LA VALIDEZ DEL DERECHO

Colección mayor

FILOSOFÍA Y DERECHO

6

172527

CARLOS SANTIAGO NINO

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas

La validez del derecho

1172

UNIVERSITA' degli STUDI - Genova
ISTITUTO DI FILOSOFIA E
SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

DIPARTIMENTO DI CULTURA GIURIDICA
"GIOVANNI TARELLO" (DI.GI.TA.)
Inventario Biblioteca
Vol. N. 2698

EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1985

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - Buenos Aires

ISBN: 950-508-149-9

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

A mi madre
Regina A. de Nino

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

..... 1

I. EL CONCEPTO DE VALIDEZ JURÍDICA EN LA TEORÍA DE KELSEN

1. Caracterización preliminar del concepto 7
   a) Validez como equivalente a fuerza vinculante 9
   b) Validez como equivalente a existencia 9
   c) Validez como un concepto normativo 10
2. Validez y pertenencia a un sistema jurídico 12
3. Algunas confusiones corrientes sobre el concepto kelseniano de validez 15
4. Validez jurídica y justificabilidad 24

II. EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE KELSEN APLICADO AL PROBLEMA DEL CONFLICTO DE NORMAS DE DIFERENTE JERARQUÍA

1. Introducción 29
2. La tesis 30

3. Observaciones críticas 32
4. Interpretación 35

III. LA COMPETENCIA DEL CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL CARÁCTER MORAL DE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

1. Introducción 41
2. El análisis de Carrió 42
3. La extensión de las objeciones de Carrió a otras aplicaciones del concepto de competencia jurídica 46
4. La estructura del razonamiento jurídico justificatorio 52
5. El positivismo ideológico 62
6. Síntesis 67

IV. ¿PUEDE UN SISTEMA JURÍDICO GENERAR SU PROPIA VALIDEZ?

1. Introducción 69
2. La tesis de Ross y algunas objeciones 70
3. El problema de la autorreferencia normativa 74
4. La derivación "dinámica" de una norma de otra con contenido opuesto 79
5. La superación del problema de Ross 85

V. LA VALIDEZ DE LAS NORMAS "DE FACTO"

1. Justificaciones espurias de los gobiernos autocráticos 89
2. La superioridad moral de la democracia 94
3. La validez de las normas de origen autocrático 97

4. La división de poderes frente a las normas "de facto" 101
5. Conclusiones 105

VI. ¿SON PRESCRIPCIONES LOS JUICIOS DE VALOR?

1. Análisis del discurso práctico en términos de razones para actuar 109
2. El enfoque prescriptivista de los juicios de valor .. 111
3. Normas jurídicas, juicios valorativos y órdenes 113
4. Los juicios de valor y la presuposición de razones . 116
5. Las normas y órdenes y la constitución de razones . 117
6. La autoridad científica, jurídica y moral 119
7. Conclusiones 121

VII. NORMAS JURÍDICAS Y RAZONES PARA ACTUAR

1. Los conceptos de razón 125
2. Los conceptos de norma jurídica 134
3. Algo más sobre la estructura del razonamiento jurídico justificatorio 137

VIII. LA SUPERACIÓN DE LA CONTROVERSIA "POSITIVISMO VS. IUSNATURALISMO" A PARTIR DE LA OFENSIVA ANTIPOSITIVISTA DE DWORKIN

1. Las tesis atribuidas al positivismo 145
2. Las objeciones de Dworkin 149
3. El positivismo y los principios jurídicos 153
4. El positivismo y la dirección judicial 157
5. El equívoco básico de Dworkin 160

6. Una reconstrucción del ataque de Dworkin al positivismo 164
7. La disolución de la controversia entre positivistas e iusnaturalistas 170

IX. EL ENFOQUE ESENCIALISTA DEL CONCEPTO DE DERECHO

1. Introducción 175
2. La interpretación oxoniense del aporte de Hart ... 177
3. ¿Requiere el enfoque positivista un concepto descriptivo de derecho? 181
4. Argumentos en favor del empleo de un concepto descriptivo de derecho 185
5. Argumentos en favor del empleo de un concepto normativo de derecho 187
6. Hacia el reconocimiento de una pluralidad de conceptos de derecho 191

X. LA NULIDAD JURÍDICA Y EL PAPEL DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

1. Introducción 197
2. Algunas caracterizaciones corrientes de las normas que disponen nulidades 198
3. Criterios de individualización y clasificación de normas jurídicas 201
4. La nulidad como negativa a "prestar" la coacción estatal 203
5. Nuevas causales de nulidad y sus implicancias ético-jurídicas 206

APÉNDICE

HAY DEBERES Y "DEBERES": RESPUESTA A CARRIÓ

1. Las objeciones 209
2. Un intento de réplica 211

Bibliografía 223

Índice alfabético 227

INTRODUCCIÓN

Este libro comprende diversos ensayos que fueron escritos separadamente entre 1974 y 1984. La mayoría de estos ensayos fueron ya publicados[1], en muchos casos en versiones considerablemente diferentes de las que aquí se ofrecen, y otros fueron escritos especialmente para este volumen.

[1] El ensayo I se publicó originariamente, con leves diferencias, bajo el título *Some Confusions Around Kelsen's Concept of Validity*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", Wiesbaden, Bd. LXIV/3 (1978); la versión castellana que aquí se publica se debe a Carlos Rosenkrantz. El ensayo II es una versión bastante modificada del artículo titulado *El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del derecho*, incluido en "Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja", Bs. As., Astrea, 1974. El ensayo III es una versión algo diferente del artículo *El concepto del poder constituyente originario y la justificación jurídica*, incluido en Bulygin, E., Farrell, M., Nino, C. S. y Rabossi, E. A., comps., "El lenguaje del derecho. Ensayos en honor de Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983. El ensayo IV es una versión modificada del artículo *Ross y la reforma del procedimiento de reforma constitucional*, incluido en "La filosofía del derecho de Alf Ross", Valparaíso, 1984. El ensayo V es una versión considerablemente diferente del artículo *Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto*, *LL*, 1983-D-935. El ensayo VI difiere en algo del artículo *Razones y prescripciones*, aparecido en "Análisis filosófico", Bs. As., 1981, vol. 1, nº 1 (ver en el nº 2 de la misma revista una interesante crítica de Alchourrón y mi réplica). El ensayo VII se publicó en inglés, en una versión diferente, bajo el título *Legal Norms and Reasons for Action*, en "Rechtstheorie", Berlin, 1984, nº 4. El ensayo VIII es una versión distinta del trabajo publicado en inglés con el título *Dworkin and Legal Positivism*, en "Mind", London, 1980, vol. LXXXIX, y que apareció con modificaciones con el título *Dworkin y la disolución de la controversia "positivismo vs. iusnaturalismo"*, en "Revista Latinoamericana de Filosofía", Bs. As., noviembre de 1980, vol. VI, nº 3. El ensayo IX se publicó en forma algo diferente en "Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía", México, agosto de 1981, vol. XIII, nº 38.

No obstante el origen independiente de estos ensayos, ellos constituyen un desarrollo más o menos hilvanado y lineal de una concepción general sobre la naturaleza del derecho (que espero que sea coherente con las concepciones sobre la ciencia jurídica y sobre la valoración del derecho que intenté articular en otras obras)[2].

La concepción del derecho que intento presentar aquí, profundizando algunas tesis expuestas en *Introducción al análisis del derecho*[3], está basada en estos hechos básicos que menciono a continuación en trazos muy gruesos: En toda comunidad con cierto grado de complejidad aparece una institución o práctica social que se origina en el hecho de que cierto individuo o cierto grupo de individuos que tienen el cuasi-monopolio de la coacción en esa sociedad, formulan ciertos juicios, que podemos llamar "*L*", acerca de cómo deben comportarse los otros miembros de ella. La *formulación* de esos juicios por parte de tales individuos constituye un hecho que es relevante para las razones morales con que cuenta otro grupo de gente, que tiene acceso al mismo aparato coactivo, para formular juicios, que podemos denominar "*J*", sobre lo que un cierto individuo debe hacer en una ocasión particular, incluyendo juicios acerca de la ejecución o no ejecución de un cierto acto por quienes manejan ese aparato coactivo. Tanto el hecho de la formulación de los juicios *L*, como el hecho de que esa formulación sirve de razón para formular juicios *J*, son relevantes para las razones morales (fundadas en la creencia de la legitimidad moral de quienes formulan esos juicios) y para las razones prudenciales (basadas en el temor a los efectos de los actos apoyados en esos juicios) del resto de los miembros de la comunidad, razones que determinan la formulación de juicios, que pueden denominarse "*S*", acerca de la corrección o conveniencia de cierto comportamiento o abstención. Este proceso tiende a evitar los conflictos entre los integrantes del grupo social y a facilitar la cooperación entre ellos

[2] La concepción sobre la ciencia jurídica la presento en *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Unam, 1974, y en *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980. La concepción sobre la justificación de instituciones jurídicas la desarrollo en *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984.

[3] Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980. Edición para España, Barcelona, Ariel, 1983.

(esto último a través de la formulación de juicios *L* y *J* por los que se pone la coacción al servicio de aquellos para que hagan valer sus acuerdos privados si satisfacen ciertas condiciones). También se suele emitir en la sociedad juicios, que podrían llamarse "*P*" acerca de cómo deberían ser los juicios *L* para adaptarse a ciertos ideales o principios de justicia, y sobre todo se formulan otros juicios, que podemos denominar "*D*" acerca de cómo deberían ser los juicios *J*, para aproximarse lo más posible a esos ideales, dado el hecho de la formulación de ciertos juicios *L*. Por último, se suelen formular juicios, que pueden denominarse "*T*" acerca de las conexiones causales que tiene el hecho de la formulación de todos los juicios anteriores con otros hechos de tipo social, económico, biológico, etcétera.

Me he abstenido deliberadamente de denominar "derecho" a la compleja institución social que acabo de describir en grandes lineamientos por la siguiente razón: hemos visto que la institución consiste fundamentalmente en la formulación de juicios de diferentes clases; cada una de estas clases de juicios se formulan en el contexto de un tipo de discurso distinto, que tiene finalidades diversas y está sometido a reglas diferentes adecuadas a esas finalidades. Así, tenemos una secuencia de discursos: el discurso prescriptivo *L* del legislador, el discurso valorativo-jurídico *J* de los jueces y de ciertos súbditos (que está basado en razones morales para obedecer a autoridades jurídicas), el discurso prudencial *S*, de otros súbditos el discurso valorativo irrestricto *P* de legos y teóricos, el discurso valorativo-dogmático *D* de otros (que toma las determinaciones legislativas como datos que condicionan los principios valorativos de los que se pueden inferir nuevas soluciones) y, finalmente, el discurso puramente descriptivo *T* de otro tipo de teóricos. La cuestión es que en casi todas estas clases de discursos *se usa un concepto de derecho distinto*, sometido a condiciones de adecuación diferente. En ciertos casos, el concepto de derecho hace referencia a un conjunto de juicios que derivan de principios valorativos acerca del deber de observar lo establecido por ciertos órganos y de juicios descriptivos acerca de la formulación por parte de ellos de juicios *L*; en otros casos el concepto de derecho hace referencia a un conjunto formado por juicios *L* y los juicios que son consecuencia lógica de ellos; en otros casos aun, la noción de derecho hace referencia a un conjunto de juicios valorativos irrestrictos (o sea, sin tomar en cuenta la formulación de juicios *L*, sea

como hecho moralmente relevante, como en *J*, o como condicionante de esos juicios, como en *D*); por último, a veces el concepto de derecho denota, no un conjunto de juicios, sino de hechos, las conductas consistentes en formular los juicios *L* y *J*. Algunos de estos conceptos de derecho son normativos (de diferentes especies); otros son descriptivos (también de diferentes especies según tengan en cuenta, por ejemplo, sólo ciertas conductas y actitudes o también las relaciones lógicas entre los contenidos proposicionales de esas actitudes y otros enunciados).

No es que el derecho sea un fenómeno "multidimensional", o sea que esté formado por diversos elementos o aspectos irreducibles. Lo que encontramos son diversos *conceptos* de derecho, que hacen referencia cada uno de ellos a un aspecto distinto de esta institución social compleja a la que no podemos denominar "derecho" sin estipular una noción de derecho diferente de las que se usan en el seno mismo de tal institución. Lo que se identifica como "derecho" desde una cierta perspectiva –como la del juez, la del jurista o la del sociólogo– no es lo mismo que lo que se identifica como derecho desde otra perspectiva, aunque uno y otro fenómeno estén conectados entre sí. La palabra "derecho", aun cuando ella es usada para hacer referencia al derecho "objetivo" (por oposición al derecho "subjetivo" y a la ciencia jurídica), es radicalmente ambigua, si bien hay un cierto entrelazamiento entre sus diversos significados (ver ensayos VIII y IX).

Entre los juicios que emplean diferentes conceptos de derecho en diversos contextos de discursos se encuentran principalmente las proposiciones que predican *validez* de un orden jurídico o de una norma jurídica. Estas proposiciones tienen un carácter radicalmente distinto según la noción de derecho que presuponen. Por ejemplo, si el derecho o las normas jurídicas se identifican con ciertos hechos, decir que una norma es válida equivale a decir que se dan una serie de actos o comportamientos relevantes; si están asociados con enunciados internos a ciertos hechos, decir que una norma es válida puede implicar que ella tiene cierta relación lógica apropiada con uno de tales enunciados; si el derecho o las normas jurídicas se identifican con enunciados justificatorios, predicar de ellos validez es análogo a predicar verdad de un enunciado o sea involucra ratificar éste (ver ensayos I, II y V).

Una forma de distinguir entre los diferentes juicios que predican validez del derecho o de una norma jurídica consiste en preguntarse si ellos implican o no la existencia de *razones* para justificar una acción o decisión. Mientras los juicios de validez justificatorios incluyen esa implicación, lo contrario ocurre con los juicios descriptivos de validez. Hay autores que califican de prescriptivos a juicios de la índole de los que, al predicar validez de una norma jurídica, justifican una acción o decisión basada en ella. Sin embargo, los casos más claros de prescripciones –las órdenes o mandatos– se distinguen radicalmente de los juicios de validez de carácter justificatorio precisamente porque no implican la existencia de razones para realizar el comportamiento a que ellos se refieren y, en cambio, su *formulación* está dirigida a incidir en las razones del destinatario, lo que no ocurre con los juicios de valor, como los de validez jurídica de índole justificatoria (ver ensayo VI).

Estos últimos juicios son una especie de juicios morales, que se distinguen por derivar de un juicio moral general que otorga autoridad a una cierta "fuente" y un juicio descriptivo de un determinado producto (que puede ser una directiva o una práctica) de esa fuente; estos juicios de validez de índole justificatoria pueden denominarse "juicios de adhesión normativa" (ver ensayo III). A veces las normas jurídicas se identifican con estos juicios; éste es el único sentido de "norma jurídica" en el que tiene sentido decir que una norma jurídica expresa una razón para actuar. Pero en otras ocasiones las normas jurídicas se identifican con diversos hechos o entidades y carece de sentido suponer que ellas proveen razones para justificar acciones o decisiones (ver ensayo VII).

La confusión entre los diferentes conceptos de derecho y entre los diferentes tipos de proposiciones que predican validez de un orden o de una norma jurídica es causante de la mayor parte de las controversias iusfilosóficas. Por de pronto, la eterna disputa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, aun en el moderno ropaje con que la presentan autores como Ronald Dworkin, está generada por la confusión entre diferentes conceptos de derecho, y se disuelve cuando esa confusión es aclarada (ver ensayo VIII y el apéndice). Lo mismo ocurre con la controversia entre realismo y normativismo, que responde a una pugna injustificada entre los partidarios de distintas nociones descriptivas de derecho. Discusiones más específicas, como la que se da acerca de la posibilidad de que en el derecho puedan existir lagunas y contradicciones también se superan una vez que

se advierte que la respuesta varía según se adopte un concepto normativo o uno descriptivo de derecho (ver ensayo IX).

El olvido que los iusfilósofos de la tradición continental-europea suelen hacer del discurso jurídico de índole normativa o justificatoria (paralelo a la desatención de los filósofos anglosajones por el discurso jurídico descriptivo), es responsable de muchos equívocos respecto de la noción de validez que manejan Kelsen y otros autores, que es de carácter normativo (ver ensayo I). Esos equívocos provocan perplejidades con relación a temas tales como la posibilidad de que una norma sea válida no obstante que su origen o contenido sea contrario al de una norma de superior jerarquía, como ocurre en el caso de una ley inconstitucional (ver ensayo II), o el tema de si una norma jurídica puede válidamente establecer las condiciones para su propia reforma (ver ensayo IV), o en fin, el tema de la competencia para dictar normas válidas por un poder constituyente originario (ver ensayo III). Este último tema está conectado con una cuestión de gran interés práctico, sobre todo en nuestro medio, como es el de la validez de las normas dictadas por los gobiernos *de facto* (ver ensayo V).

Como lo muestra este último tópico, el esclarecimiento de cuestiones conceptuales, como las que se refieren a la noción de validez jurídica, puede tener un considerable impacto en la forma de encarar problemas que se presentan en la práctica jurídica y social. Sin embargo, hay que reconocer que muchos de esos problemas son generados por los mismos teóricos al confundir conceptos que se usan en contextos diferentes y al presuponer que uno solo de ellos debe ser correcto, adhiriendo así implícitamente a un esencialismo conceptual que muchos dicen rechazar (ver ensayo IX). Es de esperar que a medida que la teoría general del derecho vaya esclareciendo más problemas que los que genera, su tarea de análisis conceptual pueda ponerse al servicio de preocupaciones más profundas, como es la formulación de teorías explicatorias y justificatorias de diversas instituciones jurídicas (ver ensayo X).

I. EL CONCEPTO DE VALIDEZ JURÍDICA EN LA TEORÍA DE KELSEN *

El objeto de este artículo es clarificar algunos aspectos del concepto kelseniano de validez normativa y mostrar cómo él ha sido mal interpretado por algunos teóricos, generando confusiones que todavía ocupan muchas de las discusiones sobre este tema.

1. *Caracterización preliminar del concepto*

La presuposición corriente es que la noción de validez kelseniana está fundamentalmente referida a temas como los de la identidad de un sistema jurídico, la pertenencia de normas particulares a éste, la coherencia interna del sistema, y que consecuentemente no tiene afinidad con la idea de validez prevaleciente en la filosofía jurídica tradicional, la cual está principalmente conectada con la justificación de las normas. Pienso que esta presuposición es falsa y ha conducido a sus sostenedores a descuidar importantes aspectos de la teoría de Kelsen y a formular injustificadas y tortuosas interpretaciones de ella para mostrar cómo trata cuestiones con las cuales se supone, erróneamente, que su noción de validez está principalmente conectada.

Indudablemente, las peculiaridades de la teoría de Kelsen explican cómo se genera esta confusión, dado que su fuerte inclinación positivista hace que el intento de asociar su noción de validez con la del enfoque tradicional de inspiración iusnaturalista parezca implausible, y, además, la teoría trata, efectivamente, problemas como el de la pertenencia en una forma que engañosamente evoca una identificación con el problema de la validez.

* Traducido del inglés por Carlos Rosenkrantz.

Creo que razonablemente se pueden sintetizar, en las siguientes proposiciones muy generales, los rasgos recurrentes del concepto de validez tal como fue empleado en obras tan heterogéneas como las de Tomás de Aquino[1], Suárez[2], Puchta[3], etc., en conexión con la justificación de las normas: *a*) Predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar. *b*) Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia, ya que se consideraba que la falta de validez implica que el sistema o la norma no tiene las consecuencias normativas estipuladas por el sistema (p.ej., si la norma inválida prohíbe cierta acción, dicha acción no está por eso prohibida; la regla sería ineficaz para establecer relaciones normativas, como si no hubiese sido dictada). *c*) Aunque la adscripción de validez debe depender de ciertos hechos (para algunas concepciones, la eficacia de un sistema era necesaria o al menos condición suficiente para esa adscripción), el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas. Estos rasgos de la noción tradicional de la validez nos permiten sostener que los diferentes autores cuyas versiones estoy tomando en cuenta empleaban el mismo concepto de validez, a pesar de sus amplias discrepancias acerca del criterio para la adscripción de validez.

Me parece claro que estos rasgos están presentes en la noción kelseniana de validez. Los siguientes párrafos son apropiados para justificar esta afirmación, mostrando que la teoría de Kelsen, como las tradicionales explicaciones filosóficas del derecho, equipara la validez de una norma con su fuerza vinculante y su existencia, y concibe la adscripción de validez como un juicio normativo.

[1] Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, Blackfriars, 1966. Primae, secundae, q 95, a 2; q 96, a 4 y 5

[2] Ver Suárez, Francisco, *De legibus*, Madrid, 1968, Libro VI. Ver también Garzón Valdés, E., *Algunos modelos de validez normativa*, en "Revista Latinoamericana de Filosofía", Bs. As., diciembre de 1976, para un muy interesante análisis de la noción de validez en Suárez y la comparación de ella con la de Kelsen y otros teóricos.

[3] Puchta, G. F., *Outlines of the Science of Jurisprudence*, tr. W. Hastie, Edinburgh, 1887, p. 41.

a) *Validez como equivalente a fuerza vinculante*

Dice Kelsen en su *Teoría general del derecho y del Estado*[4]: "Decir que una norma es válida es decir que presuponemos su existencia o –lo que significa la misma cosa– presuponemos que tiene fuerza vinculante para aquellos cuyas conductas regula". En la página siguiente Kelsen distingue las normas jurídicas de las órdenes, afirmando que sólo las normas jurídicas, dictadas por órganos autorizados para hacerlo, obligan a los individuos a quienes ellas están dirigidas.

En la *Teoría pura del derecho*[5] Kelsen dice: "El acto legislativo que subjetivamente tiene el significado de deber también tiene el significado objetivo –que es el significado de una norma válida– porque la constitución ha conferido ese significado al acto legislativo. El acto cuyo significado es la constitución tiene no sólo el sentido subjetivo sino también el significado objetivo de deber, es decir tiene el carácter de una norma vinculante; si ella es históricamente la primera constitución, nosotros presuponemos en nuestro pensamiento jurídico que debemos comportarnos como la constitución prescribe". En el mismo trabajo (p. 15), Kelsen escribe: "Decir que la conducta de un individuo es ordenada por una norma objetivamente válida importa lo mismo que decir que un individuo está obligado a comportarse de esa forma". Finalmente (p. 46), Kelsen dice: "se ha observado antes que la validez de una norma (lo cual significa que uno debe comportarse como la norma estipula) no debería ser confundida con la objetividad de la norma..."

b) *Validez como equivalente a existencia*

La primera cita de la anterior sección muestra también este rasgo de la noción kelseniana de validez; aún más claramente, aquella frase está precedida por la siguiente advertencia: "Por validez entendemos la existencia específica de las normas". En

[4] Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, 4ª ed., New York, 1961, p. 30.

[5] Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, 2ª ed., 1967, p. 8.

ese mismo trabajo –*Teoría general del derecho y del Estado*, p. 48– Kelsen afirma "La existencia de una norma jurídica es su validez; y la validez de una norma jurídica, aunque no idéntica con ciertos hechos, está condicionada por ellos". Más adelante (p. 170), Kelsen dice "...la ciencia del derecho afirma la validez de una norma, y esto significa su existencia".

En la *Teoría pura del derecho* hay observaciones similares, pero hay también una interesante explicación acerca de qué está involucrado en la identificación entre la fuerza vinculante de una norma y su existencia. "Es, de cualquier manera, necesario distinguir el sentido subjetivo y el objetivo del [acto de voluntad]. *Deber* es el sentido subjetivo de cada acto de voluntad dirigido a la conducta de otro. Pero no todo acto de voluntad tiene también objetivizado este sentido, y sólo si el acto de voluntad tiene también el sentido objetivo de un deber, en este deber llamado una norma. Si el deber es también el sentido objetivo de un acto, la conducta hacia la cual el acto está dirigido es considerada como algo que *debe ser*, no sólo desde el punto de vista del individuo que ha realizado el acto sino también desde el punto de vista del individuo hacia cuya conducta el acto esta dirigido, y de un tercer individuo no involucrado en la relación entre ellos dos" (p. 7).

c) *Validez como un concepto normativo*

Este es el punto crucial para entender el concepto kelseniano de validez, dado que, a menos que el carácter normativo que Kelsen adscribe a este concepto sea comprendido plenamente, las interpretaciones que lo identifican, por ejemplo, con la pertenencia de una norma a un sistema jurídico, pueden todavía prosperar bajo la presunción de que cuando Kelsen equipara validez con fuerza vinculante está usando "fuerza vinculante" en un sentido especial (para referirse, por ejemplo, a la circunstancia de que otra norma del sistema prescribe obedecer la norma en cuestión) y que, cuando equipara validez con existencia, "existencia" significa aquí pertenencia de una norma a un sistema jurídico.

Que la adscripción de validez a una norma jurídica no se agota en la descripción de ciertos hechos es repetidamente afirmado por Kelsen. Por ejemplo, en la *Teoría pura del derecho* (p. 193) Kelsen dice: "Que una norma referida a la conducta de

un ser humano es válida significa que es vinculante, que un individuo debe comportarse de la manera determinada por la norma. Ha sido señalado en un contexto anterior que la cuestión de por qué una norma es válida, por qué un individuo debe comportarse de una manera determinada, no puede ser respondida afirmando un hecho, esto es mediante la declaración de que algo es, que la razón para la validez de una norma no puede ser un hecho. Del hecho de que algo es no puede inferirse que algo deba ser; y que algo deba ser no puede ser la razón de que algo sea".

Pero, quizás, este rasgo del concepto kelseniano de validez puede ser más firmemente establecido, si en lugar de confiar en advertencias explícitas de Kelsen, mostramos que está impuesto por la estructura general de su teoría.

En la teoría de Kelsen la validez de una norma jurídica requiere que su dictado sea autorizado por otra norma que es, ella misma, válida. El juicio de que cierta norma es válida presupone, por lo tanto, un juicio de que otra norma, que autoriza la creación de la primera sea válida. Los juicios jurídicos de validez acerca de reglas que se encuentran en una cierta relación de derivación entre ellas (constituida por el hecho que una autoriza el dictado de otra), se encuentran también en una relación de derivación entre ellos. Mientras una regla deriva de otra cuando ésta autoriza la creación de la primera, un juicio jurídico de que una norma es válida, deriva del juicio de que otra norma es válida cuando la primera presupone la última. Esto puede ser ilustrado como dos cadenas paralelas de "derivación", una de normas y la otra de juicios de validez acerca de esas normas típicamente formulados por los juristas.

Normas		*Juicios de validez*
norma *X*: "El órgano *A* está autorizado a dictar la norma *Y*"	←	"La norma *X* es válida"
↓		↓
norma *Y*: "Si alguien hace ϕ debe ser una sanción"	←	"La norma *Y* es válida"

Ahora bien, cuando es el caso que la norma a la que se refiere un juicio de validez es la norma superior de un sistema jurídico, Kelsen sostiene que su validez o fuerza vinculante es pre-

supuesta y que la formulación de tal presuposición es la norma básica del sistema[6]. Dice también que "puesto que la razón de validez de una norma puede solamente ser otra norma, la presuposición debe ser una norma, no una norma puesta (o sea creada) por una autoridad legal, sino una norma presupuesta". Después de esta advertencia, Kelsen ofrece la bien conocida formulación de la norma básica como sigue: "uno debe comportarse como la constitución prescribe". De esta afirmación es fácil inferir que la norma básica no es una que pertenezca a la cadena de derivación de normas, sino que es parte de la cadena de derivación de los juicios de validez. En otras palabras, la norma básica *es* un juicio de validez; es el juicio de validez primitivo que formulan los juristas, en el cual deben basarse todos los otros juicios sobre la validez de las normas cuya creación es directa o indirectamente autorizada por la constitución. La conclusión obvia es que, si el primitivo juicio de validez es él mismo, de acuerdo con Kelsen, una norma –la norma básica– y si de las normas nada sino normas pueden derivarse, todos los demás juicios de validez sobre normas que no sean la constitución deben ellos mismos ser normas. Los juicios de validez (incluida la norma básica) prescriben que lo que las normas, a las que se refieren esos juicios, estipulan debe ser hecho. Si la norma en cuestión estipula que algún acto es obligatorio, predicar de esa norma que es válida implica sostener que hay una obligación de hacer ese acto (lo que no es lo mismo que decir meramente que hay una norma que prescribe esa obligación, ya que conlleva la declaración de que esa norma logra crear la obligación que prescribe).

La adscripción de validez a una directiva (que llega a ser por eso concebida como una norma) habilita, en la teoría kelseniana, el pasaje de un lenguaje normativo "entrecomillado" para describir el contenido del derecho a un lenguaje normativo directo[7].

2. *Validez y pertenencia a un sistema jurídico*

Como he dicho, algunos teóricos contemporáneos descuidan la naturaleza normativa que Kelsen asigna a su concepto de validez, y, explícita o implícitamente, presuponen que describe algunos rasgos del sistema jurídico o de una particular norma jurídica, principalmente rasgos conectados con los criterios para identificar un sistema jurídico, distinguirlo de otros, y para establecer que una norma jurídica pertenece a un determinado sistema jurídico. Es verdad que Kelsen relaciona la cuestión de la validez, o fuerza vinculante, de un sistema jurídico o de una norma con aquella de la individualización del sistema jurídico y de la pertenencia de la norma a él. Así, este autor dice: "el orden jurídico es un sistema de normas. La cuestión entonces aparece: ¿qué es aquello que hace un sistema de una multitud de normas? ¿Cuándo una norma pertenece a un ordenamiento? Esta cuestión está en estrecha conexión con la cuestión de la razón de validez de una norma"[8]. Pero esta presuposición de la existencia de una "estrecha conexión" entre la validez, por un lado, y la individualización y la pertenencia, por el otro, no autoriza a concluir que, en la teoría de Kelsen, la cuestión de la validez sea reducible a la cuestión de la individualización y de la pertenencia.

Esta impresión ha sido indudablemente causada por el hecho de que las respuestas dadas por Kelsen a ambas clases de problemas pueden ser expuestas en forma superficialmente similar. La respuesta de Kelsen a la cuestión sobre qué es lo que hace a un sistema jurídico válido, es "la norma básica", y la misma respuesta parece ser la contestación de Kelsen al problema de qué hace que un grupo de normas constituyan un sistema jurídico unitario diferente de otros. De cualquier manera es fácil comprender que ambas respuestas son substancialmente diferentes. La solución de Kelsen al problema de la validez de un sistema jurídico puede ser parafraseado como sigue: "Un sistema jurídico es válido cuando presuponemos una norma básica que prescribe qué debe ser lo que sus normas establecen". Una respuesta similar al problema de la identidad de un sistema jurídico sería claramente absurda e ininteligible (y no simplemente errada). De hecho la solución de Kelsen al último problema puede ser parafraseada de esta forma: "Un conjunto de normas constituyen un sistema jurídico unitario cuando adscribimos validez a todas ellas sobre la base de una y la misma norma básica". Por

[6] Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 115.

[7] Para la diferencia entre "uso directo" del lenguaje normativo y uso "entrecomillado", ver Hare, R. M., *The Language of Morals*, Oxford, 1972, p. 24.

[8] Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 110.

supuesto, la frase entre comillas no es una paráfrasis de la norma básica o de otra norma, ella formula un criterio de individualización que puntualiza la circunstancia de que la misma norma básica es presupuesta cuando adscribimos validez a todas las normas del mismo sistema jurídico. Por eso, autores como Alchourrón y Bulygin[9] están equivocados cuando critican la norma básica de Kelsen sobre la base de que lo que es necesario para la individualización de un sistema jurídico es un criterio y no una norma. La norma básica de Kelsen establece la obligatoriedad de un sistema jurídico; su identidad está determinada por un criterio que toma en cuenta el hecho de que la misma norma básica es presupuesta cuando adscribimos obligatoriedad a todas las normas del sistema. De cualquier manera, como criterio de identidad el anterior es vacuo, ya que el contenido de cada norma básica (y, consecuentemente, su propia identidad) no puede ser establecido, en el contexto de la teoría de Kelsen, antes de circunscribir las normas que pertenecen al sistema jurídico al cual la norma básica adscribe fuerza vinculante[10].

Kelsen parece también resolver la cuestión de la validez de una norma particular y la cuestión de la pertenencia de una norma a un sistema jurídico de una forma idéntica. Su respuesta a ambas cuestiones puede enunciarse como sigue: "Una norma es válida, si pertenece a un sistema jurídico, cuando deriva de otra norma válida de ese sistema". De cualquier manera, esta forma de presentar su solución a aquellas cuestiones es equívoca; la respuesta precedente puede ser desdoblada en las cuestiones siguientes: *a*) "una norma es válida cuando deriva de otra norma válida; *b*) "una norma pertenece a un sistema jurídico cuando deriva de otra norma que pertenece a ese sistema jurídico". La última formulación sostiene un criterio "genético" de pertenencia que no es discutido en la moderna teoría general del derecho (por supuesto debería ser completado con una cláusula que se ocupe de la pertenencia de las primitivas normas del sistema; esta cláusula no está provista con éxito por Kelsen). Este criterio genético de pertenencia es completamente independiente de la validez de las normas; en ningún lugar de las obras de Kelsen se sugiere que sólo se aplica a las normas jurídicas válidas.

[9] Ver Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971, p. 73.

[10] Ver esta crítica en Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970, p. 102.

A pesar del hecho de que el criterio de pertenencia de las normas no primitivas y el criterio para "transmitir" validez de la constitución a la que se refiere la norma básica, a las normas a las que ella no se refiere directamente, son mutuamente independientes, ambos se basan en la misma noción de "derivación", de acuerdo con la cual una norma deriva de otra cuando su dictado fue autorizado por esta última. Esto produce el resultado de que cuando las normas primitivas del sistema son tomadas como válidas, no hay coextensividad entre las clases de normas que son válidas de acuerdo con cierta norma básica y la clase de normas que pertenecen a un sistema para el cual esa norma básica se usa. Kelsen está, obviamente, empeñado en mostrar, sin embargo, que se da esa coextensividad (esto es lo que explica por qué muchos autores la han tomado como identidad), y éste es un rasgo de su teoría que genera varios resultados negativos. El hecho es que, mientras con relación a la pertenencia, la derivación de una norma de otra en el sentido explicado, parece *prima facie* un criterio adecuado, con relación a la "transmisión" de validez es claramente insuficiente. Si aceptamos la validez de cierto grupo de normas jurídicas estamos obligados a aceptar la validez de algunas otras normas, no solamente cuando su creación fue autorizada por las primeras, sino también cuando las normas cuya validez es aceptada reconocen o establecen el deber de obedecer aquellas otras normas. Así, se ha alegado[11] que un sistema jurídico puede reconocer como válidas las reglas de otro sistema jurídico o las reglas de asociaciones privadas sin que esto implique que aquellas normas formen parte del sistema jurídico en cuestión. Pero la insuficiencia del criterio de Kelsen para "transmitir" validez se manifiesta mejor en su tratamiento de otro problema: el de las normas jurídicas anulables, que será objeto del ensayo II.

3. *Algunas confusiones corrientes sobre el concepto kelseniano de validez*

Algunos autores, como Hart[12] y Alchourrón y Bulygin[13], presuponen, sin mucha discusión sobre el tema, que la noción

[11] Ver Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, London, 1975, p. 152-154.

[12] Ver Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 245, nota, donde se compara la norma básica de Kelsen con la regla de reconocimiento de Hart, y se sostiene que ambas tienen el mismo rol.

[13] Ver Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, p. 72 y siguientes.

kelseniana de validez es equivalente a la de pertenencia. Otros autores han considerado la posibilidad de que aquella noción sea conexa con la empleada por los filósofos del derecho tradicionales en relación con la justificación de las normas, pero han rechazado esta interpretación. Entre estos últimos análisis, es interesante considerar el realizado por J. Raz en su libro *The Concept of a Legal System*[14] (aunque últimamente, como veremos en la próxima sección, ha cambiado su interpretación de Kelsen), y el de J. W. Harris en su artículo *When Does the Grundnorm Change?*[15].

Raz señala ciertos rasgos que, en la teoría de Kelsen, son característicos de las normas, todos los cuales están relacionados con el doble carácter de las normas como guías de conducta y como pautas para evaluar comportamientos. Pero Raz comprende que todos estos rasgos son comunes a las normas y a las órdenes ordinarias, y entonces se pregunta cuál será la propiedad en la cual está basada la distinción entre normas y órdenes. Tomando en cuenta algunos pasajes de las obras de Kelsen (algunos de los cuales han sido citados en la sección 1), Raz esboza cinco posibles interpretaciones de la idea de que en la teoría de Kelsen, las normas difieren de las órdenes en que las primeras no sólo sirven para justificar acciones sino que ellas mismas están justificadas. Estas interpretaciones son, con sus propias palabras, las siguientes:

a) Que todas las normas jurídicas están justificadas.

b) Que aunque las normas jurídicas no están necesariamente justificadas, cuando usamos juicios de "debe ser" para describirlas, significamos tanto que una norma existe como que está justificada.

c) Que los juicios de "deber ser" que describen el derecho no expresan juicios categóricos en el sentido de que las normas en cuestión están justificadas, sino meros juicios hipotéticos de que están justificadas si la norma básica del sistema está justificada.

d) Que los juicios de "deber ser" no significan que las normas a las cuales ellos se refieren están categórica o hipotéticamente justificadas, sino que cuando los formulamos estamos implicando que las normas en cuestión son tenidas como justificadas por el grueso de sus destinatarios.

e) Que los juicios de "deber ser" no significan que las normas a las que ellos se refieren están justificadas, sino que cuando las usamos asumimos implícitamente nuestra creencia de que lo están.

[14] Ver Raz, *The Concept of a Legal System*, cap. VI, secc. "The Basic Norm and Dynamic Justification".

[15] Harris, J. W., *When Does the Grundnorm Change?*, en "Cambridge Law Journal", 29 (1971).

Raz rechaza rápidamente la primera interpretación teniendo en cuenta el enfoque positivista de Kelsen. Después rechaza la segunda, la cuarta y la quinta interpretación en un pasaje no muy claro que parece contener principalmente dos argumentos: *1*) que Kelsen es claro en adscribir a los juicios de "deber" sólo un sentido descriptivo –por lo que la segunda interpretación es falsa–, y *2*) que Kelsen no está equipado con una teoría lingüística que lo habilite para afirmar que cuando formulamos una oración podemos implicar cosas no cubiertas por el significado de la oración con lo que la cuarta y la quinta interpretación son también falsas. En este punto Raz dice que las consideraciones precedentes sugieren que Kelsen sólo piensa en la norma básica como un eslabón común entre todas las normas de un sistema jurídico (sirviendo como principio para resolver problemas de identificación y pertenencia), no teniendo nada que ver con la justificación del derecho. Algunos pasajes de Kelsen, dice Raz, parecen dar pie a la tercera interpretación arriba mencionada, pero esto es sólo por su desafortunada confusión entre las condiciones para la existencia de las normas y el uso que podemos hacer de aquellas condiciones cuando justificamos tales normas. Esta interpretación (la tercera) no puede reflejar la posición de Kelsen, ya que implicaría, dada la equivalencia entre validez y existencia, que la existencia de las normas jurídicas está condicionada a la suposición de la justificación de la norma básica, lo que iría en contra de la negativa de Kelsen a admitir que las normas jurídicas, como las ideologías, tengan una mera existencia condicional.

Creo, como el propio Raz parece pensar ahora, que, aunque ninguna de las precedentes interpretaciones de la noción kelseniana de las normas válidas es totalmente correcta, sin embargo, algunas de ellas –especialmente la tercera y la quinta– reflejan algunos aspectos parciales de esa noción. Esto será argüido en la última sección; por el momento es útil ver que el argumento

que Raz dirige contra aquella interpretación no es plenamente convincente. Primero, es verdad que Kelsen concibe el significado de los juicios de "deber ser" como puramente descriptivos y que no está equipado con una teoría lingüística que le permita distinguir entre el significado de una oración y lo que puede estar implicado en la formulación de esa oración. Pero, si no con una teoría lingüística, Kelsen está equipado con una teoría epistemológica, de inspiración kantiana, que le permite mantener que una cierta clase de conocimiento presupone algunas hipótesis normativas, y, por lo tanto, le permite sostener que algún tipo de proposiciones descriptivas no pueden ser formuladas sin adoptar un punto de vista normativo. Como es bien sabido, Kelsen piensa que, en la misma forma que el principio de causalidad es una presuposición epistemológica necesaria para nuestro conocimiento del mundo natural, el principio de imputación, una de cuyas aplicaciones es la norma básica, es un requisito epistemológico para nuestro conocimiento de la realidad normativa. En segundo lugar, el enfoque epistemológico recién mencionado da lugar a la idea de que, para Kelsen, la existencia de las normas es condicional, en cierto sentido de "condicional". De hecho, Kelsen dice cosas como éstas: "[Epistemológicamente] la ciencia del derecho crea su *objeto en tanto y en cuanto lo comprende como un todo significativo*" [16]. No sorprende que, de acuerdo con el enfoque kantiano que adoptó, Kelsen esté dispuesto a admitir que las condiciones para el conocimiento de normas jurídicas son también condiciones para su existencia. Una condición para conocer a las normas jurídicas como tales sería suponer su justificabilidad (es lo que hacemos cuando presuponemos una norma básica que establece su obligatoriedad); por lo tanto la existencia de las normas jurídicas estaría condicionada a esa presuposición.

Ahora quiero considerar el análisis de Harris sobre el tema. En el artículo antes mencionado, Harris se ocupa del problema del cambio de la norma básica de Kelsen, que conecta con el problema de si los jueces están justificados, después de una revolución, a reconocer el nuevo sistema como jurídico. Su interesante argumentación sigue básicamente estas líneas.

[16] Cita hecha por Harris, *When Does the Grundnorm Change?*, en "Cambridge Law Journal", 29 (1971), p. 106.

1) Kelsen sostiene que su norma básica tiene estas dos funciones: *a*) nos permite ver las normas como "deberes" objetivos diferentes de las simples órdenes, y *b*) nos permite interpretar todas las normas válidas como un campo de significación coherente.

2) Pero la primera de estas funciones no es en realidad satisfecha por la norma básica, ni ella necesita realizar esa función. Una norma puede ser distinguida de una orden antes de presuponer la norma básica, tomando principalmente en cuenta las diferencias entre los contextos en los cuales unas y otras son formuladas.

3) Kelsen adscribe la primera función a la norma básica como resultado de un error lógico que comete: él confunde dos sentidos diferentes de la palabra "validez". Esta palabra puede ser usada para predicar al menos cuatro diferentes cosas de las normas: *a*) que una norma se conforma a una norma superior; *b*) que una norma es parte de un *campo de significación* consistente; *c*) que una norma es eficaz; *d*) que una norma tiene una pretensión intrínseca a ser cumplida". En defensa de una ciencia del derecho pura, Kelsen rechaza *d*, y cuando distingue entre validez y eficacia, Kelsen también rechaza *c*. Kelsen usa algunas veces "validez" con el significado *a*, algunas veces con el significado *b* y frecuentemente confunde el uno con el otro. El sentido *a* es relevante para distinguir una orden y una norma jurídica pero no tiene nada que ver con la norma básica. Lo contrario a esto último es verdad con relación al sentido *b*, que es el significado central de validez en la teoría de Kelsen.

4) La ciencia jurídica ordena su material como un campo de significación coherente, es decir que ella requiere que las normas del mismo nivel no sean contradictorias y que las normas inferiores deriven de las superiores.

5) Para satisfacer el objetivo de la ciencia jurídica algo como la norma básica debe ser aceptado.

6) Si la ciencia jurídica ha de ser una actividad útil, sólo puede aplicar una norma básica a sistemas eficaces, de forma tal de interpretarlos como un campo consistente de significado: por ello, cuando una revolución triunfa, la ciencia jurídica debe presuponer una norma básica en relación con el sistema resultante para no dejar de cumplir con su función útil.

7) Los jueces no son científicos del derecho, y, por lo tanto, la razón por la que la ciencia jurídica debe presuponer la norma básica en relación con un sistema postrevolucionario no se aplica directamente a ellos. Pero, si los jueces no siguen las soluciones de la ciencia jurídica, ésta se convertiría en ineficaz, y, como la ciencia jurídica debe ser útil, los jueces deberían presuponer la norma básica adoptada por la ciencia jurídica. Por tanto, los jueces tienen una razón independiente de cualquier compromiso político para aceptar las normas dictadas por los revolucionarios.

8) La doctrina positivista sostiene que hay un deber legal de los jueces de aceptar las normas de una revolución: como buenos jueces, como jueces de la ciencia jurídica, deben continuar con su valiosa tarea bajo el nuevo orden jurídico. De cualquier manera, esto no excluye la posible existencia de consideraciones morales de diferente clase que justificarían que los jueces resignen sus cargas una vez que la revolución triunfe.

No voy a describir todos los pasos de este razonamiento. Sólo quiero hacer una observación general sobre su estructura y señalar algunos errores que pienso que comete Harris. La observación general es que su razonamiento tiene la curiosa característica de partir de lo que parecen premisas valorativamente neutras, entre las cuales hay un rechazo de toda asociación entre validez y justificación, y la identificación de validez con consistencia, a pesar de lo cual el razonamiento nos lleva a conclusiones normativas sobre lo que los jueces deben hacer en el caso de una revolución (una conclusión que coincide con la ideología que Ross llama "seudopositivismo", distinguiéndolo del positivismo teórico que él y otros defienden)[17]. Los errores que quiero señalar son los siguientes:

a) Harris limita la relevancia de la norma básica de Kelsen a la función de permitir a los juristas ver el derecho como un *corpus* consistente. Además del hecho de que esto deja de lado partes importantes de la elaboración de Kelsen en las cuales parece asignar un significado diferente a la norma básica, es difícil ver cómo la norma básica puede asistir a los juristas a describir el derecho como un sistema coherente. Para eliminar las con-

[17] Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, tr. G. R. Carrió y O. Paschero, Bs. As., Centro Editor, 1969, p. 25.

tradicciones de un sistema jurídico todo lo que necesitamos es un criterio de pertenencia que establezca que dos normas con soluciones incompatibles no pueden ser incluidas como partes de un mismo sistema jurídico. Esto no puede ser la función concebible de una norma que prescribe que lo que otra norma estipula es obligatorio. Es verdad que Kelsen sostuvo alguna vez[18] que el sistema jurídico es necesariamente coherente y que él parecería atribuir la función de preservar esta coherencia a la norma básica. La adopción de esta tesis extraña puede tener diferentes explicaciones: bien puede ser una consecuencia de identificar validez con justificación y de ver a la norma básica como una expresión de esa justificación; hay realmente un argumento para decir que uno no puede justificar o suponer la justificación de normas contradictorias[19]. Pero esta exclusión de las contradicciones no es, de ningún modo, una función de una norma con el contenido de la norma básica de Kelsen (aun cuando no pueda ser un requisito para la formulación de una norma básica racional); menos aún es ésta la única función de la norma básica.

b) Ni el contexto ni la derivación de otra norma es suficiente, en la teoría de Kelsen, para distinguir una norma de una orden. Sea lo que fuere aquello que Harris quiere significar con "contexto", creo que Kelsen rechazaría su relevancia para identificar las normas jurídicas (creencia basada en el simple hecho de que en ningún lugar de los trabajos de Kelsen se da significación alguna a circunstancias tales como el propósito con el cual una prescripción es emitida, el modo por el cual se adquiere el poder, etcétera). En relación con la derivación de otra norma (el sentido *a* de "validez" en la clasificación de Harris), su ineficacia como criterio que permita distinguir normas de órdenes es por demás clara. Una orden de un gángster bien puede derivar de otra orden, por ejemplo, de una del jefe de la banda ordenando a sus subordinados a emitir la primera orden. Kelsen, obviamente, requiere la derivación de una norma *válida*, y "válida" aquí no puede solamente describir el hecho de que esta otra norma deriva aún de otra, ni puede significar pertenencia a un

[18] J. Finnis me hizo notar el hecho de que Kelsen, en *Law and Logic*, en "Philosophy and Christianity", Amsterdam, 1965, habría abandonado su posición sobre la necesaria consistencia de los sistemas jurídicos.

[19] Ver este punto en Raz, Joseph, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en "American Journal of Jurisprudence", 19 (1974), p. 106.

sistema consistente (puesto que la orden del gángster bien puede satisfacer esta condición). Curiosamente, Harris sugiere, en una nota al pie, una distinción posible entre significado normativo "subjetivo" y "objetivo" (que en Kelsen corresponde, respectivamente, a simples órdenes y a normas válidas), lo que señala el sentido que él se niega a adoptar en el texto: "La distinción de Kelsen entre significado normativo subjetivo y objetivo –dice Harris– no es clara pero puede sugerirse la interpretación siguiente: cuando la articulación completa de una expresión normativa requiere el uso de un sujeto verbal distinto del sujeto del verbo normativo, su significado es subjetivo; si no requiere el sujeto verbal adicional, su significado es objetivo. Contrástese: Yo (él, tú) digo (dice, dices) que tú debes hacer tal y tal cosa; (tú, él, todos los hombres) debo (debes, debe, deben) hacer tal y tal cosa"[20]. Claramente esta distinción gramatical no es accidental, sino que refleja una distinción en el significado o fuerza en las respectivas oraciones. La segunda clase de juicios son formulados cuando se implica una pretensión de justificabilidad de la prescripción. De acuerdo con Kelsen es la formulación de esta clase de juicios al dar cuenta de las normas lo que las distingue de las órdenes. Una prescripción es una norma válida cuando, en su descripción, presuponemos su justificabilidad. Si alguno de los sentidos de validez enunciados por Harris está conectado con el criterio de Kelsen para distinguir normas de simples órdenes, es el sentido *d*, cuya relevancia es rechazada por Harris.

c) A pesar del rechazo de Harris de la identificación entre validez y justificabilidad u obligatoriedad, es obvio que esa identificación es subrepticiamente aceptada en su razonamiento. La tarea de presentar el sistema jurídico como un cuerpo consistente, es indudablemente una actividad útil de la ciencia jurídica y puede haber razones para decir que esta tarea debería ser hecha aun con relación a un sistema jurídico altamente inmoral pero eficaz que la gente esté moralmente obligada a desobedecer (podría alegarse, quizás, que un sistema jurídico inmoral y contradictorio es peor que un sistema inmoral pero coherente). Pero de esto nada se sigue acerca de la aceptación de las normas del sis-

[20] Harris, *When Does the Grundnorm Change?*, en "Cambridge Law Journal", 29 (1971).

tema: los juristas pueden coherentemente presentar el sistema jurídico como un todo consistente y, al mismo tiempo, urgir a los jueces a no aplicarlo. Además, la relación entre la ciencia jurídica y la actividad judicial es más compleja que lo que Harris sugiere. Si los tribunales rehusasen la aplicación de las normas dictadas por los revolucionarios y adoptasen, en su lugar, otras normas, la ciencia jurídica podría todavía continuar con su útil función presentando esas otras normas como un todo consistente. Si la ciencia jurídica fuese tan descriptiva y valorativamente neutra como Kelsen piensa que debe ser, debería limitarse a describir y quizás a imponer consistencia a las normas que los jueces suelen aceptar (las normas eficaces), sin que esta actividad tuviera ninguna consecuencia sobre la cuestión de qué normas los jueces deberían aceptar. El origen de la confusión de Harris se manifiesta en su observación de que la doctrina positivista sostiene la obligación jurídica de los jueces de aceptar las normas de un sistema jurídico eficaz. Si ésta es una posición positivista, ella corresponde a la ideología que, como antes he mencionado, Ross llama "seudopositivismo": la ideología que sostiene que los sistemas eficaces tienen una justificación inherente; ella no refleja la concepción teórica que Kelsen explícitamente suscribe (aun cuando es argüible que subrepticiamente hayan penetrado en su teoría afirmaciones seudopositivistas)[21] y, ciertamente, no coincide con la posición de autores como Ross y Hart. Un punto crítico, en el cual Harris se aparta de Kelsen, es en su tesis de que no sólo los juristas sino también los jueces deberían presuponer la norma básica. Aun cuando Kelsen no es muy claro sobre esto, dudo mucho de que le entusiasmara la extensión de la clase de personas que deberían aceptar la norma básica; una cosa es *razonar* teóricamente de acuerdo con la presuposición de que un sistema eficaz está justificado y otra cosa es *actuar* según esa presuposición; en el último caso no hay diferencia significativa entre presuponer meramente que el sistema está justificado y aceptar plenamente esa justificación, y decir que los tribunales deben presuponer la norma básica con referencia a los sistemas eficaces equivale a decir que deberían actuar de la misma forma que si creyeran que el sistema está justificado. El error que Harris comete es exactamente el mismo

[21] Como sostiene Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, p. 43.

error de interpretación del positivismo en que, como veremos en el ensayo VIII incurre Ronald Dworkin.

4. *Validez jurídica y justificabilidad*

Para Kelsen, decir que un sistema jurídico o una norma jurídica son válidos (o sea, decir que son precisamente un sistema jurídico o una norma jurídica) implica decir que ellos están justificados o son obligatorios. La ciencia jurídica no necesita comprometerse con la posición moral de que el sistema jurídico que ella describe es efectivamente válido o justificado, pero ella tiene, al menos, que trabajar según el presupuesto de esa validez o justificación para poder presentar el derecho como un fenómeno normativo y no sólo como una secuencia de hechos. Como Raz sostiene ahora[22], para Kelsen, al igual que para los iusnaturalistas, el único tipo concebible de normatividad, es una "normatividad justificada". Uno no puede hablar de normas jurídicas, derechos subjetivos, deberes jurídicos, etc., sin aceptar o al menos presuponer su justificación. La diferencia importante entre Kelsen y los iusnaturalistas es que, mientras los últimos sostienen que la ciencia jurídica debe asumir un compromiso moral para identificar el derecho, Kelsen piensa que ese compromiso puede y, en realidad, debe ser eludido por la ciencia jurídica mediante el recurso de tomar la justificación de lo que es descripto como derecho, como una hipótesis de trabajo, no como una conclusión moral.

El punto de vista de Kelsen de que uno no puede identificar normas salvo que acepte o presuponga su justificabilidad puede ser comparado con el extraño punto de vista de que uno no puede identificar creencias si no acepta o presupone que son verdaderas. En el caso de juicios acerca de creencias se puede hacer la misma distinción gramatical que Harris detecta en relación con los juicios de deber, y puede fundamentar una distinción paralela entre juicios "subjetivos" y "objetivos": cuando se está seguro acerca de la verdad de cierta proposición uno puede decir "la nieve es blanca" en vez de formular la frase no comprometida "yo (tú, él) creo (crees, cree) que la nieve es blanca". Por

[22] Raz, Joseph, *Social Rules and Legal Theory*, en "Yale Law Journal", 81 (1972).

supuesto, el objeto de destacar este paralelismo es que, así como no necesitamos aceptar o presuponer la verdad de una creencia para describirla, tampoco necesitamos aceptar o suponer la justificación de una norma para describirla.

Pero la cuestión es más compleja que lo que supone la conclusión precedente. En el caso de las creencias necesitamos distinguir entre el estado mental o la actitud de cierta persona, que describimos como "creer en algo", y la proposición que es el contenido de la creencia. Si queremos dar cuenta del hecho de que cierta persona tiene el estado mental o la actitud hacia cierta proposición que es característica de creer en ella, por supuesto que no necesitamos, nosotros mismos, aceptar o presuponer la verdad de esa proposición. Pero si estamos interesados en dar cuenta del contenido de esa creencia, con independencia del hecho de que alguien crea en él, uno está tentado de pensar que eso no se puede hacer sin afirmar esa proposición y que uno no puede afirmar una proposición sin jugar algún juego de lenguaje en el que la verdad de la proposición es o bien aceptada o presupuesta, etcétera[23]. Esta cuestión es relevante para la teoría kelseniana de las normas, ya que Kelsen parece concebir a las normas en forma paralela a las proposiciones descriptivas, como el "contenido ideal" de ciertas actitudes o actos que no puede ser descripto sin reafirmarlo a través de juicios normativos. Esto explicaría por qué insiste en su tesis, aparentemente extraña, de que las "reglas de derecho" que formulan los juristas son juicios de "deber ser" a pesar del hecho de que son puramente descriptivos de normas; es precisamente porque son *descriptivos de normas* (o sea son descriptivos de ciertos contenidos proposicionales) que Kelsen piensa que las reglas de derecho tienen que reafirmar esas normas, aunque dentro de un juego de lenguaje diferente de aquel en el que ellas fueron dictadas o son aceptadas por la gente que adhiere a ellas. Por lo tanto, cuando

[23] No estoy seguro de que la idea de describir una proposición tenga algún sentido cuando se la distingue de la determinación del valor de verdad de la proposición y del desarrollo de sus consecuencias lógicas. Si mis dudas se confirmasen, ésta sería una objeción decisiva al punto de vista asumido por ciertos juristas de que la tarea central de la ciencia jurídica es describir normas y que ella puede distinguirse de la tarea empírica de determinar qué normas son eficaces, de la tarea valorativa de determinar qué normas son justificadas y de la tarea lógica de mostrar las consecuencias de las normas.

Raz, en uno de sus recientes trabajos[24] arguye en contra de Kelsen que la concepción "justificada" de la normatividad no es la única disponible y que hay también una concepción "social" de la normatividad, de acuerdo con la cual las normas son una clase de hechos sociales, Kelsen seguramente replicaría que las normas no son prácticas sociales (así como las proposiciones descriptivas tampoco son los estados psicológicos que llamamos "creencias"), sino que son lo que puede o no ser (dependiendo de la eficacia de la norma) el "contenido ideal" de prácticas sociales (ver la plausibilidad de esta tesis en el ensayo VII).

Raz mismo parece haberse orientado recientemente[25] en esta dirección cuando dice que el lenguaje normativo usado por los juristas al describir el derecho no puede ser analizado como descriptivo de ciertas prácticas, creencias o actitudes, ya que ese lenguaje, sin un cambio aparente de significado o fuerza, es usado también para describir normas hipotéticas que no están vigentes, y, consecuentemente, el uso del lenguaje debe implicar la adopción de algún punto de vista normativo no muy diferente del descripto por Kelsen como distintivo de la ciencia jurídica. Sin embargo, Raz[26] no piensa que las normas jurídicas puedan ser identificadas con proposiciones deónticas, ya que las proposiciones deónticas no son razones para actuar, y, para Raz, esta propiedad es de la esencia de las normas. Esta posición plantea problemas sumamente interesantes y complejos que trato en el ensayo VII.

Mientras tanto, tal vez sea provechoso ponderar la siguiente réplica posible a Kelsen. Si las normas son proposiciones deónticas, es absurdo describir el rol de la ciencia jurídica como, simplemente, el de describir normas. Lo que la ciencia jurídica describe es el hecho de que las normas son aceptadas en ciertas prácticas sociales (lo cual hace que algunas normas sean parte del derecho vigente, según el carácter de las prácticas); ella desarrolla, además, las consecuencias lógicas de las normas, y quizás si ampliamos algo el rol puramente descriptivo que Kelsen le

[24] Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en "American Journal of Jurisprudence", 19 (1974), p. 99.

[25] Ver Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en "American Journal of Jurisprudence", 19 (1974), p. 11.

[26] Raz, *Practical Reasons and Norms*, p. 170 y ss. y *Legal Validity*, en "The Authority of Law", Oxford, 1979.

asigna[27], ella reformula posteriormente el sistema para eliminar sus contradicciones y llenar sus lagunas. Ninguna de estas tareas requiere la presuposición de la validez o justificabilidad de las normas en cuestión. La primera de ellas, en particular, no es una "descripción" de proposiciones en algún juego de lenguaje normativo. Quizás el origen de muchas confusiones alrededor de esta cuestión sea que nos hemos acostumbrado a usar la expresión "descripción de normas" como una abreviación para referirnos a una variedad de operaciones intelectuales acerca de las normas que no consisten precisamente en describirlas.

[27] Ver Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980, trabajo en el cual sostengo que el modelo de ciencia jurídica de Kelsen es totalmente insuficiente para reflejar la actividad que de hecho realizan los juristas y para reconstruir una actividad teórica socialmente relevante. Argumento que un modelo fecundo de "ciencia" jurídica debe no sólo incluir tareas empíricas y lógicas, sino también la empresa valorativa de proponer interpretaciones del derecho positivo que se aproximen lo más posible a ideales de justicia.

II. EL CONCEPTO DE VALIDEZ DE KELSEN APLICADO AL PROBLEMA DEL CONFLICTO DE NORMAS DE DIFERENTE JERARQUÍA

1. *Introducción*

En el ensayo anterior vimos cómo, a pesar de que Kelsen parece definir la noción de validez jurídica como la propiedad de una norma de estar autorizado su dictado por otra de nivel superior, su noción subyacente de validez no es ésa: es, en cambio, un concepto normativo equivalente a fuerza obligatoria o justificabilidad y cuya predicación de una norma implica adherir a su contenido, concibiéndola como un juicio de deber ser "objetivo" y no como una mera orden de alguien (es esta predicación la que les permite a los juristas decir, por ejemplo, "en la Argentina matar es punible" y no solo "quien tiene el poder en la Argentina ha ordenado que se pene el homicidio"). Como he dicho en otro lugar[1], este concepto de validez refleja la adhesión dogmática de los juristas al derecho positivo; pero, como vimos en el ensayo precedente, Kelsen logra hacer compatible esa adhesión con la pureza valorativa que asigna a la teoría jurídica, mediante el expediente de sostener que la aceptación por parte de los juristas del juicio de validez primitivo para cada sistema –la norma básica– es sólo hipotética y no categórica.

La derivación de una norma de otra de nivel superior (que aparenta ser la propiedad definitoria de "validez" que señala Kelsen y así ha sido tomada por algunos autores), no es en realidad tal, sino una relación que permite transmitir la validez de una norma a otra (también permite paralelamente, como vimos

[1] Ver Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Unam, 1974, cap. II.

en el ensayo precedente, transmitir la pertenencia a un sistema de una norma a otra).

Aquí quiero confirmar esta interpretación del concepto central de validez en la teoría de Kelsen, mostrando cómo las dificultades que enfrenta este autor cuando trata los conflictos entre normas de grados diferentes serían inexplicables si la validez de una norma se redujera a su derivación de otra superior (una norma que contradice lo prescripto por otra superior sería lisa y llanamente inválida), y, en cambio, son perfectamente explicables si se parte del concepto de validez como fuerza obligatoria o justificabilidad, pero se yerra al suponer, como lo hace Kelsen, que la única forma de transmitir esa validez de una norma a otra es mediante la autorización que la primera hace para el dictado de la segunda.

2. *La tesis*

Las siguientes proposiciones resumen, según creo, el pensamiento de Kelsen sobre la cuestión del conflicto de normas de diversa jerarquía[2]:

1) No puede haber normas contrarias al derecho, ya que si un acto de voluntad no se adecua a las condiciones que el derecho establece para la creación de las normas válidas, su sentido objetivo no puede ser normativo.

2) Como consecuencia de lo anterior, debe concluirse que es contradictorio hablar de normas nulas; sólo tiene sentido jurídico la anulabilidad, que consiste en privar a un acto del significado objetivo de norma jurídica que el derecho le reconocía originariamente.

3) La cuestión acerca de si una norma ha sido dictada de acuerdo con las condiciones que el derecho establece para su creación, al igual que la cuestión sobre si se dio o no el hecho que es condición en la norma de determinada consecuencia jurídica, sólo puede responderse a la luz de la determinación de quién es competente para decidirlo.

[2] Está expuesto en Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, cap. V, "Dinámica jurídica", 35, J), p. 271 y 55.

4) El derecho no puede permitir, sino a riesgo de deteriorar peligrosamente su eficacia, que cualquiera decida la cuestión recién planteada; centraliza tal facultad en determinados órganos, cuya decisión, en definitiva, es incontrovertible; hace cosa juzgada.

5) La resolución judicial sobre si una norma concuerda con otra superior es constitutiva de tal hecho y no declarativa de un hecho preexistente.

6) Por lo tanto, aunque para el sentido común una norma contradiga las condiciones de su creación, será válida si así lo decreta un juez que decide en última instancia.

7) Pero, no sólo una norma contradictoria con una superior es válida cuando se da la condición recién señalada, sino que también lo es si un órgano competente no se ha pronunciado sobre su validez.

8) Aun más, en realidad las normas generales no pueden ser invalidadas en forma completa por vía judicial, ya que en casi todos los sistemas se limita la anulación al caso que se plantea en los tribunales, sin hacerla extensiva a los restantes.

9) El hecho de que una norma permanezca válida a pesar de no adecuarse a las condiciones que expresamente se establecen para su creación, sólo puede explicarse mediante la hipótesis de que la norma superior contiene tácitamente una autorización abierta que faculta al órgano a dictar normas mediante el procedimiento y el contenido que él determine, aun en contradicción con el texto expreso de dicha norma.

10) Por lo tanto, toda norma jurídica coincide con una norma superior, ya sea con su alternativa expresa o con la cláusula tácita de habilitación indeterminada; no hay, pues, conflictos entre normas de diferentes grados.

11) La diferencia entre ambas alternativas de creación jurídica reside en que si se elige la segunda, o sea la que tácitamente permite plena autonomía en la elección del procedimiento y el contenido, el órgano se expone a la anulación de las normas que dicta y eventualmente a ser sancionado.

12) La anulabilidad admite distintos grados; el máximo de los cuales, muy cercano a la nulidad, pero cualitativamente diferente, se caracteriza por el hecho de que puede ser decretada por órganos descentralizados con efecto retroactivo.

13) El caso anterior linda con aquellos en que determinado acto, que se presenta con la pretensión subjetiva de crear una norma jurídica, como el de un loco que pretenda dictar una "ley" desde el manicomio, puede ser rechazado por cualquiera, sin necesidad de que el derecho lo autorice a hacerlo. Pero estos últimos casos están fuera del ámbito jurídico; si el derecho los contemplara, tendría que establecer en qué condiciones se podría decretar la invalidez de las normas respectivas; haciendo lo cual, y por más laxas que fueran tales condiciones, reconocería indirectamente la validez de aquéllas.

3. *Observaciones críticas*

La solución de Kelsen,al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía, que en definitiva consiste en suponer que las normas de competencia contienen tácitamente una cláusula que autoriza a no acatar las condiciones que tales normas establecen expresamente, me parece inaceptable en virtud de los argumentos que paso a exponer.

1) Como en la teoría de Kelsen toda norma de un sistema jurídico –salvo las de grado inferior– regula la creación de otras, si se admitiera que todas ellas incluyen una cláusula alternativa tácita que contiene una autorización abierta, se daría el caso de que ninguna norma del sistema, excepto las que no fueran aplicables para la creación normativa, tendría posibilidad –en el sentido lógico de esta palabra– de ser desobedecida, ya que el órgano inferior siempre se ajustaría a alguna de las dos alternativas que la norma le ofrece.

2) El propio Kelsen[3] requiere que haya posibilidad, incluso empírica, de desobedecerlo, para que un acto de voluntad tenga sentido objetivo de norma jurídica, lo cual implica, siendo la posibilidad lógica más fuerte que la empírica, que si todas las normas del sistema jurídico incluyen una cláusula de habilitación abierta, ninguna de ellas cumple con esa exigencia.

[3] Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 11: "Una norma que prescribiese que debe suceder algo que de antemano se sabe que necesariamente, en virtud de las leyes de la naturaleza, sucederá siempre y en todo lugar, carecería de sentido, lo mismo que una norma que prescribiese que debe suceder algo que se sabe de antemano que en virtud de las leyes de la naturaleza nunca acontecerá".

3) En definitiva, la tesis de Kelsen implica suponer que todas las normas del sistema jurídico son tautológicas, puesto que autorizarían una conducta normativa y también su opuesta[3-1]. Se admita o no el carácter normativo de las prescripciones tautológicas, lo cierto es que su contenido es trivial, pues no determinan ninguna pauta de comportamiento. Suponer que todas las normas del sistema jurídico tienen esta característica es absurdo[4].

Cabría replicar que ambas alternativas que ofrecen las normas jurídicas no son equivalentes, porque el hecho de que se haya optado por aplicar la cláusula tácita provoca la anulabilidad de la norma sancionada y a veces también que el órgano sea responsabilizado. Pero esta defensa no es satisfactoria ya que ni la anulabilidad ni la eventual responsabilidad del órgano obstan, según Kelsen, a que se sostenga que se ha cumplido en todos los casos con las condiciones que la norma superior establecía para la validez de las inferiores[5].

4) Aun los hechos mismos de la anulabilidad y de la responsabilidad del funcionario no implican *a priori* preferencia por alguna de las dos alternativas, puesto que es posible, en el con-

[3-1] Ver el acertado análisis de Vernengo, Roberto J., *La función sistemática de la norma fundamental*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1960, I-II, p. 17.

[4] Si, como Kelsen sugiere en algunos párrafos de su teoría, se interpretaran las normas jurídicas como permisiones de actos coactivos, sería concebible que tuvieran contenido tautológico, es decir, que el soberano concediera a sus delegados absoluta libertad para el ejercicio de la coacción. Sin embargo, aun así, habría varios inconvenientes teóricos. Uno es que ello implicaría que el soberano, o sea el órgano de jerarquía máxima, se autoabrogaría la propia facultad de decidir qué conductas sociales deben promoverse y cuáles disuadirse; solamente se reservaría el poder de elegir a quienes debían decidirlo. Pero aun ese resto de poder sería discutible, por el carácter alternativo que tendrían las normas de competencia en la determinación de autoridades normativas. O sea que cualquiera podría ejercer discrecionalmente actos coactivos; habría carta blanca para el uso de la fuerza, lo cual, por cierto, es lo contrario de lo que el buen sentido entiende por derecho; si, en cambio, las normas jurídicas se interpretaran, como a veces el propio Kelsen parece sugerir, como si impusiesen el deber de realizar una conducta coactiva –aunque no fuera un "deber jurídico"–, es obvio que serían absolutamente vacuas si se les reconociese un contenido tautológico. Decir "debes ir al cine o no ir al cine", o "debes aplicar o no aplicar una sanción", es lo mismo que no decir nada.

[5] Kelsen, *Reine Rechtslehre*, V, 35, J), B).

texto de esta concepción, que se anule una norma, o que se sancione al funcionario que la dictó, a pesar de que concuerde con el término expreso de la norma superior, siendo válida la sentencia que dispone tal anulación o sanción por adecuarse a su vez a la cláusula tácita de la norma que autoriza tales medidas.

5) Aunque Kelsen sólo dedica párrafos incidentales al problema de la determinación del órgano competente para dictar normas válidas, es obvio que su tesis implica que se extienda la alternatividad también a él. Esto es así porque la competencia funcional está estrechamente vinculada con el procedimiento y la materia normativa.

Obviamente, nadie es autoridad para todos los actos de su vida, sino para los que responden a cierto contenido y se llevan a cabo mediante determinado procedimiento, que además de otras funciones indica los símbolos externos de su investidura. Un juez penal, por ejemplo, es tan incompetente para decretar un divorcio como cualquier otra persona. Un grupo de diputados no es autoridad para decidir un partido de fútbol. El intendente municipal no puede resolver cuestiones de política exterior. Esto quiere decir que si se admite el contenido abierto de las normas que regulan la creación de otras respecto del procedimiento y de la materia, debe admitírselo también con relación al órgano. No puede dejar de ser desconcertante, por tanto, una tesis que induce a sostener que el derecho positivo autoriza a cualquier persona a dictar normas mediante cualquier procedimiento y sobre cualquier materia.

7) Es interesante la distinción que hace Kelsen entre la anulabilidad jurídica y aquellos casos que la dogmática civil llama de "inexistencia", que se caracterizan por no estar previstos por el derecho, de modo que cualquiera está en condiciones de rechazar que un acto de voluntad tenga el sentido objetivo de una norma válida. Pero creo que la tesis de la alternatividad tácita de las normas de competencia justamente obscurece esta distinción, ya que el carácter ilimitadamente abierto e implícito de la cláusula alternativa, no permite considerar esos casos como no previstos jurídicamente, no habiendo ningún criterio que impida considerarlos comprendidos en dicha cláusula.

4. *Interpretación*

Si se dan por correctas las objeciones precedentes, sería el caso de preguntarse cuáles son los obstáculos que Kelsen pretende superar integrando a su teoría la hipótesis de autorización abierta que hemos examinado.

Es obvio que el concepto de validez que la Teoría pura parece formular en forma explícita, implica trivialmente que no son válidas aquellas normas que contradicen las condiciones para su creación prescriptas por normas de nivel superior.

Por otra parte, esa supuesta definición kelseniana de "validez" es incompatible con el reconocimiento de que la validez o invalidez de una norma dependa de la declaración en uno u otro sentido por un órgano competente. Las condiciones de verdad del enunciado "la norma p es válida" son radicalmente diferentes si se lo interpreta como equivalente a "la norma p satisface los requisitos que el sistema establece para su creación", que si se lo entiende con el sentido de "el órgano competente ha determinado que p cumple con los requisitos prescriptos para su creación". Es evidente que el primero de estos dos enunciados puede ser verdadero y ser falso el segundo, o viceversa; lo cual implica que la determinación que hace un juez respecto de la concordancia de una norma con la superior puede ser incorrecta.

Pero Kelsen rechaza expresamente la conclusión precedente. Sobre la base del carácter constitutivo de las decisiones judiciales, sostiene que las determinaciones que los jueces hacen de la ocurrencia de algún hecho, por ejemplo, el de la concordancia entre dos normas, no son meramente declarativas del mismo, sino que lo constituyen. Aunque los demás diverjan sobre la corrección de la creación judicial, tales opiniones son irrelevantes jurídicamente; la única que interesa es la del juez. En definitiva, afirma Kelsen, los hechos jurídicos no coinciden con los hechos naturales, sino que están constituidos por decisiones judiciales, correctas o incorrectas para el sentido común, acerca de la ocurrencia de los mismos; por ejemplo: la comisión de un homicidio no constituye el hecho condicionante de una norma, sino que lo es la declaración judicial de que el homicidio se ha cometido[6].

[6] Kelsen, *Reine Rechtslehre*, V, 35, G), A).

Me parece que el planteamiento que hace Kelsen del problema de la cosa juzgada deforma el análisis de las normas jurídicas en tanto en cuanto constituyen pautas de conducta para los tribunales y los súbditos. Obviamente, una norma como las del derecho penal prescribe a los súbditos la comisión o la omisión de un comportamiento determinado y no de cualquiera que puedan considerar los jueces antijurídico. El legislador prohíbe, por ejemplo, defraudar, no la realización de un comportamiento que probablemente los jueces consideren defraudación. Sería evidentemente absurdo reintegrar todas las normas primarias poniendo, por ejemplo, la cláusula: "si un juez declara que se ha cometido un homicidio...", en vez de: "si se cometiere un homicidio...". Si procediéramos de ese modo, no sabríamos qué era lo que, en realidad, prescribe la norma.

La incorrección de este análisis queda todavía más manifiesta si encaramos la cuestión desde el punto de vista de los jueces. ¿Qué es lo que las normas generales indicarían a los tribunales si el hecho ante que aparece en ellas como condición fuera una declaración de esos mismos tribunales? Parece que es razonable pensar que el comportamiento que las normas legislativas les prescribe o autoriza, está condicionado por el acaecimiento de un hecho de los que Kelsen califica de "naturales" y no por el hecho jurídico de su propia decisión.

El planteamiento kelseniano es válido hasta cierto punto si se lo restringe exclusivamente al ámbito del cumplimiento de las normas particulares que dictan los jueces. Es obvio que la situación de un condenado o la de un oficial público que debe ejecutar la sentencia judicial es exactamente la misma si se ha dado o no la condición que prevé la norma general en que pretende fundamentarse dicha sentencia. Pero aun así, no es correcto decir que el hecho condicionante de la norma particular sea la declaración del juez y no un hecho "natural", ya que las sentencias, salvo casos excepcionales, son normas categóricas[7] y la declaración judicial de que se ha cometido un cierto acto antijurídico constituye la fundamentación de la misma, no una condición mencionada en ella.

Sin embargo, en este nivel normativo es aceptable la pregunta que motiva la preocupación de Kelsen, acerca de las razones

[7] Ver Kelsen, *Reine Rechtslehre*, II, 25.

por las cuales se considera la conducta del súbdito condenado, o la del oficial ejecutor, jurídicamente debida y no sólo compelida de hecho.

La sentencia judicial ilegal, o la que se funda en una ley inconstitucional, es inválida de acuerdo con la aparente definición de Kelsen de "validez" como autorización de su dictado por una norma superior, y como tal pareciera inhábil para originar obligaciones jurídicas.

Una posible respuesta sería que la obligación del condenado y la del funcionario público derivan de otra norma válida que prescribe el cumplimiento de las penas establecidas por decisiones judiciales, sean estas válidas o inválidas; o sea que las decisiones judiciales funcionarían como hechos condicionantes de otras normas que prescriben la ejecución de las consecuencias por ellas establecidas.

Eugenio Bulygin ha anotado[8] que juntamente con el (supuesto) significado de "validez" expuesto, emplea Kelsen esta palabra también para calificar el carácter obligatorio de algunas normas, o sea que determinados funcionarios tienen el deber jurídico, establecido por otra norma, de aplicarlas o ejecutarlas. Bulygin sostiene que respecto de las normas jurídicas que están en conflicto con normas de nivel superior, no es contradictorio calificarlas de válidas o inválidas al mismo tiempo, si se toman en cuenta ambos significados de la palabra "validez"; de modo que aquellas normas pueden ser válidas, en el sentido de que su ejecución está prescripta por otra norma, pero no serlo en cuanto no cumplen las condiciones establecidas para su creación.

Creo que el precedente constituye un interesante enfoque para analizar el problema. El hecho de que una norma establezca la obligatoriedad del cumplimiento de otra parece, en principio, no significar que le otorgue validez, en el sentido de haber autorizado su creación. Cuando la Constitución prescribe el deber de ejecutar determinadas normas de origen legislativo mientras no se las declare inconstitucionales, o cuando el Código Civil decreta la obligatoriedad de los actos jurídicos nulos o anulables, si no hay una declaración judicial que verifique el vicio, ello no implica que hayan autorizado el hecho de dictar esas

[8] **Bulygin, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, *LL*, 124-1307.**

normas, y tanto es así, que los órganos competentes *deben* derogarlas y la autoridad que las ha dictado puede ser sancionada. Por otra parte, una ley que contradice el texto expreso de la Constitución no es inválida, en el sentido de derivación, para los casos planteados en los tribunales, y válida en el mismo sentido, para los restantes, sino que su cumplimiento es obligatorio, a menos que se haya recurrido al procedimiento previsto para derogar parcialmente ese deber jurídico respecto del caso sometido a juicio.

Sin embargo, me parece que un análisis del concepto de validez kelseniano a la luz del desarrollo que he presentado en el ensayo anterior profundiza la solución del problema, mostrando que hay una íntima relación entre ambos supuestos significados de la palabra "validez" que Bulygin señala.

Cuando Kelsen sostiene que la validez de una norma depende de su concordancia con otra superior, menciona a mi modo de ver, sólo una condición necesaria para que las normas no soberanas sean válidas, pero tal formulación no implica una definición del concepto de validez. La propiedad relevante de las normas válidas, en la teoría de Kelsen, es que expresan un deber ser "objetivo", por ser el producto de un acto de voluntad que coincide con otra norma válida o con el presupuesto gnoseológico de la dogmática jurídica. Ya he manifestado que la distinción entre prescripciones subjetivas y objetivas puede entenderse si se toma en cuenta la adhesión hipotética de los juristas al sistema positivo.

Si consideramos este concepto material de validez que Kelsen adopta, se hace borrosa su distinción con la noción de obligatoriedad. Pues si el deber jurídico de ejecutar u obedecer una norma constituye un "deber ser objetivo" y si coincide con la prescripción subjetiva que expresa la norma obligatoria, ésta viene a ser válida, ya que cumple con el requisito, exigido por Kelsen, de que el sentido subjetivo de su acto creador coincida con otra norma válida. Por ejemplo, una sentencia ilegal que condena a alguien a cumplir una pena coincide con la norma válida que dispone el deber de cumplirla mientras no se la haya derogado por el procedimiento regular; la prescripción del juez se superpone a la norma que la declara obligatoria.

Si las cosas son así, resulta que son válidas no sólo las normas cuya creación está *autorizada*, sino también aquellas cuya obediencia o ejecución es *obligatoria*. Como dije, la obligatoriedad de una norma no implica, como no sea en algún sentido marginal de la palabra, autorización para dictarla; la obligatoriedad es compatible con el permiso otorgado a otros órganos para sancionar al usurpador y derogar la norma obligatoria; la autorización, en cambio, excluye lógicamente la primera de ambas situaciones[9] y parece conveniente perfilar el concepto de tal manera que descarte también la segunda.

Llegados a este punto quizá se empiece a vislumbrar alguna solución para este esquivo problema. Me pregunto: ¿no habrá en la teoría de Kelsen una hipertrofia de la función que cumple la derivación formal –autorización de la creación de una norma por parte de otra– respecto de su concepto central de validez, que designa una normación objetiva? Porque si en definitiva se trata de que una norma, para ser válida, tiene que coincidir con la voluntad del primer legislador, la voluntad que los juristas consideran "objetiva", la delegación, constituye sólo una condición suficiente, no necesaria, para determinar esa coincidencia. Importa en tanto en cuanto a través de ella se puede suponer que el soberano se adhiere a las prescripciones de sus órganos delegados; pero también aquél, declarándolas obligatorias, puede avalar las prescripciones de los usurpadores, por lo menos cuando presentan una apariencia de legitimidad, hasta que se pongan en funcionamiento los recursos dispuestos para preservar su monopolio normativo. O sea que aquí no hay una confusión entre dos sentidos de "validez", como sostiene Bulygin, sino que no se toma en cuenta que la validez en el único sentido relevante aquí (como fuerza obligatoria) puede transmitirse de una norma a otra no sólo autorizando el dictado de la última sino también imponiendo el deber de obedecerla.

Creo que éste es uno de los puntos críticos del concepto de validez que ofrece la *Teoría pura del derecho*. Si designara meramente la derivación de ciertas normas respecto de las primitivas del sistema, no habría razón para preocuparse por la existencia de normas obligatorias inválidas.

[9] Wright, G. H. von, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970, distingue varios sentidos de la expresión "permiso", con grados crecientes de fuerza. El más débil de todos es equivalente a "no prohibido". Los demás suponen este sentido mínimo, pero designan condiciones adicionales. O sea, que en cualquiera de sus sentidos el permiso o autorización excluye lógicamente la prohibición de la misma conducta.

Que Kelsen se inquiete a este respecto está motivado por la circunstancia de que, como se expuso en el ensayo anterior, él recoge de la dogmática jurídica y de la tradición iusfilosófica el significado normativo de la palabra "validez", diferente de la mera derivación, que expresa el reconocimiento de fuerza obligatoria a determinadas normas. Si así fuera, Kelsen enfrentaría el problema de la existencia de normas que no cumplen con sus exigencias explícitas para la validez normativa –su pertenencia al sistema que se toma como referencia, determinada por el hecho de que su creación está autorizada por una norma de aquél– y, sin embargo, la dogmática jurídica les reconoce fuerza obligatoria, dada la coincidencia de su prescripción con el deber jurídico derivado de otra norma válida. O sea, que si los juristas atribuyen fuerza obligatoria a normas respecto de las cuales no hay deber jurídico de ejecutarlas, no pueden omitir ese reconocimiento en relación a normas que, aunque no pertenezcan formalmente al sistema, el legislador ha dispuesto que sean obligatorias. El no reconocer que hay vías alternativas para transmitir la propiedad designada por el concepto central de validez que Kelsen emplea (equivalente a fuerza obligatoria y justificabilidad) es lo que ha provocado estos extravíos de su teoría.

La diferente extensión del concepto normativo de validez que maneja Kelsen con respecto a concepto de derivación de una norma a partir de otra no crea dificultades cuando se trata de casos comprendidos por ambos; pero las situaciones que consideramos –a las que habría que agregar las leyes extranjeras cuando las declara obligatorias el legislador nacional– lo obligan a debilitar el segundo de ellos, con el propósito de hacerlo coextensivo con el que menciona en primer lugar. Sin embargo, el resultado a que conduce la solución de Kelsen es exactamente igual al problema que quiso resolver, pero en sentido opuesto; al haber convertido en casi vacuo el requisito de la derivación formal, resulta que su extensión es mucho más amplia que el ámbito de reconocimiento dogmático de la fuerza obligatoria de determinadas normas. La solución correcta consiste, en cambio, en admitir que la validez normativa o justificabilidad no se transmite sólo por el hecho de que una norma válida autorice la creación de otra, sino también porque declare su cumplimiento o aplicación obligatorios.

III. LA COMPETENCIA DEL CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y EL CARÁCTER MORAL DE LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

1. *Introducción*

En los dos ensayos anteriores vimos que el concepto central de validez en la teoría de Kelsen es de índole normativa y su predicación de una norma implica considerarla justificada. Vimos también que el autor mencionado concilia esta reconstrucción del concepto de validez que emplea la ciencia jurídica con la "pureza" metodológica que asigna a ésta (y que implica que ella no se pronuncia sobre el valor del orden que estudia), por vía de interpretar que los juicios de validez que formulan los juristas son "hipotéticos", ya que dependen de la *suposición* de validez de las normas primitivas del sistema expresada a través de la norma básica.

Sin embargo, como se ha sugerido en el ensayo I, esta reconstrucción del razonamiento jurídico, aun cuando sea adecuada en relación con la ciencia jurídica (y hay razones para dudar tanto de su fidelidad a la forma en que ella opera como de su necesidad para reflejar la supuesta función de esa ciencia de describir normas), no parece extensible a otros contextos jurídicos, como la práctica judicial, en los que el razonamiento que se desarrolla está dirigido a justificar categóricamente acciones y decisiones. En este caso, parece difícil mantener la neutralidad valorativa de la predicación de validez de una norma jurídica.

Esto lo vamos a discutir en el presente ensayo a través del análisis de un concepto que está estrechamente conectado con el de validez: el de *competencia jurídica*. Un órgano es jurídicamente competente para dictar normas cuando éstas son válidas y viceversa. Nos vamos a concentrar primeramente en el caso lí-

mite de competencia jurídica, respecto del cual se pueden obtener con mayor claridad conclusiones que luego son generalizables a los restantes casos de aplicación del mismo concepto: me refiero a la competencia del constituyente originario, o sea del poder que ha dictado las normas primitivas del sistema sin estar autorizado a hacerlo por otras normas de éste. Preguntarse cómo se puede justificar esa competencia jurídica originaria es otra forma de preguntarse cómo se puede justificar la validez de las normas primitivas del sistema.

2. *El análisis de Carrió*

Para comenzar con el estudio del poder constituyente originario me voy a apoyar en el análisis que Genaro R. Carrió hace de esta noción en su brillante monografía *Sobre los límites del lenguaje normativo*[1]. Su objetivo es mostrar que ésta es una noción lógicamente espuria y que su empleo en diferentes contextos genera confusiones perniciosas. Carrió expone las falacias y errores que se desarrollan alrededor de este concepto como un caso de transgresión de ciertos límites del lenguaje normativo, transgresión que ilustra también con otros ejemplos de diferente índole.

Aunque estoy básicamente de acuerdo con Carrió en que nos encontramos frente a un serio trastorno conceptual que afecta al pensamiento de juristas y jueces, me animo a sugerir un diagnóstico parcialmente divergente, lo que probablemente genere diferencias en cuanto al tratamiento adecuado para combatir ese trastorno.

Como lo muestra Carrió, la idea de que en una sociedad organizada hay alguien que detenta el poder constituyente originario –p.ej., el pueblo en su conjunto– tiene una vieja prosapia en el pensamiento constitucional. Carrió exhibe, con agudeza no exenta de humor, las afirmaciones extrañas que sesudos pensadores formulan al analizar este concepto, lo que es signo de que su estructura es poco clara y posiblemente defectuosa. ¿Cuál es la falla que vicia esta construcción teórica?

[1] Carrió, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Bs. As., Astrea, 1973.

En un pasaje de su monografía[2], Carrió sugiere que esa falla consiste en el carácter *ilimitado* que se atribuye a la competencia del titular del poder constituyente originario. Sostiene que una competencia total e ilimitada es inconcebible, puesto que el concepto de competencia "funciona informativamente, por decirlo así, con un trasfondo de incompetencias"[3].

Este argumento me parece inconcluyente, al menos en la forma en que está presentado, y no creo que, de cualquier modo, juegue un papel central en el análisis crítico de Carrió. No hay aparentemente inconvenientes *a priori* para concebir un órgano al que ciertas normas le concedan competencia total e ilimitada para dictar otras normas. Tradicionalmente se ha pensado que el Parlamento británico tiene una competencia de esa índole (que, según el dicho corriente, sólo se detiene ante la imposibilidad de hacer una mujer de un hombre y un hombre de una mujer), y no se ve cuáles son las limitaciones *jurídicas* a que estaría sometida la competencia del órgano complejo que, según la Constitución Nacional de 1853, está facultado para reformarla (aunque hay, por supuesto, ciertas opiniones en favor de la "rigidez" de algunas de sus cláusulas). Los inconvenientes a que apunta Carrió no parecen tener que ver con la idea de una competencia ilimitada sino con la idea misma de competencia originaria.

Se podría, no obstante, aducir que ambas ideas están vinculadas del siguiente modo: no hay normas permisivas o de competencia que sean autónomas, sino que los permisos o competencias siempre derivan de excepciones a reglas prohibitivas o de obligación. Por lo tanto, algo le tiene que estar prohibido a un órgano para que tenga sentido decir que hay una excepción a esa prohibición respecto de la posibilidad de regular ciertos actos, de modo de considerarlo competente para dictar normas en esa materia. Pero un órgano con competencia originaria no está aparentemente sometido a prohibiciones u obligaciones; si lo estuviera, sería el órgano competente para dictar tales prohibiciones el que le habría concedido competencia al primero al limitarlas con excepciones; en tal caso, este órgano no tendría competencia originaria. Por consiguiente, un órgano que no está sometido a prohibiciones no goza de competencias.

[2] Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 48-49.

[3] Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 49.

La posición precedente recurre a la compleja cuestión del carácter de las normas permisivas y de competencia. Hay dos buenas razones para rehuir su tratamiento aquí: la primera es que los escépticos acerca de las normas permisivas no parecen dispuestos a extender ese escepticismo a las normas de competencia (lo que, dadas las analogías entre ambas clases de normas, puede servir de base a una objeción contra esa posición)[4], y, en todo caso, no han presentado una reconstrucción plausible de un sistema jurídico –que explique, por ejemplo, la pertenencia de normas al sistema y las relaciones entre normas de distinto nivel– sin recurrir a tales normas de competencia. La segunda razón es que por ahora estamos tratando de detectar qué encuentra de malo Carrió en el concepto de competencia originaria, y la precedente no parece ser una interpretación adecuada, ya que difícilmente Carrió se incline por una concepción que reduzca las normas de competencia a normas prohibitivas[5]. De cualquier modo, luego veremos que el presupuesto de esta réplica –que los órganos con competencia originaria no pueden estar sometidos a prohibiciones– es erróneo.

De modo que si la idea de una competencia originaria es defectuosa ello debe, presumiblemente, serlo por razones ajenas a su eventual carácter ilimitado. La razón principal que ofrece Carrió es tan simple y contundente que parece extraordinario que corrientemente sea pasada por alto, lo que, como es obvio, realza la importancia del aporte de Carrió. En la misma frase en que alude a la inconcebibilidad de una competencia ilimitada Carrió dice: "La idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres..."[6]. Carrió no abunda mucho más en la explicación de esta objeción, pero no es muy aventurado articularla de este modo: la noción de una competencia originaria o de un poder originario para dictar normas es autocontradictoria –como la de un hijo sin padres– puesto que "competencia" o "poder" son términos que aluden a la existencia de normas que estipulan ciertas facultades, y el adjetivo "originario" está precisamente destinado a negar la existencia de tales normas. De este modo, se pretende emplear un concepto de índole normativa en contextos en que, por hipótesis, las normas están ausentes.

[4] Ver Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980, p. 57.

[5] Ver en Carrió, Genaro R., *Sobre el concepto de deber jurídico*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966, p. 47, su posición contraria a intentos de reducir las normas jurídicas a una o pocas categorías.

[6] Carrió, *Sobre el concepto de deber jurídico*, p. 49.

Carrió arguye convincentemente que en la difusión de esta noción de poder constituyente originario –o sea de aplicación ilegítima del concepto de competencia jurídica a casos de órganos "soberanos"– debe haber jugado un papel importante el equívoco que suele generarse por la ambigüedad de la palabra "poder" –que, por un lado, alude a la posibilidad fáctica de realizar ciertos actos u obtener determinados resultados (como la obediencia de la gente) y, por el otro, hace referencia a una facultad o atribución otorgada por normas–. Este equívoco favorece, según Carrió, que se cometa inadvertidamente una falacia del tipo de la que a veces ha sido descripta como "falacia naturalista": del hecho de que alguien tenga el poder fáctico de dictar normas que la gente obedece se infiere ilegítimamente que tiene el poder normativo o la facultad para hacerlo. Carrió rechaza[7] la posible réplica de que éste es, en realidad, un razonamiento entimemático por presuponer, como premisa implícita, una norma que establece la conexión entre el poder fáctico y el poder normativo: el principio de efectividad del derecho internacional consuetudinario especialmente destacado por Kelsen. Su contraargumento es que este principio establece cómo deben comportarse los demás frente a una revolución triunfante, lo que es muy diferente de conceder competencia para hacer revoluciones (incidentalmente, esto excluye otra posibilidad de reducción de las normas de competencia a normas prohibitivas, lo que refuerza la atribución a Carrió de una posición contraria a tal reducción).

En definitiva para Carrió el empleo del concepto de poder constituyente originario es un caso de transgresión de los límites externos del lenguaje normativo, pues se pretende emplear los conceptos normativos de poder o competencia sin acudir a normas; lo mismo ocurriría si uno empleara los conceptos de obligación o derecho sin tener presente alguna norma.

[7] Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 81 y siguientes.

3. *La extensión de las objeciones de Carrió a otras aplicaciones del concepto de competencia jurídica*

Es posible que alguien, que podría ser llamado "el moralista", ensaye la siguiente observación frente al análisis precedente del concepto de poder constituyente originario:

> El empleo del concepto cuestionado por parte de jueces y juristas envuelve ciertamente una transgresión a un "límite del lenguaje normativo", pero se trata de una transgresión diferente de la que se ha señalado: ella consiste en traspasar el límite interno entre el lenguaje normativo jurídico y el lenguaje normativo moral. Los juristas y jueces han construido un concepto que aparentemente denota una especie de competencia jurídica para dictar normas –análoga a la de los poderes constituidos y a la del poder constituyente derivado–, cuando, en realidad, el concepto es empleado de tal modo, que sólo puede aludir a una facultad o competencia de índole moral. No es exacto que estemos frente a una aplicación del concepto de competencia a situaciones en las que no hay normas. Las normas a las que se alude implícitamente cuando se habla de la competencia de órganos "soberanos" no son normas jurídicas, sino principios de una cierta moral ideal que quien emplea el concepto sustenta. De lo que se trata es, en definitiva, de establecer cuándo está moralmente justificado dictar normas de carácter constitucional no obstante la falta de competencia jurídica (por lo menos hasta ese momento) para hacerlo. Uno podrá coincidir o no con las concepciones valorativas de quienes suelen recurrir al concepto de poder constituyente originario –concepciones que, en general, llevan a atribuir ese poder a quienes detentan el monopolio de la fuerza, quienesquiera que ellos sean–, pero no hay duda de que el uso de esa noción presupone alguna concepción de esa índole. El mismo Carrió[8] sostiene que este concepto, aunque desprovisto de utilidad teórica tiene una vital importancia práctica cuando (en contraste con la vinculación recién mencionada con cualquier hecho de fuerza) se lo conecta con la idea de que el titular del poder constituyente es el pueblo, lo que, a través de la carga emotiva que le es propia, promueve la ideología democrática. Pero esto muestra que, independientemente de sus connotaciones emotivas, se trata de una noción que remite a principios ideales de legitimación política. Son estos principios, no normas del derecho nacional o internacional, los que hacen de puente entre ciertos datos fácticos –como puede ser el efectivo control de la fuerza estatal– y la conclusión normativa de que ciertos individuos gozan de facultades normativas de índole moral.

Frente a esta objeción a la idea de que la noción de poder constituyente originario padece de algún tipo de contradicción

[8] Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 57.

interna parece haber un contrargumento muy obvio –que pondré en boca del "legalista"–:

> No hay duda de que, si alguien quiere referirse a la competencia o a las facultades de carácter moral para dictar en forma originaria normas constitucionales, lo puede hacer a su gusto sin incurrir en ninguna contradicción o falsa presuposición. Como los demás conceptos normativos el de poder o competencia puede ser perfectamente usado tanto en contextos jurídicos como morales (entre varios otros), con tal de que se lo aplique en conexión con normas de una u otra índole. Pero el concepto de poder constituyente originario, tal como fue pergeñado y es empleado por juristas y jueces, es una noción *jurídica* que pretende cumplir un cierto papel en la explicación del derecho y, sobre todo, en la *justificación jurídica* de actos y decisiones, tales como la decisión judicial de ampliar ciertas normas constitucionales. Este papel es exactamente el mismo que se satisface con otras aplicaciones de la noción genérica de competencia jurídica, que es empleada en proposiciones de derecho que carecen de toda connotación moral. No se ve por qué los juristas y jueces que usan la noción de poder constituyente originario habrían de invadir un territorio completamente ajeno a sus preocupaciones, que no son ni éticas ni ideológicas, sino las de explicar y justificar fenómenos jurídicos. En todo caso, el hecho de que pueda haber una pregunta paralela acerca de la competencia moral del legislador originario podría constituir otro factor –además del que señala Carrió en relación al poder de tipo fáctico– que explique la confusión que genera la pregunta supuestamente espuria sobre la competencia jurídica de ese legislador. Pero es indudable que lo que se predica cuando se emplea la noción de poder constituyente originario es este último tipo de competencia –y no una de índole moral–, por lo que es importante mostrar que falta el presupuesto básico para poder predicarla correctamente: la existencia de las normas *jurídicas* pertinentes.

Esta respuesta del legalista parece más que suficiente para quitar relevancia a la objeción de nuestro moralista. Tal respuesta aclararía que lo que demuestra Carrió es que el concepto de competencia jurídica no puede aplicarse al legislador originario y que, por lo tanto, el razonamiento jurídico no puede partir de esa predicación de competencia para alcanzar *el mismo tipo de justificación* que se obtiene a través de otras aplicaciones correctas de la misma noción.

Sin embargo, hay ciertas consideraciones que hacen dudar de que la réplica expuesta consiga diluir totalmente la objeción del moralista. Carrió sostiene que el empleo del concepto de poder constituyente originario en un razonamiento suele encerrar la falacia denunciada por Hume de derivar una prescripción de premisas puramente descriptivas. Afirma que esa falacia se

pone de manifiesto cuando advertimos que el razonamiento de quienes emplean ese concepto tiene esta estructura[9]:

R1:

1. En la comunidad *C* se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.
2. Esos actos han tenido éxito; esto es, quienes llegaron al poder por la fuerza fueron reconocidos como autoridades de la comunidad *C*, y quienes se vieron de ese modo privados del ejercicio de sus cargos dejaron de ser reconocidos como tales.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo; la ejecución de esos actos presupone la facultad (atribución, competencia, etc.) de ejecutarlos.

Creo que está implícito en lo que dice Carrió acerca de este razonamiento que la misma falacia *no* se comete en otras aplicaciones del concepto de competencia jurídica, como cuando se alude a la que detenta el poder legislativo o el poder constituyente derivado. O sea, el empleo del concepto de competencia jurídica no involucraría la falacia naturalista cuando aparece como conclusión de un razonamiento cuyas premisas hacen referencia a la existencia de ciertas normas jurídicas. Veamos esta cuestión en el siguiente razonamiento, *R2*, que es similar al anterior salvo por su alusión explícita a normas de derecho:

R2:

1. En la comunidad *C* se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.

2'. Esos actos estaban autorizados por la norma jurídica *X* que fue reconocida en la comunidad *C* como parte de su derecho vigente.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo.

Este razonamiento *R2* sólo difiere relevantemente del presentado por Carrió (además de la supresión de la última frase de la conclusión que es innecesaria para esta argumentación) en lo que hace a la premisa *2'*. Mientras que la anterior premisa *2* se refería al éxito de ciertos actos y al reconocimiento de sus consecuencias, la nueva premisa *2'* se refiere a la competencia o facultades establecidas por una norma jurídica. Esta diferencia parece crucial, puesto que mientras *2* era sin duda un enunciado fáctico, la nueva premisa *2'* parece tener carácter normativo, y, por lo tanto, parece permitir inferir una conclusión del mismo carácter sin cometer la falacia naturalista.

[9] Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 80-81.

Sin embargo, un somero examen de *2'* muestra que no hay tal diferencia entre *R1* y *R2*, ya que esa premisa consiste, al igual que *2*, en un *juicio descriptivo* acerca de lo que estipula una norma que goza de cierto reconocimiento y observancia. Es obvio que un juicio acerca de la vigencia de una norma con determinado contenido no es en sí mismo una norma sino un enunciado acerca de datos fácticos: por ejemplo, la realización de ciertos actos lingüísticos por parte de determinadas personas, la ejecución de actos que implican observancia por parte de otras, la imposición de sanciones a quienes se desvían de lo que las primeras han indicado, etcétera.

Una vez que se advierte el carácter descriptivo de *2'* puede adoptarse alguna de estas posiciones:

a) Una posibilidad es sostener que, dado que *2'* no es tampoco una norma o juicio prescriptivo, el razonamiento *R2* es tan inválido como *R1*, puesto que incurre en la misma falacia de pretender derivar una conclusión de índole normativa de premisas puramente descriptivas. Pero si esto fuera así, habría que admitir que se incurre en la falacia en cuestión no sólo cuando se predica competencia jurídica de un órgano originario o soberano sino también cuando se lo hace respecto de un órgano no originario, o sea delegado. Es decir, aun cuando el juicio de que alguien es jurídicamente competente presuponga –como *R2*– un juicio verdadero acerca de la existencia de una norma que faculta a realizar actos o a dictar otras normas, esa atribución de competencia sería siempre espuria, porque siendo de naturaleza prescriptiva estaría sólo basada en la verificación de ciertos hechos (la vigencia de una norma con determinado contenido).

b) La otra posición posible consiste en afirmar que el razonamiento *R2* no es inválido, no obstante que sus premisas son, como las de *R1*, puramente descriptivas. Ello sólo puede deberse a la circunstancia de que la conclusión de aquel razonamiento *R2* no es, en realidad, prescriptiva sino que es tan des-

criptiva como las premisas. Las expresiones "competencia", "atribuciones", etc., que figuran en la conclusión de *R2* tendrían un significado meramente descriptivo (correspondiente al uso de expresiones normativas que Hare llama "entrecomillado"). Dado tal significado, que alguien tenga competencia o atribuciones depende exclusivamente de ciertos hechos, como actos lingüísticos, prácticas sociales, actitudes, etc. (p.ej., si alguien dice "Herodes tenía competencia jurídica para juzgar a Cristo –aunque declinó hacerlo", la verdad o falsedad de su afirmación depende de circunstancias fácticas asequibles, en principio, a un historiador). En destacar que algunos enunciados jurídicos tienen este carácter puramente descriptivo reside todo lo que hay de verdad –sin duda, muy importante– en el positivismo conceptual.

Pero si la conclusión de *R2* se interpretara como un enunciado descriptivo, ¿qué razón habría para suponer lo contrario de la conclusión del razonamiento *R1* que critica Carrió? ¿Por qué no decir que ella también, como las premisas, es de índole descriptiva? Sostener tal cosa respecto de *R1* no implicaría que el razonamiento sea válido, como lo es *R2*, aunque sí implicaría que, si no lo es, no es por la comisión de la falacia naturalista sino, en todo caso, simplemente por la razón de que las premisas no establecen el tipo de condiciones fácticas que permiten predicar competencia jurídica; sería necesario determinar que se dan otras circunstancias fácticas que no están descriptas por *1* y *2* y sí por *2'*.

Obsérvese, sin embargo, que la supuesta invalidez de *R1* es, en el peor de los casos, fácilmente superable. Esto es así, en primer lugar, porque como cuestión de hecho cuando los enunciados que constituyen las premisas *1* y *2* son verdaderos generalmente también lo es el enunciado que constituye la premisa *2'*. Cuando cierto grupo de hombres toma el poder en una comunidad y son reconocidos por ésta como autoridades, casi siempre se encargan de dictar normas por medio de las cuales se *autoatribuyen* competencia para realizar los actos que ejecutan. Podría, por supuesto, objetarse que no tiene sentido una autoatribución de competencia jurídica; pero difícilmente se podrá señalar alguna propiedad de este concepto que excluya ese caso (si no es la suposición falsa –que conduce, en definitiva, al tipo de incoherencia que señala Carrió– de que la atribución de competencia debe siempre ser hecha por un órgano que es en sí mismo competente: con esta suposición, nunca nadie es competente). Pero, en segundo término, se podría incluso prescindir de esta autoatribución de competencia (que en los hechos suele ser superflua) una vez que se advierte que el reconocimiento por la comunidad de autoridades, a que hace referencia la premisa *2* de *R1*, implica en sí mismo la vigencia de una *norma*, del tipo de la regla de reconocimiento de Hart, por lo que el pasaje de *2* a *2'* sería en realidad de índole lógica. Es más, la verdad de un enunciado como *2'*, o sea un enunciado acerca de la vigencia de una norma jurídica, implica –según el análisis más o menos estándar–[10] la verdad de un enunciado del tipo de *2*, es decir de un enunciado acerca de la circunstancia de que cierto grupo de gente, que han dictado y hecho cumplir directa o indirectamente la norma en cuestión, controlan el monopolio de la fuerza de la comunidad y cuentan con un reconocimiento general. Por lo tanto, si se admite el carácter descriptivo de las conclusiones tanto de *R2* como de *R1*, es artificioso, si no lógicamente imposible, distinguir entre ambos razonamientos; quien afirma la premisa *2* está lógicamente comprometido a –o, por lo menos, está generalmente en condiciones de– afirmar también *2'*.

De modo que parece que tenemos que elegir entre estas dos alternativas: o bien la objeción de Carrió al tipo de razonamiento que subyace al empleo del concepto de poder constituyente originario es extensible a todo razonamiento que recurra al concepto de competencia jurídica, o, de lo contrario, no se trata de un razonamiento que incurra en la falacia naturalista sino, en todo caso, de un razonamiento que es inválido porque carece de una premisa descriptiva muy fácil de proveer (si es que ya no estaba implícita en las otras premisas, con lo cual no habría tal invalidez); la que describe ya sea una autoatribución de competencia o la derivación de esa competencia directamente de la regla de reconocimiento del sistema. La segunda alternativa permite, como es obvio, asignar un significado coherente a la noción descriptiva de competencia jurídica originaria (o poder constituyente originario): alguien tiene competencia jurídica originaria cuando tiene el control del aparato coactivo estatal y sus facultades para dictar normas jurídicas no derivan de normas dictadas por otros órganos sino, o bien de una norma dictada por él mis-

[10] Sobre este punto, ver Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 140 y siguientes.

mo a ese efecto o, en última instancia, de la regla de reconocimiento del sistema. Esto por supuesto es relevante sólo si insistimos en predicar competencia jurídica de quienes dictan, en forma no delegada, normas jurídicas vigentes. (Conviene señalar, de paso, que el que la competencia originaria derive de una regla de reconocimiento o de una norma dictada por el mismo órgano muestra que ella *puede* ser limitada y el órgano estar sometido a prohibiciones[11].)

4. *La estructura del razonamiento jurídico justificatorio*

Pero es posible que nos sintamos insatisfechos con las dos alternativas, *a* y *b*, propuestas para interpretar todo razonamiento que recurra a la noción de competencia. Podemos pensar, por un lado, que sería muy extraño que cada vez que se recurre al concepto de competencia jurídica, aun para referirse a órganos delegados, se cayera en el tipo de falacia que vislumbró Hume; es inverosímil que juristas y jueces avezados estén *permanentemente* incurriendo en una falacia en apariencia tan obvia. Por otro lado, la alternativa de suponer que el razonamiento que recurre al concepto de competencia jurídica –sea para referirse a órganos soberanos o delegados– concluye siempre en un juicio puramente descriptivo no resulta tampoco demasiado atractiva: el concepto de competencia jurídica –incluso cuando se aplica al poder constituyente originario– se suele emplear en enunciados con los que se pretende *justificar* actos y decisiones. Ello ocurre claramente en el discurso judicial, pero también es fácil de detectar por debajo de una ligera cobertura de "descripción científica"[12] en el contexto de elaboraciones, como las que menciona Carrió, de juristas teóricos preocupados, por ejemplo, por establecer los límites y la titularidad del poder constituyente originario. Si estos enunciados fueran analizables sólo en términos de juicios descriptivos acerca de lo que disponen las normas jurídicas vigentes, ellos serían *neutros* respecto de los actos o decisiones que corresponde ejecutar o adoptar; no servirían para justificar ningún acto o decisión, ya que tales juicios serían compatibles tanto con una acción como con su opuesta. El que haya alguien que detenta el monopolio de la fuerza y que formuló una directiva que prescribe hacer A no es, como es obvio, razón suficiente por sí sola para hacer A; no hay ninguna incompatibilidad entre los juicios "Calígula, en ejercicio de su competencia jurídica, ordenó hacer A" y "No obstante, se debe hacer no A".

De modo que, independientemente de la noción que se emplee en contextos descriptivos –como estudios históricos o sociológicos– es especialmente interesante analizar el concepto de competencia jurídica –originaria o derivada– tal cual él es usado en el contexto de un razonamiento dirigido a justificar acciones y decisiones. Esto podría sugerir que tenemos que analizar cómo se emplea esta noción en el marco de un razonamiento cuya conclusión sea un enunciado prescriptivo, pero sin que, por supuesto, esté incurso en una falacia del tipo de la naturalista. Esta alternativa, diferente de las interpretaciones *a* y *b* de *R2*, implicaría aparentemente introducir en el razonamiento pertinente alguna premisa de índole normativa o prescriptiva. Cuando se trató de enmendar el razonamiento *R1* criticado por Carrió, quizá el error, que condujo a aquella disyuntiva insatisfactoria entre *a* y *b*, habría consistido en introducir en *R2* una premisa descrip-

[11] Conviene acotar que nuestros tribunales, por ejemplo, al mismo tiempo que reconocen competencia jurídica a los gobiernos *de facto*, también recortan esa competencia con limitaciones y prohibiciones. Respecto del tema de las limitaciones a los órganos originarios, ver el artículo, sumamente interesante, de Garzón Valdés, Ernesto, *Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983, p. 157. El autor distingue dos tipos de soberano a los que identifica con los subíndices 0 y 1. No es muy claro a cuál de estas dos categorías corresponde el soberano cuya competencia deriva directamente de la regla de reconocimiento del sistema (la respuesta inmediata sería que se trata de un soberano$_1$), pero si todo sistema incluye una regla de reconocimiento como sostiene Hart, no se ve cuándo podría haber un soberano –el mismo Garzón aclara que no tiene mucho sentido hablar de tal soberano en sistemas regidos por el derecho consuetudinario–. De cualquier modo, con la caracterización que aquí se sugiere del concepto de competencia jurídica originaria ella sólo podría predicarse del soberano$_1$; del soberano$_0$ no tendría sentido predicar competencia jurídica, puesto que, por hipótesis, no hay ninguna norma, ni siquiera una regla de reconocimiento o una regla dictada por él mismo, que lo faculte a dictar otras normas.

[12] Ver en Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Unam, 1974, y *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980, una crítica a este tipo de encubrimiento de la labor normativa de la dogmática.

tiva de normas en lugar de una norma hecha y derecha. Si se introdujera una auténtica norma jurídica como premisa tendríamos la estructura de un razonamiento válido que concluye en un juicio normativo.

Pero antes de intentar mostrar cómo se haría esta operación, repasemos las restricciones a que ella está sujeta: *1*) Debemos cuidarnos de reincidir en el error recién denunciado, incorporando, por ejemplo, la *cita* de una norma, que es equivalente a un juicio descriptivo acerca de la existencia de esa norma. *2*) Debemos tener presente la advertencia del legalista que vimos más arriba, en el sentido de que lo que interesa reconstruir es el concepto de competencia jurídica y no el de competencia moral, por lo que debemos introducir como premisa del razonamiento (presuntamente en lugar de *2* o *2'*) una norma jurídica y no un juicio de valor. *3*) Debemos tomar en cuenta que, como advertimos al comienzo de esta sección, de lo que se trata es de mostrar la estructura del razonamiento que desarrollaría quien empleara el concepto de competencia jurídica para justificar acciones o decisiones, como ocurre en el caso del constitucionalista o del juez que recurren a esa noción para justificar la aplicación de ciertas normas constitucionales.

Ahora bien, ¿cómo podría un constitucionalista o un juez incorporar a su razonamiento justificatorio una auténtica norma jurídica y no una mera mención de una norma jurídica o un juicio de valor? Nuestro legalista, preocupado por defender la "pureza jurídica" de este tipo de juicios y razonamientos, diría que la incorporación de una genuina norma jurídica a un razonamiento justificatorio es la cosa más fácil del mundo:

> Tome usted cualquier norma jurídica, por ejemplo el artículo 79 del Código Penal argentino, que prescribe una pena de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión para quien mata a otro; el razonamiento de un juez basado en esa norma tendría esta estructura: *1*. Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro...; *2*. Fulano mató a otro; por lo tanto se aplicará a Fulano de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión (naturalmente que el razonamiento debe continuarse para justificar la elección de una pena determinada). La misma estructura tiene todo razonamiento justificatorio que incorpore cualquier norma jurídica, incluso normas de competencia.

Según esta respuesta del legalista, el razonamiento de quienes recurren al concepto de poder constituyente originario para justificar acciones o decisiones tendría la siguiente estructura:

R3:

1. En la comunidad *C* se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces (constituyendo una Junta Revolucionaria).

2''. Facúltase a partir de la fecha a la Junta Revolucionaria de *C* para destituir y designar a los titulares de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo.

Éste sería un razonamiento justificatorio que incorpora aparentemente a sus premisas una auténtica norma jurídica, y no, como *R2*, un enunciado descriptivo acerca de la vigencia y contenido de una norma. Sin embargo, *R3* resulta un razonamiento sumamente extraño: si bien la formulación de *2''* es la que se da típicamente a una norma jurídica con ese contenido (como puede advertirse consultando cualquier estatuto revolucionario), es insólito que esa formulación sea empleada en la articulación del razonamiento de alguien que no es quien dictó la norma en cuestión y que no tiene ni se atribuye competencia para hacerlo; si un juez o tratadista empleara esa premisa así formulada en su justificación de ciertas conclusiones o de una decisión, nuestra reacción inmediata consistiría en preguntarnos quiénes son ellos para facultar a la Junta Revolucionaria a realizar ciertos actos. Además no resulta claro cuál es la relación entre las premisas y la conclusión del "razonamiento" *R3*; su estructura parece ser similar a la de éste: *1*. La puerta está abierta. *2*. Fulano, ¡cierre la puerta!; *ergo*: Fulano está obligado a cerrar la puerta. Pero nuestro tenaz legalista tendría una respuesta lista frente a estas observaciones:

> Lo que causa estas molestias es una mera cuestión secundaria de formulación lingüística. Es obvio que hay ciertos giros lingüísticos que sólo pueden ser empleados por cierto individuo y no por otro, aun para expresar la misma proposición. Por ejemplo, yo puedo decir "a mí me duele la muela", pero otro para afirmar la misma proposición tendrá que decir "al legalista le duele la muela". Lo mismo pasa con las prescripciones; si el emperador Claudio sanciona una norma diciendo "Yo, Claudio, decreto...", yo no puedo incorporar esa norma a mi razonamiento con esas mismas palabras, pero la puedo incorporar empleando palabras apropiadas. Lo mismo ocurre en el caso de *R3*. Modifiquemos la formulación lingüística de *2''* reemplazando "Facúltase a la Junta Revolucionaria a..." por "La Junta Revolucionaria está facultada para..." y tenemos todo resuelto. Ahora tanto *2''* como el razonamiento *R3* en su conjunto resultan perfectamente plausibles.

Sin embargo, esta réplica del legalista no es del todo convincente. Cabe ahora la sospecha de que la plausibilidad de *2''* en su nueva formulación, y de *R3*, se deban al hecho de que ya no tenemos entre manos la formulación inequívoca de una norma jurídica. ¿Qué garantía tenemos de que *2''* en su formulación modificada no sea de nuevo la mención o descripción de una norma violando la restricción *1*? ¿O qué nos asegura –y aquí intercede el moralista– que no se trate, en realidad, de un juicio de valor, infringiendo la restricción *2*?

Supongo que habrá coincidencia en que la interpretación de una oración que emplea expresiones deónticas (del tipo de "atribución"; "deber", etc.), como una norma o como una proposición que describe la vigencia de cierta norma tiene que ver con la intención del que la formula o sea con el tipo de acto lingüístico que realiza al formularla. Si esto es así, podemos descartar la alternativa de que se trata de la *mera* descripción de la vigencia de una norma jurídica, puesto que, como vimos, el propósito de quien incurre en este tipo de razonamientos no es meramente informar acerca de normas vigentes sino justificar ciertos actos y decisiones, y si incorporara una premisa de esa índole se frustraría, como también vimos, esa intención.

Queda, entonces, la disyuntiva de interpretar que *2''*, en su nueva formulación, puede perfectamente expresar una norma jurídica –como la propugna el legalista–, o que sólo puede expresar un juicio de valor, como sostiene el moralista. ¿Cómo distinguir entre una norma jurídica y un juicio valorativo o moral?

Una respuesta tentadora es que la distinción precedente debe basarse en el *contenido* característico: por ejemplo, un juicio es una norma jurídica cuando prescribe sanciones (Kelsen) o da competencia a órganos para que dicten normas que prescriben sanciones. Pero, como resulta cada vez más obvio a partir de las críticas a Kelsen, este criterio distintivo es insatisfactorio, puesto que los juicios morales pueden tener exactamente el mismo contenido que las normas jurídicas, como se manifiesta en juicios acerca de la corrección (moral) de una cierta pena o de la legitimidad (moral) de determinado órgano.

Si no es por su contenido, las normas jurídicas tendrían que diferenciarse de los juicios valorativos por ciertas circunstancias externas que hacen, por ejemplo, a su origen o a las modalidades de su formulación o a la forma en que son obedecidas o reconocidas. Sostener esto parece implicar tomar cierto partido en el marco de este planteo que sintetiza algunas distinciones que formulan lúcidamente Alchourrón y Bulygin[13]:

> Hay tres *conceptos* diferentes de norma: la norma-comunicación –que se da cuando alguien comunica a otro y éste recibe una prescripción–; la norma-prescripción –que se da cuando se realiza el acto lingüístico de prescribir independientemente de su aspecto perlocucionario, o sea de la recepción de la prescripción por el destinatario–; y la norma-sentido, que consiste en el contenido significativo de un posible acto de prescribir, o sea en su aspecto locucionario. Sin embargo, se pueden formular dos *concepciones* diferentes acerca de las normas que inciden en el reconocimiento de los conceptos precedentes: la concepción "expresiva" que sostiene que no hay en realidad normas-sentido, porque no hay contenidos significativos de naturaleza normativa, de modo que la configuración de una norma depende del *uso* que se haga de las proposiciones, o sea del acto lingüístico (y locucionario) que se realiza cuando se formula una oración que expresa una proposición; y la concepción "hilética", según la cual hay proposiciones que son en sí mismas, o sea independientemente del uso que se haga de ellas, de naturaleza normativa.

Según este planteo, sostener que las normas jurídicas se distinguen de los juicios morales por circunstancias que hacen a su origen, formulación o recepción parece implicar una concepción expresiva de las normas jurídicas[14], o sea una concepción según la cual éstas no son contenidos conceptuales sino actos o situaciones generadas por actos, o estados de cosas más complejos que incluyen como componente expresiones lingüísticas.

Esto, de ser cierto, no tendría por qué necesariamente servir de crítica al criterio distintivo propuesto, ya que la concepción expresiva es bastante plausible con respecto a las normas *jurídicas* (sobre todo cuando se pone en duda que ella esté necesariamente asociada, como suponen Alchourrón y Bulygin[15], con

13 Ver Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, caps. 3 y 7.

14 Por razones de conveniencia he alterado ligeramente el significado de la terminología de Alchourrón y Bulygin: según ellos, la concepción hilética no necesariamente ve las normas como normas-sentido, puede también concebirlas como normas-prescripción o normas-comunicación; según uso yo esta expresión, la concepción hilética de las normas consiste en considerarlas un tipo especial de proposiciones, mientras que la concepción expresiva es la que las caracteriza como actos lingüísticos y situaciones por ellos generadas.

15 Alchourrón y Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 50 y 57.

la negativa a admitir normas permisivas y se pondera la posibilidad de que haya actos lingüísticos de permitir). Esta concepción estaría avalada por el hecho de que de una norma jurídica se predica corrientemente que fue creada en cierto momento y que se extinguió en otro, y que existe en cierto ámbito territorial pero no en otro; etc.; estas predicaciones parecen incompatibles con el carácter de entidades abstractas de las proposiciones. Como dice G. H. von Wright[16], "la mayoría de las normas nacen por cierto acto de legislación o cualquier otra 'actividad normativa', existen por cierto tiempo, y luego se extinguen, por ejemplo a través de un acto de derogación. Ellas son fenómenos contingentes y empíricos. Tienen *historia*..." (Obsérvese que al concluir que por lo menos algunas normas –las candidatas obvias son las jurídicas y sociales, en general– son *fenómenos empíricos*, ya se está excluyendo implícitamente la posibilidad de que ellas puedan constituir premisas de un razonamiento práctico, puesto que un hecho no puede ser premisa de un razonamiento; pero, como contrapartida, si se admite que hay algo así como un razonamiento *práctico*, se está admitiendo que hay algún tipo de entidades –¿las normas morales?– que responden a la concepción hilética de las normas, según la cual hay proposiciones de naturaleza normativa que pueden servir de premisas de razonamientos justificatorios.)

Pero, a pesar de la plausibilidad de la concepción expresiva de las normas jurídicas, creo que no es necesario apoyarse en ella para defender la tesis de que su distinción con juicios valorativos está dada por circunstancias que hacen al aspecto pragmático del lenguaje. Supongamos que sea correcta una concepción hilética de las normas en general: en ese caso, y dado que no es posible distinguir entre normas jurídicas, por un lado, y juicios y principios morales, por el otro, sobre la base de algún contenido característico, debemos concluir que no hay dos clases de juicios o proposiciones o, eventualmente, normas diferentes que correspondan al derecho y a la moral; si las normas son contenidos conceptuales y no hay un contenido jurídico y otro moral característicos, no hay, estrictamente, normas jurídicas y juicios (o normas) morales como dos categorías diferentes y excluyentes. Lo que, en todo caso, hay es una promulgación jurídica, un reconocimiento jurídico, la pertenencia a un sistema jurídico de una norma "a secas", que también podría ser objeto de una aserción de naturaleza moral. Como sugiere Alchourrón[17], el contenido conceptual de una prescripción (p.ej., jurídica) y de un juicio valorativo podría ser la *misma* norma y variar solamente lo que, en uno y otro caso, se hace con ella: en el caso de un juicio valorativo se *afirma* la norma en cuestión; en el caso de una prescripción se intenta, mediante la formulación de la norma, crear razones para actuar en el destinatario. En este enfoque también se recurre al aspecto pragmático pero no para explicar el carácter normativo de una norma jurídica (que es, por hipótesis, una proposición de un tipo especial) sino para explicar en última instancia su carácter jurídico (ver más extensamente estas cuestiones en el ensayo VII).

Lo cierto es que la formulación de *2''* como parte de la articulación del razonamiento *R3* no exhibe los rasgos pragmáticos que son, o bien constitutivos de una norma jurídica –según la concepción expresiva– o bien distintivos del manejo jurídico de una norma –de acuerdo con el posible desarrollo a partir de una concepción hilética que mencioné–; quien formula *2''*, en su versión modificada, como un paso esencial de su razonamiento dirigido a justificar actos o decisiones, no pretende que esa formulación, por parte de él y en las circunstancias en que lo hace, genere en los destinatarios –una vez combinada con consideraciones morales o prudenciales– razones que determinen cierto comportamiento de su parte. El tratadista, y aun el juez, que formula *2''* para justificar cierto acto o decisión, aun de él mismo, pretende con ello dar cuenta de razones preexistentes e independientes de tal formulación. (Según la distinción anterior, ellos estarían, en todo caso, "afirmando" una norma.)

Como lo trato de mostrar en el ensayo VI, el hecho de que se pretenda dar cuenta de razones, no de generar razones a través de la misma formulación del juicio, es sintomático de que no estamos frente a una prescripción (tal como una norma jurídica o la formulación jurídica de una norma), al menos en el sentido de "prescripción" que tiene como núcleo central a las órdenes y mandatos, sino ante un juicio de valor o, más específicamente,

[16] Ver Wright, G. H. von, *Normas de orden superior*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.

[17] Ver la interesante respuesta de Alchourrón a mi artículo *Razones y prescripciones*, en "Análisis filosófico", Bs. As., 1981, nº 2, p. 139.

moral (que comparte el rasgo indicado con los juicios descriptivos, lo que da cierto apoyo a la idea de que los juicios de valor son un tipo especial de enunciados descriptivos: por ejemplo, dan cuenta de los principios que serían aceptados en ciertas condiciones ideales[18]). La conexión de los juicios de valor con razones para actuar y el hecho de que éstas consistan en principios generales de moralidad y racionalidad es lo que explica ciertos rasgos de tales juicios –que se advierten en un juicio como *2''*–, como su universalidad y su carácter superveniente a ciertas circunstancias fácticas (ver ensayo VI).

El rasgo recién mencionado de la superveniencia presenta en el caso de juicios como *2''* una modalidad especial que justifica distinguir una categoría peculiar de juicios de valor, que podríamos denominar *juicios de adhesión normativa*. Los juicios de esta clase se caracterizan porque presuponen no sólo un principio general de índole moral, como otros juicios de valor acerca de acciones humanas, sino también un juicio fáctico acerca de la vigencia de cierta prescripción o norma jurídica, cuyo reconocimiento u observancia el juicio en cuestión valora positivamente. De este modo, el que este tipo de juicios puedan ser atacados no sólo con argumentos axiológicos sino también sobre la base de que no se da su presupuesto fáctico característico, sirve también como criterio distintivo (una norma jurídica, en cambio, no puede ser atacada sobre esta base).

Este último test también arroja un resultado positivo cuando es aplicado a la premisa *2''* de *R3*: cuando un juez o un tratadista recurren a esa premisa, no está fuera de lugar –como lo estaría, en cambio, frente a la formulación del legislador– objetar que no hay una norma vigente o una regla de reconocimiento aceptada que establezca la competencia de quienes ejecutaron los actos en cuestión. El que esta objeción sea posible frente a este tipo de juicios es, quizá, lo que genera la confusión que lleva a suponer que el razonamiento que emplea el concepto de competencia jurídica descansa en una premisa que consiste (como en el caso de *2'* en *R2*) en la descripción de la vigencia de una norma jurídica –en lugar de un juicio valorativo de adhesión a una norma jurídica vigente–, lo que, como vimos, no da cuenta del carácter justificatorio de este tipo de razonamientos.

[18] Ver Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984, cap. 3.

Si quisiéramos hacer explícita la estructura del razonamiento que subyace al empleo del concepto de poder constituyente originario, tendríamos que presentarla de este modo:

R4:

0. Debe reconocerse y observarse las normas que dictan quienes detentan el poder coactivo en una comunidad.

1. En la comunidad *C* se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.

2. Esos actos estaban autorizados por la norma jurídica *X*, dictada por tales individuos, que fue reconocida en la comunidad *C* como parte de su derecho vigente.

Ergo: Debe reconocerse la norma *X* que autoriza a esos individuos a realizar tales actos.

Ergo: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo[19].

Este razonamiento parece ser válido y tener capacidad para justificar actos y decisiones (que esa capacidad se actualice o no depende de la corrección de sus premisas, sobre todo de *0*). Obsérvese que si tal capacidad justificatoria está o no determinada por el hecho de haber introducido una prescripción entre las premisas depende de la interpretación que se haga de los juicios de valor, en este caso de *0*. Si bien he sugerido razones para distinguir los juicios de valor de los casos centrales de prescripciones (como las normas jurídicas), lo que importa aquí es advertir que la falacia naturalista queda superada por introducir como premisa de un razonamiento justificatorio un juicio de valor, cualquiera que sea su carácter. O sea que la supuesta falacia naturalista no consiste necesariamente en un salto entre dos usos del lenguaje –del descriptivo al prescriptivo– sino en un salto de premisas sin contenido valorativo a una conclusión que indica razones para actuar. Aun cuando se acepte que, como sospecho, los juicios de valor son descriptivos, debe admitirse que sólo este tipo de juicios, y no otro tipo de juicios descriptivos, permiten derivar conclusiones acerca de cómo debe actuarse.

[19] El paso de la primera conclusión a la segunda se hace posible por el hecho de que predicar de una norma que es válida o que debe ser reconocida es equivalente a afirmar el contenido de la norma.

La estructura de *R4* es generalizable, como resulta evidente, a cualquier razonamiento práctico que emplee el concepto de competencia jurídica, sea para referirse a un órgano soberano (como el que se atribuye el poder constituyente originario) o a un órgano delegado. En este último caso el razonamiento en cuestión se distingue meramente por contener una premisa adicional referida a las normas que los órganos soberanos dictan a efectos de delegar competencia en otros órganos.

Va de suyo que la premisa *0* de *R4* puede tener contenidos muy diversos y no necesariamente el que se expuso como ejemplo. Puede, por ejemplo, hacer referencia a la circunstancia de que los grupos en cuestión actúen en defensa de ciertos derechos individuales básicos, lo que requeriría una premisa fáctica adicional acerca de la verificación de esa circunstancia en el caso particular.

5. *El positivismo ideológico*

La argumentación precedente pretendió mostrar que el concepto de *competencia jurídica*, cuando es empleado en contextos justificatorios (que deben ser cuidadosamente distinguidos de contextos puramente descriptivos como los de índole sociológica o histórica) es un concepto *moral*, o sea presupone la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las directivas de quienes detentan el monopolio de la coacción en una comunidad.

Como vimos, esta conclusión es aplicable no sólo al caso en que el concepto de competencia jurídica se emplea para justificar actos o decisiones que implican observancia de normas dictadas por un órgano soberano –es decir, cuando se habla de "poder constituyente originario"–, sino también cuando se lo emplea en relación con cualquier otro órgano. La tesis es, entonces, mucho más radical que la posición del moralista que vimos al comienzo, la que meramente sostenía que cuando se pasa de los órganos delegados a los órganos soberanos se transforma imperceptiblemente el carácter de la competencia que predicamos, que de ser jurídica en relación con los primeros pasa a ser moral cuando nos referimos a los últimos. Podríamos llamar a esa tesis más extrema "panmoralista" para distinguirla de la anterior,

haciendo alusión a su interpretación de *todo* juicio jurídico justificatorio (ya que el mismo análisis se aplica a los que emplean otros conceptos) como un juicio moral[20].

Frente a la réplica del legalista de que la pretensión de quienes emplean el concepto de poder constituyente originario es atribuir competencia *jurídica* a ciertos órganos con el fin de justificar *jurídicamente* ciertos actos y decisiones, el panmoralista respondería que toda atribución de competencia jurídica, en este tipo de contextos, implica un compromiso moral (por lo que los calificativos "jurídico" y "moral" no son aquí excluyentes –a diferencia de lo que ocurre en contextos descriptivos–). Esto es así, en última instancia, porque no hay una justificación jurídica de actos y decisiones que sea independiente de consideraciones de índole moral. La justificación jurídica es una *especie* de justificación moral que se distingue por tomar en cuenta (como datos fácticos relevantes) la vigencia de ciertas normas.

Según el panmoralista, lo que detecta Carrió al advertir con agudeza la confusión que se genera en torno al concepto de poder constituyente originario, es un trastorno conceptual mucho más extendido y grave que lo que él señala: consiste en suponer que hay razones jurídicas para justificar actos y decisiones que son *autónomas*, en el sentido de que son independientes de toda consideración de justicia y moralidad social; que hay juicios que pueden convalidar acciones sin comprometer moralmente a quienes los sustentan.

Pero nuestro legalista no es un hombre que se deja vencer fácilmente y somete a su contrincante al siguiente contraataque:

> Toda la posición moralista o panmoralista está fundada en estipulaciones que se adoptan dogmáticamente y sin fundamento alguno. ¿Por qué no puede haber una justificación jurídica que sea independiente de la justificación moral? Justificar una conducta significa subsumir esa conducta en algún sistema normativo (o sea mostrar que tal conducta está por lo menos permitida por las normas de ese sistema), y hay, en consecuencia, tantos tipos de justificaciones como sistemas

[20] Esta posición podría ser también calificada de "iusnaturalista" –y no hay duda de que algunos así lo harán con intención peyorativa– si no fuera que esta expresión está asociada con concepciones metaéticas endebles (que incluyen, por ejemplo, la pretensión de derivar juicios de valor de supuestas proposiciones acerca de la naturaleza humana exclusivamente) y con posiciones que confunden sistemáticamente los contextos justificatorios con los descriptivos (ver los ensayos VIII y IX).

normativos existen. Por ejemplo, es posible justificar una acción sobre la mera base de que ella está de acuerdo con las reglas de un juego como el ajedrez (¿a qué otra cosa distinta de las reglas de este juego necesitamos acudir, que declara, por ejemplo, "mate" cuando el rey del adversario no tiene posibilidad de escapatoria?). Si esto es así, con mucha más razón puede haber una justificación jurídica que no presuponga recurrir a principios valorativos sino exclusivamente a normas jurídicas. Si tal justificación jurídica es posible, ello significa que conceptos como el de competencia jurídica, deber jurídico, derecho subjetivo, etc., pueden ser usados en contextos justificatorios sin que ese empleo implique un cierto compromiso moral[21].

El panmoralista podría responder este contraataque señalando, en primer término, que el legalista debe comenzar por satisfacer el desafío de mostrar cuál sería la estructura de un razonamiento justificatorio que partiera de genuinas normas jurídicas y no de juicios de valor, lo que se ha revelado problemático con el análisis de *R3*. En segundo lugar, el panmoralista puede alegar que la réplica del legalista muestra una profunda incomprensión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento práctico en general:

> Si fuera cierto que una acción se justifica con solo mostrar que está permitida por algún sistema normativo, los miembros de la mafia podrían justificar sus tropelías sobre la base de que ellas están de acuerdo con las "leyes" de su organización, un boxeador podría justificar haber matado a su contrincante disminuido aduciendo que actuó en un todo de acuerdo con las reglas del deporte, y yo podría justificar mi práctica de hacer zancadillas a los transeúntes sosteniendo que ella se conforma a las reglas de un juego muy divertido que inventé. Por supuesto, cada una de estas "justificaciones" sería de un tipo especial, "mafiosa", deportiva, jurídica, etc., y ellas no excluirían que las respectivas acciones fueran injustificadas de acuerdo con otro sistema normativo, como el constituido por una moral ideal. Pero si cualquier sistema normativo provee razones independientes para actuar, ¿cómo decidimos cuáles prevalecen en el caso de estar en conflicto? La idea de que nuestro razonamiento práctico puede ramificarse en tantas justificaciones independientes como sistemas normativos puedan imaginarse implica su desintegración como un medio para arribar a ciertas decisiones y acciones. Uno debería concluir que cierta acción es moralmente injustificada, pero jurídicamente legítima, y tal vez aceptable desde el punto de vista de las reglas de un juego, aunque poco recomendable según las normas de cortesía. ¿Y luego qué?

21 Agradezco a Eugenio Bulygin el haberme hecho ver que alguien –no necesariamente él mismo– podría razonar así.

Yendo a la faz constructiva de su posición, el panmoralista debería agregar que nuestro razonamiento práctico incluye una regla de prioridad que impide su desintegración[22]; esa regla es que los principios morales son el último tribunal de apelación para justificar una acción que cae bajo su dominio; es decir, que las razones de índole moral excluyen cualquier otro tipo de razones en las situaciones en que son aplicables (ello generalmente no ocurre en el caso de una movida en un juego –por lo que la apelación a las reglas de éste puede servir de justificación suficiente–, pero hay circunstancias en las que puede ocurrir lo contrario: por ejemplo, si se sabe que declarando "mate" se puede provocar un infarto en el contrincante). Esta regla de prioridad se reflejaría en el significado de expresiones normativas como "justificación", "derecho", "obligación", "competencia", etc., las que aludirían en última instancia –aun cuando estén calificadas por el adjetivo "jurídico"– a principios de una moral ideal, cuando ellas son empleadas en enunciados que expresan razones para actuar en situaciones moralmente relevantes.

Los síntomas patológicos que halló Carrió en el empleo del concepto de poder constituyente originario serían, de acuerdo con esta posición, manifestaciones de un mal que ha sido descripto y al que se le ha asignado un nombre, para diferenciarlo de posiciones inocuas: *positivismo ideológico*, o sea la pretensión de justificar acciones y decisiones sólo sobre la base de supuestos enunciados descriptivos del derecho positivo.

Es obvio que la debilidad intrínseca del positivismo ideológico aflora más nítidamente cuando se pretende justificar decisiones sobre la base exclusiva de la descripción de las directivas emitidas por los órganos soberanos del sistema, sin recurrir a ninguna consideración valorativa. Aquí el único fundamento "puramente jurídico" que es posible mencionar –la autoatribución de competencia o el reconocimiento de esa competencia por órganos generalmente designados por quienes son reconocidos– es tan *manifiestamente* insuficiente (aunque, en el fondo, tan insuficiente como en el caso de los órganos delegados), que generalmente no se pone demasiado énfasis en él, generándose,

22 Ver este punto en Nino, *Ética y derechos humanos*, y, sobre todo, en Richards, David A. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971. especialmente p. 23, 25 y 227-230.

entonces, el empleo espurio de la noción de competencia en contextos en los que, como Carrió advirtió, no se alude a regla alguna. En lugar de recurrir a las reglas de autoatribución de competencia o a la regla de reconocimiento del sistema, se pretende obtener una justificación jurídica a partir de una especie de "naturaleza jurídica" del poder constituyente originario: de allí las lucubraciones disparatadas que Carrió denuncia con penetrante ironía.

El remedio contra esta grave confusión conceptual consiste en reconocer abiertamente que la fundamentación de los juicios acerca de la competencia jurídica del poder constituyente originario, en contextos justificatorios, depende de consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimación del poder político y de la obligación de obedecerlo (algunas de tales consideraciones han sido expuestas por Joseph Raz[23]).

Si se advirtiera esto, probablemente la "doctrina de los gobiernos *de facto*" tendría un contenido más rico en principios y distinciones. Ella daría cuenta, por ejemplo, del hecho de que la falencia en la legitimación por el origen o la legitimación basada en la necesidad impone mayor rigor en el examen del contenido de las normas jurídicas que se dicten (tal vez la mayor ventaja de los órganos que satisfacen procedimientos aceptados de representación es que su legitimidad se transfiere a las normas que emiten aun cuando su contenido sea, dentro de ciertos límites, objetable –ver ensayo V–). En términos más generales, si se tomara conciencia de que la adjudicación del poder constituyente originario involucra un compromiso moral, probablemente se evitaría que, como previene Carrió, esa idea de que alguien detenta competencia jurídica soberana para dictar normas constitucionales esté asociada con los atributos de ilimitación y omnipotencia, con lo que se favorece –aun cuando se adjudique tal poder a órganos democráticamente electos– una actitud despreocupada hacia los derechos individuales básicos. Una articulación de los principios de moralidad social que rigen la legitimidad política mostrará seguramente que ésta *deriva* de la necesidad de hacer efectivos aquellos derechos y está, por lo tanto, condicionada al éxito que se tenga en la satisfacción de esa necesidad[24].

[23] Ver Raz, Joseph, *Autoridad y consentimiento*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.

6. *Síntesis*

Conviene que sintetice mi análisis de las objeciones de Carrió a la viabilidad del concepto de poder constituyente originario con las siguientes proposiciones:

a) La falla de ese concepto no reside en que describe una competencia jurídica ilimitada; en primer lugar, porque la competencia originaria no es necesariamente ilimitada, y, en segundo término, porque no se advierte el carácter problemático de una competencia sin límites.

b) La crítica de Carrió que sostiene que el empleo de este concepto implica incurrir en la falacia naturalista es extensible a todo uso de la noción de competencia jurídica, salvo que se admita que, tanto cuando se habla de una competencia originaria como cuando se hace referencia a una derivada, el concepto se emplea en enunciados puramente descriptivos.

c) Si se pretende reconstruir el concepto de competencia jurídica –originaria o derivada–, tal cual él es empleado en enunciados descriptivos, hay una forma simple de dar contenido coherente a la noción de poder constituyente originario: es la competencia para dictar normas de índole constitucional que deriva, no de normas dictadas por otros órganos, sino de normas dictadas por los mismos órganos que se autoatribuyen tal competencia, y, en última instancia, de las reglas de reconocimiento del sistema.

d) Si se pretende reconstruir el concepto de competencia jurídica –originaria o derivada– tal cual él es empleado en enunciados que expresan razones para actuar, no es suficiente concluir que las aplicaciones de ese concepto presuponen juicios descriptivos acerca de la vigencia de normas jurídicas; por otra parte, no parece plausible afirmar que el empleo de ese concepto presupone genuinas normas jurídicas. El concepto de com-

[24] En esto coinciden no sólo los autores clásicos de filosofía política sino también teorías contemporáneas tan variadas como, por ejemplo, la liberal igualitarista de John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, y la liberal conservadora de Robert Nozick, *Anarchy State and Utopia*, Oxford, 1974.

petencia jurídica es empleado en juicios de adhesión normativa, que presuponen tanto juicios acerca de principios morales generales como juicios fácticos acerca de la vigencia de ciertas normas jurídicas.

e) Las confusiones que detecta Carrió en torno al empleo del concepto de poder constituyente originario se deben a la pretensión falsa de que los enunciados que emplean ese concepto proveen una justificación puramente jurídica de actos y decisiones, sin que ellos presupongan juicios de carácter moral. Esta pretensión es inadecuada en relación con cualquier enunciado acerca de competencias jurídicas (o de deberes jurídicos, derechos subjetivos, etc.), ya que implica desconocer ciertos rasgos formales de nuestro razonamiento práctico. Pero tal inadecuación es más perturbadora cuando, como en este caso, la referencia a ciertas normas jurídicas es tan manifiestamente insuficiente para proveer una justificación que ello hace que se busque tal justificación puramente jurídica en lucubraciones como las que se refieren a la "naturaleza jurídica", en este caso del poder constituyente originario.

f) La forma de superar las confusiones que señala agudamente Carrió no consiste en abandonar el concepto de poder constituyente originario, sino en reconocer que sus aplicaciones dependen de juicios de filosofía moral. Este reconocimiento aventará también las implicaciones políticas perniciosas del empleo de ese concepto.

IV. ¿PUEDE UN SISTEMA JURÍDICO GENERAR SU PROPIA VALIDEZ?

1. *Introducción*

En los ensayos I y II vimos como en la teoría de Kelsen, si bien la validez de una norma deriva de la validez de una norma superior que autoriza su dictado o declara obligatorio su cumplimiento, lo que se transmite es algo distinto de la mera relación con la norma superior, se trata de la fuerza obligatoria o justificabilidad de la norma. Esto hace posible predicar validez aun de las normas primitivas del sistema. En el ensayo III advertimos que esa validez o justificabilidad es de carácter moral y compromete con posiciones de esa índole cuando la validez de una norma –o, lo que es lo mismo, la competencia jurídica para dictarla– se predica en la conclusión de un razonamiento jurídico justificatorio.

En este ensayo quiero corroborar esa tesis descartando una posible alternativa: que no sea necesario trascender el sistema jurídico para predicar validez de las normas primitivas del sistema (y, a través de ellas, de todas las restantes), sino que el dictado y derogación de esas normas primitivas pueda estar autorizado por *ellas mismas*, a través de una autorreferencia. De ser esto posible, el sistema jurídico sería autosuficiente para generar su propia validez, sin que fuera necesario recurrir para fundamentar tal validez a principios extrajurídicos de carácter moral. Esto implicaría también que la autoridad suprema puede estar limitada jurídicamente, no sólo moralmente, como surge del ensayo precedente.

Como es bien sabido, Alf Ross ha creído encontrar dificultades insalvables a esta alternativa. Sin embargo, algunos colegas argentinos han intentado mostrar que tales dificultades no

son genuinas. El objeto de este ensayo es, en primer término, tratar de refutar a estos colegas, y, en segundo término, sugerir una explicación para los problemas que señala Ross, que difiere de la que él mismo formula.

2. *La tesis de Ross y algunas objeciones*

En *Sobre el derecho y la justicia*[1], Ross sostiene que las normas que otorgan competencia jurídica para dictar otras normas forman una cadena que no puede ser infinita. Debe llegarse a un punto en que estamos frente a una autoridad suprema cuya facultad de dictar y modificar normas no deriva de otra norma sino de una ideología política presupuesta, o sea de una hipótesis inicial. Esta tesis ha desconcertado a los lectores atentos de Ross, puesto que él parece adoptar sorpresivamente aquí una idea bastante similar a la norma básica de Kelsen que había repudiado tan sólo unas pocas páginas antes[2]. De cualquier modo, lo más interesante del desarrollo de Ross son sus argumentos para rechazar la posibilidad de que la norma que prevé el procedimiento de reforma constitucional (estatuyendo así la autoridad suprema) deba ser reformada de acuerdo con ese procedimiento que ella misma prevé.

Es decir, Ross descalifica la posibilidad de que la norma que regula la reforma constitucional se aplique a sí misma, limitando jurídicamente, de este modo, a la autoridad suprema. El primer argumento al que recurre Ross para negar esa posibilidad se basa en la tesis lógica de que las proposiciones o normas *autorreferentes* carecen de significado (no tendría, por ejemplo, sentido decir "esta proposición es verdadera"). El segundo argumento que Ross provee para descalificar el que una norma regule su propio procedimiento de reforma es que ello implicaría que, si la norma en cuestión es reformada, la validez de la nueva norma derivará de la antigua, y esto es imposible, puesto que una norma no puede derivar su validez de otra que no es más válida y que es incompatible con ella; éste sería un caso de un razonamiento en el que la conclusión contradice una de sus premisas.

[1] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963, p. 78.

[2] Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 68.

Estos argumentos de Ross fueron objeto de réplicas, principalmente por parte de Hart[3]. Este autor sostiene, en primer lugar, que si bien una norma *puramente* autorreferente carece de sentido, lo contrario ocurre cuando ellas se refieren –como las cláusulas de reforma constitucional– a otras normas además de a sí mismas. En segundo término, Hart aduce que si la norma que regula la reforma constitucional fuera modificada de acuerdo con ella misma, la nueva norma no contradiría la antigua, puesto que una y otra tendrían diferentes ámbitos de aplicación temporal.

Ross ha contestado ambos argumentos de Hart, entre otros trabajos en un extenso artículo[4] en el que trata más profundamente la cuestión. En cuando a la autorreferencia, Ross distingue la que es genuina (porque está dada por el hecho de que una proposición se refiere a sí misma) de la espuria (que se constituye, por ejemplo, por una referencia a la oración en que la proposición es formulada), y sostiene, además, que en el caso de la autorreferencia parcial el problema aparece respecto de la parte del significado de la proposición que se refiere a tal proposición. Una proposición o norma que se refiere a un conjunto de proposiciones o normas entre las que se incluye ella misma es equivalente a una conjunción de proposiciones o normas cada una de las cuales se refiere a cada una de las proposiciones o normas del conjunto aludido. De este modo, una norma *A* que dice "las normas *A* y *B* son modificables por el procedimiento *P*" es equivalente a la norma compleja "la norma *A* es modificable por el procedimiento *P* y la norma *B* es modificable por el procedimiento *P*". El miembro de esa conjunción que se refiere a sí mismo carece de significado (en otras palabras, una norma parcialmente autorreferente es equivalente a una conjunción de normas con un miembro puramente autorreferente). Con relación al argumento de que la nueva norma constitucional no contradice la antigua de la que supuestamente deriva, puesto que una y otra tienen diferentes ámbitos de aplicación temporal, Ross sostiene que Hart confunde la contradicción jurídica con la

[3] Hart, H. L. A., *Self-Referring Laws*, en "Festskrift Tillägnad Karl Olivecrona", Estocolmo, 1964.

[4] Ross, Alf, *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*, tr. E. Bulygin y E. Garzón Valdés, en "El concepto de validez y otros ensayos", Bs. As., 1969.

lógica: es verdad que no hay contradicción en el derecho dado que una norma sucede a la otra, pero precisamente ellas se suceden (según el principio *lex posterior*) por ser lógicamente contradictorias; esa contradicción lógica entre ambas normas impide que podamos derivar la validez de la una de la validez de la otra.

Recientemente dos distinguidos colegas argentinos, Eugenio Bulygin y Ricardo Guibourg, se han ocupado de este tema, cuestionando la posición de Ross. Bulygin[5] no se extiende acerca del problema de la autorreferencia, manifestando solamente que la posición de Ross a ese respecto le parece dudosa a la luz de los argumentos de Hart, con los que Bulygin coincide. En cambio, analiza la idea de que la validez de una norma no puede derivar de otra con contenido opuesto: aclara Bulygin, en primer lugar, que la validez a la que alude Ross es de índole normativa y se expresa a través de un juicio que predica de una norma que ella *debe* ser obedecida; según Bulygin, este concepto de validez se comporta como el de verdad, ya que de "*P* es válido" se infiere "*P*". Sostiene luego que, como la norma antigua de reforma constitucional y la norma nueva no coexisten en el tiempo, sino que una sucede a la otra (sólo es necesario que la antigua existiera en el momento de realizarse el acto de dictar la nueva), entonces no hay una contradicción *en el mismo* sistema jurídico sino entre diferentes sistemas sucesivos. Bulygin agrega que es una exageración de Ross decir que un razonamiento cuya conclusión contradice una premisa es un absurdo lógico, ya que, al contrario, ésta es una forma frecuente y útil de razonamiento que da lugar a un *argumentum ad absurdum*. Pero, de cualquier modo, este autor no cree que se dé la contradicción que denuncia Ross, puesto que cada norma de reforma constitucional se refiere a una *constitución diferente* (y por lo tanto tienen distinta referencia), porque, al ser la constitución un *conjunto* de normas, ella no es la misma si incluye, por lo menos, una norma distinta (la que estipula el procedimiento de reforma). Bulygin concluye diciendo que la validez normativa de la nueva constitución puede efectivamente derivar de la antigua que queda derogada; pero aclara que la *aplicabilidad* de la constitución nueva (y aun de la vieja respecto de actos ocurridos durante su vigencia)

[5] Bulygin, Eugenio, *Time and Validity*, en "Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems", Amsterdam-New York-Oxford, 1982.

debe derivar de un criterio perteneciente al sistema jurídico vigente.

Por su parte, Ricardo Guibourg[6] se ocupa tanto del mismo tema tratado por Bulygin como del de la autorreferencia normativa. Guibourg argumenta que sostener que una nueva norma de reforma constitucional no puede derivar su validez de la antigua es teóricamente erróneo y políticamente peligroso (puesto que puede hacer pensar que da lo mismo cómo se reforma la constitución). Rechaza la idea de que todo enunciado genuinamente autorreferente carece de sentido y menciona, como contraejemplo, el enunciado "este enunciado se refiere a sí mismo". Sin embargo, admite que *algunos* enunciados autorreferentes no son significativos, no por ser autorreferentes sino por *carecer* de referencia. En el caso de las normas esta carencia de referencia se produce cuando una norma, como "esta norma debe ser obedecida" no identifica conducta alguna. Señala Guibourg que si se toma el concepto de autorreferencia en un sentido menos estricto, de modo que una norma sea autorreferente no sólo cuando se refiere a sí misma sino a toda una ley de la que ella forma parte, la vacuidad desaparece: por ejemplo, si se dicta una ley compuesta de dos normas, una de las cuales declara a toda la ley derogada, esta ley será pragmáticamente absurda; pero este juicio que hacemos de ella muestra que la entendemos, que tiene sentido. Por último, Guibourg rechaza el argumento de Ross de que si la validez de la nueva norma de reforma derivase de la antigua, estaríamos ante una inferencia cuya conclusión contradice una premisa: sostiene que la derivación dinámica de las normas jurídicas es diferente de la derivación estática propia de la inferencia lógica. Mientras en ésta tanto la premisa como la conclusión son atemporales, en la primera hay una secuencia temporal entre ellas, y la norma derivada no está presente en la derivante sino "en potencia"; el artículo de reforma constitucional regula cómo el órgano constituyente que lo dictó y cesó en sus funciones puede ser sucedido por otro.

[6] Guibourg, Ricardo A., *La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., 1983.

3. *El problema de la autorreferencia normativa*

Comencemos por la cuestión de la autorreferencia normativa. No me siento competente para entrar en la compleja cuestión lógica y semántica de si hay proposiciones significativas que son genuinamente autorreferentes. Confieso, sin embargo, que soy escéptico respecto de la plausibilidad de atribuir significado a las oraciones en cuestión, por lo menos en algún significado relevante de la palabra "significado" que está relacionado con la identificación de los hechos que se corresponderían o no con tales oraciones. No obstante, el ejemplo de Guibourg ("esta proposición es autorreferente") es bueno y puede generar dudas acerca de la generalidad con que puede sostenerse una posición escéptica. Pero el mismo Guibourg, como antes Hart, da una posible explicación de la falta de significado de estas oraciones: porque ellas carecerían de referencia, ya que ésta parece desvanecerse en un regreso al infinito. Contrariamente a lo que sugiere Guibourg, este regreso que elimina la referencia parece darse en *todo* caso de autorreferencia genuina, aun en su desconcertante ejemplo, por lo que no sería un vicio independiente de la autorreferencia (suena extraño que lo que se califica de "autorreferencia genuina" consista en una *falta* de referencia, pero esto es sólo una cuestión terminológica[7]).

En el caso de la genuina autorreferencia *normativa* las dudas acerca de su significatividad son todavía más firmes, ya que no cabe un supuesto contraejemplo análogo al de Guibourg (un enunciado que predica de sí mismo que es autorreferente no puede ser una *norma*), y en ningún caso parece posible identificar un comportamiento que violara o satisfaciera la supuesta norma. Esto no se ve modificado por el hecho de que las normas autorreferentes siempre lo son en forma indirecta, o sea no se refieren a sí mismas sino al *acto* de dictarlas u observarlas.

Como dije, Hart defiende la significatividad de la autorreferencia *parcial*. Aunque no es muy claro a este respecto, Guibourg parece seguir la misma línea, dando el ejemplo de una ley una de cuyas dos normas deroga toda la ley.

[7] En realidad, debería hablarse de "formulaciones autorreferentes"; la idea es que, aunque se pretende con la formulación de la oración hacer referencia al enunciado que esa oración expresa, predicando algo de él, esa pretensión se frustra puesto que no se logra identificar el referente.

El ejemplo de Guibourg sugiere, no lo que él propone, sino más bien que tendemos a interpretar a una norma de ese tipo como refiriéndose a las *demás* normas de la ley pero no a sí misma: de lo contrario, esa norma derogatoria se autocancelaría automáticamente y no podría derogar a la restante norma de la ley, por lo que esta norma permanecería válida; el que Guibourg interprete que esa otra norma queda derogada –dando a este caso como ejemplo de una ley que frustra su propia finalidad pragmática– implica, me parece, que, contrariamente a lo que dice, él presupone implícitamente que la norma derogatoria *no* se aplica a sí misma.

Creo que el argumento de Ross contra la posibilidad de una autorreferencia parcial es definitivo: una norma que estipula la forma de modificar un conjunto de normas en el que está ella misma incluida es estrictamente equivalente a una conjunción de normas que estipulan el procedimiento de modificación de cada una de las normas del conjunto; uno de los miembros de la conjunción se referirá completamente a sí mismo, y ese miembro, y no los restantes, carecerá de sentido[8]. La resistencia de muchos a admitir este argumento tan simple se parece a la posición de alguien que dijera que la locura con intervalos lúcidos no es locura porque ella está excluida por períodos (del mismo modo que aquí uno contestaría obviamente que la locura se da en los períodos no lúcidos, en el caso de la autorreferencia parcial el sinsentido se da en la parte del enunciado que se refiere a sí mismo y no en la parte que se refiere a otros enunciados).

Pero creo que hay una explicación de la resistencia a admitir este argumento y de la tendencia a pensar que cuando una proposición es parcialmente autorreferente queda saneado el sinsentido del enunciado implicado que es completamente autorreferente, lo que no ocurriría si ese enunciado se diera aislado. Creo que la explicación es que cuando la aparente autorreferencia es parcial hay oportunidad para una interpretación de la oración, o de la formulación normativa, que he propuesto en otro lugar[9]

[8] Naturalmente que esto supone, contra lo que algunas veces se estipula, que el sinsentido de uno de los miembros (o supuesto miembro) de una conjunción no hace perder sentido a toda la conjunción, el que está determinado por el sentido de los demás conjuntos.

[9] Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 147.

y que elimina esa autorreferencia y, por lo tanto, los problemas pragmáticos que ella involucra. Cuando nos encontramos con una formulación del tipo "todas las normas de este código son modificables por el procedimiento *P*", puede interpretarse que ella expresa no una sino *dos* normas: una que estipula que todas las demás normas, pero no ella misma, son modificables por el procedimiento *P*, y otra que establece que la norma anterior es modificable por el mismo procedimiento *P*.

El legislador que emitiera una formulación semejante estaría dictando dos normas que operan en niveles diferentes: una se refiere a las demás normas del cuerpo en cuestión y la otra se refiere a la primera. Por cierto que este desdoblamiento no es posible cuando estamos frente a una formulación que aparentemente es de una norma completamente autorreferente[10].

Esta aparente solución no fue considerada por quienes se ocuparon recientemente de la cuestión. Me imagino que una posible objeción es que ella llevaría a un regreso al infinito, puesto que, frente a la natural pregunta de cómo se modifica a su vez la segunda norma, que establece el procedimiento de reforma de la primera norma, que estipula igual procedimiento para modificar las reglas restantes, la única respuesta posible parece ser que debe haber otra norma adicional que establece el mismo procedimiento para reformar esa primera norma, y así sucesivamente.

Pero esa no sería mi respuesta. Me siento inclinado a contestar que no tiene por qué haber norma alguna en el sistema acerca de cómo modificar la norma que regula la reforma de las demás normas. Esto seguramente hará fruncir el ceño al lector, quien estará pronto a replicar que si la modificación de esa última norma no estuviera prevista, ello paralizaría todo el mecanismo de reforma de la cadena de normas. Sin embargo, prestemos atención a esta serie de normas: *A*) "Está prohibido fumar". *B*) "La norma *A* sólo puede modificarse por el procedimiento *P*". *C*) "La norma *B* sólo puede modificarse por el procedimiento *P*". Adviértase que no es necesario una norma adicional *D*, para derogar *C*, ya que si la norma *B* se modifica por el procedimiento *P* de acuerdo con lo que establece la norma *C*, esta norma *C*, aunque no sea derogada, deja de ser aplicable por haber desaparecido su objeto de regulación (la norma *B*); es como una norma que se ha agotado porque se refiere a una situación que ya ha transcurrido y no puede reiterarse. Por supuesto que el reemplazo –a través del procedimiento *P*– de la norma *B* por una norma *B'*, implicará seguramente (según esta interpretación de formulaciones que expresan, putativamente, normas parcialmente autorreferentes), que se ha dictado una nueva norma "*C*'" que establece el mismo procedimiento fijado en "*B*'" para modificar a esta última.

Por cierto que, aunque *C* subsista, puede plantearse la cuestión acerca de cuál sería el procedimiento para dictar la norma *C'*, y las demás que sucedan en el futuro a ésta. Ese procedimiento no puede estar establecido por *C*, ya que, por hipótesis, esta norma se refiere al procedimiento para modificar *B* y no al reemplazo de sí misma. Este inconveniente puede superarse si, en lugar de *C* y *C'*, interpretamos que el sistema incluye una norma *general C''* que estipula lo siguiente: "toda norma que establece el procedimiento para modificar otras normas del sistema puede ser modificada por el mismo procedimiento que ella fije, salvo que haya otra norma que establezca algo distinto". Esta norma no necesita referirse a sí misma ni es necesario que haya otra norma que regule su modificación, ya que, al estar su contenido abierto a cualquier procedimiento que se establezca para modificar las otras normas del sistema, es poco concebible que se la pretenda reformar (lo único que esta norma debe satisfacer es el criterio de pertenencia al sistema de las normas *originarias*, no el de las *derivadas*; aunque *C* y *C'* también podrían satisfacer aquel criterio, la ventaja de *C''* sobre ellas es que no cambia con el cambio de *B* por *B'*, por lo que –dado que la identidad del sistema depende de la identidad de sus normas originarias[11]– ello

[10] Esta misma solución es aplicable al caso de la llamada "paradoja del prólogo": si en el prólogo de un libro mío digo "alguna de las afirmaciones de este libro es falsa", parece que he formulado un enunciado que no sólo tiene sentido sino que es necesariamente verdadero (o mi libro contiene alguna otra afirmación falsa o es falsa la propia afirmación del prólogo que integra el libro); en mi interpretación, si concluimos que esa afirmación es necesariamente verdadera ello es porque la vemos como una disyunción de dos enunciados, uno de los cuales se refiere a los demás enunciados del libro y el otro se refiere al primero.

[11] Ver Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 132 y 145. Por supuesto que este criterio de identidad implica una cierta regimentación del que se emplea en forma latente en el discurso de juristas y legos, ya que este último toma también en cuenta factores que son menos asibles en contextos

permite decir que el reemplazo de *B* por *B'*, al no implicar la modificación de *C''*, es compatible con la preservación de la identidad del sistema). La plausibilidad de *C''* está dada por el hecho de que ella es una aplicación del argumento analógico: si un procedimiento es bueno para modificar otras normas, debe serlo también para reformar una norma como es la misma que fija ese procedimiento, a menos que haya diferencias relevantes que determinen una regulación particular.

Sin embargo, sigue abierta la cuestión de fundamentar la *validez normativa* (o fuerza obligatoria) de una norma como *C''*. Si se parte de la presuposición de que esa validez sólo puede fundarse en otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema (o a un sistema inmediatamente antecesor), parece inevitable caer en el dilema entre un imposible regreso al infinito o una sospechosa autorreferencia. En este último caso es, por supuesto, superfluo postular normas como *C*, *C'* y *C''*, ya que es más sencillo admitir que la norma B es autorreferente.

Creo que lo que esta discusión muestra es que la autorreferencia es eliminable si se trata simplemente de establecer de acuerdo con qué norma es modificable la norma que regula el procedimiento de reforma de las restantes normas del sistema. La respuesta es, simplemente, que resulta plausible inferir que el sistema incluye una norma originaria, que difícilmente se pretenda a su vez modificar, y que establece, si no hay otra norma que diga lo contrario, idéntico procedimiento para cambiar la norma de reforma que el que ella fija para las demás normas. Sin embargo, también se advierte la obvia verdad de que la autorreferencia no es eliminable cuando no se la *quiere eliminar* porque se pretende mantener, recurriendo a ella, la aplicación de un criterio de validez o fuerza obligatoria de cualquier norma que exige que ella "derive" de otra norma que pertenece o perteneció al mismo sistema (ver otra consecuencia de la misma

teóricos, como ser la importancia del contenido de la norma reemplazada o la similitud del procedimiento de reforma respecto del que se establece para las normas derivadas. Como toda regimentación, ésta entraña ciertas consecuencias contraintuitivas como la de decir que el sistema jurídico ya no es el mismo si siguiendo a *C''* y a *B* se reemplaza alguna norma originaria de la Constitución de menor importancia; pero si, para ciertos fines teóricos, queremos contar con un criterio de identidad tajante, éste es mejor que otros que han sido propuestos (como el que concibe a *todo* el orden jurídico como un conjunto, y hace depender su identidad de la de todas sus normas).

presuposición en el ensayo II). Naturalmente, Ross introdujo esta posibilidad de la autorreferencia, que luego descalifica, precisamente para explorar si mediante ella se podría preservar la aplicación irrestricta de ese criterio de validez para transmitir la validez de una norma a otra. Pero una vez planteada esta alternativa y percibidas sus dificultades se ha difundido la idea de que frente a una cláusula de reforma constitucional hay que concluir que, o bien es autorreferente o, si no, que hay una laguna acerca de su modificación, lo que, como acabamos de ver, es falso. Un sistema jurídico puede ser autosuficiente, sobre la base de una norma como *C''*, para regular el procedimiento de modificación de aquellas de sus normas que puedan necesitar ser modificadas (éste, como vimos, no parece ser el caso de *C''*). Esto no quiere decir que un sistema jurídico pueda generar su propia validez (en el sentido normativo que hace referencia a la fuerza obligatoria o justificabilidad de las prescripciones jurídicas).

Una vez distinguidas estas dos cuestiones conviene volver a la preocupación originaria de Ross por el criterio de validez que exige la "derivación" de otra norma del mismo sistema, y examinar si el intento de preservarlo sobre la base de la derivación de una norma a partir de su norma antecesora padece, además del inconveniente de la autorreferencia, el vicio de la contradicción.

4. *La derivación "dinámica" de una norma de otra con contenido opuesto*

Recordemos el argumento de Ross de que, si la norma que establece el procedimiento *P* para modificar la constitución se aplicara a sí misma, la norma que la reemplace, fijando el procedimiento *R*, debería derivar su validez de aquella norma que tiene contenido opuesto; y esto sería un caso de una inferencia cuya conclusión contradice una de sus premisas, lo que constituye un absurdo lógico. Bulygin sostiene que es exagerado calificar de absurdo un razonamiento cuya conclusión contradice una premisa, ya que esa situación es la base de un tipo de argumento muy útil que es el argumento *ad absurdum*. Sin embargo, precisamente porque estos razonamientos son absurdos, como señala Ross, es que existe el tipo de argumento que menciona Bulygin y que consiste en hacer notar que si se aceptara cierta premisa se llegaría a una conclusión que la contradice.

Recordemos que Hart, Bulygin y Guibourg coinciden en alegar que el factor temporal es decisivo para eliminar la contradicción. Hart sostiene que la antigua y la nueva norma tienen diferentes ámbitos temporales de validez. Bulygin recoge este argumento y agrega que si hubiera una contradicción –cosa que, como veremos luego, él rechaza– ella no se daría entre dos normas del *mismo* sistema, ya que una ingresa en él cuando la otra sale. Guibourg sostiene que, en la derivación dinámica, a diferencia de lo que ocurre en la deducción lógica, no es necesaria la verdad o validez simultánea de las premisas y de la conclusión, sino que hay una sucesión entre ésta y aquellas.

Creo que la cuestión depende de este último punto que toca Guibourg, puesto que la respuesta de Ross a Hart (en el sentido de que aquí hay una contradicción lógica y no jurídica), presupone que la derivación de la validez de una norma preserve su validez. Bulygin sostiene que Ross pareció retirar este punto en su respuesta a Hart, pero esto no parece ser así, ya que sin ese presupuesto no tendría sentido que Ross insista en que hay una contradicción lógica; en realidad, hasta el mismo Bulygin parece admitir implícitamente la necesidad de esa validez continua cuando alega para rechazar la existencia de una contradicción entre las dos normas, no la diferencia en cuanto a sus ámbitos de validez temporal, sino, como luego veremos, la divergencia entre los casos que una y otra regula. Lo que Ross admite frente a la crítica de Hart es, como Bulygin mismo apunta, que la norma derogada deja de *pertenecer* al sistema y por lo tanto no hay una contradicción en el mismo sistema; pero éste que está conectado con la pertenencia es otro sentido de "validez", distinto del sentido normativo que interesa para este problema.

Precisamente, el tener en cuenta este sentido normativo de "validez" (que como vimos en los ensayos precedentes, predica la obligatoriedad, justificabilidad o deber de observancia de una norma), es indispensable para evaluar lo que dice Guibourg sobre la derivación "dinámica" y su distinción con la inferencia lógica.

Es importante advertir que la derivación no se hace, en principio –como bien señala Bulygin–, entre las normas mismas sino entre juicios de validez acerca de esas normas. O sea la premisa mayor del razonamiento relevante no es, por ejemplo, el art. 30 de la Constitución Argentina (que fija el procedimiento para su reforma), sino el juicio de que esa norma debe ser observada y la conclusión no es, análogamente, un eventual sucesor de ese artículo, sino un juicio similar acerca de su validez.

Es verdad que, como también afirma Bulygin, ese juicio podría verse como atribuyendo un predicado vacuo, análogo al de verdad, es decir que, así como "es verdad que *P*" es equivalente a "*P*", el juicio "la norma *N* es válida" sería equivalente a "*N*". Esto despierta, sin embargo, ciertas dudas. En primer lugar, porque ello depende del concepto de norma que empleemos (ver el ensayo VII); lo que dice Bulygin podría ser correcto si concebimos a una norma como un *enunciado* de un tipo especial, pero no es tan claro que lo sea si la concebimos como una formulación lingüística, un acto o una práctica social (en este caso, el pasaje de "*P* es válido" a "*P*" podría requerir una serie de pasos intermedios que dependen de ciertos presupuestos). En segundo término, aun cuando concibamos a las normas como enunciados, la idea de que predicar de ellas validez es equivalente a afirmar la norma podría enfrentar el inconveniente de la modalización *temporal*: tiene sentido decir que una norma *fue* o *será* válida y esto no es lo mismo que afirmar la norma (es cierto que también se dice de un juicio como "llueve" que fue verdadero, pero esto parece que se puede interpretar como introduciendo la calificación temporal como parte del mismo juicio y no como calificando su verdad, cosa que no parece tan fácil de hacer en el caso de las normas[12]. Aunque estos inconvenientes distan mucho de ser definitivos, son lo suficientemente serios como para insistir en la distinción entre normas y juicios de validez acerca de esas normas y para sostener que la derivación relevante se da entre tales juicios y no entre las normas mismas (ver este punto en el ensayo I).

12 Esto está relacionado con el hecho de que, como sugiere Bulygin en *Time and Validity*, en "Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems", las normas tienen *dos* calificaciones temporales: el "tiempo interno", que es la ocasión temporal de la acción que es contenido de la norma, y el "tiempo externo", que es el tiempo de validez de la norma o el tiempo en que es obligatorio o permitido la realización de la acción en el primer tiempo (hoy puede estar permitida una acción a realizarse mañana; mañana puede que ya no esté permitida). Como el tiempo externo que califica al predicado deóntico no puede, a primera vista, reducirse al tiempo interno, el predicado en cuestión no parece ser vacuo. Lo mismo parece ocurrir con los predicados modales como "necesario o imposible", y es por eso quizás que "necesariamente verdadero", a diferencia de "verdadero", no es un predicado vacuo.

Tomando en cuenta esta distinción, veamos cómo sería un razonamiento que transfiere la validez de una norma a otra en un caso normal, no en un caso excepcional de sucesión de normas como el que nos ocupa:

R1:

1. Debe ser observada la norma que autoriza a *O* a dictar normas.
2. Deben ser observadas las normas que dicte *O*.
3. *O* dictó la norma *A*.
4. Debe ser observada la norma *A*.

Este tipo de razonamiento, a diferencia de lo que sugiere Guibourg, parece ser una inferencia lógica ordinaria. No hay sucesión temporal alguna entre premisas y conclusión. Lo único que requiere alguna aclaración es el pasaje entre "*1*" y "*2*" que está determinado, por un lado, por una interpretación (como la que sugiere Ross[13]) de las normas de competencia como normas que establecen el deber de obedecer al órgano delegado, y, por otro lado, por una adopción no necesariamente general y a los fines de la simplificación de la regla "debe ser la norma $A \equiv A$".

Si esto es así, cuando Kelsen distingue la derivación dinámica, propia del derecho, de la derivación estática, típica de la moral, esa distinción debe ser interpretada, no como una diferenciación entre un razonamiento que no es deductivo y otro que sí lo es, sino como una distinción entre dos tipos de inferencias lógicas: una en la que alguna de sus premisas predica verdad o validez de lo que alguien dijo o dispuso, y otra que no incluye una premisa de esa índole. Esta es la diferencia entre el razonamiento "Debe ser lo que dice *A*; *A* dijo que no se debe matar; ergo, no se debe matar" y el razonamiento "no se debe dañar a otro: matar a otro lo daña; entonces, no se debe matar a otro". Es obvio que el primer tipo de razonamiento puede ser no sólo de tipo normativo, sino también descriptivo; el siguiente, es un ejemplo de este último: "lo que dice *A* es verdad; *A* dijo que hoy llueve; ergo, hoy llueve". (Es importante advertir que esta clase de razonamientos descriptivos también da lugar al tipo de paradojas que preocupan a Ross, como se ve en este caso: "Los

[13] **Ross, *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*, en "El concepto de validez y otros ensayos", p. 50.**

padres dicen siempre la verdad; el padre *A* dijo que algunos padres mienten; algunos padres mienten".)

Una vez que advertimos que la derivación "dinámica" es un tipo de razonamiento deductivo, una de cuyas premisas es un juicio que confiere validez a las afirmaciones o prescripciones de alguien, parece inferirse entonces que no puede haber diferencia entre este tipo de razonamiento deductivo y cualquier otro respecto de la contemporaneidad de la verdad o validez de las premisas y de la conclusión. Esto es difícil de expresar, puesto que la verdad de los juicios es atemporal y, en este caso, se trata de la verdad o validez de juicios de validez (lo que es una idea obscura). Sin embargo, podríamos hacer esto más inteligible si aprovechamos lo que se dijo antes en el sentido de que los juicios de validez pueden referirse tanto al pasado como al futuro, y nos preguntamos, no ya si un razonamiento puede partir como premisa de un juicio que *fue* válido para llegar a una conclusión que *es* válida, sino si un razonamiento puede partir de un juicio que predica la validez pasada de una norma para llegar, como conclusión, a un juicio que predica la validez *presente* de otra norma.

Ross contesta negativamente este interrogante y su respuesta parece ser correcta. De un juicio que dice que algo *debió* hacerse en el pasado no parece poder deducirse un juicio acerca de lo que *debe* hacerse ahora. En este caso el razonamiento tendría esta estructura: "hasta el momento t_1 debió observarse la norma *A*; la norma *A* dice que si una norma se modifica por el procedimiento *P* debe ser observada la nueva norma que la reemplaza; *A* fue reemplazada antes de t_1 por *B* mediante el procedimiento *P*; *B* debe ser observada". Este razonamiento parece ser inválido, ya que de sus premisas se infiere, no que *B debe* ser observada, sino que *debió* ser observada hasta el momento t_1, en que *B* no existía. Por eso, todo juicio acerca de la validez presente de una norma tiene que partir de un juicio acerca de cierto deber actual, como el de observar otra norma. Esto es en última instancia lo que está implícito en la idea de Bulygin de que lo que él llama "criterio último de aplicabilidad de normas" debe pertenecer al sistema presente; ese criterio último del que habla Bulygin no es otra cosa que el juicio de validez acerca de las normas de mayor jerarquía del orden.

Si aceptamos esta conclusión, pareciera entonces que Ross tiene razón en que estamos incurriendo en una contradicción ló-

gica cuando queremos fundar la validez de una norma de reforma en la validez de su norma antecesora: partimos de un juicio que establece el deber de observar una cierta norma para llegar a otro juicio que establece el deber de observar otra norma incompatible con la anterior.

Los recursos que sugiere Bulygin para evitar esta contradicción, no parecen ser efectivos. En primer lugar sostiene que las dos normas que se declaran válidas no se oponen entre sí porque ellas prevén el procedimiento de reforma de *diferentes constituciones*: como una constitución es un *conjunto* de normas, basta que una sola de ellas cambie –y en este caso cambia la propia norma de reforma– para que se trate de una constitución diferente. Sin embargo, esta conclusión es muy poco plausible, puesto que ella implicaría que si cambiara *cualquier otra* norma de la constitución, estaríamos frente a una constitución *distinta* de aquella a que se refiere la norma de reforma, por lo que dejaría de estar prevista la modificación de la constitución; esto muestra que es inconveniente concebir a la constitución (y en realidad a todo el orden jurídico) como un conjunto, y que, en consecuencia, su identidad no debe depender de la de *todas* sus normas[14]. En segundo término, Bulygin afirma en otro contexto que el ámbito de validez temporal forma parte del contenido de una norma (determinando su identidad), y, por lo tanto, podría decir que las dos normas de reforma tienen diversos contenidos por tener diferentes ámbitos de aplicación temporal; de este modo, ambas normas no se opondrían entre sí. Pero dado que el contenido de una norma es relevante para su identidad y dado que es contraintuitivo sostener que una norma no es la misma por ser, por ejemplo, prorrogada en el tiempo, parece razonable concebir el tiempo de aplicabilidad de una norma no como un aspecto de su contenido sino como una calificación de su *pertenencia* a un sistema y de su *validez normativa*, o sea del deber de

[14] Bulygin ha sugerido que una forma de eludir esta objeción consiste en suponer que la norma de reforma se modifica automáticamente cada vez que, de acuerdo con ella, cambia la constitución, de modo que la nueva norma de reforma se refiere a la nueva constitución. Sin embargo, ésta es una presuposición artificial que no tiene mayor utilidad, ya que, en primer lugar, es muy poco plausible concebir a la constitución como un conjunto a los fines de determinar su identidad y, en segundo término, el problema de la contradicción que se intenta resolver de este modo tiene, como en seguida veremos, una solución mucho más simple.

obedecerla. Por otra parte, si entendemos que el tiempo en que una norma es aplicable no afecta a su contenido sino a su validez, no sólo no se muestra que los contenidos de las dos normas de reforma no son mutuamente contradictorios, sino que además se vuelve al problema anterior de la aparente imposibilidad de derivar un juicio acerca de la validez presente de una norma de un juicio acerca de la validez pasada de otra.

5. *La superación del problema de Ross*

Sin embargo, creo que esta imposibilidad que presupone Ross debe ser revisada. Es cierto que si la conclusión de un razonamiento práctico es un juicio acerca de lo que debe hacerse hoy, el razonamiento no puede tener como premisa mayor un juicio acerca de lo que debió hacerse ayer. Pero el razonamiento puede contar con ese juicio como premisa *menor*, siempre que tenga una premisa mayor adecuada. Por ejemplo, este razonamiento parece ser válido: "Si alguien debió en el pasado felicitar a otro por algún acontecimiento y no lo hizo, debe pedirle excusas; yo debí felicitar a Fulano por su nombramiento; no felicité a Fulano; debo, entonces, excusarme ante Fulano".

Del mismo modo, el razonamiento que conduce a la predicación de la validez de la nueva norma de reforma constitucional tiene esta estructura:

R2:

1. Debe observarse toda norma dictada por un procedimiento establecido por una norma que debió observarse al momento de dictar la primera norma.
2. La norma *A* fue dictada por el procedimiento establecido por la norma *B*.
3. La norma *B* debió observarse en el momento de dictarse *A*.
4. *A* debe ser observada.

Creo que este razonamiento es impecablemente válido y que ello muestra que es totalmente infundada la posición de Ross en el sentido de que la validez presente de una norma de reforma no puede fundarse en la validez pasada de una norma de reforma antecesora. Lo que permite esa fundamentación es un juicio normativo del tipo de la premisa *1*. Esa premisa tiene la particularidad de ser un juicio de validez que no tiene como

pendant a ninguna norma del sistema. Él no pertenece al tipo de juicios que llamo en el ensayo precedente de "adhesión normativa" y que son juicios valorativos que derivan de un principio moral de homologación del orden jurídico y de una proposición que describe alguna de sus normas. La índole valorativa de estos juicios se obscurece muchas veces por su confusión con las normas jurídicas a las que ellos adhieren. Esto ha hecho pensar a muchos autores que el razonamiento justificatorio de jueces y juristas parte de normas jurídicas y no de juicios morales acerca de ellas (aun cuando se sostenga que las normas jurídicas son *enunciados* que no difieren de los juicios morales de igual contenido, habría que distinguir tal como se dice en el ensayo precedente entre la *formulación* jurídica y la moral de esos enunciados, debiéndose concluir que su emisión en contextos justificatorios tienen carácter moral y no jurídico). Esta confusión entre normas jurídicas y juicios morales que predican su validez es responsable de la exigencia de que todo juicio de validez sea un juicio de adhesión normativa, o sea refleja el contenido como *1*, que, como dije, es un juicio de validez que no tiene como contrapartida una norma jurídica.

Pero es obvio que la exigencia aludida es de imposible cumplimiento, puesto que, como ya se vió, requeriría una cadena infinita de normas positivas. Cuando se advierte esto se produce una ruptura dramática del presupuesto de muchos autores de que los jueces razonan sólo a partir de normas jurídicas. Esto los lleva a postular, para limitar los efectos de esa ruptura, una norma extrajurídica sólo en la cúspide del sistema, como la "norma básica" de Kelsen o la "ideología presupuesta" de Ross.

La cuestión deja de ser dramática o extraña, en cambio, si se reconoce de entrada que el razonamiento práctico de jueces y juristas nunca se basa en normas jurídicas sino, en todo caso, en juicios paralelos acerca de su validez. Esto hace perfectamente natural reconocer que, en el caso de la validez de la norma de reforma, parte de una premisa como *1*, aunque ella no tenga como contrapartida una norma jurídica.

El resultado de la discusión de las dos últimas secciones es, en síntesis, que no hay ningún problema peculiar en relación con la norma que prevé el procedimiento para modificar las normas superiores del sistema: en primer lugar, su propia reforma puede estar regulada por otra norma que establece el *mismo* procedimiento que ella indica, con lo que se evita el problema de la

autorreferencia, y, como esta segunda norma no necesita ser modificada ya que su contenido se adapta al de la norma que ella regula, se muestra que un sistema jurídico puede ser prácticamente autosuficiente en lo que hace a prever el procedimiento de reforma de sus normas. En cuanto a la validez de la norma de reforma de la norma primitiva del sistema, ella está establecida por un juicio que no tiene como contrapartida otra norma jurídica; pero esto no presenta ninguna dificultad apenas advertimos que *todo* juicio de validez tiene en última instancia carácter moral; el sistema jurídico *no* es autosuficiente en cuanto a generar su propia validez.

Estas conclusiones son relevantes respecto de la preocupación de Guibourg acerca del peligro político que estaría involucrado en la tesis de que la identidad de un sistema cambia cuando se modifican las normas que constituyen su base –las normas originarias–, sea cual fuere el procedimiento por el que se produzca esa modificación. Creo, en primer lugar, que ese peligro es inexistente, ya que los partidarios de cambiar las normas originarias por la fuerza en vez de hacerlo por decisión democrática no suelen conmoverse por la cuestión iusfilosófica de si sus actos tendrán o no el efecto de que los juristas digan que la *identidad* del sistema jurídico se ha alterado. En segundo término, aun en el caso de que exista ese peligro a raíz de una serie de confusiones entre análisis conceptual y posiciones normativas, la alusión a él no es, como decía Hume, un argumento válido en contra de la corrección de una tesis teórica. En tercer lugar, todavía no se ha propuesto un criterio más satisfactorio para la identidad de un sistema jurídico que el que depende de la identidad de sus normas originarias (ya vimos que el criterio de Bulygin, que hace depender aquella identidad de la de *todas* las normas del sistema, no parece plausible, además de que sería todavía más "peligroso" según la visión de Guibourg). En cuarto lugar, de cualquier modo la explicación que se ha dado aquí respecto de la "derivación" de la norma de reforma de una norma general que fija idéntico procedimiento para modificar ésta, haría que la modificación de la norma de reforma no alteraría la identidad del sistema, ya que ésta (por lo menos cuando es la sucesora de otra anterior) no sería una norma originaria sino que "derivaría" de esa norma general; pero, por supuesto, el cambio de otras normas que fueran originarias sí implicaría una alteración de la identidad del sistema. Por último, el mejor antídoto para una

preocupación como la de Guibourg es insistir en que la validez normativa de las normas jurídicas depende de presupuestos morales que, finalmente, no puede apoyarse en ninguna norma jurídica. Es esto lo que permite marcar la diferencia entre un cambio democrático y un cambio violento de las normas que constituyen la base del sistema, no la cuestión puramente teórica de si esos cambios son compatibles con la subsistencia del mismo sistema jurídico o si por el contrario, implican una alteración de su identidad.

El antídoto mencionado lo vamos a emplear en el ensayo V acerca de la validez de las normas de un gobierno *de facto*.

V. LA VALIDEZ DE LAS NORMAS "DE FACTO"

1. *Justificaciones espurias de los gobiernos autocráticos*

Las confusiones en torno del concepto de validez jurídica, que fueron tratadas en los ensayos anteriores, tienen efectos prácticos negativos en la vida institucional de un país cuando ayudan a proveer una justificación espuria del acatamiento a regímenes dictatoriales. Ello ocurre cuando se aprovechan esas confusiones para fundamentar la validez de las normas dictadas por un gobierno *de facto*.

Debe aclararse, como cuestión preliminar, un punto que ha sido señalado por algunos autores[1]: la distinción entre "gobiernos *de facto*" y "gobiernos *de iure*" es absurda si se toma literalmente. Todo gobierno capaz de dictar normas jurídicas positivas es *de facto* en el sentido de que tiene el poder fáctico necesario para hacer cumplir, en general, las normas que dicta, y es *de iure* en el sentido de que el ejercicio de ese poder está permitido por ciertas normas jurídicas (que quizá ha dictado él mismo).

Si la distinción pretende apuntar a la existencia de una "quiebra constitucional", o sea al hecho de que las normas que autorizan el ejercicio del poder por ese gobierno no fueron dictadas por alguien autorizado a hacerlo por otra norma, y así sucesivamente, entonces la distinción es también cuestionable: cuando nos remontamos en la cadena de derivación de la norma que da autoridad a un gobierno siempre vamos a encontrar una quiebra de esa cadena, y no parece reflejar la diferenciación que queremos marcar el tomar en cuenta cuán cercana o lejana en el tiempo está esa quiebra respecto del gobierno cuyo carácter se discute

[1] Ver, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Maynez, México, 1979.

(p.ej., en la reciente historia argentina, la autoridad de la última Junta Militar que dejó el poder en 1983, se remonta a través de sucesivas delegaciones a normas impuestas en 1976, mientras que la del presidente constitucional y la del Congreso Nacional que asumieron el poder en ese año se remonta a lo sumo a la ley militar que dispuso la convocatoria electoral). Por supuesto que tampoco sirve decir que un gobierno *de iure* es un gobierno "constitucional", ya que un régimen como los que consideramos *de facto* también puede dictar una constitución, la llame así o con otra expresión, como "estatuto", "acta", etcétera.

Un iusnaturalista intervendría a esta altura para decir que la dificultad para hacer esta distinción es una muestra de las deficiencias de la definición positivista de derecho; él no tendría ninguna dificultad para hacer la distinción, ya que, dado el disvalor o injusticia de un régimen autocrático, no llamaría "derecho" al orden que ese régimen dictara, ni "constitución" a su norma suprema, limitando esos términos a un gobierno democrático y respetuoso de los derechos humanos, el que sería, por lo tanto, el único que podría propiamente ser denominado "gobierno *de iure*" o "constitucional". En los ensayos VIII y IX voy a tratar la controversia entre iusnaturalismo y positivismo, pero por ahora basta anotar que el positivista simplemente replicaría que él también puede hacer la distinción entre gobiernos autocráticos y democráticos y puede estipular que la terminología "*de facto*" y "*de iure*" se ajusten a esa distinción, sin por ello tener que recurrir a la maniobra de restringir el significado de "derecho" y de "constitución" respecto de su uso en el lenguaje ordinario y sin necesidad de incorporar a ese significado propiedades valorativas que afectan al uso descriptivo de esos términos. En lo que sigue voy a adoptar este camino y voy a entender, como creo que implícitamente se suele entender, que la distinción "gobierno *de iure*-gobierno *de facto*" corresponde a la distinción "gobierno democrático-gobierno autocrático", sin limitar, por eso, la denominación de "normas jurídicas", "leyes" o "constitución" a las directivas que dicta un gobierno *de iure* o democrático.

Respecto de las normas jurídicas que dicta un gobierno *de facto* o autocrático se plantean dos preguntas fundamentales: *a*) ¿cómo hay que tomar esas normas jurídicas mientras el régimen detenta el poder?; *b*) ¿qué hay que hacer con las normas jurídicas dictadas por ese régimen cuando éste ha dejado el poder en favor de un gobierno democrático? Las respuestas a ambas

preguntas están gravemente obscurecidas, y con consecuencias prácticas nefastas, por confusiones corrientes acerca del concepto de validez.

a) Respecto de la primera pregunta, la respuesta corriente, que, por lo menos en la Argentina, han dado jueces y juristas ha consistido en el reconocimiento, con ciertas limitaciones en el pasado e irrestricto en los últimos tiempos, de la validez de las normas *de facto*[2]. Y este reconocimiento no se ha debido sólo a temor, conveniencia o adhesión a los fines autoritarios del régimen de turno sino también a sinceras convicciones teóricas que se sobreponían aun al rechazo ideológico por el gobierno en cuestión. Entre esas convicciones teóricas está la adopción de una versión distorsionada de la norma básica kelseniana que la convierte de un postulado epistemológico en un principio justificatorio (como vimos, en el ensayo I, que ocurre en el caso de Harris); la idea de que la validez jurídica es independiente de toda consideración moral y que se funda solamente en ciertos hechos, como el de que el régimen *de facto* detenta efectivamente el poder (lo que, como vimos en el ensayo III, es la posición del positivismo ideológico); la convicción de que los jueces traicionarían su misión y su juramento si dejaran que su reconocimiento del derecho positivo se viera condicionado por consideraciones extrajurídicas, y que si los juristas teóricos hicieran lo propio dejarían de ser científicos para transformarse en políticos, etcétera.

Con un análisis del concepto de validez jurídica como el que se ha desarrollado en los cuatro ensayos precedentes, todas estas razones se muestran espurias: el concepto de validez o el de competencia jurídica, cuando es usado en un juicio justificatorio como el del juez que debe fundar su decisión, no es un concepto descriptivo (como el que alude a la eficacia de la norma o a su pertenencia a un sistema), sino que es un concepto normativo que implica predicar de la norma que tiene fuerza obligatoria o que debe procederse como ella establece. Esta predicación no puede hacerse exclusivamente sobre la base de lo que disponen otras normas jurídicas (ya que si así fuera no se podría hacer de

[2] Ver una descripción de la evolución de la doctrina de los gobiernos *de facto* en la Argentina en, por ejemplo, Valiente Noailles, Carlos, *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, FOJ, Bs. As., 1970, p. 13 a 22.

las normas de mayor jerarquía ni, por ende, de las restantes). Tampoco puede basarse la validez de las normas en un mero hecho (como es el hecho de la vigencia o de la efectividad de esas mismas normas), como lo propugna el positivismo ideológico, ya que un enunciado justificatorio o de "deber ser" no puede derivar de la descripción de un hecho sin infringir el principio de Hume. Si ese enunciado sólo puede fundarse en otro enunciado de "deber ser" y éste, por las razones dadas, no puede ser una norma jurídica, debe tratarse, adoptando un enfoque integrado del razonamiento práctico, de un principio de índole moral.

De este modo, un juicio del tipo "la norma *X* es válida" sólo sirve para justificar decisiones como las judiciales cuando presupone principios o consideraciones de justicia o moralidad social. Dado que no necesitan justificar sus decisiones, los jueces no pueden eludir su responsabilidad moral mediante la mera invocación de hechos o de normas jurídicas: la opción de aplicar o no una norma jurídica es en última instancia una decisión ética que debe estar fundada en principios de esa índole (su juramento de aplicar el derecho es en sí mismo relevante gracias a principios morales que deben conciliarse con otros principios).

Esto vale tanto para el reconocimiento de las normas dictadas por un régimen *de facto* como para el que se refiere a las normas emanadas de un gobierno *de iure*. Con relación a las primeras su reconocimiento no puede basarse en el hecho de que han sido dictadas por quien ejerce el poder. Este tipo de argumento logra ocultar el salto entre el "ser" y el "deber ser" –como lo ha señalado Carrió en *Sobre los límites del lenguaje normativo*– gracias a la equivocidad del término "poder", que alude tanto a una capacidad fáctica como a una facultad normativa, lo que provoca el paso ilegítimo de la afirmación de la primera a la de la última. Pero lo mismo ocurre respecto de las normas dictadas por los gobiernos *de iure*: el mostrar la concordancia entre esas normas y una constitución parece suficiente fundamento de validez sólo porque se presupone que ella recepta valores éticos aceptables. Son en definitiva estos valores los que constituyen la fuente última de la validez de las normas jurídicas, validez que las capacita para justificar actos y decisiones.

Por lo tanto, la cuestión de si las normas de los gobiernos *de facto* o autocráticos deben ser reconocidas como válidas durante tales gobiernos y si hay alguna diferencia entre esa validez y la de las normas de origen democrático, requiere internarse en

consideraciones de moralidad social, como las que mencionamos brevemente en la sección 2.

b) Pero antes de encarar esas consideraciones debemos hacer referencia a la otra pregunta que debe formularse en relación con las normas *de facto*: ¿cuál es su status una vez cesado el régimen que las dictó y reemplazado por uno democrático?

Esta pregunta ha dado lugar a distintas respuestas: *1*) La de que las normas *de facto* son asimilables a las *de iure*, conservando su validez plena hasta que sean derogadas debidamente por los órganos constitucionalmente encargados de regular la materia[3]. *2*) La de que las normas *de facto* son plenamente válidas, con excepción de algunos casos especiales como el de las normas penales, respecto de los cuales hay una referencia constitucional expresa a la necesidad de una "ley"[4]. *3*) La de que tales normas, si bien son válidas hasta que sean derogadas, pueden ser derogadas no sólo por el órgano constitucionalmente encargado de regular la materia sino por otros[5]. *4*) La respuesta según la cual las normas *de facto* no son válidas si no son ratificadas por los órganos constitucionalmente competentes para dictarlas[6]. *5*) La de que tales normas son absolutamente inválidas.

[3] Ver, por ejemplo, Bidart Campos, Germán J., *Actos legislativos del Poder Ejecutivo de facto después de instalado el gobierno de iure: su derogación*, *ED*, 49-895, y *Gravedad institucional en el Poder Judicial (Remociones, nombramientos y jubilaciones)*, *ED*, 50-613.

[4] Ver Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1964, t. II, p. 364, para objeciones específicas respecto de la legislación penal *de facto*. En el lúcido artículo de Carrió, Genaro R., *Sobre la legislación "in extremis" de los gobiernos de facto*, *ED*, 50-129, se dan argumentos para distinguir una clase especial de normas *de facto*, cuya validez está afectada por el hecho de estar ausentes las razones de necesidad que se toman en cuenta para convalidar las normas de ese tipo: éstas son las leyes *in extremis*, dictadas en los momentos finales de los regímenes militares para regir durante sus sucesores constitucionales (Bidart Campos, Germán J., *Actos legislativos del Poder Ejecutivo de facto después de instalado el gobierno de iure: su derogación*, *ED*, 49-897, sostiene que estas normas no son válidas pero que deben ser derogadas por el Congreso).

[5] Ver, por ejemplo, Bacigalupo, Enrique, *Validez de las normas del gobierno de facto después de la elección de las autoridades constitucionales*, *ED*, 48-869, y *Algo más sobre la derogación de la legislación de un gobierno de facto*, *ED*, 49-989.

[6] Esta doctrina fue sustentada por la Corte Suprema argentina en "Aramayo" (CSJN, 14/2/84, "Aramayo, Domingo R.", *LL*, 1984-B-183),

Cada una de estas respuestas tiene graves inconvenientes: La alternativa *1* resulta moralmente inaceptable porque implica asimilar en sus efectos las normas de un régimen ilegítimo a las de uno legítimo sobre la sola base de que el primero se impuso por la fuerza. La respuesta *2* parece hacer excepciones arbitrarias a la inadmisible respuesta anterior, ya que la Constitución no sólo habla de "leyes" o de "códigos" dictados por el Congreso cuando se refiere a la materia penal. La respuesta *3* implica que ciertos Poderes del Estado invadan la esfera de regulación normativa que la Constitución reserva a otro de ellos, ya que pueden regular indirectamente una materia decidiendo derogar o no una norma *de facto*.

La respuesta *4*, en una cierta interpretación (la de que las normas no ratificadas quedan tácitamente desechadas) obliga a los órganos constitucionales a encarar una tarea de revisión ímproba para no dejar peligrosos vacíos normativos, y, en otra interpretación (la de que las normas no ratificadas no están necesariamente desechadas) necesita ser completada para salvar la laguna constituida por las normas no ratificadas ni desechadas[7]. La respuesta *5* puede dar lugar a un grave caos social debido a la enorme vacancia normativa que trae aparejada.

Creo que nos vemos empujados hacia estas alternativas insatisfactorias debido, nuevamente, a un manejo confuso del concepto de validez jurídica. Una vez que la índole moral de este concepto es puesta de manifiesto, aparece, como veremos en seguida, una alternativa que evita, en buena medida, los inconvenientes de las anteriores.

2. *La superioridad moral de la democracia*

Lo que se dijo en la sección anterior muestra que el carácter *de iure* o *de facto* de un gobierno no incide en el tipo de justificación a que están sometidas sus normas para ser válidas –justificación que siempre es de índole moral–, sino que incide en la cuestión de si esa justificación moral se alcanza o no. Detrás de la distinción literalmente espuria (como vimos) de gobiernos *de iure* y gobiernos *de facto* se esconde la distinción genuina de gobiernos democráticos y gobiernos autocráticos, y esta distinción es, como resulta obvio, de gran importancia moral.

Hay dos tipos de consideraciones para juzgar la legitimidad moral de las normas jurídicas: las que hacen a su *contenido* y las que hacen a su *origen* (ellas corresponden, respectivamente, a los que Alf Ross llama "conciencia jurídica material" y "conciencia jurídica formal")[8].

Estos dos tipos de consideraciones morales guardan entre sí una peculiar relación: cuando una norma satisface completamente exigencias respecto de su contenido, las consideraciones relacionadas con su origen se tornan superfluas. Esto puede resultar extraño pero es innegable, ya que, si lo que prescribe una norma está plenamente justificado desde el punto de vista moral, son irrelevantes las circunstancias de su sanción; quienquiera que sea quien la haya dictado y cualesquiera que sean las circunstancias de ese dictado, la observancia de la norma es legítima puesto que al obedecerla se está satisfaciendo principios morales. Esto es lo que hace decir a J. Raz[9] que cuando una norma jurídica es justa no se plantea la cuestión de la obligación moral de obedecerla *qua* norma jurídica; al realizar la conducta moralmente exigida se satisface lo prescripto por el derecho, pero que el derecho lo prescriba resulta irrelevante.

Cuando las consideraciones concernientes al contenido de las normas no están del todo satisfechas comienzan a ser relevantes las consideraciones que hacen a su origen. El *desideratum* es llegar a un equilibrio entre estas dos clases de consideraciones morales según su respectivo peso: si el desvío de las exigencias relativas al contenido de las normas es muy amplio, sólo si las razones que hacen legítimas a las normas por su origen son de considerable peso, ellas pueden resultar, en la confrontación, válidas.

que es una decisión histórica, ya que puso fin a la nefasta doctrina de las normas *de facto* desarrollada en el pasado por ese tribunal.

[7] La laguna que presenta "Aramayo" puede ser completada según varias interpretaciones (como se muestra en un excelente trabajo en preparación de Gabriel Bouzat y Carlos Rosenkrantz). De las dos que se mencionan en el texto es preferible adoptar la segunda, pues la indeterminación que ella contiene sobre las normas no ratificadas ni desechadas puede ser resuelta mediante un enfoque como el que se propone en este ensayo.

[8] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963.

[9] Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, tr. R. Tamayo, México, 1982, p. 290 y siguientes.

La necesidad de que el origen de las normas sea legítimo, desde el punto de vista moral, está fundada en el hecho de que sólo ello podría hacer que sean moralmente obligatorias aquellas normas cuyo contenido se desvía, dentro de márgenes tolerables, de exigencias substantivas de justicia (esos desvíos son, naturalmente, inevitables hasta cierto punto, dada la tendencia de los hombres a incurrir, de buena o mala fe, en errores morales).

Es obvio que en lo que difieren las normas de un gobierno democrático de las emanadas de uno autocrático es en el peso de las razones que podría legitimarlas en virtud de su origen.

Se han sugerido, como se sabe, muchas justificaciones diferentes de la democracia. Dado el carácter parcialmente insatisfactorio, a mi juicio, de las justificaciones corrientes, procuro en mi libro *Ética y derechos humanos*[10] proponer tentativamente otra que está vinculada con una concepción que defiendo acerca de la fundamentación de los juicios éticos. Aunque la cuestión es demasiado compleja para el breve espacio que puedo dedicar a ella aquí, es necesario que presente, en forma extremadamente dogmática, aunque sea un bosquejo de mi posición al respecto.

La validez de los juicios éticos está condicionada por la estructura y funciones del discurso moral en cuyo marco ellos son formulados; este discurso es una técnica social para evitar conflictos y facilitar la cooperación a través de la libre aceptación de principios de conducta que satisfacen ciertas condiciones. Esta técnica tiene una amplia eficacia pero como es obvio, hay casos en que no es operativa (a causa, fundamentalmente, de su ilimitación temporal y del requisito de consenso unánime). En esos casos, el sistema de decisiones democrático es el mejor *sucedáneo* del discurso moral, en la medida en que de todos los sistemas posibles de decisiones, es el que más se aproxima a sus exigencias de deliberación libre y de consenso. Por lo tanto es legítimo recurrir a él cuando el discurso moral genuino no puede generar la convergencia buscada de acciones y actitudes (sobre todo cuando urge una decisión colectiva).

Las reglas del discurso moral son constitutivas de la justicia de los resultados a los que él conduce; éste es un caso de "justicia procesal pura" en la terminología de John Rawls[11] o sea un

[10] Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984, cap. VIII.

[11] Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971, p. 85.

caso en que la justicia de una solución está definida por el procedimiento seguido para obtenerla, sin que haya criterios independientes para corroborar esa justicia. Este carácter constitutivo de la legitimidad de las soluciones se transfiere al procedimiento democrático, pero en la medida en que éste es un procedimiento *imperfecto* en relación al discurso originario, su capacidad justificatoria es sólo *prima facie*: la atribución de legitimidad a las soluciones obtenidas a través de él es revocable tan pronto se muestre que ellas no hubieran sido adoptadas en el discurso moral genuino, y que sólo lo fueron gracias a las desviaciones del procedimiento democrático respecto de la estructura del discurso moral. Esas desviaciones son inaceptables cuando ellas implican anular las precondiciones para que ese discurso subsista; esto es lo que fundamenta que la democracia esté limitada por el marco de una serie de derechos básicos.

El sistema democrático de toma de decisiones es, por lo tanto, el que tiene mayor capacidad para legitimar los cursos de acción que se adopten acerca del ejercicio del cuasimonopolio de la fuerza que detenta el Estado. Pero la decisión misma de constituir ese cuasimonopolio no es generalmente sometida al procedimiento democrático, además de ser dudoso que pueda ser legitimada por él, puesto que tal decisión parece estar determinada completamente por la necesidad de preservar los derechos básicos que, como vimos, condicionan ese procedimiento[12]. Es la exigencia de que los derechos, que hacen posible tanto la discusión moral genuina como su regimentación a través del sistema democrático, no se vean frustrados por actos u omisiones de otros, lo que justifica concentrar la fuerza disponible de una sociedad en ciertos órganos dispuestos a preservar esos derechos. El objetivo de promover los derechos individuales es, entonces, lo que justifica la existencia de un gobierno; cuando ese gobierno es democrático se da lugar a una presunción revocable de que los medios adoptados para materializar aquel objetivo son moralmente legítimos.

3. *La validez de las normas de origen autocrático*

Cuando las normas jurídicas se originan en un proceso ajeno a la libre discusión y al consenso explícito de, al menos, la mayoría de sus destinatarios, no rige la presunción de su justifi-

[12] Ver Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VIII.

cabilidad moral. Esto no quiere decir que el contenido de esas normas no pueda ser demostrablemente justo; si lo es, ellas son –como vimos– moralmente obligatorias con independencia de las circunstancias en que fueron dictadas. Pero la pregunta relevante es si no puede haber consideraciones relacionadas con el origen de estas normas, que, aunque sean de diferente índole de las que determinan la validez *prima facie* de las normas democráticas, fundamentan una cierta obligatoriedad moral aun cuando el contenido de aquellas normas sea, dentro de ciertos límites, objetable.

Una posible respuesta tiene estos lineamientos: se ha dicho que lo que justifica la existencia de un gobierno, o sea de un cuerpo de funcionarios que detentan el cuasimonopolio de la coacción en una sociedad, es la necesidad de proteger los derechos individuales básicos, puesto que una dispersión de la fuerza muy probablemente aumentaría la probabilidad de violaciones a tales derechos. Esto hace que *todo* gobierno relativamente estable y eficaz tenga cierta legitimidad *prima facie*, que está dada por el hecho de que la ausencia de un gobierno es probablemente peor, en cuanto a la frustración de derechos, que el peor de los gobiernos. Éste es el tipo de justificación de los gobiernos *de facto* que han sugerido muchos autores. Por ejemplo, Federico Rayces dice: "Y bien, ¿qué explicación tiene entonces el título de esos gobiernos? La única respuesta es la más simple y elemental. El derecho de un gobierno *de facto* a ejercer el mando político se expresa por esta razón, y sólc ésta: que necesariamente alguien tiene que mandar, que la sociedad política no puede pasarse sin mando. Por lo tanto si aquél a quien señala la Constitución no tiene ninguna posibilidad material de mandar, porque ha perdido los medios de imponer la obediencia, es necesario que mande aquel que cuenta con esos medios, así se trate de un revolucionario triunfante o de un usurpador" [13].

Sin embargo, esta línea de argumentación es endeble. En primer lugar, no se puede presuponer *a priori* que *cualquier* gobierno –aun el de Hitler– es mejor para preservar los derechos humanos que la ausencia de gobierno; ésta es una cuestión a ser demostrada, para lo cual debe partirse de la comprobación de un

[13] Rayces, Federico, *Base jurídica de los gobiernos de facto*, Bs. As., 1963, p. 12.

grado considerable de respeto por esos derechos. En segundo término, aun cuando se admita que *alguien* tiene que mandar, de allí no se sigue que está justificado que *cualquiera* mande. La misma estructura de razonamiento se muestra como falaz si, por ejemplo, partimos de la premisa que necesariamente alguien tiene que ir a luchar por el país en una guerra justa para llegar a la conclusión de que, en consecuencia, está justificado que vayan a luchar los jubilados. Además de probarse que alguien tiene que mandar –lo que, como dije, está en función de la preservación de los derechos– hay que probar que los que mandan son los más indicados para hacerlo.

Pero hay un aspecto que es rescatable en el argumento que estoy comentando: si bien es cierto que él no es hábil para fundamentar derecho alguno a asumir el poder estatal, también es verdad que, una vez que se asumió o usurpó ese poder, puede ser imposible un restablecimiento inmediato del régimen democrático y puede haber un costo considerable, siempre en términos de preservación de derechos, en una desobediencia generalizada a quienes detentan el poder. Por lo tanto, si las autoridades *de facto* se muestran respetuosas de los derechos básicos, hay consideraciones morales de orden, paz, seguridad, etc., en favor del reconocimiento de sus normas, que tienen un *cierto* peso y deben ser sopesadas fundamentalmente por los jueces, frente a las posibles desviaciones del contenido de esas normas respecto de exigencias de justicia (recordemos que cuando esas desviaciones no se producen y las normas son intrínsecamente justas, su origen es irrelevante). El peso de esas consideraciones en pro del reconocimiento de tales normas en virtud de su origen en quien detenta el poder efectivo, es radicalmente *inferior* al de las consideraciones en favor del reconocimiento de normas de origen democrático: ello es así porque en este último caso, además de las consideraciones análogas de orden, paz, seguridad, etc., se agrega, como consideración decisiva, la *presunción de justicia* del contenido de las normas, que está dada, como vimos, por el hecho de que ellas se han originado en un sucedáneo regimentado del discurso moral. En el caso de las normas de origen autocrático no hay tal presunción, y por eso la posible justicia del contenido de las normas debe verificarse en forma independiente y las eventuales conclusiones negativas a este respecto deben ser contrapesadas con las consideraciones de paz y seguridad a las que se aludió.

Pero obsérvese, además, que estas razones de paz social y seguridad son aplicables en plenitud mientras dura el régimen *de facto*. Cuando éste es reemplazado por un régimen *de iure* ya no es tan gravoso, en términos de esos valores, un desconocimiento generalizado de las normas dictadas por aquél, ya que el gobierno democrático puede reemplazarlas por otras.

Sin embargo, hay ciertos aspectos de las consideraciones referidas a la paz social y a la seguridad que siguen siendo aplicables a las normas *de facto* aun después de restablecido el sistema democrático de gobierno. Esos aspectos son los aludidos al comienzo cuando se dijo que alrededor de aquellas normas se entretejen multitud de relaciones privadas, públicas e internacionales que no es conveniente desconocer en forma global e indiscriminada. La vigencia de las normas en cuestión genera expectativas en la gente y estas expectativas dan lugar a planes individuales y a situaciones que no son fácilmente reversibles sin producir un estado de inseguridad. Estas circunstancias no fundamentan la existencia de *derechos morales* que deban ser necesariamente respetados, pero sí indican que hay intereses en juego que deben ser tomados en cuenta cuando ello no afecte auténticos derechos de otro. Es verdad que el que ha desarrollado expectativas sobre la base de un título otorgado por quien no tenía legitimidad para hacerlo, lo ha hecho a su propio riesgo, pero no hay razón para causarle daño frustrando esas expectativas cuando no hay derechos incompatibles con ellas.

Este tipo de consideraciones en favor del reconocimiento de las normas *de facto* bajo un régimen *de iure* son más débiles que las que pesan en pro de ese reconocimiento durante el mismo régimen *de facto*, y éstas –como vimos– a su vez, son considerablemente más débiles que las que favorecen el reconocimiento de normas de origen democrático aun cuando su contenido sea parcialmente objetable. Esta endeblez de las razones para reconocer normas *de facto* bajo un régimen democrático, sobre la base de su origen en quienes detentaban efectivamente el poder, hace que ellas sean fácilmente superadas por consideraciones que se refieren al carácter axiológicamente insatisfactorio del contenido de estas normas. Pero, no obstante, esto no es lo mismo que concluir que tales consideraciones no son operativas y que el origen de esas normas es tan irrelevante que da lo mismo que hayan sido dictadas por quienes detentaban el poder o, por ejemplo, por un rey en el exilio: aquellas consideraciones fundadas en la

estabilidad de las relaciones sociales conceden a las normas en cuestión una validez *prima facie* que, aun siendo fácilmente revocable, es suficiente como para fundamentar su obligatoriedad hasta que sean revisadas por los órganos competentes. No se trata de normas inexistentes, sino de normas de un grado muy bajo de validez *prima facie*, que de ser revocadas deben serlo por los órganos competentes (así como es necesario receptar la idea de validez *prima facie*, que indica el hecho de que ella surge de *algunas* razones o principios morales que pueden ser desplazados por otros de mayor jerarquía, es también necesario adoptar la idea de que la validez admite *grados* según la jerarquía de los principios o consideraciones en los que se funda).

La cuestión que debe plantearse a continuación es la de cuáles son los órganos competentes para revisar la validez de esta clase de normas.

4. *La división de poderes frente a las normas "de facto"*

Una vez que se tiene en claro que la justificación de las decisiones judiciales sólo puede ser en última instancia de índole moral, surgen problemas serios respecto de la articulación del principio que fundamenta la división de poderes, ya que se muestra inoperante el principio tradicional fundado en el hecho de que, mientras corresponde al Poder Legislativo y al Ejecutivo decidir cuestiones políticas o morales en un sentido lato, el Poder Judicial debe limitarse a aplicar el derecho sin incurrir en ese tipo de consideraciones.

Advirtiendo este problema, Ronald Dworkin[14] ha intentado distinguir entre dos tipos de consideraciones morales o valorativas que pueden invocar, respectivamente, los poderes políticos y el poder judicativo: las consideraciones acerca de *derechos* y las que se refieren a *objetivos sociales colectivos*. Los derechos, establecidos por principios, difieren de los objetivos colectivos, definidos por políticas, en que los primeros son distributivos e individualizados (proveyendo oportunidades y ventajas a *cada* miembro de la clase que goza de ellos), mientras que los segundos son de carácter global o agregativo (siendo irrelevante la dis-

[14] Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, p. 90 y siguientes.

tribución de los beneficios que ellos implican). Además, los derechos prevalecen sobre los objetivos colectivos, constituyendo un límite o umbral a la persecución de éstos.

Según Dworkin, la tesis de que los jueces deben invocar principios que dan lugar a derechos y no políticas que definen objetivos permite superar dos objeciones en contra de que los jueces incursionen en cuestiones valorativas: una de ellas se refiere a que estas cuestiones deben dejarse en manos de órganos que responden a las valoraciones vigentes en la sociedad; la réplica de Dworkin es que esto se aplica a la determinación de políticas y no a la formulación de principios, ya que aquéllas pero no éstos deben resultar de la resolución de los conflictos de intereses a través de los procedimientos democráticos. La segunda objeción tradicional en contra de la apelación de los jueces a consideraciones morales es que ello implica una regulación retroactiva; según Dworkin, eso es verdad respecto de la determinación de objetivos sociales, pero no de derechos que preexisten a la decisión judicial (debido a su concepción antipositivista, Dworkin califica estos derechos de "jurídicos", pero lo mismo se sigue si, como aquí se hace, se los concibe como "morales").

Esta distinción de Dworkin ha sido objeto de objeciones importantes[15] y, en verdad, aunque tiene aspectos interesantes que podrían ser objeto de desarrollos ulteriores, no resulta fácil de articular: si se parte de una concepción robusta de los derechos según la cual éstos tienen como contrapartida no sólo deberes pasivos sino también activos[16], buena parte de la actividad que normalmente corresponde al gobierno consiste en promover los derechos individuales más que en perseguir objetivos colectivos de índole global.

Sin embargo, podría proponerse una reformulación de la distinción entre consideraciones morales que cumple con el papel que Dworkin asigna a la suya sin poner el acento en el carácter distributivo o agregativo de esas consideraciones: si fuera válida una justificación de la democracia como sucedáneo regimentado del discurso moral, tal como lo he propuesto, puede distinguirse entre los *presupuestos*, tanto de ese discurso como del procedimiento democrático que lo reemplaza en ocasiones,

[15] Ver, por ejemplo, Greenawalt, K., *Policy, Rights, and Judicial Decisions*, en "Georgia Law Review", setiembre 1977, vol. 11, nº 5, p. 991.

[16] Ver, en este punto, Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VII.

de lo que es *materia* de la discusión y de la decisión democrática. Hay un conjunto de derechos básicos –como el derecho a la vida, la libertad de expresión, etc.– que son esenciales para que la discusión moral fuera y dentro del procedimiento democrático, subsista y progrese. Los jueces deben vigilar que esos derechos se respeten en plenitud. Pero lo que va más allá de esos derechos –aun cuando sea un aspecto positivo de ellos mismos– constituye el objeto de deliberación y consenso y, cuando a través de ellos se adopta una cierta solución, ella goza –como vimos– de una presunción *prima facie* de legitimidad. Los jueces, cuya designación y actividad no están sometidas a los mecanismos de discusión pública y aprobación mayoritaria, deben, en principio, aceptar la presunción de justicia de las normas que sí se originan en esos mecanismos, salvo que ellas violen los derechos básicos que subyacen a la capacidad justificatoria de procedimiento democrático o representen, a su juicio, una desviación tan extrema de exigencias de justicia que su observancia no es compatible con la responsabilidad moral de los jueces.

El caso de las normas *de facto* es radicalmente diferente. Como vimos, si bien hay consideraciones relativas a su origen que tienen *algún* peso en pro de su reconocimiento, ellas no generan una presunción de que su contenido es justo. Esto debe ser determinado con independencia de su origen y los jueces no pueden descargar su responsabilidad moral de adoptar decisiones justificadas si no proceden a examinar si el contenido de las normas es axiológicamente satisfactorio. Por supuesto, si la respuesta es afirmativa, los jueces están moralmente obligados, como se dijo, a aplicar la norma con independencia de su origen; si, por ejemplo, una norma penal es la mejor que podía haber sido dictada o un nombramiento ha sido hecho a través de procedimientos ecuánimes, no importa quién dictó la norma o hizo el nombramiento. Si la respuesta es negativa, hay todavía cierta posibilidad de hacer un balance entre las consideraciones de seguridad y orden relacionadas con el origen de la norma y la desviación de su contenido de exigencias valorativas; pero la desviación debe ser poco importante para que el balance sea apropiado, pues, como se dijo, las consideraciones concernientes al origen de las normas *de facto* son de escaso peso, sobre todo cuando se está ya dentro de un régimen *de iure*.

Esta conclusión implica que los jueces deben adoptar frente a las normas *de facto* –sean generales o particulares– una actitud

substancialmente distinta de la que corresponde ante las normas que tienen origen democrático: ellos están obligados a examinar hasta qué punto tales normas son justas, para lo cual deben descartar, en estos casos, limitaciones concebidas en función de normas *de iure*, tales como las de la "no justiciabilidad" de ciertas cuestiones[17]. Dado que la Constitución Nacional misma establece, en su Preámbulo, y en la parte programática, parámetros valorativos que van más allá de la consagración de derechos básicos, que, bajo un gobierno *de iure*, corresponde a otros poderes interpretar, los tribunales deben extender el recurso extraordinario por inconstitucionalidad a los casos de injusticia intrínseca de las normas *de facto*, manteniéndose las restantes limitaciones a la respectiva declaración de inconstitucionalidad[18].

Ciertamente esta estrategia, de ser adoptada, podría producir alguna inseguridad debida a posibles divergencias judiciales sobre la justicia de una norma. Éste es, sin embargo, un costo menor comparado con los que están involucrados en las otras alternativas. Las divergencias pueden atenuarse si se recurre a los procedimientos usuales de unificación de jurisprudencia (que suelen ser muy lentos) y, además, si los jueces son conscientes de esa posible inseguridad y prestan atención a los precedentes de otros tribunales.

De cualquier modo, si se produce un grado indeseable de incertidumbre pueden intervenir los poderes políticos dictando las normas correspondientes. Por otra parte, los particulares están vinculados por las leyes *de facto* hasta que ellas sean revisadas judicialmente en cada caso, salvándose las situaciones urgentes e irreversibles mediante los recursos y acciones pertinentes.

Por supuesto que esta facultad judicial no excluye la facultad de rechazar las normas en cuestión por parte de los órganos *de iure* que son competentes para regular la materia de tales normas *de facto* (p.ej., el Congreso respecto de los Códigos de fondo). Esta facultad de rechazo[19] es más amplia que la de derogación, puesto que ésta supone una validez *plena* de las normas que se derogan, mientras aquí se trata de normas de validez *precaria*. Esto hace que el rechazo de las normas *de facto* no esté sometida a las limitaciones de la derogación de las normas *de iure*, por ejemplo las que se refieren a la inamovilidad de ciertos funcionarios o a la ultractividad de una ley penal intermedia más benigna. Las reglas que consagran estas limitaciones se refieren a normas de validez plena, y las razones que conceden una validez *prima facie* a las normas de origen autocrático no tienen el peso suficiente para determinar ese grado de validez.

[17] Me refiero a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en el sentido de que los actos políticos de los poderes políticos no constituyen un caso judicial y su constitucionalidad no puede, en consecuencia, ser revisada por los tribunales (p.ej., *Fallos*, 53:420; 54:180; 195:440; 247:121; 247:708; *LL*, 30-626, 100-47, 103-387, etcétera).

[18] Como la limitación de su aplicabilidad al caso concreto en que la cuestión se plantea según la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (ver, p.ej., *Fallos*, 247:700; 248:702; *RepLL*, XXI-184, sum. 28).

5. *Conclusiones*

Creo que la estrategia que he propugnado para tratar a las normas *de facto*, y que se basa en la noción moral de la validez de las normas jurídicas, que he expuesto en los ensayos precedentes, está exenta de las principales dificultades de las que corrientemente se proponen. Ella evita dar a esas normas el mismo *status* que las de origen democrático, sin caer en excepciones *ad hoc*, indeterminaciones insolubles o en la postulación de un

[19] Aprovecho aquí una terminología propuesta por Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1979 quienes en la derogación de una norma distinguen dos momentos: el acto de rechazo que realiza el legislador y la eliminación de la norma del sistema. Estos autores aclaran que se puede rechazar (aunque no eliminar) una norma inexistente, o sea una norma que no pertenece al sistema. Aquí modifico ese concepto de rechazo oponiéndolo al de derogación y aplicándolo a normas que no es que no existan (en el sentido descriptivo equivalente o bien a vigencia o a pertenencia a un sistema), sino que gozan de una validez (en el sentido de fuerza obligatoria) precaria por no estar alcanzadas por la presunción de justicia que beneficia a las normas de origen democrático. De este modo, yo distingo entre la derogación de las normas de validez plena y el rechazo de las normas de validez precaria. Ambos actos, que, a diferencia de la revisión judicial, tienen carácter *erga omnes*, deben ser realizados (para evitar los problemas de invasión de competencia a que se alude en el texto) por los mismos órganos que están autorizados a dictar las normas según la materia sobre la que ellas versan; la diferencia está, obviamente, en que el rechazo, por definición, no implica el reconocimiento de validez plena hasta el momento de producirse. El uso en "Aramayo" de la expresión "desechar" en lugar de "derogar" hace suponer que la Corte también pensó en la posibilidad de una cancelación más radical de las normas *de facto*.

vacío normativo peligroso. Es conveniente resumir los elementos de esta estrategia a través de las siguientes proposiciones:

a) Las normas dictadas por un régimen *de facto* no gozan de la presunción de que lo que ellas prescriben es justo, que beneficia a las normas derivadas de un procedimiento democrático que opera en el marco de ciertos derechos básicos.

b) No obstante, las normas *de facto* poseen un bajo grado de validez *prima facie* que está determinado por consideraciones de paz social y seguridad, consideraciones que tienen todavía menor peso cuando el régimen autocrático ha cesado.

c) Esta validez *prima facie* de las normas *de facto* hace que ellas sean obligatorias hasta que su adecuación axiológica sea examinada por órganos competentes, pero de ningún modo suple ese examen; a lo sumo puede ser necesario hacer un balance entre las consideraciones de seguridad concernientes al origen de las normas y la satisfacción de exigencias de justicia.

d) Si una norma *de facto* es intrínsecamente justa ella es moralmente obligatoria con independencia de su origen.

e) Los jueces, que frente a normas de origen democrático están vinculados por la presunción de que su contenido es justo (salvo la violación de derechos básicos o desviaciones axiológicas extraordinarias), no pueden descargar su responsabilidad moral frente a normas *de facto* sin pronunciarse sobre la justicia de su contenido; para ello deben ampliar el alcance del recurso extraordinario por inconstitucionalidad y dejar de lado limitaciones a su tarea que están en función de normas *de iure*.

f) Los órganos *de iure* competentes para dictar normas con el mismo contenido de las *de facto* pueden rechazar éstas; esa facultad es más amplia que la de derogar normas con validez plena, ya que no está sometida a condicionamientos como el de la inamovilidad de ciertos funcionarios o el de la ultractividad de una ley penal intermedia más benigna.

g) Dada la precariedad de la validez de las normas de origen autocrático ellas no generan derechos adquiridos antes de que se haya corroborado la legitimidad de lo que ellas disponen por parte de los órganos constitucionales competentes[20]; ello no excluye que la existencia de tales normas haya dado lugar a expectativas que deben ser respetadas si no entran en conflicto con derechos genuinos de otros o con intereses significativos de la sociedad.

[20] Por supuesto que en materia de derechos adquiridos hay que distinguir entre las situaciones normativas que tienen su origen en actos de índole privada –en los que el consentimiento de un particular es decisivo para la validez de la relación y la eventual intervención de un funcionario sólo tiene por objeto certificar ese consentimiento y otras condiciones– y las situaciones normativas que se originan en un acto de índole pública en las que la validez de la relación generada depende de la legitimidad de quienes ejercen el poder para disponer de bienes colectivos. Sólo el último tipo de situaciones normativas es revisable; respecto del primer tipo, el consentimiento de quien es capaz de disponer de sus derechos y bienes sanea su posible iniquidad, salvo que ese consentimiento esté constreñido por normas generales notoriamente injustas.

VI. ¿SON PRESCRIPCIONES LOS JUICIOS DE VALOR?

1. *Análisis del discurso práctico en términos de razones para actuar*

Si los juicios que predican validez de normas jurídicas en el marco de un discurso jurídico justificatorio constituyen, como he insistido en los ensayos anteriores, una subclase de juicios morales (caracterizada por derivar de juicios que otorgan legitimidad a fuentes sociales de directivas), es entonces sumamente relevante para la teoría general del derecho tomar partido acerca de la naturaleza de los juicios valorativos en general. Como se sabe, hay concepciones de metaética que los consideran juicios descriptivos de ciertos hechos, sean empíricos o no naturales; otras los interpretan como expresiones de emociones; y hay también teorías que los conciben como prescripciones.

En lo que sigue voy a intentar explorar algunos aspectos del último tipo de teorías que he mencionado. Si los juicios valorativos fueran prescripciones, no sería fácil distinguir los juicios de validez que formula un juez como fundamento de su decisión, de los que emite un legislador; como esos juicios de validez se refieren a normas jurídicas parecería, además, que se trataría de prescripciones respecto de prescripciones, lo que constituye un género bastante extraño. Por otra parte, si aceptamos que los juristas formulan juicios de validez de carácter justificatorio –sea de la variedad "hipotética" de Kelsen, que he examinado en el ensayo I, sea de una variedad que conserva la dimensión pragmática de estos juicios– sería del caso preguntarse quiénes son ellos para formular prescripciones.

Para hacer esta exploración de la supuesta naturaleza descriptiva de los juicios valorativos en general (y de los de validez

jurídica en particular), me voy a valer de la idea de razones para actuar.

El análisis del discurso práctico en términos de razones para actuar, que ha resurgido últimamente después de un largo eclipse (a pesar del lugar central que ocupa en teorías de filósofos tan influyentes como Aristóteles, Santo Tomás y Kant), es a veces cuestionado como una forma de explicación *obscurum per obscurius* o, en el mejor de los casos, como una forma de decir en un lenguaje extremadamente vago lo mismo que se puede expresar en un lenguaje que ha sido enriquecido por muchas precisiones y distinciones teóricas, como es el lenguaje normativo que hace uso de conceptos tales como el de obligación y el de permisión.

Sin embargo, que los enunciados que expresan que hay razones para realizar cierta acción –que constituyen típicos enunciados del discurso moral o prudencial– no pueden reducirse fácilmente a enunciados normativos acerca de lo que se debe hacer o es obligatorio hacer, lo muestra el hecho de que mientras que de un enunciado del primer tipo se infiere que hay también razones para hacer todo lo que contribuye a la realización de la acción en cuestión, de un enunciado que expresa que una acción es debida u obligatoria no se infiere que también lo sea todo lo que contribuye a la realización de esa acción (si hay razones para presentarse a cumplir con el servicio militar en un cuartel, necesariamente hay también razones, aunque puedan ser superadas por otras, para tomar un tren que conduce al cuartel; en cambio, de la obligatoriedad de la acción de presentarse al servicio militar en un cuartel no se infiere la obligatoriedad de la de tomar el tren).

Me propongo mostrar que el análisis del discurso práctico en términos de razones para actuar, lejos de obscurecer las distinciones que se han formulado respecto del lenguaje normativo, sirve para vislumbrar algunas nuevas distinciones que son sumamente relevantes, sobre todo para la elucidación del carácter de los juicios éticos.

Es posible distinguir en contextos jurídicos, dos especies de juicios de "deber" que no son, a primera vista, descriptivos. Una de ellas puede ejemplificarse con una regla como la del art. 3425 del Código Civil argentino, que dice que "el tenedor de una herencia debe entregarla al heredero con todos los objetos hereditarios que estén en su poder...". El otro tipo de juicios de "deber" puede ilustrarse con el comentario que hace un jurista

sobre el artículo mencionado cuando dice que "la ley no se ocupa del caso en que (el tenedor de los bienes hereditarios del que habla el art. 3425) hubiese vendido algunos de ellos, y la solución es: que debe restituir el precio obtenido por la venta si el poseedor es de buena fe..."[1]. Se sostiene comúnmente que el primer tipo de juicio de "deber" es *prescriptivo*; tales juicios no dan cuenta de ningún hecho, por lo que no pueden ser ni verdaderos ni falsos. En cuanto a la otra clase de juicios de "deber" formulados por los juristas y jueces, si bien en otros contextos su interpretación puede ser dudosa, en un caso como el ejemplificado no puede tratarse de un juicio descriptivo (ya que se reconoce que está ausente el objeto de la descripción putativa).

Si se considera que hay sólo dos clases exhaustivas de juicios de "deber" (los prescriptivos y los descriptivos), lo más plausible parece ser asimilar un juicio como el ejemplificado en último término a un juicio de "deber" del primer tipo, o sea el emitido por el legislador (esta asimilación puede estar detrás de la idea de que la doctrina, como la legislación, es una "fuente de derecho").

2. *El enfoque prescriptivista de los juicios de valor*

Tal asimilación presupone una concepción prescriptivista de los juicios valorativos. La idea es que un juicio de valor –como podemos suponer que es, en definitiva, el que el jurista del ejemplo ha formulado si se le da alcance justificatorio– comparte ciertos rasgos esenciales con las reglas jurídicas: como su significado central y distintivo no hace referencia a ningún hecho sino que tiende a influir en la conducta de sus destinatarios, tanto las reglas jurídicas como los juicios valorativos no pueden ser ni verdaderos ni falsos.

Pero esta asimilación es todavía más profunda debido a la asociación que se hace tanto de las normas jurídicas como de los juicios valorativos con una tercera clase de prescripciones: las órdenes o mandatos.

En el caso de las normas jurídicas, su asociación con órde-

[1] Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Bs. As., Tea, 1958, p. 267.

nes o mandatos es muy difundida y fue expresamente propugnada sobre todo por John Austin[2], para quien las normas jurídicas no son más que órdenes generales respaldadas por amenazas y emitidas por el soberano de una sociedad políticamente independiente. Esta teoría imperativista de las normas jurídicas ha recibido objeciones obvias y contundentes (p.ej., por no dar cuenta de la generalidad de las reglas del derecho, por dejar de lado a las costumbres, por no hacer lugar a las normas que confieren derechos y potestades, etcétera)[3]. Sin embargo, estas objeciones no impiden que cuando se procura explicar el significado y función de las normas jurídicas generalmente se acuda a una analogía con las órdenes y mandatos.

En relación a los juicios valorativos, la teoría prescriptivista –sobre todo en la versión sumamente elaborada de R. M. Hare[4]– establece una asociación estrecha entre ellos y los imperativos.

Según Hare, los juicios valorativos no son en sí mismos imperativos; pero de todo juicio de valor se infiere necesariamente un imperativo. Así, del juicio de valor "no se debe mentir" se deduce el imperativo "¡no mientas!". Hare señala varias diferencias importantes entre un juicio de valor y, por ejemplo, una orden, tales como la "universabilidad" –a las que luego me referiré–, que son propiedades intrínsecas del primer tipo de juicio pero no del segundo. Sin embargo, a pesar de estas diferencias entre juicios de valor e imperativos, no sólo de todo juicio de valor se infiere un imperativo, sino que, según este autor, ambos tipos de juicios pertenecen a la clase general de las prescripciones. Una prescripción se caracteriza por la circunstancia de que asentir sinceramente a ella no involucra una creencia acerca de algún hecho sino adoptar una decisión o realizar una acción.

No resulta claro a qué alude exactamente Hare cuando habla de "imperativos". Obviamente no se trata de cualquier oración formulada en el modo gramatical imperativo: un enunciado prescriptivo puede prescindir perfectamente de ese modo ("desde hoy te levantarás temprano"), y un enunciado descriptivo

[2] Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1971.

[3] Ver principalmente Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963.

[4] Hare, R. M., *The Language of Morals*, Oxford, 1952.

puede formularse a través del modo imperativo ("para ir al teatro Colón camine dos cuadras y doble en Libertad").

Si el modo gramatical fuera decisivo para caracterizar a los imperativos que según Hare se deducen de todo juicio de valor, no estaría por ello garantizada la índole prescriptiva de tales juicios (puesto que, como lo sugiere el último ejemplo, un enunciado formulado en el modo imperativo puede deducirse de enunciados puramente descriptivos). Si, en cambio, se admitiera el carácter prescriptivo de los juicios de valor sobre la base de elementos independientes de la deducibilidad de imperativos, resultaría de cualquier modo problemático demostrar que de todo juicio valorativo se puede inferir un enunciado formulable en el modo imperativo y que esto es distintivo de este tipo de juicios.

Se debe suponer, entonces, que cuando Hare hace referencia a imperativos toma en cuenta una clase de enunciados que se identifican por algún rasgo más profundo que su mera formulación gramatical. Es sumamente difícil determinar cuáles son esos rasgos a los que Hare apunta (fuera de las propiedades que, según él, distinguen a todo el lenguaje descriptivo, como es la presencia de un "néustico" característico). Sin embargo, cualesquiera que esos rasgos sean, no hay duda de que Hare considera que un caso paradigmático de imperativos está constituido por las órdenes y mandatos, y hasta propone usar el término *command*[5] –que equivale aproximadamente a "orden" o "mandato"–, para referirse en forma general a los imperativos que le interesa discutir en relación con los juicios de valor.

3. *Normas jurídicas, juicios valorativos y órdenes*

Ahora bien, si tomamos este trío formado por las reglas jurídicas, los juicios de valor y las órdenes es bastante claro que no obstante la asociación que suele hacerse entre las dos primeras y la última clase de enunciados (lo que implicaría, a su vez, cierta semejanza relevante de las dos primeras entre sí), el comportamiento de cada una de estas especies de enunciados es marcadamente diferente.

Hay rasgos que, aparentemente, comparten las normas jurídicas y los juicios valorativos y que distinguen a ambos de las

[5] Hare, *The Language of Morals*, p. 4.

órdenes. Por ejemplo, estas últimas no pueden ser retroactivas, mientras que tanto las normas jurídicas como los juicios valorativos pueden lógicamente referirse a actos cuya ocasión temporal es anterior al momento de la formulación del juicio o de la promulgación de la norma (lo que es independiente de la objetabilidad axiológica de las leyes retroactivas). Por otro lado, no se ve claramente cuál sería el sentido de una orden que se refiriera, total o parcialmente, a la conducta de quien la emite; en cambio, esto no presenta problema alguno en el caso de juicios valorativos y normas jurídicas.

Hay otros aspectos obvios que caracterizan a las normas jurídicas, pero no a los juicios valorativos y a las órdenes, como el hecho de que su existencia puede depender de su pertenencia a cierto sistema de normas, el que deban ser aplicables por ciertos órganos especiales de adjudicación, etcétera.

Pero las diferencias más notorias se dan entre las normas jurídicas y las órdenes, por un lado, y los juicios valorativos, por el otro.

Por empezar, no hay duda de que de las órdenes no se puede predicar verdad o falsedad, hasta el punto que es gramaticalmente defectuoso intentar expresar una orden al tiempo que se la califica de verdadera (no se puede decir, "es verdad que cierre la puerta"; se podría decir, "es verdad que hay que cerrar la puerta"; pero esto no sería normalmente entendido como una orden sino, en todo caso, como la descripción de una orden). Tampoco se puede predicar verdad o falsedad de las normas jurídicas, aunque en este caso un texto legislativo que dijera "es verdad que el inquilino debe pagar el alquiler", no sería gramaticalmente chocante ni interpretado como una descripción, sino tomado como una forma pintoresca de expresarse. En cambio, en el caso de los juicios de valor la predicación de verdad o falsedad es absolutamente corriente y gramaticalmente impecable: "es falso que el bien común deba prevalecer sobre los derechos individuales básicos"; "es verdad que la pena de muerte es injusta" (por supuesto que la mayor o menor plausibilidad gramatical de la predicación de verdad o falsedad no incide en la posibilidad de tal predicación, pero puede ser síntoma de otros factores que sí son relevantes para ella).

Luego están las diferencias que marca el mismo Hare entre juicios valorativos e imperativos. Una es la "superveniencia". Si un pasajero de un tren le dice a su vecino de asiento

"no debe fumar en este vagón, pero sí puede hacerlo en el siguiente", está comprometido a indicar alguna diferencia fáctica relevante entre uno y otro vagón (como es la existencia de un cartel de prohibición en uno pero no en el otro). En cambio, eso no ocurre en el caso de una orden o de una norma jurídica. Si el reglamento del ferrocarril dispone que no se debe fumar en los vagones pares pero sí se puede en los impares, no se presume que esto tiene que estar fundado en alguna diferencia fáctica relevante entre las dos clases de vagones. Otro rasgo distintivo de los juicios valorativos es su "universabilidad" (que tal vez esté vinculado con el rasgo anterior). El que formula un juicio valorativo, o asiente seriamente a él está comprometido a extenderlo a todas las situaciones que presentan las propiedades que son relevantes para el juicio valorativo en cuestión. Si alguien dice, por ejemplo, "Pedro Manolarga debe ir a la cárcel por haber robado", presupone el principio universal de que todo el que roba debe ir a la cárcel. Por supuesto, puede admitirse excepciones (como el estado de necesidad), pero toda excepción a un principio debe ser una excepción "en" el principio, o sea tiene que fundarse en una propiedad que define la clase de situaciones a las que el principio se aplica. Por otro lado, las excepciones no pueden referirse a situaciones que sólo se identifican a través de nombres propios. Por cierto que tanto las normas jurídicas como las órdenes carecen de esta nota de universabilidad; en el caso de las normas jurídicas esto está determinado por el hecho de tener un cierto ámbito definido de validez espacial y temporal.

Como bien lo advierte Hare, estos dos últimos rasgos distintivos de los juicios valorativos están intrínsecamente relacionados con el hecho de que tales juicios necesariamente evocan *razones* en su apoyo. Hare dice[6]: "El juicio moral 'Usted no debe fumar en este compartimiento' tiene que hacerse teniendo en mente algún principio moral general y su propósito tiene que ser o bien la invocación de ese principio o la indicación de un caso en que él es aplicable... No siempre tiene sentido preguntarse acerca de él. El hablante no puede negar que hay tal principio. El mismo punto podría presentarse en forma diferente diciendo que si formulamos un juicio moral particular, siempre

[6] Hare, *The Language of Morals*, p. 172.

se nos puede pedir que demos razones en su apoyo; las razones consisten en los principios generales bajo los cuales es subsumible el juicio moral..."

Una vez que estos rasgos distintivos de los juicios valorativos se articulan en términos de razones, se ve con claridad como ellos difieren radicalmente, en este aspecto, de las órdenes y normas jurídicas.

4. *Los juicios de valor y la presuposición de razones*

Si yo digo, por ejemplo, a un colega de la universidad, "debes ser más considerado con los alumnos que se sientan en la parte de adelante del aula que con los que lo hacen atrás", y, ante su pregunta obvia "¿por qué razón?", contesto, "no hay ninguna razón, se me ocurre nomás", mi colega me mirará asombrado, pensando, en el mejor de los casos, que soy inconsistente, en algún sentido, y que mi acto lingüístico, es en ese sentido, ininteligible. En cambio, si ordeno a un alumno salir del aula, y, frente a su pregunta acerca de la razón para hacerlo, contesto igual que en el caso anterior, el alumno pensará seguramente que soy dictatorial, arbitrario e irrazonable, pero de ningún modo pensará que incurro en algún tipo de inconsistencia o alegará que no puede entender cabalmente qué quise decir con lo que dije o qué quise hacer al decir eso. Exactamente lo mismo ocurre en el caso de las normas jurídicas; si no se puede identificar razón alguna en su apoyo, una norma jurídica podrá ser injusta o arbitraria, pero de aquí no se sigue que hay algo lógicamente defectuoso en la formulación de la norma en cuestión.

Esta característica diferencial de los juicios valorativos puede hacer pensar que un juicio de esta índole, que expresa que debe realizarse cierta conducta, implica un juicio del tipo "hay razones para hacer *X*". Joseph Raz[7] sostiene la tesis más fuerte de que ambos tipos de enunciados son lógicamente equivalentes, ya que las premisas que justifican un juicio justifican también el otro. Sin embargo, como está sugerido en lo que se dijo al comienzo, las premisas "hay razones para *q*" y "*r* contribuye a realizar *q*", justifican "hay razones para *r*", pero no justifican

[7] Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, London, 1975.

"se debe realizar *r*"; en cambio, parece que todo enunciado que justificara a este último justificaría también al primer enunciado[8].

Si, como dice Hare, las razones que subyacen a los juicios valorativos son ciertos principios generales[9], todo juicio valorativo implicaría el juicio de que existe un principio general aplicable al caso. Aquí "existe" puede ser analizado en forma diferente según la índole del juicio valorativo y la teoría metaética que se adopte. Respecto de los juicios morales, por ejemplo, una teoría como la "del punto de vista moral"[9-1] analizaría un enunciado acerca de la existencia de cierto principio moral en términos de su aceptabilidad hipotética por cualquiera que no estuviera emocionalmente perturbado, conociera todos los hechos relevantes, fuera suficientemente imparcial, tomando en cuenta los intereses de todos por igual, etc.; por su parte, una teoría convencionalista, como la de Harman[10], analizaría un enunciado acerca de la existencia de un principio moral en términos de su aceptación efectiva por cierto grupo social, contextualmente indicado, al que pertenecen el juzgador y el juzgado.

Una norma jurídica o una orden no implican, en cambio, un juicio acerca de la existencia de razones para realizar la acción prescripta. Esto explica que no sea inconsistente dictar una norma jurídica o una orden y negar que haya otras razones para realizar la acción en cuestión que no sea *la misma norma u orden que se dicta*.

5. *Las normas y órdenes y la constitución de razones*

Esto nos sugiere que las ordenes tienen una relación diferente con las razones para actuar que la que distingue a los juicios valorativos: las reglas de derecho y las órdenes no indican la existencia de razones para actuar sino que con ellas mismas se pretende constituir parte de tales razones. Como dicen Benn y

[8] Raz trata de explicar diferencias entre ambos tipos de juicios, que están relacionadas con lo que aquí señalo en términos de razones estilísticas y presuposiciones conversacionales.

[9] Ver también en este punto Richards, David A. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.

[9-1] Ver un desarrollo de este punto en mi libro *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984, cap. III.

[10] Harman, Gilbert, *The Nature of Morality*, New York, 1977.

Peters[11], las órdenes, a diferencia de los juicios morales y científicos, son el tipo de expresiones que no comprometen a dar razones.

Raz[12] ha señalado el hecho de que las órdenes y las reglas –si son válidas–, constituyen un tipo especial de razones de segundo orden que llama "excluyentes" (son razones para no tener en cuenta otras posibles razones para no realizar una cierta acción). Esta supuesta especifidad de las razones generadas por reglas y órdenes es cuestionable, pero no es relevante para lo que aquí interesa destacar. Ello es otro aspecto que ha puesto de manifiesto el mismo Raz recientemente[13]. Es la *formulación* de una orden (por cierta persona, en ciertas circunstancias) lo que está dirigido a configurar una razón para actuar para el destinatario de esa orden. Tal razón se genera por el acto de comunicar la orden y no por el contenido de ésta (que es, obviamente, relevante para especificar la razón en cuestión)[14].

En el caso de la orden a un alumno para que salga del aula, ante su pregunta por la razón para salir del aula, siempre se puede contestar "su única razón para hacerlo es que yo se lo estoy ordenando; no hay ninguna otra razón". La orden no informa acerca de la pre-existencia de ciertas razones para realizar la conducta prescripta sino que la emisión de tal orden procura hacer aplicable una razón independiente en favor de esa acción. Esa razón es siempre una razón auxiliar que especifica la aplicabilidad de una razón operativa, de índole moral o prudencial. A veces la formulación de una orden se combina con consideraciones morales que dan autoridad al emisor; otras veces se combina con consideraciones prudenciales relacionadas, generalmente, con el deseo de eludir la materialización de cierta amenaza que acompaña a la orden; en muchas ocasiones la emisión de la orden se combina con ambos tipos de razones operativas, constituyendo, así, varias razones completas para actuar[15].

[11] Benn, S. I. y Peters, R., *Social Principles and the Democratic State*, London, 1977, p. 21 y 22.

[12] Raz, *Practical Reasons and Norms*, London, 1975.

[13] Raz, Joseph, *Autoridad y consentimiento*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", p. 391.

[14] Ver Richards, *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.

[15] Raz, *Autoridad y consentimiento*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", p. 391.

Raz sostiene que también en el caso de los pedidos es su formulación lo que constituye una razón para actuar. En prueba de esto, Raz señala que es posible informar a otro que uno tiene un deseo o necesidad, que él podría satisfacer, sin *pedirle* que lo haga. Cuando se hace un pedido se procura que el mismo acto de formularlo constituya una razón para el destinatario para realizar la acción en cuestión (suponiendo que tenga alguna razón operativa que haga relevante el pedido en cuestión: en general se acepta un principio moral que prescribe satisfacer los pedidos de la gente, cuando esto no involucra un costo que se aprecia en función de la relación que se tiene con la persona en cuestión y de la necesidad que se pide satisfacer; generalmente se supone que estamos más obligados a satisfacer un pedido o un ruego que a satisfacer un deseo de alguien que no nos pidió hacerlo).

Aparentemente las normas jurídicas son análogas en este aspecto a las órdenes y los pedidos. Ellas no parecen afirmar la existencia de razones para actuar, sino que su dictado está dirigido a *constituir* parte de una razón moral o prudencial de sus destinatarios para realizar la acción indicada. Por supuesto que la formulación de una norma jurídica, así como la formulación de una orden, puede fracasar en la constitución de una razón para actuar. Del mismo modo que, si un chico con quien nos cruzamos en la calle nos ordena sacarnos los pantalones, seguramente fracasará en su intento de generar en nosotros una razón para hacerlo, también una norma jurídica puede fracasar en crear razones para realizar la acción indicada si sus destinatarios son escépticos acerca de la legitimidad moral o la eficacia coactiva de quienes la dictan o la aplican. Pero la formulación tanto de una orden como de una norma jurídica tiene que estar dirigida a generar razones para actuar; de lo contrario no se entenderá que se ha formulado una orden o una norma sino otro tipo de enunciado (tal como una expresión de deseos).

6. *La autoridad científica, jurídica y moral*

Raz sostiene que hay un contraste marcado entre las órdenes y los juicios teóricos o descriptivos en cuanto a su relación con razones: "Normalmente, el que uno afirme que algo es el caso es, a lo sumo, una razón parasitaria antes que una razón original para sostener que ello es, en efecto, el caso. Esto es,

normalmente una afirmación es una razón para creer en su contenido, solamente en la medida en que sea una razón para creer que el hablante tiene otros fundamentos para aceptarlo..." [16].

Si ahora aplicamos esta distinción a los juicios valorativos, es fácil advertir que, en este aspecto, ellos son análogos a los juicios descriptivos y no a las órdenes y normas jurídicas. El que formula un juicio valorativo como, por ejemplo, "la pena de muerte es moralmente ilegítima" no pretende que esa formulación por parte suya en ciertas circunstancias constituya una razón que afecte a la legitimidad de la pena de muerte, de modo que, si él no hubiera emitido tal juicio, el *status* moral de la pena de muerte sería diferente. Con esa formulación no se pretende *crear* razones en contra de la pena de muerte, sino llamar la atención sobre la pre-existencia de tales razones. Por supuesto, el que uno formule un juicio moral puede influir en el comportamiento de la gente (en muchos casos ése es el propósito con el que se lo formula), pero esto es porque tal formulación propaga la *creencia* de que hay razones para actuar, no porque ella genere esas razones. Sin embargo, exactamente lo mismo ocurre con enunciados que describen hechos empíricos ("me está pisando el pie").

Precisamente esto que acabamos de ver es el rasgo de *autonomía* que, según decía Kant, distingue a los juicios morales. Éstos son aceptados no por la autoridad de quien los formula, sino porque se cree que existen las razones que el juicio implica. Por supuesto que puede haber *consejos* y *exhortaciones* morales que presuponen cierta autoridad de quien los formula y, en consecuencia, pueden generar razones. Pero en este caso la autoridad moral es análoga a la autoridad científica. Como dice Raz en el párrafo citado respecto de los juicios descriptivos, en este caso la afirmación es una razón para creer en su contenido sólo porque es una razón para creer que el hablante tiene otros fundamentos para aceptarlo. De cualquier modo, es claro que no todo juicio valorativo involucra un consejo o exhortación que presupone cierta autoridad del que lo emite. Sólo se puede decir plausiblemente que todo juicio moral implica un consejo o exhortación si se presupone que estos últimos afirman la existencia de razones y que su formulación no está destinada a generar razones. La afirmación usual "yo creo que usted debería hacer tal cosa, pero, por favor no lo tome como un consejo" expresa la intención de informar que existen ciertas razones, sin que el acto de comunicación se constituya en una de ellas.

[16] Ver los conceptos de razones auxiliares, razones operativas y razones completas en Raz, *Practical Reasons and Norms*.

En síntesis, mientras la autoridad jurídica o la autoridad de dominio consisten en la capacidad de producir hechos (la formulación de normas o de órdenes), que son relevantes para las razones de los destinatarios, la autoridad científica y la autoridad moral consisten en la capacidad para detectar razones en favor de cierta creencia o de cierta acción.

7. *Conclusiones*

Parece plausible sugerir, en consecuencia, que los diferentes tipos de enunciados que corrientemente se clasifican como prescripciones, directivas o imperativas, se caracterizan por los dos rasgos que mencioné: *a*) ellos no implican necesariamente enunciados acerca de la existencia de razones para actuar, y *b*) su formulación misma está destinada a afectar las razones para actuar de los destinatarios. Esto parece aplicarse a una variedad tan heterogénea de prescripciones como son las órdenes, las normas jurídicas, los permisos, los ruegos, etcétera.

Los juicios valorativos (tal vez habría que hacer ciertas calificaciones por el caso de los juicios estéticos) se caracterizan por los rasgos opuestos: *a*) implican un juicio acerca de la existencia de razones para realizar la acción indicada, y *b*) su formulación por alguien en cierta ocasión no está destinada a constituir una razón para ejecutar la acción valorada.

Si estos rasgos que diferencian los juicios valorativos de las órdenes o normas, jurídicas, sirven o no para explicar el que corrientemente se predique de aquellos, pero no de éstas, verdad o falsedad, depende de si se considera que la referencia a la existencia de razones hace a las condiciones de verdad de un juicio valorativo, o (como me lo sugirió Carlos E. Alchourrón) hace sólo a las condiciones para *sostener* o *aceptar* un juicio valorativo; en cuyo caso éste no implicaría estrictamente, como he supuesto, un juicio acerca de la existencia de razones. Pero aun en esta última hipótesis, los rasgos que he señalado parecen tener relevancia respecto de la posibilidad de predicación veritati-

va en el discurso valorativo, ya que si se admite que hay ciertas condiciones para aceptar un juicio valorativo, esto implica que se puede formular juicios de segundo nivel respecto de la satisfacción de esas condiciones, y estos juicios –que serían en realidad los que interesan en una discusión moral seria– podrían ser verdaderos o falsos. Me animo a sugerir que esto podría ser aplicable al programa de Hare que consiste en concebir a los juicios valorativos como prescripciones, sin perjuicio de señalar una serie de condiciones para la formulación de esas prescripciones. Esto podría permitir la formulación de juicios descriptivos acerca de lo que prescribiría un "prescriptor" universal benevolente[17]; y, como serían estos juicios descriptivos los que interesan en un discurso moral que no pretenda ser mera propaganda, el programa de Hare terminaría admitiendo que hay una clase relevante de juicios valorativos –que no son los que él llama "entrecomillados"–; que son descriptivos.

De cualquier modo, en vista de las diferencias que he señalado entre los juicios valorativos y los casos centrales de prescripciones, parece ser un tanto equívoco clasificar sin más a los primeros como una especie de prescripciones, aun cuando pueden compartir –lo que es cuestionable–, algunos otros rasgos (obsérvese que también es dudoso que se dé en el caso de los juicios valorativos la característica de que asentir sinceramente a ellos implique decidir algo o actuar; aun sin considerar el problema de la debilidad de voluntad, que trae agudos dolores de cabeza a Hare, no se ve qué es lo que uno hace o decide cuando sostiene sinceramente que la pena de muerte es injusta o que la institución de la esclavitud en Grecia estaba muy mal; por otra parte, uno duda que alguien asienta sinceramente al juicio descriptivo "la habitación donde estoy se está incendiando" si mientras dice eso, está mirando tranquilamente por TV una película de Buster Keaton).

Pero más desconcertante todavía es sostener que todo juicio valorativo implica un "imperativo". Si los imperativos no se distinguen por su forma gramatical sino por algún otro rasgo más profundo y menos accidental, es difícil eludir tomar en cuenta

[17] Que a esto está atendiendo Hare, creo que se puede percibir en su artículo de crítica a Rawls, *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, Norman, comp., "Reading Rawls", Oxford, 1975, p. 91. Ver también un desarrollo de esta idea en Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. III.

los rasgos que aquí se mencionan y que comparten "imperativos" tales como órdenes, pedidos, permisos, reglas, etcétera. Por otra parte, resulta difícil imaginar qué puede ser un imperativo que no sea una orden, una regla, un pedido, una exhortación, un consejo, etc., o sea alguna de las diferentes clases de enunciados que corrientemente se clasifican como imperativos, prescripciones o directivas, y que se distinguen todas ellas por las propiedades aquí señaladas. Si, entonces, lo que se pretende decir es que todo juicio valorativo implica una orden, pedido o exhortación, esto es obviamente falso. Es absurdo sostener que de todo juicio moral, por ejemplo, se puede inferir un enunciado cuya formulación esté destinada a constituir razones para actuar. La relación de implicación entre enunciados es ajena a la función que puede cumplir la formulación de esos enunciados.

Por supuesto que, a pesar de todo, se puede insistir en clasificar a los juicios valorativos como prescripciones, sobre la base de alguna eventual (y, por ahora obscura) semejanza con órdenes, normas jurídicas, pedidos, etc., que se considere más relevante que sus diferencias. Pero seguiremos generando serias confusiones filosóficas si, por lo menos, no nos cuidamos de advertir constantemente que hay dos tipos de prescripciones que se distinguen por la forma radicalmente distinta en que inciden en el razonamiento práctico.

En el caso del razonamiento jurídico justificatorio, la diferencia se da en forma nítida –como veremos con más detalle en el ensayo siguiente– cuando se contrasta la directiva formulada por un legislador y el juicio de validez que formula acerca de ella, para fundar su decisión (o su recomendación) un juez (o un jurista dogmático). Sin embargo, la relación entre normas jurídicas y razones para actuar es mucho más compleja que lo que aquí se sugirió, a causa, fundamentalmente, de la equivocidad de la expresión "norma jurídica". Éste será el tema central del próximo ensayo.

VII. NORMAS JURÍDICAS Y RAZONES PARA ACTUAR

Creo que la pregunta central de la filosofía del derecho, de la que depende una multitud de otros interrogantes, es la que se refiere a si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones, como las judiciales. En el ensayo anterior he asimilado tentativamente las normas jurídicas a las órdenes, distinguiéndolas de los juicios descriptivos y de los valorativos (como los de validez jurídica), en cuanto las primeras, a diferencia de los segundos, no presuponen la existencia de razones en favor de la acción referida, sino que su formulación, en ciertas circunstancias, es relevante para eventuales razones de los destinatarios. El propósito de este trabajo es ir algo más a fondo en el tema, buscando una respuesta fundada en presupuestos de mayor alcance. Trataré de explorar la corrección de una posición como la de Joseph Raz[1], para quien las normas jurídicas son un tipo especial de razones para actuar.

Es obvio que la respuesta al interrogante mencionado al comienzo depende tanto del concepto de razón para actuar como del concepto de norma jurídica, por lo que en las dos secciones siguientes me ocuparé de ambas nociones.

1. *Los conceptos de razón*

Muchos filósofos han señalado la ambigüedad engañosa de la palabra "razón", ambigüedad que se pone de manifiesto en frases de este tenor: *a*) "la razón que tuvo Juan para matar a

[1] Ver Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, London, 1975, p. 79.

Juanita fue el hecho de que ella rechazase sus avances amorosos"; *b*) "el que una mujer se niegue a entablar relaciones con un hombre no es una razón para matarla". Si alguien dijera sucesivamente estas dos frases, ellas no serían normalmente interpretadas como contradictorias. Ello es así porque la primera de ellas alude a una razón *explicatoria o subjetiva*, mientras que la segunda hace referencia a una *razón justificatoria u objetiva*.

Las razones explicatorias se identifican con los motivos. Ellas están constituidas por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones. El caso central de razón explicatoria o motivo está dado por una combinación de creencias y deseos. Como dice Grice[2], tener un motivo para una acción implica en primer término creer en un cierto fin a ser obtenido a través de ella; pero esto no es suficiente, ya que es, además, necesario que uno quiera obtener el fin. Sin embargo, algunos autores –como Don Locke[3], siguiendo algunas sugerencias de Nagel[4]– han cuestionado últimamente que la presencia de un deseo sea siempre necesaria para explicar una acción. De cualquier modo, parece ser claro que en la mayoría de los casos cuando procuramos obtener la explicación de una acción buscamos una alusión a un par formado por una creencia y un deseo del agente que tengan una relación adecuada entre sí y con la respectiva acción. Cuando Donald Davidson defiende la tesis de que las razones pueden ser causas de acciones, contestando ciertas objeciones estándar a tal tesis, se refiere a este tipo de razones explicatorias o motivos[5].

Las razones justificatorias u objetivas no sirven para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista, como el punto de vista moral, el prudencial y tal vez el jurídico, según sea la conclusión de esta misma discusión.

No obstante la apariencia de que debe haber alguna distin-

[2] Grice, G. R., *Motive and Reason*, en Raz, Joseph, ed., "Practical Reasoning", Oxford, 1978, p. 170.

[3] Locke, Don, *Beliefs, Desires and Reasons for Action*, en "American Philosophical Quarterly", July 1983, vol. 19, nº 3, p. 241.

[4] Nagel, Thomas, *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1971.

[5] Davidson, Donald, *Actions, Reasons and Causes*, en White, A., ed., "The Philosophy of Action", Oxford, 1968, p. 79 y siguientes.

ción relevante entre las razones explicatorias y las justificatorias que hace que frases como las anteriores no se perciban como contradictorias, hay filósofos que piensan que las razones justificatorias también se identifican con deseos, o por lo menos con una combinación entre éstos y creencias. El fundamento principal de esta posición es que una razón para actuar tiene que tener necesariamente relevancia práctica, debe ser capaz de determinar acciones, y sólo los deseos y creencias, particularmente los primeros, son antecedentes causales apropiados de acciones. Si no se relaciona con un deseo, cualquier otro factor –incluso una creencia– es inerte, es decir es causalmente irrelevante para generar una acción. Este rasgo de las razones es, según esta posición, ineludible en la reconstrucción del respectivo concepto, ya que cuando alegamos razones en favor o en contra de una acción estamos primariamente interesados en inducir la realización o no realización de tal acción.

Esta posición está subyacente en buena parte de los argumentos en favor del escepticismo o relativismo ético, como se ve claramente en la obra de Gilbert Harman[6]. Este autor sostiene que una moral universal y objetivamente fundada es imposible, ya que uno sólo puede tener una razón para hacer algo si desea el fin que el acto tiende a satisfacer y, por lo tanto, sólo la gente que desea los fines de la moral tiene razones para ser moral; las razones morales no se aplican, en consecuencia, a todos los seres racionales.

Sin embargo, este tipo de razonamiento y la posición general que comentamos parecen ser el producto de una simple confusión entre los dos sentidos de la palabra "razón" que estamos distinguiendo. Por cierto que en muchos casos podemos alegar una razón para que un individuo haga algo aun sabiendo que él no tiene el más mínimo deseo en tal sentido: hay una razón para que cuide de mi abuela enferma aunque yo desee mucho más irme de vacaciones. Alguien podría contestar que este simple ejemplo implica una petición de principio, pues presupone la tesis que el relativista niega. Mi respuesta es que lo que la inteligibilidad del ejemplo muestra es que usamos corrientemente un concepto de razón que no se identifica con deseos o motivos y que el relativista debe, en todo caso, elaborar su tesis tomando

[6] Ver Harman, Gilbert, *The Nature of Morality*, New York, 1977, p. 103 y siguientes.

en cuenta *ese* concepto de razón que es el que se emplea, por ejemplo, en el discurso moral, en vez de hacerlo sobre la base de razón explicatoria –que es secundario en contextos morales, aunque sea central en otro tipo de discursos, como el psicológico–.

La distinción entre ambos conceptos de razón y su diferente relación con los deseos es señalada por otros filósofos, como Grice[7] y recientemente E. J. Bond[8]. El primero de ellos, por ejemplo, afirma[9]: "Es erróneo suponer que una proposición puede ser una razón para actuar sólo para el hombre que quiere algo que se obtiene con su acción. Las razones para actuar son independientes de los deseos... Cualquier inclinación a objetar esto es el producto, como veremos, de confundir la proposición de que el agente no tiene una *razón* con la proposición de que él no tiene un *motivo*... La fórmula 'no hay razón sin deseo' es falsa. Pero la fórmula 'no hay motivo sin deseo' es verdadera".

El hecho de que las razones justificatorias o razones "a secas" se distingan de las razones explicatorias o motivos, no excluye que haya conexiones conceptuales relevantes entre ellas. Son precisamente esas conexiones, como afirma Bond[10], lo que permite establecer un puente entre los valores y los antecedentes causales de las acciones. Según J. Raz[11] y otros, el concepto de razón explicatoria presupone lógicamente el de razón justificatoria: mi creencia de que va a llover explica mi acción de salir con paraguas, porque yo creo que el hecho de que llueva justifica, prudencialmente, la acción de salir con paraguas. En suma, una razón explicatoria sería una creencia en una razón justificatoria. Si esto fuera así, parecería que habría que excluir a los deseos aun de su asociación con las razones explicatorias; sin embargo, como luego veremos, lo que encontramos en cierto nivel de análisis es más bien una fusión entre creencias y deseos.

Conviene aclarar que a veces las razones explicatorias y las justificatorias parecen coincidir. Así, el hecho de que va a llover puede ser mencionado tanto con carácter de explicación como de justificación de mi acto de usar un paraguas. Pero, en realidad, lo que explica mi acción es la creencia en ese hecho, creencia que no es explícitamente mencionada sino que se presupone, principalmente cuando estamos frente a una explicación del comportamiento de uno mismo, ya que aquí rige la presuposición conversacional de que el agente cree la proposición que afirma.

Pero si las razones justificatorias no son deseos, o deseos y creencias, o deseos-creencias, ¿con qué tipo de fenómenos pueden ellas identificarse?

Grice sostiene que las razones justificatorias consisten en intereses de los individuos, a los que distingue de los deseos. Pero una vez que se insiste en tal distinción, el concepto de interés resulta considerablemente obscuro, o por lo menos requiere una compleja elucidación. Raz, por su parte, afirma que las razones justificatorias son hechos, pero emplea la noción de hecho con un alcance tan amplio que es comprensivo de la validez de principios morales, del tener ciertos deseos, o de acontecimientos como la lluvia o el hambre. Respecto de la mayoría de ellos parece que a lo sumo sólo constituyen, como el mismo Raz aclara más adelante, *parte* de una razón para actuar cuando se combinan con ciertos otros fenómenos relevantes; en cambio, si esos hechos, como la lluvia, son tomados en forma aislada, resultan completamente extraños al concepto de razón.

Me parece que el camino más viable para reconstruir el concepto de razón justificatoria de acciones consiste –como el mismo Raz lo sugiere[12]– en partir del concepto de razonamiento práctico, ya que si hay algo claro respecto de aquella noción es que la función primaria de las razones justificatorias es servir de premisas de un razonamiento que conduce a una acción.

Hay, sin embargo, grandes divergencias entre los filósofos acerca de la naturaleza del razonamiento práctico. Estas divergencias se ponen de manifiesto, por ejemplo, en diferentes posiciones respecto de si este razonamiento requiere una lógica especial (A. Kenny, por ejemplo, sostiene que presupone una lógica en términos de condiciones suficientes, no de condiciones necesarias, como la que subyace a un tipo de razonamiento teóri-

[7] Grice, *Motive and Reason*, en Raz, Joseph, ed., "Practical Reasoning", Oxford, 1978.

[8] Bond, E. J., *Reason and Value*, Cambridge, 1983, p. 27 y siguientes.

[9] Grice, *Motive and Reason*, en Raz, Joseph, "Practical Reasoning", Oxford, 1978, p. 168 y 170.

[10] Bond, *Reason and Value*, p. 168 y 170.

[11] Raz, *Practical Reasons and Norms*, p. 40 y siguientes.

[12] Raz, Introducción a *Practical Reasoning*, p. 4.

co)[13]. También las diferencias en cuanto a la naturaleza del razonamiento práctico se reflejan en distintas concepciones acerca de cuál es la conclusión distintiva de esta clase de razonamiento: mientras algunos sostienen que la conclusión del razonamiento práctico es siempre una *acción*, otros afirman que ello no refleja el caso de los razonamientos frustrados y que, en consecuencia, la conclusión tiene que ser la *formación de una intención*, y otros aun afirman que un hecho, de uno u otro tipo, no puede ser la conclusión de un razonamiento y que éste debe ser un *juicio*; los partidarios de esta última tesis difieren a su vez acerca del carácter de tal juicio, dividiéndose las posiciones entre quienes sostienen que se trata de un juicio descriptivo y quienes afirman que tiene que ser un juicio valorativo o normativo[14].

Parece claro que estas últimas divergencias se deben a que con la expresión "razonamiento práctico" se está aludiendo a diferentes cosas. En algunos casos se hace referencia implícita al proceso psicológico que conduce causalmente a la formación de una intención y, posteriormente, a la ejecución de una acción. En otros casos, a la inferencia lógica que permite explicar o predecir una acción a partir de leyes y proposiciones fácticas. Por último se alude a la inferencia lógica que permite evaluar, fundamentar, o guiar una acción. Es obvio que, en la medida que nuestro propósito sea esclarecer el concepto de razones justificatorias nos interesa analizar el último sentido de "razonamiento práctico", y es evidente también que un razonamiento sólo será hábil para evaluar, fundamentar o guiar una acción si su conclusión es un juicio valorativo o normativo, o sea, para decirlo en forma más obscura pero también más sugerente, un juicio cuya formulación no sea compatible con cualquier acción o actitud del que lo emite.

Esta característica del tipo de razonamiento práctico que nos interesa permite hallar la respuesta que buscábamos: si ese razonamiento concluye en un juicio de deber ser y si las razones justificatorias funcionan como premisas de él, necesariamente tales razones deben estar constituidas por juicios o proposiciones e incluir entre ellos al menos un juicio de deber ser, si es que

[13] Kenny, A., *Practical Reasoning and Rational Appetite*, en Raz, Joseph, ed., "Practical Reasoning".

[14] Ver estas posiciones en Raz, Introducción a *Practical Reasoning*, p. 6 y siguientes.

respetamos el llamado "principio de Hume" acerca de la imposibilidad de derivar juicios normativos o valorativos de premisas que sean exclusivamente fácticas o descriptivas (yo creo que este principio tiene una excepción relevante[15], pero a los efectos de esta discusión podemos tomarlo por válido).

Es verdad, como afirma Raz[16], que solemos llamar "razones" a *cualquiera* de las premisas de un razonamiento práctico, y, como entre esas premisas debe haber también juicios descriptivos (como el juicio "la fruta seca es saludable" en el famoso ejemplo de Aristóteles), un juicio de ese carácter puede constituir también una razón. Sin embargo, siguiendo las propuestas de este autor, podemos hacer las siguientes distinciones conceptuales: una *razón completa* está constituida por el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido; una *razón operativa* consiste en la premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción; una *razón auxiliar* consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa.

Ahora se puede ver claro por qué un deseo no puede constituir en sí mismo una razón operativa: un deseo es un hecho, y de un hecho no puede inferirse un juicio práctico, como es la conclusión de un razonamiento justificatorio. Lo que sí puede constituir una razón operativa (y aquí está tal vez el origen último de la confusión corriente) es el contenido proposicional de ese deseo, y ese contenido proposicional –como dice Davidson[17]– es precisamente un juicio valorativo o normativo. Esto permite llamar la atención sobre un punto colateral a esta discusión pero sumamente importante: un deseo, según el autor recién mencionado, expresa la adhesión a un juicio normativo o valorativo; pero esa adhesión también puede describirse como una creencia en la validez de tal juicio; por lo tanto, la razón explicatoria correlativa a una razón justificatoria operativa puede describirse como un deseo o como una creencia, por lo que en el máximo nivel del razonamiento práctico parecen confundirse estos ítems psicológicos.

[15] Ver Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984, cap. III.

[16] Raz, Introducción a *Practical Reasoning*, p. 15.

[17] Davidson, Donald, *Intending*, en "Essays on Actions and Events", Oxford, 1982, p. 86.

Esto podría servir para impugnar, por un lado, la tesis de que los deseos, a diferencia de las creencias, no pueden ser calificados de correctos o incorrectos. Estas creencias-deseos que expresan adhesión a juicios prácticos que constituyen razones justificatorias operativas serían, por un lado, tan causalmente activas como cualquier deseo, y tan susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas como cualquier creencia.

Es importante para nuestro tema tratar de aclarar un poco más las propiedades implícitas en este concepto de razón operativa justificatoria. Hay algunas conclusiones acerca de tales propiedades en las que coinciden autores como H. M. Hare[18], Benn y Peters[19], J. Rawls[20], D. Richards[21] y Th. Nagel[22].

Una es que la validez de un juicio práctico, o sea su capacidad para servir como razón justificatoria operativa de un razonamiento de esa índole, o bien no depende del hecho de que alguna persona o grupo de personas lo haya formulado o aceptado o, si depende de un hecho tal, ello debe ser en virtud de otro juicio práctico que haga relevante ese hecho, sin que su validez dependa a su vez de la circunstancia de que alguien lo haya formulado o aceptado. Esto podemos denominarlo, siguiendo a Kant, el carácter *autónomo* de las razones justificatorias operativas y del razonamiento práctico del que forman parte, lo que implica la independencia de cada individuo que desarrolla un razonamiento práctico (al igual de lo que ocurre en el teórico) respecto del razonamiento de terceros; el razonamiento no es transpersonal.

Otra característica de los juicios que constituyen razones justificatorias operativas es que ellos no pueden identificar situaciones a través de nombres propios o de descripciones definidas, debiendo hacerlo, en cambio, por medio de propiedades genéricas. Análogamente al caso anterior, si un juicio práctico no satisficiera esta exigencia, él puede ser, sin embargo, apto como razón justificatoria operativa si deriva de otro juicio práctico que

[18] Ver, por ejemplo, Hare, *The Language of Morals*, Oxford-New York, 1964.

[19] Benn, S. I. y Peters, R., *Social Principles and the Democratic State*, London, 1959.

[20] Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971.

[21] Richards, David A. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.

[22] Nagel, *The Possibility of Altruism*.

respeta tal exigencia y de un juicio descriptivo acerca de que la situación identificada por el nombre propio pertenece a la clase de situaciones identificada por la propiedad genérica. Esto es el carácter de *generalidad* de los juicios prácticos que sirven como razones justificatorias operativas.

Los juicios prácticos que pueden figurar como premisa mayor en un razonamiento justificatorio tienen también otro rasgo que no está asociado a su contenido sino a su aplicabilidad: si uno de tales juicios es aceptado para evaluar una cierta situación particular, él debe ser también aceptado para evaluar cualquier otra situación que no difiera de la anterior en una propiedad que esté recogida en el antecedente del mismo juicio. Ésta es la característica de *universabilidad* de las razones operativas.

Otro rasgo ligado a los dos anteriores, aunque distinto, es que la propiedad que puede justificar la discriminación entre dos situaciones a los fines de una razón operativa no sólo debe ser genérica, o sea debe ser una genuina propiedad, sino que también debe ser fáctica, en el sentido de no estar identificada meramente por la aplicabilidad de ésa u otra razón operativa. Éste es el rasgo de *superveniencia* de las razones operativas.

Por último, las razones operativas justificatorias, aunque pueden ser de muy diferente índole, son comparables entre sí y, en principio, jerarquizables. Esto significa que un juicio práctico que puede constituir, aisladamente considerado, una razón operativa justificatoria, puede dejar de serlo cuando entra en conflicto con un juicio práctico de jerarquía superior, aun cuando se trate de un juicio práctico de índole diversa. Así, el juicio práctico prudencial "es bueno ejercitar los músculos", que normalmente puede justificar una acción, deja de hacerlo cuando entra en conflicto con el juicio práctico moral "no se debe lastimar a otro", cuando la ejercitación consiste en golpear el cuerpo de un semejante. Por convención llamamos "morales" a las razones operativas de mayor jerarquía. Éste es el principio de *unidad* del razonamiento práctico, que evita la indecidibilidad de las acciones regidas por una pluralidad de razones. Éste es el rasgo de *integración* de las razones, ya que consiste en la propiedad de agruparse en un sistema guardando cierto orden jerárquico.

2. *Los conceptos de norma jurídica*

Ahora me interesa elucidar brevemente el significado de "norma jurídica". También aquí la primera cuestión que debe ser mencionada es la radical ambigüedad de esta expresión, que es usada con significados bien distintos en diversos contextos.

a) Cuando, como dice von Wright[23], se ve a la norma jurídica como algo que nace en un cierto tiempo, perdura durante un lapso, hasta que desaparece, se la concibe como un hecho social, como un fenómeno histórico. Éste es el concepto de norma jurídica como práctica social que es analizado principalmente por H. L. A. Hart[24]. Las diferentes condiciones constitutivas de tal práctica que señala este autor convergen, en última instancia, en dos: una regularidad de comportamientos análogos y una persistencia de actitudes críticas frente a las desviaciones de aquella regularidad. Tales actitudes críticas presuponen el famoso punto de vista interno, señalado por Hart.

b) En cambio, cuando vemos a las normas jurídicas como un hecho casi instantáneo, adscribible a un cierto individuo y asociado con su intención, las estamos concibiendo como un acto lingüístico de un tipo particular: un acto que consiste en expresar la intención de que otro haga algo tomando en cuenta la expresión de esa intención. Aquí, como señalan Alchourrón y Bulygin[25], caben distintas posibilidades: las que nos interesan son, primero, la que considera que la norma está constituida por la mera expresión lingüística y, segundo, la que considera, en cambio, que la norma sólo se completa con la recepción de la expresión por sus destinatarios. Según este significado, las normas jurídicas se asemejan a órdenes, aunque pueden existir algunas diferencias relevantes con los casos centrales de estas últimas.

c) Un significado de "norma jurídica" diferente de los dos anteriores y al que enseguida veremos se emplea, por ejemplo, cuando los juristas dicen que una cierta norma tiene éste o aquél

[23] Wright, Georg Henrik von, *Norms, Truth and Logic in Practical Reason*, Oxford, 1983, p. 137-138.

[24] Ver Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 54 y siguientes.

[25] Ver Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980.

significado o puede recibir ésta o aquella interpretación, o que tiene tal o cual número en una ley, etcétera. En este caso el concepto de norma jurídica alude a una serie de símbolos lingüísticos, generalmente de tipo gráfico. Más bien habría que decir que aquí se trata de una *clase* de grafismos, puesto que, por ejemplo, no se considera que cada ejemplar del Código Penal contiene una norma distinta bajo el número 79. Presuponiéndose este significado, muchas veces los juristas afirman que una norma es la *misma* aunque su interpretación judicial haya variado, y que, en cambio, se trata de una nueva norma si se modificó la formulación lingüística, aunque ésta tenga el mismo significado que la anterior.

d) Por el contrario, cuando decimos que dos normas jurídicas se contradicen, o que una deriva de otra, no nos estamos refiriendo ni a una regularidad de conductas, ni a un acto lingüístico, ni a una clase de grafismos, sino al juicio o enunciado que constituye el significado de tales grafismos o el contenido del acto lingüístico o de las actitudes críticas que forman parte de una práctica social. En este sentido una norma no nace, perdura o muere, no tiene autor, no puede tener distintos significados o interpretaciones.

Con estos cuatro conceptos de norma jurídica por delante, corresponde preguntarse ahora según cuál de ellos, si acaso alguno, tiene sentido concebir a una norma jurídica como una razón operativa para justificar una acción o decisión, tal como la decisión judicial.

La respuesta parece fácil: los tres primeros sentidos de "norma jurídica" están *a priori* excluidos de la clase de razones justificatorias por aplicación del mismo criterio con que descalificamos a los símbolos lingüísticos en general; son un tipo de cosas o entidades, y ni los hechos ni las cosas pueden constituir razones operativas en favor de una acción o decisión. Como dice David Richards[26], la existencia de una práctica social implica que la gente cree que hay razones para actuar, no que haya efectivamente tales razones.

Claro está que se podría aducir que si bien los hechos y las cosas no pueden constituir razones, los juicios acerca de ellos sí pueden cumplir ese rol; o sea, no obstante que no podemos in-

[26] Richards, *A Theory of Reasosn for Action*, p. 24 y siguientes.

troducir en un razonamiento un hecho o una entidad, sí podemos intercalar en él un juicio que lo describa. En el caso de las normas jurídicas concebidas como hechos o cosas, los juicios acerca de ellas serían las proposiciones normativas y serían éstas las que formarían parte del razonamiento justificatorio de un juez. Sin embargo, este tipo de juicio tampoco parece constituir una razón operativa, por la misma razón que no puede serlo un juicio acerca de que alguien tiene un deseo: se trata, como vimos en el ensayo III, de un juicio descriptivo, o sea un juicio que da cuenta de un hecho que podría ser compatible con cualquier acción. Se puede describir con verdad que en la sociedad *S* existe la práctica de hacer la conducta *C* y de criticar a quien no la ejecuta, y sin embargo, recomendar que no se realice *C*, sin que parezca haber una inconsistencia entre aquella descripción y esta recomendación.

Una vez que se descarta que las normas jurídicas en cualquiera de los tres primeros sentidos puedan constituir razones operativas para justificar decisiones, aparece como plausible la conclusión de que el significado asociado con tales razones es el cuarto. Efectivamente, aquí estamos frente a juicios prácticos que tienen a primera vista las propiedades necesarias para servir de premisa mayor en razonamientos justificatorios. La entidad ideal que está constituida por un juicio del tipo "el que mata a su cónyuge debe ser penado con prisión perpetua", juicio que en algunos contextos es identificado como una norma jurídica, parece, efectivamente, capaz de servir de premisa de razonamiento, de modo que junto a una premisa fáctica del tipo "Juan mató a su esposa", permita inferir una conclusión como "Juan debe ser penado con prisión perpetua", la que puede constituir el contenido de una decisión judicial.

Sin embargo, esta respuesta resulta insatisfactoria a menos que se aclare una serie de interrogantes. En primer lugar, si bien las normas jurídicas concebidas como prácticas, como actos o como símbolos lingüísticos no constituyen razones operativas para justificar decisiones, es obvio que son de algún modo relevantes en el razonamiento práctico judicial, y esa relevancia queda completamente obscurecida cuando nos conformamos, sin más, con identificar las razones operativas de los jueces con normas jurídicas concebidas como juicios prácticos. En segundo lugar, tan pronto repasamos con más cuidado los rasgos que asignamos a las razones operativas en la sección anterior, percibimos que, no obstante la impresión inicial, algunos de ellos, o tal vez todos, están ausentes en el caso de las normas jurídicas concebidas como juicios prácticos: su validez depende esencialmente de su formulación o aceptación por una autoridad, sin que parezcan derivar de juicios prácticos autónomos. Las normas jurídicas pueden perfectamente identificar situaciones relevantes a través de nombres propios, sin que por ello deban inferirse lógicamente de normas generales. Es obvio que una norma jurídica puede ser aceptada para regular una serie de situaciones que se dan en cierto tiempo y espacio y no ser aceptada para regular otras relevantemente similares que se dan en otro tiempo o lugar, sin que el tiempo y el lugar aparezcan en la misma norma como propiedades relevantes (de lo contrario habría que decir que una norma cambia cuando su vigencia es, por ejemplo, prorrogada). Por último, no se advierte claramente la integración de las normas jurídicas con otro tipo de razones operativas justificatorias.

Estas cuestiones hacen dudar acerca de si es acertada la respuesta simple y sin calificaciones de que las normas jurídicas constituyen razones operativas, cuando son concebidas como juicios prácticos que constituyen el significado de ciertos símbolos, el contenido de determinados actos lingüísticos o la expresión de actitudes críticas que componen una práctica social. Creo que estas dudas se pueden dilucidar si analizamos con más cuidado de lo que se hizo en el ensayo III, la estructura del razonamiento justificatorio que se desarrolla en contextos jurídicos.

3. *Algo más sobre la estructura del razonamiento jurídico justificatorio*

Muchas veces se ha pretendido esclarecer el concepto de sistema jurídico tomando como modelo el de un derecho rudimentario en el que hay un soberano que emite directivas y un conjunto de servidores y súbditos que las obedecen, y otras tantas veces se ha procurado analizar este modelo sobre la base de una comparación con situaciones no jurídicas en que alguien da órdenes y otros las acatan.

No obstante las objeciones que se han dirigido a este tipo de analogías, creo que sigue siendo esclarecedora, por lo menos en cuanto al punto que me interesa analizar aquí, determinar cuál

es la estructura del razonamiento de quien acata o aplica una directiva

Veamos el consabido caso del asaltante que, exhibiendo amenazadoramente un arma, ordena al asustado cajero de un banco: "¡debe entregarme el dinero de la caja!" Supongamos que la víctima hace lo ordenado, ¿cómo se puede reconstruir el razonamiento que condujo a la acción en cuestión?

Creo que una reconstrucción plausible, aunque extremadamente simplificada, del razonamiento del cajero tendría estos lineamientos: I. "*1*) Debo evitar ser muerto o sufrir una seria lesión. *2*) Si no obedezco a este asaltante es probable que me mate o me lastime seriamente. *3*) Debo obedecer a este asaltante. *4*) El asaltante formuló la orden '¡debe entregarme el dinero de la caja!' *5*) Para obedecer esa orden es necesario que le entregue el dinero de la caja. *6*) Debo entregar el dinero de la caja".

La estructura de este razonamiento es relativamente simple: la orden del asaltante no constituye en sí misma una razón operativa; ni siquiera lo es el juicio que describe esa orden. La orden es tomada como un hecho: el hecho de formular cierto juicio de deber ser por parte de una persona que está en cierta situación de superioridad. El juicio que da cuenta de la existencia de esa orden (o sea *4*) constituye una razón auxiliar que, como dice Raz, especifica la aplicabilidad de una razón operativa. La razón operativa es indudablemente *1*; se trata de una razón de índole prudencial que posee los rasgos de autonomía, generalidad, universabilidad, superveniencia, e integración oportunamente señalados. Respecto del último rasgo, es claro que el poder justificatorio de la razón desaparecería si entrara en conflicto con una razón moral (p.ej., si la amenaza fuera nimia y el daño a otro aún más grave).

Podemos encontrar una estructura similar en el razonamiento que nos conduce a cumplir con otro tipo de prescripción, tal como un pedido que no está respaldado por amenazas. Por ejemplo, si una anciana nos pide que la guiemos para cruzar la calle probablemente razonaríamos de este modo: II. "*1*) Debemos ayudar a la gente desvalida. *2*) Si hago lo que esta anciana me pide seguramente la ayudaré. *3*) La anciana formuló el pedido 'guíeme para cruzar la calle'. *4*) Para hacer lo que la anciana me pide es necesario que la guíe para cruzar la calle. *5*) Debo guiarla para cruzar la calle". En este razonamiento, el

pedido es, al igual que la orden en el anterior, tomado como un hecho cuya descripción a través del enunciado *3* constituye una razón auxiliar. La razón operativa es el juicio *1*, que en este caso es una razón moral. *5* es un juicio moral particular que deriva de *1*.

He dado estos dos ejemplos puesto que se suele alegar que un derecho primitivo, en el que hay un soberano cuyas directivas acatan funcionarios y súbditos, se distingue de la situación del asaltante por, entre otras cosas, la autoridad que reviste el soberano, lo que significa que, además de detentar un monopolio de la coacción que le permite amenazar con sanciones a los desobedientes, muchos de sus funcionarios y súbditos creen que está moralmente autorizado a mandar. Esto quiere decir que, mientras algunos de ellos obedecerán en virtud de un razonamiento análogo al del cajero –o sea, partiendo de una razón prudencial–, otros lo harán sobre la base de un razonamiento análogo al del caritativo viandante, es decir, partiendo de una razón moral, y otros aun razonarán a partir de ambos tipos de razones, de modo que la acción estará sobrejustificada.

Ahora bien, como lo que nos interesa primordialmente es el razonamiento judicial, podemos simplificar las posibilidades anteriores: los actos de los jueces suelen afectar a intereses ajenos a los propios y, por lo tanto, entran en una esfera en que las razones morales desplazan a las prudenciales en cuanto a su capacidad justificatoria, aunque estas últimas puedan preservar su capacidad motivacional. Tomando en cuenta este hecho, podemos reconstruir la estructura de un razonamiento judicial, bajo un derecho rudimentario, de acuerdo con los lineamientos siguientes: III. "*1*) Se debe obedecer a quien ha sido elegido democráticamente para legislar. *2*) El legislador *L* ha sido elegido democráticamente. *3*) *L* ha dictado una norma jurídica que estipula 'el que mata a otro debe ser penado'. *5*) Debe penarse a quienes matan a otro. *6*) Juan mató a alguien. *7*) Se debe penar a Juan".

Por supuesto que el razonamiento que se da en el marco de un orden jurídico más desarrollado es algo más complejo, incluyendo premisas intermedias como un juicio descriptivo de una práctica social de reconocimiento.

De cualquier modo, el análisis de este razonamiento simple, sugiere las conclusiones siguientes que son extensibles a situaciones más complejas:

a) El juicio *1* que encabeza el razonamiento no es una norma jurídica, sino un juicio valorativo o moral en sentido amplio. Él tiene las características de autonomía, generalidad, universabilidad e integración que son distintivas de una razón operativa. Este último rasgo hace que este juicio moral, como los más específicos que se derivan de él –tal como *7*– tenga sólo carácter *prima facie*, pues puede haber otros juicios morales fundados en principios de mayor jerarquía que prevalezcan sobre él.

b) Sólo se *menciona* una norma jurídica en el juicio descriptivo *3* que constituye una razón auxiliar. Esa norma jurídica es aquí descripta como un hecho o entidad que en este caso bien se podría identificar con un acto lingüístico o con un conjunto de símbolos y que en otros casos puede consistir en una práctica social; esto ocurre, por ejemplo, cuando se alude a la regla de reconocimiento o a una norma consuetudinaria.

c) El pasaje entre *3* y *4*, o sea entre la descripción de la norma concebida como acto o como conjunto de símbolos y la de la conducta que la satisfaría exige una serie de premisas que no han sido articuladas. Entre esas premisas, hay varias que tienen también contenido valorativo: por ejemplo, debe haber una premisa que estipule que los símbolos deben ser interpretados o bien de acuerdo con los usos lingüísticos de los destinatarios, o según algún otro criterio. También debe haber premisas valorativas que justifiquen la elección de una cierta alternativa interpretativa ante la vaguedad o ambigüedad de los símbolos.

d) La conclusión del razonamiento, o sea el juicio *7*, debe ser de la misma índole del juicio que constituye la razón operativa. Esa conclusión es, por lo tanto, un juicio de carácter moral, en sentido amplio, que tiene la particularidad de derivar de un juicio moral general, como *1*, y de la descripción de la existencia de una norma jurídica, como *3*. En los ensayos anteriores he llamado a este tipo de enunciados "juicios de adhesión normativa", puesto que derivan de la adhesión moral a una norma jurídica. Dado que este tipo de enunciados son los juicios jurídicos justificatorios por excelencia, se confirma la conclusión defendida antes de que las proposiciones jurídicas prácticas son una especie de juicios morales. Se distinguen, sin embargo, de otros juicios morales porque, como dice Simmonds[27], para su

[27] Simmonds, N. E., *The Nature of Propositions of Law*, en "Rechtstheorie", 15 (1984), p. 96.

derivación es relevante cierta fuente fáctica y por tener un carácter sólo *prima facie*, ya que –como vimos respecto del juicio moral del que derivan– puede haber otras razones morales operativas que desplacen a aquélla que legitima a la fuente en cuestión.

e) El enunciado que configura el contenido del acto lingüístico o el significado de los símbolos mencionados por *3* –o sea lo que, como vimos, se pretende que constituya un cuarto significado de "norma jurídica"– no aparece como premisa primitiva en el razonamiento. Sin embargo, como vimos en el punto *c*, la determinación de qué acción o decisión satisface a la norma jurídica entendida como hecho o entidad, implica asignarle un significado o contenido que estará constituido por cierto juicio, el que podrá coincidir o no con el contenido de la intención real de quien formula el acto lingüístico o emitió los símbolos. Por lo tanto, este enunciado *5*, aparece en el razonamiento como conclusión intermedia. En tal carácter, este enunciado *5*, que, recordemos, puede ser el contenido de la formulación del legislador, es un juicio de adhesión normativa al igual que la conclusión *7* del razonamiento, ya que es un juicio moral que deriva de un principio de esa misma índole, y de alcance más general, y de una proposición normativa, o sea la descripción de un acto lingüístico o de una práctica a los que tal principio confiere autoridad. La pregunta que cabe aquí es si ese juicio que se adscribe como contenido o significado de actos lingüísticos o símbolos revestidos de autoridad no podría figurar, en el razonamiento judicial no como conclusión intermedia, sino como premisa mayor (es decir *5* figuraría en lugar de *1*), o sea como razón operativa. La respuesta es afirmativa, pero si el juez partiera en su razonamiento de ese juicio como razón operativa primitiva, su conducta subsiguiente no implicaría *observar* lo que un legislador ha dispuesto por el hecho de haberlo establecido él, sino que simplemente habría una coincidencia entre su conducta y el contenido de esa estipulación, tal vez por compartir sus razones subyacentes. Si el juez tiene como razón última de su decisión la de que debe penarse a los que matan, no estará observando una norma jurídica; esa razón tendrá los caracteres de autonomía, generalidad, universabilidad, superveniencia e integración necesarios para ser una razón operativa, y, por su carácter de finalidad se tratará de una razón moral. El razonamiento del juez no será un razonamiento práctico *jurídico* (que es una especie del razonamiento moral), sino que será un razonamiento moral ordi-

nario. En cambio, si el juez supone que debe penarse a los que matan *porque* (entre otras cosas) el legislador así lo ha establecido, eso implica que concibe aquel juicio como una conclusión intermedia a partir de un juicio fáctico y de un principio moral, o sea como un juicio de adhesión normativa. De lo que aquí se dijo se infiere que para que una norma sea acatada como norma jurídica, las razones que tiene el juez para tomarla en cuenta en su decisión deben ser *diferentes* de las razones que tuvo el legislador para dictarla. El juez desarrolla un razonamiento jurídico en la medida en que no razone como el legislador.

f) Esta última acotación nos sugiere otro interrogante: ¿cuál es el carácter que tiene el enunciado que es significado del acto lingüístico del legislador en el contexto de *su propio* razonamiento justificatorio de ese acto lingüístico y no, como acabamos de ver, en el del juez que toma en cuenta ese acto para justificar su decisión? Para ver ese punto podemos poner otro ejemplo simple de un posible razonamiento justificatorio, en este caso de un acto legislativo: IV. "*1*) Es bueno que disminuyan los homicidios. *2*) Si se penase a quienes matan probablemente disminuirán los homicidios. *3*) Debe penarse a quienes matan a otros. *4*) Si yo formulo oficialmente el juicio 'debe penarse a quienes matan' probablemente se penará a algunos homicidas. *5*) Debo formular el juicio 'debe penarse a quienes matan'". Supongamos que el legislador actúa consecuentemente con este razonamiento; en tal caso, el contenido de su acto lingüístico coincidirá con la premisa *3*. El juicio que constituye esa premisa no es juicio de adhesión normativa (como lo era *5* en el razonamiento III), sino un juicio moral liso y llano, independientemente de que, como en este caso, derive de otro juicio moral más general y de una regla técnica, o que, como podría ocurrir en otro caso, sea él mismo la premisa primitiva del razonamiento; el juicio en cuestión cumple con todas las condiciones para constituir una razón operativa de índole moral. Desde ya que esta característica de ese juicio no impide que su formulación sea una directiva o prescripción, en el sentido que expliqué en el ensayo precedente. Como ocurre con el caso del acto lingüístico del legislador, la formulación de un juicio práctico es una prescripción cuando ella es realizada con la intención de que tal formulación, por parte de cierto individuo en ciertas circunstancias, sea relevante para las razones morales o prudenciales que los destinatarios pueden tener. Es conveniente observar que lo

mismo ocurre con el juicio *7*, que constituye la conclusión del razonamiento III del juez en el ejemplo anterior; la formulación de ese juicio moral de adhesión normativa por parte del juez puede constituir para, por ejemplo, un oficial de justicia, un hecho que es relevante para sus razones operativas morales o prudenciales, de modo que concluya que debe conducir a la cárcel al condenado.

Estas distinciones nos permiten volver sobre los conceptos de norma jurídica y avanzar en su elucidación tomando en cuenta sus diferentes roles en el razonamiento práctico de legisladores y jueces: los sentidos *b* y *c* mencionados en el punto 2 recogen distintos tramos de la formulación de un juicio moral hecha con la intención de que esa formulación constituya una razón auxiliar respecto de ciertas razones operativas morales y prudenciales que cierto grupo de gente, incluyendo los jueces, pudieran tener (el sentido *b* hace referencia al *acto* involucrado en esa formulación y el sentido *c* al *resultado* constituido por ciertos símbolos sonoros o gráficos empleados en este acto). El sentido *a* alude al fenómeno social que se da cuando el grupo de gente mencionado, incluyendo a los jueces, efectivamente toma a aquella formulación, en forma regular, como hecho relevante (o sea como una razón auxiliar) para sus razones operativas de índole moral o prudencial, actuando en consecuencia. Por último, el sentido *a* del punto 2 hace referencia a un juicio que, en tanto contenido de la intención con que se lleva a cabo la formulación antes mencionada, es un juicio moral ordinario, y en tanto conclusión general intermedia que extraen los que acatan esa formulación, a partir de razones operativas morales y prudenciales, es un juicio moral de adhesión normativa.

Me parece, por lo tanto, que es razonable concluir que, contrariamente a lo que han sostenido autores como Joseph Raz[28], las normas jurídicas no expresan razones operativas autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales; cuando las normas jurídicas son concebidas como prescripciones o prácticas, al igual que las órdenes y a diferencia de las expresiones emocionales, operan sobre la razón, o sea inciden en el comportamiento a través de las razones que el destinatario pudiera eventualmente tener, pero, a diferencia de los principios valorativos referidos en el ensayo anterior, no expresan por sí mismas razones operativas para actuar.

[28] Ver Raz, *Practical Reasons and Norms*.

VIII. LA SUPERACIÓN DE LA CONTROVERSIA "POSITIVISMO VS. IUSNATURALISMO" A PARTIR DE LA OFENSIVA ANTIPOSITIVISTA DE DWORKIN

Muchos verán como el paradigma de una posición *antipositivista* la que fue defendida en el núcleo central de los ensayos precedentes, en el sentido de que las proposiciones que asignan validez a normas jurídicas para justificar acciones o decisiones, son una subclase de juicios morales que se caracterizan por derivar de un principio de esa índole que da legitimidad a una fuente social de directivas y de un juicio que describe la formulación de una de esas directivas. Esta posición parece contradecir radicalmente el dogma positivista de separación entre el derecho y la moral.

Sin embargo, en este ensayo quiero defender estas tres proposiciones:

a) Que una posición como la expuesta es perfectamente compatible con la tesis central del positivismo jurídico.

b) Que, por ignorar esa compatibilidad y confundir la tesis central del positivismo, la reciente ofensiva antipositivista lanzada por Ronald Dworkin yerra el blanco.

c) Pero que, sin embargo, podemos aprender, a partir de esa ofensiva poderosa pero mal dirigida, que, contrariamente a lo que presupone su autor, la controversia "positivismo vs. iusnaturalismo" es casi completamente trivial y puede ser fácilmente superada.

1. *Las tesis atribuidas al positivismo*

Como ha sido muchas veces indicado, la expresión "positivismo jurídico" se suele emplear con varios significados distin-

tos, haciendo referencia a tesis claramente diferentes y a veces mutuamente incompatibles.

Las siguientes proposiciones representan algunas de las tesis que han sido consideradas, tanto por sus defensores como por sus oponentes, como distintivas de la concepción positivista:

a) No hay leyes naturales de índole normativa, o sea estándares absolutamente válidos que establecen derechos y deberes, que son aplicables en todo tiempo y sociedad, y que pueden ser inferidos de la "naturaleza" del hombre o de la razón humana o de estructuras esenciales de la realidad.

b) No hay un procedimiento racional para justificar objetivamente la validez de reglas e ideales morales acerca de los derechos y deberes de la gente y de la justicia de instituciones sociales.

c) El mero hecho de que un sistema jurídico, cualquiera que sea el contenido de sus reglas, sea eficaz o vigente en cierta sociedad, constituye una razón para considerarlo moralmente justificado y para sostener que la comunidad y los funcionarios tienen el deber moral de obedecerlo y aplicarlo.

d) Las normas jurídicas pueden ser distinguidas en principio de otras reglas sociales, y, en particular, de las normas morales vigentes en una sociedad.

e) Los sistemas jurídicos son autosuficientes en proveer soluciones unívocas para cualquier caso posible, el derecho no tiene lagunas, contradicciones, vaguedad ni ambigüedad lingüísticas, etcétera.

f) Lo opuesto a lo anterior; o sea que el derecho puede no contener una solución unívoca para algunos casos.

g) El derecho sólo está formado por leyes, o sea por normas generales expresamente sancionadas por órganos centralizados.

h) El derecho sólo incluye estándares que son reconocidos por los jueces y otros funcionarios por el hecho de haberse originado en cierta fuente fáctica, con independencia de su contenido.

i) El sistema jurídico vigente en cierta sociedad puede ser identificado tomando sólo en cuenta hechos empíricos, como, por ejemplo, el reconocimiento judicial de sus reglas, y sin asumir ninguna posición o hacer ninguna consideración acerca del valor o de la justicia de sus prescripciones.

Si tomamos en cuenta los autores que son considerados como los representantes principales del positivismo, como Bentham, Austin, Kelsen, Ross y Hart, advertiremos que no obstante ciertos malentendidos corrientes, varias de estas tesis son expresamente rechazadas, por, al menos, algunos de ellos, y varias otras, si bien son defendidas por algunos o todos ellos, no son endosadas por constituir un aspecto esencial de su concepción positivista. Más aún, algunas de estas tesis son apoyadas también por autores claramente no-positivistas.

La posición escéptica acerca de la posibilidad de demostrar racionalmente la validez de estándares e ideales morales y acerca de la justicia de instituciones sociales y rechazo de cualquier conexión entre éstos y hechos o estructuras "naturales", es obviamente sostenida en forma enfática por Kelsen y Ross. Sin embargo, ésta no es, de ningún modo, la postura de Bentham, Austin y, en forma menos definida, Hart. En el caso de Bentham, su justificación del principio de utilidad no es totalmente ajena, incluso, a una asociación con hipótesis acerca de la naturaleza humana.

La idea de que la mera vigencia de un sistema jurídico garantiza su justificación moral o el deber moral de obrar en conformidad, es rechazada por todos los positivistas mencionados y es calificada por Ross como una posición seudopositivista que debe ser cuidadosamente distinguida de la postura a la que él se adscribe.

La distinción conceptual entre normas jurídicas y normas de la moral positiva de una sociedad forma parte del programa teórico de todos los positivistas nombrados, pero también del de autores no positivistas como Kant.

La autosuficiencia del sistema jurídico para resolver cualquier caso posible es sostenida, al menos parcialmente (en lo que hace a la ausencia de lagunas y contradicciones) por Kelsen, pero es enérgicamente negada por autores como Ross y Hart.

La concepción del derecho como conjunto de leyes corresponde aproximadamente a la teoría de Austin, quien concibe a las normas jurídicas como mandatos directos o indirectos, expresos o tácitos del soberano; sin embargo, es radicalmente descalificada por positivistas como Kelsen, Ross y Hart, quienes admiten que las costumbres y los precedentes judiciales pueden ser normas jurídicas independientemente de que sean dictadas o endosadas por órganos legislativos.

La tesis que sostiene que sólo integran el derecho las normas que son aceptadas en virtud exclusivamente de su origen fáctico, independientemente de su contenido, podría inferirse de ciertos desarrollos de Kelsen y Hart. Pero esta posición es abiertamente rechazada por Ross[1] –cuando habla de la "tradición de cultura" como fuente de derecho– tildándola de "formalismo" y reclamando su clara diferenciación con la concepción positivista.

Una vez que se advierte que las tesis anteriormente mencionadas no son comunes a los principales representantes del positivismo, o son explícitamente rechazadas por ellos, o no son exclusivas a los autores enrolados en esta tradición iusfilosófica, estamos en condiciones de concluir lo que debió ser claro desde un principio, y ha sido, sin embargo, obscurecido por la tendencia de algunos oponentes del positivismo a no prestar atención a las afirmaciones explícitas de los positivistas acerca de cuál es su tesis central, y a atribuirles como intrínseco a su concepción todo lo que aparece como errado o aberrante. La tesis central del positivismo, que es defendida por igual por todos los autores mencionados, es, en efecto, la última de las que he apuntado. O sea, que el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descripto por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo. En otras palabras, y para repetir un viejo *slogan*: que el derecho que "es" puede y debe ser cuidadosamente distinguido del derecho que "debe ser".

Siendo ésta la tesis nuclear del positivismo, la estrategia que el profesor Ronald Dworkin[2] ha elegido para cuestionarlo pare-

[1] Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963, p. 98.

[2] Me refiero a las críticas que Dworkin desarrolló en diversos artículos que posteriormente reunió en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977. Al sintetizar y evaluar estas ideas de Dworkin no tomo en cuenta las opiniones que expuso en su artículo *Seven Critics*, en "Georgia Law Review", 1201 (1977), aparecido después de la redacción original del presente ensayo. Dworkin no ofrece allí mayores elementos para reconstruir su posición, aunque –como argumenta G. R. Carrió en *Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*, en "Indiana Law Review", 1979-8, vol. 55, nº 2– parece conceder la tesis central del positivismo de que lo que es derecho no siempre es moralmente correcto. (Creo que esta admisión es

ce bastante extraña. No argumenta directamente en contra de la tesis central que hemos identificado, sino, principalmente, en contra de la posición que sostiene que sólo son normas jurídicas aquellas que son reconocidas por su origen fáctico, y esto, lo hace como medio para atacar, en última instancia, la tesis de que las normas jurídicas son conceptualmente distinguidas de estándares morales; más aún, buena parte de sus argumentos están destinados a objetar la concepción de que el derecho puede no contener una solución unívoca para algunos casos.

Como estas tesis son rechazadas por algunos positivistas prominentes, o son endosadas por algunos autores con independencia del postulado central del positivismo que defienden, o no son exclusivas de autores de la tradición que Dworkin impugna, parece obvio que su ataque resulta inocuo por desviarse del blanco que se propuso alcanzar. Sin embargo, creo que es fructífero seguir los pasos intrincados de su argumentación, ya que este análisis revela que la posición de Dworkin presupone la adopción de un concepto de derecho que, si bien es antagónico con el que los positivistas defienden, puede coexistir con éste en contextos diferentes y para fines diversos. Esta conclusión sugiere que la controversia entre positivistas y no positivistas –una vez circunscripta en la forma que aquí se ha propuesto– no obedece a diferencias teóricas genuinas.

2. *Las objeciones de Dworkin*

La argumentación de Dworkin en su crítica al positivismo, tal como éste aparece representado en la obra de Hart, se extiende sobre tres tópicos principales: la admisibilidad de ciertos tipos de estándares como parte del derecho, el alcance de la discreción judicial y la posibilidad de justificar proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales.

En relación al primer tópico, Dworkin sostiene que el positivismo no puede reconocer como parte del derecho a ciertos estándares que los jueces suelen aplicar en sus decisiones y que él propone denominar "principios", por oposición a las reglas que integran un orden jurídico. Los principios, de los que es un

consecuencia de su adopción de un criterio mixto –en parte descriptivo y en parte normativo– para identificar al derecho. Ver nota 15.)

ejemplo el que sostiene que nadie puede beneficiarse como resultado de su propia conducta ilícita, expresan consideraciones de justicia, equidad u otras dimensiones de la moralidad. Los principios se distinguen de las reglas por el hecho de que ellos, a diferencia de estas últimas, no son aplicables como cuestión de "todo o nada"; no requieren una decisión específica sino que indican consideraciones que deben ser tomadas en cuenta en la deliberación que conduce a una decisión y puestas en balance con consideraciones emergentes de otros principios. Un principio que es dejado de lado en la decisión de un caso, a pesar de ser aplicable a éste, no por eso es invalidado o modificado por la introducción de una excepción. Los principios tienen una dimensión de peso o fuerza de la que las reglas carecen y que determinan que los conflictos entre principios se resuelvan en forma distinta de los conflictos entre reglas. A pesar de estas diferencias, los principios se asemejan a las reglas en que establecen derechos y deberes que pre-existen a la decisión judicial que los reconoce. Teniendo en cuenta entonces que los principios cumplen la misma función que las reglas jurídicas, es razonable considerar a los principios como parte del derecho. Sin embargo, el positivismo se encuentra impedido de hacerlo. Esto es así porque esta posición sostiene como tesis básica que los estándares jurídicos se distinguen de otro tipo de estándares, como los de índole moral, por satisfacer un test comúnmente reconocido, como el que está contenido, por ejemplo, en la regla de reconocimiento de Hart, que identifica a los estándares en cuestión por su origen fáctico o "pedigrí". Los principios no pueden ser aprehendidos por tal test puesto que ellos no son reconocidos por su origen. En consecuencia, la pretensión básica del positivismo de distinguir los estándares jurídicos de otros estándares sociales a través de un test de origen o pedigrí conduce a ignorar una parte importante del derecho; esto obliga a descalificar tal pretensión.

Este tópico se conecta con el segundo, que se refiere al alcance de la discreción judicial y a la existencia de indeterminaciones en el derecho. Dworkin dice que los positivistas pueden explorar, como lo han hecho efectivamente, una salida a la dificultad respecto del status de los principios, que consiste en sostener que cuando los jueces aplican principios en sus decisiones no siguen lo prescripto por el sistema jurídico, sino que hacen uso de la discreción que el sistema jurídico les concede recurriendo a estándares extrajurídicos. Pero Dworkin sostiene que esto implica confundir dos de los varios sentidos de la palabra "discreción". De acuerdo con uno de estos sentidos, se dice que los jueces tienen discreción cuando una regla, por ser indeterminada, no puede ser aplicada mecánicamente sino que su aplicación exige ciertos juicios ponderados. Según otro sentido, los jueces tienen discreción cuando una regla no les impone una obligación específica sino que les concede una opción entre diferentes alternativas. Los positivistas parecen pensar que cada vez que los jueces tienen discreción en el primer sentido la tienen también en el segundo. Un juez puede estar en la duda acerca de si el derecho le exige decidir en favor del actor, o le exige decidir en favor del demandado, o si le concede discreción para decidir de una forma u otra. Es irrazonable pensar que esta duda debe siempre resolverse en favor de la tercer alternativa, de modo que si es controvertible cuál es el deber del juez, la respuesta sería siempre que no tiene deber alguno sino facultad para decidir a su arbitrio. Los abogados y jueces hablan acerca del deber de los jueces de aplicar una cierta solución, tanto cuando enfrentan un caso claro como cuando se trata de un caso controvertible. El significado del discurso jurídico se distorsiona seriamente si hace una distinción radical entre las proposiciones acerca del deber judicial formuladas en casos claros y las que se formulan frente a casos controvertibles. Cuando, frente a un caso controvertible, se dice que los jueces están obligados a resolverlo de cierta forma, esto no expresa una propuesta para reformar el derecho o una aspiración acerca de cómo el derecho debería ser, sino que es una afirmación acerca de lo que el juez está obligado a hacer aquí y ahora de acuerdo con el derecho.

Dworkin sostiene, además, que la afirmación positivista de que a veces no hay una respuesta correcta a una cuestión jurídica no puede ser defendida sin calificaciones. Afirma que esta tesis tiene dos versiones: una sostiene que entre proposiciones del tipo "el contrato *X* es válido" y "el contrato *X* no es válido" hay una suerte de "espacio lógico" que permite que, en algunos casos, ambas proposiciones sean falsas. Pero esto choca contra el comportamiento lingüístico de los juristas que las tratan como contradictorias; además no tiene en cuenta que tales proposiciones incluyen lo que Dworkin llama "conceptos dispositivos", tales como el de contrato válido, cuya función es precisamente excluir la posibilidad de que los jueces tengan facultad para adoptar una

u otra solución, en vez de tener el deber de aplicar alguna de ellas. La segunda versión de la tesis acepta que no hay "espacio lógico" entre proposiciones del tipo de las mencionadas, pero sostiene que a veces no es posible determinar cuál de ellas es verdadera. Esto puede sostenerse sobre la base de la vaguedad del lenguaje, lo que Dworkin contesta afirmando que hay principios y teorías de interpretación cuyo objeto es precisamente indicar cómo tratar el lenguaje legal vago. También puede sostenerse sobre la base de una identificación entre proposiciones jurídicas y proposiciones acerca de actos de creación de derecho que pueden estar ausentes; a lo que Dworkin responde que si dos proposiciones jurídicas opuestas son equivalentes a proposiciones sobre actos de creación de derecho, estas últimas deben también ser opuestas, por lo que la falsedad de la una implica la verdad de la otra. Por último, esta versión puede defenderse afirmando que hay casos en que ninguna de dos proposiciones jurídicas opuestas puede ser demostrada en relación a hechos empíricos, lo que, según Dworkin, ignora que hay muchas empresas intelectuales, como por ejemplo la crítica literaria, en que la verdad de una hipótesis interpretativa es asignada no en relación a hechos empíricos, sino a otros "hechos" (como que es más consistente con el espíritu general de la pieza que otras interpretaciones alternativas); Dworkin sugiere que las proposiciones jurídicas presentan cierta analogía con las que son formuladas en el contexto de este tipo de actividades.

Finalmente, este segundo tópico se vincula con el tercero, referido a la justificación de proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales. Dworkin dice que la regla de reconocimiento de Hart no sólo tiene el defecto de no permitir identificar a los principios jurídicos, sino también el de estar concebida como una práctica social de la que se sigue el deber de los jueces de aplicar los estándares que ella identifica. Sin embargo, la postulación de una práctica social no permite explicar las proposiciones de los jueces acerca de su deber de aplicar ciertos estándares. Cuando un juez dice que tiene el deber de aplicar una regla no se está refiriendo meramente al hecho de que otros jueces piensan que tienen tal deber; señalar lo que otra gente piensa o hace no puede justificar el juicio de que uno está obligado a hacer algo. La inadecuación de la concepción de la práctica social se pone de manifiesto cuando tenemos en cuenta casos en que los jueces difieren acerca de cuál es su deber. La existencia misma de la controversia excluye que haya una práctica en tal sentido, y si las proposiciones de los jueces acerca de su deber hicieran referencia a prácticas sociales, esto significaría que todas las proposiciones de ese tipo que se formulan en el contexto de la controversia serían de antemano falsas. La alternativa a la tesis de que las proposiciones acerca del deber de los jueces se justifican sobre la base de una práctica social, es, según Dworkin, la tesis antipositivista de que ellas presuponen una teoría o concepción *normativa* cuya validez no depende de que sea generalmente aceptada y que identifica reglas y principios. Los jueces recurren implícitamente a tales concepciones normativas que difieren entre sí lo suficiente como para impedir la constitución de una práctica uniforme de reconocimiento.

3. *El positivismo y los principios jurídicos*

Cuando apareció el primer artículo de Dworkin, se formularon una serie de réplicas dirigidas, principalmente, a mostrar que algunos de los principios que él menciona pueden ser captados por un test de origen y que no se distinguen lógicamente de las reglas[3].

Creo que esta línea de ataque es inadecuada. Los principios a los que Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales y es precisamente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados por el hecho de derivar de una fuente fáctica oficial (lo que constituye uno de los aspectos del requisito kantiano de autonomía). Cuando un estándar es reconocido como un principio moral, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez (ver este punto en el ensayo VI).

Esta característica de los principios morales tiene consecuencias importantes respecto de la forma de resolver casos en que dos o más de ellos están en conflicto. Cuando la acepta-

[3] Entre las más agudas de estas réplicas se puede señalar las de G. R. Carrió, *Legal Principles and Legal Positivism*, Bs. As., 1971; Raz, Joseph, *Legal Principles and the Limits of Law*, en "Yale Law Journal", 823 (1972), y Sartorious, R., *Social Policy and Judicial Legislation*, en "American Philosophical Quarterly", 151 (1971).

ción de dos estándares conflictivos depende de consideraciones relacionadas con su origen, son aplicables criterios conocidos para resolver el conflicto, como los expresados por los principios *lex superior* y *lex anterior*. Esto no sucede cuando se trata de un conflicto entre estándares cuya validez no depende de las circunstancias de su sanción. Más aún, este hecho acerca de la aceptación de principios morales implica que no hay ninguna formulación verbal de ellos que pueda ser tomada como su formulación canónica; esto trae aparejado dificultades para determinar su alcance preciso y, en consecuencia, para aplicar otros criterios para la resolución de conflictos como el expresado en el principio *lex specialis*. Por otra parte, la circunstancia de que una regla o principio sea aceptado sin tener en cuenta su origen afecta la forma en que éste es tratado en el razonamiento práctico que conduce a una decisión, ya que, en este caso, consideraciones relativas a la necesidad de preservar la autoridad de la fuente del estándar, no figuran entre las razones para conformar la decisión a tal estándar (confróntese esto con lo que expresé en el ensayo V).

De este modo, Dworkin parece tener razón cuando sostiene que hay una diferencia lógica radical entre los principios que él tiene en cuenta y las reglas que son reconocidas por su origen en cierta fuente con autoridad. Sin embargo, él ha planteado las cosas en una forma sumamente equívoca, porque ha dado la impresión de que distingue entre principios y reglas por su diferente impacto en el razonamiento práctico y por la diferente forma en que los conflictos entre ellos son resueltos, y que, una vez que ha hecho esta distinción, avanza la tesis substantiva de que los principios no pueden ser captados por un test de origen. En realidad, la forma en que él argumenta muestra que sigue el procedimiento inverso: Dworkin implícitamente *caracteriza* a los principios, por oposición a las reglas, sobre la base de que ellos no son reconocidos por derivar de una fuente con autoridad, y su tesis substantiva es que los principios, así caracterizados, funcionan en forma diferente de las reglas en el razonamiento práctico y en la resolución de conflictos. De este modo, replicar que los principios pueden ser reconocidos por un test de origen es ineficaz porque implica atacar una proposición analítica derivada de una estipulación conceptual.

Una vez que se concede esto a Dworkin, la pregunta que corresponde hacerse es, si es una generalización legítima del pensamiento positivista el sostener que esta concepción no puede hacer lugar a los principios como parte del derecho por exigir que todo estándar jurídico tiene que ser reconocido por derivar de cierta fuente con autoridad.

Como dije, esto ciertamente no corresponde a la teoría de Ross, quien sostiene que cualquier directiva que es efectivamente aplicada en las decisiones judiciales, con independencia de que sea reconocida o no por haber sido sancionada a través de cierto procedimiento oficial, puede formar parte de un sistema jurídico.

Pero, para concentrarnos en el caso de Hart, que es el que Dworkin tiene en cuenta, la forma en que este autor ejemplifica su regla de reconocimiento pareciera, en principio, dar razón a Dworkin. Sin embargo, Hart tiene cuidado en aclarar que la regla de reconocimiento puede contener cualquier criterio para la identificación de los estándares que ella prescribe aplicar[4], y en ningún lugar excluye que tal criterio pueda identificar a los estándares jurídicos por su contenido general y no por su origen. Es cierto que, como la existencia de la regla de reconocimiento depende de que sea efectivamente practicada por los jueces el reconocer ciertas reglas, si la regla de reconocimiento fuera interpretada como prescribiendo aplicar estándares que tengan cierto contenido, podría parecer que se produce una inaceptable duplicación si se distingue entre la aceptación de los jueces de estándares con cierto contenido y la aceptación de una regla de reconocimiento que prescribiera aplicar los estándares que tienen precisamente ese contenido. Sin embargo, uno puede imaginar casos en que esta distinción no es completamente banal. Supongamos que los jueces, siguiendo la propuesta de Wasserstrom[5], fueran utilitaristas de reglas convencidos y se consideraran obligados a aplicar toda regla cuya vigencia tuviera consecuencias netas beneficiosas; en este caso podría ser razonable distinguir entre el reconocimiento de tales reglas particulares y la aceptación del principio utilitarista, que funcionaría como la regla de reconocimiento del sistema[6]. Pero Dworkin podría ar-

[4] Ver Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963, p. 126.

[5] Wasserstrom, Richard J., *The Judicial Decision*, Stanford, 1961.

[6] Carrió, *Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*, p. 233, da otros ejemplos muy interesantes en los que el contenido de las reglas podría ser relevante para su identificación por la regla de reconocimiento, pero no

güir que los jueces pueden aplicar principios sin seguir una regla básica subyacente que establece criterios para elegirlos. Teniendo esto en cuenta, podría haber razones para sostener que la concepción del sistema jurídico de Hart es defectuosa y que habría que modificarla para hacer lugar a la posibilidad de que la base del sistema esté integrada no sólo por reglas de reconocimiento sino también por principios que los jueces efectivamente aplican en sus decisiones sin seguir tales reglas de reconocimiento. Pero esta posible modificación no afectaría la posición positivista de Hart. Este autor sostiene que la base de un sistema jurídico está integrada sólo por una regla de reconocimiento, de la cual derivan las restantes reglas del sistema, no porque esto esté impuesto por su concepción positivista sino porque cree que es necesario para individualizar un sistema jurídico, distinguiéndolo de otros. Raz ha mostrado[7] que Hart no está justificado en suponer que todo sistema jurídico contiene sólo una regla de reconocimiento y que, en consecuencia, la unidad de un sistema jurídico no puede descansar en la singularidad de su regla de reconocimiento. Una vez que esto se acepta y que la unidad del sistema jurídico se fundamenta sobre otras bases, se puede admitir que éste tenga como estándares primitivos no sólo varias reglas de reconocimiento sino también principios efectivamente aceptados con independencia de lo prescripto por las reglas de reconocimiento.

En consecuencia, la admisión de que los principios a que Dworkin hace referencia pueden ser parte del derecho, en tanto en cuanto sean reconocidos por los jueces en sus decisiones, de ningún modo afecta la tesis central del positivismo de que el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descripto por un observador externo sin tomar partido acerca de su valor moral. Por otra parte, aun cuando la pretensión de distinguir las normas jurídicas de estándares morales que no son parte del derecho, no es exclusiva del positivismo, es conveniente hacer notar que esa pretensión no está descalificada por el presente argumento de Dworkin; ninguno de los autores mencionados niega que un estándar moral pueda formar parte del derecho si satisface el criterio de pertenencia al mismo; si ese criterio

son casos en que el contenido sea una condición exclusiva y de índole positiva, como podría ocurrir con los principios que toma en cuenta Dworkin.

[7] Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970, p. 200.

apuntara, por ejemplo, al reconocimiento judicial, todavía se podría distinguir entre estándares que forman parte del derecho y los que no forman parte de él, teniendo en cuenta si son o no aceptados.

4. *El positivismo y la discreción judicial*

La crítica de Dworkin, consistente en sostener que los positivistas confunden los dos sentidos de discreción que él distingue, es completamente infundada. Teorías positivistas como la de Ross y Hart permiten una clara distinción entre los casos en que el derecho es indeterminado y los casos en que el derecho contiene una solución cierta, consistente en facultar a los jueces a decidir según su arbitrio. Es absurdo suponer que los positivistas piensan que, cada vez que el derecho es indeterminado, en realidad no lo es porque contiene una autorización positiva para optar por cualquiera de las alternativas posibles.

Dworkin presenta este ataque en contra del positivismo en forma sumamente equívoca, porque después de destacar la necesidad de hacer una distinción entre los dos sentidos de discreción, él mismo la obscurece, vaciando al primer sentido de todo contenido real. En efecto, Dworkin repudia la tesis de que el derecho pueda contener indeterminaciones.

Como vimos, Dworkin, dice que la tesis de que puede no haber una respuesta correcta para una cuestión jurídica presenta dos versiones opuestas. En realidad, en contra de lo que Dworkin cree, estas versiones no son excluyentes y ambas son correctas.

Dworkin objeta a la primera versión, que sostiene que hay un espacio lógico entre proposiciones del tipo "el contrato X es válido" y "el contrato X no es válido", diciendo que los juristas las consideran como opuestas contradictorias de modo que no pueden ser ambas falsas. Sin embargo, Dworkin comete aquí el mismo tipo de error que Alchourrón y Bulygin[8] demuestran que Kelsen comete, cuando niega la existencia de lagunas en el derecho. La oración "el contrato X no es válido" puede expresar dos proposiciones diferentes; una que se puede repre-

[8] Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1975, cap. VII, secc. 2, 3 y 4.

sentar diciendo "no es el caso que el derecho declare al contrato *X* válido" y la otra que se puede reproducir diciendo "es el caso que el derecho ha declarado al contrato *X* no válido". Sólo la primera es contradictoria con la proposición que sostiene que el derecho ha declarado al contrato *X* válido. La verdad de la segunda es compatible con la verdad de esta última proposición, en cuyo caso ellas describirían consistentemente una contradicción en el sistema jurídico; y ambas proposiciones pueden ser falsas, en cuyo caso hay una laguna en el derecho. Dworkin cree equivocadamente que los positivistas sostendrían que el derecho es indeterminado, no cuando se da este caso sino cuando fuera verdadera una proposición que sostuviera que el derecho concede a los jueces facultad para declarar a un contrato válido o inválido. De ahí su argumento de que el concepto de contrato válido es un concepto dispositivo que excluye esta posibilidad. Como la existencia de indeterminaciones en el derecho no depende de que esta alternativa pueda darse, este argumento es irrelevante. Sin embargo, conviene decir algo en contra de su validez.

Dworkin admite que el concepto de deber no excluye que, como alternativa al deber de hacer algo y al deber de hacer lo opuesto, se dé la facultad de hacer una u otra cosa. Como sostiene que el concepto de contrato válido si excluye esa alternativa, tiene que defender la idea de que la proposición "el contrato *X* es válido" no es equivalente a la proposición "los jueces tienen el deber de hacerlo efectivo"; su argumento es que tal equivalencia está excluida por el hecho de que se suele recurrir a la primera proposición como justificación de la segunda. Sin embargo, podría sugerirse que el concepto de contrato válido se comporta como el concepto de propiedad, tal como ha sido analizado por Ross y otros autores[9]. O sea que en ciertos contextos, como cuando se dice: "si el contrato es válido, los jueces tienen el deber de hacerlo efectivo", indica ciertas circunstancias condicionantes (que no hubo error, fraude, etc.) y en otros contextos, como cuando se dice: "si no hubo error, fraude, etc., el contrato es válido", indica cierta consecuencia normativa (el deber de los jueces de hacerlo efectivo). Vale decir que el hecho

[9] Ver Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cap. VI y la reconstrucción en Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980, cap. IV.

de que el concepto de contrato válido se emplee en el primer tipo de frases en justificación del deber de los jueces, no excluye que también se use en el segundo tipo de frases aludiendo precisamente a tal deber.

Dworkin sostiene que la segunda versión de la tesis, según la cual proposiciones como las mencionadas son contradictorias, pero que pueden estar ausentes las condiciones para determinar cuál es verdadera, podría apoyarse en tres argumentos distintos.

El primero se refiere a la vaguedad lingüística, y la objeción de Dworkin es que el derecho incluye principios y teorías de interpretación para resolver los problemas de vaguedad. Sin embargo, no hay ninguna garantía de que esos principios eliminen toda indeterminación; ellos mismos pueden ser vagos, dejar casos sin regular y ser mutuamente contradictorios.

El segundo argumento presupone la equivalencia entre proposiciones jurídicas y proposiciones acerca de actos creadores de derecho; tales actos pueden estar ausentes, con lo que la proposición respectiva no se puede verificar. Dworkin replica que si esa equivalencia se diera, el hecho de que dos proposiciones jurídicas como las ejemplificadas sean contradictorias, implica que las proposiciones acerca de actos creadores de derecho son también contradictorias; por lo que de la falsedad de una surge necesariamente la verdad de la otra. Sin embargo, Dworkin comete aquí el mismo tipo de error que vimos antes: si la proposición "el contrato *X* es válido" fuera equivalente a "el legislador ha prescripto *p*", la proposición *opuesta* que dice "el contrato *X* no es válido", debe ser equivalente a la proposición "el legislador no ha prescripto *p*" y no a la proposición "el legislador ha prescripto no-*p*"; o sea que la equivalencia entre proposiciones jurídicas opuestas y proposiciones opuestas acerca de actos creadores de derecho no implica, como supone Dworkin, que siempre tiene que haber un acto creador de derecho.

El último argumento a favor de la tesis débil que Dworkin ataca es el que dice que toda proposición jurídica debe demostrarse en relación a hechos empíricos que pueden estar ausentes, impidiendo la demostración de alguna de dos proposiciones jurídicas opuestas. A esto Dworkin opone una analogía entre la actividad intelectual, en cuyo contexto las proposiciones jurídicas son formuladas, y otras empresas intelectuales, como la crítica literaria, cuyas proposiciones no son válidas en relación a hechos empíricos sino teniendo en cuenta otros factores, como la con-

tribución que ellas hacen a la comprensión del espíritu general de una obra. Sin entrar a analizar el fondo del asunto, puede decirse que aquí Dworkin toca por fin la tesis central del positivismo, ya que los positivistas rechazarían la analogía con la crítica literaria, sosteniendo que lo que ella hace, en la versión de Dworkin, es no tanto una mera descripción de una obra sino una reconstrucción o recreación, y que si bien el positivismo no niega que los juristas pueden hacer algo parecido con el sistema jurídico [10], las proposiciones jurídicas cuyo análisis está en discusión son las que se formulan en el contexto de una estricta descripción del sistema. Es la factibilidad de esta actividad puramente descriptiva lo que constituye, como vimos, la tesis central del positivismo.

Este último tópico se conecta con una presuposición implícita que subyace a todos los argumentos de Dworkin. Es necesario detectar esta presuposición para entender su concepción general y para explicar muchas de sus tesis que he estado objetando.

5. *El equívoco básico de Dworkin*

La clave para detectar la presuposición básica que subyace a todos los argumentos de Dworkin en contra del positivismo, se encuentra en un pasaje incidental al comienzo de su segundo artículo, que dice: "Hay una objeción adicional que podría hacerse pero que no voy a intentar contestar. No tengo respuesta para el argumento de que el término 'derecho' puede usarse de modo tal que haga a la tesis positivista verdadera por estipulación. Es decir, puede usarse de tal modo que el que habla reconoce como estándares jurídicos sólo a aquellos estándares que los jueces y abogados citan y que están de hecho identificados por un test comúnmente reconocido. Sin duda, el término 'derecho' puede usarse de tal forma y, tal vez, algunos abogados así lo usan. Pero yo estaba interesado en lo que tomé como un argumento acerca del concepto de derecho que ahora se emplea

[10] Ver un análisis de esta actividad de reconstrucción del derecho positivo por parte de los juristas dogmáticos en Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Unam, 1974, y *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980.

generalmente, que es, pienso yo, el concepto que se refiere a los estándares que establecen derechos y obligaciones que el gobierno, a través de las instituciones familiares de los tribunales y policía, tiene el deber, al menos en principio, de reconocer y hacer efectivos. Mi tesis fue que el positivismo, con su doctrina de un test fundamental y comúnmente reconocido, confunde parte del dominio de ese concepto con su totalidad" [11].

Lo que es sumamente llamativo de este párrafo de Dworkin es que la primera definición de derecho que menciona es precisamente la definición que, con variaciones de detalle entre autor y autor, los positivistas han estado defendiendo todo el tiempo como su principal *leit motiv* en contra de una caracterización del "derecho" según los lineamientos de la segunda definición que Dworkin menciona. Es, entonces, muy extraño que Dworkin diga que no tiene nada que objetar a que se defina "derecho" de acuerdo con la primera alternativa y que presuponga que los positivistas aceptan la segunda definición, lo que haría a la tesis positivista "falsa por estipulación".

Para entender esto es necesario concentrar la atención en la frase contenida en la segunda definición, que dice, en substancia, "los estándares que el gobierno tiene el *deber* de reconocer". Si la palabra "deber" fuera usada en esta frase con el significado que Hare ha llamado "entre comillas" [12], esta definición no diferiría substancialmente de la primera y sería, en líneas generales, aceptable para los positivistas; lo que esta definición diría es que son estándares jurídicos aquellos que una regla, que los jueces de hecho aceptan, prescribe o estipula el deber de reconocer. Pero si la expresión "deber" está usada con un sentido normativo directo en la definición, ésta es una definición antipositivista que habría que interpretar de este modo: "Sólo son estándares jurídicos aquellos que el gobierno tiene el deber (normativamente hablando) de reconocer". Como establecer la existencia de un deber *normativo* o justificatorio en materias moralmente relevantes supone asumir una posición moral (ver ensayos III y VII), esta definición implica que para determinar si un estándar es o no jurídico, es necesario formular un juicio de valor acerca de si los jueces están justificados en reconocer el estándar. Este tipo de definición es el principal blanco de la

[11] Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 47.

[12] Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1971.

ofensiva positivista, ya que contradice su tesis central de que el derecho es un fenómeno social que puede identificarse sobre la base exclusiva de hechos empíricos y sin adoptar una posición acerca de su justificación moral.

Que Dworkin presupone esta definición antipositivista de derecho en su ataque contra el positivismo se muestra claramente en su discusión de la tesis de que las prácticas sociales pueden dar origen a deberes. Esta tesis sería razonable si la palabra "deber" fuera usada en su formulación con un significado o fuerza puramente descriptiva; ya que una práctica social puede obviamente ser descripta como prescribiendo cierto comportamiento. Pero, por otro lado, la crítica de Dworkin sería correcta si la tesis fuera interpretada como sosteniendo que una práctica social es una justificación suficiente del juicio normativo de que alguien está obligado a hacer lo que la práctica prescribe; es cierto que referirse a lo que otra gente dice o hace no es, en general, una razón concluyente para justificar el hacer la misma acción. Pero Dworkin se equivoca al pensar que la regla de reconocimiento de Hart implica este tipo de conservadorismo moral. Hart afirma que los jueces siguen una práctica de reconocimiento, cuyo contenido puede ser descripto diciendo que ella prescribe a los jueces aplicar los estándares que ella menciona. Esto no implica que uno deba aceptar que los jueces están moralmente obligados a aplicar esos estándares, por la sola razón de que ellos siguen una práctica que prescribe tal cosa. Tampoco significa que los jueces mismos pueden citar a la práctica general como único fundamento para justificar su juicio normativo de que están obligados a aplicar tales estándares. La posición que Dworkin ataca es, en realidad, el seudopositivismo descripto por Ross, que en una de sus variantes sostiene que la vigencia de una práctica fundamenta su justificación moral (ver ensayos III y IV).

Dworkin está probablemente acertado cuando dice que los juicios de los jueces, en el sentido de que tienen el deber de aplicar ciertos estándares, presuponen, al menos en el caso de jueces moralmente responsables, que ellos aceptan principios que integran una concepción normativa o valorativa, cuya validez no está relacionada con el hecho de ser generalmente aceptada en prácticas judiciales (ver el ensayo precedente). Pero, en cambio, su afirmación ulterior de que la aceptación de tales concepciones valorativas no conduce en los hechos a la formación de

una práctica de reconocimiento, más o menos uniforme, es mucho más controvertible. Si esto fuera así, habría razones para dudar, como dice Hart[13], que estemos frente a un solo sistema jurídico y no a varios. Esto muestra que el hecho de que los jueces no basen sus juicios de deber en una práctica de reconocimiento no impide que haya tal práctica de reconocimiento y que la misma no pueda ser tomada en cuenta por un observador externo interesado en determinar qué normas forman parte del sistema jurídico.

Lo que ocurre es que Dworkin confunde el punto de vista de un observador externo, interesado en la cuestión teórica de determinar el contenido de un sistema, con el punto de vista de un juez interesado en el problema práctico de determinar qué reglas debe justificadamente aplicar en sus decisiones. Cuando Hart introduce su idea de la regla de reconocimiento, lo hace para esclarecer cómo un observador identifica las reglas de un sistema y no para explicar cómo los jueces razonan en su aceptación de las mismas. Tal vez Dworkin fue conducido a esta confusión por una cierta obscuridad en la exposición de Hart acerca de la regla de reconocimiento: si bien él distingue correctamente entre el punto de vista externo de un observador que la toma como un hecho sin valorarla y el punto de vista interno de los jueces, quienes la aceptan y participan en su formación, Hart no pone en claro que la regla de reconocimiento, aun vista externamente como un hecho, no es el criterio de pertenencia que un observador externo *usa* para identificar las reglas del sistema. Tal criterio es el mismo que Hart presupone sin formularlo explícitamente; él indica que una regla pertenece a un sistema cuando la regla de reconocimiento de éste prescribe directa o indirectamente su aplicación. Esta obscuridad ha llevado a Bulygin[14] a criticar equivocadamente a Hart por tratar a su regla de reconocimiento como una prescripción, en vez de como un criterio constitutivo que define la pertenencia de un estándar al sistema jurídico. A causa de esta obscuridad, Dworkin pudo haber supuesto que, para Hart, el problema de determinar la pertenen-

[13] Hart, *El concepto de derecho*, p. 152.

[14] Bulygin, Eugenio, *Sobre la regla de reconocimiento*, en "Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja", Bs. As., Astrea, 1976.

cia es el mismo problema que los jueces enfrentan cuando tienen que decidir qué reglas deben justificadamente reconocer.

Esta confusión entre el punto de vista de un observador externo y el punto de vista de un juez, lo lleva a Dworkin a defender la posición que vimos acerca de la discreción judicial. Si un juez presupone una concepción valorativa suficientemente articulada, estará en condiciones de determinar qué solución corresponde a un caso, tanto cuando éste cae bajo las reglas reconocidas del sistema, como cuando no está regido por ellas. Si un juez dijera que él no puede determinar qué solución corresponde a un caso y que, por lo tanto, tiene discreción para resolverlo en un sentido u otro, esto sería visto como una confesión de que carece de una concepción valorativa comprensiva y de que es incapaz de razonar adecuadamente en el plano normativo. Dworkin parece pensar que cuando algunos positivistas hablan de discreción judicial, ellos suponen que los jueces deberían hacer todo el tiempo tales confesiones absurdas; pero ellos están considerando el punto de vista del observador que comprueba que las reglas, hasta el momento reconocidas, no contienen una solución para el caso.

O sea que la crítica equivocada que hace Dworkin de la concepción positivista acerca de la discreción judicial deriva de su confusión entre la situación del juez que debe decidir un caso y la situación del observador que describe el contenido del sistema jurídico. Esta última confusión deriva, a su vez, de la presuposición errónea de que los positivistas aceptan un concepto de derecho tal que no podría ser usado adecuadamente en el tipo de empresa descriptiva cuya factibilidad es la principal bandera del positivismo.

6. *Una reconstrucción del ataque de Dworkin al positivismo*

A pesar de estas graves confusiones, la posición de Dworkin podría reconstruirse de tal modo de representar un interesante desafío al positivismo. Para hacer esto, Dworkin tendría que alterar radicalmente la estrategia de su crítica. En vez de asumir que los positivistas aceptan un concepto antipositivista de derecho, Dworkin tendría que atacar frontalmente la definición de "derecho" que los positivistas realmente endosan, y defender aquella que está implícita en sus propios argumentos.

El concepto de derecho que Dworkin y los iusnaturalistas, en general, defienden es una noción normativa[15]. De acuerdo con ella, decir que una regla o principio es un *estándar jurídico* implica decir que los jueces y otros funcionarios deben (hablando prescriptivamente) reconocerlo y hacerlo efectivo en sus decisiones. Como se ha dicho, el positivismo se caracteriza por combatir esta forma de definir "derecho", proponiendo en su lugar un concepto descriptivo, cuya aplicación no tiene absolutamente ninguna implicación acerca de lo que los funcionarios y el público deben hacer en relación a los estándares que él identifica.

Ahora bien, Dworkin podría tener dos líneas de argumentación en favor de reconocer un concepto de derecho normativo. La primera estaría relacionada con la vigencia de tal noción en usos lingüísticos corrientes. La segunda estaría dirigida a cuestionar las ventajas alegadas de un concepto descriptivo de derecho.

En relación al primer punto, Dworkin podría alegar, como de hecho lo hace en algunos pasajes, que, en el discurso de jueces y abogados, el concepto de derecho no es sólo usado para referirse a estándares vigentes, sino también para hacer referencia a estándares que los jueces *deben* reconocer aunque todavía no lo hayan hecho. Cuando un juez concluye o un abogado reclama que un estándar que no ha sido aún reconocido debe serlo en el caso actual, ellos presentan su afirmación en forma de una proposición acerca de lo que el derecho dispone, y no como una proposición acerca de lo que el derecho debería disponer. La misma práctica de reconocimiento se constituye formulando juicios del primer tipo. En consecuencia, un concepto de derecho que sirva para interpretar adecuadamente las proposiciones jurídicas formuladas en este tipo de contexto, tiene que permitir elucidar tales

[15] En realidad, en el caso de Dworkin, su noción de derecho es en parte normativa (pues incluye los estándares que derivan de la mejor teoría valorativa que justifique los estándares institucionalmente reconocidos), y en parte descriptiva (pues incluye tales estándares institucionalmente reconocidos independientemente de su justificación). Creo que esto explica su admisión –que hace notar Carrió– de que puede haber estándares injustos que sean derecho y que no todo lo moralmente correcto es derecho. Otra cuestión es si esta mezcla de criterios descriptivos y normativos como parte de un solo concepto es adecuada, o si, en cambio, se requiere la adopción de dos conceptos alternativos de derecho (agradezco esta observación a Carlos E. Alchourrón).

proposiciones como juicios normativos acerca de lo que los jueces deben hacer. Esto no se logra mediante un concepto de derecho que hace referencia a los estándares reconocidos de hecho por los jueces, sino por un concepto de derecho que se refiere a los estándares que los jueces deben reconocer. Si presuponemos un concepto de derecho descriptivo, tales proposiciones resultan sistemáticamente distorsionadas y estamos compelidos a recurrir a explicaciones tortuosas del comportamiento lingüístico de jueces y abogados (por ejemplo, que cuando ellos *dicen* que la ley dispone tal cosa, en realidad quieren decir que la ley debería disponer tal cosa, y que esta forma de hablar pintoresca se debe, o a un mal uso crónico del lenguaje o al deseo de engañar a la gente, haciéndoles creer que lo que, en realidad, es una mera opinión consiste en una descripción objetiva).

Que los jueces y abogados presuponen, frecuentemente, un concepto normativo de derecho, cuando formulan proposiciones jurídicas, es reconocido por Hart cuando dice que la expresión "el derecho dispone que..." usualmente manifiesta un punto de vista interno hacia la regla de reconocimiento, que implica la aceptación de las reglas del sistema, mientras que el punto de vista externo es usualmente expresado mediante proposiciones del tipo "en Inglaterra se reconoce como derecho..."[16]. También esto se pone de manifiesto por el hecho de que jueces y abogados usualmente interpretan tales proposiciones como estableciendo razones operativas para justificar una decisión. Esto sólo puede ser así si proposiciones del tipo "el derecho dispone que..." implicaran juicios prácticos acerca del deber de reconocer o aplicar ciertos estándares. Solamente un concepto normativo de derecho permite explicar por qué, cuando se inquiere por la justificación de una decisión, el aludir a lo que el derecho estipula es generalmente aceptado como una respuesta suficiente, aunque pueda ser controvertible. Si, en cambio, tales proposiciones presupusieran un concepto descriptivo de derecho, ellas no expresarían nunca razones operativas para una decisión sino razones auxiliares[17], que tendrían que suplementarse con razones adicionales, de carácter operativo, para justificar un curso

[16] Hart, *El concepto de derecho*, p. 128.

[17] Para un análisis de los conceptos de razones operativas y auxiliares, ver Raz, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, London, 1975, p. 33-35.

de acción. Sin embargo, cuando un juez dice, por ejemplo, "el derecho dispone tal cosa, por lo tanto debo decidir concordantemente", su razonamiento no es considerado generalmente entimemático (por descansar en una premisa oculta como el principio moral de que se debe hacer lo que el derecho dispone) ni es descalificado por incurrir en un *non sequitur*. Esto implica que la fuerza normativa que se transmite a la conclusión yace en la misma premisa que dice que el derecho dispone tal cosa (lo que requiere un concepto normativo de derecho).

La circunstancia de que las proposiciones jurídicas expresan, en ciertos contextos, razones operativas para justificar una decisión, implica que una noción normativa de derecho está presupuesta no sólo en proposiciones que se refieren a estándares, que todavía no satisfacen las condiciones estipuladas por la práctica judicial de reconocimiento, sino también en proposiciones que se refieren a leyes, precedentes, etc., que satisfacen tales condiciones. Porque también es el caso que una proposición que se refiere a un estándar comúnmente reconocido es generalmente interpretada como que expresa una razón operativa para una decisión, lo que no ocurriría si tal proposición fuera interpretada bajo un concepto descriptivo de derecho. En estos casos, las proposiciones en cuestión tienen también fuerza normativa y presuponen una concepción valorativa acerca de la legitimidad de los estándares que mencionan (ver ensayos I, III, V y VII).

Decir que el concepto de derecho que es generalmente empleado por jueces y abogados en contextos prácticos es una noción normativa, implica asimilarlo a conceptos éticos tales como los de bueno, correcto o justo. Como noción normativa, el concepto de derecho que se refiere a los estándares que deben ser reconocidos, no puede ser aplicado sin una concepción valorativa que le asigna cierto contenido. Aquí es aplicable la misma distinción que propone Rawls[18] entre el concepto de justicia y las diferentes concepciones de justicia que especifican tal concepto, de tal modo que personas con diferentes concepciones de justicia pueden usar, no obstante, el término "justicia" con el mismo significado. Similarmente, el concepto normativo de derecho que Dworkin defendería, debe ser especificado recurriendo a concepciones valorativas que especifiquen qué estándares

[18] Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1973, p. 5.

los jueces deben aplicar; el hecho de que la gente difiera acerca de tales concepciones no impide que se use el mismo concepto de derecho como el conjunto de estándares (cualesquiera que ellos sean) que deben ser reconocidos y aplicados.

Pero, obviamente, los positivistas han sido conscientes de la vigencia de un concepto normativo de derecho en ciertos contextos; al menos ellos han advertido (con más lucidez que los iusnaturalistas respecto de la naturaleza de la definición positivista de "derecho", que los defensores del derecho natural presuponen una noción de ese tipo en la presentación de sus teorías. Aun cuando algunos de los argumentos que los positivistas han planteado parecen estar basados en presuposiciones acerca de usos lingüísticos corrientes, ellos nunca han descansado exclusivamente en tales presuposiciones; han ofrecido razones para preferir una definición descriptiva de "derecho" aun cuando tal cosa implicara apartarse de usos corrientes. De este modo, para defender su postura, Dworkin tendría que atacar tales razones y no sólo mostrar cómo los abogados usan la palabra "derecho".

Hay dos argumentos principales que los positivistas han planteado en favor de un concepto de derecho definido exclusivamente en relación a propiedades fácticas y sin recurrir a propiedades valorativas o normativas. Uno ha sido principalmente expuesto por Kelsen y Ross, y consiste en decir que la filosofía del derecho debe ocuparse de reconstruir el aparato conceptual de la ciencia jurídica; y que, como ésta, para ser una verdadera ciencia, debe ser una actividad descriptiva, el concepto de derecho que la filosofía del derecho debe caracterizar y reconstruir tiene que ser apropiado para la función descriptiva de la ciencia jurídica. El segundo argumento, planteado por prácticamente todos los autores positivistas, pone acento en las ventajas teóricas que se siguen de una clara distinción entre el derecho que "es" y el derecho que "debe ser", distinción que es sólo posible bajo un concepto descriptivo de derecho.

En relación al primer argumento, Dworkin podría ensayar varias réplicas. En primer lugar, no parece haber justificación alguna para que la filosofía del derecho se centre exclusivamente en el análisis y reconstrucción del aparato conceptual empleado en el trabajo de juristas científicos, descuidando el análisis del discurso práctico de jueces y abogados. Tal vez la necesidad de contar con un concepto de derecho puramente descriptivo no es tan imperiosa en el contexto de este último discurso dirigido

a determinar qué soluciones se deben justificadamente adoptar. En segundo lugar, si uno toma en cuenta la actividad que en los países de tradición europea continental se llama "ciencia jurídica" o "dogmática jurídica", uno advierte rápidamente que, a pesar de lo que sus cultores proclaman, se trata fundamentalmente de una actividad normativa dirigida a reconstruir el orden jurídico para adaptarlo a ideales de justicia y racionalidad; esto no sólo es así en los hechos sino que no hay razones para sostener que los juristas deberían abandonar esta importante e influyente actividad en favor de un enfoque meramente descriptivo, que sólo se distinguiría en el grado de sofisticación del que hasta el momento es encarado por las publicaciones periódicas de legislación y jurisprudencia[19]. O sea que, tal vez, un concepto puramente descriptivo de derecho ni siquiera es requerido para la actividad que la dogmática jurídica desarrolla. Finalmente, hay una tercera réplica que, aunque es sin duda *ad hominem*, no carece de cierta fuerza: Kelsen, que es el autor que más tenazmente ha defendido el argumento que se está cuestionando, ha definido "derecho" de tal modo que representa una noción normativa. Esto es así porque en su teoría la validez es una característica definitoria del concepto de derecho, y esta propiedad, como vimos en el ensayo I, es concebida como una propiedad normativa. Para Kelsen predicar de una regla que es válida equivale a decir que ella debe ser observada, y el juicio que predica validez de la regla de más jerarquía del sistema es él mismo una norma, su famosa norma básica. Kelsen se las arregla para hacer compatible este concepto normativo de derecho con su modelo de una ciencia jurídica valorativamente neutra, mediante el recurso de sostener que los juristas no tienen que, y no deben, endosar categóricamente la norma básica (y, por consiguiente, los restantes juicios de validez que derivan de ella), sino sólo suponerla como una hipótesis. Aunque Kelsen no es claro acerca de este punto, una interpretación razonable de su teoría es que lo que Kelsen dice acerca de la forma en que los juristas emplean la norma básica no es aplicable al caso de los jueces, quienes tienen que adherir positivamente a la norma básica para poder alcanzar conclusiones que no sean meramente hipotéticas. En consecuencia, si concentramos nuestra atención en el caso de los jueces, el con-

[19] Ver Nino, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica.*

cepto de derecho de Kelsen podría no diferir del de Dworkin ni siquiera en relación a la forma en que las proposiciones que usan tal concepto son afirmadas (ver ensayo I)[20].

En relación al argumento que hace hincapié en las ventajas teóricas que se siguen de una definición de "derecho" que permite distinguir entre el derecho que "es" y el derecho que "debe ser", Dworkin podría simplemente contestar que el uso de un concepto normativo de derecho permite hacer una distinción exactamente equivalente: la distinción entre lo que la gente y los funcionarios de un cierto ámbito reconocen como derecho y lo que *es* el derecho (o sea, el conjunto de estándares que deben ser reconocidos). El uso de conceptos normativos como los de bueno o justo no nos impide distinguir entre lo que es considerado bueno o justo y lo que es bueno o justo; la misma distinción es aplicable en relación al concepto normativo de derecho. Por lo tanto, la distinción básica que debe hacerse no es entre el derecho que es y el derecho que debe ser, sino entre un concepto descriptivo de derecho y otro normativo. Una vez que está claro si la expresión "derecho" está usada con un significado descriptivo o uno normativo, muchos malentendidos corrientes desaparecen y todo el mundo puede distinguir con claridad, en un caso, entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y, en el otro, entre lo que es reconocido como derecho y lo que es derecho.

7. *La disolución de la controversia entre positivistas e iusnaturalistas*

Pero, por supuesto, esta reconstrucción de la tesis de Dworkin no muestra que la tesis básica del positivismo sea incorrecta. El positivismo ha abierto brechas en la tendencia tradicional de pensar acerca del derecho exclusivamente en términos normativos y ha demostrado que es posible reconstruir un concepto descriptivo de derecho definido exclusivamente sobre bases fácticas y que ese concepto es extremadamente útil en una gran variedad de actividades descriptivas (como las que están involucradas en investigaciones históricas, sociológicas, o de derecho comparado; en el asesoramiento jurídico y la enseñanza del derecho). Lo que la tesis así reconstruida muestra es que un uso normativo del término "derecho" (y de expresiones derivadas como "obligación jurídica", "derecho subjetivo", etc.) es perfectamente legítimo en contextos pragmáticos, incluyendo la elaboración de teorías normativas acerca de los principios y reglas que deben ser aceptados por los funcionarios (que es precisamente el objeto de teorías iusnaturalistas).

[20] Ver un análisis de estos aspectos de la teoría de Kelsen en Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, 1979.

Como la controversia entre positivistas y antipositivistas está principalmente provocada por su falta de reconocimiento del hecho de que expresiones como "derecho" (y "deber jurídico", "derecho subjetivo", etc.) pueden ser legítimamente usadas, ya sea con un significado normativo o con un significado descriptivo, y por la resistencia a aceptar que la filosofía analítica del derecho debe ocuparse de la reconstrucción racional de ambos conceptos, la controversia carece de significación teórica.

Podría objetarse que la controversia no es tan banal, ya que la falta de reconocimiento o bien del concepto descriptivo o del concepto normativo de derecho deriva, en última instancia, de la negativa a adscribir legitimidad a las empresas intelectuales respectivas que son servidas por cada uno de estos conceptos. Por un lado, muchos positivistas tienen dudas acerca de la posibilidad de una demostración racional e intersubjetiva de concepciones normativas de los derechos y obligaciones que deben ser reconocidos por el Estado. Por el otro lado, algunos antipositivistas cuestionan la factibilidad de una descripción valorativamente neutra de fenómenos que están inherentemente asociados con ciertas valoraciones.

Si éste fuera realmente el núcleo de la controversia entre positivistas y antipositivistas se ahorraría mucha energía intelectual si los iusfilósofos y juristas dejaran de pretender que hay una cuestión específica que se discute en los confines de la teoría del derecho y reconocieran simplemente que sus diferentes puntos de vista sobre este tópico dependen de posiciones filosóficas generales ampliamente discutidas. Sin embargo, yo pienso que el debate jurídico es independiente de los problemas filosóficos mencionados.

En primer lugar, como ya dije, no todos los positivistas son escépticos en materia ética (basta recordar el caso de Bentham). Un positivista podría aceptar que las cuestiones valorativas pue-

den resolverse por procedimientos objetivos y racionales, podría aun admitir que los juicios valorativos describen cierto tipo de "hechos", y, sin embargo, insistir en la conveniencia de contar con un concepto de derecho definido sólo en términos de propiedades empíricas. La supuesta objetividad de los juicios de valor acerca de las reglas o principios que deben ser reconocidos por el Estado, no disminuye la necesidad de contar con un esquema conceptual para hacer referencia a los estándares que son efectivamente reconocidos por el Estado. Aun cuando esos juicios valorativos describieran algún tipo de realidad, la distinción entre ellos y los juicios que dan cuenta del hecho empírico del efectivo reconocimiento de ciertos principios y reglas sería, a la vez, posible e importante.

En segundo término, aunque algunos antipositivistas sostienen la tesis de que un fenómeno como el derecho –que está constituido por conductas determinadas por valoraciones– no puede ser descripto adecuadamente sin adoptar posiciones acerca de esas valoraciones, muchos antipositivistas serios, como Dworkin, no parecen abrazar sin reservas esa tesis (y sospecho que cuando la tesis es sometida a inevitables calificaciones termina por hacer lugar al tipo de empresa descriptiva que resulta servida por la definición positivista de "derecho"). En realidad cuando Dworkin dice que uno de los tests para juzgar la validez de una teoría normativa de la adjudicación judicial es su adecuación con los estándares que son efectivamente reconocidos por las instituciones oficiales, él está asumiendo que esos estándares pueden ser identificados con independencia de la teoría normativa que debe ajustarse a ellos. Es cierto que el sostener este test para una teoría normativa de la adjudicación presupone una concepción normativa de segundo nivel que justifique esa exigencia, pero, si bien esta concepción requiere que se identifiquen los estándares efectivamente reconocidos, no está ella misma involucrada en tal identificación. De este modo Dworkin parece admitir la factibilidad de una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios reconocidos efectivamente por el Estado[21].

Si no todos los positivistas niegan la posibilidad de una demostración racional e intersubjetiva de los juicios de valor acer-

[21] Sobre el empleo de un concepto "mixto" de derecho, ver nota 15.

ca de las reglas y principios que el Estado debe reconocer, y si los antipositivistas serios no niegan la factibilidad y relevancia de una descripción valorativamente neutra de las reglas y principios que, de hecho, son reconocidos por el Estado, la controversia entre ellos no versa sobre cuestiones de más profundidad filosófica que el mero reconocimiento de que hay varias alternativas legítimas para definir "derecho".

IX. EL ENFOQUE ESENCIALISTA DEL CONCEPTO DE DERECHO

1. *Introducción*

Concluí el ensayo anterior con la idea de que el único obstáculo para superar la controversia entre los positivistas y los iusnaturalistas reside en la falta de reconocimiento de que hay varias alternativas legítimas para definir "derecho".

El objeto de este ensayo es profundizar y ampliar esa idea, proponiendo la hipótesis de que muchas controversias y perplejidades que se plantean, en el ámbito de la filosofía del derecho, se deben a un presupuesto metodológico que pensadores de muy diferente orientación teórica aceptan sin cuestionar.

Ese presupuesto es simplemente que debe haber un *único* concepto de derecho y que es misión de la filosofía jurídica definir ese concepto, que las propuestas de caracterizar la noción de derecho de acuerdo con propiedades incompatibles entre sí son necesariamente excluyentes, que la forma de reconstruir el significado de las expresiones "derecho" o "sistema jurídico", tales como ellas son usadas en distintos contextos, es mediante una definición aplicable a todos esos contextos.

Esta idea aparentemente respondía al enfoque esencialista de la relación entre lenguaje, realidad y el origen de los conceptos, pero sobrevive saludablemente aún en el pensamiento de iusfilósofos que adoptan un enfoque convencionalista y que son plenamente conscientes de la ambigüedad, vaguedad y textura abierta que el término "derecho" presenta en el lenguaje ordinario. Nadie ha contribuido tanto como Herbert Hart a mostrar estos rasgos del uso común de "derecho", y lo ilusorio que resulta hacer justicia a todos los matices de ese uso común mediante una definición que determine condiciones necesarias y suficien-

tes para todas las aplicaciones de la palabra; sin embargo, me atrevo a sugerir que algunas de las posiciones que va asumiendo Hart, a lo largo de su obra, sólo se explican por su aspiración de ir reconstruyendo *el* concepto de derecho.

Controversias tales como las que se dan entre positivistas y no positivistas, entre realistas y normativistas, las que giran en torno a la existencia de lagunas en el derecho, las que versan sobre la noción de validez jurídica etc., son sólo las más relevantes de una larga serie de discusiones teóricas que están, en buena medida, generadas por la suposición de que la adscripción de diferentes propiedades al derecho debe ser explicada a través de un único concepto –al que deben converger todas esas propiedades–, de modo que necesariamente debe optarse entre propiedades incompatibles (el derecho tiene lagunas o no las tiene, o bien es inherentemente justo o puede haber sistemas jurídicos injustos). No se ha planteado la posibilidad de que el hecho de que pensadores sumamente lúcidos insistan en caracterizar al derecho mediante propiedades opuestas, tal vez muestre que esa caracterización está sometida a exigencias incompatibles entre sí, que están fundadas en necesidades y criterios de relevancia que varían en diferentes contextos y que sólo pueden ser satisfechas no por uno sino por una pluralidad de nociones de derecho.

Es un hecho evidente que los enunciados que emplean el concepto de derecho se formulan en contextos muy diferentes, en los que prevalecen distintos intereses teóricos y prácticos. Los sociólogos, antropólogos e historiadores se refieren al derecho para distinguir un conjunto de pautas e instituciones que están vigentes en determinada sociedad y en un cierto tiempo, y que son el producto de diferentes factores sociales, acontecimientos, creencias y actitudes, y, a su vez, generan otros fenómenos de esa índole. Los jueces formulan proposiciones de derecho no, fundamentalmente, para explicar o predecir algo, sino con el objeto de dar *razones* para justificar sus decisiones. Los abogados, cuando asesoran a sus clientes acerca del derecho, pretenden señalarles ciertos datos con que es necesario contar para calcular las posibilidades de acción, les delinean un marco que, a la vez, limita y hace posible proyectos de conducta. La cuestión es si, en estos y otros contextos en los que se alude al derecho para describir procesos y regularidades sociales, justificar decisiones o calcular acciones, se están solamente adoptando diferentes puntos de vista frente a un mismo fenómeno o si se están enfocando fenómenos diferentes y sólo parcialmente relacionados entre sí, si puede reconstruirse el significado usual de "derecho" en todos estos contextos mediante un concepto único o si sólo puede reflejarse adecuadamente el sentido de los enunciados que se formulan desde cada uno de estos puntos de vista a través de conceptos alternativos.

2. *La interpretación oxoniense del aporte de Hart*

Hart ha hecho un aporte muy valioso al distinguir dos tipos de enunciados jurídicos: por un lado los enunciados *internos*, que expresan la aceptación de las reglas de un sistema y que son formulados por gente como los jueces, quienes usan esas reglas para justificar decisiones, y, por otro lado, los enunciados *externos* que sólo describen la existencia de ciertas reglas en determinada sociedad, sin que su formulación implique aceptación de tales reglas[1].

Una de las tesis más interesantes de Hart[2] consiste en llamar la atención sobre el hecho de que algunos conceptos jurídicos fundamentales son predominantemente usados en enunciados de tipo interno. Por ejemplo, Hart sostiene que el concepto de *validez jurídica* es generalmente empleado en enunciados internos que expresan adhesión a las reglas que se tienen por válidas (a diferencia de la noción de eficacia de una regla, que está más en su casa en enunciados externos). Sobre todo, Hart ha enfatizado que la noción de *obligación jurídica* resulta desvirtuada si se la analiza en el contexto de enunciados externos, tal como ocurría con las concepciones que pretendían caracterizarla, o bien en términos de estados o actitudes psicológicas, o sobre la base de la probabilidad de consecuencias desagradables.

Pero, curiosamente, Hart no ha extendido explícitamente el mismo tipo de análisis al propio concepto de derecho. En ningún lugar Hart se expide en forma expresa acerca de si este concepto está destinado a ser empleado en alguna de estas dos especies de enunciados en particular. No obstante, hay ciertos elementos implícitos en la obra de Hart que permiten inferir que él consi-

1 Ver Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963, p. 71, 106 y ss., 128.

2 Ver Hart, *El concepto de derecho*, p. 102 y ss., 128 y siguientes.

dera que la noción *vigente* de derecho se usa en forma directa predominantemente en enunciados internos. Esto se pone sobre todo de manifiesto cuando Hart dice[3] que la forma típica de un enunciado interno es "el derecho dispone que...", mientras la expresión natural del punto de vista externo es mediante enunciados de la forma "en Inglaterra reconocen como derecho que..." La sugerencia es que cuando la expresión "derecho" se usa en una frase del *discurso directo* (o sea cuando no se hace referencia a las creencias o afirmaciones de otros), se expresa la aceptación de las reglas a que la expresión alude. Esto implica que el empleo directo del concepto de derecho no sería apropiado para la formulación de enunciados externos, sino que correspondería a un juego de lenguaje en el que se usan reglas para justificar decisiones.

Otra cuestión muy distinta, y mucho más importante, es si el concepto de derecho que el mismo Hart trata de caracterizar a lo largo de su obra (por oposición al que describe como vigente en el lenguaje ordinario) es un concepto que también está destinado a ser empleado en enunciados internos, o si, por el contrario, puede ser empleado en forma directa por un observador externo para describir ciertas reglas sin expresar su adhesión a ellas.

Los iusfilósofos de Oxford tienden a suponer que, en su caracterización del concepto de derecho, Hart ha dado primacía al punto de vista interno.

John Finnis –que es quien ha percibido con más claridad que la noción de derecho es relativa a un cierto punto de vista– supone que Hart define al derecho desde el punto de vista interno, y sólo le reprocha el que se niegue a hacer una diferenciación ulterior, la que lo hubiera llevado a adoptar, para definir el significado central o "focal" de "derecho", no cualquier punto de vista interno sino el punto de vista de quien acepta *moralmente* las reglas del sistema[4].

Joseph Raz, por su parte, elogia a Hart por proponer una concepción *no reduccionista* de los enunciados jurídicos, lo que implica, según él, que son enunciados que no se limitan a describir hechos (como el que alguien haya ordenado algo o que sea

[3] Hart, *El concepto de derecho*, p. 128.

[4] Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, p. 12.

probable que los jueces dicten ciertas decisiones), sino que son juicios deónticos o prácticos que sirven para justificar decisiones[5]. Como esto sólo es cierto de los enunciados internos que distingue Hart, y no de los externos, esta interpretación de Raz implica que Hart consideraría que los enunciados jurídicos por antonomasia son los internos, mientras que los externos no serían propiamente enunciados jurídicos sino, por ejemplo, enunciados de índole sociológica. Una posible hipótesis –que Raz no endosa explícitamente– de por qué esto sería así en la teoría de Hart, es que, según ella, sólo los enunciados internos emplean el concepto de derecho en forma directa, y no a través de la referencia a creencias o afirmaciones que se expresan mediante tal concepto.

La interpretación que hace Ronald Dworkin[6] de la noción hartiana no sólo coincide con las que acabo de mencionar, sino que echa luz sobre la relevancia que tiene el punto de vista que se adopte para definir "derecho" en la toma de posición respecto de importantes controversias iusfilosóficas.

Como he sugerido en el ensayo anterior, el error latente en prácticamente todos los ataques de Dworkin al positivismo, en general, y a Hart, en particular, consiste en presuponer como algo fuera de cuestión que esa corriente teórica y este autor aceptan un concepto de derecho como el que él mismo adopta. Dworkin dice de paso[7] que el concepto de derecho que supone que sus oponentes aceptan es el concepto corriente que alude a los estándares que el gobierno tiene el *deber* de reconocer y hacer efectivos a través de instituciones como los jueces y la policía. Sostiene que no tiene respuesta a un argumento que haría al positivismo "verdadero por estipulación", y que se basaría en un concepto de derecho que hace referencia a los estándares que, de hecho, los jueces y abogados reconocen e identifican a través de algún test comúnmente aceptado.

De este modo, Dworkin presupone, tal como Finnis y Raz, que Hart adopta un concepto de derecho que sólo es apropiado

[5] Ver Raz, Joseph, *Legal Reasons, Sources and Gaps*, en "The Authority of Law", Oxford, 1979.

[6] Para las críticas de Dworkin a distintos aspectos de la teoría de Hart, ver *The Model of Rules I*, *The Model of Rules II* y *Hard Cases*, ensayos incluidos en "Taking Rights Seriously", Cambridge, Mass., 1977.

[7] Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 47.

para ser empleado en forma directa en enunciados internos. Si la propiedad relevante para calificar como derecho a cierto conjunto de principios y reglas es que *deben* ser reconocidos por los jueces y funcionarios y no que sean de hecho reconocidos por ellos[8], entonces el calificar a un estándar de jurídico expresa la aceptación de él, y el concepto de derecho no puede ser empleado en enunciados formulados desde el punto de vista externo, salvo a través de la referencia a creencias y afirmaciones de otros.

Creo que esta atribución a Hart, por parte de sus colegas de Oxford, de una definición del concepto de derecho que lo destina a ser empleado en enunciados internos, es errónea. Si se tuvieran que enunciar brevemente los rasgos fundamentales que, según Hart, caracterizan a un sistema jurídico, habría que decir que se trata de un conjunto de reglas de obligación, cambio y adjudicación cuya aplicación les está prescripta a ciertos jueces por una regla de reconocimiento que ellos mismos aceptan. Éste es un concepto puramente descriptivo de derecho, que puede ser empleado en forma directa para hacer referencia a ciertos estándares, sin implicar que ellos deban ser obedecidos o reconocidos. No se trata de un concepto *normativo* que identifique a las reglas que denota por propiedades deónticas o valorativas (como el que las reglas en cuestión tengan fuerza obligatoria o sean justas). Si bien este concepto de derecho requiere que se den las actitudes típicas del punto de vista interno (lo que está incorporado a la condición de que la regla de reconocimiento –y, en consecuencia, las otras reglas que ésta prescribe aplicar– sea "aceptada" por los jueces), no es un concepto de derecho apropiado para ser él mismo empleado en enunciados formulados desde el punto de vista interno. Aunque la noción de derecho que reconstruye Hart podría ser analizada empleando términos normativos –se podría decir que, según él, un sistema jurídico está integrado por las reglas que los jueces *deben* aplicar de

8 En realidad, Dworkin, como lo expongo en el ensayo anterior, emplea un concepto "mixto" de derecho –de dudosa viabilidad– construido a partir de las *dos* propiedades mencionadas: por un lado forman parte del sistema jurídico los estándares efectivamente reconocidos por las instituciones relevantes y, por el otro lado, también forman parte del sistema los estándares que se derivan de la mejor teoría valorativa que permite justificar los estándares anteriores.

acuerdo con lo prescripto por la regla de reconocimiento–, en este caso las expresiones normativas estarían usadas en el sentido que R. M. Hart[9] llama "entre comillas", que es un sentido descriptivo de creencias valorativas o de actos normativos de otros. Podría resultar llamativo[10] que Hart ofrezca un concepto descriptivo de derecho, cuando caracteriza normativamente a nociones derivadas como las de obligación, validez, derecho subjetivo, etc.; sin embargo, creo que no hay nada extraño en que la definición de una noción puramente descriptiva de derecho haga referencia a conceptos no descriptivos que se emplean en el marco de la institución que el concepto de derecho denota (así como la reconstrucción de una noción puramente descriptiva de un cierto juego puede hacer referencia a conceptos no descriptivos que se emplean en el contexto del juego). Es cierto que un concepto descriptivo de derecho debe permitir elaborar nociones descriptivas de obligación, derecho subjetivo, validez, etc., y que el empleo de un concepto normativo de, por ejemplo, obligación jurídica presupone una noción normativa de derecho; pero esto no impide que nos concentremos en la reconstrucción de un concepto descriptivo de derecho y no de las restantes nociones derivadas, y que mostremos que el uso normativo de expresiones como "validez" u "obligación" es relevante para la aplicabilidad de ese concepto descriptivo de derecho. De cualquier modo, el apoyo más firme para esta interpretación de este punto crucial de la teoría de Hart está dado por su coherencia con otros aspectos fundamentales de tal teoría, como podrá inferirse del desarrollo de la sección siguiente.

3. *¿Requiere el enfoque positivista un concepto descriptivo de derecho?*

El concepto descriptivo de derecho que atribuyo a Hart satisface la pretensión positivista de que la existencia y el contenido de un sistema jurídico puedan ser determinados sin recurrir a consideraciones valorativas o morales (por supuesto que esto no implica, de ningún modo, sostener que las consideraciones valorativas o morales sean irrelevantes para decidir si un sistema

9 Hare, H. M., *The Language of Morals*, Oxford, 1961.

10 El profesor Alchourrón me hizo esta observación.

jurídico o una norma del sistema deben ser aplicados u obedecidos; esta cuestión práctica depende enteramente de tales consideraciones, pero no ocurre así con la cuestión teórica de identificar a un sistema o a una norma como jurídicos).

Sin embargo, hay algunos autores que sostienen que la exigencia definicional del positivismo puede ser también satisfecha con un concepto normativo de derecho. En esta línea se encuentran Kelsen y ahora Raz[11]. Para el primero, la fuerza obligatoria o validez de una regla –que es una propiedad normativa no reducible a propiedades fácticas– es una condición necesaria para concebir a la regla como una norma jurídica; una norma jurídica es una prescripción que, entre otras condiciones, *debe ser* observada (la función principal de la famosa norma básica kelseniana es la de estipular ese deber de observancia) (ver ensayo I). Kelsen supone que este concepto normativo de derecho, que sólo es apto para ser empleado directamente en enunciados internos –en juicios de 'deber ser'–, es compatible con la pretención positivista de determinar la existencia y contenido del derecho independientemente de consideraciones valorativas, debido a que cree que hay un punto de vista interno frente a las normas –para usar la terminología de Hart– que, por implicar sólo una aceptación "hipotética" o "presupuesta" de ellas, no involucra ningún compromiso moral. Éste es, según Kelsen, el punto de vista que los juristas teóricos tienen que adoptar, para ver al derecho no como una secuencia de meros hechos sino como un fenómeno normativo, sin contaminar, al mismo tiempo, su conocimiento con actitudes valorativas. Si este punto de vista es inteligible y puede ser distinguido en algún contexto relevante del discurso jurídico –como lo piensa Raz–[12] es una cuestión que no puedo considerar ahora[13]. Deseo, en cambio, sugerir que, en el mejor de los casos, la distinción de este punto de vista sólo permitirá aislar una clase de enunciados jurídicos internos que no impliquen conclusiones morales; no parece que sea posible caracterizar un concepto de derecho que permita *identificar* a un

[11] Ver Raz, *Legal Reasons, Sources and Gaps*, en "The Authority of Law".

[12] Ver Raz, *Legal Validity*, en "The Authority of Law", y *Practical Reasons and Norms*, London, 1975.

[13] Sobre el tema, ver Nino, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980.

sistema sin recurrir a consideraciones valorativas. El empleo de este concepto normativo, desde el punto de vista que distinguen Kelsen y Raz, sólo permitiría una identificación hipotética de un sistema jurídico; una identificación categórica exigiría recurrir a argumentos morales para determinar la fuerza obligatoria real de las reglas del sistema.

De modo que la exigencia definicional del positivismo sólo puede satisfacerse mediante un concepto descriptivo de derecho como el que, por ejemplo, caracteriza Hart (el equívoco básico sobre el que se apoyan las críticas que le dirige Dworkin consiste, como vimos, en suponer que Hart acepta una definición no positivista de derecho, que convertiría en absurdas sus posiciones sobre temas tales como la naturaleza social de la regla de reconocimiento, el alcance de la discreción judicial, la existencia de casos sin solución jurídica cierta, ver ensayo I).

La disputa entre el positivismo y el iusnaturalismo es, en lo substancial, una disputa acerca de si debe otorgársele a la expresión "derecho" un significado puramente descriptivo o si, por el contrario, su connotación debe incluir propiedades normativas o valorativas. Es evidente que las consecuencias teóricas que se siguen de adoptar uno u otro concepto son radicalmente diferentes.

Por ejemplo, la cuestión crucial de la filosofía del derecho, que fue examinada especialmente en el ensayo VII, acerca de si los enunciados jurídicos expresan razones autónomas para justificar acciones o decisiones, depende del concepto de derecho que tales enunciados empleen. Si se trata de un concepto normativo acerca de las reglas que deben ser reconocidas, por cierto que tales enunciados expresan razones que, en el caso de ser válidas, pueden justificar por sí mismas una acción o decisión. Esto le permite sostener a Raz[14] que las normas jurídicas no sólo constituyen razones para justificar acciones sino que constituyen razones de un tipo especial que excluyen la consideración de otras razones. Lo contrario ocurre si los enunciados jurídicos emplean un concepto descriptivo de derecho, ya que en este caso tales enunciados son reducibles a enunciados fácticos que no son aptos para justificar por sí solos una acción o decisión, sino cuando se combinan con enunciados acerca de consideraciones valorativas (que en el caso anterior ya están presupuestas en la

[14] Ver Raz, *Practical Reasons and Norms*.

identificación de soluciones jurídicas). Esto le permite decir a David Richards[15] que la existencia de reglas sociales –entre las que incluye a las jurídicas– sólo implica ciertas *supuestas* razones para actuar y no que *hay* tales razones; según este autor, esta relación lógica entre reglas sociales y razones para actuar es lo que hace posible decir sin incoherencia: "hay una regla social que prescribe tal conducta, pero yo no debo realizarla"; sostiene también que, para resolver el desacuerdo entre los que aceptan y los que no aceptan una regla social, tenemos que trasladarnos a un nivel totalmente diferente de reglas (las de racionalidad y moralidad), en el que la relación entre razones y reglas no es de suposición o creencia, sino una relación de hecho. El concepto de razón justificatoria de acciones incluye propiedades lógicas tales (como la de la universabilidad) que una norma jurídica no puede constituir una razón operativa para actuar si ella no es identificada a través de un concepto normativo de derecho que presupone cierta concepción valorativa.

También la cuestión de si puede haber contradicciones y lagunas en el derecho depende del tipo de concepto de derecho que se presuponga. De acuerdo con un concepto descriptivo de derecho no hay ninguna duda que el sistema jurídico puede ser inconsistente e incompleto, ya que puede perfectamente ocurrir que se dicten o se reconozcan de hecho reglas que estipulen soluciones incompatibles o que no establezcan soluciones para ciertos casos; si la existencia y el contenido del derecho dependen exclusivamente de ciertos hechos, no puede excluirse *a priori* que ocurran hechos que permitan fundamentar soluciones jurídicas incompatibles, o que no ocurran los hechos que permitirían fundamentar alguna solución jurídica para cierto tipo de caso. En cambio, si se asume un concepto normativo de derecho no es posible predicar coherentemente de un sistema jurídico que estipule soluciones contradictorias, puesto que eso implicaría sostener que dos reglas inconsistentes deben ser ambas observadas; habría una contradicción, no en el derecho, sino en la "descripción" de ese derecho (esto explica, a mi juicio[16], la resistencia de Kelsen en sus principales obras a admitir contradicciones

[15] Richards, David A. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.

[16] Ver Nino, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, donde trato de justificar esta afirmación.

en el derecho). En cuanto a las lagunas, también ellas están excluidas de acuerdo con un concepto normativo de derecho puesto que la aplicación de ese concepto depende de una concepción valorativa y toda concepción valorativa es potencialmente exhaustiva: frente a un caso dudoso es inaceptable decir que nuestra concepción valorativa no tiene respuesta para él; se nos respondería que reflexionemos más y la hallaremos.

Hay muchas otras cuestiones que preocupan a los iusfilósofos y que dependen asimismo de la adopción de uno u otro concepto de derecho, pero las que acabo de mencionar bastan para poner de manifiesto la importancia crucial de esta elección teórica y de determinar si estamos realmente obligados a hacer tal elección.

4. *Argumentos en favor del empleo de un concepto descriptivo de derecho*

Los positivistas han defendido la adopción de una definición puramente descriptiva de "derecho" con variados argumentos.

Algunos de tales argumentos dependen de tesis controvertibles que no todos los positivistas comparten. Tal es el caso del escepticismo ético, que se proyectaría al empleo de un concepto normativo de derecho (la idea es que, si no es posible justificar racionalmente conclusiones valorativas, mal se podrá contar con criterios intersubjetivos para justificar las aplicaciones de un concepto de esa índole). Sin embargo, este argumento llevaría a expurgar el lenguaje de términos cuyo significado es indudablemente normativo, como "justo", "bueno", etc., o a pretender otorgarles un significado puramente descriptivo que los haría irreconocibles e inoperantes (obviamente, no me estoy refiriendo aquí a las concepciones metaéticas según las cuales el significado normativo que esos términos actualmente poseen es reducible a un significado descriptivo).

Otros argumentos en favor de una definición puramente descriptiva de derecho son circulares. Por ejemplo, la tesis de que es conveniente separar la descripción del derecho de su valoración presupone, como dice Raz, que el derecho puede ser identificado sin recurrir a valoraciones[17]. El argumento empa-

[17] Ver Raz, Joseph, *Legal Positivism and the Sources of Law*, en "The Authority of Law".

rentado con el anterior que destaca la importancia de distinguir entre el derecho que "es" y el derecho que "debe ser", desconoce que según un concepto normativo de derecho se puede hacer una distinción paralela que cumple exactamente las mismas funciones: la distinción entre lo que "es considerado" derecho y lo que "es" derecho (cuyos términos corresponden, en el mismo orden, a los términos de la distinción anterior).

Joseph Raz, quien, como vimos, advierte que algunos de los argumentos positivistas son circulares, ha ofrecido recientemente[18] un argumento que no está exento de caer en la misma circularidad; sostiene que el derecho es una institución social cuyos tests de identidad y existencia se apoyan en elementos de índole fáctica como son la eficacia, el carácter institucional y las fuentes. En especial, afirma Raz, el que el contenido y existencia de cada norma jurídica estén determinados por fuentes, es lo que permite de hecho explicar la distinción que comúnmente se hace entre un razonamiento jurídico –y las cualidades intelectuales que se ponen de manifiesto en su desarrollo– y la deliberación moral; también permite percibir la función del derecho de guiar conductas por medio de estándares que puedan ser identificados en forma pública. Sin embargo, si el derecho es o no una institución social y si sus tests de existencia e identidad son o no puramente fácticos depende de la adopción de un concepto descriptivo de derecho; de acuerdo con un concepto normativo, el sistema jurídico no es enteramente una institución social que pueda ser acotada sobre la base exclusiva de ciertos hechos. Por otra parte, lo que Raz dice acerca de la distintividad del razonamiento jurídico y de la percepción de la función del derecho de guiar conductas a través de estándares públicamente asequibles, puede ser respondido en distintas formas por un defensor de un concepto normativo de derecho. Una de ellas consiste en decir que, en la medida que la concepción valorativa subyacente a ese concepto determina como obligatorias o justificadas las prescripciones o reglas que tienen cierto origen fáctico –como el estar dictadas por cierta autoridad–, un concepto normativo de derecho permite distinguir el tipo de razonamiento que (por la remisión de ciertas consideraciones morales) toma en cuenta la promulgación de ciertas prescripciones del tipo de razonamiento que no toma en cuenta ese dato; también permite percibir que algunos estándares jurídicos son tales –o sea, están justificados como guía de conducta y de decisiones judiciales– no por su mérito intrínseco, sino porque satisfacen ciertas condiciones de origen que son valoradas por hacer posible la coordinación de conductas y, en última instancia, la cooperación social.

[18] Raz, *Legal Positivism and the Sources of Law*, en "The Authority of Law", p. 42 y siguientes.

Creo que los argumentos decisivos en favor de un concepto descriptivo de derecho como el defendido por el positivismo son los que apelan a la necesidad, para ciertos fines de significación teórica y práctica, de concebir al derecho como un fenómeno social que interactúa con otros, de formar conceptualmente una clase integrada por todos los sistemas normativos que regulan el monopolio coactivo estatal (sea que a los miembros de esa clase se los denomine "derecho" o de cualquier otro modo). El contar con un concepto semejante es ineludible para un análisis perspicaz de toda organización social, y sociólogos y antropólogos recurren a él sin inquietarse demasiado por los reparos que despierta en sesudas discusiones filosóficas. Inclusive, un concepto descriptivo de derecho es iluminador para cierto tipo de examen valorativo de los sistemas jurídicos que dependen de la comparación con sistemas con rasgos fácticos comunes (el excluir de la clase de los sistemas jurídicos a aquellos sistemas moralmente deficientes, puede obscurecer algunos de los factores que los hace deficientes, del mismo modo que si excluyéramos de la clase de los atletas a los mediocres y los incluyéramos en una clase diferente, sería más difícil su evaluación crítica, a lo mejor, el que estamos criticando es un *buen* espécimen de la clase en la que lo hemos incluido).

5. *Argumentos en favor del empleo de un concepto normativo de derecho*

Pero aun cuando los argumentos en favor de un concepto descriptivo de derecho sean válidos, esos argumentos de ningún modo implican que el empleo de un concepto normativo de derecho sea necesariamente inconveniente, ineficaz o perturbador en contextos en los que no se trata de explicar relaciones entre fenómenos sociales, ni siquiera de evaluar diferentes formas de organización social, sino –como ocurre, por ejemplo, en el caso de la deliberación judicial– de justificar acciones o decisiones. En este tipo de contextos se necesita un concepto que –para re-

currir a la distinción de Richards– aluda a la *existencia* de ciertas razones y no a la mera *suposición* de otra gente de que hay tales razones (de nuevo, ese concepto puede ser expresado o no con el término "derecho"). Ese concepto puede hacer depender la identificación de las reglas aplicables de ciertos rasgos fácticos, pero sólo porque ellos son relevantes para la razón que las hace aplicables. Cualquier propiedad fáctica exigida por una definición descriptiva de "derecho" estará sólo contingentemente relacionada con la propiedad normativa de que la regla o el sistema *deban* ser reconocidos; como ésta es la propiedad distintiva que interesa en última instancia en contextos justificatorios, parece conveniente contar con una clase de reglas formada a partir de esta propiedad (o, al menos no se ve que ello sea inconveniente), sin perjuicio de contar también con conceptos descriptivos que destaquen diferentes propiedades fácticas de ciertas reglas. Tal vez el positivismo ideológico (la doctrina de que todo sistema coactivo eficaz debe ser reconocido y obedecido) no sea un fenómeno casual, sino el fruto de introducir un concepto descriptivo de derecho en contextos en los que se formulan enunciados jurídicos para expresar razones justificatorias, lo que resulta en una asociación inmediata entre las propiedades fácticas que el concepto destaca y la propiedad normativa que es relevante por el razonamiento práctico que concluye con cierta decisión (ver ensayos III y IV).

Los iusnaturalistas no han conseguido probar satisfactoriamente este punto, sobre todo, según creo, por no haber advertido con claridad la naturaleza de la controversia con los positivistas. Por ejemplo, muchos han creído que la divergencia versa acerca de la fundamentación de los juicios morales o de justicia, cuando lo cierto es que los positivistas tienen diferentes posiciones sobre esta cuestión y no es un tópico sobre el que tomen partido *qua* positivistas. Otros iusnaturalistas han asumido que la disputa es acerca de si los jueces y la gente en general están moralmente obligados a aplicar u obedecer las prescripciones de todo sistema coactivo eficaz –la tesis de lo que Bobbio ha llamado "positivismo ideológico"– cuando los representantes más destacados del positivismo (como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart) nunca han sostenido que exista tal obligación moral indiscriminada o que pronunciarse en uno u otro sentido sobre esta cuestión sea distintivo del positivismo que ellos defienden.

John Finnis es un iusnaturalista de la escuela tomista que se distingue de los que comparten sus mismas ideas por advertir claramente que el núcleo de la controversia con los positivistas es de índole conceptual. Más aún, este autor es uno de los pocos que perciben la importancia de la adopción de un cierto punto de vista para la definición del concepto de derecho. Consecuentemente, Finnis propone tomar a esos efectos el punto de vista interno, pero no en la forma indiscriminada en que, según este autor, lo hace Hart, sino adoptando específicamente el punto de vista del hombre moral o "razonable" que acepta las reglas del sistema por considerarlas moralmente justificadas. Teniendo en cuenta este punto de vista Finnis ofrece[19] un significado central de "derecho" que hace referencia a reglas respaldadas por sanciones y reconocidas por ciertas instituciones (entre otras propiedades fácticas) y que están dirigidas a resolver los problemas de coordinación de la comunidad en aras del bien común de esa comunidad, respetando ciertas exigencias que están adaptadas a la satisfacción de ese bien común. Finnis se preocupa especialmente por aclarar que con esto sólo pretende ofrecer el significado central o "focal" de derecho, de modo que las propiedades mencionadas pueden darse en diferentes grados o, incluso, de estar ausentes del todo, y la palabra puede ser aplicable lo mismo si se dan algunas de las restantes en cierto grado; de este modo, Finnis admite que un sistema moralmente aberrante puede ser derecho[20].

Este autor adelanta varios argumentos en favor de una definición parcialmente normativa de "derecho" como la que él defiende, incluso para ser empleada en el ámbito de las ciencias sociales. Un argumento es que el punto de vista interno del hombre "razonable" constituye el punto de vista frente al derecho más relevante, "porque sólo en tal punto de vista es una cuestión de suprema importancia que el derecho, a diferencia de otras formas de control social, se materialice, y se convierta así en objeto de la descripción del teórico"[21]. Otro argumento es que el teórico que estudia la conducta de cierta gente no puede ignorar los conceptos que esa misma gente, cuando son razonables, han elegido para describirse a sí mismos lo que vale la pena

[19] Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 276.
[20] Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 278-279.
[21] Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 15.

hacer[22]. También Finnis alega que el teórico, en la elección de cierta materia de estudio y en la identificación de ciertos datos, está guiado por valoraciones y por exigencias de razonabilidad práctica[23].

Aunque no es del todo claro para mí el alcance preciso de algunos de estos argumentos, es posible hacer algunas observaciones tentativas en respuesta a ellos. El primero de tales argumentos no parece ser suficiente para justificar la elección del punto de vista de quien adhiere al derecho. Si el interés en materializar un fenómeno que puede ser objeto de atención teórica fuera relevante para la elección del punto de vista desde el cual definir el respectivo concepto, por ejemplo la noción de delito debería definirse desde el punto de vista de los delincuentes (como un acto contrario a las leyes que es bueno o conveniente realizar). El segundo argumento tampoco parece convincente, puesto que, si bien el teórico social que estudia ciertas conductas no puede desconocer las conceptualizaciones de los propios agentes, esto no quiere decir que él mismo tenga que adoptar esos conceptos en la formulación de sus enunciados (esto es lo que sostengo que ocurre con Hart respecto del concepto de derecho: si bien describe el uso normativo de la expresión "derecho", intenta reconstruir un significado descriptivo). Por más razonables o moralmente sensibles que sean los individuos cuya conducta se investiga, pueden emplear conceptos que sean inadecuados para fines teóricos, sobre todo cuando los usan con una finalidad que no es teórica sino práctica –como ocurre con el uso de un concepto normativo de derecho para justificar acciones–. El tercer argumento parece consistir en el alegato corriente sobre la incidencia de valoraciones en la elección de fenómenos científicamente relevantes: la respuesta, también corriente, es que esas valoraciones no tienen por qué reflejarse en la caracterización de los conceptos teóricos (p.ej., el hecho de que se estudien los terremotos por sus efectos perturbadores para la vida humana no implica que haya que definir "terremoto" como un fenómeno nocivo para las personas).

Creo que la inadecuación de estos argumentos de Finnis, si los entendí bien, se debe a que están dirigidos a demostrar algo distinto que lo que el autor necesita probar para defender su posición: en lugar de mostrar que un concepto normativo de derecho, como el defendido por el iusnaturalismo, es conveniente o, por lo menos, no inconveniente para ciertos efectos y en determinados contextos. Finnis quiere mostrar que un concepto descriptivo de derecho es inconveniente incluso cuando es empleado en contextos teóricos descriptivos. Es claro que el presupuesto que está detrás de esta estrategia es el que estoy impugnando: que ambos conceptos son excluyentes y que la única forma de defender uno de ellos es descalificando el otro. Finnis es sensible a la variedad de funciones que el concepto usual de derecho cumple, pero, como asume que la reconstrucción teórica debe desembocar en la propuesta de un solo concepto, se ve obligado a proponer un concepto gradual y abierto, con el fin de que preserve las mismas aplicaciones que la noción del lenguaje corriente. Sin embargo, no creo que esa exigencia se satisfaga mediante el expediente de trocar la ambigüedad del uso corriente de "derecho" por una vaguedad de la noción reconstruida. Es probable que la mezcla de propiedades normativas y descriptivas en la connotación del concepto de derecho afecte a la operatividad de esa noción en diferentes contextos. En el marco de investigaciones sociológicas, antropológicas, etc., parece ser innecesario y perturbador que para identificar ciertas técnicas específicas de control social haya que determinar si ellas contribuyen o contribuían, o no, al bien común (a lo sumo, podría ser relevante la propiedad descriptiva de que los autores o destinatarios de las normas en cuestión crean que ellas contribuyen al bien común). Por otra parte, en el contexto de la argumentación judicial, en el que se emplea el concepto de derecho para expresar razones que justifiquen decisiones, puede ser superfluo y equívoco tomar como relevante para la identificación de las reglas jurídicas la propiedad descriptiva constituida por su efectivo reconocimiento judicial. Creo que las finalidades que Finnis pretende satisfacer mediante un concepto gradual y abierto sólo se satisfacen eficazmente con la reconstrucción de varias nociones de derecho.

[22] Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 15.
[23] Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 16.

6. *Hacia el reconocimiento de una pluralidad de conceptos de derecho*

El abandono del presupuesto que estoy cuestionando permitiría reemplazar buena parte de las preocupaciones iusfilosóficas

tradicionales por la preocupación de determinar cuáles son las exigencias que los distintos conceptos de derecho deben satisfacer para ser operativos en el tipo de discurso para el que están destinados. Por ejemplo, una noción descriptiva de derecho que lo muestre como una institución social que interactúa con otras debe permitir distinguir las distintas funciones que esa institución cumple en ese proceso de interacción. Esto hace inadecuado un concepto como el de Kelsen que, por la estructura uniforme que asigna a las unidades elementales de un sistema jurídico, sólo permite percibir la función del derecho como técnica de disuasión de conductas. Para los fines mencionados, es necesaria una noción de derecho tal que refleje, entre otras cosas, no sólo el recurso a la coacción estatal para prevenir conductas indeseables, sino el hecho de que el Estado pone esa coacción a disposición de los particulares para que hagan valer los esquemas de cooperación en los que hayan entrado voluntariamente. Esto sólo se puede reflejar mediante un concepto que admita una variedad de normas jurídicas (uno de los requisitos que debe satisfacer un criterio de individualización de normas, junto con el de la manipulabilidad y el de cierta uniformidad de estructura, es el de reflejar las diversas funciones importantes del sistema en conjunto; Kelsen sacrifica el primer y tercer requisito en aras del segundo)[24]. Estos puntos los veremos con más detalle en el ensayo X.

Es posible que un análisis más perspicaz de estas exigencias definicionales conduzca a fundamentar la conveniencia de contar incluso con varios conceptos *descriptivos* de sistema jurídico, para satisfacer finalidades teóricas que no pueden ser satisfechas consistentemente por un único concepto. En un seminario de filosofía del derecho[25], hubo dos exposiciones que pusieron de manifiesto dificultades teóricas que, aparentemente, sólo pueden ser superadas de ese modo.

Eugenio Bulygin señaló la divergencia que se produce en la integración de un sistema jurídico según uno tenga en cuenta las normas vigentes (sancionadas y no derogadas de acuerdo con los procedimientos previstos en el propio sistema) o las normas que,

[24] Ver Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970, y sobre todo el apéndice a la 2ª ed., 1980.

[25] Realizado en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico en el invierno de 1980.

según ciertas otras normas vigentes del sistema, los jueces están obligados a aplicar. En la segunda alternativa, tendríamos que incluir normas derogadas pero que los jueces deben, no obstante, aplicar para juzgar ciertos hechos (p.ej., actos realizados antes de su derogación). Es evidente que una u otra de estas propiedades puede ser relevante desde diferentes puntos de vista: un ciudadano que desea orientación sobre su comportamiento futuro necesita un concepto de sistema jurídico tal que éste esté expurgado de normas derogadas; un abogado que pretenda reconstruir las razones que son consideradas válidas para justificar decisiones judiciales, requiere un concepto de derecho tal que la derogación no afecte la pertenencia de una regla al sistema sino su campo de aplicabilidad.

Ricardo Guibourg, por su parte, sostuvo lo siguiente, al contestar una pregunta sobre si la ciencia jurídica es empírica o normativa: "Al situarnos en el ámbito habitualmente conocido como positivismo, nuestros problemas están lejos de haber terminado. Si ponemos el acento en lo empírico, construimos una ciencia realista, útil al sociólogo o al antropólogo, pero incapaz de proveer bases para las argumentaciones que constituyen la profesión del abogado. Si, en cambio, preferimos el aspecto normativo y sólo preservamos la referencia al acto legislativo como vínculo con el mundo empírico, nos veremos precisados a aceptar una ciencia ajena a la realidad viviente o nos enzarzaremos en controversias para determinar cuándo un acto es creador de derecho o no lo es". De nuevo, aquí se muestra una cierta tensión entre exigencias que no pueden ser satisfechas por un único concepto descriptivo de derecho: si elegimos como propiedad relevante el efectivo reconocimiento judicial –como sería de interés, por ejemplo, para un sociólogo–, deberíamos incluir como parte del sistema a normas contradictorias con normas superiores, pero efectivamente aplicadas, y excluir a normas que, a pesar de estar dictadas de acuerdo con lo dispuesto por otras normas del sistema, no son generalmente aplicadas; esto, como sugiere Guibourg, puede resultar perturbador para un abogado que necesita un concepto que ofrezca distinciones que permitan descalificar el primer tipo de normas e invocar el segundo. Si, por el contrario, tomamos como propiedad relevante –al menos para las normas derivadas– el que estén dictadas y no derogadas de acuerdo con lo prescripto por normas superiores, habremos constituido una noción de derecho que podrá satisfacer al aboga-

do, pero resultará inoperante para el sociólogo, puesto que proporciona una imagen distorsionada de la realidad que se propone describir. Como ambas propiedades son sumamente relevantes en los contextos mencionados, y como ambas no pueden ser incorporadas plenamente en la connotación de un mismo concepto, la conclusión obvia es que estamos frente a exigencias definicionales que sólo pueden satisfacerse mediante nociones descriptivas parcialmente divergentes. Esto es, obviamente, relevante para superar la controversia "realismo vs. normativismo".

El mayor obstáculo que enfrenta la tesis que he tratado de defender en este ensayo es su absoluta obviedad. Los filósofos del derecho que se han desembarazado de prejuicios esencialistas[26] asumen sin vacilación un enfoque semejante para encarar el análisis de términos tales como los de "obligación", "derecho subjetivo", "responsabilidad", etc.; en relación a estas expresiones se han producido análisis muy valiosos[27] que reconstruyen conceptos diferentes que responden a exigencias distintas. No obstante, como lo he tratado de mostrar, no ocurre lo mismo con el término "derecho"; aparte de señalar la ambigüedad referida a los significados de sistema jurídico, derecho subjetivo y ciencia del derecho, y aludir vagamente a la imposibilidad de definir un concepto preciso que funcione en todo contexto, los iusfilósofos adoptan posiciones y toman partido en controversias de un modo que sólo se explica por la férrea aspiración de determinar el concepto de derecho. Es como si subsistiera un último reparo a abandonar un enfoque absolutista respecto de la noción básica del esquema conceptual que debe reconstruirse, y cuya

[26] Guido Pincione en un interesante trabajo sostiene que la preocupación, aun en el caso de iusfilósofos como Ross y Hart, por definir ciertos conceptos, es muestra de la influencia del pensamiento esencialista. Creo que la reconstrucción racional de un aparato conceptual que cumpla las funciones del que está vigente en el lenguaje ordinario, sin padecer sus defectos, es una tarea legítima de la filosofía jurídica y que es perfectamente compatible con un enfoque convencionalista del origen de los conceptos. Sin embargo, como lo sugiero en el texto, es posible que haya cierta presuposición implícita de índole esencialista en la búsqueda de un concepto único de derecho, aunque también puede explicar esta tendencia teórica la idea de que hay un discurso jurídico paradigmático que la filosofía del derecho debe reconstruir –como el de la "ciencia jurídica", en los países continentales, o de la administración de justicia, en los Estados Unidos.

[27] Pienso, por ejemplo, en el análisis que hace Kelsen de los diferentes conceptos de derecho subjetivo.

singularidad permitiría dar unidad a todo el sistema de conceptos (unidad que es, en cambio, perfectamente compatible con una pluralidad de nociones derivadas, como la de obligación jurídica). Creo que el panorama de la filosofía del derecho se despejaría considerablemente y cambiaría en forma substancial la naturaleza de los problemas a enfrentar, como lo sugiero en el ensayo X, si advertimos que la "clientela" de la filosofía jurídica no está constituida por un solo discurso acerca del derecho (sea el de la ciencia jurídica o el de la sociología, o el de la administración de justicia, según las preferencias del filósofo), que se satisface mediante la reconstrucción de un aparato conceptual unitario, sino por una pluralidad de puntos de vista frente al derecho que requieren de distintos sistemas de conceptos.

X. LA NULIDAD JURÍDICA Y EL PAPEL DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

1. *Introducción*

El relativismo conceptual que defendí en el ensayo anterior amenaza con dejar girando en el vacío a una teoría general del derecho que en buena medida se ha desarrollado bajo presupuestos esencialistas, no obstante el rechazo explícito que de ellos se hace por la mayoría de los adeptos a la filosofía analítica[1]. Creo que el rumbo de la teoría general del derecho está marcado por sus conexiones tanto con teorías descriptivas como con teorías valorativas acerca del derecho, que ponen de manifiesto propiedades relevantes que el esquema conceptual debe recoger y problemas que debe ayudar a esclarecer. Esto no quiere decir que en la reconstrucción de ese aparato conceptual que encara la teoría general del derecho se debe traer siempre a colación explícitamente los resultados y los requerimientos de teorías jurídicas descriptivas y valorativas: el iusfilósofo puede partir del lenguaje que se usa en los discursos jurídicos corrientes (que en buena medida recoge esos resultados y requerimientos) y proponer una reformulación que tome en cuenta ciertas exigencias sistemáticas (como precisión, economía, coherencia, etc.), con la esperanza de que el sistema conceptual resultante eventualmente pueda ser de utilidad a quienes tienen preocupaciones explicatorias o justificatorias acerca del derecho (así

[1] Me refiero nuevamente al trabajo de Pincione, Guido P., *Sobre el "status" cognoscitivo de las teorías generales del derecho*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Bs. As., 1981, nº 1, p. 271 y ss., mencionado en la nota 26 del ensayo precedente. Por el tipo de consideraciones que brevemente expongo a continuación no creo que a mis propuestas le sea aplicable la calificación de esencialista, como señala Pincione.

como un técnico puede diseñar una herramienta o un dispositivo sin una idea muy clara de su utilidad y luego alguien encontrar un uso provechoso para él)[2].

Sin embargo, es obvio que una vez abandonado no sólo de palabra sino en los hechos el esencialismo conceptual y disueltos los seudoproblemas que él genera, la teoría deberá dirigir su mirada de tanto en tanto hacia las conclusiones y necesidades de la descripción y valoración de instituciones jurídicas. En este ensayo intento ilustrar en forma precaria este sesgo metodológico, que a mi juicio deberá adoptar la teoría general del derecho, con un tratamiento del tema de la caracterización de la nulidad contractual que hace de puente entre ciertas conclusiones explicatorias muy básicas sobre las funciones sociales del derecho y ciertas controversias valorativas sobre los alcances que debe tener la institución de los contratos.

2. *Algunas caracterizaciones corrientes de las normas que disponen nulidades*

Se ha discutido extensamente acerca del carácter que tiene la nulidad jurídica[3], y, en especial, si ella puede concebirse razonablemente como una sanción jurídica.

La cuestión se ha planteado en conexión con el concepto de norma jurídica, la individualización de las entidades denotadas por ese concepto y la variedad admisible de tales normas jurídicas: si se adopta una teoría como la de Kelsen, según la cual el contenido (en el sentido de von Wright) distintivo de cada norma es un acto de sancionar, entonces el reconocimiento de las reglas que estipulan nulidades como normas jurídicas autónomas dependerá de que se conciba a la nulidad como una sanción. El propio Kelsen responde negativamente a esta pregunta, sobre la base de su identificación de las sanciones con actos coactivos y el rechazo de la idea de que la nulidad sea un acto coactivo, y sostiene, en consecuencia, que las normas que disponen nulidades

[2] Obsérvese que algo de esto se hace en el ensayo V, al aprovechar para el caso de las normas de facto la distinción de Alchourrón y Bulygin entre derogación y rechazo.

[3] Ver el minucioso trabajo de Maier, Julio B. J., *La función normativa de la nulidad*, Bs. As., 1980.

no son normas autónomas sino parte de otras normas que prescriben sanciones. Hart también niega que la nulidad sea una sanción, principalmente porque, a diferencia de las genuinas sanciones que parecen accesorias de prescripciones que tienen un sentido independiente de ellas, la supresión hipotética de la sanción prevista en una norma hace perder sentido a toda la norma (si a una norma que pena, por ejemplo, el homicidio, se le suprimiera esa pena, parecería que subsiste la prohibición de matar, por más ineficaz que ella fuera sin la correspondiente sanción; en cambio, si a una norma que dispone la nulidad de un testamento se le suprimiera esa nulidad, parecería que el contenido de esa norma se diluye completamente). Sin embargo, Hart no considera que el hecho de que la nulidad no sea una sanción impida considerar autónomas a las normas que la disponen, ya que no acepta la teoría de Kelsen acerca del contenido uniforme de toda norma jurídica.

Aun cuando se supere la duda de si las reglas que disponen nulidades son normas jurídicas autónomas, por carecer de sanción, es posible que subsista cierta perplejidad acerca del carácter normativo de tales reglas: ellas no parecen ser prescripciones destinadas a influir en el comportamiento (ya que el Estado puede ser absolutamente indiferente acerca de la realización o no del comportamiento en cuestión –como la celebración de un testamento sin testigos– con tal de que no produzca efectos jurídicos); tampoco parecen ser permisiones que expresan (en mi interpretación preferida) una suerte de promesa de no sancionar o de no interferir con cierto comportamiento.

Frente a esta perplejidad hay algunos autores[4] que han sugerido que estas normas son del tipo de las que Kant llamaba "imperativos hipotéticos" y von Wright califica de "reglas técnicas": o sea son juicios condicionales cuyo antecedente menciona un cierto deseo o propósito ("si quieres hacer un testamento válido...") y cuyo consecuente indica un medio para satisfacer ese deseo ("...entonces debes celebrarlo ante testigos"). Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre las reglas técnicas usuales (como "si quieres poner el motor en marcha, debes ha-

[4] Esto está sugerido en la ponencia de Gregorio Robles, "Norma y regla técnica", en "Comunicaciones del Primer Congreso Internacional de Filosofía del Derecho", La Plata, 1982.

cer girar la llave de contacto") y las reglas que disponen nulidades: las primeras reflejan una relación fáctica, generalmente de causa a efecto, que es independiente de la misma regla; en cambio, las normas jurídicas "nulificadoras" establecen ellas mismas esa relación (una vez que ella ha sido establecida sí se puede formular una regla técnica sobre la base de la vigencia de esas normas, como lo haría un abogado que informara a su cliente). La existencia de esa relación independiente –que se describe a través de lo que von Wright llama "proposición anankástica"– parece ser esencial para distinguir a una regla técnica de una prescripción, ya que, si no tuviéramos en cuenta ese dato, casi cualquier prescripción podría concebirse como una regla técnica (p.ej., la norma que pena el homicidio se puede formular diciendo: "Si quieres no ser penado, entonces debes abstenerte de matar").

También se ha propuesto considerar a las reglas que disponen nulidades como *definiciones* de conceptos que aluden a instituciones o prácticas[5]: así, la regla que estableciera la necesidad de testigos para hacer un testamento sería parte de la definición de "testamento válido". Sin embargo, una definición sólo tiene relevancia en un sistema normativo en la medida que se refiera a un concepto usado en una genuina norma; el rol de la definición es el de precisar, ampliar o restringir los alcances de esa norma. En cierto sentido es arbitrario decidir qué contenidos son concebidos como estipulaciones normativas y cuáles como estipulaciones conceptuales (p.ej., ciertas normas de la parte especial de un Código Penal podrían concebirse como definiciones de "delito" y presuponerse una norma que prescribiera que la comisión de un delito es punible con determinadas sanciones). Por lo tanto, la posibilidad de ver a una regla como definitoria de un concepto que se emplea en otras no es privativa de las reglas que disponen nulidades y esa maniobra teórica deja en pie la pregunta sobre qué carácter tienen las normas que emplean ese concepto (p.ej., las normas que emplean el concepto de testamento válido), y si es teóricamente apropiado reducir (como lo hace Kelsen por otra vía) los componentes normativos autónomos del sistema de modo que las reglas que disponen nulidades

[5] Ver el desarrollo de Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Definiciones y normas*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", p. 11.

aparezcan, sólo como partes o accesorios de las que se consideran genuinas normas independientes.

3. *Criterios de individualización y clasificación de normas jurídicas*

Creo que esta última observación nos pone en el camino correcto para elucidar el carácter de las reglas que disponen nulidades: ese carácter dependerá de los criterios para subdividir un orden jurídico en ciertas "unidades básicas", ya que las normas jurídicas son los componentes elementales de un orden jurídico, así como las células lo son de un organismo biológico. Según cómo subdividamos el orden en normas aparecerán diferentes clases de éstas.

El orden jurídico no viene "naturalmente" parcelado en normas jurídicas. Son sobre todo los juristas quienes lo parcelan siguiendo diferentes criterios que responden a consideraciones de conveniencia teórica o práctica.

Algunos de los criterios que se toman en cuenta para la subdivisión de un orden jurídico en normas y para su consiguiente clasificación son los siguientes:

a) Las normas jurídicas deben ser unidades relativamente manejables para diferentes fines. (Si se toma en cuenta este criterio, la individualización de normas jurídicas que propugna Kelsen, por ejemplo, es muy deficiente, ya que, al considerar que las reglas que no disponen sanciones son sólo parte de las verdaderas normas jurídicas que las disponen, éstas tienen un contenido tan complejo que son prácticamente inmanejables.)

b) Las normas jurídicas deben tener cierta independencia mutua, de modo que cada una de ellas pueda ser manejada para diferentes fines sin necesariamente recurrir a otras (en relación a este criterio, el esquema de Kelsen es satisfactorio).

c) Las normas jurídicas deben tener una relativa uniformidad de estructura; si se admitiera una gran heterogeneidad en las clases de normas jurídicas sería difícil comprender los mecanismos básicos con que el derecho opera (el esquema de Kelsen satisface esta exigencia en forma óptima).

d) El criterio anterior está relacionado con otro que es tal vez el más relevante, sobre todo cuando la individualización y

clasificación de normas se hace en el contexto de una noción descriptiva de derecho: las normas jurídicas deben reflejar, en sus distintas variedades, los diferentes mecanismos a través de los cuales el derecho opera en la sociedad.

Este es un criterio fundamental para ser tomado en cuenta por la teoría general del derecho cuando trata este tema, ya que hace a la función misma que debe satisfacer, en general, esa teoría. Como vimos en el punto 1, el esclarecimiento conceptual que ella encara no es un fin en sí mismo sino que está al servicio de necesidades de teorías descriptivas o valorativas acerca del derecho. Cuando esa dependencia se olvida, la teoría general del derecho se reduce a formular estipulaciones terminológicas arbitrarias o emprender investigaciones lexicográficas pedestres. Las posiciones corrientes acerca de la individualización y clasificación de normas jurídicas son un buen ejemplo del riesgo de incurrir en una u otra forma de esterilidad teórica cuando no se toma decisivamente en cuenta qué ventajas surgen de ellas para una visión descriptiva o valorativa del derecho; en este caso particular, un cierto esquema de individualización y clasificación de normas puede reflejar las formas en que el derecho opera para producir efectos sociales.

El esquema de Kelsen es, en este sentido, unilateral y excesivamente simplificador: al establecer que toda norma prescribe un acto coercitivo como consecuencia de una conducta antijurídica, ese esquema sólo refleja el mecanismo del derecho que Kelsen llama "técnica de motivación indirecta" y que consiste no en indicar directamente el comportamiento deseable, sino en inducir oblicuamente ese comportamiento al prescribir una consecuencia desagradable para el comportamiento indeseable.

Pero el derecho (por lo menos, el que es identificado a través de criterios pre-teóricos) opera también a través de otros mecanismos. En primer lugar, no es cierto que la distinción entre moral y derecho pase por la distinción entre técnicas de motivación directa e indirecta: también el derecho recurre a técnicas de motivación directa indicando un comportamiento deseable a los individuos que tienen razones morales para obedecer a las autoridades jurídicas (ya que creen en su legitimidad moral) y no tendrían razones de ese tipo para realizar tal comportamiento si no fuera por la prescripción de aquellas autoridades. Esto implica reconocer un tipo autónomo de normas constituido por prescripciones de conductas consideradas valiosas, con independencia de la posible pero no necesaria estipulación de sanciones para el comportamiento opuesto (hay otra razón para reconocer estas normas y es que sin referencia a ellas no sería posible distinguir entre el delito y las demás condiciones de la sanción en las normas cuya consecuente prescribe tal sanción)[6].

En segundo término, aun con referencia al empleo de la coacción el derecho no sólo opera amenazando con su empleo para cuando se realiza un comportamiento indeseable: también ofrece esa coacción a los particulares para que puedan hacer valer mediante ella los acuerdos privados que hayan alcanzado, bajo ciertas condiciones, en persecución de sus distintos fines. Esto lo veremos con más detalle en la sección siguiente.

4. *La nulidad como negativa a "prestar" la coacción estatal*

Se ha señalado muchas veces que difícilmente se habría desarrollado la institución de los contratos privados (aun cuando ésta sea definida en términos no jurídicos) sin el respaldo de la coacción estatal: esta institución requiere que cada uno de los contratantes tenga la expectativa de que si él cumple con su prestación el otro hará lo propio; pero si suponemos que la gente es predominantemente egoísta o que, en todo caso, adopta una moral utilitarista, no hay fundamento para esperar que el otro satisfará su prestación si él no espera que nosotros lo hagamos, y, en consecuencia, nosotros no tenemos razón para cumplir, por lo que tampoco la tendrá el otro, lo que a su vez refuerza nuestra falta de razón para cumplir y así hasta el infinito (si suponemos una actitud egoísta ésta no es más que una aplicación del llamado "dilema de los prisioneros", pero, como dije, el problema se da igualmente si se adhiere a un utilitarismo de actos, ya que el cumplimiento sin seguridad de la contraprestación correlativa es un acto anti-utilitario)[7].

Esta encerrona puede ser superada, y la institución de los contratos puede establecerse, si la gente adopta principios morales distintos de los del utilitarismo de actos, por ejemplo, un

[6] Para este punto, ver Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 173 y siguientes.

[7] Ver este punto en Hodgson, D. H., *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, 1967.

principio que prescribe que las promesas deben cumplirse con relativa independencia de las consecuencias, o un principio que, al igual que vimos antes, prescribe obedecer a una autoridad jurídica que ha indicado que los contratos son obligatorios. En previsión de que la gente tenga este último tipo de razón moral, el derecho suele incluir una norma que prescribe cumplir con los contratos.

Pero es obvio que en muchos casos los individuos no tienen razones morales de un tipo o de otro (sean substantivas o de autoridad) para observar lo pactado, por lo que si la institución de los contratos dependiera sólo de ese hecho, ella sería altamente inestable. El derecho podría proveer razones adicionales de tipo prudencial para cumplir con los contratos, amenazando con penas para cuando una parte no cumple. Pero hay otra forma más económica de asegurar el cumplimiento de los contratos a la que el derecho generalmente recurre: consiste en *poner el aparato coactivo estatal a disposición de la contraparte perjudicada por el incumplimiento*, de modo que ella obtenga en forma forzada la prestación pactada o una equivalente a ella.

Este "préstamo" de la coacción estatal a los particulares difiere de la coacción que se ejerce a través de penas en que en el primer caso no se pretende desalentar un comportamiento disvalioso sino simplemente hacer posible los contratos, cualesquiera que sean los actos comprometidos (dentro de ciertos límites), proveyendo de un medio para asegurar su cumplimiento de modo que se rompa el círculo vicioso descripto anteriormente: al esperar que la otra parte cumplirá el contrato en forma voluntaria o forzada, tenemos razones para cumplirlo y también las tendrá el otro, etcétera.

Por supuesto, que este "préstamo" de la coacción estatal se hace bajo ciertas condiciones: algunas de ellas tienden a asegurar que haya habido un verdadero consentimiento de las partes; otras que haya prueba fehaciente de él y que haya la posibilidad de un conocimiento público del acuerdo (como la exigencia de documentación escrita o que esté ella avalada por un funcionario); otras excluyen ciertas conductas como contenido de los contratos respaldados coactivamente. Cuando estas condiciones no se satisfacen y la parte perjudicada no tiene acceso a la coacción estatal, decimos que el contrato es "nulo".

De ninguna manera puede decirse siempre que la exigencia de ciertas condiciones para poner a disposición de los particulares la coacción estatal está destinada a desalentar los comportamientos que no satisfacen esas condiciones: a las autoridades les puede resultar totalmente indiferente que, por ejemplo, la gente haga contratos de compraventa verbalmente y hasta se puede suponer que opinan que es valioso socialmente que así se haga, ya que ello implica una considerable disminución de los costos de transacción. Sin embargo, el Estado puede negar el auxilio de la fuerza cuando un tal contrato es insatisfecho, no porque haya habido nada de malo o incorrecto en su celebración sino porque no hay elementos ciertos para asegurarse que haya sido efectivamente celebrado. Puede haber una situación diferente: cuando el Estado se niega, por ejemplo, a ejecutar forzadamente un contrato de prostitución no necesariamente es para desalentar ésta (ya que puede sostener que, si hay consentimiento, se trata de una acción "privada"[8], con la que el Estado no debe interferir), sino porque se considera que el Estado no debe ser cómplice activo de ella, ayudando positivamente a que se realice. Por esta razón, la nulidad no puede verse como una sanción, si es que es un rasgo distintivo de ésta el estar dirigida a desalentar comportamientos disvaliosos.

Una vez que el análisis del mecanismo con que el derecho opera en materia contractual nos hace ver a la nulidad como una negativa de poner la coacción estatal a disposición de los contratantes, las normas que disponen nulidades pierden de inmediato su aire misterioso: ellas son simplemente prescripciones dirigidas a funcionarios (jueces, oficiales de justicia y policías) al efecto de prohibirles que hagan uso de la coacción estatal para ejecutar una prestación contractual o de exceptuar su obligación general de hacerlo. En este sentido, las normas que disponen nulidades se parecen a las normas permisivas que también incluyen una prohibición de hacer uso de la coacción estatal. La diferencia es, sin embargo, que mientras en este último caso la coacción prohibida consiste en una reacción ulterior a un comportamiento o en el impedimento de ese comportamiento, en el primero consiste en el forzamiento de una acción o en la aprehensión de ciertos bienes.

[8] Ver este tema en Nino, *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984, cap. IX.

5. *Nuevas causales de nulidad y sus implicaciones ético-jurídicas*

Dije antes que este tema servía para ilustrar la idea de que la teoría general del derecho no debe encarar la tarea de analizar conceptos jurídicamente relevantes con independencia de la conexión de tal análisis con conclusiones de teorías descriptivas o valorativas acerca del derecho. Mostré, así, que cuando se toman en cuenta los mecanismos con que el derecho opera socialmente, mecanismos que son esclarecidos a través de teorías descriptivas, se tiene una guía firme para caracterizar las normas que disponen nulidades.

Quiero terminar este ensayo mostrando rápidamente cómo esta caracterización del tipo mencionado de normas sirve a su vez para iluminar una cuestión central de las teorías valorativas sobre el derecho.

Como se sabe, hay una tendencia de las últimas décadas a ampliar el campo de las nulidades, admitiendo una serie de causales que no son las tradicionales: así, se admite como "vicios" del consentimiento no sólo el error y la coacción, sino también la necesidad, la imprevisión, el abuso del derecho y la lesión enorme. Se han ampliado enormemente las cláusulas que no pueden figurar en un contrato válido: así, en materia laboral, el trabajador no puede válidamente renunciar a una serie de beneficios; las locaciones de vivienda están sometidas a un conjunto de restricciones, etcétera.

Quienes son partidarios de una libertad lo más irrestricta posible en materia económica denuncian esta ampliación de las nulidades contractuales como una injerencia inaceptable del Estado en la autonomía de la voluntad; ellos objetan este tipo de tutela paternalista que lleva a que el derecho interfiera activamente con la libertad contractual.

Sin embargo, el análisis que propuse de las nulidades contractuales muestra que las cosas son exactamente al revés: Si la nulidad es la negativa del Estado a prestar a los particulares un servicio público, el de la coacción estatal, para hacer valer un contrato, ampliar las causales de nulidad implica una retracción de ese servicio público, supone que el Estado interviene en menos casos al exigir más condiciones para intervenir. Los partidarios del liberalismo económico que se oponen a estas restricciones contractuales están requiriendo, en realidad, una *mayor* injerencia del Estado en los acuerdos privados, lo que no deja de ser paradójico.

Se podría decir que cuando el derecho se abstiene de respaldar coactivamente ciertos contratos, está también interfiriendo con la libertad de la gente por omisión. Pero la imputación de ciertos efectos a una omisión requiere probar que había un deber de actuar positivamente[9], y, por lo tanto, quienes recurren a este argumento tienen que demostrar por qué el Estado tendría el deber de respaldar con el servicio de la coacción esos contratos.

Recordemos que la nulidad contractual no implica de ningún modo una prohibición de que el respectivo contrato se haga y se cumpla sino meramente una abstención del Estado de respaldarlo: por lo tanto, en ausencia de otras normas prohibitivas, los particulares son completamente libres de celebrar los contratos jurídicamente nulos y de hacerlos cumplir por medios no coactivos (como la persuasión moral o las sanciones). Algunos liberales en materia económica plantean que aun la función de los tribunales podría ser provista por el mercado, por lo que la retracción del Estado en estos casos presenta una oportunidad para ese tipo de avance del mercado siempre que el sometimiento a tribunales privados sea consentido por las partes.

Demás está decir que mi interés principal en este ensayo no fue indicar una posible inconsecuencia del liberalismo económico, sino mostrar que, así como la teoría general del derecho aparece como un vano ejercicio conceptual cuando se la pretende encarar en forma "pura", ella se convierte en una empresa intelectual considerablemente fructífera cuando se la desarrolla en conexión con preocupaciones explicatorias y justificatorias acerca del derecho.

[9] Ver Nino, *Ética y derechos humanos*, cap. VII.

APÉNDICE

HAY DEBERES Y "DEBERES": RESPUESTA A CARRIÓ

Genaro R. Carrió me ha hecho el honor de analizar críticamente las tesis desarrolladas en el ensayo VIII de este libro y que están presupuestas o ulteriormente expandidas en los restantes ensayos aquí publicados. Con la claridad, profundidad y honestidad intelectual que han hecho de él un extraordinario maestro de la filosofía del derecho de habla española, Carrió desmenuza mi argumentación y la somete a un severo conjunto de réplicas que expresan magníficamente lo que otros, que comparten las mismas posiciones, me han sugerido en forma menos precisa.

A continuación voy a resumir las críticas principales de Carrió para luego pasar a responderlas.

1. *Las objeciones*

Carrió encuentra una serie de razones para impugnar mi intento de conciliar el positivismo y el iusnaturalismo sobre la base de que estas posiciones defienden conceptos de derecho diferentes, que pueden ser usados en forma no excluyente en distintos contextos: mientras el positivismo defiende un concepto *descriptivo* de derecho, que es usado en enunciados fácticos que no implican razones para actuar y que aluden a estándares que los jueces *deben* aplicar sólo en el sentido referido por un uso "entrecomillado" de la palabra "deber", el iusnaturalismo defiende un concepto *normativo* de derecho, que es usado en proposiciones que expresan razones para actuar y que presuponen juicios morales o valorativos acerca del deber *tout court* de reconocer ciertos estándares.

Las razones para rechazar este intento de pacificación son, según Carrió, las siguientes:

a) No es verdad que la actitud positivista se satisfaga con el uso de un concepto de derecho cuya aplicación no tiene implicación alguna sobre lo que los funcionarios deben hacer. Los criterios que caracterizan a la actitud positivista sirven para identificar prescripciones, que, como tales, dan lugar a genuinos deberes, con independencia de cualquier valoración moral. El lenguaje normativo no se reduce al ámbito de la moral ideal (también tiene vigencia en instituciones como el derecho positivo, la moral positiva, etcétera).

b) No es correcto sostener que el punto de vista desde el cual los sostenedores de la actitud positivista proporcionen su definición de derecho sea el del observador "externo". Tales sostenedores están perfectamente habilitados –como en el caso de un juez– para, sin renunciar a su actitud positivista, usar las reglas del sistema jurídico para justificar acciones y decisiones. En realidad, un juez positivista está en condiciones mucho mejores que un juez iusnaturalista para participar correctamente del "juego" del derecho, ya que este último, usando una definición normativa, reemplazaría las reglas del sistema por sus criterios subjetivos de justicia.

c) Si bien es admisible aludir a un uso "entrecomillado" de la palabra "deber" para hacer referencia al contenido de los enunciados descriptivos de los juristas acerca de las prescripciones de los legisladores, es incorrecto suponer que un deber jurídico sea un deber "entre comillas" en otro sentido de la expresión: en el sentido de que no es un deber genuino por carecer de fuerza normativa.

d) Los jueces usualmente justifican sus decisiones sobre la base de estándares identificados según criterios compatibles con la actitud positivista. Esto quiere decir que los estándares así identificados expresan razones operativas justificatorias y que los jueces deben aplicarlos con independencia de cualquier valoración moral; si los jueces justificaran sus decisiones sobre la base de otras consideraciones, tales decisiones serían descalificadas como arbitrarias.

e) No hay dificultad en admitir que la ciencia del derecho cumple una tarea normativa de reformular el orden jurídico, pero sí es objetable sostener que para cumplir con esa tarea ella requiere una definición normativa de "derecho"; al contrario, la superación de lagunas, contradicciones, ambigüedades, etc., exige como paso previo identificar estas fuentes de indeterminaciones a través de un concepto descriptivo de derecho. Una vez identificado el derecho existente a través de criterios positivistas y puestos de manifiesto sus defectos, es importante contar con una concepción coherente sobre el tipo de normas que deberían existir, pero para ello no hay que tomar sólo en cuenta principios morales ideales, sino también las reglas y valoraciones de la moral positiva de la comunidad.

f) La posición criticada sostiene que las ventajas teóricas y prácticas que se obtienen a través de la distinción entre el derecho que "es" y el que "debe ser" de acuerdo con un concepto descriptivo de derecho, se preservan a través de la distinción, que es *equivalente* a la anterior y que presupone un concepto normativo de derecho, entre "lo que es considerado derecho" y "lo que es realmente derecho" (o sea el conjunto de estándares que los jueces tienen el deber moral de reconocer y aplicar). Sin embargo, esta segunda distinción no permite criticar las decisiones de los jueces y funcionarios, sobre la base de que no han aplicado el derecho existente, ni permite criticar el derecho existente por no reflejar la moral comunitaria, ya que tanto lo que es considerado derecho como lo que realmente es derecho estarán integrados por apreciaciones éticas subjetivas del crítico de turno.

g) El intento de conciliación entre el iusnaturalismo y el positivismo fracasa porque él se funda en asignar a la última posición un papel que no es el propio –la adopción de una definición no normativa de derecho– y que no concuerda con la que adoptan sus adalidades principales, como Kelsen y Hart.

2. *Un intento de réplica*

a) Creo que es conveniente que comience aclarando que no niego que la definición positivista de derecho permite identificar un conjunto de genuinas prescripciones y que, en el caso de que ellas recurran a un concepto como el de deber, éste constituye un concepto de deber auténticamente normativo. Esas prescripciones, como lo he tratado de caracterizar en el ensayo VII, consisten en el hecho de la formulación de ciertos juicios deónticos con la intención de que tal formulación sea relevante para las razones (morales o prudenciales) de los destinatarios en favor de

la conducta prescripta. No todo juicio deóntico es una prescripción; sólo lo es cuando él se independiza de sus posibles razones subyacentes, ya que su misma *formulación* está dirigida a integrar ciertas razones (ver ensayo VI).

Pero esa definición positivista de "derecho" permite, repito, *identificar* esas prescripciones, no es un concepto para ser usado *en* esas mismas prescripciones. Es decir, cuando, usando el concepto positivista, se dice, por ejemplo, "el derecho dispone que el homicidio es punible", este enunciado no es en sí mismo, pongamos por caso, una prescripción legislativa.

La cuestión es qué tipo de enunciado es éste que emplea en forma directa el concepto positivista de derecho. Responder a esta pregunta parece ser un medio adecuado para elucidar el carácter que tiene tal concepto.

b) Si dejamos de lado las exclamaciones, preguntas y otros usos del lenguaje que son completamente ajenos a este análisis, la alternativa a la interpretación prescriptiva del enunciado que nos interesa elucidar parece ser una interpretación descriptiva, o sea una interpretación según la cual un enunciado como "el derecho dispone que el homicidio es punible" describe un hecho, o un complejo de hechos, y es verdadero o falso según ese hecho se dé o no en la realidad.

Por supuesto Carrió admite este tipo de enunciados jurídicos y acepta que en ellos se usen conceptos deónticos con un sentido "entrecomillado" que neutraliza la fuerza normativa que, de lo contrario, ellos asignan al enunciado.

Veamos brevemente cómo se analizaría el concepto de derecho cuando es usado en forma directa en un enunciado descriptivo. Supongamos que se concluya que este concepto denota los estándares que los jueces y otros funcionarios deben aplicar. Siendo así, decir que el derecho dispone que el homicidio es punible implica el enunciado "los jueces deben aplicar la norma que pena el homicidio". Pero, dado que este enunciado no es en sí mismo, por hipótesis, una prescripción, sino una descripción, él debe ser interpretado según, por ejemplo, este esquema que recurre a la idea hartiana de la regla de reconocimiento: "entre los jueces del grupo *X* existe una práctica (o sea un conjunto de conductas repetidas, de creencias y de actitudes críticas frente a desviaciones), que incluye la aplicación regular de las directivas emitidas por el órgano *O*, y actitudes críticas frente a

quienes no lo hacen; este órgano *O* formuló la directiva 'el homicidio debe ser penado'". Si aceptamos este tosco análisis del enunciado originario "el derecho dispone que el homicidio es punible" y del enunciado equivalente a éste, o por lo menos implicado por él, "los jueces deben aplicar la norma que dispone penar el homicidio", resulta que efectivamente estos enunciados se limitan a describir hechos y su formulación seria y sincera por parte de alguien no compromete a ninguna acción ni actitud: alguien, un juez por ejemplo, puede formular ese enunciado y negarse a aplicar el estándar dictado por *O*, o puede criticar a los jueces que lo aplican y no por eso incurre él en alguna inconsistencia lógica o pragmática. El uso de la palabra "deber" en el segundo enunciado analizado es "entrecomillado", en el sentido de que describe el *hecho* de la aceptación de una prescripción que emplea el concepto normativo de deber. Este sentido de "deber" de ningún modo alude a algo artificial o trivial sino a un hecho social sumamente relevante.

Mi tesis es que la definición positivista de "derecho" (como lo acabo de mostrar someramente en relación al esquema de Hart), asigna a esta expresión un significado que es apropiado para ser usado en este tipo de enunciados, es decir un significado puramente descriptivo, por más que sea descriptivo de prescripciones. Si ese significado se analiza recurriendo a la idea del deber de los jueces de aplicar ciertos estándares, cuando se califica a un estándar como derecho se predica de él el que los jueces *deben* aplicarlo, pero sólo en el sentido descriptivo o "entrecomillado" de la palabra "deber". Esto no significa que no se trate de un deber genuino, simplemente implica que no es el que habla quien asigna a los jueces ese deber mediante una prescripción, sino que se limita a describir una prescripción formulada o aceptada por otros y que establece tal deber. En este sentido uno puede perfectamente decir que en la Alemania nazi la SS tenía el deber jurídico de aprehender a los judíos y enviarlos a campos de exterminio sin que por ello uno adhiera a la ideología nazi.

c) Claro está que queda por esclarecer la cuestión de si estos enunciados descriptivos que, según mi opinión, emplean en forma directa (o sea no a través de la mención de creencias de otros) el concepto positivista de derecho, expresan o no razones para justificar acciones o decisiones.

La respuesta es llanamente *negativa* por una sencilla razón: un enunciado expresa una razón para actuar si de él se infiere un

juicio deóntico o práctico que califique como debida la acción o decisión en cuestión, y de un juicio descriptivo no se puede inferir un tal juicio de deber ser sin violar el principio de Hume (ver ensayos III y VII).

En una primera aproximación, el positivismo ideológico es precisamente una posición que comete la aberración lógica –una variedad de la llamada "falacia naturalista"– de pretender derivar de juicios que describen reglas o prescripciones positivas, juicios que expresan razones justificatorias, o sea juicios prácticos o de deber ser cuya formulación compromete una cierta acción o actitud.

De la descripción de la vigencia de una regla no se puede, *sin más*, derivar razones para hacer lo que la regla prescribe. En este sentido, G. J. Warnock afirma lo siguiente[1]: "Se dice a veces que las reglas proveen razones para actuar; y uno puede estar de acuerdo con esto, sujeto, sin embargo, al requerimiento general de que las reglas no sólo existan sino que sean también reglas razonables... Debemos mencionar aquí la posibilidad obvia de que, a pesar de que la regla sea perfectamente aceptable en términos generales y yo sea claramente uno de aquellos a quienes la regla se aplica, yo pueda pensar que en *este caso* no tengo por qué e incluso no debo cumplir con esta regla... Tal vez no haya nada que decir en general acerca de esto, excepto –lo que es por supuesto muy obvio– que la aplicabilidad a cierta situación de una regla, independientemente de lo buena que ésta sea no provee razones *concluyentes* para actuar como la regla requiere en esta situación". Por su parte, David Richards[2] es aún más terminante en los párrafos aludidos en el ensayo IX, cuando dice que uno puede estar de acuerdo con que una conducta está prescripta por una regla social y sostener, sin embargo, que ella no debe ejecutarse y que esto es consecuencia del hecho de que las reglas sociales, a diferencia de los principios de racionalidad y moralidad, no implican la *existencia* de razones sino la *suposición* por parte de cierta gente que existen razones para actuar.

Es de destacar que tampoco los juicios que describen la moral positiva –que menciona Carrió– proveen razones para actuar,

[1] Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, 1971, p. 41 y 42.

[2] Richards, David A. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971, p. 24.

ya que esos juicios son también descriptivos y no pueden, en consecuencia, implicar por sí solos juicios de deber ser. Claro está que los juicios que formulan quienes participan de la moral positiva de una sociedad y ayudan a que ella se genere y mantenga no son juicios acerca de la misma moral positiva sino de una supuesta moral ideal; la moral positiva se va desarrollando a través de la concordancia y recurrencia en la formulación de esos juicios[3]; si los juicios constitutivos de la moral positiva se refirieran a ella misma se produciría una autorreferencia vacua (ver el problema general de la autorreferencia en el ensayo IV).

d) En el caso del derecho hay una situación que produce genuina perplejidad y ocupa centralmente la atención de Carrió. Me refiero a la situación de los jueces, quienes, por un lado, formulan típicamente enunciados del tipo "el derecho dispone que matar es punible" y, por el otro, usan ese tipo de enunciados para justificar decisiones.

Parece claro que cuando esa clase de enunciados aparece en un considerando para fundar un fallo no se trata de una prescripción en el sentido que traté de caracterizar en el ensayo VI: ese enunciado parece presuponer necesariamente ciertas razones (vinculadas, en parte, a determinados actos legislativos) y su formulación no parece estar dirigida a incidir en las razones de sus destinatarios (cosa distinta ocurre con el resultando del fallo). Tampoco parece tratarse de enunciados puramente descriptivos, ya que expresan razones para justificar decisiones, o sea permiten inferir juicios deónticos o de deber ser. Por lo tanto, el carácter de esos juicios resulta bastante enigmático.

Muchos autores parecen razonar de este modo, aunque raramente lo hacen explícitamente: "Un juicio como 'el derecho prohíbe matar' no es puramente descriptivo, tampoco es prescriptivo (en el sentido en que una orden es una prescripción), ni es un juicio moral. Es un juicio que deriva de dos premisas: una premisa que describe lo que cierta autoridad ha dispuesto y un juicio normativo, o sea un juicio de deber ser, que reviste de esa autoridad a un cierto individuo o costumbre social, o sea da validez a sus directivas. Esta segunda premisa no es un juicio moral sino jurídico, y la validez que otorga a las directivas es de índole puramente jurídica. Si bien este juicio normativo tiene

[3] Ver Nino, *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984, cap. III.

fuerza justificatoria que se transmite, por vía de la premisa descriptiva, a la conclusión sobre lo que el derecho dispone, esa fuerza justificatoria no tiene dimensión ética sino puramente jurídica".

A poco que se analice esta posición ella aparece, sin embargo, como sumamente obscura: ¿cuál es el carácter de ese juicio normativo que subyacería a todo juicio sobre lo que el derecho dispone? Para ser un juicio *jurídico* debería depender de lo que cierta autoridad ha dispuesto, y él no depende de ninguna prescripción positiva, sino que da autoridad a quienes formulan prescripciones positivas.

Si, en cambio, el juicio que supuestamente cumpliera esa función dependiera de una prescripción positiva él sería meramente descriptivo de esa prescripción, con lo que no proveería razones justificatorias, a menos que derive de un juicio descriptivo de ese tipo y de un juicio normativo que da autoridad a las prescripciones descriptas, y así hasta llegar a un juicio normativo que no tiene correlato positivo.

El lector asociará fácilmente este desarrollo con la teoría de Kelsen de la norma básica (ver ensayo I) y muchos verán la solución al problema planteado en la tesis de que ese juicio normativo, que transmite su fuerza justificatoria a juicios como "el derecho dispone que matar es punible", es precisamente la norma fundamental presupuesta del sistema jurídico, que tiene la virtud de ser la fuente última de juicios de validez, los que, no por ser normativos o justificatorios, dejan de ser puramente jurídicos para convertirse en juicios de validez moral.

Sin embargo, hay una diferencia crucial entre la teoría de Kelsen de la norma básica o fundamental y esta posición: para Kelsen la norma básica es "hipotética", en el sentido de que su adopción en el razonamiento jurídico que él pretende caracterizar no es plena, no es una aceptación que comprometa –como en el caso de la adopción lisa y llana de una norma– a realizar ciertas acciones o a tener determinadas actitudes. Es una suposición o hipótesis (o como prefiere decirlo el propio Kelsen, una postulación epistemológica de la ciencia jurídica), destinada a concebir como normas el contenido proposicional de ciertas conductas y actitudes y determinar sus implicancias lógicas (ver ensayo I). Este tipo de adopción hipotética de la norma básica, y de los juicios de validez que derivan de ella, es lo que permite formularla respecto de cualquier sistema sin comprometer la adhesión a él, e incluso preservar la posibilidad de tomar partido en favor de que él sea desobedecido, sin por ello incurrir en inconsistencia.

Pero el precio a pagar por esta neutralidad práctica es, obviamente, que los juicios de validez basados en la norma básica carecen de fuerza justificatoria y no proveen razones para actuar, ya que de la *suposición* de que alguien debe ser obedecido no se pueden inferir razones categóricas en favor de lo que él ha mandado, sino razones también hipotéticas o supuestas. Por eso es que Kelsen nunca, que yo sepa, ha propuesto su norma básica como reconstrucción del razonamiento de los jueces, que necesitan justificar sus decisiones, sino del de los juristas teóricos, que (en su concepción) no necesitan hacer tal cosa porque no toman decisiones.

e) De modo que, si se quiere que un juicio del tipo "el derecho dispone que el homicidio es punible" exprese razones justificatorias cuando es formulado en el contexto judicial, hay que asumir que él deriva de un juicio normativo que da autoridad al autor de ciertas prescripciones, asignando por lo tanto validez a éstas, y que es aceptado categóricamente y no como una mera hipótesis de trabajo.

Si aceptamos un juicio semejante respecto de todas las situaciones a las que se aplica el concepto descriptivo de derecho, tenemos algo parecido a un *juicio moral*: o sea, se trata de un juicio que provee una justificación final cuya validez no depende de los dictados de alguna autoridad y que tiene un carácter universal, general y superveniente (ver ensayo VII). Hay, sin embargo, autores que se niegan a integrar un juicio semejante en un mismo sistema con el resto de los principios morales. Ellos suponen que el juicio que da validez a las directivas de quienes tienen el monopolio de la fuerza en una sociedad provee –a través de esas directivas– una justificación que es concluyente, cualquiera que sea su relación con principios morales; por lo tanto, ese juicio justificatorio básico de las prescripciones positivas no debe, para esta posición, ser confundido con aquellos principios morales y debe ser distinguido como un juicio estrictamente jurídico.

El porqué de esa falta de integración entre el principio que da autoridad a quienes emiten directivas respaldadas por el monopolio de la coacción y otros principios justificatorios de índole

moral puede variar según el autor: hay algunos que piensan que ese principio es objetivo, mientras que los principios morales son subjetivos; otros piensan que unos y otros se refieren a materias totalmente diferentes; otros aun suponen (como lo sugiere el mismo Carrió), que hay ciertos roles, como el del juez, que están sometidos necesariamente al principio que otorga validez al orden coactivo y que excluyen la consideración de otros principios justificatorios; por último, hay autores que opinan que uno y otros principios son aplicables a las mismas situaciones, proveyendo una justificación jurídica y otra de índole moral que pueden tener sentido contrapuesto, sin que haya criterios para decidir entre ellas. El positivismo ideológico (en una segunda aproximación que evita la falacia naturalista presuponiendo que hay una premisa mayor de índole normativa que hace de puente entre la descripción de los dictados de la autoridad y las conclusiones justificatorias a partir de ellos), es precisamente la posición que cree en un principio normativo que da fuerza justificatoria a cualquier prescripción de quien detenta la coacción estatal, con independencia de cómo el contenido de esa prescripción es valorado por principios morales.

Ninguna de las razones para apoyar la falta de integración entre el principio que da validez a las prescripciones positivas y los principios morales es suficientemente convincente: en primer lugar, como vimos, aquel principio comparte con éstos una serie de propiedades formales. En segundo término, no hay que confundir la objetividad de las prescripciones positivas con la objetividad del juicio que les da validez; hay tanto o tan poco fundamento para atribuir a este último objetividad, como lo hay para asegurarles objetividad a los principios considerados morales. En tercer lugar, sólo en un sentido muy restringido de "moral" habría una cesura entre las materias que tratan los principios de esta índole y la que trata el principio de validez jurídica; por cierto que hay principios valorativos o morales, en un sentido amplio, acerca de cuál es el contenido admisible de las directivas formuladas por quien tiene el monopolio de la coacción estatal y de los límites apropiados del ejercicio de esa coacción. En cuarto término, cuando se dice que los jueces deben restringirse a aplicar las prescripciones positivas sin valorar su contenido según principios morales se está formulando un juicio valorativo o moral basado, por ejemplo, en el valor moral del juramento judicial o en los beneficios para la sociedad de un Poder Judicial

autolimitado (dicho sea de paso, cuando Carrió sostiene que en el diseño del derecho que debería ser se tienen que tomar en cuenta no sólo principios morales ideales sino también valoraciones de la moral positiva, está formulando también un juicio perteneciente a una moral ideal). Finalmente, resultaría muy extraño que nuestro razonamiento práctico se haya desarrollado de tal modo que incluya razones justificatorias de carácter tan distinto que cuando están en conflicto no haya forma de decidir entre ellas: si fuera así, habría situaciones en que sabríamos que el comportamiento es, por ejemplo, jurídicamente legítimo y moralmente ilegítimo y todavía cabría la pregunta de si debe o no hacerse (¿cuál sería el sentido del "debe" en este caso?). Por otra parte, dudo mucho que pensadores como Carrió nieguen que *en algún caso* la inmoralidad del contenido de una norma pueda contrarrestar su validez jurídica, de modo que los jueces deban desconocerla (pensamos en las leyes raciales nazis), con lo cual esta posición se reduce a asignar un peso muy grande al principio que da validez a las normas positivas y no supone que haya una brecha insalvable con los (restantes) principios morales.

f) La alternativa es reconocer llanamente que el principio que estipula que deben ser obedecidas y aplicadas las prescripciones originadas en quienes tienen el cuasi monopolio de la fuerza es un principio moral. Esto implica que este principio puede defenderse sobre la base de razones más básicas de esa índole (como las de seguridad y previsibilidad que sugiere Carrió) y que debe integrarse en un mismo sistema con otros principios morales. Esta integración supone que el principio que da validez (moral) a las normas positivas por su origen puede sufrir limitaciones o excepciones sobre la base de principios morales que valoran las prescripciones por su contenido (ver ensayo V). Como acabo de decir, creo que todos los juristas sensatos, y en primer lugar Carrió, admiten esto último y la única diferencia puede estar en el grado de disvalor por el contenido que se exige para contrarrestar la validez de origen. Es posible que, aun admitiendo que la validez de origen sea de tipo moral, se le asigne un peso tan grande *vis à vis* la validez de contenido como el que parece asignarle Carrió. Creo que es infundado el temor de que si se reconoce que la aceptación de las normas jurídicas se apoya en razones morales, entonces se decidirá aplicar o no aplicar cada norma sobre la base de la adecuación valorativa de

su contenido: precisamente, las razones morales de seguridad en que se funda ese temor hacen que no sea moralmente debido aceptar una norma moderadamente injusta cuando su origen es legítimo desde el punto de vista moral (ver ensayo V). (Este conflicto puede presentarse como una tensión entre razones jurídicas y razones morales, pero aquí "razones jurídicas" alude a razones morales relativas al origen de una directiva.)

Si se acepta este enfoque, resulta que la fuerza justificatoria que tiene un enunciado del tipo "el derecho dispone que el homicidio es punible", cuando es usado por un juez como razón de su decisión, está dada no sólo por el hecho de que deriva de un enunciado descriptivo de lo que cierta autoridad ha prescripto, sino también de un principio moral que confiere a un individuo esa autoridad y da validez a sus directivas (ver ensayos III y VII). Este tipo de enunciados, a los que he denominado "de adhesión normativa" y con los que a veces se identifican las normas jurídicas, son una *especie* de juicios morales. Pero, como una subclase de un cierto género es legítimo distinguir estos enunciados, denominándolos "jurídicos" y contrastándolos con los *demás* juicios morales, que disponen directamente lo que debe hacerse, en lugar de hacerlo indirectamente al dar validez a las prescripciones de cierta autoridad.

g) Si este tipo de juicio de adhesión normativa emplea en forma directa el concepto de derecho (como en el ejemplo "el derecho dispone que el homicidio es punible"), es razonable suponer que es este concepto el que le da al enunciado de carácter normativo que lo habilita para poseer la fuerza justificatoria transmitida por el principio moral del cual deriva. Se trata entonces de un concepto normativo de derecho –que identifica estándares con validez o fuerza obligatoria moral– como el que los iusnaturalistas propugnan.

Pero por cierto que un juez o un jurista, en su tarea de reformular el orden jurídico, no necesitan emplear la expresión "derecho" en la formulación de sus juicios de adhesión normativa. Puede emplear el término "derecho" en la formulación de las premisas *descriptivas* de su razonamiento normativo (aludiendo a las reglas efectivamente reconocidas) y expresar, en cambio, los juicios de adhesión normativa que son conclusión de ese razonamiento por medio de otra expresión –como, simplemente, la de "derecho válido"–. De este modo, contrariamente a la tesis que me atribuye Carrió, un juez o un jurista pueden realizar

su tarea normativa manteniéndose fieles a la actitud positivista de emplear un concepto descriptivo de derecho.

Pero si el juez o el jurista deciden emplear un concepto normativo de derecho no enfrentarán por ello ninguna desventaja, salvo, a veces, la de una formulación más engorrosa, ya que los enunciados que emplean un concepto son traducibles a enunciados que emplean el otro. No parece ser cierto, por ejemplo, que el empleo de un concepto normativo de derecho impida la crítica de los jueces que no aplican el derecho existente: bajo este concepto, la expresión "derecho existente" es traducible aproximadamente por "lo que la mayoría de los órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal considera que es derecho (o sea lo que esa mayoría cree que son estándares que deben moralmente aplicar en sus decisiones)". Esta descripción lo es de un hecho perfectamente objetivo y en su identificación no intervienen "las apreciaciones éticas subjetivas del crítico de turno"; tomando en cuenta tal descripción podemos, por supuesto, criticar al juez que se desvía de esa práctica mayoritaria (así como podemos criticar, si cabe, a la mayoría de los jueces por apartarse de las convicciones de la moral positiva, como sugiere Carrió). También podemos detectar las lagunas, contradicciones e imprecisiones en lo que los jueces consideran derecho, o sea los estándares que ellos creen que deben aplicar.

Si la diferencia entre el positivismo y el iusnaturalismo se reduce meramente a la cuestión de si la expresión "derecho" debe usarse en una premisa descriptiva del razonamiento de jueces y juristas o en su conclusión normativa, esa diferencia se nos presenta lo suficientemente nimia –no obstante el lúcido intento de Carrió de mostrar lo contrario– como para ser zanjada mediante un armisticio ecuánime que asigne a cada concepto de derecho un campo de aplicabilidad diferente.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1975.

— *Normative Systems*, Wien-New York, 1971.

— *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1970.

Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, Blackfriars, 1966.

Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1971.

Bacigalupo, Enrique, *Algo más sobre la derogación de la legislación de un gobierno de facto*, *ED*, 49-989.

— *Validez de las normas del gobierno de facto después de la elección de las autoridades constitucionales*, *ED*, 48-869.

Benn, S. I. y Peters, R., *Social Principles and the Democratic State*, London, 1977.

Bidart Campos, Germán J., *Actos legislativos del Poder Ejecutivo de facto después de instalado el gobierno de iure: su derogación*, *ED*, 49-895.

— *Gravedad institucional en el Poder Judicial (remociones, nombramientos y jubilaciones)*, *ED*, 50-613.

Bond, E. J., *Reason and Value*, Cambridge, Mass., 1983.

Bulygin, Eugenio, *Sentencia judicial y creación de derecho*, *LL*, 124-1307.

— *Sobre la regla de reconocimiento*, en "Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja", Bs. As., Astrea, 1976.

— *Time and Validity*, en "Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems", Amsterdam-New York-Oxford, 1982.

Bulygin, Eugenio, Farrell, Martín D., Nino, Carlos S., Rabossi, Eduardo A., comps., *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro L. Carrió*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.

Carrió, Genaro R., *Legal Principles and Legal Positivism*, Bs. As., 1971.

— *Professor Dworkin's Views on Legal Positivism*, en "Indiana Law Review", 1979-80, vol. 55, nº 2.

— *Sobre el concepto de deber jurídico*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.

— *Sobre la legislación "in extremis" de los gobiernos de facto*, *ED*, 50-129.

— *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Bs. As., Astrea, 1973.

Daniels, Norman, comp., *Reading Rawls*, Oxford, 1975.

Davidson, Donald, *Actions, Reasons and Causes*, en White, A., ed., "The Philosophy of Action", Oxford, 1968.

— *Intending*, en "Essays on Actions and Events", Oxford, 1982.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977.
Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.
Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Bs. As., Tea, 1958.
Garzón Valdés, Ernesto, *Algunos modelos de validez normativa*, en "Revista Latinoamericana de Filosofía", Bs. As., diciembre de 1976.
Greenawalt, K., *Policy, Rights and Judicial Decisions*, en "Georgia Law Review", septiembre de 1977, vol. 11, nº 5, p. 991.
Grice, G. R., *Motive and Reason*, en Raz, J., ed., "Practical Reasoning", Oxford, 1978.
Guibourg, Ricardo A., *La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió".
Hare, R. M., *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, Norman, comp., "Reading Reawls", Oxford, 1975.
— *The Language of Morals*, Oxford-New York, 1964; Oxford, 1972 (versión castellana *El lenguaje de la moral*, tr. G. R. Carrió y E. A. Rabossi, México, Unam, 1975).
Harman, Gilbert, *The Nature of Morality*, New York, 1977.
Harris, J. W., *When Does the Grundnorm Change?*, en "Cambridge Law Journal", 29 (1971).
Hart, H. L. A., *Self-Referring Laws*, en "Festkrift Tillägnad Karl Olivecrona", Estocolmo, 1964.
— *The Concept of Law*, Oxford, 1961 (versión castellana, *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963).
Hodgson, D. H., *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, 1967.
Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1964.
Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, 4ª ed., New York, 1961.
— *Law and Logic*, en "Philosophy and Christianity", Amsterdam, 1965.
— *Pure Theory of Law*, 2ª ed., 1967.
— *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960; 2ª ed., 1967.
— *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Maynez, México, 1979.
— *Teoría pura del derecho*, tr. de la 2ª ed., orig. R. V. Vernengo, México, 1979.
Kenny, A., *Practical Reasoning and Rational Appetite*, en Raz, Joseph, ed., "Practical Reasoning", Oxford, 1978.
Locke, Don, *Beliefs, Desires and Reasons for Action*, en "American Philosophical Quarterly", July 1983, vol. 19, nº 3.
Maier, Julio B. J., *Función normativa de la unidad*, Bs. As., Depalma, 1980.
Nagel, Thomas, *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1971.
Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980.
— *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Unam, 1974.
— *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Paidós, 1984.
— *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980; edición para España, Barcelona, Ariel, 1983.

Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.
Pincione, Guido P., *Sobre el "status" cognoscitivo de las teorías generales del derecho*, en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Bs. As., 1981, nº 1.
Puchta, Georg F., *Outlines of the Science of Jurisprudence*, tr. W. Hastie, Edinburgh, 1887.
Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971.
Rayces, Federico, *Base jurídica de los gobiernos de facto*, Bs. As., 1963.
Raz, Joseph, *Autoridad y consentimiento*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.
— *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en "American Journal of Jurisprudence", 19 (1974).
— *La autoridad del derecho*, tr. R. Tamayo, México, 1982.
— *Legal Positivism and the Sources of Law*, en "The Authority of Law".
— *Legal Principles and the Limits of Law*, en "Yale Law Journal", 823 (1972).
— *Legal Reasons, Sources and Gaps*, en "The Authority of Law".
— *Legal Validity*, en "The Authority of Law".
— *Practical Reasons and Norms*, London, 1975.
— *Social Rules and Legal Theory*, en "Yale Law Journal", 81 (1972).
— *The Authority of Law*, Oxford, 1979.
— *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970.
Raz, Joseph, ed., *Practical Reasoning*, Oxford, 1978.
Richards, David A. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.
Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, tr. G. R. Carrió y O. Paschero, Bs. As., Centro Editor, 1969.
— *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963.
— *Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional*, en "El concepto de validez y otros ensayos".
Sartorious, R., *Social Policy and Judicial Legislation*, en "American Philosophical Quarterly", 151 (1971).
Simmonds, N. E., *The Nature of Propositions of Law*, en "Rechtstheorie", Berlin, 15 (1984), p. 96.
Suárez, Francisco, *De legibus*, Madrid, 1968.
Valiente Noailles, Carlos, *Manual de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., Fondo de Obras Jurídicas (FOJ), 1970.
Warnock, G. J., *The Object of Morality*, London, 1971.
Wasserstrom, Richard J., *The Judicial Procedure*, Stanford, 1961.
White, A., ed., *The Philosophy of Action*, Oxford, 1968.
Wright, Georg Henrik von, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1970.
— *Normas de orden superior*, en Bulygin, Farrell, Nino, Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.
— *Norms, Truth and Logic in Practical Reason*, Oxford, 1983.

---

15. Nino.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE AUTORES Y TEMAS

Los números remiten a páginas

A

Alchourrón, 14 nota, 15, 44 n, 57, 59, 105 n, 121, 134, 142, 157, 165 n.
análisis conceptual, 197, 202.
Aquino, Tomás de, 8, 110.
"Aramayo", 93 n, 94 n.
Aristóteles, 110.
Austin, 112, 147.
autoridad científica, jurídica y moral, 119.
autorreferencia, 69 y ss., 215.

B

Bacigalupo, 93 n.
Benn y Peters, 132.
Bentham, 147.
Bidart Campos, 93 n.
Bond, 128.
Bouzat, 94 n.
Bulygin, 14 n, 15, 37, 39, 44 n, 57, 72, 79 y ss., 80, 81 n, 87, 105 n, 157, 163, 192.

C

Carrió, 42 y ss., 65, 66, 68, 92, 148 n, 153 n, 155 n, 165 n, 209 y ss.
causalidad, principio de, 18.
ciencia jurídica, 19, 26, 29, 41, 169.
cláusula alternativa tácita, 32.
Código Civil, 37.
competencia jurídica, 34, 41 y ss., 62.
conceptos dispositivos, 151.
conflictos entre normas de diferente nivel, 29 y ss.
constitución, 37, 92, 94.
contradicciones, 5, 21, 159, 184.
contratos, respaldo coactivo de los, 203.
cosa juzgada, 36.
costumbre jurídica, 147.

D

Davidson, 126, 131.
deber ser objetivo, 38.
decisiones judiciales, 31, 35.
democracia, justificación de la, 94 y ss.
derecho
  concepto descriptivo de, 161, 166, 168, 180, 185 y ss.
  concepto normativo de, 161, 166, 168, 182, 187 y ss., 220.
  conceptos de, 3, 4, 161, 168, 175.
derechos básicos, 99, 100, 101.
derivación dinámica de normas, 73, 79 y ss.
derogación de normas, 105.
deseos como razones, 128.
dilema de los prisioneros, 203.
discreción judicial, 150 y ss., 157 y ss.
discursos jurídicos, 3.
división de poderes, 101.
Dworkin, 5, 24, 101, 102, 145 y ss., 179, 182, 183.

E

"entrecomillado", lenguaje, 12, 50, 161, 180, 210, 212.
esencialismo conceptual, 175 y ss.

F

falacia naturalista, 45, 51, 53, 61.
Finnis, 178, 189 y ss.
Fornieles, 111.
funciones del derecho, 202.

G

Garzón Valdés, 52.
gobiernos *de facto*, 89 y ss., 98 y ss.
Grice, 126, 128 n.
Guibourg, 72, 73, 87, 193.

H

Hare, 13 n, 112, 113, 115, 122, 132, 161, 180.
Harman, 117, 127.
Harris, 16, 18, 21, 22, 91.
Hart, 15, 52, 71, 74, 80, 112 n, 134, 147, 148, 150, 152, 155, 156, 162 y ss., 175 y ss., 190, 197 n, 199, 211.
Hodgson, 203.
Hume, 47, 52, 87, 92.

I

inconstitucionalidad, 37.
iusnaturalismo, 5, 170 y ss., 209, 221.

J

Jiménez de Asúa, 93 n.
juicios
  de adhesión normativa, 5, 86, 140, 217, 220.
  jurídicos de diferentes especies, 2, 159, 182, 213.
  morales, 57, 140, 154, 211, 217.
  valorativos, 57, 60, 112, 114, 117, 131, 140, 172.
justicia procesal, diversas formas de, 96 y ss.
justificación jurídica, 47, 63, 86, 91.

K

Kant, 110, 120, 147, 199.
Kelsen, 6, 7 y ss., 29 y ss., 41, 56, 82, 89 n, 109, 147, 148, 168, 169, 183, 188, 192, 194 n, 198, 201, 202, 211, 216.
Kenny, 129, 130 n.

L

lagunas, 5, 151, 157, 184.
liberalismo económico, 206.
Locke, 126.

M

Maier, 198 n.
motivo, concepto de, 126.

N

Nagel, 126, 132.
Nino, 75, 77, 96, 97 n, 117 n, 131, 160 n, 169 n, 203, 207 n, 215.
norma
  básica, 12, 19, 182, 216.
  jurídica
    como razón justificatoria, 55, 113, 183.
    conceptos de, 5, 57, 123, 134 y ss.
    diferentes concepciones, 57.
normas
  autocráticas, 95 y ss., 97.
  de competencia, 44, 199.
  de facto, 89 y ss., 102.
  derivadas, 77.
  jurídicas
    comparación con órdenes y juicios de valor, 113 y ss., 217.
    criterios de individualización y clasificación, 201.
  originarias, 77, 87.
    permisivas, 44.
  normativismo, 5, 170.
  nulidad, 31 y ss., 197 y ss.

O

órdenes, 113 y ss.
órganos soberanos, 42 y ss.

P

paradoja del prólogo, 76.
pertenencia de una norma a un sistema, 12, 80, 163.
Pincione, 194 n.
poder, concepto de, 45, 92.

poder, constituyente originario, 52 y ss., 61.
positivismo
  ideológico (seudopositivismo), 23, 62 y ss., 218.
  jurídico, 5, 20, 145 y ss., 161, 165 y ss., 170 y ss., 181 y ss.
prescripciones, 109, 215.
principios, 149 y ss.
proposición anankástica, 200.
Puchta, 8.
punto de vista interno, 163, 177, 189, 210.

R

Rawls, 67 n, 96 n, 132, 167.
Raz, 14 n, 15 n, 16, 17, 18, 26, 66, 95, 116, 117 n, 118, 119, 125, 128, 129.
razón para actuar, diversos conceptos de, 125 y ss., 130 y ss.
razonamiento
  jurídico, 47, 48, 52 y ss., 86, 137 y ss., 215.
  práctico, 136 y ss., 140, 143, 220.
razones justificatorias, 5, 59, 60, 110, 116, 119, 126, 129, 132 y ss., 217.
  rasgos formales de las, 167, 184, 213, 217.
realismo jurídico, 5, 176.
regla de reconocimiento, 150, 152, 156, 162.
reglas técnicas, 192.
Richards, 117 n, 132, 135, 184, 214.
Robles, 199 n.
Rosenkrantz, 94 n.
Ross, 20, 23, 70, 82, 95.

S

Sartorious, 153 n.
seudopositivismo. Ver *Positivismo ideológico*.
Simmonds, 140.
Suárez, 8.

U

utilitarismo, 203.

V

vaguedad, 159.
validez
  juicios de, 4, 5, 11, 35, 86, 106, 109 y ss.
  jurídica, conceptos de, 7 y ss., 19, 29, 39, 40, 91.
  modalización temporal, 80.
Valiente Noailles, 91 n.
Vernengo, 33.

W

Warnock, 214.
Wasserstrom, 155
Wright, von, 39, 58, 134, 198, 199, 200.

SISTEMA BIBLIOTECARIO DI ATENEO GENOVA
00505373

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en Editorial Astrea, y la impresión se efectuó en Gráfica Minerva, Av. República 332, Ramos Mejía, prov. de Buenos Aires, en la segunda quincena de julio de 1985.