

Colección mayor
FILOSOFÍA Y DERECHO

5

CARLOS SANTIAGO NINO

Introducción al análisis del derecho

2ª edición ampliada y revisada
12ª reimpresión



EDITORIAL
ASTREA

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

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

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

2. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si 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 de derecho natural.

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

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

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

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

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

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

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

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

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