

LA DEFINICIÓN DE DERECHO¹

Carlos Santiago Nino

1. La pregunta “¿qué es el derecho?”

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

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

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

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

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

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

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

Esta concepción sostiene que hay una definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados

¹ Capítulo primero de su obra “Introducción al análisis del derecho”.

por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos.

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

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

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

Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje —que es un sistema de símbolos— y la realidad ha sido establecida arbitrariamente por los hombres y, aunque hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos nadie está constreñido, ni por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir los usos vigentes, pudiendo elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las clases de cosas que le resulten convenientes.

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

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

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

De este modo, la caracterización del concepto de derecho se desplazará de la obscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra “derecho”, la estipulación no estará guiada por un test de

verdad en relación a la captación de esencias místicas sino por criterios de utilidad teórica y de conveniencia para la comunicación.

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

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

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

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

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

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

Veamos estas frases:

“El *derecho* argentino prevé la pena capital”

“Tengo *derecho* a vestirme como quiera”

“El *derecho* es una de las disciplinas teóricas más antiguas”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico

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

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

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

- 2) Las normas de un sistema jurídico deben ajustarse a ciertos principios morales y de justicia que son universalmente válidos, con independencia de que ellos sean aceptados o no por la sociedad en que tales normas se aplican.
- 3) Las normas de un sistema jurídico deben reconocer y hacer efectivas las pautas morales vigentes en la sociedad, cualquiera que sea la validez de tales pautas desde el punto de vista de una moral crítica o ideal.
- 4) No es posible formular una distinción conceptual tajante entre las normas jurídicas y las normas morales vigentes en una sociedad.
- 5) Los jueces aplican de hecho en sus decisiones no sólo normas jurídicas sino también normas y principios morales.
- 6) Los jueces deben recurrir a normas y principios morales para resolver cuestiones que no están claramente resueltas por las normas jurídicas.
- 7) Los jueces deben negarse a aplicar aquellas normas jurídicas que contradicen radicalmente principios morales o de justificación fundamentales.
- 8) Si una regla constituye una norma de un sistema jurídico ella tiene fuerza obligatoria moral, cualquiera que sea su origen y contenido, y debe ser aplicada por los jueces y obedecida por la gente.
- 9) La ciencia jurídica debe encarar la tarea de formular principios de justicia aplicables a distintas situaciones jurídicamente relevantes y evaluar hasta qué punto las normas jurídicas vigentes satisfacen tales principios y pueden ser interpretadas de modo de conformarse a sus exigencias.
- 10) Para identificar a un sistema normativo como un orden jurídico o una regla como una norma jurídica no basta verificar que el sistema o la regla en cuestión satisfacen ciertas condiciones fácticas, sino que debe determinarse además su adecuación a principios morales y de justicia; un sistema o una regla que no se adecuen a tales principios no pueden ser calificados de jurídicos.

Estas diversas tesis que sostienen que hay una relación relevante entre derecho y moral son, en la mayoría de los casos, independientes entre sí y no siempre mutuamente compatibles. Por otra parte, no todas ellas tienen el mismo carácter lógico. Algunas son de índole fáctica y pretenden describir lo que ocurre en la realidad; otras son de tipo valorativo o normativo y están dirigidas a estipular lo que debe o no debe hacerse; por fin, otras de las tesis mencionadas son de índole conceptual y versan acerca de la caracterización o definición de ciertas nociones, como la de sistema jurídico o norma jurídica.

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

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

“En la ciudad de Nuremberg, a los 25 días de noviembre de 1945, se reúne el Supremo Tribunal de las Fuerzas Aliadas para dictar sentencia en el proceso seguido a los detenidos aquí presentes, por la presunta comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Habiendo escuchado los argumentos de la acusación y de la defensa de los procesados y habiendo recibido la prueba de cargo y descargo ofrecidas, los señores jueces del tribunal se expiden en los términos siguientes:

“El señor Juez Sempronio dijo: ‘Distinguidos colegas: Estamos aquí reunidos para juzgar a un conjunto de hombres que han participado activamente en generar el que fue, sin duda alguna, el fenómeno social y político más aberrante de la historia de la humanidad.... Han sido decenas de millones de seres humanos los que se han visto afectados directa o indirectamente por las acciones criminales de estos otros individuos. Infundidos de un mesianismo vesánico, movidos por una fanática creencia en la superioridad de una raza y en el destino de dominación mundial de un determinado pueblo y de su líder, estos individuos han infligido a sus congéneres daños y sufrimientos que ni siquiera fueron imaginados por los escritores que ejercitaron su fantasía para dar una vívida pintura del ‘castigo eterno’.... Estos son los hechos que tenemos que juzgar hoy, decidiendo si corresponde o no, tal como lo pide la acusación, la aplicación de una pena a los procesados por los crímenes que se han probado ante este tribunal. La defensa de algunos de los procesados no niega los hechos sobre los

que versa la acusación, sino que impugna la calificación jurídica que los haría punibles. En síntesis, la defensa propone la tesis de que estos individuos han cometido actos que cualquiera que sea su valor o disvalor moral, han sido perfectamente legítimos de acuerdo con el orden jurídico del tiempo y lugar en que fueron realizados.... La defensa nos recuerda un principio elemental de justicia... formulado usualmente con la expresión latina *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, prohíbe imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho que era válido en el momento de cometerse el acto.... Distinguidos colegas: creo que uno de los servicios más importantes que este tribunal puede prestar a la humanidad consiste en contribuir a desterrar de una vez para siempre la absurda y atroz concepción del derecho que encierra la tesis de la defensa.... Esto ha generado el obscuro lema “La ley es la ley”, que ha servido para justificar las opresiones más aberrantes. Desde antiguo, pensadores sumamente lúcidos han demostrado la falsedad de esta idea, con argumentos contundentes. Por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterio de justicia y derechos fundamentales ínsitos a la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, etc., a no ser coaccionados sin un debido proceso legal. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar ‘derecho natural’. Las normas positivas dictadas por los hombres sólo son derecho en la medida que se conforman al derecho natural y no lo contradicen. Cuando enfrentamos un sistema de normas que está en oposición tan flagrante con los principios del derecho natural como lo estuvo el ordenamiento nazi, calificarlo de ‘derecho’ implicaría desnaturalizar grotescamente ese sagrado nombre.... No siendo las regulaciones del régimen nazi verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para legitimar los actos ejecutados de conformidad con las mismas. Por el contrario, tales actos constituyen violaciones groseras de las normas más elementales del derecho natural, que es un derecho que existía tanto en el tiempo en que tales actos fueron ejecutados, como existe ahora y existirá eternamente. Es así que resulta absurda la pretensión de la defensa de que condenar a los imputados implicaría violar el principio ‘no hay pena sin ley previa que prohíba el acto’; hay una ley eterna que prohíbe tales actos y ésta es la ley que aplicaremos si sometemos a los procesados a su justo castigo. Voto, por lo tanto, porque se condene a los procesados”.

“El señor juez Cayo dijo: ‘Comparto las valoraciones morales que el distinguido juez preopinante ha hecho de los actos sometidos a la consideración de este tribunal supremo. Yo también considero que tales actos constituyen formas extremadamente aberrantes de comportamiento humano, sin precedentes de igual magnitud en el curso previo de la historia.... La cuestión es si nos está permitido, en nuestro carácter de jueces, hacer valer estos juicios morales para arribar a una decisión en este proceso. Los juicios morales, incluso los que acabo de formular, son relativos y subjetivos... Lo que un pueblo en cierta época considera moralmente abominable, otro pueblo, en época o lugar diferentes, lo juzga perfectamente razonable y legítimo.... La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión. Lo demuestra el contenido divergente que los pensadores iusnaturalistas han asignado a ese presunto derecho natural a la hora de hacer explícitas sus normas.... Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado “el estado de derecho”. Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales. El derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones

subjetivas. Cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones.... Va de suyo que considero que, por las mismas razones, el sistema normativo vigente en la Alemania nazi y en los países ocupados por sus tropas, era un sistema jurídico, por más que el contenido de sus disposiciones nos parezca aborrecible. Quiero destacar que ese sistema fue reconocido internacionalmente, incluso por algunos de nuestros países antes de que decidieran declarar la guerra al Eje.... Nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo con normas jurídicas. Son las normas jurídicas, y no nuestras convicciones morales, las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas. Es verdad que no somos nosotros jueces del sistema jurídico nazi –gracias a Dios, derogado para siempre– y, en consecuencia no estamos sometidos a sus normas. Pero cualquiera que sea la posición que adoptemos acerca del origen de nuestra competencia...terminaremos por reconocer la validez de las nefastas normas del régimen nazi.... Si se dijera que constituimos un tribunal internacional sometido a las normas del derecho de la comunidad de naciones deberíamos concluir que ese derecho incluye el llamado “principio de efectividad”, que otorga validez a todo sistema normativo dictado por un poder soberano.... Si, en cambio, se sostuviera que somos jueces de las naciones vencedoras que aplican las normas de su propio sistema jurídico, extendido transitoriamente a este territorio, deberíamos concluir que nuestros respectivos ordenamientos jurídicos incluyen entre sus principios fundamentales el de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.... Por cualquier camino llegamos, en nuestro carácter de jueces de derecho, al reconocimiento de la validez de las normas del derecho nazi en el momento y en el ámbito territorial en que estos actos fueron realizados.... es la conclusión natural de aplicar nuestras propias normas jurídicas. Debemos, pues, aceptar la tesis de la defensa de que estos actos moralmente horribles fueron jurídicamente legítimos y no pueden ser penados. Estos individuos sentados en el banquillo fueron ya juzgados contundentemente por la opinión moral de la humanidad civilizada. No desnaturalicemos nuestros principios jurídicos para agregar a esa condena moral una pena superflua y perniciosa (cuidémonos de sentar un precedente susceptible de ser usado en el futuro con fines diferentes a los que nosotros perseguimos). A la barbarie del nazismo y a su desprecio por el estado de derecho, opongamos nuestro profundo respeto por las instituciones jurídicas. Voto, pues, por que se absuelva a los procesados”.

“El señor juez Ticio dijo: ‘Las opiniones de mis ilustrados colegas me han sumido en un estado de profunda perplejidad. Tengo conciencia de nuestra responsabilidad histórica de sentar principios claros y concluyentes que expresen la respuesta que el mundo civilizado debe dar a hechos de barbarie como los que son juzgados en este proceso.... El juez Sempronio ha sostenido que hay ciertos principios morales y de justicia que son universales y eternos, asequibles a la razón y que derivan de la “verdadera naturaleza humana”. Por el contrario, el juez Cayo ha negado la existencia de un derecho natural y ha afirmado que los juicios valorativos son necesariamente subjetivos y relativos, sin que haya procedimientos racionales y objetivos para determinar su validez o invalidez. Ambas posiciones me parecen insatisfactorias. La primera no nos dice cómo se demuestra la existencia de tales principios de derecho.... no estoy convencido de que sea posible inferir conclusiones acerca de lo que debe ser o debe hacerse de premisas que no son en sí mismas normativas.... Por otra parte, la segunda posición, que sostiene que los juicios valorativos son juicios subjetivos y relativos genera también

dudas que no son fáciles de erradicar.... Del hecho de que las sociedades difieran en sus juicios valorativos, ¿se infiere que todos ellos sean igualmente razonables y válidos? ¿Tiene sentido sostener que ni a los hombres ni a las sociedades debemos juzgarlos de acuerdo con los principios morales que nosotros sostenemos sino de acuerdo con los que ellos sustentan?.... El problema filosófico en el que incursioné sólo se presentaría si alguien nos desafiara a justificar los principios morales últimos en los que tales juicios se basan; pero, por suerte, tal problema no se plantea aquí, ya que todos los miembros del tribunal coincidimos en nuestras convicciones morales fundamentales. La cuestión que se presenta en este proceso es, en cambio, si, como jueces, podemos hacer vales tales convicciones morales para decidir este caso, o si debemos atenernos exclusivamente a la aplicación de principios y normas jurídicas.... Es difícil determinar los alcances definidos del término 'derecho' (o 'sistema jurídico') en el lenguaje corriente; ella es por cierto una expresión marcadamente vaga. Sin embargo, el juez Cayo no debe estar desencaminado al presuponer que la palabra se aplica a un conjunto de normas que son reconocidas, y hechas efectivas por quienes controlan el monopolio de la coacción en un cierto territorio.... el juez Cayo... nos dice que las normas de un sistema jurídico son válidas o tienen fuerza obligatoria en el tiempo y lugar en que ellas rigen, ¿pero qué quiere decir esto? Si ello significa que las normas jurídicas estipulan la obligación de realizar determinados actos, esto es obviamente cierto, pero no implica que debamos realmente realizar tales actos. También la orden de un asaltante estipula la obligación de realizar un acto, pero esto no quiere decir que debamos realizar ese acto, aunque no nos quede otro remedio que ejecutarlo. Si se pretende sostener, en cambio, que hay una obligación de obedecer las normas jurídicas —y no las normas de un asaltante— corresponde preguntarse de dónde surge esa obligación. No se puede contestar que surge de otra norma jurídica, puesto que si así fuera tendríamos que preguntarnos si estamos obligados a obedecer esa otra norma jurídica; en algún momento se agotarán las normas jurídicas que estipulan la obligación de obedecer a otras normas que son consideradas 'intrínsecamente obligatorias'. Ahora bien, las únicas normas de las que se puede predicar que son intrínsecamente obligatorias son las normas de una moral crítica o ideal.... El principio moral de que deben obedecerse y aplicarse las normas jurídicas vigentes es un principio plausible.... Pero es absurdo pretender que él sea el único principio moral válido. También hay otros principios, como los que consagran el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, etcétera. En ciertas circunstancias excepcionales, la violación de estos últimos principios, en que se incurriría si se observaran las reglas jurídicas, sería tan radical y grosera como para justificar apartarse del principio moral que prescribe atenerse al derecho vigente. Tales circunstancias se dieron durante el régimen nazi, y no puede dudarse que los funcionarios de ese régimen no podían justificar moralmente las atrocidades que ejecutaron en el mero hecho de estar ellas autorizadas o prescriptas por el derecho vigente.... Tanto el principio de efectividad del derecho internacional como el principio *nulla poena sine lege praevia* del derecho interno de nuestros países son principios muy respetables que reflejan valores morales primarios, tales como la soberanía de los Estados y la seguridad individual. Estos principios deben ser observados escrupulosamente en todas las actuaciones que no involucren una verdadera catástrofe para la sociedad.... Este tribunal tiene la imperiosa necesidad de ratificar contundentemente el valor de la vida, el de la integridad física, el de la intrínseca igualdad de todos los seres humanos, etcétera. Para ello no puede dejar impunes a los personeros de un régimen que se burló brutalmente de esos valores, como nunca antes había ocurrido. Esto implica dejar de lado principios jurídicos normalmente valiosos, como los que alega la defensa. Debemos asumir plenamente esta consecuencia desgraciada como un mal menor.... Voto, en consecuencia, por que se condene a los procesados'."

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

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

El iusnaturalismo está más o menos fielmente representado por la posición del juez Sempronio. La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis:

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

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

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

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

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

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

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

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

Los juristas racionalistas intentaron formular detallados sistemas de derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas

matemáticos. Los presupuestos y métodos del racionalismo influyeron en la configuración de la llamada “dogmática jurídica”, que es la modalidad de la ciencia del derecho que prevalece en los países de tradición continental europea.

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

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

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

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

refleja la posición positivista es el juez Ticio, y hasta habrá quienes sostengan que ninguno de los dos es realmente positivista.

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

a) *El escepticismo ético*

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

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

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

Sin embargo, no todos los positivistas comparten esta tesis de filosofía ética. Lejos de ello, pensadores como Bentham y Austin, los que pueden ser considerados fundadores del positivismo jurídico moderno, creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos: es el llamado “principio de utilidad”, el cual sostiene, en substancia, que una conducta es moralmente correcta cuando contribuye a incrementar la felicidad del mayor número de gente. Es más, estos autores sostuvieron que este principio está en consonancia con la naturaleza humana, y Austin, en particular, afirmaba que deriva, en última instancia, de la voluntad divina. Aun un positivista contemporáneo como H. L. A. Hart no es, de ningún modo, un escéptico en

materia ética, y ha incursionado con lucidez en la discusión de problemas valorativos, como el de la justificación de la pena, poniendo de manifiesto que no se presupone que tal tipo de discusión sea irracional e involucre un mero choque de actitudes emotivas.

De este modo, no es correcto identificar el positivismo jurídico con el escepticismo ético. Si algo hay en común en el pensamiento de los más importantes representantes de la concepción positivista del derecho, ello no es la creencia de que los juicios valorativos sean subjetivos y relativos. Aun en el caso de Kelsen y Ross se puede afirmar que, si bien su escepticismo ético les sirve de apoyo, como luego veremos, para defender su posición positivista, ellos no *identifican* esta posición con el escepticismo ético.

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

b) El positivismo ideológico

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

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

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

de fuerza y ha contribuido, en consecuencia, a proveer un marco teórico para legitimar un sistema como el nazi o el soviético.

Norberto Bobbio denomina la tesis que estamos comentado “positivismo ideológico” y la caracteriza como la concepción que defiende estas proposiciones:

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

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

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

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

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

Si se define el derecho en términos puramente fácticos, las proposiciones acerca de lo que el derecho vigente dispone son reducibles a proposiciones acerca de hechos. Ahora bien, es un principio de lógica del razonamiento práctico (el razonamiento que conduce a la justificación de una acción o decisión) que las proposiciones que describen meros hechos no expresan razones operativas para justificar acciones o decisiones. No se puede justificar una acción o

decisión solamente sobre la base de que algo ocurrió u ocurrirá en la realidad. Debe recurrirse además, o bien a deseos o intereses o bien a valoraciones. Cuando se trata de una acción moralmente relevante, las razones morales excluyen las razones prudenciales constituidas por deseos o intereses, que ya no bastan para justificar la acción o decisión. (No basta, por ejemplo, para justificar mi decisión de pasar un tiempo en Oxford, el que mencione el hecho de que es un lugar ideal para estudiar filosofía; tengo que acudir, además, a mi deseo o interés de estudiar filosofía –lo que generalmente está implícito cuando se hace el primer tipo de mención–. Pero si tengo, por ejemplo, el deber de cuidar a un pariente enfermo y el ir a Oxford impide cumplir ese deber, no es tampoco suficiente para justificar mi decisión de pasar un tiempo en Oxford el que haga referencia a un deseo o interés.)

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

En definitiva, el positivismo ideológico es una posición valorativa que sostiene que los jueces deben tener en cuenta en sus decisiones *un solo* principio moral: el que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente. Pero una vez que se advierte esto, se advierte también la radical debilidad del positivismo ideológico. Como lo dijo el juez Ticio en el fallo que imaginamos, si bien ese principio moral parece estar, en general, justificado (hay razones de orden, seguridad y certeza en su apoyo), él no es el único principio moral válido, ni el único principio moral que los jueces deben tomar en cuenta en sus decisiones.

Hemos dicho que los principales representantes del positivismo están lejos de ser positivistas en el sentido ideológico. Kelsen es un caso especial. Sostiene que las normas jurídicas existen en tanto y en cuanto son válidas o tienen fuerza obligatoria; las normas se dan, no en el mundo de los hechos, de lo que “es”, sino en el mundo de lo que “debe ser”. (Aunque sean necesario ciertos hechos, como el que sean dictadas y aplicadas, para que existan). En esto Kelsen coincide con el iusnaturalismo, pero como este autor pretende fundar una ciencia jurídica valorativamente neutra, rechaza la pretensión iusnaturalista de que la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas deriva de su concordancia con principios morales o de justicia. Para Kelsen tal validez o fuerza obligatoria deriva, en cambio, de una norma no positiva, su famosa norma básica, que dice que lo que un orden coactivo eficaz dispone “debe

ser”. Ésta no es para Kelsen una norma moral; ella es un mero presupuesto epistemológico, una suerte de hipótesis de trabajo, de la ciencia jurídica. Este presupuesto epistemológico permite a los juristas acceder, sin asumir un compromiso moral o ideológico, a la verdadera realidad jurídica, que, como hemos dicho, está compuesta, para Kelsen, no por hechos, sino por entidades –las normas jurídicas– que pertenecen al mundo del “deber ser”. Si un estudioso del derecho no presupone que lo que dispone una orden de quien ejerce el poder debe ser observada, no estará en condiciones de describir esa orden como una norma jurídica. Describiría un mero hecho, tal como lo hacen, por ejemplo, los sociólogos.

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

c) *El formalismo jurídico*

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

Este tipo de positivismo generalmente va unido al positivismo ideológico que acabamos de examinar. Esto es así porque, por un lado, el positivismo ideológico defiende, en general, la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos –lo que presupone que el derecho está compuesto sólo por leyes– y, por otro lado, el postulado del positivismo ideológico, de que los jueces deben decidir siempre según normas jurídicas y no según otro tipo de principios, presupone que las normas jurídicas siempre ofrecen una solución unívoca y precisa

para cualquier caso concebible; de lo contrario los jueces tendrían que recurrir, a veces, a otro tipo de criterios no jurídicos para justificar su decisión.

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

Como en el caso de las tesis examinadas precedentemente, tampoco es verdad que los principales representantes del positivismo se adhieren a esta concepción del derecho. Por lo contrario, tanto Kelsen como Ross y Hart sostienen claramente que un orden jurídico puede estar integrado no sólo por normas legisladas, sino también por normas consuetudinarias y jurisprudenciales, y no se pronuncian acerca de cuales de estas normas tienen prioridad.

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

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

d) *El positivismo metodológico o conceptual*

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

dispone no implican juicios de valor y son verificables en relación a ciertos hechos observables empíricamente.

La idea de que el concepto de derecho debe caracterizarse en términos no valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas es una mera tesis conceptual. Ella no implica ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas, y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas. Es perfectamente coherente, según esta posición, decir que cierto sistema es un orden jurídico o que cierta regla es una norma jurídica, pero que son demasiado injustos como para ser obedecidos o aplicados. Un positivista de esta persuasión puede decir, sin contradicción, que en determinados casos, los jueces están moralmente obligados a desconocer ciertas normas jurídicas, tal como lo ha dicho el juez Ticio en el fallo que imaginamos. Este tipo de afirmación no será aceptado ni por iusnaturalistas ni por los positivistas ideológicos; un iusnaturalista dirá que si los jueces están moralmente obligados a desconocer una norma, ella no es una norma jurídica; un positivista ideológico dirá, en cambio, que si una norma es una norma jurídica, los jueces están necesariamente obligados a aplicarla.

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

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

Para quienes subscriben una concepción “esencialista” del lenguaje, se trata de captar cuál es la verdadera esencia del derecho. Pero los que adoptan esta concepción no nos ofrecen un procedimiento intersubjetivo para aprehender la esencia de una cosa, sino que recomiendan, en última instancia, confiar en cierta intuición intelectual que no es objetivamente controlable.

De este modo, resulta difícil vislumbrar cómo puede resolverse esta controversia en el marco de una concepción esencialista.

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

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

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

Sin embargo, se podría sostener que no tiene sentido reducir las posiciones iusnaturalista y positivista a meras tesis lexicográficas acerca de cómo se emplea efectivamente la palabra “derecho” en el lenguaje espontáneo de legos y teóricos. Tal vez estas posiciones versen acerca de cómo *debería usarse* esta expresión y no acerca de cómo se la emplea

efectivamente. Esto nos conduce al segundo plano en el que, según la concepción “convencionalista” del lenguaje, puede encararse una discusión sobre el significado de una expresión lingüística.

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

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

Otro argumento, también implícito en autores como Kelsen y Ross, es que, siendo los juicios de valor subjetivos y relativos, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, este concepto se transformaría también en una noción subjetiva y relativa, que cada uno emplearía en forma divergente según sus preferencias y actitudes emotivas; esto haría imposible una comunicación eficaz y fluida entre juristas, abogados, jueces, etcétera. El hecho de que Kelsen y Ross recurran a este argumento es lo que nos ha permitido decir que si bien el escepticismo ético que ellos defienden no se identifica con su posición positivista, él les sirve de apoyo para sostener tal posición. Pero, como hemos visto, no todos los positivistas son escépticos en materia ética, por lo cual no todos ellos pueden recurrir a este argumento para defender una definición puramente descriptiva, que no tome en cuenta propiedades valorativas, de la expresión “derecho”.

Un tercer argumento, que casi todos los positivistas exponen, alude a las ventajas teóricas y prácticas que se obtienen si se define “derecho” de tal modo que sea posible distinguir cuidadosamente el derecho que “es” del derecho que “debe ser”. Una definición del tipo que

el iusnaturalismo propone hace imposible esta distinción puesto que, según él, nada “es” derecho, si no “debe ser” derecho. Esto implica confundir la realidad con nuestros ideales, lo que obstaculiza no sólo la descripción de la realidad sino también la misma crítica de esa realidad según nuestros ideales. Pero un iusnaturalista podría replicar que su definición de “derecho” permite hacer una distinción que es exactamente paralela a la que el positivismo propone y que satisface los mismos fines: la distinción entre lo “es” derecho y lo que “es considerado” derecho (por parte de cierta gente). Cuando un positivista dice que algo “es” derecho, un iusnaturalista diría que eso “es considerado” derecho; y cuando un positivista afirma que algo “debería ser” derecho, un iusnaturalista (que comparta sus convicciones valorativas) diría que eso “es” derecho.

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

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

En segundo lugar, hay un cierto tipo de crítica valorativa de un individuo, objeto o institución que presupone una comparación con otros que pertenecen a la misma clase por compartir con el primero ciertas propiedades fácticas comunes. Cuando uno dice que un objeto es un mal cuchillo, o que una persona es un mal profesor, no dice que sea un mal objeto o una mala persona, sino que son malos como cuchillo o como profesor. Si el mero hecho de ser malos los excluyera de la clase de los cuchillos o de los profesores, ya no podríamos criticarlos por ser un *cuchillo* o un *profesor* que no satisfacen las condiciones para ser un buen exponente de su clase. Lo mismo ocurre con el concepto de derecho, si decidiéramos que éste sólo es aplicable a sistemas que son buenos o justos. No podríamos hacer comparaciones entre un sistema jurídico bueno y otro malo, porque este último sistema no sería un sistema jurídico. De este modo, obscurecemos los rasgos fácticos comunes que tienen tanto el uno como el otro sistema y dejamos de percibir con claridad cuál es el peculiar disvalor que puede presentar un sistema con esas propiedades fácticas. Así como hay ciertas deficiencias específicas que hacen que una persona, que satisface las condiciones fácticas que nos permiten llamarlo “profesor”, sea un mal profesor (y no, por ejemplo, un mal hombre, o un mal marido), hay

también ciertas deficiencias específicas que hacen que un sistema normativo que reúne las condiciones fácticas que nos permiten calificarlos de “derecho”, sea un derecho injusto. El sistema normativo impuesto en Alemania nazi nos choca como tan radicalmente injusto, precisamente por haber sido un sistema jurídico, o sea un sistema que compartía ciertas propiedades fácticas comunes con otros sistemas jurídicos, como el argentino o el norteamericano. Si lo viéramos, en cambio, no como un sistema jurídico sino como el orden normativo de una organización delictiva –como la mafia– lo segaríamos considerando aberrante pero dejaríamos de percibir claramente la horrenda iniquidad involucrada en la implantación de un sistema respaldado por el monopolio de la fuerza en un cierto territorio, constituido por leyes y aplicado por jueces y funcionarios, pero que, a diferencia de otros sistemas que reúnen estas mismas propiedades, no estaba dirigido a garantizar a toda la población condiciones de vida razonablemente seguras y equitativas, sino a asegurar el dominio de cierta raza eliminando a los “seres inferiores” y a los disidentes.

Por otra parte, los sistemas normativos que suelen denominarse “derecho” en contextos descriptivos, presentan rasgos comunes de índole fáctica que son de tal relevancia para todo análisis social, como el que realizan sociólogos, antropólogos, historiadores, etc., que se hace necesario agruparlos conceptualmente en una misma clase, distinguiéndolos de otros fenómenos sociales. Si no pudiéramos utilizar la palabra “derecho” para denominar todos los miembros de esa clase, tendríamos que inventar otra palabra que cumpliera la misma función. (El iusnaturalismo no podría oponerse a que llamáramos, por ejemplo, “flux”, todo lo que los positivistas llaman “derecho”. ¿Pero por qué sería admisible ese uso amplio del grafismo “flux” y no ha de serlo el uso amplio del grafismo “derecho”?).

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

el lenguaje positivista puede ser traducido al lenguaje iusnaturalista, y viceversa (aunque la traducción sea, en algunos casos, sumamente engorrosa).

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

3. El planteo del realismo jurídico.

a) El escepticismo ante las normas

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

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

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

verdadero sentido de las normas en cuestión podrá determinarse para cada una de ellas un ámbito de aplicación independiente en el que no entre en conflicto con la otra.

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

Al no tener oportunidad de subyugarse con códigos con pretensión de ser encarnación de la “razón”, los juristas de ese sistema han advertido, con mayor claridad que sus colegas dogmáticos (o sea los juristas del sistema continental europeo), que las normas jurídicas están lejos de tener las propiedades formales que se les suele asignar, ya sea que tales normas jurídicas estén dictadas por un legislador, integrando un código o no, o se las infiera de los fundamentos de las decisiones judiciales.

Por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir a un lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que inevitablemente tienen cierto grado de vaguedad. Por otra parte, las normas jurídicas más importantes son *generales*. Cuando se formula una norma general, se tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de regulación. Pero como los legisladores no son omniscientes, obviamente no prevén todas las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. De este modo, quedan casos sin regular y casos en los que se le da una solución diferente de la que se le hubiera asignado de haberlos tenido presentes.

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

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

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

a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas.

Quizás haya pocos pasajes que sintetizen mejor el enfoque realista que éste, del célebre juez Holmes (en *La senda del derecho*):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, se nos habla de las *conductas* o las *decisiones* de los jueces, ¿pero qué aspectos de tales conductas o decisiones le interesan a la ciencia jurídica? Obviamente, los jueces realizan muchos movimientos corporales, incluso en cumplimiento de sus funciones, que son absolutamente irrelevantes para la investigación jurídica. Cuando un juez firma un papel escrito a máquina, esto no le interesa al científico del derecho; lo que le interesa es lo que ese papel *dice*. Y cuando nos preguntamos qué dijo un juez, suponemos naturalmente que ha realizado un determinado acto verbal, pero centramos nuestro interés en su significado. Un juez pronuncia expresiones como “Fulano debe pagar el alquiler”, “Mengano debe ir a la cárcel”. Saber que el juez pronunció ruidos semejantes es necesario, no porque estemos interesados en su actividad de pronunciar esos ruidos, sino porque estamos interesados en lo que ellos significan, y el significado de tales expresiones es lo que suele llamarse “normas jurídicas”. O sea que lo se supone que los juristas predicen no es qué actos verbales van a

realizar los jueces sino, a través de ellos, qué normas jurídicas particulares van a formular para resolver un conflicto. Esto lleva a admitir la relevancia de tales normas particulares.

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

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

“La pregunta del tipo ‘¿hay contrato?’ puede recibir un segundo significado, radicalmente distinto al anterior. Cuando el juez se formula esta pregunta al redactar una sentencia, no está tratando de predecir su propio comportamiento; lo que está haciendo es plantearse, en forma oscura, el problema de si debe o no atribuir responsabilidad a alguien por ciertos actos. Ésta es, ineludiblemente una cuestión ética. Lo que un juez debe hacer en un caso dado es un problema tan moral como los problemas de moralidad que se examinan en las ‘escuelas dominicales’”.

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

Este último criterio es seguido por un realista moderado, Alf Ross (en *Sobre el derecho y la justicia*). Este filósofo escandinavo es un realista en cuanto caracteriza el derecho sobre la base de la predicción de las decisiones judiciales. Pero se preocupa por aclarar que esta caracterización corresponde a la *ciencia jurídica* y no al objeto de estudio de la misma. Por

otra parte, analiza qué aspectos de las decisiones judiciales constituyen el objeto de predicción por parte de los juristas: lo que la ciencia del derecho predice es qué *normas o directivas* van a ser usadas por los jueces como fundamento de sus sentencias.

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

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

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

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