por más merecida que se repute la reprobación de la conciencia pública, hay que reconocer que nuestra legislación no ha incluido entre las infracciones del derecho penal el principal hecho de este proceso, el que ha impresionado tan hondamente a las diversas clases de la sociedad, me refiero a la violación de sepultura y sustracción del cadáver de la señora Dorrego; si la ley ha guardado silencio a este respecto, la misión de la justicia se llena prestándole todo su acatamiento.

El resumen del conflicto se encuentra en la oración que señala que, al guardar la legislación silencio al respecto (o, como veníamos diciendo, al ser esta una conducta no normada), los jueces no pueden sancionarla.

Con el ejemplo concreto en mente, veamos las opiniones doctrinarias y adelantemos las soluciones al caso descrito que darían algunos autores.

Hans Kelsen sostiene que un ordenamiento jurídico normativo no puede tener lagunas; lo que, dicho de otra manera, equivale a sostener que todo sistema normativo es necesariamente completo, sin espacios vacíos de juridicidad. Ello ocurre en virtud del llamado “principio de clausura” (principio de orden lógico), según el cual todo lo que no está prohibido está permitido. Así, ante un caso como el de los Caballeros de la Noche, sobre el cual la ley ha guardado silencio (esto es, no lo ha prohibido), habrá de considerarse a tal conducta, necesariamente, como permitida, más allá del repudio moral que pueda merecernos.

Del Vecchio y Recaséns Siches, por su parte dirán que el derecho no tiene lagunas porque ofrece medios para que los jueces puedan eliminarlas. Según Alchourrón y Bulygin esto es tan irrazonable como decir que los pantalones no pueden tener agujeros, porque siempre hay sastres que los remienden. Evidentemente si afirmamos que hay remedios jurídicos para solucionar los casos de lagunas, no se puede inferir que éstas no existan.

Von Wright, ocupándose del principio de clausura, distingue la permisión en sentido fuerte (existencia de una norma que declara que algo ha sido permitido) de la permisión en sentido débil (permisión como ausencia de prohibición). De ello ha derivado una demoledora crítica al principio de clausura. Esto, porque si el ‘permitido’ que allí aparece lo es en sentido fuerte (si existe en el sistema una norma como la consagrada por el art. 19 de nuestra Constitución nacional), la regla sería contingente, accidental y sujeta a la voluntad de los legisladores, lo que es contradictorio con su postulación como principio; si lo es en sentido débil, resultaría una tautología vacía de todo contenido porque equivaldría a sostener que lo que no está prohibido está débilmente permitido, o que lo que no está prohibido no está prohibido.

Por su parte, Carlos Cossio sostiene que la permisión de la 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 restringir la libertad de acción. Cuando no lo hace, esa libertad resurge en permisión de la conducta, que es un componente ontológico de ella. Alchourrón y Bulygin afirman que esto es aceptable sólo si se está dispuesto a aceptar verdades metafísicas expresadas en enunciados sintéticos de la realidad.

También rechazan las posiciones de Del Vecchio y Recaséns Siches, que sostienen que al tener los jueces medios para eliminar las lagunas, el derecho no las tendrá (Del Vecchio, Giorgio, Barcelona, 1947, p. 330 y Recaséns Siches, Luis, México, 1959, p. 220). Que haya remedios para solucionar la “enfermedad” de las lagunas no permite inferir que no existan, sino más bien, las enfermedades son presupuestos para que existan los remedios.

Una de las posibles soluciones para completar estos espacios vacíos de juridicidad consiste en aplicar alguna otra norma por analogía. Esto significa que el juez mirará los hechos del caso

particular, buscará en la jurisprudencia otro caso con hechos similares, y tomará la norma que se haya utilizado para resolver la cuestión en aquel caso y la aplicará para resolver éste.

La aplicación analógica no se hace por igual en todas las ramas del derecho: hay algunas ramas donde se permite hacerlo en mayor medida, porque la aplicación analógica no constituye una amenaza a la seguridad jurídica del justiciable. Por ejemplo, se pueden encontrar instancias de aplicación analógica de normas en el derecho civil o en el derecho comercial, etc. En cambio, la aplicación analógica es muy restringida en el derecho penal, porque de permitirse podría ser utilizada abusivamente por los operadores jurídicos, y poner así en especial riesgo uno de los bienes más preciados del ser humano: la libertad.

En todo caso, ante una laguna jurídica, los jueces deberán alertar y hacer saber al Poder Legislativo de su existencia y de que se aguarda la regulación respectiva. Esto ocurre a veces en fallos, pero también en los documentos de conclusiones que se redactan en jornadas y simposios. Cuando el lector de este trabajo encuentre en alguna publicación la fórmula latina *de lege ferenda* [para una futura ley] debe saber que las conclusiones de tal publicación están dirigidas a todos, pero especialmente al legislador, con la intención de que legisle teniendo en cuenta lo dicho.

Otros conflictos lógicos

Extendiéndonos un poco más en los conflictos lógicos -esto es, en la aplicación de las normas- veremos la inoperancia de ciertas normas jurídicas. Este es un conflicto que surge cuando las normas no pueden ser aplicadas porque se presumieron mal los hechos a los cuales regulan o el derecho al que se remite. Entonces, la condición de aplicación no puede darse, o la conducta que prescribe es de imposible cumplimiento.



Evidentemente la presuposición realizada en la imagen que antecede es que existen los objetos voladores de este tipo y, porque existen, es posible permitirles que estacionen en un lugar destinado a ello.

Lo mismo podría decirse de una norma que sancione a un soltero bígamo: claramente, si es soltero no es bígamo. Otro ejemplo de norma inoperante es aquella en que se indique quién ocupará el cargo de presidente de la nación en el caso de un golpe de estado.

Estos conflictos lógicos, aunque parecen burdos, se pueden encontrar más a menudo de lo que uno imaginaría. El Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 2338, dice: "En la sucesión testamentaria, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para *los herederos enumerados en el primer párrafo del art. 2337*" (el énfasis es mío). Pero el art. 2337 solo tiene un párrafo. El art. 2338 presume erróneamente que existe más de un párrafo en el art. 2337. Lo mismo ocurre con los arts. 16 del mismo cuerpo normativo.

Referencias

- Byung- Chul, H. (2015). El aroma del tiempo. Un ensayo filosófico sobre el arte de demorarse. Barcelona: Herder. Pp. 168 y ss.
- Del Vecchio, Giorgio. Filosofía del Derecho, trad. cast. de L. Legaz y Lacambra, 5ª ed., Barcelona, 1947, p. 330 y ss.
- Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley, Buenos Aires, 2013, 4a ed., 6a reimp., t. 1., pág. 37.
- Nino, C. S. Fundamentos de Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitución. Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 287.
- Nino, C.S. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires, Astrea. 2003. Pág. 97 y ss.
- Recaséns Siches, L. Tratado General de Filosofía del Derecho, México, 1959, México, p. 220.
- Ross, A., Sobre el Derecho y la Justicia, Bs. As., 1963, Editorial EUDEBA, Traducción G. Carrió. Buenos Aires 1970. Pags. 13, 26 y cc.
- Santos Giordano, Alberto Raúl. Código Penal Comentado de acceso libre. Sustracción de cadáveres. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc38291.pdf>, consultado el 10 de octubre de 2019.
- Supiot, A. (2012). Homo juridicus. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. P. 259.

CAPÍTULO 10

El derecho y los métodos de interpretación jurídica

Santiago J. Staffieri

Las sociedades vienen mostrando, desde finales del siglo XX, una evolución rápida y constante en numerosos aspectos. El derecho no es ajeno a este fenómeno y necesita adecuarse y adaptarse a los avances que se van dando en todas las direcciones, desde las nuevas construcciones y deconstrucciones culturales hasta la innovación tecnológica que parece no encontrar un techo.

Sabemos que el derecho se expresa a través de normas y que las mismas, por lo general y a pesar de cualquier esfuerzo intelectual, no refieren un sentido unívoco. En función de ello, la interpretación siempre aparece en donde el lenguaje se impone como medio para la comunicación.

Sin embargo, los métodos de interpretación tradicionales han quedado cada vez más lejanos ante las nuevas perspectivas que, con posterioridad a la segunda guerra mundial, se han desarrollado en materia jurídica. El presagiado fracaso del positivismo jurídico y el reconocimiento de los derechos fundamentales en cada una de las constituciones contemporáneas y en los tratados internacionales, imponen una nueva mirada de los métodos de interpretación jurídica, que hasta este fenómeno reposaban exclusivamente en la ley en tanto producto del legislador.

Este nuevo punto de vista permitió que hoy en nuestro país existan nuevas directivas en materia interpretativa. Como veremos, las nuevas variables planteadas por el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, demandan una visión interpretativa que esté en consonancia armónica con el sistema jurídico. En este sentido, se incorpora -como nuevo faro- a los instrumentos normativos propios del derecho internacional de manera que resultan reglas operativas y coexisten con el derecho interno, dejando de lado la vieja concepción sostenida por el positivismo legalista.

En la actualidad, nos preguntamos cómo interpretar a la norma desde sus “*palabras*”, su “*finalidad*”, teniendo en consideración los principios y valores jurídicos. A ello se suma la necesidad de dar resoluciones razonablemente fundadas, por lo que la interpretación jurídica se vuelve una necesidad propia del derecho, aunque no resulte suficiente para motivar la toma de decisiones por parte de los jueces. Así es que cobran fuerza ideas como las de Neil MacCormick, quien sostenía que a toda norma subyace un valor, o la concepción de principios jurídicos en los términos expuestos por autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy.

Con este panorama, en este capítulo se pretenderá conceptualizar a la interpretación en el derecho, respondiendo inicialmente a la pregunta “¿a qué llamamos interpretar?”, para lo cual se tendrán en consideración las nociones tradicionales y actuales. Luego, se pasará revista a los tradicionales métodos de interpretación, para pensar si los mismos se adecuan a las exigencias actuales de nuestro sistema jurídico. Por fin, se examinará en los capítulos siguientes el enfoque que plantean las teorías de la argumentación jurídica como nuevo paradigma en esta materia.

¿A qué llamamos “interpretar”?

Según la Real Academia Española, la palabra “interpretar” –en su primera acepción– es explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto. Consecuentemente, podemos decir que “interpretar” es desentrañar, descubrir desde las entrañas de un objeto, desde lo más profundo, un significado. Esta primera aproximación implica, sin embargo, sostener que existe un significado único que debe ser descubierto, traído a la luz.

Esta concepción no se ve reflejada en los postulados racionalistas de la escuela exegética, desarrollada en Francia en el siglo XIX, y que tuviera como eje el Código de Napoleón sancionado en 1804. Para tal ideario, las leyes son claras, precisas y perfectas, por lo que brindan soluciones a todas las controversias humanas. Aquí no será necesaria la interpretación, ya que los jueces quedan reducidos a una tarea mecánica y automática. Tal como lo pronunciaba Montesquieu, “el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ellas”.

Esta definición, sin embargo, resulta incompleta y se superará comprendiendo que “interpretar” también puede tener otra significación: adjudicar o atribuir un sentido. Es decir que, los textos no se considerarán con un significado propio, sino que es el intérprete quien lo atribuye o, mejor, los atribuye, porque tampoco se habrá advertido que tales significados pueden ser múltiples.

Otra es la cuestión cuando nos hacemos la pregunta sobre qué interpretamos. Si lo que se interpreta es el texto de la ley, se buscará el significado de las palabras. Pero para otras vertientes tal cosa se insuficiente. Cossio por ejemplo, entenderá que se interpretan conductas humanas vistas a través de las normas. Es decir los jueces no interpretan las leyes (normas jurídicas), sino que interpretan o comprenden conductas a través de ciertos esquemas de interpretación – tipos, estándares – que son las leyes (normas jurídicas). Algo parecido ocurrió en su momento con el método dogmático.

Esto nos muestra que nuestra respuesta a la problemática de la interpretación dependerá, en buena medida, de qué sea aquello que se pretenda interpretar.

Clases de interpretación

La interpretación puede ser concebida desde distintas perspectivas o puntos de vista, y en este sentido, es posible realizar distintas clasificaciones, según los diversos parámetros que se tengan en cuenta.

En primer lugar, la interpretación puede hacerse lisa y llanamente atendiendo al sujeto que la lleve a cabo. En este caso, podemos identificar tres agentes, cada uno con funciones determinadas y diferentes entre ellas, encargados de llevarla a la práctica: los legisladores, los jueces y los doctrinarios o juristas.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que la interpretación puede seguir modos o estilos diversos, tal actividad puede realizarse de manera objetiva o subjetiva. Aquí se tendrá en consideración cómo es la relación entre el sujeto que realizará la interpretación y el objeto a interpretar.

Por último, y siguiendo las ideas expuestas por Alf Ross, es posible reconocer tres tipos de interpretación, según la incidencia que tengan a su respecto los denominados factores pragmáticos en la administración de justicia. Tal como lo define el destacado jurista escandinavo, estos factores pragmáticos son “consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas” (2005, pág. 181/182).

Sentado ello, pasaremos a desarrollar brevemente cada uno de estos tipos de interpretación, de acuerdo a los criterios señalados precedentemente.

Interpretación según los agentes que la realizan

Esta modalidad clasificatoria tiene en cuenta al agente u órgano que realiza la interpretación, es decir, depende de nuestra respuesta a la pregunta: ¿quién realiza la interpretación?

Para comenzar distinguiendo a la interpretación de acuerdo a los sujetos que la llevan a cabo, reconocemos en primer lugar a la interpretación legislativa –también llamada interpretación auténtica– como aquella que de manera aclaratoria realiza el legislador de una norma jurídica, mediante una nueva norma que posee la misma jerarquía y obligatoriedad que la interpretada. Se trata de las ocasiones en las que una autoridad legislativa precisa el significado de una disposición en el ámbito de sus competencias, y produce de este modo efectos jurídicos. El autor español Rodríguez Toubes-Muñiz entiende que la aclaración del legislador es una interpretación que decide un significado, y por tanto no muy distinta de la que hacen los jueces (una diferencia es que estos aplican el Derecho en concreto, mientras que el legislador lo decide en abstracto).

En segundo término, podemos identificar a la interpretación judicial como la que realizan los jueces al momento de aplicar la norma a un caso concreto, para dictar su sentencia. Esta es obligatoria solamente para las partes en juicio.

Por último, la interpretación doctrinaria es aquella que es realizada por los juristas, por los científicos del derecho. Su tarea es primordialmente teórica-sistemática, en cuanto pretenden conocer mejor el derecho, y no puede ir más de “proponer” al legislador o al juez las interpretaciones que estime como justas. El doctrinario intenta ordenar y sistematizar el orden jurídico, plantea la creación de ficciones para ensayar las normas a aplicar, da publicidad a sus opiniones y permite esclarecer lo que dicen las normas. Así, tal como planteaba Kelsen, es posible afirmar que la interpretación que realiza la ciencia jurídica es pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas.

Interpretación según el modo

También tomando como referencia a Alf Ross, es posible distinguir el estilo o modo en que se realiza la interpretación, y así sostener que la misma puede ser subjetiva u objetiva.

La interpretación subjetiva se propone descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que quiso comunicar éste. Por su parte, la interpretación objetiva sería aquella que procura establecer el significado comunicado, es decir el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo, desligado de su autor.

Ross entiende que, así como un contraste absoluto entre intención y comunicación, la distinción es insostenible. Dice el autor escandinavo que la intención es inaccesible por ser un fenómeno de conciencia interno del autor, mientras que la comunicación como tal no tiene un significado objetivo preciso. Esto es así porque la comprensión varía con los datos de interpretación que el destinatario toma en cuenta.

Por lo tanto, concluye Ross, la interpretación subjetiva es aquella que se logra al considerar no sólo la expresión lingüística, sino todos los otros datos relevantes: el contexto y la situación, que incluye las opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo haya guiado a formular la expresión, entre otros factores.

Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención, por lo que la diferencia depende de los datos que se toman en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que puedan arrojar luz sobre el significado, en particular, todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. Por otro lado, la interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión.

Interpretación según el alcance

Por último, veremos el criterio clasificatorio de la interpretación que presta atención a la amplitud o alcance de la misma, teniendo en cuenta para ello la teoría expuesta por Ross respecto a los denominados “factores pragmáticos” y su posible aplicación por parte del intérprete.

La interpretación, sobre la base de los factores pragmáticos, puede ser de tres tipos:

a) especificadora: cuando entre *varias* posibilidades interpretativas, todas razonables y atendibles, dentro del significado lingüístico natural del texto, los factores pragmáticos resultan determinantes para la elección de una de ellas. Aquí es pertinente tener en cuenta el buen criterio, el sentido común, las estimaciones que resulten apropiadas al caso concreto.

Para ejemplificar una interpretación de este tipo es suficiente con ver la reglamentación que se hizo en Argentina sobre la Ley de Fertilización Asistida. El artículo 8 del decreto reglamentario N° 956/2013 de dicha ley N° 26.862, al definir el alcance de la cobertura de los tratamientos, dispuso lo siguiente:

En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos.

Esto no parece traer inconvenientes, en tanto se reconocen tratamientos de alta y de baja complejidad, y la cobertura de los mismos por un determinado período. Sin embargo, ese período parece ser diferente no solamente por la cantidad de tratamientos cuya cobertura se reconoce: también ocurre que el término “anuales” aparece solamente para referirse a los tratamientos de baja complejidad y no así a los de alta complejidad. El intérprete deberá entonces realizar una interpretación de tipo especificadora por aplicación de los factores pragmáticos, a fin de determinar si la cantidad de tres tratamientos de alta complejidad que se reconoce también son anuales – y por lo tanto se renovarían transcurrido ese plazo –, o si serán 3 durante toda la vida de quien quiera acceder a los mismos⁹².

b) restrictiva: se da en los casos que, ante un determinado campo de referencia semántico, se excluye la aplicación de una solución que, a la luz del uso natural y corriente, resultaba lógicamente correcta, por acción de los factores pragmáticos. Esto implica reducir la aplicación de la norma, dejando de lado casos que, en principio, parecían contemplados por ella.

Supongamos que, en los jardines del Real Alcázar de Sevilla, una norma dijera lo siguiente: “Prohibido tocar las plantas”. Siguiendo el tenor literal de la norma, no habría persona que pueda tener contacto de ningún tipo con los árboles, arbustos, palmeras y demás especies que deleitan la vista del visitante. Pero si antes de abrir las puertas a los visitantes llegaran los jardineros para podarlas en cumplimiento de su labor y con el fin que éstas conserven su prolija forma ¿incumplieron con la prohibición de tocar las plantas?

En este supuesto, haciendo una interpretación restrictiva de la norma, los jardineros tienen permitido tocar las plantas porque de lo contrario no sería posible que puedan cumplir con su

⁹²Esta cuestión fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Y., M. V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud”, sentencia del 14 de agosto de 2018 (Fallos 341:929).

trabajo, de manera tal que, por aplicación de los factores pragmáticos, la norma se interpreta restrictivamente.

c) analógica o extensiva: cuando se amplía el campo de referencia semántico de la norma de acuerdo a los factores pragmáticos. De esta manera, se aplica la regla a una situación que, vista desde su sentido lingüístico natural, no estaría comprendida, extendiéndose el campo de aplicación de la regla a una situación fáctica que inicialmente no se encontraba alcanzada por ella.

Veamos un ejemplo. Supongamos que, en una parte del Parque San Martín de nuestra ciudad, hubiera un cartel que estableciera la prohibición de ingresar con perros. ¿Podría ingresar en esa zona un caballo? Si nos atenemos al campo de referencia semántico de la norma, la prohibición sólo se extiende a los perros y no a los caballos. Pero si la finalidad fue conservar una porción del parque de manera más limpia y sin ningún tipo de peligro para los vecinos que pudieran no tener amistad con los canes, por aplicación de los factores pragmáticos, la prohibición deberá extenderse también a los caballos y a todo otro animal que pueda causar molestias o desorden ambiental en esa porción del parque. De modo que, analógicamente, extendimos la prohibición que en principio era sólo para los perros.

Métodos de interpretación

Un reconocido autor argentino, Ricardo Guibourg, considera a los métodos de interpretación como “reglas técnicas que privilegian alguna propiedad interna o externa de las normas para conferirles un sentido único” (Guibourg, pág. 135).

Los métodos de interpretación resultan ser pautas predeterminadas que indican los medios y el procedimiento necesarios para determinar la solución para un caso presentado en hechos concretos.

El jurista español Juan Antonio García Amado sostiene que el método jurídico puede tener una función normativa o descriptiva. Un método es normativo si se propone con el fin de que sirva de regla o pauta para el juez. En cambio, un método es descriptivo “cuando no se propone para regir el razonamiento del juez, sino que se extrae del análisis de tal razonamiento”.

A todo ello, cabe agregar que a cada método interpretativo le subyace una concepción acerca de lo que significa interpretar. Ha sido Cossio quien advirtió que las concepciones interpretativas son previas a los métodos de interpretación, ya que el método presupone un concepto predeterminado acerca de qué quiere decir o qué significa “interpretar la ley”.

De esta manera, Cossio ha realizado una clasificación filosófica de las concepciones interpretativas que subyacen a los tradicionales métodos de interpretación de la ley, reconociendo dos grandes concepciones: por un lado, las intelectualistas, y por otro, las voluntaristas.

Métodos intelectualistas

Las corrientes intelectualistas o tradicionales en materia interpretativa son las primeras en surgir, y parten del supuesto de que la labor que realiza el intérprete consiste en un acto de conocimiento, puramente intelectual, y se agota en él. Para esta concepción, interpretar es conocer, y sólo conocer, normas jurídicas.

Entienden que, a partir de un método de interpretación, es posible extraer la única solución correcta que encierra una norma, y que dicha solución se logra mediante un proceso puramente intelectual, con intervención exclusiva del entendimiento, sin participación de la voluntad.

En definitiva, se trata de descubrir la única interpretación posible a través de un acto de exclusiva racionalidad.

A continuación, se expondrán de manera breve los principales métodos de corte intelectualista que se han desarrollado en relación a la interpretación normativa.

Método gramatical

Es aquel que aplicaban en la Edad Media (durante los siglos XII al XIV) los glosadores y postglosadores. Estos eran los primeros intérpretes que se encargaban de traducir los textos del latín al nuevo idioma (que hoy conocemos como italiano) que se desarrollaba especialmente en el norte de Italia. Para ello, cuando tenían dudas acerca de la interpretación de cierta palabra, formulaban aclaraciones en lo que se denominaron “notas”, situadas como glosas entre líneas o a un costado del texto.

Entendían que las palabras resultaban expresiones aisladas, por lo que la tarea del intérprete se resume a comentar y desarrollar las significaciones usuales de los vocablos. De este modo, se centran en la búsqueda de sinónimos para amplificar o reforzar la expresión de las palabras, de la misma manera que recurrían a su etimología (origen del término, razón de su existencia y significación). Otro recurso era emplear ejemplos a través de frases, para demostrar la constancia de la significación en la mayoría de los casos. Finalmente, recurrían a los llamados textos paralelos –como la Biblia–, tomando frases de aquellos considerados de autoridad para mostrar que el sentido que atribuía a una palabra era allí similar.

Las críticas que ha recibido este método es que, al menos, resulta insuficiente. Esto es así, porque al atenerse únicamente a las palabras aisladas, no tiene en cuenta que las mismas se encuentran insertas en el marco de una proposición normativa, que a su vez forma parte de un sistema jurídico determinado del cual depende su sentido, independientemente de las acepciones que la palabra pudiera tener en el diccionario.

Sin embargo, este método ha subsistido hasta la actualidad, por supuesto con los cambios propios de las épocas. Es así que hoy los intérpretes siguen tomando mano de esta modalidad, denominándolo “método literal”, destacando que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, recurriendo así al significado de la palabra en cuestión que el diccionario proporcione (siendo el diccionario de la Real Academia Española el que se toma para realizar dicha tarea).

Método exegético

Surge a partir de la codificación napoleónica en el siglo XIX, con posterioridad a la Revolución Francesa y conjuntamente con la denominada Escuela Exegética.

Previo a explicar el método desarrollado por esta escuela, corresponde dejar sentado cuáles eran sus bases ideológicas. En primer término, mucho tuvieron que ver los principios propios de la revolución producida en Francia a finales del siglo XVIII, cuyas ideas liberales reconocieron en la ley a la “expresión de la voluntad general”, que se encontraba representada a través del legislador. Se trataba de un legislador que, como ser racional, era capaz de redactar leyes completas, precisas, claras y perfectas, las que daban solución a todos los casos que pudieran presentarse.

Esto era necesario para que la actuación de los jueces quedara reducida únicamente a la aplicación de las leyes mediante la técnica de la subsunción, encastrando a cada hecho que pudiera presentarse en el marco de una ley, quitando así cualquier posibilidad de discrecionalidad en la resolución de los conflictos. Esta idea se hace explícita en la frase de Montesquieu, quien sostuvo que los jueces eran seres inanimados cuya función quedaba limitada a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, exaltando así el valor de la vigencia y el rigor de aquella. Cabe aclarar que, para los racionalistas de la época, la ley era considerada la expresión suprema y definitiva de un derecho natural absoluto e inmutable.

Estas ideas que caracterizan al racionalismo jurídico se ven plasmadas con la aparición de los códigos, en particular en Francia, en el año 1804, con la sanción del llamado Código de Napoleón (en realidad, “Código Civil de los franceses”). Sin embargo, su pretensión de claridad no impidió que se diera lugar a la tarea interpretativa de los comentaristas, en virtud de los problemas del lenguaje (ya sean semánticos, sintácticos o lógicos) que se hicieron visibles al momento de intentar su aplicación a los casos concretos. De este modo, la labor de la interpretación se volvió en una necesidad, y los racionalistas comenzaron a buscar métodos perfectos que, aplicados a las leyes, dieran con la verdadera y única interpretación posible. Así nace la Escuela Exegética, buscando, con los códigos como elementos fundamentales, circunscribir a los jueces a una tarea mecánica y automática dentro de un camino bien delimitado, con el objetivo de consolidar la seguridad jurídica que se concebía como el principio basal del derecho.

Así las cosas, es posible destacar dos postulados esenciales de los exégetas: en primer lugar, el culto por el texto de la ley, y seguidamente, en caso de ser necesario, la intención del legislador. A partir de ello, para la escuela exegética era posible encontrar tres situaciones distintas ante un caso concreto, y ello permitía una diferente actitud del intérprete:

1. *Existe una ley clara y expresa.* En tal caso, no existen dificultades para el juez a la hora de resolver, quien deberá dejar de lado sus convicciones personales para aplicar la ley del modo en que haya sido expresada por el legislador.

2. *Existe una ley, pero su texto es dudoso.* Ante un caso de estas características, el juez tendrá que recurrir a la interpretación gramatical y a la interpretación lógica para circunscribir el sentido y alcance de la ley. Por la interpretación gramatical buscará desentrañar el significado de lo expresado en la ley mediante las reglas del lenguaje y de la gramática (empezaremos

recurriendo a los diccionarios, por ejemplo). Por la interpretación lógica intentará extraer de la ley, a través de la razón, cuál ha sido el pensamiento psicológico del legislador al momento de dictarla. Para lograr tal cometido, se valdrá de las notas que haya realizado el codificador, de los archivos parlamentarios que den cuenta de las discusiones que propiciaron la sanción de la ley en cuestión, así como los trabajos preparatorios que precedieron y dieron sustento a la ley que se trata de interpretar. De esta manera, los exégetas encontraban en el espíritu del legislador la razón de la ley.

3. *No existe ley expresa*. El paso del tiempo mostró que el código no logró colmar la expectativa de dar respuesta a todos los casos posibles, por lo cual la primera solución que se brindó ante el caso de una posible laguna fue recurriendo a la técnica de la analogía. El sustento estaba dado en la idea de reconocer, en las leyes análogas, una voluntad presunta del legislador que, ante situaciones de hecho similares, habría consagrado una disposición de igual tenor. Si tampoco se encontraran leyes análogas que dieran una solución al conflicto, los exégetas recurrieron a la aplicación de los llamados “principios generales del derecho”.

Estas situaciones diferentes y, por supuesto, las ideas liberales del racionalismo jurídico en relación a la tarea de la interpretación de las leyes, fueron consideradas como modélicas por Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código Civil en el siglo XIX. En efecto, el derogado artículo 16 del referido código expresaba: *“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”*.

Dicha disposición era la que regía a la hora de interpretar el propio código y las demás leyes y era a la cual debían recurrir los operadores jurídicos para encontrar soluciones a los diversos casos que pudieran presentarse. Este modelo interpretativo estuvo vigente hasta el año 2015, cuando con la sanción del Código Civil y Comercial en nuestro país, se receptaron las ideas que cambiaron la visión racionalista de interpretación de la ley, por un modelo que contempla diversas especies de normas (reglas, principios, y valores), las que se integran de modo coherente con todo el sistema jurídico, tal como se analizará en los próximos capítulos.

Método dogmático

A diferencia del método exegético, para esta corriente la norma es concebida de manera independiente y desligada del legislador autor de la misma. Aquí ya no buscamos la intención del legislador, sino la voluntad de la ley, entendida como una significación lógica autónoma que se mantiene a través del tiempo. Ha sido Federico C. von Savigny quien se encargó proponer esta manera de interpretar, partiendo de la idea de que las normas se integran dentro de un ordenamiento total y, de manera sistemática, se subordinan y coordinan entre sí, logrando alcanzar soluciones a todos los casos jurídicos posibles.

Para ello, considera que las normas no son inventos del legislador, sino que concretan lo que ya se manifestó, de manera espontánea, por el espíritu del pueblo, el que evoluciona y se

transforma con el transcurso del tiempo. Así, la norma es un despliegue de virtualidades, desprendida del legislador, que debe alcanzar la mayor cantidad de casos posibles.

Nace así, con este autor, la Escuela Histórica del Derecho, cuyas bases se asientan en la idea de que interpretar una ley es reconocer su verdad, lo cual es necesario para poder aplicarla a la vida real, de manera de fundar su carácter legítimo.

Para Savigny, existen cuatro elementos que intervienen en la interpretación de la ley:

1. *Elemento gramatical*: aquí se atiende a las palabras de la ley, aquellas que el legislador ha utilizado para transmitir su pensamiento.

2. *Elemento lógico*: consiste en un estudio analítico del pensamiento del legislador, lo que implica la descomposición de su intencionalidad plasmada en las palabras de la ley, buscando así relacionar las diferentes partes que componen su pensamiento al momento de dictar la norma.

3. *Elemento histórico*: contempla el derecho existente sobre una materia determinada, teniendo en cuenta el momento en que fue dictada la norma, preguntándose cuál fue su modo de acción y los cambios que introdujo. Esto significa contextualizar en el espacio y tiempo en que fue dictada la norma: cuál fue su sentido, qué buscó proteger, qué fenómeno social pretendió receptar o modificar.

4. *Elemento sistemático*: tal como lo expresaba Savigny, este elemento representa el vínculo íntimo que liga las instituciones y las reglas de derecho en una vasta unidad. Así, en esta etapa se pretende entender a la ley en su relación con todas las instituciones y reglas del sistema del sistema jurídico. Para poder reconocer completamente el pensamiento del legislador, es necesario exponer la acción que ejerce la ley sobre todo el sistema jurídico, y determinar el lugar que la ley interpretada ocupa en este sistema.

Todos estos elementos se integraban en un procedimiento general, no de manera aislada, cooperando así de modo armónico para culminar en una única interpretación de la ley.

Jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses

La jurisprudencia de conceptos tiene como punto de partida las ideas de la Escuela Histórica del Derecho, pero se apartan de la misma poniendo el acento en el elemento lógico de entre los que destacaba Savigny.

Sus exponentes pretendían lograr que el sistema jurídico constituyera un orden racional y perfecto, que permitiera, de esa manera, solucionar cualquier caso mediante simples operaciones de subsunción.

Resulta clara la exposición, al respecto, del profesor García Amado (2013, pág. 60), quien expone de esta manera la idea fundamental de esta corriente:

Para la Jurisprudencia de Conceptos el sistema jurídico no se compone, en última instancia o en su esencia primera, de normas, de enunciados normativos producidos por un legislador, sino de conceptos. Por eso se dice Jurisprudencia de Conceptos. ¿Y esos conceptos qué son? Son categorías ideales, nociones

abstractas, ideas que contienen los fundamentos intemporales y universales de cualquier institución jurídica posible o de cualquier regulación jurídica posible.

De este modo, este nuevo racionalismo anti-histórico conformó el llamado “dogmatismo conceptualista”, que fue rechazado por quien fuera también discípulo de Savigny: Rodolfo von Ihering.

Si bien Ihering representó el método dogmático iniciado por Savigny, pasada la mitad del siglo XIX se alejó del mismo al advertir el peligro de desvincularse de la realidad contemplada por el elemento histórico desplazado por los conceptualistas, al punto de esbozar severas críticas al conceptualismo por considerarlo estéril y artificioso.

Centrado en la noción de interés, encontró en el derecho una herramienta para dar soluciones a los problemas prácticos de la sociedad, en particular para la resolución de los conflictos dados en cualquier tiempo y espacio. Destacando nuevamente el elemento histórico que enseñó Savigny, consideró que toda norma responde a una finalidad, por lo que, para interpretarlas, resultaba necesario atender a sus fines prácticos. Así erigió el método teleológico, cuya búsqueda del fin de las leyes implicaba reconocer el resultado práctico que se tuvo en consideración al momento de dictarse.

Esta concepción teleológica es a veces criticada, en el sentido de que quienes persiguen fines son las personas y no las leyes, y que, en todo caso, las leyes se constituyen en medios para lograr los fines que los sujetos pretenden alcanzar.

La posición de Ihering permitió que a inicios del siglo XX se diera lugar en Alemania a la jurisprudencia de intereses, que tuvo a Philipp Heck como principal representante, en la búsqueda de profundizar y precisar las ideas de su predecesor.

La jurisprudencia de intereses sostuvo que toda norma jurídica tiene como único fin la resolución de un conflicto de intereses. Por ello, para interpretar la ley, se requiere averiguar cuál es el conflicto de intereses que subyace a la norma –y que el legislador quiso solucionar–, y cuál fue la preferencia que quiso establecer el legislador entre las partes de ese conflicto.

Método de la libre investigación científica

Fue François Gèny quien introdujo en Francia este método, luego expandido a los países iberoamericanos, desencadenando un proceso de lucha contra el positivismo legalista y alentando la consideración de un derecho vivo que se vinculara con la realidad.

Para Gèny, la ley no es la única fuente de derecho. Si bien es, formal y jerárquicamente, la fuente principal y formal, cuando con ella no se legisla expresamente una cuestión de la realidad se requiere buscar soluciones en otras fuentes. Esto lo llevó a sostener que, al lado del derecho legal, existe un mundo de producción jurídica que se adapta a las transformaciones de la vida social y que debe ser estudiado por una libre investigación científica.

De esta manera, según este autor, el método de interpretación se puede desarrollar de la siguiente manera: en primer lugar, el intérprete deberá atenerse a lo que prescribe la ley, para lo cual se hará necesario determinar su sentido y alcance. Para ello, hay que concentrarse en la búsqueda de la intención del legislador, plasmada al momento de sancionarse

la ley, recayendo así en la modalidad empleada por el método exegético, en tanto el intérprete deberá indagar en los textos preparatorios de la ley, las discusiones parlamentarias o los antecedentes históricos.

En los casos que la ley no brinde respuesta, se deberá recurrir a otras fuentes del derecho, teniendo en cuenta la clasificación de las fuentes que el propio Gèny anticipa:

1. *Fuentes formales*: para este autor resultan ser la costumbre, la autoridad (la jurisprudencia y doctrina antigua) y la tradición (la jurisprudencia y doctrina moderna).

2. *Fuentes no formales*: en defecto de las fuentes formales, la interpretación puede basarse en una realidad no jurídica, que proporcione los elementos necesarios para solucionar el caso. Esto no es más que una mirada en la naturaleza positiva de las cosas, así como en los elementos objetivos revelados por una libre investigación científica. Para llevar adelante esta tarea interpretativa, se debe atender a elementos racionales (principios de origen natural fundados en la recta razón, tales como el principio de justicia, igualdad, etc.) y a elementos objetivos (los referidos a la naturaleza positiva de las cosas, a través del procedimiento analógico y los elementos derivados de la vida social).

La interpretación fundada en la libre investigación científica confiere al juez la función de formular la ley cuando no la hubiera, y de formar la decisión según el modo en que lo vería el propio legislador si aquél se propusiera reglar la cuestión.

Una de las críticas realizadas a Gèny se refiere a su imposibilidad de superar el método exegético para interpretar la ley. Por otra parte, Cossio critica que al recurrir a fuentes no formales no hace más que basarse en una posición iusnaturalista metafísica y escolástica. De esta manera, se trata de un método que puede facilitar la adopción de soluciones arbitrarias, ya que brinda al juez la posibilidad de acudir a principios de origen natural, pero no otorga garantías en relación a los fundamentos de la elección de tales principios, o en tener en cuenta determinados elementos de la vida social dejando de lado otros sin razón valedera alguna.

Métodos voluntaristas

A pesar de los intentos por lograr el hallazgo de una única solución correcta a un texto oscuro a partir de la interpretación de la ley, algunos autores y corrientes de pensamiento advirtieron las limitaciones de las concepciones interpretativas intelectualistas al no reconocer que, al momento de interpretar las leyes, es posible encontrar varios sentidos o interpretaciones posibles, entre las cuales habrá que, llegado el momento, ejercer un elección.

Para Cossio, las escuelas voluntaristas tratan el problema de la interpretación de la ley no como una cuestión totalmente intelectual, sino integrando tal proceso con actos de voluntad del intérprete. Por eso distingue algunos casos en que aparece un *voluntarismo amorfo*, “donde todo queda librado a la voluntad decisoria del juez” (Cossio, pág. 111), como en el caso de la Escuela del Derecho Libre. En cambio, el método de interpretación de la Teoría Pura del Derecho expuesta por Kelsen, resulta un *voluntarismo estructurado*, ya que las leyes son entendi-

das como estructuras intelectuales bien definidas que establecen un margen de posibilidades, dentro de los cuales “única y limitativamente, se le reconoce al juez esa movilidad de decisión creadora” (Cossio, pág. 111).

La posición de Cossio en materia interpretativa también se encuentra dentro de las escuelas del voluntarismo estructurado, pero va más allá de la posición de Kelsen. Este último pensaba los casos subsumiéndolos en universales, para concebirlos de manera dogmática, sin considerar –como hace Cossio– la posibilidad de encontrar para cada caso la solución que sea acorde a los valores jurídicos, como se verá en las próximas páginas.

La Escuela del Derecho Libre

El movimiento del Derecho Libre (*Freirechtsbewegung*) nació en Alemania en los inicios del siglo XX, como reacción ante las concepciones del formalismo jurídico que representaban la Escuela de la Exégesis -en Francia- y la Jurisprudencia de Conceptos -en Alemania-.

Los autores más representativos que integraron esta escuela son Eugen Ehrlich (cuya conferencia del 4 de marzo de 1903 en Viena habría sentado las bases del movimiento), Ernst Fuchs y Herman Kantorowicz. La tesis sostenida por esta escuela en materia de interpretación tiene que ver con la idea que el juez puede y debe prescindir de la ley para que prevalezcan la justicia y la equidad. Así lo señalaba Kantorowicz (1949, pág. 363):

El juez puede y debe prescindir de la ley, en primer lugar, si le parece que la ley no le ofrece una decisión carente de dudas; en segundo lugar, si no le parece verosímil con arreglo a su libre y concienzuda convicción que el Poder estatal existente en el momento de fallo habría dictado la resolución que la ley reclama. En ambos casos dictará el juez la sentencia que según su convicción el actual Poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el Derecho libre.

Este movimiento entiende que la validez del derecho se deriva de la idea de justicia, las predominantes actitudes ético-jurídicas del pueblo, el principio de solidaridad y el principio de justicia social.

Podemos decir que se trata de una escuela antimetódica, que resalta la libertad del juez ante cada caso concreto. El juez, se postula, no está amarrado a ninguna forma lógico-normativa vinculante – la ley – y resuelve de acuerdo a un sano sentimiento jurídico.

En opinión de García Amado, la Escuela del Derecho Libre representa una doctrina irracionalista matizada de la decisión judicial, ya que “ni creen que el Derecho es, por sí, perfecto, ni piensan que algún simple método pueda dirigir la decisión judicial hacia la corrección” (2013, pág. 53).

La Teoría Pura del Derecho

Hans Kelsen, autor de esta obra, sienta sus ideas respecto de la tarea de la interpretación del derecho en muy pocas líneas. Afirma: “la interpretación es un procedimiento espiritual que

acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una norma de grada superior a una inferior” (Kelsen, pág. 349).

Es importante señalar que la tarea que cumple la Ciencia del Derecho (tema principal de la obra kelseniana) no debe confundirse con la función que cumplen los operadores jurídicos y, en particular, los jueces como funcionarios estatales encargados de aplicar – y crear – el derecho.

Así lo resume claramente el español García Amado, luego de afirmar que Kelsen también se corresponde con las doctrinas irracionalistas de la decisión judicial (2013, pág. 55):

Para Kelsen la decisión judicial no puede presentarse como científica, ya que a los jueces no les cabe quedarse en meras descripciones de cuáles son las normas que hay y qué interpretaciones admiten. El juez tiene que seleccionar la norma, de entre las que puedan ser aplicables, y tiene que escoger la interpretación preferible, de entre las que sean admisibles. Igual que tiene a veces que colmar lagunas o resolver antinomias de segundo grado; o que tiene, en otro orden de cosas, que valorar las pruebas de los hechos. Todo ello se hace desde valoraciones, que serán valoraciones insoslayablemente personales del juez respectivo. En eso, para los juicios de valor personales, la ciencia poco o nada ayuda.

Para Kelsen, en primer lugar, una interpretación auténtica es aquella que realizan los órganos jurídicos de aplicación del derecho y que, consecuentemente, crean derecho. Luego, por otro lado, una interpretación no auténtica es la que se lleva a cabo por las personas (sujetos privados) que no resultan órganos jurídicos –entre ellas y especialmente, los científicos del derecho– y que, por lo tanto, no crean derecho.

Kelsen destaca la indeterminación relativa que existe en el acto de aplicación del derecho. Esto es así porque la norma de grada superior no puede determinar, en todos los sentidos, el acto por el cual se la aplicará. Ante ello, reconoce un marco de posibles aplicaciones, cuya elección queda a la libre discrecionalidad del órgano que deba aplicarla y que, al hacerlo, ha de crear una nueva norma.

La indeterminación que reconoce el autor puede serlo de manera intencional o no intencional. Existe una indeterminación intencional cuando hay voluntad del órgano que dictó la norma de grada superior a aplicarse. Un ejemplo de este caso se da en el derecho penal, en cuanto para un mismo delito pueden aplicarse sanciones de diverso tipo, como ser una pena privativa de la libertad o una sanción pecuniaria⁹³.

Sin embargo, puede también que la indeterminación no sea intencional sino que provenga de los problemas propios del lenguaje natural, como la ambigüedad de las palabras –

⁹³ Un ejemplo de ello se da en el Código Penal con el delito de lesiones culposas al establecer en el primer párrafo del artículo 94 lo siguiente: “Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud”.

semántica– o de las frases –sintáctica– mediante las que una norma se expresa. Esto quiere decir que el sentido lingüístico de una norma no es único, sino que encuentra más de un significado posible. También existiría una indeterminación no intencional cuando el órgano aplicador de la norma reconoce una diferencia entre el lenguaje en que se ha expresado la norma y la voluntad del órgano que la ha dictado.

Sea cual sea la indeterminación que exista al momento de crear la norma de grada inferior, lo cierto es que admite Kelsen que el derecho considerado aplicable contiene un marco de posibilidades, y que cualquiera de ellas es un acto de aplicación conforme al derecho si se encuentra dentro de los límites de ese marco. En concreto: *“el resultado de una interpretación jurídica sólo puede determinar el marco que expone el derecho por interpretar y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco”* (Kelsen, pág. 351).

Esta tarea de interpretar no queda, para Kelsen, en un acto de conocimiento de ese marco de posibilidades, sino que para alcanzar la creación de una norma individual como producto de un acto de aplicación de una norma general (la ley) se cumple una función volitiva. El autor lo describe del siguiente modo: *“en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza en un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra”* (Kelsen, pág. 354).

A esta altura, corresponde aclarar que la elección que realiza el órgano de aplicación del derecho es de su libre discrecionalidad, reconociendo Kelsen que para esa elección entran en juego criterios de moralidad y justicia o juicios de valor social (como “bien común” o “interés público”). Estas determinaciones basadas en consideraciones políticas y axiológicas no provienen del derecho positivo y quedan exentas del estudio de los juristas: la autoridad que aplica la norma superior lo hace creando la norma inferior (por caso: los jueces cuando dictan una sentencia) dentro de la esfera de discrecionalidad que aquélla autoriza.

La Escuela Ecológica

Esta escuela, cuyo fundador y principal representante ha sido Carlos Cossio, empieza –al ocuparse de la interpretación jurídica– por poner el acento en el objeto del Derecho, al que entiende como conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Es, pues, un objeto real, cultural y ecológico. Esto le permite, de forma inmediata, criticar a todas las concepciones intelectualistas ya que éstas prescinden de la consideración de la conducta humana, suponiendo que la ley es el objeto de conocimiento, lo que hizo que se hablase de la interpretación de la ley y de métodos de interpretación de la ley.

En cambio, si se parte del derecho entendido como conducta humana en su interferencia intersubjetiva, se lo considera un objeto cultural ecológico, de modo que la interpretación implica un conocimiento por comprensión.

Considerando el problema de la interpretación en términos ecológicos, *“se trata de interpretar la conducta humana por medio de o mediante la ley”* (Cossio, pág. 115). Por eso es erróneo

pensar que existe separadamente una interpretación de la ley y una interpretación de la conducta, sino que en un todo se integra la conducta y la ley.

Señala el autor que la ley se integra con significaciones universales, por lo que ninguna podrá referirse de manera completa a la individualidad de cada caso concreto. Así queda expuesta la insuficiencia de la ley, por lo que será el juez quien precise el sentido de aquélla.

Interpretar la conducta es conocerla por comprensión en su sentido. De esta manera, “el *factum* de conducta es el substrato del objeto egológico y la ley es, a este respecto, parte del sentido que dialécticamente lo integra y que tiene que ser vivenciado por el juez” (Cossio, pág. 122). Esta afirmación destaca la importancia del juez al momento de interpretar la conducta, cuya conciencia resulta un elemento determinante de la interpretación, y muestra la distancia que existe con las concepciones intelectualistas para las cuales el problema de los métodos implicaba una cuestión puramente científica.

De esta manera, el juez debe dictar sentencia sin vivencia de contradicción, aplicando al caso el marco normativo compatible con el mismo, y además elegir la solución que resulte más justa a través de la valoración jurídica. Y a la solución más justa se llega por medio del plexo axiológico, conformado por tres valores fundantes y autónomos que dan lugar a otros tres valores fundados y heterónomos. Los valores fundantes son la seguridad, la paz y la solidaridad; los valores fundados son el orden, el poder y la cooperación. El equilibrio entre los valores fundantes y fundados permitirá arribar a la solución más justa será la más acorde con ese equilibrio.

Para encontrar la solución justa, el juez realiza una valoración intuitiva de la conducta en concordancia con la norma. Agrega Cossio que la decisión del juez necesita de la mayor objetividad posible para tener convicción constructiva y no ser arbitraria. Esta objetividad implica que lo comprendido y valorado por el juez también pueda ser comprendido y valorado por la sociedad. Por eso resulta relevante la jurisprudencia, en cuanto permite dotar de mayor autoridad la decisión judicial.

Los factores pragmáticos en la administración de justicia

Aunque no aparezca entre los autores identificados por Cossio como participantes del voluntarismo estructurado, hemos de considerar también a Alf Ross, uno de los representantes del realismo escandinavo y, a la vez, conocido como integrante de la Escuela de Uppsala.

En su obra "Sobre el Derecho y la Justicia", afirma que toda interpretación del derecho legislado comienza con un texto, es decir por su formulación lingüística escrita. Luego de señalar los factores lingüísticos y los problemas que presenta el lenguaje, define a la interpretación como la actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión. Asimismo, sin embargo, que esa misma palabra se usa también para designar el resultado de tal actividad.

Para Ross, el punto de partida de toda comprensión es la expresión como entidad, tal como es experimentada por la persona que la recibe en una situación concreta definida. A partir de ese punto la interpretación puede proseguir, parcialmente, hacia un análisis de los elementos que constituyen la expresión: las palabras individuales y su conexión sintáctica,

o bien, parcialmente, hacia un análisis del contexto en el que la expresión aparece (aprehendido en forma sucesiva, no simultánea) y de la situación en que fue formulada. En el lenguaje cotidiano, el contexto y la situación constituyen los factores más importantes en la determinación del significado.

Llevado esto al plano de la interpretación de la ley, debe buscarse de entre las varias soluciones que se ofrecen a la interpretación, aquella que sea razonable en la práctica, es decir, habrá que tener en cuenta las consecuencias concretas que producirá una u otra significación posible. Tales consideraciones pragmáticas se hallan implícitas dentro de lo que se llama “sentido común”.

Sin embargo, en el plano de la administración de justicia no participan únicamente los factores pragmáticos simples para determinar el sentido lingüístico de las palabras. Además, se utilizan argumentos basados en consideraciones prácticas a través de *factores pragmáticos superiores*, entendidos como “deliberaciones acerca de las consecuencias que tendrá una cierta interpretación, estimadas y mutuamente ponderadas a la luz de valores fundamentales” (Ross, pág. 182).

La interpretación pragmática integra entonces una multiplicidad de valoraciones, meritando en cada caso los efectos sociales previsibles, la concordancia con el sistema jurídico y las ideas culturales sobre las que descansa el sistema de que se trata. Por tal motivo, la interpretación que realiza el juez tiene un carácter constructivo que se manifiesta en su argumentación para justificar la decisión en cada caso concreto.

Algunas conclusiones

La interpretación de las normas es un tema de suma relevancia tanto para los jueces como para los abogados. Todos los operadores jurídicos necesitan de herramientas para determinar el significado de las palabras con que se expresan las normas para así poder asignarles un sentido. Y todos los métodos desarrollados han sido y continúan teniendo relevancia (porque en algún aspecto aún hoy puede ser apreciados) para el derecho en la actualidad.

Los parámetros de interpretación que establece la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus sentencias dan cuenta del peso de estos métodos tradicionales. Por ejemplo, ha sostenido que toda tarea interpretativa comienza por el método gramatical, el cual obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. Además, llegó a afirmar que las palabras de la Constitución deben ser entendidas en el significado en el que son utilizadas popularmente y el juez debe explicarlas en su sentido llano, obvio y común.

También suele destacarse que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que además debe indagarse lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador y computando la

totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con todo el ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional.

Siguiendo una clasificación destacada por Wróblewski, hoy se perfila una ideología dinámica de la interpretación que cree que la misma debe adaptar al derecho a las necesidades presentes y futuras de la “vida social” en el sentido más amplio del término.

Las concepciones intelectualistas se desarrollaron con la base de un paradigma legalista del derecho. En la actualidad, tal paradigma ya no es el de la ley entendida como la voluntad del legislador, sino aquel que sostiene que la constitución y los tratados internacionales se erigen como los elementos fundacionales del sistema jurídico, lo que marca la necesidad de interpretar cualquier norma en función de aquellos.

Así lo recepta el actual artículo 2 del Código Civil y Comercial, que establece las reglas de interpretación de la ley. Allí se plasma que la interpretación se nutre de distintas fuentes –las palabras de la ley, sus finalidades, las leyes análogas, los tratados de derechos humanos, y los principios y valores jurídicos– que deben armonizarse para lograr una interpretación coherente con todo el ordenamiento jurídico.

Referencias

- Aftalión, E. (1951). *Crítica del saber de los juristas*. La Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Aftalión, E.; Vilanova, J.; Raffo, J. (1999). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Atienza, M. (2016). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cossio, C. (2002). *El derecho en el derecho judicial*. En *Colección Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Librería El Foro.
- García Amado, J. A. (2013). *Razonamiento jurídico y argumentación*. León: Eolas Ediciones.
- Guibourg, R. (2003). *La Interpretación*. En R. Guibourg (Dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Teoría General del Derecho* (Pág. 131 y ss.). Buenos Aires: La Ley.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lorenzetti, Ricardo Luís (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Pizzolo, C. (2017). *El diálogo judicial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Ross, A (2011). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Wróblewski, J. (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.

CAPITULO 11

Aproximaciones al pensamiento lógico-jurídico

Agostina Curcio y Noelia Marina Quintero Szymanowski

A modo de introducción: diferencias entre lógica formal y lógica informal

Uno de los autores más emblemáticos en la materia es Irving Copi, quien indica que “el estudio de la lógica es el estudio de los métodos y los principios usados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto” (Copi, 1969, p.17). En ese sentido, resulta indispensable adentrarnos en conceptos útiles que nos ayudarán a comprender el presente apartado:

Razonamiento: conjunto de proposiciones (dos o más) en el que se pretende que una de ellas está fundada (o se infiere) de la otra u otras. Es propio de la lógica formal; su intención es demostrar algo. Los razonamientos deductivos son válidos o inválidos, mientras que los no-deductivos son considerados “mejores” o “peores”, dependiendo del grado de verosimilitud que las premisas le brinden a la conclusión.

Argumento: conjunto de proposiciones (dos o más) en el que se pretende que una de ellas está fundada (o se infiere) de la otra u otras. Es propio del discurso natural; su intención es convencer de algo.

Término: es una palabra o conjunto de palabras que expresan una idea. Por ejemplo: “hombre”, “mortal”, “el padre de la patria”.

Proposición: es un enunciado con valor referencial o informativo. Consiste en dos términos, de forma que a uno se le afirma o niega el otro. Por ejemplo “los hombres son mortales”. La proposición puede ser verdadera o falsa. Además, y como veremos más adelante, una misma proposición puede ser premisa en un razonamiento y conclusión en otro. Asimismo, se clasifican en categóricas y condicionales. Las primeras son aserciones sobre una clase, “que afirman o niegan que una clase esté incluida en otra” (Copi, 1969, p.130). Por ejemplo, “ningún político dice la verdad”. En cambio, las segundas constituyen un enunciado compuesto por un antecedente y un consecuente. En tal sentido, el autor remarca que “lo que afirma un enunciado hipotético es que su antecedente implica su consecuente” (Copi, 1969, p 227). Por ejemplo, “Si hoy es lunes, entonces mañana es martes”.

Premisas: son proposiciones que brindan razones para aceptar la conclusión.

Conclusión: es la proposición que deriva de las premisas.

Es importante destacar que el concepto de lógica brindado por Copi resulta aplicable a la lógica formal, pero éste no es el único tipo de lógica que existe. También contamos con la lógica material –llamada “informal” o “no deductiva”– que es sensiblemente diferente a la primera, como veremos en las siguientes páginas.

Tipos de razonamiento de la lógica formal

En primer lugar, aquí encontramos los razonamientos deductivos. Éstos se caracterizan con los términos “válido” e “inválido”. Copi los describe de la siguiente forma:

un razonamiento deductivo es válido cuando sus premisas brindan un fundamento seguro para la conclusión, esto es, cuando la premisa y la conclusión están relacionadas de manera tal que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas sin que la conclusión también lo sea (Copi, 1969, p.22).

En el razonamiento deductivo válido, la conclusión se desprende necesariamente de sus premisas.

Asimismo, es dable reconocer que en este ámbito podemos encontrar razonamientos sólidos. Esto implica que si las premisas son verdaderas y el razonamiento es válido, la conclusión es necesariamente verdadera.

Los razonamientos deductivos se expresan de distintas formas. Entre ellas se encuentran: el silogismo categórico -contiene dos premisas y una conclusión, siendo todas las proposiciones categóricas -, el entimema -es más fuerte que el silogismo tradicional ya que se expresa tan solo una parte del razonamiento mientras que la otra parte se la da por sobreentendida, es decir, una de las premisas es tácita (por ejemplo: “Todos los hombres son mortales, entonces Sócrates es mortal”, donde se omite la premisa “Sócrates es hombre”). Por otro lado, el sorites, constituye una cadena de silogismos (por ejemplo: “Todos los andaluces son españoles; todos los españoles son europeos; todos los europeos son occidentales; por tanto, todos los andaluces son occidentales”). Finalmente, el dilema resulta un elemento poderoso de persuasión. Este es un tipo de silogismo muy particular, en el que se plantea una disyunción exclusiva entre dos soluciones poco aceptables. Un ejemplo muy conocido es el del Califa Omar y el incendio de la Biblioteca de Alejandría: “O los libros de la Biblioteca de Alejandría contienen las enseñanzas del Corán, o no las contienen. Si contienen las enseñanzas del Corán entonces serán superfluos, y si son superfluos deben ser quemados. Si no contienen las enseñanzas del Corán entonces son contrarios a él y por lo tanto deben ser quemados. En consecuencia, los libros de la Biblioteca de Alejandría deben ser quemados. ”

Es importante destacar que pueden existir razonamientos válidos con conclusiones falsas, como así también razonamientos inválidos con conclusiones verdaderas. Esto sucede porque la verdad o falsedad de las premisas y de la conclusión no determina la validez o invalidez de un razonamiento deductivo. “La corrección lógica o formal de un razonamiento deductivo es

completamente independiente de la verdad o falsedad material de las premisas, de que lo afirmado en las premisas sea materialmente verdadero o falso” (García Amado, 2013, p. 55).

A modo de ejemplo:

Todas las aves vuelan (F)

Los gorriones son aves (V)

Los gorriones vuelan (V)

Como se puede apreciar en el ejemplo dado, el esquema de inferencia lógica que se sigue es válido. Aunque se obtiene una conclusión verdadera, se parte de una premisa –la mayor– que es falsa. La validez del razonamiento deductivo depende exclusivamente de su forma.

Vale destacar que la justificación interna de un razonamiento está relacionada con la corrección formal del mismo, es decir, con su estructura. Esto quiere decir que tiene que ser conforme a las reglas de la lógica deductiva. Por otro lado, la justificación externa se refiere a la corrección material, es decir del contenido de los razonamientos y de sus premisas, y ello está relacionado, como oportunamente veremos, con los tipos de razonamientos no deductivos de la lógica informal.

Tipos de razonamientos de la lógica informal (razonamientos no deductivos)

Tal como mencionamos anteriormente, la lógica formal resulta visiblemente diferente a la lógica informal. Esta última se ocupa del contenido de la argumentación y trata de dirimir la verdad de las proposiciones. En ese sentido, se evidencia que la comunicación de cualquier proposición o de cualquier razonamiento debe hacerse por palabras y ello implica el uso del lenguaje natural, que sufre de enfermedades tales como la ambigüedad y la vaguedad actual o potencial, entre otros. Esto genera diversos problemas vinculados a la justificación externa del razonamiento.

Autores tales como Govier y Walton describen a la lógica informal como “aquella rama de la lógica que tiene como tarea el desarrollo de estándares no formales, criterios, procedimientos para el análisis, interpretación, evaluación, crítica y construcción de la argumentación en el discurso cotidiano”⁹⁴ (Johnson y Blair, 2000, p.94). Hitchcock, por su parte, describe a la lógica informal como el estudio de los argumentos. Siguiendo esa misma línea, Atienza sitúa en este ámbito a la retórica y a la tópica. Sobre ello volveremos más adelante.

La lógica informal contempla los siguientes tipos de razonamientos:

a. Razonamientos inductivos: “no pretenden que sus premisas ofrezcan fundamentos concluyentes para la verdad de su conclusión, sino solamente que ofrezcan algún fundamento para ella.” (Copi, 1969, p. 22) La conclusión, en estos razonamientos, probablen-

⁹⁴ Traducción propia del inglés al español.

te se desprenda de sus premisas. Sin embargo debemos destacar que aquí la conclusión no se sigue de las premisas con necesidad lógica. Esto sucede porque la conclusión encierra más información de la que contenían las premisas, a contrario de lo que sucede con los razonamientos deductivos.

Mediante este tipo de razonamientos se adquieren y exponen informaciones generales sobre el mundo (García Amado, 2013, p. 62). Destacamos que resulta el razonamiento que por antonomasia se utiliza en las ciencias no formales o “blandas”, como las ciencias sociales y naturales. La ciencia primero formula hipótesis generales que luego, mediante comprobaciones empíricas, trata de confirmar o refutar. Dicha confirmación siempre será provisoria, mientras no aparezcan datos que la refuten. Un ejemplo clásico sería:

El oro se dilata al calor
 La plata se dilata al calor
 El cobre se dilata al calor
El aluminio se dilata al calor
 Todos los metales se dilatan al calor

b. Razonamientos abductivos: la abducción es el proceso de formar una hipótesis explicativa. Es la única operación lógica que introduce alguna idea nueva.

El personaje Sherlock Holmes, en la novela de Sir Arthur Conan Doyle titulada *Estudio en Escarlata*, explica de una manera muy clara al atónito Dr. Watson cómo se procede a razonar abductivamente:

Casi todo el mundo, ante una sucesión de hechos, acertará a colegir qué se sigue de ellos... Los distintos acontecimientos son percibidos por la inteligencia, en la que, ya organizados, apuntan a un resultado. A partir de éste, sin embargo, pocas gentes saben recorrer el camino contrario, es decir, el de los pasos cuya sucesión condujo al punto final. A semejante virtud deductiva llamo razonar hacia atrás o analíticamente (Conan Doyle, 1982, p. 32).

Asimismo, agrega:

A partir de una gota de agua (...) cabría al lógico establecer la posible existencia de un océano Atlántico o unas cataratas del Niágara, aunque ni de lo uno ni de lo otro hubiese tenido jamás la más mínima noticia. La vida toda es una gran cadena cuya naturaleza se manifiesta a la sola vista de un eslabón aislado (Conan Doyle, 1982, p. 32).

En otras palabras, la abducción consiste en determinar el rasgo característico de un evento “no estándar” –un hecho que resulta extraordinario– y formular una posible explicación al mismo, mediante una hipótesis. Charles Sanders Peirce da nombre el de “abducción” –y “retroducción”, posteriormente– a este tipo de razonamientos “detectivescos”.

c. Razonamiento por analogía: el razonamiento por analogía es el que más utilizamos de manera cotidiana. De esa forma, por ejemplo, inferimos que un pantalón dará buen resultado sobre la base de que otros pantalones comprados anteriormente en el mismo lugar nos dieron buen resultado. A partir de experiencias pasadas tratamos de prever lo que podrá ofrecernos el futuro.

d. Razonamiento estadístico: con este razonamiento se busca el conocimiento de ciertos hechos susceptibles de representación numérica e interpretación de probabilidades matemáticas. No es necesario para ello realizar ningún experimento, ni examinar muestras. Para su cálculo se divide el número de modos en que un acontecimiento puede producirse, por el número total de resultados posibles en esas circunstancias. Por ejemplo: la probabilidad de que al lanzar una moneda al aire caiga *cara* es de 1 sobre 2.

¿Qué es el silogismo judicial?

Pensar a la decisión judicial como un silogismo implica entender que el juez realiza una subsunción de los hechos a una norma jurídica. Siguiendo esta idea, el magistrado formula una deducción en la que la premisa mayor está constituida por una norma y la premisa menor por los hechos que han ocurrido en un tiempo y espacio determinados y han sido debidamente probados. Producto de la inferencia, se llega a la conclusión que constituye la decisión judicial propiamente dicha.

Analicemos el siguiente ejemplo:

El que matare a otro recibirá de 8 a 25 años de prisión

Juan mató a Pedro

Juan recibirá de 8 a 25 años de prisión.

La premisa mayor contiene la previsión establecida en el artículo 79 del Código Penal argentino, mientras que en la premisa menor se indican los hechos que han sido comprobados por el juez durante el proceso. Por su parte, la conclusión establece la “solución jurídica” al caso.

La idea de justificar la decisión del juez en su sentencia mediante este tipo de razonamientos deductivos nace a partir de las corrientes racionalistas logiscistas durante el siglo XIX. Tanto la Escuela de la Exégesis en Francia, como la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania, impulsaron la creencia de que el sistema jurídico es perfecto, completo, coherente y claro. Frente a esta confianza en la claridad de las normas, el papel del juez se circunscribía a realizar simples silogismos al momento de resolver un caso. Tal como explica García Amado “la decisión judicial nace de un automatismo razonador. El juez encuentra dadas las dos premisas, la normativa y la fáctica, de las que, a modo de conclusión lógica, sacará el fallo del caso” (García Amado, 2013, p. 97). Parece que lo único que le es requerido al magistrado es el co-

nocimiento de las normas positivas –es decir, de la letra fría de la ley– y la constatación de los hechos. Citando nuevamente al autor español, “no queda sitio para valoraciones personales del que juzga, no hay márgenes de discrecionalidad” (García Amado, 2013, p. 97). En ese sentido, parece ser que este tipo de razonamientos garantizan la seguridad jurídica, ya que existe una única solución correcta y el juez no tiene más que descubrirla.

La visión propuesta por las teorías racionalistas logiscistas se opone por completo a la idea de Carlos Santiago Nino de “reelaboración judicial de las normas”. El autor argentino propone que los jueces pueden adaptar el significado de las expresiones, a otras diferentes de las tenidas en cuenta por el legislador, y así asumir un rol más activo al dictar sentencia. En otras palabras, Nino descrea de la aplicación mecánica de reglas.

Siguiendo la línea de autores contemporáneos como Nino, se reconoce que el Derecho lejós está de revestir las características que la Escuela de la Exégesis le atribuía. El mito del legislador racional y omnipotente ha caído y han salido a la luz los problemas lógicos de interpretación que impregnan a los sistemas jurídicos. En ese sentido, para Jerzy Wróblewski, “el silogismo jurídico tradicional es una gran simplificación que sirve para justificar la decisión judicial sólo en situaciones muy particulares” (Iturralde, 1991, p 244). Reconoce que es “un intento de buscar las vías de racionalización de la toma de decisión judicial” (Wróblewski, 1974, p. 38), pero no debemos olvidar que muchas veces resulta insuficiente. Sucede que podemos encontrarnos frente a lagunas jurídicas, y entonces el silogismo nos quedaría incompleto ya que la premisa mayor, es decir la que contiene la norma, estaría en falta. Este tipo de razonamiento deductivo también fallaría en los casos en los que hallamos problemas de vaguedad o ambigüedad del lenguaje, ya que en ciertas oportunidades la premisa mayor se conforma a partir de varias normas –y no solo de una-, lo que podría dar lugar a falacias, por ejemplo, por utilizar diversas acepciones de una misma palabra en las diversas reglas que la componen.

Quizás uno de los mayores problemas que presenta el silogismo judicial es que puede conllevar a decisiones injustas o incluso contrarias al sentido común. Sucede que, desde el punto de vista de la justificación interna, el razonamiento puede resultar correcto, pero la conclusión que se obtiene deviene inaceptable para el propio magistrado o para la sociedad en su conjunto desde el punto de vista axiológico, o constituye una solución absurda. En ese sentido, Carlos Alchourrón brinda un claro ejemplo:

“El sentido común del hombre aprueba la decisión mencionada por Puffendorf según la cual la ley de Bolonia que establecía que ‘quien quiera que derramara sangre en las calles debería ser castigado con la mayor severidad’ no se aplicaba al cirujano que hubiera abierto las venas de una persona caída en la calle víctima de un ataque” (García Amado, 2013, p 199).

Responder al supuesto planteado por Alchourrón solo con las reglas de la lógica formal implicaría un resultado racional pero irrazonable. Es allí donde se evidencia que el silogismo es insuficiente, al igual que la lógica deductiva como medio para resolver planteos jurídicos. Por lo

tanto, el magistrado deberá acudir a otros elementos para alcanzar una decisión aceptable, que obtendrá a partir de la lógica no deductiva.

Manuel Atienza reconoce la existencia de casos fáciles y casos difíciles. Los primeros admiten una resolución sin mayores dificultades hermenéuticas. La norma aplicable es clara y no presenta controversias. En cambio, los segundos caen en una “zona de penumbra”, en la que caben múltiples soluciones en consonancia con las varias posibilidades de interpretación que la norma a aplicar ofrece. Incluso puede ocurrir que el sistema jurídico sea inconsistente o incompleto, o conlleve a una medida inaceptable desde el punto de vista axiológico, político o ético. Especialmente en estos casos es donde la necesidad de acudir a la lógica no deductiva se visibiliza y el objetivo del magistrado, como “sujeto” y no como autómatas, se expresa: se debe llegar a una decisión razonable.

En este contexto cabe preguntarnos qué es una decisión razonable. Para Manuel Atienza, es aquella que se toma en situaciones en las que no se podría adoptar una solución estrictamente racional, con la que se alcanza un equilibrio entre exigencias contrapuestas y que resulta aceptable por la sociedad (Atienza, 1987, p. 193). Contempla algunos elementos más que la lógica deductiva marginal. Sin embargo, es vital destacar que una solución de este tipo puede alcanzarse sin necesidad de violar ninguna regla de la lógica formal: el procedimiento no consistirá únicamente en aplicar reglas lógicas, sino que implicará la creación de premisas usando principios interpretativos.

Quizás uno de los problemas que más se evidencia en la práctica, y que el autor español resalta, es la dificultad de establecer el consenso de la comunidad. La sociedad es heterogénea, no resulta inmune a prejuicios, se conforma por diversos grupos de interés y sus miembros tienen distinta capacidad argumentativa. A estos problemas se suma el nivel de desinformación de los sujetos. Por lo tanto, más que buscar una opinión mayoritaria como sinónimo de “decisión razonable”, se debe intentar buscar los puntos en común entre los diferentes discursos argumentativos.

La decisión razonable, entonces, se obtiene mediante la combinación de la lógica formal y la lógica material. Dentro de esta última encontramos a la teoría de la argumentación, cuyos autores más influyentes abordaremos a continuación.

¿Qué es la teoría de la argumentación?

En la segunda mitad del siglo XX surge en Europa la teoría de la argumentación. Autores como Chaim Perelman, Tehodor Viehweg y Luis Recaséns Siches dan inicio a esta nueva línea de pensamiento que entendía al Derecho como una actividad práctica, cuya naturaleza es esencialmente argumentativa. Sucede que el Derecho no puede conocerse de un modo teórico, sino que, tal como reconoce García Amado, se hace para la práctica y en la práctica (García Amado, 2013, p 108).

El objeto de esta teoría es la argumentación en contextos jurídicos. Atienza distingue tres campos en los que se desarrollan argumentos jurídicos. En primer lugar, en la producción de normas jurídicas, donde se incluyen los debates que se dan en la opinión pública a favor o en contra del establecimiento de una ley, y las argumentaciones que se dan en el marco del tratamiento legislativo del proyecto en las cámaras de diputados y senadores. Vale destacar que estas últimas se caracterizan por ser técnico-jurídicas, mientras que las que se dan en la faz pre legislativa responden a cuestiones políticas y morales. Por otra parte, se desarrollan argumentos en el campo de aplicación normativa al resolver casos concretos. En tal sentido destaca Atienza que “la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones — los casos difíciles— relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia” (Atienza, 2005, p. 2). Finalmente también observamos argumentos en la dogmática jurídica, que si bien resulta una actividad compleja, la función que más nos interesará en este análisis es la de suministrar criterios para la aplicación del Derecho. En ese sentido remarcamos que “el dogmático del derecho se ocupa de casos abstractos (por ejemplo, el de determinar cuáles son los límites entre el derecho y la vida y el derecho a la libertad personal)” (Atienza, 2005, p. 3).

En simultáneo, con el nacimiento de la teoría de la argumentación, la sentencia judicial deja de verse como un producto de la razón teórica y pasa a erigirse como una decisión propiamente dicha, motivada por elementos de la razón práctica. Ya no se espera que el juez funde su fallo acreditando simplemente los hechos probados y la norma aplicable, como si fueran elementos que se encuentran en un mundo objetivo y él no tenga más que descubrirlos. La idea de sentencia como silogismo judicial va perdiendo fuerza, a la vez que el rol del magistrado se vuelve más activo, construyendo argumentaciones que convencan no sólo a las partes del proceso, sino también a la sociedad en general. No olvidemos, tal como señala García Amado, que “en la motivación de la sentencia el juez dialoga con nosotros, ciudadanos genéricos, y debe hacerlo apelando a la razón común, compartida, a los esquemas colectivamente vigentes” (García Amado, 2013, p. 188). Asimismo, es en la motivación donde el juez brinda las razones de su decisión y nos persuade de que ella no cae en arbitrariedad.

El logoi de lo razonable en la teoría de Recaséns Siches

Luis Recaséns Siches (1903–1977) es uno de los precursores de la teoría de la argumentación. Español por adopción, desarrolló una sólida carrera académica entre Europa y México, en el ámbito de la filosofía del Derecho. En sus obras se observa un rechazo al silogismo judicial y un descreimiento de la lógica deductiva como un modelo adecuado y acabado para resolver problemas jurídicos, ya que ésta es neutral al valor. Reconoce que el logoi va más allá de la lógica formal y, siguiendo esa línea, su teoría se estructura en torno al logoi de lo humano o logoi de lo razonable, como una construcción más amplia con ciertas particularidades que Atienza caracteriza como una lógica de contenidos (Atienza, 1987, p 190). Tal como menciona

José Manuel Cabra Apalategui, Recaséns presenta este concepto “como el fundamento de una alternativa a la concepción mecanicista de la interpretación y aplicación de Derecho” (Cabra Apalategui, 2011, p. 41).

La lógica de lo razonable exhibe a los problemas jurídicos como problemas prácticos, cuya solución se logra acudiendo a la argumentación y aportando elementos valorativos y criterios estimativos, que hacen hincapié en la dignidad humana. Sucede que estos problemas humanos son sumamente complejos, ya que se refieren a conductas individuales y, por lo tanto, deben ser evaluados a la luz de consideraciones de cada situación social histórica, y resueltos mediante deliberación y argumentación. Asimismo pueden ser analizados desde diversos puntos de vista –a saber, justicia, conveniencia, sensatez, etc.-, lo que conlleva a reconocer que entran en juego múltiples criterios estimativos que Recaséns llama “directrices de prudencia”. Es por ello que “esta amplísima pluralidad pone de manifiesto la inexistencia de un único criterio, una única perspectiva, desde la que los problemas prácticos pueden ser valorados” (Cabra Apalategui, 2011, p. 46).

Las directrices de prudencia que se hallan en la lógica de lo razonable incluyen no sólo a los ideales de la justicia y la dignidad humana, como ya hemos visto, sino también a la paz, al espíritu de armonía entre varios intereses contrapuestos, a consideraciones consecuencialistas, a la congruencia histórica, a la viabilidad de la decisión, a la legitimidad de los medios empleados para la consecución de fines justos, entre otros (Recaséns, 1956, p 284-285. Recaséns, 1971, p 532 - 533). De ninguna forma podríamos asegurar que se trata de una lista taxativa, sino todo lo contrario: siempre existe la posibilidad de encontrar nuevas directrices de prudencia que permitan materializar la sensatez y acercarnos a una decisión que resulte adecuada o conveniente.

Es por ello que nuestro autor asevera que “el logos de lo razonable está limitado, está condicionado y está influenciado por la realidad concreta del mundo en el que opera” y claramente “está impregnado de valoraciones” (Recaséns, 1971, p. 525- 526). Estas últimas son específicas: están referidas a una determinada conducta real y sirven como base para la formulación de propósitos o fines, según las posibilidades que ofrezca la realidad social.

El logos de lo razonable también se halla orientado a la experiencia vital e histórica de quien argumenta y de la sociedad en general. Sucede que el juez, al momento de dictar sentencia, deberá tener en cuenta las convicciones sociales vigentes y cuáles son los requerimientos de justicia que tiene la comunidad en la actualidad.

Explica Recaséns Siches que este logos de lo razonable también está regido por razones de congruencia o de adecuación. En ese sentido destaca la correspondencia entre la realidad social y los valores –cuáles son apropiados para un determinado contexto-, entre la realidad social y los objetivos –cuáles son de posible y conveniente realización-, entre los valores y los fines o propósitos, entre los fines y los medios -respecto no sólo de la corrección ética de estos últimos, sino también a su eficacia-, etc. Sobre esto es importante destacar que nuestro autor se refiere “a una doble exigencia: de un lado, que los medios respeten el mínimo ético repre-

sentado por la dignidad humana, y, de otro, que las limitaciones que los medios supongan para los valores o principios morales estén justificadas” (Cabra Apalategui, 2011, p. 50)

Críticas

Desde la perspectiva de Recaséns, la noción de prudencia se muestra como la capacidad de juicio en el caso concreto, que permite obtener una respuesta equilibrada o razonable. Ella se conjuga con la idea de problema jurídico como problema práctico, cuya solución se obtiene mediante la argumentación, al tiempo que muestra el entramado que debe enfrentar el juez que desee llegar a una decisión razonable.

Si bien resulta original para esa época, esta teoría adolece de ciertas vaguedades -tal como reconoce Atienza. Por ejemplo, en la conceptualización de las directrices de prudencia no alcanza la precisión que sí logran autores posteriores como MacCormick, cuyos planteos resultan acordes a la complejidad del Derecho. Sin embargo debemos reconocer el gran aporte de Recaséns en ese momento histórico, siendo uno de los pioneros en admitir que el razonamiento jurídico no se agota en el silogismo judicial.

Perelman, la nueva retórica y el auditorio

Chaim Perelman (1912-1984), polaco de origen judío naturalizado belga, comienza su carrera académica, en consonancia con el predominio del empirismo y el racionalismo de la época, enfocándose en la lógica formal. Posteriormente, al darse cuenta de la insuficiencia de la misma para dar respuestas a problemas como el de la justicia y los valores, encuentra en la retórica de Aristóteles un punto de inflexión para tratar estos cuestionamientos. De allí en más centra su atención particularmente en la distinción que el Estagirita hace entre los razonamientos analíticos -también llamados lógico-formales- y los razonamientos dialécticos o retóricos. Es precisamente en este último plano donde finalmente sitúa su teoría de la argumentación jurídica.

La obra emblemática de Perelman, “Tratado de la Argumentación: La Nueva Retórica”, escrita en colaboración con Lucie Olbrechts-Tyteca, tuvo una amplia difusión. El adjetivo *nueva* implica la idea de algo que ya existía anteriormente y eso es, precisamente, la retórica griega, cuyo resurgimiento por esa época quedó estrechamente vinculado a circunstancias sociales y políticas imperantes, principalmente debido al desarrollo de sociedades democráticas y la necesidad del uso del lenguaje para persuadir con el fin de conseguir adhesión.

El mismo Perelman, sobre la publicación de su tratado dedicado a la argumentación, manifiesta que “constituye una ruptura con la concepción de la razón y del razonamiento que tuvo su origen en Descartes” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989 p. 30). A su vez, indica que “el campo de la argumentación es el de lo probable, en la medida en que este último escapa a la

certeza del cálculo”, es decir, lo contrario a las ciencias racionales y al geometrismo cartesiano que habían reinado por más de tres siglos en el campo de la filosofía. Asimismo, aclara que el objeto de su teoría es “el estudio de las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989 p. 30), idea que resulta esencial en todas las teorías antiguas de la retórica. Es precisamente debido a ello y a la importancia que Perelman concede a la noción de *auditorio*, que su obra lleva ese nombre.

A efectos didácticos Perelman y Olbrechts-Tyteca dividen su obra en las siguientes secciones: 1) los presupuestos para la argumentación, 2) el punto de partida de la argumentación, 3) las técnicas argumentativas.

En cuanto a la primera sección, el autor indica que para que exista argumentación se tienen que dar ciertas condiciones previas, como por ejemplo el uso de un lenguaje común, que deben mantenerse a lo largo de todo el proceso. Al mismo tiempo distingue tres elementos esenciales que interactúan constantemente: el discurso, el orador y el auditorio. A su vez, es importante señalar que cada uno de estos elementos mencionados puede definirse desde el elemento principal: el auditorio. Éste último se entiende como “el conjunto de todos aquellos en los que el orador quiere influir con su argumentación” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 55).

De esta forma, un buen orador será aquel que tenga gran influencia sobre otras personas. En ese punto resulta relevante comprender que “lo importante no está en saber lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 61).

De igual manera ocurre con el elemento *discurso*. Respecto a éste, Perelman indica que “en esta materia, sólo existe una regla: la adaptación del discurso al auditorio, cualquiera que sea; pues, el fondo y la forma de ciertos argumentos, que son apropiados para ciertas circunstancias, pueden parecer ridículos en otras” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 63). En este sentido, podemos clasificar los discursos de acuerdo al auditorio al que se dirigen. Así tendremos el discurso deliberativo -dirigido a una asamblea-, el discurso judicial -dirigido a los jueces- y el discurso epidíptico -dirigido a un auditorio que tiene una adhesión previa, como los sermones en las iglesias o los discursos políticos ante determinada comunidad. Atienza destaca que en este último caso, la argumentación juega un papel importante “pues el fin de la argumentación no es solo conseguir la adhesión del auditorio, sino también acrecentarla” (Atienza, 2005, p. 49).

Respecto al auditorio, una de las clasificaciones más importantes que señala Perelman se centra en el número de oyentes a los que el orador dirige su discurso argumentativo. En ese sentido, el auditorio podrá ser universal, o bien podrá consistir en un único interlocutor -diálogo- o incluso podrá tratarse de la deliberación con uno mismo.

Para Atienza, el *auditorio universal* es uno de los puntos más relevantes en la teoría de Perelman, aunque destaca este autor que el término resulta impreciso. Este auditorio universal es una construcción ideal “en el sentido de que está formado por todos los seres de razón” (Atienza, 2005, p. 49), aunque luego se subraya que, al ser una construcción del orador, no

resulta una entidad objetiva. En esa línea, distintos oradores construyen distintos auditorios e incluso un auditorio con un solo orador puede cambiar. “En efecto, visto desde fuera, se puede pensar que el auditorio universal de cada orador es un auditorio particular” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 71). Destaca Perelman al respecto que, “la variedad de los auditorios es casi infinita y que, de querer adaptarse a todas sus particularidades, el orador se encuentra frente a innumerables problemas” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 65).

La clasificación anterior sirve para tratar de comprender la diferencia entre persuadir y convencer, aunque también resulte un tanto imprecisa. Perelman indica que se utilizan argumentos *persuasivos* cuando uno se encuentra ante un auditorio particular, mientras que se utilizarán argumentos *convincientes* frente a un auditorio universal.

En otro orden de ideas, en la segunda sección de la obra referente al punto de partida de la argumentación, nos encontramos con tres aspectos importantes: el acuerdo, la elección y la presentación de las premisas. El punto de partida se refiere en concreto a la adhesión del auditorio a ciertas premisas. Tanto el inicio como todo el proceso de la argumentación implican la aprobación del auditorio.

Para empezar, Perelman recoge y clasifica algunos objetos que pueden ser entes de creencia o adhesión. A aquéllos los divide en dos categorías: la primera -relativa a lo real- incluiría hechos, verdades y presunciones; la segunda -relativa a lo preferible- atañe a los valores, jerarquías y lugares comunes -*topos*-. Los primeros serán válidos para el auditorio universal, mientras que los segundos, por tratarse de una realidad preexistente y concreta, lo serán para un auditorio particular.

En relación a los hechos, Perelman manifiesta que “desde el punto de vista argumentativo, sólo estamos en presencia de un hecho si podemos postular respecto a él un acuerdo universal, no controvertido” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 122). Es decir, un hecho podrá ser objeto de una premisa siempre y cuando sea no controvertido. Algo similar ocurre con las *verdades*. Éstas se refieren a “sistemas más complejos, relativos a los enlaces entre hechos, ya se trate de teorías científicas o de concepciones filosóficas o religiosas que trascienden la experiencia” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 124). Por último, los auditorios universales admiten también las presunciones como premisas de partida. Se entiende que estas son un poco más débiles, ya que requieren de un refuerzo exterior. Algunas presunciones que se utilizan de manera corriente son:

La presunción de que la calidad de un acto manifiesta la de la persona que lo ha presentado; la presunción de credulidad natural que hace que nuestro primer movimiento sea aceptar como verdadero lo que se nos dice, y que se admita también por mucho tiempo y en la medida en que no tenemos razón para desconfiar (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 126).

En cuanto a los valores como objetos de adhesión de los auditorios particulares, el autor los clasifica en valores abstractos -como la justicia- y valores concretos. La diferencia entre ellos radica en que los últimos se refieren a valores relacionados a un ser vivo o a un ente en parti-

cular. Por ejemplo: Francia, la Iglesia. Asimismo encontramos las llamadas jerarquías, tales como la superioridad de los hombres sobre los animales. Esta necesidad de jerarquizar se debe a la existencia de una incompatibilidad que nos fuerza a elegir un valor sobre el otro. Por último, nos encontramos con los *lugares de lo preferible*, también llamados *topos* o *lugares comunes*. Indica el autor que “dichos lugares constituyen las premisas más generales, sobreentendidas con frecuencia, que intervienen para justificar la mayoría de nuestras elecciones” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 146). Perelman clasifica a los *topos* en lugares de cantidad, lugares de cualidad, lugares de orden, entre otros.

Por otro lado, “para que una argumentación sea posible es necesario presuponer una infinidad de objetos de acuerdo” (Atienza, 2005, p. 52), pero como resulta imposible tratar la totalidad, se deberá realizar un *proceso de selección* tanto de esos elementos como de la *forma* en que se presentarán. Es importante resaltar el papel de la interpretación y las calificaciones en el proceso de selección. Asimismo, resulta relevante evaluar la forma en que se presentan estos objetos de acuerdo. Al respecto, se destaca el uso de “afirmaciones, negaciones, de aserciones, interrogaciones, prescripciones” (Atienza, 2005, p. 52), y de las figuras retóricas.

Por último, en la sección correspondiente a las técnicas argumentativas, Perelman analiza la estructura de los argumentos aislados, clasificándolos de acuerdo a si éstos se ven como procedimientos de enlace o de disociación. “Por procedimientos de enlace entendemos aquellos esquemas que unen elementos distintos y permiten establecer entre estos elementos una solidaridad que pretenda, bien estructurarlos, bien valorarlos positiva o negativamente” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 299). Estos, a su vez, se clasifican en argumentos cuasilógicos, cuya fuerza retórica deriva de la proximidad con los argumentos lógicos -por ejemplo, identidad, contradicción, etc.-; los argumentos basados sobre la estructura de lo real, que utilizan enlaces de coexistencia o sucesión para establecer una relación entre los juicios con los que ya se cuenta adhesión y aquellos que se trata de introducir (por ejemplo: unir un fenómeno con sus consecuencias o sus causas) y los argumentos que *fundan* la estructura de lo real, por ejemplo: la ilustración o el modelo.

Por otro lado, indica el autor que “por procedimiento de disociación comprendemos aquellas técnicas de ruptura cuyo objetivo es disociar, separar, desolidarizar, elementos considerados componentes de un todo” (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 299). Tanto las técnicas de enlace como de disociación son complementarias y siempre se producen al mismo tiempo. Esto se debe a que cuando uno utiliza una técnica de enlace, lo que hace es disociarlo del fondo y viceversa.

La clasificación que hace Perelman está lejos de ser exhaustiva. Además, hace hincapié en que la importancia de la teoría de la argumentación radica en el todo, en la interacción, y no en los argumentos tratados aisladamente.

Por último, en cuanto a la fuerza de los argumentos, el autor plantea que existen argumentos fuertes y argumentos débiles. La fuerza que estos tengan depende en gran medida de la adaptación al auditorio, del contexto de interacción, del orden y la amplitud de los argumentos.

Críticas

Entre algunas de las objeciones que enuncia Atienza, se destaca una firme crítica conceptual dirigida a la falta de claridad de muchos de los conceptos centrales de la teoría como el auditorio universal, la fuerza de los argumentos, entre otros.

La teoría estándar de la Argumentación Jurídica: la posición de Neil MacCormick

Las teorías precursoras tienen algo en común: el rechazo del modelo de la lógica deductiva. Sin embargo, como analizamos anteriormente, esas teorías resultan ser demasiado simplistas e insuficientes. A pesar de ello, su papel fundamental radica en habernos introducido a un nuevo campo de investigación.

Es así, que durante las últimas décadas hemos presenciado un gran desarrollo en las temáticas que conforman la Teoría de la Argumentación, convirtiéndose en el punto de mayor interés en los campos de la teoría y filosofía del derecho. Entre las nuevas teorías que se han suscitado, las de mayor interés resultan las de Neil MacCormick y Robert Alexy. Estos dos autores,

aún proviniendo de tradiciones filosóficas y jurídicas muy distintas (en el caso de MacCormick sería básicamente Hume, Hart y la tradición, no sólo la inglesa, sino también la escocesa, del common law; en el de Alexy, Kant, Habermas y la ciencia jurídica alemana) llegan a formular al final concepciones de la argumentación jurídica esencialmente semejantes (Atienza, 2005, p. 106).

Neil MacCormick (1941–2009) expone sus principales ideas en la obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, del año 1978. En dicho trabajo, presenta una teoría de la argumentación tanto desde una perspectiva descriptivista como prescriptivista. Esto es, “no trata únicamente de mostrar bajo qué condiciones puede considerarse justificada una decisión jurídica, sino que pretende, además, que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo” (Atienza, 2005, p. 108).

Sin embargo, previo a adentrarnos en la teoría del autor mencionado, es necesario distinguir entre explicación (contexto de descubrimiento) y justificación (contexto de justificación). En cuanto al primer término, sus causas de motivación se encuentran en la órbita de lo psicológico y sociológico. En cuanto al segundo, “justificar una decisión, por el contrario, supone mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable” (Atienza, 2011, p. 22). Es en este último sentido en el cual están obligados los jueces a la hora de justificar sus decisiones.

En línea con lo expuesto, MacCormick entiende que en algunos casos las justificaciones que llevan a cabo los jueces se realizan mediante un razonamiento deductivo. Sin embargo, la

justificación deductiva –también llamada justificación interna o de primer nivel-, si bien es necesaria, no resulta suficiente. Ello se debe a que muchas veces o bien la premisa fáctica, o bien la premisa normativa, o ambas a la vez, presentan problemas.

En definitiva, además de haber “casos fáciles” donde la premisa fáctica se subsume en la premisa normativa, llegando a la conclusión sin mayores inconvenientes, en el Derecho también existen “casos difíciles”. MacCormick manifiesta que en estos casos, no hay una sola respuesta correcta posible y ahí radica la dificultad que experimenta el juez al dictar sentencia.

MacCormick clasifica a los casos difíciles teniendo en cuenta si el problema se presenta en la premisa normativa o en la premisa fáctica. Así, en el primer supuesto podríamos encontrarlos con problemas de relevancia, en los cuales no se conoce con certeza cuál es la norma aplicable al caso, y de interpretación, supuesto en el que, no obstante no existir duda respecto cuál es la norma aplicable, se suscita un problema hermenéutico, ya que alguno de los términos que contiene admite lecturas diferentes. Por otro lado, en cuanto a la premisa fáctica los inconvenientes pueden aparecer en torno a la prueba: nuestro autor distingue los problemas de prueba, en los que la duda radica en determinar si cierto hecho se encuentra demostrado o no; y los problemas de calificación, en los que no hay vacilaciones sobre la existencia de determinado hecho, sino que la dificultad reside en establecer si ese hecho encuadra o no en la norma en cuestión. Es dable destacar que muchas veces se presentan varias complicaciones de este calibre en un mismo proceso judicial.

Como hemos expuesto, para justificar las decisiones que se adopten en torno a los llamados casos difíciles, no basta con utilizar un razonamiento deductivo, sino que además se requiere echar mano de ciertos principios o reglas que integran la llamada razón práctica. El principio de universalidad se encuentra implícito en el argumento deductivo e implica que siempre que se den determinadas circunstancias debe tomarse cierta decisión. Se requiere que se cuente al menos con una premisa que sea la expresión de una norma general. En este mismo orden de ideas podemos identificar la consistencia-coherencia, es decir, la necesidad de que esté adecuada al sistema jurídico. Esta exigencia deriva en parte de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente y de ajustarse a la realidad que impera. Por último, nuestro autor reconoce la existencia del principio de aceptabilidad de las consecuencias, que implica que la decisión debe tener sentido en relación al mundo; en otros términos, esto significa que los futuros efectos de la sentencia sean considerados aceptables en consonancia con una serie de valores tales como la justicia, el sentido común, el bien común, la conveniencia pública, entre otros. A este tipo de justificación se la llama justificación externa o de segundo grado.

Críticas

Entre algunas de las críticas a la teoría de MacCormick podemos destacar, en primer lugar, que este autor sólo da cuenta de un aspecto bastante parcial de la argumentación jurídica. Esto sucede por cuanto se limita casi exclusivamente al tratamiento de la premisa normativa,

dejando de lado los problemas de prueba -hechos- que tienen una importancia decisiva a la hora de dictar sentencia. En segundo lugar, se plantean problemas en cuanto a las decisiones *contra legem*, ya que pareciera sugerir que nunca podrían estar justificadas medidas completamente innovadoras.

La argumentación en términos informativos: el aporte de Manuel Atienza

Las insuficiencias de la teoría estándar de la Argumentación Jurídica, en cuanto al objeto y al método, llevan a Manuel Atienza a plantear la necesidad de llevar a cabo un proceso de generalización de la teoría de la argumentación. En ese sentido destaca la importancia que se le debe prestar a los hechos y a los problemas relacionados a la prueba. Además, resalta la necesidad de elaborar un método que permita representar el procedimiento argumentativo, es decir, diagramar cómo los juristas expresan sus decisiones.

En ese último sentido, este autor propone diseñar un modelo que permita “una reconstrucción racional de todo el proceso de argumentación que se lleva a cabo frente a un caso difícil” (Atienza, 2005, p. 211). Para ello resultará vital cumplimentar los siguientes pasos: en primer lugar, se debe identificar el problema a resolver siguiendo la clasificación propuesta por McCormick para este tipo de casos.

En segundo lugar, una vez identificado de qué problema se trata (por ejemplo, un problema de interpretación), se verificará si ello se debe a que la información que contiene la premisa es insuficiente (por ejemplo, se trata de una norma que, en principio, no contiene al caso) o por un exceso de información (la norma aplicable admite un sinnúmero de sentidos que son incompatibles entre sí). En línea con lo expuesto, Atienza indica que, si partimos de considerar a la argumentación en términos informativos, esto es, como el paso de la información contenida en las premisas (normativa y fáctica) a la conclusión, podríamos, entonces, encontrarnos con tres estados informativos posibles:

a) Que en las premisas ya contamos con toda la información necesaria y suficiente para poder llegar a una conclusión; aquí nos hallamos con un caso fácil y en consecuencia, argumentar o justificar una decisión, consistirá en la mera aplicación de un silogismo.

b) Que en las premisas la información contenida resulta insuficiente para poder arribar a la conclusión, por lo que nos enfrentamos a un caso difícil. En este caso, la argumentación consistirá en agregar la información faltante, “incluyendo el nuevo caso en la información (norma) previa, alegando que se da una razón semejante (argumento *a pari*)” (Atienza, 2005, p. 33) o que hay razones de mayor peso (argumento *a fortiori*); o bien en excluir “el nuevo caso de la información (norma) previa (argumento *a contrario sensu*)” (Atienza, 2005, p. 33).

c) Que en las premisas la información contenida resulta excesiva y contradictoria. En este supuesto, argumentar implicará eliminar información para poder arribar a un escenario como el primero (a), (por ejemplo, mediante la reducción al absurdo).

En tercer término, propone nuestro autor la creación de nuevas premisas para llegar al estado informativo de tipo (a), es decir, para obtener a una premisa con información suficiente para poder arribar a una conclusión. Si el problema en cuestión es de tipo interpretativo por falta de información, la nueva proposición será una reformulación de la norma de la cual se parte, dando lugar a una más amplia que abarque el caso en cuestión. Por el contrario, si se trata de un problema hermenéutico por exceso de información, entonces se tendrá que optar por alguna de las distintas interpretaciones posibles que la norma ofrece, descartando al resto.

El cuarto paso consiste en presentar los argumentos a favor de la interpretación propuesta. En ese sentido, expresa Atienza que:

Lo que en el uso de este tipo de argumentación se trata de mostrar es que determinadas interpretaciones no son posibles, porque llevarían a consecuencias -entendido este término en un sentido muy amplio, que incluye tanto consecuencias fácticas como normativas – inaceptables (Atienza, 2005, p. 213).

Finalmente, el quinto y último paso consiste en el pasaje de la información de las premisas a la conclusión.

Reflexiones finales

El silogismo presenta numerosas falencias como método de resolución de casos judiciales. Si bien podría utilizarse en los denominados casos fáciles, la decisión en supuestos de mayor complejidad requiere la incorporación de otros elementos que escapan a la lógica formal.

Con el advenimiento de los estados democráticos durante la segunda mitad del siglo XX, las teorías de la argumentación jurídica dejaron al descubierto nuevos paradigmas de decisión afirmando que el Derecho es praxis social. De esta forma, autores como Recaséns Siches dieron el puntapié inicial a nuevas corrientes que transformaron la visión de la sentencia. La lógica de lo razonable que combina consideraciones histórico-sociales con los ideales de paz, dignidad humana y justicia, obliga al juez a justificar sus decisiones de una manera más integral que la mera subsunción de los hechos a las normas. Sucede que el magistrado debe tener en cuenta aspectos valorativos propios de la realidad en la que está inserto.

Por otra parte, en la actualidad, gracias a los avances tecnológicos, un mayor número de individuos tiene acceso a las resoluciones judiciales. En ese sentido,

no hay que olvidar que las decisiones de justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes, que son: de un lado, las partes en litigio; por otro, los profesionales del Derecho y, por último, la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales” (Perelman, 1989, p. 228).

Ello se debe a que en el Estado de Derecho, los jueces deben ser capaces de legitimar sus decisiones no sólo para las partes en conflicto sino también para un público mayor, y es justamente la Teoría de la Argumentación Jurídica la que provee de las herramientas necesarias para llevarlo a cabo. La justificación de las decisiones judiciales cumple, de esa manera, una función “extra-procesal” o “político-constitucional”, en palabras de Michelle Taruffo, en el sentido de la posibilidad de “control” de la actuación judicial por parte de la ciudadanía. En el constitucionalismo, la argumentación de las decisiones judiciales es uno de los parámetros más importantes para limitar el ejercicio de poder de los jueces y ello se materializa en el deber del juez de motivar sus resoluciones.

Esta idea de legitimación democrática ante la ciudadanía es tomada también por Recaséns Siches, quien subrayaba que la sentencia debía tener en cuenta las convicciones sociales vigentes, como así también los requerimientos de justicia de la sociedad actual. En la misma línea, para MacCormick una decisión debe tener sentido en relación con el mundo y no solo con el sistema, considerando las consecuencias que esa decisión judicial generará en la sociedad.

Estas ideas han sido excelentemente sintetizadas por García Amado, quien reconoce que el juez debe convencernos de que

cualquiera de nosotros pudo fallar igual que él, puesto que ha buscado las mejores razones del Derecho, en lo que el Derecho es instrumento de todos, en lugar de dejarse sin más guiar por sus móviles personales o sus intereses” (García Amado, 2013, p187).

Por último, es dable remarcar que los autores analizados dejan al descubierto que el Derecho es más que un sistema de normas positivas. El Derecho constituye

una práctica social que es más que palabras; es también comportamientos, símbolos, conocimientos; es lo que la ley ordena, pero también lo que los jueces sancionan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, etc. Es un discurso constitutivo, en el sentido de que transforma la realidad (Cárcova, 2009, p. 153).

Referencias

- Atienza, M. (2005). Las razones del Derecho. México: UNAM.
- Atienza, M. (1987) Para una definición razonable de “razonable”; Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 4, 1987.
- Atienza M. (2011). Argumentación y Constitución. (Versión online) Recuperado de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Argumentacion_y_constitucion_manuel_atienza.pdf

- Cabra Apalategui, J.M (2011). Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable. *AFD XXVII*, 37-61. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3649604.pdf>
- Cárcova, C. (2009). *Las teorías jurídicas post-positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Copi, I. (1969). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Eudeba.
- Doyle, C. (1982). *Estudio en Escarlata*. Salamanca: Anaya.
- García Amado, J.A. (2013). *Razonamiento jurídico y argumentación*. España: EOLAS.
- Hitchcock, D. (2000). The Significance of Informal Logic for Philosophy. *Informal Logic*, Vol. 20 (2), 129-138.
- Iturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 239-272.
- Johnson, R. H. y Blair, J.A. (2000). Informal Logic: An Overview. *Informal Logic*, Vol. 20 (2), 93-107.
- Perelman, Ch. y Olbrechtss-Tyteca, L. (1989). *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Editorial Gredos.
- Recaséns Siches, L. (1956). *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México: FCE.
- Recaséns Siches, L (1971). *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica «razonable»*. México: UNAM.

Los autores

Coordinadores

Guillermo Gustavo Peñalva

Docente, Profesor Titular ordinario de “Introducción al Derecho”, cátedra I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS), UNLP. Fue docente de la Universidad Católica de La Plata y de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; docente invitado en la Universidad de San Isidro Plácido Marín, en la Universidad Notarial Argentina y en el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires; expositor, conferenciante, participante en diversos simposios, jornadas de investigación y congresos referidos a Teoría General del Derecho, en distintas provincias de nuestro país (Buenos Aires, Jujuy, Salta, Neuquén, Río Negro, San Juan) y en el exterior (Universidad de La Habana, Cuba; Universidad de León, España; Escola Superior da Magistratura Tocantinense, Brasil). Publicaciones en Argentina, España y Brasil de artículos referidos a enseñanza del derecho, argumentación jurídica y teoría general del derecho. Actualmente, funcionario de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (Relator de Ministro) y Consejero Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.

María Laura Delucchi

Profesora adjunta por concurso en Introducción al Derecho desde 2001 hasta la actualidad. Docente designada en la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Pcia. de Bs. As. para dictar el curso “Argumentación y Lógica de las decisiones judiciales” y en el Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, asignaturas: Teoría General y Filosofía del Derecho. Cargo por concurso para una semidedicación docente en la Cátedra I de Introducción al Derecho, año 2005, renunciado por haber sido designada en el mismo año como Coordinadora de las materias de primer año de la misma facultad. Directora de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2010-2014 y coordinadora de su Revista. Coordinadora Jurídica del Ciclo de Adaptación Universitaria para el año 2006/7, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Doctoranda e investigadora, en la misma facultad, categoría V, 2013. Egresada del Postgrado de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Profundizado, UNA. Egresada con mención especial del Curso “Lenguaje, Lógica y Derecho”, organizado por el Instituto de Estudios Judiciales dependiente de la SCBA. Egresada de la Carrera Docente de

la UNLP. Becaria de la Fundación Ius. Subdirectora del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho del Colegio de Abogados de La Plata. Autora de varios trabajos de investigación y publicaciones. Egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP en 1990. Matriculada en 1991 en el CALP (ejercicio libre de la profesión).

Autores

Mariana Guadalupe Catanzaro Román

Procuradora. Abogada y Escribana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Diploma de Estudios Avanzados. Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2006. Doctora en Derechos Humanos. Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2016. (Calificación sobresaliente Cum Laude). Maestría en Derecho Procesal. Facultad de Cs Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata (diciembre 2019 – pendiente Tesis). Auxiliar docente ordinaria, luego jefa de Trabajos Prácticos interina y adjunta interina desde 2013 hasta la actualidad en la Cátedra I de Introducción al Derecho. Centro Universitario Extensión Bolívar: Introducción al Derecho, “Programa de enseñanza virtual y semipresencial”. Desde abril de 2018 hasta la actualidad, Bolívar (pcia. de Bs. As). Todos los cargos en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: Docente en el Programa “Talleres en Escuelas” En conjunto con la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos Desde 2018 hasta la fecha. UNICEN (Universidad Nacional de Centro): Seminario “Delitos de lesa humanidad en Olavarría. Un análisis jurídico desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. Abogada en Ejercicio Libre de la Profesión y Apoderada del Ministerios de Justicia y Derechos Humanos de la Pcia. de Buenos Aires en causas de Lesa Humanidad. Apoderada de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos en causas de Lesa Humanidad.

Agostina Curcio

Abogada y escribana graduada de la UNLP (2014). Obtuvo el premio “Joaquín V. González”, otorgado a los mejores promedios egresados. Actualmente cursa la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria en UNLP. Desde 2009 forma parte de la Cátedra I de Introducción al Derecho en la FCJS UNLP. Se ha desempeñado como ayudante alumna ordinaria y adscripta graduada. Fue docente del “Taller de lectocomprensión y técnicas de estudio” y del Preevaluativo para alumnos de la materia. Actualmente posee el cargo de Auxiliar Docente Interina y está al frente de comisión. Es profesora en la Especialización de Abogados del Estado —orientación asesoramiento— de la Procuración del Tesoro de la Nación. Es Coordinadora de Relaciones Internacionales en la Presidencia de la UNLP, y miembro del Consejo Asesor de la Cátedra Libre de Medicina de la Mujer UNLP. Ejerce la profesión liberal en Provincia de Bs. As y en el Fuero Federal.

María Victoria Feito Torrez

Traductora pública en lengua inglesa (FAHCE, UNLP, 2007-2012). Abogada y procuradora (JUR-SOC, UNLP, 2017-2020). Diplomada en Inglés jurídico (UCCuyo, 2019). Miembro del Instituto de Filosofía y Teoría General del Derecho (CALP, desde 2017). Editora asociada y traductora de la revista jurídica DER, Derecho, Estado y Religión (UAP, desde 2015). Adscripta diplomada de Introducción al Derecho (desde 2020). Ayudante alumna de Introducción al Derecho (2017 a 2020).

Mauricio Miguel Monetta

Procurador, Abogado y Escribano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, Aspirante a Magister en Derecho Procesal, cursando en la UNLP. Ayudante/alumno de Introducción al Derecho, designado por concurso. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Adscripto designado por resolución del consejo directivo de la UNLP en la materia Introducción al Derecho, cátedra I. Ayudante/alumno de la materia Procesal Civil y Comercial, cátedra I. Colaborador como integrante del grupo de investigación del libro “Oralidad en el Proceso Civil, nuevas perspectivas”, directores: Roberto O. Berizonce y Leandro Giannini. Librería Editorial Platense SRL, Buenos Aires, 2019. Empleado del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, desempeñando la tarea de Oficial 4^a (nivel 12) en el Juzgado Civil y Comercial 14 del departamento de La Plata.

Noelia Quintero Szymanowski

Abogada (UNLP). Maestranda en Relaciones Internacionales (UNLP). Posgrado en Derecho de la Unión Europea (Universidad de Varsovia, Polonia). Obtuvo becas para estudiar en el exterior por parte de la Asociación Wspólnota Polska, Fundación "Dzieło Nowego Tysiąclecia" y de JASSO (ésta última en el marco de un programa de intercambio entre la UNLP y Universidad de Meiji). Realizó una pasantía profesional rentada en el Parlamento Europeo. Se desempeña en la Cátedra I de Introducción al Derecho de la JURSOC, UNLP desde 2007, primero en carácter de ayudante alumna y luego como adscripta graduada. Fue docente en el marco de tutorías virtuales de la materia mencionada. Es miembro de varios organismos tales como el Grupo Joven del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Desde 2019 es Gerente de la Cámara de Comercio Empresaria Argentino – Polaca y ejerce la profesión liberal.

Santiago Joel Staffieri

Abogado y Escribano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Año 2013/2014. Carrera de Especialización y Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública (Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho). T.F.I. de Especialización en producción. Maestría en curso. Profesor en la materia “Introducción al Pensamiento Científico”, carrera de Abogacía (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP), desde 2017 a la actualidad. Profesor Auxiliar Adscripto en la materia “Introducción al Derecho” (cátedra I), carrera de Abogacía (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP), desde 2017 a la actualidad. Empleado en el Poder Judicial de la Nación, cargo de Escribiente en Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 2 de La Plata desde 2010.

Cristina Soledad Ucedo

Abogada, UNLP. Especialista en Derecho Procesal Profundizado UNA, 2015. Diplomada en Argumentación jurídica Universidad Dr. Plácido Marín, San Isidro, 2017. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca, España 2019. Seminarista en el Primer seminario internacional de Argumentación jurídica Universidad de León, España, 2011, y Ponente en el Primer Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo Latino, Universidad de Alicante. España, 2016. Auxiliar docente ordinaria en la Cát. III desde 2019; e interina de la Cátedra I de Introducción al Derecho, FCJyS, UNLP desde 2013 a la actualidad. Adscripta a la docencia universitaria para la Cátedra IV de Derecho procesal civil y comercial UNLP, desde abril de 2016. Profesora CAU 2015-2016 UNLP. Profesora de “Introducción al estudio de las Ciencias Sociales”, 2017. Ayudante alumna por concurso en Introducción al Derecho para la Cát.1 (2004/2012). Profesora en la Especialización en Derecho Procesal Profundizado y docente invitada en la Maestría de Derecho procesal de la FCJyS UNLP, entre otros. Pasante Municipalidad de Berazategui 2005-2007. Se desempeñó en un estudio jurídico y en la Subsecretaría de control de gestión SCJBA. Fue empleada administrativa en el Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial N°1 de La Plata, y desde 2017 a la actualidad Prosecretaria en el mismo organismo.

Juan Daniel Videla

Doctor en Filosofía, New School for Social Research, NY, Master en Ciencia Política, Columbia University, NY, Abogado, Universidad Nacional de Córdoba y Profesor en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Cuyo. Becario de la Comisión Fulbright y de la NSSR para realizar estudios de postgrado en los EEUU (1985-1987 y 1987-1991). Dirigido por Agnes Heller en su tesis doctoral *Las ciencias humanas y la crisis de la teoría del conocimiento*. También becario del DAAD para realizar tareas de investigación y asistir a seminarios doctorales en la Universidad Tecnológica de Dresde, Alemania (1995-97). Actualmente revista como Profesor Adjunto Ordinario de Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas, UNLP, y Profesor Adjunto Ordinario de Teoría del Estado y Teoría del Derecho, Facultad de Derecho, UBA. Fue director y miembro de seis proyectos de investigación en el Programa Nacional de Incentivos y el Programa UBACYT. Actualmente tramita Adscripción como Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas Ambrosio Gioja de la Universidad de Buenos Aires. Allí trabaja en su tesis del Doctorado de Derecho de la UBA, en donde incorpora aportes recientes de la fenomenología al estudio del derecho y la relación entre filosofía y teoría del derecho. Autor de *Comunidad, poder, ciudadanía: elementos de una teoría de la política*, 2004 y más de una docena de artículos.

Temas de Introducción al Derecho / Guillermo G. Peñalva ... [et al.] ; coordinación general de Guillermo G. Peñalva ; María Laura Delucchi. - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata ; EDULP, 2020.
Libro digital, PDF - (Libros de cátedra)

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-950-34-1947-2

1. Derecho. I. Peñalva, Guillermo G., coord. II. Delucchi, María Laura, coord.
CDD 340.1

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata
48 N.º 551-599 / La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina
+54 221 644 7150
edulp.editorial@gmail.com
www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2020
ISBN 978-950-34-1947-2
© 2020 - Edulp

S
sociales


Edulp
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA