

## CAPITULO I

### NOCIONES PRELIMINARES

#### 1. **Generalidades**

Un curso de Introducción al Derecho, como su nombre lo sugiere, pretende familiarizar al estudiante con ciertos conceptos fundamentales y con cierta terminología básica que se emplea, en general, en los estudios de Derecho y también en la profesión jurídica. Asimismo, aspira a dar una visión amplia acerca de lo que versan estos estudios, la estructura de la carrera y su función, incluyendo, un análisis sobre la formación del profesional del Derecho y el rol que cumple en la sociedad. Para abordar estos temas, comenzaremos analizando los problemas que enfrentamos al intentar definir el Derecho.

#### 2. ***Dificultades Que se presentan para definir el término Derecho. Diversos significados del mismo.***

Cuando se intenta definir la palabra Derecho, nos enfrentamos de partida con diversas dificultades. En esta oportunidad, destacaremos dos de ellas: los problemas de ambigüedad y vaguedad o imprecisión, los que, según señalan los expertos en lógica, surgen casi siempre que se intenta definir cualquier término.

La palabra Derecho es ambigua. Ello implica que no tiene un solo significado, sino que varios. Pueden señalarse muchos casos de palabras ambiguas, por ejemplo, con la palabra "cabo" se puede estar haciendo referencia a un grado militar, o bien a un punto geográfico. Estos términos ambiguos, llamados también equívocos o multívocos, se distinguen y contraponen a los denominados términos unívocos, es decir a aquellos que tienen un solo significado. En otras palabras, los términos ambiguos tienen varios campos de referencia, en cambio, los unívocos poseen sólo uno.

Pero más grave que los problemas de ambigüedad de los términos, cuando se procura definirlos, es la vaguedad o imprecisión de los mismos. Se dice que un término es vago, cuando se sabe cual es su campo u objeto de referencia, es decir, cuando se conoce cual es su significado, pero éste no se encuentra delimitado con exactitud. Veamos un ejemplo: con la palabra "viejo" se está haciendo referencia a algo o a alguien que tiene "muchos años", pero este significado es aún impreciso. Así, para un niño de siete años, un hombre de cuarenta será un viejo; en cambio, una persona de ochenta, probablemente, estime que no lo es. Los ejemplos pueden multiplicarse sin dificultad alguna, pues casi todas las palabras de un lenguaje poseen esta característica. Las causas debido a las cuales una palabra es vaga son muchas y muy variadas. También el término Derecho adolece de este defecto. En cierta medida, aunque no exclusivamente, los problemas de vaguedad o imprecisión de este término provienen de las diferentes concepciones que se tienen sobre él. Trataremos este tópico más adelante.

Como puede observarse, no resulta sencillo definir el Derecho. Sólo a modo más bien anecdótico, recordemos aquella afirmación de Kant, contenida en su obra "Crítica de la Razón Pura" (1781), que sostiene: "todavía buscan los juristas dar un concepto acerca de lo que es el Derecho". Fácil resulta comprender, entonces, el motivo por el cual se han dado tantas definiciones sobre el mismo. Para intentar resolver los problemas de ambigüedad del término que nos ocupa, dilucidemos los significados más importantes que posee.

### ***3. Algunos significados del término Derecho***

La voz Derecho, proviene del término latino "directus", participio pasivo del verbo "dirigere", que suele traducirse por dirigir y también por encausar. Por tanto, haría referencia a "lo dirigido", "lo encausado". Aquí conviene recordar que para designar aquello que hoy llamamos Derecho, los romanos usaron el término "ius", el cual obviamente, tiene una raíz distinta que "directus" y también un sentido diferente, pues ius se encuentra próximo a la idea de justicia.

Destacaremos los significados más relevantes de la palabra Derecho, desde una perspectiva jurídica:

- 3.1. - La palabra Derecho entendida como Derecho objetivo.
- 3.2. - La palabra Derecho entendida como Derecho subjetivo.
- 3.3. - La palabra Derecho entendida como sinónimo de justicia y otros valores jurídicos.
- 3.4. - La palabra Derecho entendida como Ciencia del Derecho o disciplinas que estudian el fenómeno jurídico
- 3.5. - Otros significados del término.

### **3.1. La palabra Derecho entendida como Derecho objetivo**

El Derecho entendido como Derecho objetivo o Derecho en sentido objetivo lo podemos conceptualizar, a grandes rasgos, como el conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia de los hombres en sociedad. La noción de norma jurídica, por consiguiente, resulta clave para dilucidar lo que se entiende por Derecho objetivo. Sin profundizar, por el momento citaremos algunos ejemplos de normas jurídicas: la Constitución Política, las leyes, los decretos y reglamentos, las sentencias judiciales, los actos y contratos celebrados por los particulares, etc. Ahora bien, ellas no constituyen un todo disperso y sin orden, sino que por el contrario, conforman un conjunto jerarquizado y sistematizado, que se denomina ordenamiento jurídico, el cual reviste un carácter sumamente complejo, ya que se compone de numerosas normas, lo que hace difícil su conocimiento.

### **3.2. La palabra Derecho entendida como Derecho subjetivo.**

Esta acepción alude a la facultad que tiene una persona para exigir de otra el cumplimiento de un deber jurídico u obligación. Por ejemplo, el derecho que una persona tiene para transitar libremente por las calles, o para emitir libremente sus opiniones, o la facultad que corresponde al acreedor para exigir que el deudor le pague lo debido, cumpliendo así su obligación, etc.

### **3.3. Derecho como sinónimo de justicia y otros valores jurídicos.**

Muy a menudo se identifica el término Derecho con lo justo como, asimismo, con otros valores que debiera realizar, como la libertad, el bien común, etc.

La relación entre el Derecho y los valores es un tema que a lo largo de la historia del pensamiento filosófico y jurídico ha suscitado muchas discusiones. Sobre el particular, se han formulado diversas tesis y posiciones doctrinarias, pues hay quienes opinan que los valores o

bienes éticos (como se los solía denominar tradicionalmente), existen en la realidad y además son susceptibles de ser conocidos racionalmente. Otros autores y posiciones, en cambio, asumen un criterio escéptico con respecto a ellos, sobre todo en cuanto a la posibilidad de conocerlos de manera racional. Suelen afirmar que se trata, más bien, de sentimientos o creencias que, a pesar de ser muy respetables, no pueden abordarse de manera científica. Dan diversos argumentos en orden a sustentar sus planteamientos. Si consideramos, nos dicen, el valor justicia (que para muchos es el que principalmente debe realizar el Derecho) de inmediato nos encontramos con problemas. Así, recordando la definición tradicional de Ulpiano (jurista romano del S. III de nuestra Era) quien nos dice, según se expresa en el Libro primero del Digesto de Justiniano, que, "la justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo". Enfatizan que se trata únicamente de una definición formal y vacía, pues no señala lo que es de cada uno. Por supuesto, que esta crítica, a su vez, ha sido contestada.

#### **3.4. El Derecho en cuanto hace referencia a la ciencia del Derecho y en general a las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico.**

El Derecho puede ser estudiado desde diversas perspectivas, lo que lleva como resultado el surgimiento de diversas disciplinas, o si se quiere, de distintos saberes sobre el mismo. Así, por ejemplo, el Derecho puede ser estudiado desde una perspectiva histórica, encontrándonos, de este modo, ante la "historia del Derecho". También puede ser considerado desde un ángulo sociológico, tenemos así a la "sociología del Derecho". Asimismo, es posible efectuar una reflexión filosófica del fenómeno jurídico, encontrándonos, de esta manera, ante la "filosofía del Derecho", etc.

Además de todas las mencionadas, existen otras perspectivas de considerar al Derecho y, por tanto, otros saberes acerca de él. Pero, como abogados, nos interesa una perspectiva en especial. Aquella que lo trata desde un punto de vista exclusivamente jurídico y normativo. Cuando la asumimos, estamos ante la "ciencia del Derecho en sentido estricto", denominada también "dogmática jurídica". Ella estudia a las normas jurídicas vigentes en un país y en un tiempo determinados, en otras palabras, a las normas vigentes de un determinado ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en nuestro caso estudia a las normas jurídicas vigentes en el Ordenamiento Jurídico Chileno.

A continuación, apoyándonos en Abelardo Torr , daremos una breve definición de lo que suele entenderse por ciencia del Derecho en sentido estricto o dogmática jurídica, diciendo que "es la ciencia que estudia el Derecho o, mejor aún, la interpretación, integración y sistematización de un Ordenamiento Jurídico determinado para su justa aplicación".<sup>1</sup> Desde luego, se han dado también muchas otras definiciones tan buenas o mejores que ésta, pero no es del caso entrar en ellas por ahora. Comentemos esta definición.

1  La primera función que se le atribuye a la ciencia del Derecho en sentido estricto, es la de interpretar a las normas de un ordenamiento jurídico. De manera sintética diremos que interpretar el Derecho, o si se quiere, interpretar una norma jurídica consiste en determinar su verdadero sentido y alcance. Ahora podemos preguntarnos,  qu n puede interpretar el Derecho? Tradicionalmente se dice que esta tarea la puede realizar el legislador y el juez (artículo 3  del código civil), pero también la puede llevar a cabo la autoridad administrativa y los particulares. Claro está que la fuerza obligatoria de la interpretación es distinta según de quien emane. Así, la interpretación del legislador tiene obligatoriedad general, es decir, es obligatoria para todos; la interpretación del juez, en cambio, es obligatoria sólo para las partes que intervienen en la causa en que se dicta el fallo correspondiente; la interpretación administrativa posee, también, fuerza obligatoria, pero se encuentra subordinada a la ley y, con ello, a la interpretación legal y a las decisiones de los tribunales de justicia; la interpretación de los particulares no tiene formalmente fuerza obligatoria, pero sí posee influencia dependiendo del prestigio e importancia de los autores que la formulen.

2  Una segunda función que corresponde a la ciencia del Derecho, de acuerdo a la definición que comentamos, es la de integrar el ordenamiento jurídico. Ello significa llenar los vacíos o lagunas que el Derecho, o si se quiere el ordenamiento jurídico, puede presentar. Existe toda una discusión teórica sobre si el Derecho tiene o no lagunas, pero la opinión mayoritaria y, sobre todo, la tesis que se sigue predominantemente en nuestro país, se inclina por reconocer su existencia. Ello porque el legislador y en general los órganos y personas que dictan normas jurídicas no pueden prever todos los casos, todas las situaciones que se van a producir en la vida real. Como se ha dicho en alguna oportunidad, "la vida es más ingeniosa que el mejor de los juristas". Más aún, los rápidos avances tecnológicos y científicos hacen

---

<sup>1</sup>Torr , Abelardo. "Introducción al Derecho". Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

difícil, en la actualidad, prever todos los efectos sociales con relevancia jurídica que se pueden originar de ellos. Por ejemplo, la aviación surgió muy rápidamente a comienzos del siglo XX, como no había normas que la regularan este nuevo fenómeno, el Derecho se encontró ante un vacío que se hizo necesario llenar. De hecho, el Ordenamiento Jurídico Chileno parte del supuesto que puedan existir vacíos o lagunas en él. Para fundamentar esta afirmación, podemos mencionar a los artículos 5 del Código Civil, 10 del Código Orgánico de Tribunales y 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

3° La sistematización del Derecho es otra función que se le asigna a la ciencia jurídica. Ella consiste en introducir un orden, o si se quiere, una sistematización en las normas pertenecientes al respectivo ordenamiento, lo que facilita su comprensión e interpretación, su aplicación y, en general, su buen funcionamiento. Ahora bien, esta sistematización puede efectuarse atendiendo a diversos criterios o factores. Nosotros consideraremos los cuatro siguientes:

- a) La jerarquía.
- b) La materia
- c) Las personas.
- d) El tiempo.

a. El criterio de jerarquía. En todo ordenamiento jurídico existe siempre una jerarquía normativa, esto es, hay unas normas de rango superior y otras de rango inferior. Estas últimas deben sujetarse a las primeras, jamás infringirlas. La norma de rango superior en todo ordenamiento jurídico es la respectiva Constitución Política del Estado, a la que deben sujetarse el resto de las normas, pues en ella encuentran lo que se denomina su "fundamento de validez". Asimismo, todo ordenamiento jurídico contempla mecanismos para hacer respetar, y con ello salvaguardar, este principio de la jerarquía.

b. La materia. Otro factor o criterio para sistematizar el Derecho viene dado por la materia que regulan las normas jurídicas. A ellas, o lo que es lo mismo al Derecho, les corresponde regular los más diversos aspectos, o sectores, de la vida humana en sociedad. Estos sectores de la vida social constituyen la materia regulada por el Derecho. Así por ejemplo, hay materias que son propias del funcionamiento del Estado y sus instituciones, como es el caso, entre otros, el de la determinación de cuáles son las autoridades superiores del mismo, cómo

se elige al Presidente de la República, cuáles son sus atribuciones etc. También pueden señalarse, siempre sólo a vía de ejemplo, materias relativas a las actividades realizadas entre particulares, como es el caso de la compra de una casa que una persona le hace a otra. De este modo, de acuerdo a la materia que regula el Derecho puede dividirse en dos ramas fundamentales. Ellas son el Derecho público y el Derecho privado. Cada una de éstas a su vez, se vuelve a subdividir en disciplinas como el Derecho constitucional, el Derecho administrativo, el Derecho penal etc., para el ámbito del Derecho público. A su vez, en el campo del Derecho privado encontramos al Derecho civil, al Derecho comercial, al Derecho de minería etc. Así entonces, se ordenan y sistematizan las diversas ramas y disciplinas del Derecho de acuerdo a la materia. Conforme a ella, también, podemos observar que hay ciertas normas o leyes que tienen un carácter más general, que se distinguen de otras que son más específicas o especiales. Las primeras regulan una amplia gama de casos de la vida social, como por ejemplo todas las relaciones económicas entre particulares, la forma como en general se transfiere la propiedad de las cosas etc. Las segundas, en cambio, regulan un sector más acotado y específico de esa vida social, como por ejemplo, la minería, el ámbito laboral etc. Cuando más adelante profundicemos con mayor detalle estos temas, destacaremos que la ley o norma especial prevalece siempre, para el caso que exista contradicción, sobre la ley o norma general. Este principio, que se conoce bajo el nombre de principio de la especialidad, se encuentra consagrado entre nosotros en los artículos 4 y 13 del Código Civil.

c. Las personas sujetas a regulación por las normas jurídicas constituyen también otro factor sobre la base del cual éstas se ordenan o sistematizan. En la actualidad, dado que se acepta ampliamente la vigencia del principio de igualdad ante la ley, este factor tiene menos importancia que antaño, pero siempre se continúa considerando pues es imposible que desaparezca del todo, ya que en muchos casos se hace necesario regular de manera distinta la situación de ciertos grupos de personas, como por ejemplo es el caso de los menores, los minusválidos y otros. Claro está, que las diferencias que se establezcan no deben ser arbitrarias.

d. El criterio de la temporalidad se emplea también para sistematizar u ordenar a las normas jurídicas. Desde antiguo ha resultado obvio ordenar a las leyes y demás normas

jurídicas atendiendo a la fecha en que se promulgan, publican o entran en vigencia. Así ocurre en nuestro país donde las leyes se numeran conforme a este criterio temporal. Resulta conveniente destacar desde ya que, de acuerdo a este principio, las normas o leyes posteriores en el tiempo priman sobre las anteriores en caso de contradicción, cuando ellas son de la misma jerarquía.

4°.- Además, la definición que analizamos nos indica que todos las tareas anteriores, esto es, las de integrar, interpretar y sistematizar las normas de un ordenamiento jurídico, se realizan con la finalidad de aplicar esas normas. Es decir, de llevarlas o referirlas a los casos concretos de la vida en sociedad, con la finalidad de resolver los problemas que en ella se presentan.

5°.- Por último, la definición añade que la aplicación de las normas jurídicas debe ser justa. Es decir, cada vez que el Derecho se aplica debe cumplirse con el valor justicia. Esta idea que, en general, es compartida y aceptada, sólo debe matizarse con la prevención de que hay algunos autores, por ejemplo Jorge del Vecchio, que sostienen que el tema de la justicia no es asunto del que debe ocuparse la ciencia del Derecho en sentido estricto, sino que la filosofía del Derecho.

### **3.5 Otros significados del término Derecho.-**

Además de los significados, en el ámbito jurídico, que hemos destacado de la palabra Derecho, ella posee todavía, en este mismo campo otras acepciones. Algunas de las cuales podemos mencionar a vía de ejemplo, como es el caso en que se la emplea como sinónimo de impuesto, se suele decir que el derecho de internación de tal mercadería asciende a cien mil pesos; o bien cuando se la utiliza para expresar que se obró sujetándose a la ley y, en general, a las normas jurídicas vigentes, es frecuente decir que se obró conforme a Derecho etc. Por último, conviene no olvidar que esta palabra posee también otros significados que no son jurídicos, de los que aquí no nos ocuparemos, por ejemplo, cuando se dice que un árbol crece derecho, o que ese camino va derecho a tal parte etc.

## **4. Algunas Definiciones de Derecho**

Considerando los problemas de ambigüedad y vaguedad que presenta el término Derecho, más todos los otros que a partir de éstos surgen, no es de extrañar que se hayan formulado por los diversos autores que se han ocupado del tema, muchísimas definiciones

del mismo. Tantas que se han contado más de un centenar, claro está, que sólo algunas de ellas son sustancialmente diferentes entre sí, otras, en cambio, más bien presentan sólo variaciones terminológicas. En efecto, centrándonos sólo en las cuestiones de ambigüedad, se comprende con facilidad que no resulta sencillo elaborar una definición que incluya a todas las acepciones o significados de la palabra Derecho. Pasando ahora a los problemas de vaguedad de esta palabra, nos encontramos con que existen muchas concepciones acerca del Derecho, desde cada una de las cuales se suele elaborar un concepto o definición sobre el mismo; a ello se suele agregar la afirmación que sostiene que el Derecho es un fenómeno muy cambiante, que varía de un tiempo a otro y de un lugar a otro, lo que es Derecho en una época determinada no lo es en otra, lo que es Derecho en un país no lo es en otro, algo tan mutable, se dice, es muy difícil de definir. Obviamente, no podemos entrar a exponer y a analizar todas las definiciones de Derecho que se han propuesto, por ello nos limitaremos a considerar sólo las cuatro siguientes.

#### **4.1 La definición de Derecho propuesta por Abelardo Torr .**

"El Derecho es el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social."<sup>2</sup>

Esta definición lo que conceptualiza es el Derecho objetivo, entendiéndolo como un conjunto de normas. Como puede apreciarse, Torr  enfatiza en que se trata de un sistema, lo que implica que nos encontramos ante un conjunto ordenado de reglas, no ante uno desordenado y asistemático, constituyendo lo que se denomina un ordenamiento jurídico. Por otra parte, conviene tener presente que ya hemos hecho referencia a cuáles son los principales factores o criterios que se utilizan para ordenar o sistematizar a las normas jurídicas.

Este autor agrega que las normas que conforman el Derecho son coercibles. Esto significa que para el caso que no se cumplan conllevan una determinada consecuencia que es la sanción, lo que implica que son susceptibles de ser aplicadas mediante la fuerza respaldada por el poder del Estado. Esta característica de ser coercibles, o si se quiere de la coercibilidad, es una, entre varias, que le da la condición de jurídicas a las normas a que ahora hacemos referencia, distinguiéndolas de otras como las morales, las de cortesía o las religiosas.

---

<sup>2</sup> Torr , Abelardo "Introducción al Derecho". Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.

Por último, Torr  nos señala que la finalidad del Derecho consiste en regular o regir la convivencia social.

#### **4.2 Definición de Derecho según Francisco Carnelutti.**

Este autor, importante procesalista italiano de la primera mitad del siglo XX, dice que "Llamamos Derecho al conjunto de mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (Estado), la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros."<sup>3</sup> Ahora bien, este jurista insiste en que el conjunto de mandatos jurídicos que conforman el Derecho constituye un conjunto ordenado, lo que el mismo denomina un sistema. Destaca, además, que estos mandatos se encuentran destinados a resolver y armonizar conflictos de intereses dentro de un grupo social. Por todo lo anterior, se puede decir también, que el "Derecho, para nuestro autor, es un sistema de mandatos destinados a armonizar y resolver los conflictos de intereses entre los miembros de un grupo social".

En términos generales, podemos afirmar, que la definición propuesta por Francisco Carnelutti no es substancialmente diferente a la formulada por Torr . Ambas, en el fondo, lo que definen es al Derecho objetivo. Hay, no obstante, una diferencia terminológica, pues Torr  emplea la palabra norma, Carnelutti, en cambio, el vocablo mandato. Pero al parecer a esos términos distintos les est n atribuyendo el mismo significado: el de norma jurídica.

Para ambos también, el Derecho es un sistema, vale decir, un conjunto ordenado de normas.

La finalidad del Derecho, para estos autores, es la misma: "regula o rige la vida social". La diferencia se encuentra en que Carnelutti es más específico, pues señala que dentro de la vida social, el Derecho lo que hace es armonizar y resolver conflictos de intereses. En verdad, parece tener razón, porque si se observa como funciona el Derecho en la práctica, la tarea que lleva a cabo es la de armonizar y resolver todo tipo de conflictos de intereses, lo que a menudo resulta bastante difícil. Estos intereses pueden ser de distinta naturaleza, a veces tienen un carácter económico, como es el caso en que una persona no le paga a su acreedor una suma de dinero que le adeuda; pero en otras ocasiones se trata de intereses donde se encuentran implicados valores personales o sociales, como el honor, la libertad, la seguridad de las personas, su integridad física etc.

---

<sup>3</sup> Carnelutti, Francesco, "Instituciones del Proceso Civil", Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

### 4.3 Definición de Derecho según Oliver Wendell Holmes.

Oliver Wendell Holmes fue un importante jurista y magistrado norteamericano de fines del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX. Asimismo, fue uno de los máximos representantes de una tendencia con respecto al Derecho denominada realismo jurídico. Específicamente, perteneció al que se conoce bajo el nombre de realismo jurídico norteamericano. Desde esta perspectiva realista formula su definición de Derecho, diciendo que, "las predicciones de lo que los tribunales harán en cada caso y no otra cosa más ambiciosa es lo que yo entiendo por Derecho".<sup>4</sup> En otros términos, el autor que ahora consideramos, afirma que es Derecho aquello que hacen los tribunales, o si se quiere los jueces, reflejando así de manera bastante fiel una concepción realista sobre lo jurídico. En efecto, el realismo jurídico pretende elaborar una doctrina acerca del Derecho construida sobre bases exclusivamente empíricas, es decir, fundamentada únicamente en hechos. En esto se diferencia respecto de otras doctrinas como la iusnaturalista (para la cual el Derecho está constituido fundamentalmente por un conjunto de valores como la justicia y otros) y la positivista (para la cual el Derecho se encuentra conformado fundamentalmente por normas). Ahora bien, podemos preguntarnos ¿de qué hechos se compone el Derecho según los realistas? La respuesta genérica que se puede dar a esta interrogante nos dice que se conforma por un conjunto de hechos realizados por ciertas personas que operan con él, o, si se quiere, que lo manejan, como es el caso de los jueces, de los abogados o de los funcionarios del Estado. Para Wendell Holmes los hechos determinantes para conceptualizar lo que es el Derecho, son aquellos que realizan los tribunales, es decir, los jueces. Más adelante veremos con algo más de detalle, y con algunas críticas, varios de los tópicos a que aquí hemos hecho referencia sólo de manera muy general.

### 4.4 Definición de Derecho según Rodolfo Stammler.

Este iusfilósofo alemán (1856-1938), nos dice que, "El Derecho es un querer (o voluntad) entrelazante, autárquico e inviolable"<sup>5</sup>. De inmediato haremos presente que el autor que ahora consideramos, pretende formular una definición de Derecho que comprenda más aspectos o dimensiones de éste que la del solo Derecho objetivo, como es el caso de las otras definiciones que hasta aquí hemos analizado. Con ella, aspira a proporcionar un concepto de Derecho (concepto al que distingue, según veremos, de la idea de Derecho), que elabora

---

4 Holmes, Oliver Wendell. "La Senda del Derecho", Buenos Aires, 1959.

5 Stammler, Rodolfo. "Tratado de Filosofía del Derecho". Editorial Nacional, México, 1980.

sobre la base de ubicar a éste de manera precisa en un determinado sector del Universo, en la forma que ahora pasamos a explicar.

1º El Derecho es un querer, o lo que es lo mismo una voluntad. Con esta palabra, querer o voluntad, nos está indicando que el Derecho no pertenece al ámbito de la naturaleza física, sino que al campo de la dimensión espiritual del hombre, allí donde actúa su voluntad, la que por esencia es libre. Es importante recalcar esta última idea, porque lo específico y determinante en el obrar humano y en el campo de las relaciones humanas es, en su opinión, la participación de la voluntad del hombre que es por antonomasia libre. Afirma que a contrario del mundo de la naturaleza física que se encuentra determinado por leyes causales necesarias, que hacen que los fenómenos que en él ocurren no puedan suceder de manera distinta, en el ámbito de lo espiritual humano, donde impera la voluntad libre del hombre, este decide y determina sus acciones. Lo que tiene enorme trascendencia, ya que al ser libre se hace responsable de las mismas. Esta responsabilidad le acarrea ciertas consecuencias, por ejemplo, alguna recompensa o premio si actúa bien, o, alguna sanción o castigo si actúa mal o incorrectamente. Si el hombre no fuese libre, no tendría sentido premiarlo o sancionarlo por sus acciones.

Pero todavía, debemos precisar más cuál es el rol que la voluntad desempeña dentro de la concepción iusfilosófica de Stammler. Desde luego, como se señaló, la voluntad forma parte de la dimensión espiritual del hombre. Pero no toda la dimensión espiritual del hombre se agota en la voluntad, además de ella, el ser humano posee como un instrumento de su espíritu a aquello que nuestro autor denomina "percepción". Esta, capta al mundo, y a las cosas que hay en él, mediante el principio de causalidad, la voluntad, en cambio, lo ordena y explica teleológicamente, es decir, en consideración a ciertos fines que se propone el querer humano y, con ello, el obrar del hombre. En el ámbito de la causalidad, esto es, de aquella realidad que se explica mediante causas, la libertad no existe; la hay, en cambio, en aquella otra que se explica en consideración a los fines, la que se encuentra conformada, como se dijo, por las acciones que el hombre realiza fundándose en su voluntad libre.

2º El Derecho es entrelazante. Con el término entrelazante, o vinculante, Stammler quiere significar que dentro del ámbito de la voluntad, y del obrar que surge de la voluntad, el Derecho se encuentra ubicado en un sector especial de la misma. La voluntad, nos agrega,

puede considerarse desde dos perspectivas distintas. Una, que mira hacia el interior del hombre mismo, sin considerar a las demás personas; el hombre se vuelca sobre sí mismo, sin considerar a los otros, ni relacionarse con ellos. La otra, que se vincula y relaciona con los demás hombres, que se ubica en el ámbito de lo social. La primera, la voluntad volcada sobre el interior del hombre, que considera a éste aisladamente, da origen, de acuerdo a este iusfilósofo, a la moral. La segunda, que se vuelca hacia los demás hombres, hacia lo social, da origen a las normas que regulan la convivencia humana. Entre éstas se encuentran el Derecho, es decir las normas jurídicas, y los convencionalismos sociales. Lo que aquí conviene tener presente es que, en esta voluntad que se dirige hacia lo social, hacia los demás hombres, se asienta el Derecho. Ahora bien, luego de distinguir de esta manera al Derecho de la moral, nuestro autor, pasa a distinguirlo también de los usos sociales o reglas sociales (las reglas de cortesía). Debiendo destacarse, que las normas que encausan las conductas externas de los hombres, están compuestas de las dos mencionadas categorías, el Derecho y los usos sociales. Esta distinción la desarrolla empleando la palabra "autárquico" para caracterizar al Derecho, del modo que a continuación pasamos a examinar.

3° El Derecho es autárquico. Con este término nuestro autor quiere distinguir el Derecho, de aquellas normas de cortesía a las que denomina usos sociales. Sostiene que las jurídicas poseen la característica de ser autárquicas, lo que significa que tienen una pretensión de validez absoluta, que se imponen incondicionalmente por sobre la voluntad de los sujetos imperados por ellas, incluso mediante la fuerza. Las normas de cortesía, en cambio, no son autárquicas, es decir, se imponen u obligan sólo cuando son aceptadas por los sujetos imperados por las mismas. Afirma que son meras invitaciones destinadas a aceptar o realizar ciertas conductas. La crítica a Stammler sobre este particular, sostiene que los usos sociales no podrían considerarse normas si sólo constituyen meras invitaciones a asumir o realizar determinadas conductas, agregan que las normas siempre deben ser obligatorias, con independencia de la voluntad de los sujetos imperados.

4° El Derecho es inviolable. Con este término no quiere expresar que las normas jurídicas no puedan ser infringidas o violadas. Sabemos que ello ocurre en los hechos, más allá que se estime que se trata de una conducta que no debe realizarse. Stammler, quiere significar, simplemente, que el Derecho persigue evitar las conductas arbitrarias, pues aspira a realizar un valor, que es la justicia. Nótese bien, la justicia es el sentido que dirige al Derecho.

Constituye el valor que aspira a realizar. Es su ideal, o según afirma Stammler, en terminología neokantiana es la idea del Derecho, la que, como se dijo, se distingue del concepto de Derecho, aunque se encuentran vinculados. Como toda aspiración, nos señala, no se cumple integralmente. En los hechos, el Derecho sólo en parte realiza, esta idea o ideal de justicia, compara a esta última con la estrella polar que guía al navegante en su ruta, pero jamás la alcanza.

***4. Diversas concepciones sobre el Derecho. Distintas perspectivas desde las cuales puede considerarse: valor, norma, hecho. Iusnaturalismo, positivismo jurídico y realismo jurídico.***

Como ya hemos señalado con anterioridad, uno de los problemas que enfrentamos al intentar definir el término Derecho, es la característica de vaguedad que presentan todas las palabras. Aún más, uno de los numerosos factores que influyen en que la palabra Derecho sea vaga, se encuentra en las diversas perspectivas desde las cuales podemos considerar el fenómeno jurídico. A partir de ellas surgen diferentes concepciones o modos de entenderlo.

En efecto, quienes postulan que el Derecho es fundamentalmente un valor, están adhiriendo a una concepción iusnaturalista acerca de él. En cambio, es propio de las tendencias iuspositivistas, o si se quiere del positivismo jurídico, considerarlo como un fenómeno primordialmente normativo, afirmando que el Derecho es, en lo fundamental, norma jurídica. Por su parte, otras corrientes iusfilosóficas, conocidas bajo el nombre de realismo jurídico, plantean que el Derecho es básicamente un hecho.

A continuación expondremos, brevemente, las ideas centrales propuestas por cada una de las recién mencionadas corrientes filosófico-jurídicas.

**5.1 Las doctrinas iusnaturalistas sobre el Derecho.**

Estimamos que es preferible emplear el plural, o sea, hablar de doctrinas iusnaturalistas, en lugar de usar el singular de doctrina iusnaturalista. Ello porque las doctrinas que adhieren a la tesis del Derecho natural son muchas y no sólo una. A modo de ejemplo, podemos indicar que hay doctrinas iusnaturalistas antiguas, de la época de la filosofía griega clásica; existen otras propias del Derecho Romano; de la primera época del cristianismo; del cristianismo de la Edad Media, como la propuesta por Santo Tomás de Aquino (1224-1274); hay también doctrinas iusnaturalistas de carácter racional en la Edad Moderna,

principalmente en los S XVII y XVIII, baste al respecto mencionar autores como Tomás Hobbes, John Locke, Rousseau, etc. Asimismo en el siglo XX hay muchos autores y tendencias que adhieren, desde diversas perspectivas, a la doctrina del Derecho natural.

Por todo lo anterior, se puede observar la dificultad que existe al tratar de incluir bajo un solo concepto a tan amplia diversidad de autores y posiciones. Pero, no obstante ello, es posible señalar, hablando siempre en términos generales, que las posiciones iusnaturalistas coinciden en sostener que el Derecho no se agota en el solo Derecho positivo, creado e impuesto por los hombres, sino que por sobre éste existe un conjunto de principios y normas anteriores y superiores al mismo, que se denomina Derecho natural. A estos principios, nos dicen, debe atenerse el Derecho positivo para ser considerado un auténtico Derecho. Así por ejemplo, hay quienes postulan, que el Derecho positivo debe fundamentarse y realizar el valor justicia, de tal manera, que si ello no ocurre, si el Derecho positivo fuere injusto, no debiera ser considerado auténtico Derecho. Siempre se destaca a este respecto la posición de Santo Tomás de Aquino, para quien "la ley humana positiva", contraria a la ley natural no es obligatoria en conciencia.

## **5.2 Las doctrinas positivas acerca del Derecho.**

Al igual que en el caso anterior en que usamos la expresión en plural, hablando de doctrinas iusnaturalistas y no de doctrina iusnaturalista acerca del Derecho, en esta oportunidad, y por las mismas razones, usaremos también el plural, por consiguiente, emplearemos la expresión doctrinas iuspositivistas y no doctrina iuspositivista sobre el Derecho. En otros términos, no hay sólo una doctrina iuspositivista, sino que varias. En síntesis, las doctrinas iuspositivistas afirman que no existe más Derecho que el positivo, éste es el único que hay. El Derecho se agota, nos dicen, en el Derecho positivo, es decir, en las normas creadas e impuestas por los hombres, fundamentalmente por el poder del Estado. Así el Derecho positivo no depende en absoluto del Derecho natural.

Existen diversas doctrinas y autores que son partidarios del positivismo jurídico. Entre ellas, podemos destacar a la escuela de la exégesis nacida en Francia después de la dictación del Código Civil en 1804, que se conoce bajo el nombre de Código de Napoleón. Ha tenido una enorme influencia en muchos países, entre otros en Chile. En nuestro caso, el Código Civil chileno, redactado por don Andrés Bello y que entró en vigencia en 1857, se inspira y fundamenta básicamente en él. Los grandes juristas y tratadistas franceses que

estudiaron y comentaron dicho Código, inmediatamente después de su entrada en vigencia, formaron una especie de escuela que se conoce bajo el nombre, ya señalado de escuela de la exégesis. Tales autores rindieron un verdadero culto al texto o letra del Código francés. Para ellos, en él se reunía todo el Derecho o, al menos, el que en verdad importa. Muchos de nuestros grandes jurisconsultos como don Luis Claro Solar, don Arturo Alessandri Rodríguez y don Manuel Somarriva Undurraga, en cierta forma adhirieron a esta corriente, siguiendo, en algunos casos, muy de cerca a los grandes tratadistas de Francia. Pero dentro de las tendencias positivistas podemos señalar todavía otras doctrinas, como la teoría pura del Derecho de Kelsen, o la jurisprudencia de conceptos, que tuvo amplia acogida en Alemania en el siglo XIX, o, la llamada escuela histórica del Derecho, que también tuvo amplia presencia en este país en esa misma época.

La polémica entre los partidarios de las doctrinas del Derecho natural y del positivismo jurídico ha sido larga y muchas veces extraordinariamente conflictiva, sobre todo, cuando se la ha asociado a planteamientos políticos e ideológicos. Pero también han surgido autores y posiciones que han intentado superarla, sosteniendo que la disputa a menudo suele ser mucho más aparente y artificial que real. En todo caso y sin entrar en detalles, se suelen destacar ventajas e inconvenientes de cada una de ellas. Una ventaja indudable de las posiciones iusnaturalistas se encuentra en que reconocen y amparan una serie de valores inherentes a la persona humana, tales como la justicia, la libertad, la dignidad del hombre, etc. Pero se suele indicar como un inconveniente de las mismas, sobre todo de ciertos planteamientos iusnaturalistas extremos, el hecho de que pueden intentar en contra de la seguridad jurídica. Pues, en muchos casos, se dejaría al criterio de cada persona el obedecer o no las leyes positivas, según las estimaren o no justas. Con esto, se pone en peligro el orden y la estabilidad de la sociedad. Por el contrario, la gran ventaja de las doctrinas positivistas se halla en que constituyen un resguardo, una garantía, para la seguridad jurídica, para el orden y la estabilidad social. Su gravísimo inconveniente radica en que, como obligan a obedecer a toda ley positiva, obligan también, para el caso que existan, a obedecer las leyes injustas. Lamentablemente, todos sabemos que éstas se han dado más de alguna vez en la historia, constituyen un producto de los gobiernos injustos y tiránicos, respecto a los cuales por ahora diremos solamente que ojalá cada vez haya menos para que así terminen desapareciendo definitivamente.

### **5.3 Las doctrinas realistas sobre el Derecho.**

Al igual que en los casos anteriores, vamos a comenzar diciendo que existen varias doctrinas realistas sobre el Derecho y no una sola. Así, por ejemplo, se distingue un realismo jurídico norteamericano y otro escandinavo, dentro de cada uno de los cuales es posible diferenciar diversas tendencias y autores. Pero más allá de esta diversidad destacaremos los rasgos que, a nuestro parecer, todas ellas tienen en común. A varios de dichos rasgos o características, ya hemos hecho referencia cuando analizamos el concepto de Derecho propuesto por el jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes. Una tesis básica, en la cual se encuentran de acuerdo los representantes de las diversas tendencias dentro del realismo jurídico, es aquella que afirma que el Derecho está constituido, por hechos. Ni por normas, ni por valores, como sostienen, respectivamente, el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Ahora bien, agregan que los hechos que conforman el Derecho no son otra cosa que las prácticas, es decir, los hechos o acciones de quienes operan en el ámbito jurídico. Por ejemplo, los jueces, los funcionarios, los abogados, etc. Entonces, si hubiera que definir el derecho desde un punto de vista realista, habría que decir que son las prácticas de quienes con él operan.

Así, para Alf Ross, un exponente del realismo jurídico escandinavo, estas prácticas o hechos (fundamentalmente los de los jueces), son lo único empíricamente verificable, es decir, que se puede constatar en la realidad. Enseguida, nos añade que su propósito es construir una ciencia del Derecho que merezca efectivamente el nombre de tal, que no sea una pseudo-ciencia o simple creencia. Toda ciencia, nos dice, debe fundarse en el principio de verificación empírica, estudiando sólo a los objetos que cumplan con el requisito de poder ser observados por los sentidos y, con ello, verificados empíricamente. En el campo jurídico, afirma, los valores o principios anteriores y superiores a todo Derecho positivo (esto es, lo que se denomina Derecho natural), no son verificables empíricamente. Tampoco lo son las normas, incluso las normas positivas, al menos como se las entiende tradicionalmente, puesto que éstas constituyen un "deber-ser", que no es susceptible de constatación fáctica, ya que el deber ser no se da en los hechos. En suma, lo único que puede verificarse empíricamente son los hechos, las prácticas de jueces, abogados, funcionarios y otras personas que operan en el campo jurídico. Por tanto, los autores que siguen esta concepción acerca del Derecho, nos dirán, que sólo es posible construir una ciencia del Derecho rigurosa

cuando ella se elabora sobre una base empírica, de acuerdo al principio anteriormente mencionado.

**CAPITULO II:**

**LA REGULACION DE LA CONDUCTA HUMANA. LAS NORMAS**

**1. *Nociones Preliminares. Necesidad de regulación de la conducta humana***

La conducta humana necesita ser regulada porque el hombre no vive aislado, sino que en sociedad relacionándose con los demás seres humanos e interactuando con ellos. De esta vida social en común surge la cooperación y el progreso, pero también el conflicto y el desencuentro, tal como lo demuestra una reiterada experiencia histórica. No vamos a entrar acá en mayores detalles acerca del porqué, del motivo último de la necesidad de regulación de la conducta humana, cuestión que han intentado explicar tanto filósofos, como teóricos políticos, sociólogos y otros. Lo cierto es que los hombres, tal vez por su naturaleza, no siempre actúan bien y correctamente desde un punto de vista ético. Esto por diversas razones, tales como el egoísmo, la ambición, la inconsciencia, etc. El ser humano, en consecuencia, junto con realizar conductas éticamente buenas y correctas realiza también otras que resultan dañinas, y muchas veces gravemente perjudiciales, para los demás miembros del grupo social. Estos y otros argumentos ponen de manifiesto la necesidad de la existencia de normas, es decir, principios que regulen y orienten las conductas de los hombres hacia aquello que se considera correcto.

**2. *Aproximación al concepto de norma desde las categorías del deber ser y de la libertad humana.***

El hombre, al menos en cierta medida, puede elegir libremente las conductas que realiza. El actuar humano no se encuentra necesariamente predeterminado por leyes de cumplimiento inexorable, como ocurre en el caso de los fenómenos de la naturaleza física. Las leyes de la naturaleza física siguen un curso que hace que se cumplan siempre del mismo modo, esto es, en forma constante, por lo que en éste ámbito no hay libertad, no hay posibilidad de optar. Por ejemplo, la tierra no podría elegir girar en torno al sol de una manera contraria a como lo hace ahora. El hombre siempre puede, dentro de ciertos límites autodeterminarse, optar por realizar una acción, en lugar de otra, dentro de cierta gama de posibilidades. Ahora bien, estas acciones que elige llevar a cabo, como se dijo, en algunas

ocasiones pueden ser éticamente buenas y benéficas, pero en otras ocasiones pueden ser éticamente malas y perjudiciales, ya sea para el propio sujeto que las realiza o para los demás. La convivencia social y, en general, la ética, requieren que se eviten las acciones malas y perjudiciales, y que se promuevan las buenas. Esto significa, en cierta medida, que las acciones de los hombres deben dirigirse o encausarse hacia lo bueno y benéfico, evitando causar daño. Conviene reiterar que este intento por encausar las conductas humanas sólo tiene sentido bajo el supuesto de que el hombre es un ser dotado de voluntad y libertad, que posee capacidad de opción y decisión. Si el hombre no fuese libre, no tendría sentido pretender encausar su conducta, ni valorarla éticamente. Significaría, simplemente, que forma parte del campo de la naturaleza física, gobernado por leyes naturales constantes, donde no existe libertad, sino que opera la causalidad.

Considerando los dos aspectos o dimensiones a que estamos haciendo referencia, cabe distinguir entre:

- a. El ámbito de la naturaleza física, o del *ser*, regido por leyes naturales constantes, que se cumplen siempre de la misma manera.
- b. El ámbito de lo humano, o del *deber ser*, donde actúa la voluntad libre del hombre. Lo cierto es que esta distinción entre ser y deber ser, que tiene gran aceptación entre los juristas actuales, no es tan novedosa. El primero que la empleó con el sentido que hoy se le atribuye, fue el filósofo escocés David Hume (1711-1772). Este autor, en una obra suya intitulada "Tratado de la Naturaleza Humana" sostiene que estos dos ámbitos de la realidad, ser y deber ser, se encuentran radicalmente separados, y que lógicamente no se puede transitar del uno al otro. Esta distinción fue recogida y desarrollada por el gran filósofo alemán, cuasicontemporáneo de Hume, Immanuel Kant (1724-1804), en su teoría moral expuesta en su obra "Crítica de la Razón Práctica". Un gran jurista neokantiano del siglo XX, el austríaco Hans Kelsen (1881-1973), en su principal obra "Teoría Pura del Derecho", recoge esta distinción, señalando que el ámbito del ser, o si se quiere de la naturaleza física, se encuentra regido por el *principio de la causalidad*, que vincula los fenómenos de manera necesaria, de tal modo que a la causa le sigue necesariamente el efecto. Por ejemplo, si se calienta un metal, entonces se dilata. En cambio, en el ámbito del deber ser opera otro principio, al que denomina *principio de imputación*, mediante el cual se vinculan dos conductas o hechos, pero no de manera necesaria. Se vincula una conducta antecedente a una consecuencia que debe atribuírsele a esa conducta, sin que la

relación entre antecedente y consecuente sean necesaria, sino sólo que debe existir, lo que no significa que siempre se dé o exista en los hechos. Por ejemplo, si alguien comete un homicidio debe ser sancionado. La sanción es una consecuencia que idealmente debe seguir al acto homicida, pero como no hay necesidad puede que en los hechos no se produzca, porque, por ejemplo, no fue descubierto el homicida o porque escapó.

Vamos, asimismo, a hacer presente que la distinción de que ahora nos ocupamos encuentra antecedentes anteriores a la formulación que de ella hizo David Hume. La encontramos ya en los filósofos griegos del siglo VI a.c., como es el caso de Tales de Mileto, Anaximandro y Anaxímenes, que distinguieron entre *nomos* (norma) y *physis* (naturaleza física). Platón también la recogió en sus escritos, pero sobretudo con Aristóteles adquirió una relevancia especial, cuando este pensador diferenció entre filosofía teórica, o especulativa, y filosofía práctica, la que para él era la ética o filosofía moral. Esta distinción aristotélica ha tenido gran aceptación en la historia del pensamiento filosófico y jurídico, por ejemplo, grandes pensadores posteriores a él como Santo Tomás de Aquino o Francisco Suárez, lo siguieron en sus líneas generales.

Al llegar a este punto, y antes de entrar a formular una noción de norma desde una perspectiva lingüística y de las funciones del lenguaje, propondremos un concepto de ella desde el punto de vista que ahora estamos considerando, es decir, desde la perspectiva de la libertad humana y de la categoría del deber ser. Así diremos que, "las normas son principios directivos que tienen por objeto encausar o dirigir la conducta humana".

**1. *Aproximación al concepto de norma desde una perspectiva lingüística. Desde la categoría del deber ser a las funciones del lenguaje.***

Luego de haber considerado el concepto de norma desde la perspectiva que ya hemos indicado, vamos a abordarlo ahora desde un punto de vista lingüístico, más específicamente, desde la perspectiva de las funciones, o usos, del lenguaje. Así entonces, iremos desde las categorías del deber ser y la libertad humana a las funciones del lenguaje. Ahora bien, este segundo concepto que pretendemos formular acerca de lo que es una norma, en lo fundamental, no es diferente al anterior, sino que simplemente lo complementa y precisa, pues el lenguaje no es otra cosa que una expresión del pensamiento, de los conceptos e ideas que se tienen en la mente se llega a las expresiones lingüísticas que los representan.

Ahora hacemos, por así decirlo, el camino inverso, no desde los conceptos, o si se quiere, desde el pensamiento, al lenguaje, sino que desde el lenguaje al pensamiento. Pues bien, esta noción de norma elaborada conceptualmente, desde las ya mencionadas categorías, tiene también una expresión lingüística. Se expresa en un determinado lenguaje, sobre el cual se hace necesario indagar cuál es su naturaleza, de qué clase de lenguaje se trata. Precizando los aspectos lingüísticos en que se expresa el concepto de norma, éste quedará formulado de manera mucho más exacta. En orden a lograr tal objetivo, nos referiremos primero a las diversas funciones, o usos, que podemos encontrar en el lenguaje, para enseguida pasar a determinar en qué función (y por tanto en qué clase) del lenguaje se expresan las normas.

Desde principios del siglo XX, pero con antecedentes muy anteriores que pueden remontarse hasta Aristóteles, e inclusive Platón, se ha hecho frecuente distinguir entre lo que se denomina las distintas funciones del lenguaje. Asimismo, a partir de estas diversas funciones que se distinguen en él, se formulan distintas clasificaciones del mismo. Sobre el tema se ha discutido extensamente entre lógicos, filósofos, lingüistas y otros expertos, sin que se haya llegado a conclusiones uniformes. Estas discusiones dicen relación, por ejemplo, acerca de cuáles son los usos, o funciones, del lenguaje, si una misma expresión puede cumplir diversas funciones, la existencia de casos de usos encubiertos del lenguaje, etc.

Pasando por alto, por ahora, estas importantes cuestiones, vamos a mencionar, apoyándonos en la obra de Carlos Santiago Niño "Introducción al Análisis del Derecho", cuáles son las funciones del lenguaje que más frecuentemente se aceptan por los principales especialistas en esta materia.

- a. **Función descriptiva o informativa del lenguaje**, tiene por objeto dar cuenta de ciertos estados de las cosas, describiendo hechos, objetos, situaciones, realidades. Por ejemplo, cuando alguien observando un jardín expresa que las rosas son blancas, lo que hace es describir el jardín, etc. Las expresiones pertenecientes al lenguaje descriptivo, tienen la importante característica de ser las únicas que pueden ser calificadas de verdaderas o de falsas. La ciencia está formulada en un lenguaje descriptivo, pero no sólo ella, sino que también en la vida cotidiana, y en otras actividades, usamos frecuentemente este tipo de lenguaje. Cuando decimos que las expresiones pertenecientes al lenguaje descriptivo pueden ser calificadas de verdadera o falsas, estamos considerando a la verdad desde el

punto de vista lógico, como una coincidencia entre el pensamiento ( y la expresión) con la realidad u objeto a que hace referencia. Por ejemplo, cuando se dice, "las rosas del jardín son blancas", si efectivamente lo son, entonces la expresión es verdadera, si no lo son, es falsa. Pero debemos advertir que el tema de la verdad no sólo concierne a la lógica y a la ciencia, sino que también a la ética, a otras ramas del saber filosófico como la ontología o metafísica y también a la vida cotidiana.

b. **La función expresiva del lenguaje:** tiene por objeto expresar sentimientos y emociones, o suscitarlos en el otro (interlocutor). Por ejemplo, cuando alguien dice ¡ay!, ¡estoy apesadumbrado!, etc.

c. **La función interrogativa del lenguaje,** consiste en preguntas destinadas a obtener cierta información por parte del destinatario de ellas. Ej. ¿ Dónde vive usted?

d. - **Función operativa del lenguaje:** se caracteriza porque la sola expresión de ciertas palabras conlleva la realización del acto a que se refieren. Por ejemplo, cuando un profesor dice en examen "está aprobado"; cuando el juez dice "condénese". Con frecuencia, las expresiones del lenguaje operativo se formulan entre personas que se ubican en situaciones de autoridad y dependencia recíprocas.

e. - **Función directiva del lenguaje-**, este tipo de lenguaje tiene por finalidad influir en la conducta de otro, induciéndolo a que adopte determinado comportamiento. Dentro de este uso encontramos: ruegos, sugerencias o recomendaciones, peticiones, reclamaciones, y órdenes o mandatos. Como podemos observar este lenguaje directivo, que pretende influir en la conducta de los demás, admite diversas subclasificaciones. En efecto, no es lo mismo tratar de influir en otra persona formulándole una petición, que dándole un consejo o impartándole una orden (cuando hay capacidad de hacerlo). Ahora bien, las expresiones del lenguaje directivo no pueden ser calificadas de

verdaderas o de falsas, sino que admiten otros calificativos. Por ejemplo, una orden como en el caso en que un profesor le dice a un alumno, "salga de la sala", podrá ser calificada de justa o injusta, pero no de verdadera o falsa.

Dentro de las diversas clases de lenguajes directivos, que pretenden influir en la conducta de los demás, utilizaremos la denominación lenguaje prescriptivo para referirnos a aquel mediante el cual se imparten las órdenes o mandatos. El prescriptivo, entonces, es una subclase del lenguaje directivo, que se distingue por poseer una mayor fuerza que los otros lenguajes de este tipo. Las prescripciones (es decir las expresiones del lenguaje prescriptivo) se caracterizan por el hecho de que quien las formula se coloca en una posición de superioridad física o moral sobre el destinatario. El emisor no supedita el cumplimiento de la orden a la voluntad de éste, como sucede con el consejo o petición. Las normas pertenecen al lenguaje prescriptivo, constituyen una clase de las órdenes o mandatos.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, diremos, desde una perspectiva lingüística, que las normas son "una clase de lenguaje prescriptivo consistente en órdenes o mandatos, que tienen por objeto encausar la conducta humana en determinado sentido".

### **3 Diversas clases de normas. Reglas Técnicas y Normas Éticas.**

Para aproximarnos a nuestro objeto de estudio, las normas, debemos hacer una gran distinción, planteada primeramente por Immanuel Kant (1724 - 1804), quien diferenció entre imperativos de habilidad, que para él eran hipotéticos, e imperativos morales, a los que entendía como imperativos categóricos. Posteriormente, Giorgio del Vecchio (1878 - 1970), reformuló esta distinción proponiendo diferenciar entre reglas técnicas (o imperativos de habilidad) y normas éticas (o imperativos morales). Veamos en que consisten.

- a. **Las reglas técnicas:** se refieren a los medios empleados para alcanzar un determinado fin útil, a la forma en que debe realizarse algo para obtener el resultado querido (al como se hace). Colocan, pues, el acento en los medios, aspirando a realizar un fin utilitario. Así entonces, no es la licitud ética del fin, sino la utilidad lo que se toma primordialmente en cuenta para el cumplimiento de una regla técnica. Las reglas técnicas son tan diversas como el campo del saber humano, esto es, hay tantas como ciencias existen. Por ejemplo, las que se refieren a la construcción de una casa, a una operación quirúrgica, a procesos industriales, etc. Como son innumerables, no pueden ser clasificadas sistemáticamente.

- b. **Las Normas Éticas**, son las normas propiamente tales. En consecuencia, cada vez que en adelante usemos la palabra norma sin otra especificación, se entenderá que estamos haciendo referencia a las normas éticas. Estas, guían el accionar humano dirigiéndolo hacia un fin éticamente bueno. Este fin es lo importante, pues sobre la base de él se construye el concepto de norma ética. Para Kant el fin de las normas éticas consiste en el cumplimiento del deber por el deber mismo. Santo Tomás, Aristóteles, del Vecchio, y otros, en cambio, señalan que el fin ético de las normas se encuentra en los valores que ellas pretenden alcanzar, tales como la bondad, la justicia, el bien común u otros.

Cabe señalar que las reglas técnicas y las normas éticas no deben considerarse como opuestas y excluyentes, sino que una misma conducta puede ser regulada ética y técnicamente a la vez. Por ejemplo, si alguien cumple responsablemente con su trabajo, está cumpliendo la regla técnica y la norma ética al mismo tiempo. Pero por otra parte, hay que señalar que no siempre hay coincidencia entre ellas, ya que, en ciertos casos la infracción de una no significa necesariamente la infracción de la otra. Por ejemplo, alguien puede fabricar un arma o un veneno ajustándose a todas las reglas técnicas, quedando por ello muy bien construido o elaborado, pero si su finalidad es cometer un crimen, no se cumple con la norma ética. Este es un interesante tema sobre el que puede decirse muchísimo más todavía.

### **5. Diversas clases de Normas Éticas.**

Existen muchos criterios para clasificar las normas éticas. Sin embargo, en esta oportunidad nos guiaremos por la clasificación tradicional, que distingue entre:

- a. - normas jurídicas
- b. - normas morales
- c. - convencionalismos sociales o normas de uso y trato social, y
- d. - normas religiosas

Con la finalidad de proporcionar un concepto de cada una de estas clases de normas, empezaremos por abordar el tema de las relaciones entre Derecho y moral, para determinar las características tanto de las normas jurídicas como de las morales, lo que nos permitirá, de este modo, conceptualizarlas.

#### **4. Relaciones entre Derecho y Moral desde una perspectiva histórica.**

Es un tema ampliamente discutido por filósofos, juristas y otros estudiosos, el problema relativo a si existe, o no, coincidencia entre Derecho y moral. Incluso, entre los autores que sostienen que esta coincidencia existe, hay discrepancia sobre si ella es total o parcial, si es necesaria o bien meramente contingente.

Para grandes pensadores clásicos como Sócrates, Aristóteles, Platón, Santo Tomás de Aquino y otros, hay por lo menos una coincidencia parcial, y además necesaria, entre moral y Derecho, es decir, parte del contenido de la moral pertenece también al Derecho. Hay quienes opinan que el jurista romano Ulpiano, citando a Celso, habría confundido el Derecho y la moral, cuando define al primero diciendo que, "es el arte de lo bueno y lo equitativo". Pero también hay buenas razones para sostener que, Ulpiano y Celso en particular, y los juristas romanos en general, no identificaron el Derecho con la moral, aunque aceptaron que el Derecho posee un fundamento moral. Para autores como Kant, (1724-1804) y más extremadamente Fichte (1762-1814), quien llega a oponer el Derecho y la moral, existe clara separación entre ambos sistemas normativos. Jorge del Vecchio (1878-1970), afirma que el Derecho y la moral encuentran un fundamento común en la naturaleza humana, por consiguiente, tienen elementos en común, pero también poseen características diferentes, lo que hace que constituyan sistemas normativos distintos.

Ciertos autores contemporáneos, partidarios del positivismo y del realismo jurídico, como Hans Kelsen (1881-1973) y Alf Ross (1899 - 1979) plantean que la moral y el Derecho son ordenamientos distintos, y por lo tanto, desde el punto de vista teórico no hay coincidencia entre ellos, aunque fácticamente puede haberla, y de hecho muchas veces, nos dicen, se ha dado históricamente, pero ella no es necesaria, así como algunas veces existe, podría también no existir. Herbert Hart, filósofo del Derecho inglés contemporáneo, en el capítulo IX de su obra: "El concepto de Derecho" señala que hay, sin duda, una coincidencia histórica (fáctica) relativamente importante entre el Derecho y la moral, pero junto a ella existe también una coincidencia necesaria mínima entre ambos, es lo que este autor denomina el contenido mínimo de Derecho natural que posee el Derecho positivo.

Por último, resulta de interés considerar algunos ordenamientos jurídicos, o al menos algunas, partes importantes de ellos, que han existido históricamente dejando huellas

importantes en el desarrollo del Derecho, para tratar de precisar en qué medida recogen ciertos principios morales y en qué medida se apartan de los mismos, de acuerdo a criterios actuales. Así, es posible mencionar entre otros:

- El Corpus Iuris Civilis, de Justiniano
- Las Siete Partidas, de Alfonso X el Sabio
- Las Recopilaciones de las Leyes de Indias, que los Reyes de España dictaron para América
- el Código de Napoleón de 1804
- el Código Alemán de 1900

En todos los textos jurídicos que acabamos de mencionar, encontramos recogidos diversos principios morales de aceptación universal o casi universal, como por ejemplo la obligación que el vendedor tiene de entregar la cosa vendida, la obligación que tiene quien recibe una cosa en comodato (préstamo de uso) de devolverla a su dueño, la obligación que tiene quien causa un daño de indemnizar los respectivos perjuicios etc. Asimismo, hay en ellos también algunos preceptos que se apartan de ciertos principios éticos universales, como es el caso de la esclavitud que era aceptada por el Derecho romano. De especial interés para nosotros resulta examinar algunas normas del Ordenamiento Jurídico Chileno, intentando precisar en qué medida coinciden, o no, con principios morales. Por ejemplo, se podría llevar a cabo este trabajo respecto a nuestra Constitución Política, al Código Civil, al Código Penal, a los códigos procesales y a otros.

### **7.- Distinción sistemática (tradicional) entre Derecho y Moral.**

Teniendo en cuenta lo anterior, pasemos a exponer una distinción sistemática tradicional, que se fundamenta en las características que se atribuyen a estos dos campos normativos. Ellas han sido propuestas por muchos juristas, pero en particular por algunos neokantianos contemporáneos, como lo son Stammler, del Vecchio, Radbruch y otros.

**7.1 Características tradicionalmente atribuidas al Derecho y a la Moral.**

DERECHO	MORAL
1- BILATERALIDAD	1- UNILATERALIDAD
2- HETERONOMIA	2- AUTONOMÍA
3- COERCIBILIDAD	3- INCOERCIBILIDAD
4- EXTERIORIDAD	4- INTERIORIDAD

**7.1.1. Bilateralidad del Derecho, Unilateralidad de la Moral:**

Que las normas jurídicas sean bilaterales significa que frente al sujeto obligado por ellas, hay otro facultado para exigir su cumplimiento, o más precisamente, el cumplimiento de las obligaciones que de las mismas emanan. Por esto se dice que las normas jurídicas son imperativo-atributivas, porque por un lado establecen una obligación para el sujeto pasivo u obligado, y por el otro, confieren un derecho o facultad al sujeto activo o facultado. Por ejemplo, en materia tributaria, el contribuyente (sujeto pasivo) tiene la obligación de pagar impuestos y el Estado (sujeto activo) tiene el derecho o facultad para exigir este pago; en la compraventa el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa vendida y el comprador se encuentra facultado para exigir dicha entrega, etc.

La unilateralidad de la moral significa que frente al sujeto obligado por la norma moral, no hay otro facultado para exigir su cumplimiento. Por ello se dice que las normas morales son sólo imperativas, pues únicamente establecen obligaciones, no otorgando correlativamente facultades. Por ejemplo, una persona que posee ciertos medios económicos, se puede considerar obligada moralmente a dar limosna a alguien necesitado, pero éste no se encuentra facultado para exigir el cumplimiento de ese deber moral.

**7.1.2-, Heteronomía del Derecho, Autonomía de la Moral.**

Las normas jurídicas son heterónomas. Ello significa que son dictadas por una voluntad extraña o distinta a la de los sujetos imperados (regidos) por las mismas. La referida voluntad distinta a la de los sujetos obligados suele ser con frecuencia, aunque no exclusivamente, la

del Estado, quien dicta las leyes, los reglamentos de las autoridades políticas y administrativas, las sentencias judiciales y otras. Ahora bien, la heteronomía a que estamos haciendo referencia no es absoluta, pues en muchas circunstancias se encuentra atenuada. Veamos algunos casos, o ejemplos, de heteronomía atenuada de las normas jurídicas.

a. En una sociedad democrática, las leyes, que son una clase importante de normas jurídicas, son dictadas por el poder legislativo, el cual se elige por votación universal de todos los ciudadanos. Son, entonces, estos ciudadanos los que eligen a quienes después van a aprobar las leyes. En consecuencia, al menos indirectamente los ciudadanos contribuyen a dicha aprobación. Por ello, puede decirse que estamos ante un caso de heteronomía atenuada. Lo mismo, y con mayor fuerza, es posible afirmar de las leyes y otras normas jurídicas que se aprueban mediante plebiscitos.

b. Los contratos, y otros actos jurídicos, también son normas jurídicas, pues tienen fuerza obligatoria para las partes que los celebran, ya que nacen de su voluntad (art. 1545 C.C.). Por este hecho, por nacer de la propia voluntad de las personas que resultan obligadas, constituyen otro caso de heteronomía atenuada.

c. El último caso que vamos a mencionar, sin perjuicio de hacer notar que además existen otros, es el de la costumbre jurídica. Ella, en cuanto norma de Derecho, surge de la propia voluntad de los miembros del grupo social que son regidos por la misma.

Las normas morales son autónomas. Ello significa que nacen de la voluntad de los sujetos imperado por las mismas. Sólo obligan cuando el sujeto las reconoce voluntariamente como válidas en su conciencia. Esta autonomía, se sostiene, que se ve atenuada porque es indudable que la sociedad influye en la formulación de la moral, no obstante radicarse en el fuero interno del individuo. Asimismo, se señala que en una moral con fundamentos religiosos, Dios o la Divinidad participan en la formación de tales normas.

### **7.1.3-, Coercibilidad del Derecho, Incoercibilidad de la Moral.**

Se debe tener presente que ambas clases de normas éticas pueden ser violadas (porque como dijimos esto no afecta su validez) y, además, ambas poseen sanción, pero ésta es de distinta naturaleza en uno y otro caso. Así, la sanción de las normas morales no implica coercibilidad, no conlleva la aplicación de la fuerza por los órganos del Estado, como ocurre con las jurídicas. Las normas jurídicas son\_coercibles, porque frente al caso de infracción

existe la posibilidad de constreñir su cumplimiento por medio de la fuerza, respaldada por la autoridad del Estado. No deben confundirse los términos coercibilidad y coacción, ya que esta última es la acción que se ejerce sobre una o varias personas para obligarlas a obrar en determinado sentido. La coercibilidad consiste en la posibilidad de usar la fuerza, no el ejercicio mismo de ella. Por esto puede decirse también, que la coercibilidad es la coacción en potencia y no en acto. Las normas jurídicas, por tanto, son necesariamente coercibles, pero eventualmente coactivas. Por ejemplo, el homicidio se encuentra sancionado en el código penal, el que le asigna una pena. Esta norma jurídica es coercible. Pero puede suceder que el homicida no sea sancionado porque, por ejemplo, logra evadirse. En tal caso no hay coacción (ejercicio de la fuerza).

Las normas morales son incoercibles, esto es, no puede imponerse su cumplimiento mediante la fuerza estatal. El cumplimiento de la norma moral es de carácter voluntario y espontáneo. La sanción en este caso es el remordimiento o repudio social.

**7.1.4-. Exterioridad del Derecho, Interioridad de la Moral.**

Debe aclararse que la conducta humana es una unidad inescindible de aspectos internos y externos, y por lo tanto, no existen actos exclusivamente internos o externos. Las características que ahora consideramos respecto al Derecho y a la moral son, por tanto, sólo el punto de partida para el análisis del acto humano.

Se afirma que el Derecho es exterior porque se preocupa de la acción humana desde el momento en que se exterioriza. Para determinar si una acción es conforme o contraria a Derecho, en primer lugar hay que fijarse o centrarse en el aspecto o dimensión externa de la misma. Pero ello no significa, como erradamente han pensado algunos, Thomasius e incluso Kant, que el Derecho se desentiende o no debe considerar el aspecto o dimensión interna de la conducta. También lo considera atribuyéndole gran importancia, por ejemplo, en materia penal, si una persona da muerte a otra, no es lo mismo que haya tenido la intención de matarla, a que le haya dado muerte por un descuido como es el caso del conductor que por ir manejando de manera desatenta la atrepella y le da muerte, o, si la muerte se produjo por un caso fortuito o mera casualidad. Dependiendo de cual de estos casos se trate, podemos encontrarnos ante un delito, o, ante un cuasidelito, o bien, ante un caso fortuito que no es punible. Pero no sólo en el campo del Derecho penal, sino que en todos los demás ámbitos jurídicos, como el Derecho civil, el Derecho procesal etc., la intención con que se actúa resulta ser muy importante.

Las normas morales son interiores en cuanto, principalmente, consideran la dimensión interna de la conducta para calificar a un acto de moral o inmoral. Además, porque para efectuar esta calificación parte del aspecto interno de la conducta para llegar al externo. El que también es de su interés, porque de estas normas se espera que se reflejen en buenas acciones y obras. En suma, el Derecho no es exclusivamente exterior, ni la moral es exclusivamente interna, sino que ésta es principalmente interior y aquél primordialmente extemo.

### **7.2.- Hacia un concepto de norma moral.**

Basándonos en las características que le hemos atribuido a las normas morales, y dejando para más adelante la formulación de un concepto de norma jurídica, diremos que ellas (las morales) "son una clase de normas éticas que poseen las características de ser imperativas, unilaterales, autónomas, incoercibles e interiores". Todas estas características, salvo la imperatividad, ya las hemos analizado, por tanto, nos remitimos a lo dicho sobre el particular. En lo que respecta a la característica de la imperatividad, tangencial e implícitamente hemos hablado de ella al tratar sobre la bilateralidad. Ahora, de una manera más directa y explícita, diremos que toda norma es imperativa, queriendo significar con esto que toda norma establece obligaciones e implica un mandato. En el caso de las normas morales, lo que establecen son obligaciones morales.

### **8.- Convencionalismos sociales o normas de uso y trato social.**

Surelación con el Derecho.

#### **8.1.- Funciones, características y concepto de los convencionalismos sociales.**

Las normas de uso y trato social reciben diversas denominaciones. Entre otras, "convencionalismos sociales", "reglas de trato externo", "normas convencionales", "costumbres sociales", "normas del decoro", etc.

Sin entrar a dilucidar la cuestión de fondo acerca de si los convencionalismos sociales constituyen o no una categoría propia e independiente de normas y cuál es su naturaleza, vamos a intentar, de manera provisoria, señalar su finalidad y función, diciendo que se trata de normas que tienden en general a facilitar la convivencia entre los hombres, la hacen más agradable y de un nivel educativo superior, todo lo cual se concreta en mejores y más adecuadas relaciones sociales. A ello tenderán, por ejemplo, las normas de la cortesía, de la etiqueta, etc. Un rasgo en común que presentan todas estas normas es su extrema variabilidad. Cambian constantemente en el tiempo y en el espacio. Lo que en el pasado se consideraba de cortesía y buena educación, suele ya no serlo hoy. Lo que en una cultura se considera adecuado no es tenido por tal en otra, etc.

Asimismo, es posible caracterizar a los convencionalismos sociales de acuerdo a los elementos de bilateralidad y unilateralidad, autonomía y heteronomía, coercibilidad e incoercibilidad, y, exterioridad e interioridad, a que ya hemos hecho referencia.

Los convencionalismos sociales son, en opinión de la mayoría de los autores, unilaterales, porque imponen obligaciones, pero no se le otorga a otro sujeto la facultad para exigir su cumplimiento. Por ejemplo, si me encuentro en la calle con una persona conocida, una norma de cortesía me obliga a saludarla, pero esa persona no tiene la facultad para exigirme el cumplimiento de esa obligación, etc. En este punto resulta conveniente hacer presente el hecho de la existencia de algunos convencionalismos sociales que, en ciertos campos de la actividad humana, han sido elevados al rango de normas jurídicas. Por ejemplo, en el ámbito militar existe la obligación del saludo entre las personas que a él pertenecen, pero esta obligación se encuentra establecida como norma jurídica, de manera tal que si un subordinado deja de saludar a su superior jerárquico, no sólo está infringiendo una norma de cortesía, sino también una norma jurídica. Su superior en virtud de esta norma jurídica está facultado para exigirle el cumplimiento de la obligación del saludo militar, e inclusive sancionarlo si no lo hace. Lo mismo ocurre en el campo de la diplomacia y otros.

En lo que respecta a las características de autonomía y heteronomía, la mayoría estima que se trata de normas heterónomas, esto es, que surgen o emanan de una voluntad distinta a la de los sujetos imperados ellas. Esta voluntad distinta o extraña a la de las personas regidas por tales normas, es la de la sociedad en la que viven.

Con respecto a las características de exterioridad e interioridad, la mayor parte de los autores dice que se trata de normas exteriores. Incluso más exteriores que las jurídicas, al extremo que autores como Radbruch llegan a afirmar que son exclusivamente exteriores, carentes, en consecuencia de toda interioridad, lo que en algunos casos, nos expresa, puede conducir al cinismo.

Con relación a las características de coercibilidad e incoercibilidad, ellas, sin duda, son incoercibles en el sentido de que no tienen una sanción de carácter jurídico. Pero, a pesar de no poseer esta clase de sanción, se encuentran revestidas una sanción de otra naturaleza, propia de estos convencionalismos. Por ejemplo, a una persona mal educada, que no respeta

las reglas de cortesía, el grupo social la va a sancionar con el aislamiento, el que constituye una sanción muy característica de este tipo de normas.

Los convencionalismos sociales no son fáciles de conceptualizar. Por ello, la definición que sobre los mismos vamos a formular ahora sólo es provisoria. Al igual que en el caso de las normas morales en esta tarea nos apoyaremos en las características que se les atribuyen. Así entonces, podemos decir que "los convencionalismos sociales son una clase de normas éticas, cuya finalidad es facilitar la convivencia entre los hombres, que son imperativas, unilaterales, heterónomas, incoercibles y exteriores."

## **8.2. Naturaleza de los convencionalismos sociales.**

Con respecto a la naturaleza de los convencionalismos sociales se han formulado diversas tesis. Estas varían desde aquellas que afirman que los convencionalismos constituyen una categoría propia e independiente de normas, hasta aquellas otras que les niegan esta condición. Sobre el particular estudiaremos cinco opiniones distintas. Las dos primeras, propuestas por Jorge del Vecchio y Gustavo Radbruch respectivamente, niegan que los convencionalismos sociales constituyan una categoría propia e independiente de normas. Las tres últimas, formuladas por Rodolfo Stammler, Eduardo García Maynez y Alf Ross, por el contrario, lo que afirman es que los convencionalismos constituyen una categoría propia e independiente de normas. Pasemos ahora a examinar cada una de estas opiniones.

8.2.1. **La tesis de Jorge del Vecchio (1878-1970).** Este filósofo del Derecho italiano afirma que todas las normas son unilaterales o bien bilaterales, o si se quiere imperativas (unilaterales) o imperativo-atributivas (bilaterales). No existe para él otra posibilidad lógica intermedia. Nos agrega que si las normas son unilaterales, entonces son normas morales. En cambio, sí son bilaterales, se trata de normas jurídicas. En consecuencia, para este autor las normas o son morales o son jurídicas, no existiendo como se dijo otra posibilidad. No existiendo, por consiguiente, una clase distinta de normas a las dos recién nombradas. Así entonces, no cabe más que concluir, según del Vecchio, que los convencionalismos sociales no constituyen una categoría propia e independiente de normas. Que cualquier norma que en un primer momento pueda ser catalogada (erróneamente) como convencionalismo social, un examen más atento de ella nos mostrará que es jurídica, es decir Derecho, o es moral. Conforme a este autor, la mayoría de ellas son normas morales.

8.2.2. **La tesis de Gustavo Radbruch (1878-1949).** Según este iusfilósofo alemán, todo producto u objeto de la cultura tiende a la realización de un determinado valor. Es lo que distingue, nos dice siguiendo los planteamientos de la escuela neokantiana de Badén, el ámbito de la cultura del ámbito de la naturaleza física. Este no persigue la realización de valores sino que es neutro a los mismos. Así entonces, podemos colocar diversos ejemplos que nos muestran como los objetos de la cultura apuntan a la realización de valores, como es el caso de la ética que aspira a la realización del valor de lo bueno, del arte que aspira a realizar el valor de la belleza, del Derecho que aspira a realizar el valor de la justicia (la idea de Derecho dice Radbruch), etc. Ahora bien, observa nuestro autor, si nos preguntamos ¿qué valores tienden a realizar los convencionalismos sociales?, la respuesta es que ninguno. Por consiguiente, como no aspiran a la realización de ningún valor, no tienen una auténtica existencia, no son entidades reales, sino que meras apariencias. Al no ser algo real no es posible compararlos con el Derecho desde un punto de vista lógico. Lo que sucede, agrega, es que aquellas normas a las que denominamos convencionalismos o usos sociales, pueden ser preceptos jurídicos, o morales, embrionarios (en surgimiento), o bien, en extinción.

8.2.3. **La tesis de Rodolfo Stammler.** Este filósofo del Derecho alemán (1856-1938) se encuentra entre quienes afirman que las normas de uso y trato social constituyen una categoría propia e independiente de normas. El iusfilósofo a que ahora estamos haciendo referencia, sostiene que las normas jurídicas se diferencian de los convencionalismos sociales en su distinto grado de pretensión de validez, o si se quiere en el distinto tipo de fuerza obligatoria que poseen. Pues las normas jurídicas obligan incondicionadamente, son autárquicas (por usar una expresión suya). No consideran para nada la voluntad de los destinatarios. En cambio, las normas de uso y trato social son, en su opinión, meras invitaciones que se dirigen a las personas para que asuman determinados comportamientos, para que actúen de una determinada manera. A esta concepción de Stammler con respecto a los convencionalismos sociales, se le ha formulado una importante crítica. Nos dice que incurre en un grave error al sostener que son meras invitaciones a asumir determinadas conductas, pues si son sólo invitaciones que el destinatario acepta o no a su entera voluntad, sin que exista ningún tipo de obligación ni de sanción, como el rechazo social u otra, que induzca a cumplirlos, entonces no nos encontramos ante verdaderas normas.

8.2.4. **La tesis de Eduardo García Maynez.** Este autor, destacado profesor contemporáneo de filosofía del Derecho, en orden a caracterizar a los convencionalismos sociales los compara no sólo con el Derecho, sino también con la moral. Sobre el particular nos dice que los convencionalismos coinciden con las normas jurídicas, en que ambos son exteriores, pero difieren en cuanto los primeros son unilaterales, en cambio, las segundas poseen la característica de la bilateralidad. En lo relativo a la moral, destaca que ella es unilateral e interior, lo que hace que en parte coincida y en parte difiera de los convencionalismos. Respecto a la característica de la exterioridad, que es común para el Derecho y los convencionalismos, observa que en estos es mucho más acentuado el carácter exterior que en aquél. Un elemento diferenciador importante entre el Derecho y las normas del trato social, lo encuentra García Maynez en el distinto tipo de sanción que conllevan. En estas últimas la sanción es generalmente indeterminada, no únicamente en lo que respecta a su intensidad, sino también en lo que concierne a su naturaleza. Las sanciones del Derecho, en cambio, casi siempre se hallan determinadas, nos dice, en cuanto a su forma y cantidad.

8.2.5. **La tesis de Alf Ross (1899-1979).** Este autor de tendencia realista, en su obra más importante intitulada "Sobre el Derecho y la Justicia", afirma que el Derecho y los convencionalismos sociales se diferencian en dos puntos importantes. Uno es el carácter institucionalizado que tiene el Derecho, y el carácter de fenómeno individual, es decir, no institucional que poseen los convencionalismos. El otro elemento distintivo, se encuentra en la diversa clase de sanciones que cada uno de estos órdenes normativos conlleva. Que el Derecho sea un fenómeno institucional, y con ello a la vez social, significa que existen órganos que crean y aplican las normas jurídicas. Para Ross, los órganos que por excelencia aplican el Derecho, y con ello en su opinión también lo crean, son los jueces, esto es los tribunales de justicia. Las normas que conforman los convencionalismos sociales, carecen de órganos de creación y aplicación de las mismas. En lo que respecta al tipo de sanción, la propia del Derecho consiste en el ejercicio de la fuerza física (privación de libertad y otras) que aplican los tribunales de justicia. La sanción de los convencionalismos, no consiste en el ejercicio de la fuerza física aplicada por los tribunales, sino que en la desaprobación social.

### **9. Las Normas Religiosas.**

Las vamos a dejar mencionadas como una clase de normas por las cuales los hombres suelen regir su conducta. Haciendo presente a la vez, que resulta muy difícil formular una noción de las mismas que pueda ser aceptada por todos, pues las posiciones que las personas adoptan con respecto a la religión son muchas y muy variadas. Van desde quienes no tienen religión alguna, hasta quienes adhieren a una con profunda fe. A pesar de que en alguna medida puede resultar esclarecedor, termina no siendo convincente lo que al respecto expresa Abelardo Torr  señala: "En sentido estricto (las normas religiosas), son las que rigen la organización y funcionamiento de cualquier asociación religiosa, inclusive las relaciones con los fieles. A su vez, en sentido amplio, serían todas aquellas normas que se refieren a la religión". Este último sentido es tan amplio que termina diciendo muy poco. El sentido estricto, estimo que no todos lo aceptarían. No profundizaremos en el tema, nos limitamos solo a dejarlo planteado.

## **CAPITULO III**

### **LAS NORMAS JURIDICAS**

#### **1. Aproximación al concepto de norma jurídica considerando las características que tradicionalmente se le atribuyen.**

Como señalamos, dentro de las diversas clases de normas éticas o simplemente normas que hemos distinguido, mencionamos a las normas jurídicas junto a las normas morales, a los convencionalismos sociales y a las normas religiosas. Refiriéndonos a las jurídicas les atribuimos las características de ser imperativas bilaterales, heterónomas, exteriores y coercibles. Sobre la base de ellas podemos definir las diciendo que: "Las normas jurídicas constituyen una clase de normas éticas destinadas a regular la convivencia de los hombres en sociedad, que son imperativas, bilaterales, heterónomas, exteriores y coercibles".

---

<sup>6</sup> Torr , Abelardo. "Introducción al Derecho". Editorial Perrot, Buenos Aires, 1997.