
NOTAS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

AÑO I

Nº I

SUMARIO

1. R. J. VERNENGO: ¿Es posible una definición ostensiva del derecho?
2. J. A. BACQUÉ: Doble negación y doble derogación.
3. G. R. CARRIÓ: Un supuesto principio absoluto en jaque.
4. R. F. ENTELMAN: Los acuerdos plenarios como fuentes formales de normas generales.
5. A. L. GIOJA: Comentarios a "The Blue Book" de Wittgenstein.
6. E. L. GARGAGLIONE: Algunas ideas sobre "lo justo" en "El Utilitarismo".
7. R. A. GUIBOURG: Naturaleza y funciones del ejemplo en el razonamiento jurídico.
8. I. CREGO: Lo justo por naturaleza y lo justo legal en Aristóteles.
9. L. EISENKRAMER: Breve análisis de la teoría danesa del estado de derecho.
10. E. GRUN: Algo más sobre la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica, ciencias causales y ciencias normativas en la nueva versión de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.
11. A. E. VES LOSADA: En torno a si los jueces crean derecho.
12. H. NEGRI: Veintidós proposiciones para una teoría del derecho.
13. V. H. RIVAS: Una nueva idea acerca de los derechos naturales.

REVISTA BIANUAL

1964

Las colaboraciones deben ser enviadas en doble ejemplar a doble espacio, reservándose la dirección el derecho de publicación y de resolver la fecha de aparición.

Dada la índole de la revista se recomienda el envío de trabajos breves, estimándose como muy conveniente la extensión de aproximadamente 2500 palabras.

Toda correspondencia debe dirigirse a los secretarios de redacción.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

DONACION
C.M. CERCOURZ.

NOTAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

REVISTA BIANUAL



Director

AMBROSIO L. GIOJA

Secretarios de Redacción

ELVIRA L. GARGAGLIONE

JORGE A. BACQUÉ

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

25 de Mayo 347, Esc. 259, Buenos Aires. 31-1300

NOTAS DE FILOSOFIA
DEL DERECHO

AÑO I

Nº I



SUMARIO

1. R. J. VERNENGO: ¿Es posible una definición ostensiva del derecho?
2. J. A. BACQUÉ: Doble negación y doble derogación.
3. G. R. CARRIÓ: Un supuesto principio absoluto en jaque.
4. R. F. ENTELMAN: Los acuerdos plenarios como fuentes formales de normas generales.
5. A. L. GIOJA: Comentarios a "The Blue Book" de Wittgenstein.
6. E. L. GARGAGLIONE: Algunas ideas sobre "lo justo" en "El Utilitarismo".
7. R. A. GUIBOURG: Naturaleza y funciones del ejemplo en el razonamiento jurídico.
8. I. CREGO: Lo justo por naturaleza y lo justo legal en Aristóteles.
9. L. EISENKRAMER: Breve análisis de la teoría danesa del estado de derecho.
10. E. GRUN: Algo más sobre la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica, ciencias causales y ciencias normativas en la nueva versión de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.
11. A. E. VES LOSADA: En torno a si los jueces crean derecho.
12. H. NEGRI: Veintidós proposiciones para una teoría del derecho.
13. V. H. RIVAS: Una nueva idea acerca de los derechos naturales.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

REVISTA BIANUAL

1964

ADVERTENCIA

En torno a la Cátedra de Filosofía del Derecho y al Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Buenos Aires, se ha formado un grupo cada vez más numeroso de estudiosos, profesores graduados y alumnos, que colaboran con su Profesor Titular y Director, doctor Ambrosio Gioja.

La idea que preside su funcionamiento es la del compañerismo en la investigación, que incluye, naturalmente, las discrepancias, a veces muy profundas, y expresadas las más de ellas con severidad. Pero también la colaboración desinteresada.

El grupo se ha ampliado de tal manera, con el aporte inclusive de profesores y alumnos de otras cátedras, y el número de los temas investigados en forma particular o de seminarios es tan importante, que la comunicación entre sus miembros es a veces dificultosa. Con una publicación periódica, de carácter privado, el Director del Instituto intenta la solución al problema.

Esta revista pretende servir de elemento de comunicación y unidad a un conjunto de hombres y mujeres con vocación filosófica. No le interesa que los artículos a publicar sean obras acabadas de ciencia o de filosofía: cualquier idea original expresada en el papel que aspire a darse a conocer y no tema ser rebatida, tendrá un lugar en sus páginas. El contrapunto de opiniones es una de las herramientas más útiles del investigador. Si en los números siguientes consigue un tono polémico y amable, esta publicación habrá alcanzado su objetivo.

Pero la revista quiere también algo más: aspira en el futuro a servir de nexos entre los estudiosos de la Filosofía del Derecho, y aquellos que se dedican a la dogmática jurídica. No es posible ninguna investigación justafilosófica sino partiendo del conocimiento de las ciencias jurídicas. Tampoco es posible el trabajo serio sobre temas de dogmática sin claridad sobre sus fundamentos filosóficos. Por eso invita a todos los interesados en el conocimiento del derecho a colaborar por su intermedio.

LOS SECRETARIOS DE REDACCIÓN.

¿ES POSIBLE UNA DEFINICIÓN OSTENSIVA DEL DERECHO?

ROBERTO J. VERNENGO

Las definiciones ostensivas —aquéllas mediante las cuales la mostración de un ejemplar indubitable de la extensión de un término sirve para precisar su intención— no son un recurso usual, ni, al parecer, muy útil de las ciencias jurídicas positivas. Ningún jurista considera factible y suficiente, para esclarecer un fenómeno jurídico, tal como un contrato o un delito, mostrar un caso de tales figuras. En cambio, las posibilidades de tales definiciones tienen que ser admitidas, aunque sea implícitamente, por aquellas maneras de especular filosóficamente que aspiran a establecer, como supuesto fundamento del conocimiento jurídico positivo, una suerte de ontología material del derecho. Así, quienes pretenden, invocando los fueros de la fenomenología, definir la esencia del derecho (o de cualquier otro objeto que interese al jurista) recurriendo a ciertos oscuros manipuleos de datos que son ostensivamente delimitados.

A guisa de ejemplo puedo citar textos como el siguiente de Carlos Cossio: “el Derecho, pues, *ha de aparecer como un fenómeno en el mundo*; lo cual quiere decir que una percepción *sensible* entrega a la intuición esencial lo que hay en él de conducta como ser genérico y lo que hay en él de Derecho como ser específico” . . . “La realidad del derecho *toda entera*, se radica en este dato fenoménico bajo la garantía de esta percepción sensible. Pues cabe destacar que en este acceso intuitivo a la experiencia, *no hay un mero punto de vista categorial* que aportaría el sujeto cognoscente como creador de un objeto que existiría únicamente en el conocimiento y como conocimiento; por el contrario, hay un perfil de la conducta que ella en sí misma exhibe como objeto fenoménico” (1). (Las mayúsculas son del autor; los subrayados, míos).

(1) C. Cossio, *La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas*, 1963, págs. 21-23.

No interesa aquí adentrarse en las consecuencias que este planteo ocasiona en la teoría traída a cuento; recurro a ella solamente como un ejemplo de la postura denunciada. A saber, una que importa la aceptación sin más de la posibilidad de que, quien no cuente de por sí y pasivamente con la percepción sensible de tal fenómeno como punto de partida, sea orientado en ese respecto señalándosele fenómenos que son casos de la propiedad que se pretende investigar. La posibilidad de tal mostración —de una definición ostensiva del objeto, pues— es condición de la objetividad del conocimiento que se logre. Cossio, por ejemplo, sugiere que la observación de fenómenos tales como “el vecino que toma asiento en la plaza municipal de su barrio o el parroquiano que fuma dentro de una confitería”⁽²⁾; puede servir como base para determinar la esencia del derecho. Tales hechos, claro está, pueden ser mostrados; más aún, tal mostración ostensiva es necesaria para delimitarlos dentro de un horizonte cualquiera de experiencias.

Ante todo corresponde apuntar que una mostración cualquiera —es decir, un acto por el cual se define algo señalando con el dedo un ejemplar de lo definido—, implica la afirmación de la equivalencia (o quizás, de la sinonimia) entre el *definiendum* y la expresión denotativa con que tratamos de precisar el objeto o hecho indicados. Tales serían expresiones en que se dijera que el derecho es “aquello” que —con todas las reservas del caso— se exhibe en “esta” situación, v. gr.: aquel vecino sentado en aquella plaza, etc. ¿Qué cabe extraer del análisis de tentativas de esta índole, que interpretaré como ensayos de definiciones ostensivas del derecho?

En primer lugar, parece oportuno consignar que la admisión teórica de tales enunciados presupone la aceptación tácita de una tesis ontológica. Pues el ámbito útil de empleo de tales formas definitorias es, normalmente, el de la determinación de un ente individual. En rigor sólo a individuos, en sentido lato, cabe mostrar, señalar, indicar ostensivamente con un gesto, acompañando el gesto con un demostrativo: “esto o aquello es...” Y no sólo ello: tales determinaciones denotativas sólo parecen eficaces con respecto de aquellos individuos que podemos considerar como objetos materiales espacio-temporales, como objetos reales. La mostración de otros géneros de objetos no puede ser entendida, y de hecho no es entendida, sino como una metáfora. No parece posible asimilar en ningún respecto el objeto “derecho”, cuya mostración denotativa es condición de la construcción de una ontología jurídica, con un individuo real. “Derecho”, claro está, es siempre el nombre de una propiedad universal, cuyos argumentos ni siquiera pueden ser objetos individuales en sentido usual.

En segundo lugar, corresponde llamar la atención sobre la extraordinaria imprecisión de los procedimientos de definición ostensiva cuando lo que así se define son hechos (o propiedades de hechos), y no cosas.

(2) *Ibidem*, pág. 23.

Los fenómenos a que alude Cossio en el texto transcrito son hechos. Un hecho, sin embargo, no es un ente individual, en el mismo sentido que lo es esta página que ahora recorre el lector; tampoco por cierto, cabe mostrar hecho alguno prescindiendo de un “punto de vista categorial”, pues los hechos no muestran sino el “perfil” que el interesado destaque. De los hechos, además, si hay intuición, no la hay en el mismo sentido en que parece haberla de los signos gráficos que pueblan esta línea. De ahí que, o bien se niega la posibilidad de intuición sensible de los hechos, como lo hace Moore, o bien se la admite como un acto complejo categorial, como lo hace Husserl.

Pero ello no es lo más grave. Toda definición ostensiva o denotativa requiere una previa determinación conceptual del campo en que se ejercerá la gesticulación indicativa. Por ello, toda definición de este tipo requiere necesariamente el recurso a nombres universales, que tienen que quedar como indefinidos⁽³⁾. Tales nombres universales son, por lo común, predicados de nivel superior al que se aspira a definir ostensivamente. Si, de ese modo, la propiedad cromática “azul” fuera definida como “este color que señalo con el dedo”, es claro que el concepto “color” aparece como un predicado de segundo grado, imprescindible para la mostración del azul en cuestión, con una función selectiva del campo ostentado⁽⁴⁾.

Supongamos, pues, que “ser derecho” es la propiedad que se intenta definir mediante la mostración de algún fenómeno en que se encarnaría. Definir, en este contexto y por lo menos, querrá decir establecer las condiciones necesarias y suficientes que debe satisfacer todo argumento que sea función del predicado mencionado.

El esquema de una definición ostensiva, tratándose de la definición de una propiedad, sería el siguiente: el *definiendum* rezará que algo (por ejemplo, la variable “x”) cuenta con la propiedad que se intenta definir (que simbolizaré: “F”), siempre y cuando que en el *definiens* se mencione alguna cosa (por ejemplo, la cosa o hecho representado por la constante “a”) dotada de una propiedad tal (digamos: “G”), que implique que “x” también la posee; y ello, a condición de que toda propiedad “G” esté incluida en alguna propiedad de segundo orden (por ejemplo: “H”) que sirva de función selectiva del campo.

Si se trata de definir la función predicativa “x es derecho” por vía ostensiva, será menester señalar (y en el enunciado definitorio, nombrar) un dato real “a”, provisto de alguna propiedad que “x” también tenga que poseer. Sea, para retomar los ejemplos de Cossio, “a” una proposición nominalizada que designe un hecho concreto, v. gr.: “Juan fuma en la confitería *hic et nunc*”. Sólo apuntaremos a tal circunstancia objetiva, cuando se pretende definir a partir de ella la propiedad de ser derecho, si se asume que cuenta con algún atributo que “x” también

(3) Cf. K. Popper, *The logic of scientific discovery*, 1959, pág. 75.

(4) Cf. A. Pap, *Semantics and necessary truth*, 1958, págs. 249 ss.

posee. Apuntamos a dicha poco interesante situación porque consideramos que es un caso de conducta humana. Pero tal demostración del hecho concreto que satisface la propiedad de ser conducta humana sólo interesa, a su vez, en la medida en que tal propiedad esté determinada por una propiedad de nivel superior —por ejemplo el “ser intersubjetiva”, o cosa por el estilo— que funciona como esquema selectivo frente a las infinitas propiedades comunes que “a” y “x” pueden exhibir.

Resulta, sin embargo, que el *definiens*, que se estima condición suficiente y necesaria de lo definido, está integrado por lo menos por la conjunción de dos esquemas formales de diverso nivel lógico. Uno está constituido por la proposición que establece que el hecho de ser “a” función de “G”, implica que “x” también lo es. Esta implicación, por sustitución de la variable del consecuente, es obviamente analítica. Si “G(a)” implica a “G(x)”, “G(a)” es implicada por sí misma.

En cuanto a la condición contenida en el *definiens*, que establece universalmente que todo predicado “G” es función de algún predicado “H”, de nivel superior y que sirve de función selectiva, su analiticidad es convencional. Cualquier predicado será función de alguno de orden superior que se escoja al efecto.

El *definiens* de la propiedad “ser derecho” ostensivamente definida, es la conjunción de dos miembros analíticos; todo él, por lo tanto, también lo es⁽⁵⁾.

Si, como se ha intentado mostrar, las condiciones suficientes y necesarias del *definiendum* en cuestión son analíticas, cabe concluir, con lógica elemental, que lo definido también lo será. O sea: que la definición esencial del objeto “derecho” partiendo de la demostración de algún fenómeno en el que radicaría su realidad toda entera, sea ella lo que fuere, no autoriza sino a extenderse en meros desarrollos analíticos sobre el objeto supuestamente definido. Las posibilidades de una ontología material sobre tal base deben descartarse.

Corresponde recordar, como lo ha hecho Carnap, por ejemplo, que toda definición ostensiva es, en última instancia, un avatar de una definición verbal, analítica desde el vamos⁽⁶⁾. Este resultado, creo, tiene algunas consecuencias teóricas graves. Por lo pronto, requiere que se ponga alguna claridad en el fácil recurso a supuestos datos intuitivos en que se pretende fundar, luego, supuestas disciplinas ontológicas. La demostración del dato, requerida para lograr intersubjetividad en el conocimiento, no puede ser un punto de partida eficaz, por no pasar de ser más que un gesto con el que se acompaña una estipulación terminológica⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Cfr., para este desarrollo, el libro de Pap mencionado en la nota anterior.

⁽⁶⁾ Cf. en contra, A. J. Ayer, *The foundations of empirical knowledge*, 1958, págs. 85-86.

⁽⁷⁾ C. I. Lewis, *Mind and the world order*, págs. 78-79; M. Black, *Problems of analysis*, págs. 24-28.

Por otra parte, conclusión tal exige que se ponga en tela de juicio la viabilidad de las supuestas ontologías materiales, ontologías que por cierto se invocan, pero cuyo desarrollo expreso invariablemente se demora so pretexto de la enorme dificultad de la tarea. No es posible, pues, establecer la “esencia” del derecho, ni de ninguna otra cosa, partiendo de la demostración de algún fenómeno en que tal inasible “esencia” se concretaría.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

DOBLE NEGACIÓN Y DOBLE DEROGACIÓN

JORGE A. BACQUÉ

Planteo en estas líneas un caso particular del discutido problema de saber si los principios de la Lógica pueden aplicarse al lenguaje normativo.

Se trata de la aplicación del principio de la "doble negación" a la tarea interpretativa de normas que derogan otras *que eran a su vez derogatorias*.

Mi conclusión es afirmativa. Pienso, por otra parte, que aunque no sea lícito extender esta conclusión a todos los posibles casos de aplicación de los principios lógicos en general a la interpretación de normas, quizás una investigación del funcionamiento de cada uno de estos principios en casos particulares, pueda resultar esclarecedora.

El principio de la "doble negación" expresa la equivalencia de un enunciado, con el mismo enunciado doblemente negado.

(1)	p	Llueve
(2)	¬p	No llueve
(3)	¬(¬p)	No es el caso que no llueve
(4)	¬(¬p) ≡ p	

El principio de la "doble negación" (4) es una forma elemental de razonamiento que, aparte de poder ser probada por el método de las tablas de verdad, resulta intuitivamente obvia, con toda evidencia.

Una vez frente a enunciados, que como los del ejemplo, puedan ser formalizados mediante los esquemas (1) y (3), nada más hace falta para probar su equivalencia (4). Esta no depende de la verdad o falsedad de los respectivos enunciados ni de ninguna otra circunstancia.

Esto ocurre sin ninguna duda cuando se trata de un lenguaje descriptivo del que son ejemplos los enunciados (1), (2) y (3). Veamos ahora, qué ocurre con el lenguaje prescriptivo si queremos aplicar el mismo principio.

Supongamos que una autoridad ordene a un súbdito:
"Es obligatorio que Ud. deje sus libros en el pupitre."

Más tarde, la misma autoridad (u otra) resuelve dejar sin efecto la prescripción anterior:

"No es obligatorio que Ud. deje sus libros en el pupitre."

Y luego, dejar sin efecto la derogación:

"No es válido que no es obligatorio que Ud. deje sus libros en el pupitre."

Estos enunciados pueden ser traducidos a los siguientes esquemas:

5	Op
6	(¬O)p
7	¬(¬O)p

que se leerán "p es obligatorio", "p no es obligatorio", y "no es válido que p no es obligatorio".

Parece evidente que, por lo menos en este caso,

$$8 \quad \neg(\neg O)p \equiv Op$$

pués resultaría un exceso evidente sostener que al decir "no es válido que p no es obligatorio" no se está restaurando la obligatoriedad de p, sino que simplemente se está declarando que ambas normas (5) y (6) han sido derogadas.

Queda por preguntar si lo que acontece en el ejemplo elegido tiene necesidad lógica. Es decir: hay que investigar si la equivalencia (8) entre (5) y (7) no podría ser cuestionada en algunos casos por su inconsistencia con elementos no lingüísticos (incluyendo valorativos) a los que a veces no puede hacer caso omiso el intérprete.

Supongamos, por ejemplo, que un gobierno revolucionario resuelve suprimir el nombre del dictador derrocado con que se designaba una plaza pública e imponerle un nuevo nombre.

La norma válida hasta el momento rezaba:

9 "Designase a la plaza mayor con el nombre de Juan Pérez."

La norma derogatoria diría:

10 "Derógase la norma que designaba a la plaza mayor con el nombre de Juan Pérez y designasela con el de José Rodríguez."

A una nueva autoridad puede todavía ocurrírsele suprimir el nuevo nombre y para ello podrá, quizá, dictar una resolución que dijera simplemente:

11 "Derógase la norma N° 10."

En este caso el intérprete podrá preguntarse: ¿Cuál es el sentido de la nueva norma? Si aplicamos nuestro esquema (8) evidentemente

aparecerá la norma (9) en toda su vigencia y por consiguiente la plaza mayor recuperará su antiguo nombre de "Juan Pérez".

Pero he aquí, que el intérprete advierte que la nueva autoridad, por razones políticas, antecedentes personales, por los motivos en que ha fundado expresamente la nueva resolución (en que pueden haber aparecido frases denigrantes para el tal Juan Pérez) o por cualquier otro motivo, no ha podido querer la renovación de la obligatoriedad de la norma derogada (9), sino que sólo ha querido dejar absoluta libertad para que otro (o ella misma, más tarde) elija el nombre en cuestión.

Sería correcta, sin duda alguna, en este caso, la interpretación de la nueva norma en este último sentido y por consiguiente parecería, a primera vista, inaplicable nuestro principio de la "doble derogación" (8).

No es necesario, por otra parte, buscar ejemplos exóticos (aunque quizá más ilustrativos) como el elegido. Cuando una decisión judicial de segunda instancia, revocatoria del fallo del inferior, es a su vez revocada, en la mayoría de los casos vuelve a primera instancia para diversos efectos, pero no pone (o puede darse el caso de que no ponga) en vigencia la sentencia primitiva en su integridad. Tanto en el orden judicial como en el legislativo y en el administrativo encontraremos ejemplos frecuentes de lo mismo.

¿No se puede aplicar, pues, en el orden jurídico, el principio que hemos llamado de la "doble derogación" (8)?

Creemos que la cuestión nada tiene que ver con este principio cuya validez se mantiene en forma absoluta.

Lo que ocurre es que el lenguaje prescriptivo adolece de ambigüedades tanto como el descriptivo. En el ejemplo de interpretación por contexto y situación que hemos dado, el lenguaje no es unívoco: no se sabe bien qué es lo que se deroga y qué es lo que no se deroga.

Los esquemas proposicionales correspondientes serían:

- | | | |
|-----------------|------|---------------------------|
| Enunciado (9): | (12) | Oq |
| Enunciado (10): | (13) | $Oq \cdot \neg(O)p$ |
| Enunciado (11): | (14) | $\neg(Oq \cdot \neg(O)p)$ |

Pero el enunciado (11) es ambiguo, pues puede recibir por lo menos, otra puntuación:

$$(15) \quad \neg(O)q \cdot \neg(O)p$$

Tal cosa ocurre, sin embargo, con igual frecuencia en el lenguaje descriptivo, y no por ello dudamos en aplicar con necesidad lógica, el principio de "doble negación" (4).

Complicemos nuestro ejemplo de lenguaje descriptivo (1, 2 y 3) tal como hemos complicado nuestro ejemplo de lenguaje prescriptivo.

Supongamos que dijéramos:

- | | |
|------|--------------------------------------|
| (16) | Llueve |
| (17) | No llueve y truena |
| (18) | No es el caso que no llueve y truena |

El enunciado (18) es ambiguo, y puede formalizarse por lo menos de dos maneras:

- | | |
|------|------------------------|
| (19) | $\neg(\neg p) \cdot q$ |
| (20) | $\neg(\neg p \cdot q)$ |

En el primer caso (19) se niega doblemente el primer enunciado y se afirma el segundo. En el segundo caso (20) se niega la conjunción de la negación del primer enunciado con la afirmación del segundo.

Pero, como hemos dicho, esta ambigüedad nada tiene que ver con el principio de la "doble negación" (4).

Me parece que tratándose de lenguaje prescriptivo ocurre lo mismo: una vez que el que prescribe logra expresarse unívocamente, o que el que interpreta elige una determinada posibilidad, desaparecen las dificultades, y aparece claramente la completa y absoluta validez lógica del principio de "doble revocación" (8).

Este principio, vale pues, aun en el caso de ambigüedad de lenguaje que obligue al intérprete a recurrir a medios no lingüísticos de interpretación.

Pero aquí se podrá discutir, tal vez, otra cosa: la cuestión de saber a qué enunciado se debe aplicar el tal principio y a cuál no debe aplicársele. Es a solucionar este problema a lo que debe dedicarse el intérprete. Una vez resuelto aparecerá con mayor evidencia la tesis que sostenemos. Pero esta es una cuestión de hecho que nada tiene que ver con el problema sobre el que aquí hemos discurrido.

UN SUPUESTO PRINCIPIO ABSOLUTO EN JAQUE

GENARO R. CARRIÓ

I

En su trabajo "Doble negación y doble derogación"⁽¹⁾, mi amigo Bacqué postula y defiende la siguiente tesis: Cada vez que por una norma jurídica C se revoca, deroga o deja sin efecto una norma anterior B, que a su vez había revocado, derogado, o dejado sin efecto una primera norma A, ello importa *necesariamente* "restaurar la obligatoriedad" de A. Esta verdad necesaria —sostiene Bacqué— deriva de un principio de "completa y absoluta validez lógica", el "principio de la doble derogación o revocación", que no hace sino reformular, en el campo del lenguaje normativo, el principio lógico según el cual una proposición es equivalente a la que resulta de negar su negación ($p \equiv -[-p]$).

Al fundamentar su tesis, Bacqué destaca que en todos aquellos casos en que el "principio de la doble derogación" parece verse desmentido por ejemplos tomados de la experiencia jurídica, tal apariencia obedece, únicamente, a que el lenguaje normativo no está libre de ambigüedades, y, por ello, no siempre resulta claro qué es lo derogado. Cuando tales ambigüedades se eliminan por interpretación o por decisión, la "completa y absoluta validez lógica del principio", como no podría ser de menos, vuelve a resplandecer.

Lo que sigue no pretende refutar la tesis de Bacqué sino, por decir así, "darle un jaque". Es, en todo caso, una invitación al diálogo polémico, que puede —y debe— ser constructivo.

(1) Ver pág. 10.

II

Imaginemos una comunidad regida por un sistema jurídico en el que hay normas constitucionales que dividen y coordinan la potestad legislativa entre dos órganos, A y B. Las leyes que dicta A son identificadas con números arábigos; las que dicta B, con números romanos. El órgano A tiene atribuciones para dictar leyes de cualquier clase, con esta única limitación: no puede derogar ninguna ley sancionada por el órgano B. Éste, a su vez, únicamente puede dictar leyes derogatorias. Por "leyes derogatorias" se entiende estrictamente eso; es decir, prescripciones que se limitan a establecer: "Derógase la ley 1" o "Derógase la ley II".

Según las normas constitucionales, si B dicta una ley III que deroga una ley 3, A no puede sancionar una ley 4 que tenga el mismo contenido que la derogada ley 3. La sanción de III priva a A de potestades legislativas a ese respecto. Mientras III no sea derogada, el contenido de 3 no puede ser norma obligatoria del sistema. A sólo puede dictar una ley 4 que restablezca como obligatorio el contenido de 3, si B dicta previamente una ley IV derogatoria de III. La derogación de III es condición necesaria, pero no suficiente, para que se reimplante como obligatorio el contenido de 3. Para que esto último tenga lugar es menester, como dije, que A sancione una ley 4 del mismo contenido que la derogada ley 3.

La sanción de IV no restablece, pues, la obligatoriedad del contenido de 3, sino que hace que ello sea posible, removiendo un obstáculo legal que el órgano A no puede válidamente superar. Bien puede ocurrir, empero, que después de dictada IV, A opte por no sancionar 4 (la ley con el mismo contenido que 3), ya porque piensa que eso es lo que quiere B y no desea darle el gusto, ya porque ha cambiado su valoración, o las circunstancias, y ahora no estima conveniente introducir en el sistema una regla que reproduzca el contenido de 3. Pero no es necesaria esta suposición adicional para que podamos decir que, dentro de ese sistema, la derogación (por IV) de una ley anterior (III) que a su vez derogó una primera norma legal (la ley 3), no equivale a restaurar la obligatoriedad de ésta.

III

Supongamos ahora que en tres órdenes jurídicos distintos, X, Y y Z, hay reglas relativas a la revocación de testamentos, que ofrecen las siguientes características:

a) En el orden jurídico X las reglas disponen que si una persona testa, revoca después su testamento mediante otro, y luego revoca el segundo testamento con un tercero, este último acto importa "hacer

revivir" el primer testamento, cualquiera haya sido el contenido del segundo.

b) En el orden jurídico Y, en cambio, las reglas establecen que el último acto sólo importa "hacer revivir" el primer testamento si el segundo se limitó a retractar el anterior. Si el segundo testamento incluyó además otras disposiciones, el último acto de revocación no produce aquel efecto, salvo que el testador haya declarado en él, en forma expresa, que tal es su voluntad. Si no ha hecho esa declaración y fallece sin haber otorgado otro testamento, sus bienes se dividirán según las reglas de las sucesiones intestadas.

c) En el orden jurídico Z, por último, la última revocación nunca importa "hacer revivir" el primer testamento, cualquiera sea el contenido del segundo, y aunque medie declaración expresa del testador diciendo que esa es su intención. (Esta declaración puede valer *per se* como nuevo testamento, si reúne las condiciones legales, pero ese es otro problema). Si fallece sin haber otorgado otro testamento, sus bienes se dividirán según las reglas de las sucesiones intestadas.

IV

¿Basta o no el ejemplo imaginario del apartado II para refutar la tesis de que el llamado "principio de la doble derogación o revocación" posee "completa y absoluta validez lógica"? Y en cuanto a los ejemplos no del todo imaginarios (2) del apartado III, ¿pueden ser analizados de tal manera que no afecten la fuerza de dicha tesis, o, por el contrario, ellos muestran la necesidad de atenuarla? No sería adecuado desarrollar aquí una respuesta completa a estas preguntas; quizás otros —y entre ellos, muy especialmente, el profesor Bacqué— quieran contestarlas. Pero como tampoco estaría bien que concluyera esta nota sin haber dicho nada positivo, agregaré lo siguiente:

El llamado "principio lógico de la doble derogación" es presentado como una equivalencia de aserciones que expresan que ciertas prescripciones son (o no son) normas jurídicas obligatorias. Los enunciados de este tipo *presuponen* la existencia de un orden jurídico y, típicamente, la de ciertas reglas del mismo que suministran los criterios para decidir si una determinada prescripción es (o ya no es más) una regla de ese orden jurídico.

Pues bien, la equivalencia afirmada por la tesis del profesor Bacqué *presupone*: a) que existen determinadas normas jurídicas positivas con arreglo a las cuales la prescripción "Derógase la ley 2 (que derogó la ley 1)" surte, en las circunstancias que aquéllas determinan,

(2) Ver art. 3831 del Cód. Civ. Argentino, su nota, y los comentarios de Machado (t. X, págs. 376 y ss.) y Llerena (t. X, págs. 259 y ss.).

los mismos efectos jurídicos que la prescripción "Sanciónase la ley 1", o b) por lo menos, que no existen normas del sistema que se opongan a esa conclusión. Por lo tanto la validez del supuesto "principio lógico" no tiene el carácter "completo y absoluto" que se le atribuye, ya que ella está condicionada por la existencia de normas jurídicas positivas de determinado contenido.

Para preservar la "validez absoluta" del principio, haciéndola independiente del contenido de las normas del sistema jurídico, hay que *redefinir* las vagas palabras "derogar" o "revocar", y adjudicarles un significado muy estricto, distinto del que el uso de los juristas les atribuye. Así, diremos que una norma ha derogado o revocado otra si la primera ha tenido por efecto restablecer la obligatoriedad de las normas derogadas o revocadas por la segunda, y nos rehusaremos a hablar de derogación o revocación en caso contrario. Esta redefinición (o adjudicación de un sentido preciso y estricto a esas palabras vagas) es, claro está, una maniobra posible. Pero no se advierte qué ventaja trae aparejadas, ni qué tendría de interesante un "principio absoluto" que la requiere.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

LOS ACUERDOS PLENARIOS COMO FUENTES FORMALES DE NORMAS GENERALES

REMO F. ENTELMAN

Tal vez en esta materia, como en muchas de las que provocan debates en la ciencia del derecho, valga la pena iniciar la referencia al tema con una aclaración terminológica. ¿A qué se hace referencia cuando, de sólo, se pregunta si la jurisprudencia de los tribunales es o no fuente del derecho? Fuerza sería precisar, para responder a esa pregunta, qué se entiende por fuente o a cuál de las acepciones de esa expresión polivalente se hace referencia en el aludido contexto. La brevedad impuesta a estas líneas no permite ni siquiera el examen de las diversas significaciones de la expresión. Pero al menos, para centrar el problema, es necesario decir que en el lenguaje jurídico con los aditamentos formal y material, respectivamente, la expresión "fuente" significa dos cosas claramente distintas.

Fuente formal es todo acto creador de normas. Desde luego la fuente formal es siempre un acto humano, el acto de un órgano. Es decir, la conducta humana que una norma superior ha descripto como conducta creadora de normas inferiores, que lo son tales, precisamente por depender su validez de aquella que instituye el órgano creador y que por ello, se define como superior en la escala jerárquica del agrupamiento normativo.

Fuente material, es en cambio, una expresión que menciona en forma indiferenciada, objetos de muy distinta índole, unificados en este concepto por su común destino de influenciar en el órgano cuya conducta es fuente formal, para la determinación del contenido de la norma. De allí que fuente material sea tanto una norma nacional o extranjera, positiva o postulada, vigente, derogada, caída en desuso o hecha historia, como la opinión de un científico, las creencias religiosas del órgano, su concepción política y las mil causas que puedan psicológicamente influenciar la voluntad de aquél cuya conducta creadora debe determinar el contenido de la norma. Tanto si esa determinación ha de efectuarse dentro de límites demarcados por la norma superior, cuando ésta no se

limita a establecer el órgano y le impone además ciertos contenidos como cuando la institución del órgano no se formula con ninguna determinación de contenido.

El problema de la jurisprudencia como fuente, no es, a la luz de este esclarecimiento sobre el sentido de las expresiones, el de saber si ella es o no fuente material. Esta cuestión tiene respuesta empírica en el hecho cotidiano de la influencia que ciertos fallos ejercen en la decisión del contenido de otros.

A lo que se hace referencia cuando se pregunta por la jurisprudencia como fuente de derecho, es a la cuestión de saber si ella es fuente formal. Es decir, si los actos de los jueces al sentenciar crean o no normas. Y valga de nuevo la aclaración requerida esta vez por la ambivalencia de la expresión norma jurídica, en cuanto ella es un concepto genérico. Formulada la pregunta como antes se transcribe, puede referirse tanto a la creación de normas generales como a la de normas individuales. Y que la conducta de los órganos judiciales es fuente de normas individuales —de sentencias— no constituye virtualmente tema de debate en el presente estado de la teoría general del derecho, pese a la polémica años atrás suscitada sobre el tema, de la que nuestro medio ambiente fue, incluso, epicentro.

Se trata, al interrogar sobre la jurisprudencia como fuente de derecho, de saber si los fallos de los Tribunales son o no *fuentes formales* creadoras de normas generales.

A estar a la definición, por así llamarla, con que hemos delimitado el sentido de la expresión *fuentes formales*, es obvio que para que la jurisprudencia lo sea de normas generales, se requiere que otra norma de grado superior, por lo menos del nivel de la que instituye a los jueces como órganos, haya facultado a éstos para dictar normas generales.

Aquí nace el tema de este artículo.

Resulta claro que la norma procesal que prevé la unificación jurisprudencial, con fuerza obligatoria para los fallos subsiguientes, con respecto a los jueces de todas las instancias en la jurisdicción en que se produce la unificación, *faculta a los órganos judiciales unificadores a crear normas generales*.

La forma en que la doctrina trata en general el tema de los diversos procedimientos de unificación de jurisprudencia —casación, acuerdos plenarios, etc.—, las exposiciones de motivos del legislador, y los textos de las mismas normas, hace sospechar que no existe, en el ámbito científico y forense, clara convicción de que los procedimientos de excepción a que se hace aquí referencia, convierten a la jurisdicción en fuente formal de normas generales, la facultan a crear "leyes en sentido material", al margen del principio genérico de división de poderes que informa nuestra organización constitucional, en cuya virtud la función jurisdiccional sólo actúa como contralor de la legitimidad, en sentido amplio, de los actos de otros órganos, a quienes en la división del trabajo

social, se encomienda la función creadora de normas generales. El sentido político de esta división, informa la doctrina de Montesquieu.

En nuestro país, en el orden nacional, el sistema de la unificación obligatoria de la jurisprudencia, previsto en la constitución de 1949 por medio de la casación, y nunca puesto en vigencia, ha sido establecido en cambio por dos normas sucesivas, contenidas en cuerpos destinados a reglar la organización de los Tribunales.

El primero de ellos, la ley 13.998, previó los acuerdos plenarios de los Tribunales Nacionales para la unificación de la jurisprudencia y la obligatoriedad de los fallos dictados en esos acuerdos, para todos los jueces de las diversas instancias de las respectivas jurisdicciones.

La existencia de esa norma permitió entonces afirmar que la jurisprudencia de los Tribunales Nacionales —cuando plenaria— era *fuentes formal de normas generales* como lo es la legislación.

Es decir que los jueces nacionales de Cámara, reunidos en acuerdos plenarios de conformidad a ciertos procedimientos y bajo ciertos requisitos, *son creadores de normas generales como lo son los Diputados y los Senadores que sancionan una ley de acuerdo a ciertos procedimientos establecidos en la Constitución*. No se trata aquí de debatir la constitucionalidad de una delegación legislativa de tal naturaleza. La necesidad de establecer procedimientos unificatorios de la jurisprudencia, para obtener que el ordenamiento garantice la mayor seguridad posible, en cuanto este valor se realiza en la certeza de los particulares sobre las normas vigentes, ha hecho ver a esa delegación como razonable y compatible con nuestro régimen constitucional.

Sin embargo, la innovación procesal introducida por el Decreto número 1285/58, que sustituye a la ley 13.998, crea una seria duda sobre la compatibilidad del sistema vigente a partir de la sanción de ese decreto, con el régimen constitucional en el que la delegación de la facultad de crear las normas generales en que en el fondo consisten los acuerdos plenarios obligatorios sólo es admisible en la medida en que las normas así creadas no escapen al régimen de contralor judicial, que nos es esencial. Y bien, algunos de los requisitos establecidos por el Decreto 1285/58, hace que en determinados supuestos las normas generales creadas por los acuerdos plenarios no sean susceptibles de revisión judicial. En efecto, la ley 13.998, al igual que casi todos los sistemas conocidos de casación, determinaba la obligatoriedad de las normas generales creadas por los acuerdos plenarios. O mejor, convertía los acuerdos plenarios en verdaderas normas generales al declararlas obligatorias para otros casos futuros, pero permitía la revisión de esos acuerdos, sin establecer limitaciones que llegaran a hacerle imposible al particular afectado por la norma originada en un acuerdo plenario, cuestionarla y obtener una decisión judicial sobre sus agravios.

El decreto 1285/58 en cambio, condiciona el derecho de los particulares a pedir una decisión del Tribunal en pleno para unificar la jurisprudencia (que es lo mismo que decir para crear una norma ge-

neral), al requisito de la invocación de antecedentes jurisprudenciales contradictorios, emanados de las salas que integran el Tribunal.

Tal requisito no resulta cuestionable en absoluto, en cuanto él debe cumplirse para crear una norma general, para provocar la actividad del órgano complejo —Tribunal en pleno—, que habrá de crear la norma general. Pero en cambio, se convierte en frustratorio del derecho de los particulares al contralor judicial de legalidad cuando por el propio juego de las normas la invocación se hace imposible para provocar la actividad del mismo órgano o de otros tendientes a pronunciarse sobre el agravio que la norma general de factura judicial puede inferir al particular. Las cosas, en el juego de las disposiciones vigentes ocurren así: cuando el Tribunal en pleno, reunido a instancia de una de sus salas, o por virtud del recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por un particular, previo el cumplimiento del requisito de invocar jurisprudencia contradictoria, unifica la jurisprudencia, “la” interpretación de la ley que del acuerdo resulte, es obligatoria para todos los jueces inferiores y para las sendas salas del Tribunal.

En consecuencia, y he aquí la novedad de este régimen frente a su predecesor establecido por el art. 28 de la ley 13.998 y en general al sistema de casación, ningún particular podrá provocar un acuerdo plenario para discutir la interpretación de esa norma general emanada del anterior acuerdo unificador, salvo que una de las Salas del Tribunal pese a su obligación de aplicar la norma emanada del acuerdo, se aparte de tal deber y dicte una sentencia que cree, para el caso particular de que se trate una norma individual contradictoria con aquella emanada del Tribunal Plenario. Tal circunstancia, resulta, por un lado, poco probable y de allí que dictado un “plenario” sea hecho imposible encontrar antecedentes de fallos contradictorios que permitan la formulación del recurso de inaplicabilidad con que la ley faculta a los particulares al convocar al Tribunal a acuerdo plenario. Por otro lado, el sistema contiene en sí un irritante apartamiento del principio general por el que se procesa al contralor judicial de legitimidad, en virtud del cual, tanto es recurrible una resolución cuando aplica la norma, como cuando se aparta de ella. En el caso que nos viene ocupando, sólo podrá recurrirse a una sentencia de Sala por inaplicabilidad de ley, si ella no aplica la norma emanada de un acuerdo plenario, cuya aplicación le es obligatoria. Pero no será susceptible de ese recurso si la aplica, ya que el recurso requiere la invocación de precedente contradictorio.

Las normas procesales que sólo permiten la revisión de la sentencia cuando no aplican la ley, pero no cuando la aplican, tienen el claro sentido de limitar el derecho de defensa en juicio, y son por ello contrarias a la garantía de ese derecho que nuestra constitución contiene. Cuando han sido utilizadas, como en el reciente decreto 4874, han mediado razones políticas, que han motivado a órganos legislativos de facto, sin demasiado apego al respeto que los derechos esenciales me-

recen en nuestra organización institucional. La imposibilidad que se crea para los particulares de obtener la revisión judicial de una norma general de origen jurisprudencial, como les es posible en materia de normas emanadas del congreso, se ha empeorado aún por la jurisprudencia interpretativa que algunos de los Tribunales Nacionales y la Corte Suprema han hecho de las normas del decreto 1285.

El Superior Tribunal Nacional, ha creado ya una línea de fallos en los que sistemáticamente considera irrevisible a nivel constitucional las decisiones de las Cámaras de Apelaciones en pleno que denieguen los recursos de inaplicabilidad, es decir, que denieguen los pedidos de convocatoria del Tribunal a acuerdo plenario formulados por los particulares. Ello siempre que esté garantizado el procedimiento que permita la decisión de la procedencia o improcedencia del acuerdo plenario no surja de la Sala, sino del Tribunal en pleno, al que sea accesible la interposición de una queja contra la denegación del recurso de inaplicabilidad. (Fallos: 250:815; 250:120; 248:403, etc.)

Por su parte, algunos tribunales, como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, no sólo exigen para convocar el acuerdo plenario el antecedente contradictorio de una decisión de Sala (virtualmente imposible cuando lo que se busca es la revisión del acuerdo, es decir el contralor judicial de la norma general emanada de tal acuerdo). Exigen también que el antecedente contradictorio emane del Tribunal, en su actual composición, con lo cual crea un nuevo escollo procesal a la garantía de contralor judicial (LL, 101:532; 101:631; 107:770; 107:829, etc.).

Queda descartada así totalmente, la posibilidad de que un fallo previo y contradictorio con la norma emanada del acuerdo plenario pueda servir luego, como elemento formal para provocar la convocatoria del tribunal a un nuevo acuerdo destinado a rever.

La situación que planteamos dista mucho de ser una mera especulación teórica. La norma emanada de un acuerdo plenario es una norma general, por mucho que ello no se diga con estas palabras. Y a pesar de ser una norma que ni siquiera crean los órganos constitucionales encargados de dictar leyes generales, los particulares no pueden obtener su revisión judicial. Se podría decir que ya el Tribunal encargado de reverlo, ha estudiado todas las situaciones posibles al analizar los fallos contradictorios que provocaron el acuerdo unificador. Pero es el caso que luego esos acuerdos unificadores, o mejor las normas generales que de ellos emanan, son objeto de interpretación por los tribunales inferiores o de las Salas del Tribunal Superior, que van declarando circunstancias generales por las cuales ciertos casos quedan excluidos de la norma emanada del acuerdo, con lo cual no llegan a dictarse sentencias contradictorias en el sentido que los tribunales han dado en el requisito del art. 28 del decreto 1285. Nos hallamos así frente a interpretaciones judiciales de una norma general que no pueden ser objeto de revisión, por ser la norma general emanada de un acuerdo judi-

cial, mientras que sí pueden serlo por el propio régimen del recurso de inaplicabilidad, las interpretaciones contradictorias de otra norma general que emane del poder legislativo.

Estas líneas han tenido por objeto, demostrar que en el caso de los acuerdos plenarios unificadores de jurisprudencia, la jurisdicción es fuente formal de normas generales. Pretende, además, mostrar una deficiencia de la organización del recurso tendiente a provocar tales acuerdos en nuestra justicia nacional, que será preciso modificar para hacer al régimen compatible con nuestro sistema constitucional. Tal vez sirva también para que, puesto en evidencia el problema a los tribunales, éstos provean los medios de hacer viable los recursos en aquellos casos en que el formalismo debe ceder a las garantías de fondo que puedan lesionarse con excesivo apego a ritos restrictivos de la inconveniente multiplicación de los recursos.

Es lo que ha hecho generalmente la Corte Suprema cuando los problemas se han planteado correctamente.

De allí que sólo se haya apartado de su principio de no rever las decisiones de la Cámara de Apelación en lo Nacional sobre procedencia o improcedencia de los recursos de inaplicabilidad, cuando, en el fuero de la Justicia Nacional de Paz de la Capital Federal abrió el recurso extraordinario para declarar que la jurisprudencia del Superior Tribunal de aquel fuero, que no permitía recurrir en queja de las denegatorias de Sala a la interposición del recurso de convocatoria, es inconstitucional (Monetti c/Do Picco).

COMENTARIOS SOBRE "THE BLUE BOOK"
DE L. WITTGENSTEIN

AMBROSIO L. GIOJA

La pregunta por el sentido de una palabra es una pregunta oscura. A poco que nos interese entender en algo lo que allí se pregunta nos enredamos con los vocablos y se nos ocurre que el intento de contestación tiene que desenvolverse en una esfera profunda de muy extrañas características. ¿Es nuestro interrogante un querer aprehender el sentido del "sentido"? ¿No es ello un vano anhelo en círculo? ¿No presupone nuestra pregunta por el sentido del "sentido" la comprensión previa del sentido del "sentido del sentido"? ¿Qué raro objeto es este sentido que huye retrocediendo cada vez que deseamos ponerlo ante nuestra vista?

Sin embargo a menudo trabajamos con la expresión "sentido" sin que se produzca esta clase de rompecabezas. De ninguna manera nos encontramos enfrentados a un difícil acertijo cuando, un inglés nos pregunta por el sentido de la palabra castellana "mesa", si conocemos el idioma de aquél. Nuestra contestación: "mesa significa table" es plenamente satisfactoria. Y si en un curso de Física un alumno pregunta por el sentido técnico de la palabra "velocidad", la respuesta del profesor afirmando que "velocidad es espacio sobre tiempo" no señala apuros especiales por parte de ambos en la comprensión del vocablo "sentido".

En consecuencia pareciera conveniente iniciar una investigación acerca del "sentido" intentando contestar en primer lugar no la pregunta: ¿qué es el sentido de una palabra?, sino la pregunta: ¿qué es explicar el sentido de una palabra? Al fin y al cabo, "sentido" es también una palabra y por consiguiente la solución de nuestro nuevo interrogante debe señalar la solución del primero. Con el agregado que esa formulación nos vuelve a traer a la superficie de la tierra impidiendo que nos desorientemos en profundidades o alturas inaccesibles.

Por cierto que a veces surge también la pregunta por el "sentido" no ya de una palabra sino de un cuadro. Es común que personas alejadas de la pintura afirmen con molestia el sin sentido de muchos trabajos pic-

tóricos pertenecientes a escuelas modernas. Pero toda polémica que se produzca sobre la necesidad o no de la existencia de un sentido en la pintura, en su persecución de la belleza, se desenvuelve admitiendo, como un lugar común, que las imágenes tienen sentido, y se discute solamente si ellas son imprescindibles o cabe una realización de carácter no figurativo dentro de ese tipo de obras de arte.

En otras ocasiones hablamos, aún, del "sentido" de ciertos hechos. Poniendo aparte todo lo referente a síntomas, señales, símbolos, etc., en ciertos momentos nos preocupa el sentido de algunas cosas que se nos presentan en carne y hueso. Se trata de objetos que aunque estamos percibiéndolos no se nos entregan sino en la forma oscura de cosas muy indeterminadas. ¿Qué es esto? ¿Qué sentido tiene?, podrían ser las expresiones que correspondiesen a nuestros estados de ánimo en esos momentos.

Ahora bien, en estas investigaciones quedan de costado todos estos "sentidos" de imágenes y "sentidos" de cosas. La descripción se centra únicamente sobre el "sentido" de las palabras en su función comunicativa. Sin perjuicio de que aquellos "sentidos" sean abarcados por la investigación inmediatamente se traduzcan en palabras dirigidas a otras personas.

Pero volvamos a la pregunta: ¿Qué es explicar el sentido de una palabra? Trataremos de contestarla describiendo el proceso que se efectúa cuando se contestan preguntas que piden por el sentido de un determinado vocablo.

Si alguien pregunta a otro por el sentido de la expresión "gambox", por ejemplo, puede ser que se le conteste diciendo: "gambox significa cambuj". Si aquél continúa preguntando por el sentido de la expresión "cambuj" entonces podría volver a ser respondido: "cambuj significa antifaz". Es posible que la curiosidad por el sentido de "gambox" haya sido satisfecha de esa manera. Es posible que no. Si suponemos que la persona de las preguntas es un niño de corta edad quizá la última contestación no cierre su juego sino que desee continuar interrogando, ahora, sobre el sentido de la expresión "antifaz". Claro que cabe continuar contestando que: "antifaz es una mascarilla" y así en adelante. Pero se puede contestar por el sentido de antifaz mostrándole un objeto de esa clase y diciendo: "esto es antifaz".

Ambos procedimientos son los que han permitido la conocida clasificación de las definiciones en definiciones verbales y ostensivas. Se trata de una clasificación muy grosera pues debajo de sus divisiones están escondidas maneras de explicar el sentido de las palabras bastante diversas a las que nos han servido de ejemplo. De cualquier forma y reduciéndonos a los tipos de procedimientos semejantes a los expuestos, podemos afirmar que la explicación del sentido de una palabra se resuelve con la emisión de otra palabra o con la indicación de un objeto acompañada con las palabras: "esto es...".

Así las cosas, pareciera que explicar el sentido de una palabra consistiría en enseñar el uso que cabe realizar con ella dentro de un lenguaje. Dicha enseñanza puede ser impartida sea por medio de ejemplos, sea por medio de recompensas, sea por medio de castigos, etc. Sin embargo los métodos más comunes consisten: en la enseñanza verbal de las reglas de su uso en donde, como forma particular de la misma, encontramos a la definición verbal; y en la enseñanza demostrativa de palabras en donde, como forma particular, encontramos a la definición ostensiva.

Empero nuevas confusiones parecen producirse inmediatamente, pasamos de la situación de la persona que explica el sentido a la situación de la persona que recibe la explicación. ¿No es necesario que esta última haya interpretado de cierta manera la palabra definida cuando afirmamos que ha aprehendido su sentido? ¿E interpretar, no es una extraña actividad de la mente que produce dicho sentido? ¿Qué especialísimo objeto es este sentido que coexiste con la expresión verbal? La elucidación del problema se puede conseguir por medio de la descripción del proceso que llamamos "interpretación del sentido".

Si interpretar el sentido de una expresión consiste en aprehender ese sentido, interpretar o aprehender el sentido, dentro de nuestra investigación, es el resultado que se intenta conseguir por medio de las definiciones verbales u ostensivas. Pero la definición verbal pareciera no permitirnos llegar al fondo de nuestro problema pues el aprendizaje del sentido de un vocablo lo trataríamos de conseguir con la enseñanza de otro vocablo cuyo sentido se conoce quedando, en consecuencia, sin esclarecer el aprendizaje del sentido de este último. Mientras que la definición ostensiva, con su recurso indicativo del objeto, hace que la tengamos como un punto final del proceso de interpretar.

Tomemos como ejemplo de definición ostensiva para nuestros fines, la siguiente: Alguien que quiere explicar a otro el sentido de la palabra "tove" le señala con el dedo un lápiz y le dice: "esto es tove". La descripción del proceso de interpretar podría continuarse así: el que recibe la explicación cabe que interprete esa definición como: "esto es un lápiz"; "esto es redondo"; "esto es madera"; "esto es uno"; etc. Aquí el proceso de interpretar o aprehender el sentido de una palabra no es otra cosa que el proceso que llamamos: "traducir una palabra a otro lenguaje de palabras".

Es cierto que nos encontramos con una novedad. La interpretación que hemos descripto, provocada por la definición ostensiva, se nos ha dado como equívoca. Mas podría ser que los distintos sentidos aprehendidos, tienen su razón en que esta interpretación presupone otro lenguaje con variadas palabras. ¿Qué hay de cierto en esto?

Procurémosnos otro proceso interpretativo. Utilicemos para ello una definición ostensiva de un objeto desconocido para el que recibe la explicación.

Supongamos que a cierto objeto nunca visto por él lo señalamos diciendo: "esto es un banjo". Entonces es posible que la palabra "guitarra" surja en su mente, puede también surgir la imagen de un instrumento similar al banjo mostrado o no surgir nada. Si en esa situación le pedimos que elija un banjo, presentándole diversos instrumentos, y elige lo que nosotros llamamos "banjo", entonces afirmamos que ha interpretado correctamente la palabra. Si toma algún otro instrumento de cuerdas, decimos, entonces: "interpretó banjo" como significando "instrumentos de cuerdas". El proceso de interpretar o aprehender el sentido de una palabra no es aquí otra cosa que el proceso que llamamos "elegir a pedido de alguien".

Pero la nueva interpretación que hemos descripto provocada por la definición ostensiva se nos ha dado también como equívoca.

Frente a estas situaciones podemos afirmar en cada caso: "él le ha dado a la palabra "tove" (o a la palabra "banjo") esta o aquella interpretación", y cuando así afirmamos estamos inclinados a admitir en forma oscura un acto especial de interpretación al lado de las actividades descriptivas de traducir o de elegir. En realidad no se necesita la existencia de tal acto especial para nada, y haber aprehendido el sentido no es otra cosa que haber aprendido cómo usar dentro de cada juego de lenguaje la palabra en cuestión. Los juegos de lenguaje tenidos en cuenta para estudiar el proceso de la interpretación han sido en este contexto el juego de "traducir" y el juego de "elegir a pedido de un tercero" (1).

(1) Estos comentarios corresponden a las ideas expuestas en las páginas 1 y 2 del libro titulado *Generally known as The Blue and Brown Books* por Ludwig Wittgenstein, Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1958.

ALGUNAS IDEAS SOBRE "LO JUSTO" EN "EL UTILITARISMO"

ELVIRA L. GARGAGLIONE

Varias veces en el curso de su libro *El Utilitarismo*, Stuart Mill usa el vocablo "justo" o "justicia". En todas ellas salvo en el último capítulo lo emplea como sinónimo de "bueno".

Así dice: "uno pensaría que un criterio de lo *justo o injusto* debería ser el medio de establecer lo que es justo o injusto (pág. 21) o las acciones son *justas* en la medida en que tienden a promover la felicidad (pág. 29); y más adelante "las acciones son *buenas* como medios para llegar al último fin... (pág. 77).

Interesa recordar que la doctrina utilitarista enuncia el principio de la mayor felicidad o ausencia de dolor como el credo o fundamento de la moral. La relación entre "bueno" y "felicidad o placer" es directamente proporcional. Una acción es tan buena o tan justa según la felicidad que produce.

Durante todo su libro Mill trata de mostrar esta relación que a él se le da como absoluta aportando pruebas y ejemplos en su favor.

Llama entonces la atención el último capítulo que se titula "Sobre la relación que existe entre la justicia y la utilidad". Recordemos que, si como dijimos y se desprende del texto, ha usado los términos "justicia" y "bondad" como sinónimos, no ha hecho más que ocuparse de este problema.

Cabe preguntar entonces si Mill ha querido en última instancia asignarle un sentido diferente a ambos.

Comienza el capítulo declarando la existencia de un poderoso "sentimiento de justicia" parecido a un instinto y analiza los atributos comunes o bien, busca los atributos comunes que deberían existir en los objetos y acciones cuando aparece este sentimiento.

Encuentra que el término es absolutamente ambiguo y que resulta difícil aprehender "el enlace común e ideal que une todas esas situaciones". Entonces recurre a la etimología de la palabra a fin de lograr en definitiva el sentido de la misma.

Advertimos que su análisis se bifurca entre lo correspondiente a la situación objetiva y el sentimiento que aparece en determinadas circunstancias. Mill sostiene que no es índice de la existencia de alguna característica en la objetividad, o bien algún atributo en los objetos o situaciones, la real aparición del sentimiento de justicia. En la situación objetiva estima que la idea de justicia se da cuando existe la posibilidad de exigir el cumplimiento de la conducta si no se efectúa la que corresponde por justa, y además, fundamentalmente, cuando es posible castigar al que ha actuado injustamente.

Recién cuando se ocupa del "sentimiento de justicia", es decir de la situación subjetiva, vuelve a buscar la relación que puede haber entre la justicia y la conveniencia, o sea el principio utilitarista.

Debemos tener en cuenta que "el sentimiento de justicia" pone en crisis la doctrina utilitarista para el autor; ya que advierte que el mismo no acompaña o no se presenta conjuntamente con las situaciones en que se cumple aparentemente la doctrina. Por ello le quita todo su valor ético y lo subordina al criterio de la conveniencia.

Dice: "el sentimiento no tiene nada de moral, lo moral es su subordinación exclusiva a las simpatías sociales" (pág. 104). El fundamento de su tesis es justamente la existencia increíble de opiniones tan diferentes sobre lo que sea justo. En este sentido la forma de argumentación de Mill es similar a la de Kelsen cuando se refiere al problema.

Así dice: "¿cuántos y cuán irreconciliables son los criterios de justicia" (pág. 115), o "¿cuántas nociones contrarias de la justicia surgen a la luz en el momento de discutir la proporción de castigo adecuado a la ofensa" (pág. 113).

Llega entonces a la conclusión de que aún cuando existe tanta disparidad en la aplicación del término justicia, en general el mismo funciona en todos los casos en que nos encontramos en presencia de necesidades sociales muy importantes que consideradas colectivamente ocupan un lugar elevado dentro de la escala de la utilidad social (pág. 123).

Es decir que, teniendo presente toda la estructura de Mill en su libro, habría cambiado el sentido del término justicia. Primitivamente, significando "bueno", se podría predicar el término a todas las acciones o hechos conducentes a la felicidad general que serían en este caso "buenos como medios" o bien a la felicidad o placer en sí mismo que sería lo único "bueno como fin". Por supuesto dejamos de lado todas las observaciones que han merecido las explicaciones dadas por Mill a los usos de "bueno como medio" y "bueno como fin". (Ver *Principia Ethica*, Moore, pág. 65.)

Ahora "justas" no son todas las acciones conducentes a la felicidad general, sino aquellas que, por satisfacer las necesidades sociales más importantes son las realmente relevantes en la obtención del bienestar común, y por ello mucho más imperativas en sus exigencias.

El sentimiento de justicia es mucho más acentuado que el que puede

acompañar la satisfacción de otras necesidades de menos implicancia social (*El Utilitarismo*, pág. 125).

Como vemos, Mill ha hecho una diferencia entre "lo bueno" y "lo justo". Claro es, que su interpretación del término justicia no es la única y tal vez tampoco la más general. En efecto, se la vincula casi siempre al problema del derecho como lo ha enfocado el mismo Mill en una parte de su trabajo, y más que nada a la aplicación igualitaria o bien objetiva de reglas generales; es decir a lo que estamos acostumbrados a llamar "legalidad".

En este aspecto el significado o la aplicación más unívoca sin duda del término, "con toda su solución referida al contenido de otros principios es justamente que se usen aquellos criterios que se considera deben usarse en la resolución del problema". Algo así como asegurar la imparcialidad, o bien la igualdad de tratamiento, o la objetividad en la solución.

Lo que nos ha interesado en este trabajo es solamente poner de manifiesto la diferenciación, si se quiere no muy importante, hecha por Mill entre el sentido de "bueno" y el sentido de "justo". Pero también advertir que no hemos encontrado estudios definitivos sobre esta cuestión. En rigor de verdad casi siempre se habla en forma confusa sobre el particular usando generalmente ambos términos en forma sinónima.

No nos atrevemos a decir si realmente significan lo mismo o si se le da el mismo uso lingüístico siempre. Al contrario nos parece que no es así. En el lenguaje común diríamos que "justo" reemplaza en forma más usual a "correcto" y que éste es un adjetivo más aplicable a los medios que a fines. Es decir, que "justo" sería de mejor uso cuando se lo predica a técnicas o procedimientos; o bien a conductas, y "bueno" es más usual si lo aplicamos directamente a los fines, o fin último.

Hart (*El concepto del derecho*, pág. 196) dice que "la justicia solo ocupa un segmento de la moral; ... siendo «justo» e «injusto» formas más específicas de crítica moral que «bueno» y «malo»". El ha hecho, como vemos, una distinción entre ambos conceptos, dando a "bueno" mayor extensión que a justo.

En estas líneas sólo hemos querido recordar que tenemos un problema en el sentido de justo y de bueno respectivamente, cuyo estudio tal vez sea de incalculable provecho dentro de la Ética.

NATURALEZA Y FUNCIONES DEL EJEMPLO EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

RICARDO A. GUIBOURG

I. INTRODUCCIÓN

Si existe un modo clásico de razonamiento jurídico —no es arriesgado decirlo— es la ejemplificación. Desde los más antiguos tratados de Derecho romano (recuérdense aquellos nombres de Cayo, Ticio y Sempronio, de que echaban mano continuamente los jurisconsultos) hasta el más contemporáneo de los textos de derecho aeronáutico, el ejemplo es una presencia constante en el quehacer de los juristas: salta a cada página para mostrarnos, a despecho de abstracciones más o menos confusas, la evidencia de su vívida realidad.

Cabe, pues, ensayar sobre este punto una investigación epistemológica y preguntarse:

- 1º ¿Qué es un ejemplo?
- 2º ¿Para qué sirve?
- 3º ¿Cómo funciona?

Si logramos responder satisfactoriamente a estas incógnitas, habremos obtenido un instrumento metodológico que habrá de preservar de algún modo nuestra objetividad contra razonamientos falaces, interesados o meramente insuficientes.

Desde luego, no podríamos limitarnos al aspecto jurídico del ejemplo sin arrostrar los peligros de toda parcialización de un problema, y por tanto hemos de tomar el ejemplo en general como objeto de la investigación, sin perjuicio de aplicar sus conclusiones a cualquier campo específico del conocimiento.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN

Antes de entrar al examen sistemático del razonamiento ejemplificativo, cabe llevar a cabo algunas observaciones primarias que puedan servirnos luego como base de investigación, a saber:

A) CARÁCTER ACCESORIO. — Ante todo, el ejemplo no aparece nunca solo. Es siempre ejemplo “de algo”. Es un recurso auxiliar que sólo se da en relación con otro juicio, con una expresión genérica a la cual sirve y complementa de alguna manera.

Ejemplos:

- 1) “Cuando se trata, para Sócrates, de definir, de llegar a la esencia de algún concepto, sale de su casa, se va a la plaza pública de Atenas, y a todo el que pasa por delante de él lo llama y le pregunta: ¿qué es esto? Así, por ejemplo, un día Sócrates sale de su casa preocupado en averiguar qué es la valentía, qué es ser valiente. Llega a la plaza pública y se encuentra con un general ateniense. Entonces se dice: Aquí está; éste es el que sabe lo que es ser valiente, puesto que es el general, el jefe. Y se acerca y le dice: ¿Qué es la valentía? Tú que eres el general del ejército ateniense, tienes que saber qué es la valentía (1).”
- 2) “Cuando la ley se refiere a la hipótesis en que el individuo violentado cede al “temor de exponer su persona”, no alude simplemente, con esta expresión, al ser material. Así, la convención sería nula si la víctima de la violencia se obligase para escapar a un mal que amenazara su honor, por ejemplo, para evitar la calumnia, la difamación (2).”

En el caso número 1, el ejemplo “Un día Sócrates sale de su casa...”, etcétera, sirve o complementa de algún modo a la proposición: “Cuando se trata, para Sócrates, de definir...”, etc.

En el caso número 2, el ejemplo “...para evitar la calumnia, la difamación”, se halla subordinado a la proposición: “La convención sería nula si la víctima de la violencia se obligase...”, etc.

B) COMPRENSIÓN ESPECÍFICA. — El ejemplo está siempre constituido por una expresión más restringida que aquélla a la cual se halla subordinada. No es indispensable que se trate de un caso individual, pero sí que constituya una especie dentro del elemento principal, que actúa como género.

(1) M. García Morente, *Lecciones preliminares de filosofía*, pág. 20.

(2) G. Baudry-Lacantinerie, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil Français*.

Así, en los mismos textos citados en el punto A), vemos:

1) El elemento principal enuncia una costumbre de Sócrates, que comprende un número indeterminado de casos en que el filósofo adopta similar conducta. En cambio, el ejemplo se refiere concretamente a uno de esos casos: el que tiene por tema la valentía y al general ateniense por interlocutor de Sócrates.

2) La calumnia, la difamación, aparecen aquí como especies dentro del género “males que amenazan el honor”. Es de hacer notar, con relación a lo aclarado anteriormente, que la expresión “si la víctima de la violencia se obligase para (...) evitar la calumnia, la difamación”, no es un caso propiamente individual, pues comprende a cualquier víctima, a la vez que vale para calumnias indeterminadas; sin embargo, vale como ejemplo en su carácter de especie menos comprensiva que el elemento principal.

C) FIN TRASCENDENTE. — El ejemplo se diferencia del mero caso particular en que no es usado por su propio e intrínseco valor, sino con un fin trascendente a él, como engranaje dentro de un razonamiento que excede su esencia concreta.

Así, en el texto sobre Sócrates, el fin del ejemplo no es investigar la valentía, sino hacer más comprensible el concepto general del método utilizado por el filósofo; y, en el otro caso, no importa tanto declarar la nulidad de una obligación contraída para evitar una calumnia, cuanto aclarar, por medio de esa referencia concreta, el concepto “mal que amenazara su honor”.

En realidad, el ejemplo es, dentro del género “caso particular”, una especie con características y funciones propias. La diferencia puede observarse con claridad en el siguiente texto:

“La obligación de entregar la cosa alquilada comprende no sólo la cosa misma, sino también *todas las accesorios* que dependen de ella al tiempo del contrato (art. 1514, 1ª p., cláus. 1ª). Entran en esta categoría y deben ser entregados al locatario los siguientes objetos:

1º) Las llaves de una casa y las demás dependencias de la misma instaladas en ella para su servicio y comodidad (arg. art. 2316), salvo las limitaciones consagradas por la ley a este respecto (art. 2323);

2º) *Las servidumbres activas del inmueble arrendado* (art. 1495, 1ª p.); por ejemplo: una servidumbre de tránsito sobre un lindero existente a favor del arrendado. Es una consecuencia del carácter accesorio de las servidumbres (art. 3006);

3º) *Los frutos o productos ordinarios* (art. 1495, 2ª p.); porque dentro de la doctrina de nuestro Código, ellos forman un todo con la cosa que los produce. La ley se ha referido aquí a

los frutos o productos pendientes al tiempo de la celebración del contrato (3).”

En este texto, los párrafos señalados como 1º, 2º y 3º son casos particulares del concepto genérico dado al principio (art. 1514); pero no llegan a ser ejemplos, pues valen para sí mismos, esto es, tienden a precisar, en casos que se prevén dudosos, que los mismos se encuentran efectivamente comprendidos en el género “accesorios que dependen de ella”, pero su significado no va más allá. En cambio, uno de estos casos particulares (el señalado con el número 2) constituye a su vez el elemento genérico, principal, de un ejemplo: “una servidumbre de tránsito sobre un lindero existente a favor del arrendado”.

Este caso, aparte de valer para sí mismo, tiene una función que excede su propio significado: la comprensión que engendra en el lector puede ser extendida a otras servidumbres activas, hasta aclarar completamente el sentido del elemento principal.

(Continuará)

LO JUSTO POR NATURALEZA Y LO JUSTO LEGAL EN ARISTÓTELES

IGNACIO CREGO

Los comentaristas de Aristóteles no han logrado aún explicar el pensamiento de éste acerca de lo justo por naturaleza y lo justo según la ley (1). Unos limitanse a exponerlo en abreviatura, como si su comprensión no ofreciera la menor dificultad; los más lo interpretan erróneamente desde doctrinas posteriores. En definitiva, la posición de unos y otros es igualmente poco adecuada: por insuficiente la de los primeros; la de los segundos por excesiva (2).

Veamos, pues, qué sentido tiene para Aristóteles esa distinción. Ante todo, hay que observar que no se trata de una idea suya sino de una opinión o doctrina con que se encuentra ahí, en derredor, y de la que no puede sin más desentenderse. Con ella los sofistas habían destruido para siempre la ingenua creencia pristina en la justicia de la ley. A la justicia de la polis, de la ciudad, contraponían otra invariable y superior: la justicia de la naturaleza. Son, como dice Jaeger, los primeros cosmopolitas. Hippias de Elis, por ejemplo, saluda a los reunidos en la casa de Calias diciéndoles: “Señores, todos los aquí reunidos sois para mí como parientes y conciudadanos, no por la ley, sino por naturaleza. Lo semejante tiene por naturaleza parentesco con lo semejante; la ley empero tiraniza al hombre y le constriñe a obrar contra natura (3).” De aquí al derecho del más fuerte que sustentan Trasímaco en *La República* y Caliclés en el *Gorgias* no hay sino un paso. “Según mi parecer —afirma éste—, son los pusilánimes y el vulgo quienes implantan las leyes... Quieren asustar así a los que son más fuertes que ellos y están por eso capacitados para más... Sin embargo, la naturaleza misma considera

(1) *Ética a Nicómaco*, 1134 b 18-1135 a 5.

(2) Valgan como ejemplos W. D. Ross, *Aristóteles*, trad. de Diego F. Pro, Buenos Aires, 1957, págs. 305-6, y J. Chevalier, *Historia del pensamiento*, trad. de J. A. Míguez, Madrid, 1958, t. I, págs. 354-5.

(3) Platón, *Protágoras*, 337 c.

(3) R. Salvat, *Fuentes de las obligaciones*, t. II, nº 830.

(4) G. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*

justo que el superior tenga más que el inferior (4).” Se comprende ahora por qué la contraposición entre naturaleza y ley sacudía en sus cimientos el orden de la polis. No ya porque pusiera de manifiesto la pequeñez e insuficiencia de ésta, sino porque para el griego únicamente la ley podía asegurar la libertad y la concordia. La justicia no era para él el fundamento de la ley, sino a la inversa: justicia, *dikaioσύνη*, era ante todo la disposición del hombre que cumple con las leyes, que ajusta su conducta a la *diké*. En eso consistía precisamente su idea de la libertad. Porque el gobierno del hombre tiene siempre algo de bestial en cuanto sigue las inclinaciones del apetito y desoye la voz de la razón, mas la ley —dice Aristóteles— es razón sin apetito, y su gobierno, gobierno de la divinidad y la razón (5). De ahí que los sofistas procuraran ahincadamente poner al descubierto lo que de irracional había para ellos en la ley. Bajo su influencia Heródoto enseñaba que las leyes son en todas partes diferentes, que para los griegos era repugnante la costumbre india de comer el cadáver de los padres tanto como para los indios la costumbre griega de incinerarlo (6). No en la razón sino en la convención estaba pues el origen de las leyes: cada polis tenía las suyas y aun esas serían tal vez sustituidas mañana por otras diferentes. Nada había en ellas de racional ni de divino; hasta los propios dioses, aseverará Critias, han sido inventados nada más que para asegurar su cumplimiento. Pero la naturaleza se revela incensantemente contra esa coacción espoleando a los hombres de ánimo resuelto con sus perentorias exigencias. Propende, en suma, a transgredir la ley para satisfacer tal requerimiento, para alcanzar —perdónese me la redundancia— su estado natural (7).

Platón describe una y otra vez el dialéctico pugilato de su maestro Sócrates con los sofistas propugnadores de esa tesis. Y, ya octogenario, pinta aún en *Las leyes* sus desastrosas consecuencias. “He ahí las doctrinas —dice— inculcadas a nuestra juventud por hombres sabios, que tanto en prosa como en verso llaman justo por excelencia a lo que no es sino imposición de la fuerza victoriosa; por eso la impiedad es cada vez mayor entre los jóvenes, a quienes se enseña que los dioses de la ley no existen; por eso también hay sediciones, provocadas por el afán de seguir en todo las orientaciones de la naturaleza, que, a decir verdad, consisten únicamente en vivir tratando de domeñar al prójimo en lugar de servirle como la ley dispone (8).” Más, en definitiva, Platón se acoge siempre a la opinión socrática de que mejor es padecer la injusticia que cometerla y proclama así la supremacía de la ley. No porque real-

(4) Id., *Gorgias*, 483 a-d.

(5) *Política*, 1287 a.

(6) *Heródoto*, III, 38.

(7) La palabra *physis* —naturaleza— les llega a los sofistas a través de la novísima medicina hipocrática, en la que significa el estado propio de cada órgano.

(8) *Las leyes*, X, 890 a.

mente esté sobre la naturaleza sino porque mediante la *paideia* hace posible el genuino perfeccionamiento de ésta.

Eso es seguramente lo que Aristóteles aprendió de labios de Platón en la Academia. Pero no se queda ahí. No rechaza malhumoradamente la antinomia sino que, por el contrario, la acepta. Y la acepta para repensarla, para elaborarla mejor, para insertarla fructuosamente en el sistema de su pensamiento. La oposición entre lo justo por naturaleza y lo justo según la ley será aparentemente la misma, pero ya no es el mismo su sentido; tal vez ni siquiera sea oposición.

Ya es fundamental que lo justo por naturaleza y lo justo según la ley sean para Aristóteles especies de lo justo político, esto es, de lo justo de la ciudad. Pero ¿qué es entonces lo justo por naturaleza? Por lo pronto caemos en la cuenta de que Aristóteles emplea esta expresión en un sentido que nada tiene que ver con el que le daban los sofistas. Lo justo por naturaleza tiene, según él, idéntica eficacia en todas partes —una eficacia, claro está, que no depende de nuestra aprobación—. En cambio, lo justo según la ley puede indiferentemente ser de una manera o de otra; poco más da que la ley obligue a sacrificar una cabra o dos ovejas, o que por el rescate de un prisionero deba pagarse una mina u otra cantidad. Y no es que lo justo por naturaleza sea, como pretendían los sofistas, invariable. Tal vez para los dioses no haya cambio, pero entre las cosas humanas ninguna hay que no esté dócilmente sometida a él, incluso la naturaleza. La diestra es *por naturaleza* superior en fuerza a la otra mano; con todo, nadie negará la posibilidad de llegar a ser ambidextro.

Esto nos remite a la difícil cuestión de saber qué significado tiene aquí la palabra naturaleza (9). Es el error en que pertinazmente han incurrido los comentaristas. Se han olvidado que Aristóteles da a la palabra una significación precisa que no tenía, por ejemplo, en los sofistas. Y, sin embargo, no es menester siquiera recurrir a los textos de la *Física* o la *Metafísica* para esclarecerla (10); basta con el pasaje aquel de la *Política* en que se nos dice que “la naturaleza es fin” y que “la naturaleza de cada cosa —sea que nos refiramos al hombre, al caballo o la casa— consiste en lo que esa cosa es luego de su generación (11)”. Yo creo que cuando Aristóteles habla en la *Ética* de lo justo por naturaleza no se desentiende en modo alguno de la significación que en esos textos da a la palabra naturaleza. Allí, como en la *Física*, alude a un principio interno de cambio —la palabra *physis* deriva en griego del verbo

(9) Erik Wolf, *El problema del derecho natural*, trad. de M. Entenza, Barcelona, 1960, pág. 43: “Para aclarar la idea de Derecho Natural es necesario ante todo estudiar la dependencia en que está respecto del concepto de ‘naturaleza’ utilizado en cada caso.”

(10) En la *Física*, por ejemplo, se dice que es “principio y causa del movimiento y el reposo de la cosa en que reside inmediatamente y no por accidente” (II, 192 b).

(11) *Política*, 1252 b.

phyo, crecer— mas no a un cambio puramente mecánico, ciego, sino a un cambio encaminado a un fin. Hay en la naturaleza un *logos*, un principio inmanente que guía a la araña cuando urde su tela, a la golondrina cuando nidifica. La serie de actos aparece inteligentemente ordenada a la consecución del fin apetecido. Lo mismo ocurre con la polis. Hay leyes que atañen directamente a su fin, a su *telos*, y que tienen en todas las *poleis* idéntica eficacia. No se olvide que Aristóteles dice que lo justo por naturaleza es parte de lo justo de la polis y que la polis es, también por naturaleza, la única comunidad perfecta y autosuficiente. Téngase además presente que donde yo transcribo eficacia Aristóteles dice *dynamis*, potencia; esto solo basta para corroborar mi aserto de que Aristóteles usa aquí la palabra naturaleza en el mismo sentido que en la *Física* o la *Metafísica*. Pero hay más aún. La distinción entre lo justo por naturaleza y lo justo según la ley se corresponde con aquella otra que establece entre la naturaleza y el arte. Por cierto que el parangón nada tiene de novedoso, excepto el sentido que Aristóteles le da. El Ateniese lo expone ya rigurosamente en *Las Leyes*. Dice además allí que “tampoco lo justo es por naturaleza, sino que, por el contrario, suscita siempre discusiones y varía sin cesar en su contenido, expresándose en fórmulas diversas que tienen sólo validez mientras están vigentes, como que derivan del arte y de la ley, no de la naturaleza (12)”. Platón se circunscribe, claro está, a exponer una tesis común en los sofistas; pero me interesa subrayar el hecho de que éstos consideran como obra de arte a la legislación. Porque Aristóteles no dice que lo justo según la ley sea obra de arte, pero acaso lo da por supuesto remitiéndose a lo que era una opinión común. Su faena se reduce, pues, a reivindicar frente a los sofistas el carácter *político* de lo justo por naturaleza. No se pierda de vista que Aristóteles hace suya la distinción y que por tanto acepta implícitamente lo que en esa distinción había y que no rechaza de manera expresa. Por lo demás, no es aventurado entenderlo así. Para convencerse de ello no hay más que recorrer las páginas de la *Física*, donde a cada paso tropezamos con ese paralelismo entre naturaleza y arte. El arte —dice— imita a la naturaleza; tanto que “si la madera poseyese el arte de construir navíos, procedería lo mismo que la naturaleza (13)”. La diferencia radica en que la naturaleza es un principio organizador inherente a la materia, mientras que el arte es un principio exterior que actúa sobre ella desde fuera, anticipando imaginativamente el fin querido y realizándolo después. He ahí por qué lo justo según la ley puede ser de una manera u otra: no hay principio alguno inmanente a la polis de que surja y le confiera su razón de ser; como el Estagirita dice, es por humana disposición. Pero lo justo por naturaleza, no; emana directamente de la polis, atañe inmediatamente a su existencia y no puede ser de otra manera

(12) Platón, *Las leyes*, 889 e.

(13) *Física*, II, 199 b.

sin que la polis deje de ser tal. Ahora bien, ¿cómo explicar entonces la presencia del legislador? La dificultad es análoga a la que plantea el texto de la *Política* en que, tras afirmar que la polis es por naturaleza, agrega que quien primero lo estableció “fue causa de los mayores bienes” (14). Por lo pronto, parece evidente que para Aristóteles la naturaleza no excluye en modo alguno la intervención del hombre: únicamente la polis es por naturaleza, y sin embargo requiere un fundador; únicamente las leyes que miran al fin de la polis son justas por naturaleza, y sin embargo es necesario que alguien las establezca. No me puedo detener en esto, pero tal vez la pauta para resolver la dificultad esté en la posibilidad que el hombre tiene de hacer mal uso de sus facultades huyendo de sí mismo para caer en una condición infrahumana. Así permite sospecharlo el contexto del pasaje arriba mencionado.

Es obvio que esta concepción de lo justo por naturaleza y lo justo según la ley encubre una ideología eminentemente conservadora. Trata, como se ve, de restar a la distinción lo que de fermento revolucionario tenía en los sofistas. Aristóteles cree que el apólida no es un hombre, sino más o menos que hombre: una bestia o un dios. Únicamente en la polis se puede ser feliz. ¿Qué clase de justicia es, por consiguiente, ésa que aspira a sustituir la de la polis? ¿Puede siquiera imaginarse que lo justo tenga existencia independientemente de la polis? En modo alguno: la polis es precisamente, más que un conglomerado de hombres, una comunidad acerca de ciertas creencias básicas sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto (15). Admite, pues, que los sofistas tienen razón al separar lo justo por naturaleza de lo justo según la ley, con tal que no se excluya de la ciudad lo justo por naturaleza. Porque, en efecto, si la polis es la sola comunidad por naturaleza, ¿cómo pensar que lo justo por naturaleza caiga fuera del ámbito de la polis, de la ciudad?

(14) *Política*, 1253 a.

(15) *Id.*, 1253 a.

BREVE ANALISIS DE LA TEORÍA DANESA DEL ESTADO DE DERECHO

L. EISENKRAMER

Esta teoría —que ha logrado un gran ascendiente popular en los países nórdicos donde hay grupos que la proclaman como un nuevo evangelio para la salvación de la humanidad— tiene como exigencia fundamental la de la igualdad. Esta exigencia se basa en leyes naturales como condición para el bienestar general y, en consecuencia, del individuo. Puede ser encuadrada, por lo tanto, dentro de la ética naturalista (“justicia como una ley natural social”). A pesar de ello pretende establecer una igualdad formal, lo que la hace asemejarse en mucho a la teoría de Nelson, analizada brevemente por Alf Ross en *Sobre el derecho y la justicia*.

El representante principal de esta teoría es Severin Christensen. Según él, la tarea de la ética no es postular imperativos categóricos sino establecer reglas objetivas de conducta. Estas reglas habrían de basarse sobre las relaciones causales naturales y expresarían las condiciones necesarias para la realización de ciertos fines que corresponden a los hombres en general. El “último fin” no es demostrable sino que está dado de hecho en la naturaleza humana: es algo hacia lo cual los hombres en general tienden de hecho. De lo que antecede se sigue como consecuencia: Primero: Los mandamientos de la ética son hipotéticos; Segundo: El fin está en relación con el interés de cada individuo, puesto que está dentro de la naturaleza humana; Tercero: Lo bueno es aquello hacia lo cual los hombres tienden fácticamente.

Si bien esto, formalmente, no se distingue en nada del utilitarismo de Bentham o de Mill, hay una distinción en el contenido del fin presupuesto: “la convivencia pacífica y confiada de los hombres”.

El principio moral se fundaría en que este fin pertenece de hecho a la humanidad en general y que la relación causal entre la realización de este fin y ciertas clases de actos humanos sería demostrable. El principio de la equivalencia (igualdad) sólo expresaría la condición natural necesaria para la realización del fin. Christensen pretende así deducir

un principio moral desde nuestro tender fáctico y sus condiciones naturales.

El fin presupuesto por Christensen, como ya se dijo, es la “convivencia pacífica”. Pero “convivencia pacífica” es un término ambiguo que introduce de contrabando un ideal en la realidad. Christensen opina que en la sociedad de su época (principio de siglo) no se da tal estado de hecho, de modo que forzosamente tiene que atribuirle un significado ideal. No se trata, por supuesto, de la convivencia más o menos pacífica en que se vive sino en la que se debiera vivir conforme con un ideal de justicia. Pretende demostrar que todos estamos interesados, de modo egoísta, en esa “convivencia pacífica” e incurre en la falacia tan típica de todas las teorías que tratan de deducir el derecho del interés egoísta.

Cada uno quiere necesariamente la sociedad, la solidaridad (en el sentido del mínimo necesario para la propia existencia), por lo tanto todos quieren la sociedad, la solidaridad (en el sentido de una solidaridad según un ideal de justicia).

Con la aclaración de la ambigüedad cae necesariamente la moral como una ley natural. Como lo que ha de ser asegurado tiene que ser más que la mera posibilidad de existencia, y, no pudiendo serlo todos los intereses —en virtud de la obvia falta de armonía entre éstos— no puede consistir sino en ciertos intereses calificados o, en otras palabras, lo que ha de ser protegido tiene que ser derechos naturales.

Y únicamente estos derechos naturales pueden dar sentido al principio de igualdad formal. El principio de la igualdad presupone necesariamente dos condiciones: ciertos derechos originarios (los “derechos naturales”) y ciertos valores objetivos como medida para la igualdad.

De este modo, el principio se reduce a la siguiente tautología: El actuar determinado por la consideración (igualitaria) de los derechos subjetivos es condición para una sociedad en la cual los derechos están asegurados (igualitariamente). Todo depende de lo que vale como derecho y de lo que vale como medida objetiva de su igualdad.

Haciendo un salto mortal, Christensen cree honestamente poder deducir del principio moral de la equivalencia su Teoría del Estado de Derecho. Establece como principio fundamental de ésta (que es una forma radical de la teoría liberal del “Estado Mínimo”): “Puesto que la moral jurídica apunta meramente al establecimiento de lo que es propiedad legal, un Estado que quiere actuar en concordancia con este principio fundamental tiene que considerar como su única tarea el aseguramiento y la conservación de una distribución justa de la propiedad”. Pero omite ver que el principio de la igualdad no pone fines sino que sólo pide igualdad de prestación y contraprestación en todas las relaciones sociales. Ross objeta, con rigurosa lógica, que la deducción del Estado de Derecho desde el principio de la equivalencia exigiría una demostración para la imposibilidad de actividades estatales dirigidas a fines culturales o benéficos, sosteniendo simultáneamente la exigencia

de igualdad entre prestación y contraprestación. Por supuesto que Christensen no pudo ni trató de hacer tal demostración.

Una modificación de esta teoría la encontramos en C. N. Starcke. También para él la justicia es la condición para la vida en sociedad. Pero la pretensión de justicia se funda en leyes divinas de validez absoluta, es decir que vuelve los pasos hacia una ética apriorística. Sostiene la existencia de un orden ético universal de carácter divino y, por ende, de validez objetiva. Este orden crea armonía, paz y seguridad y su principio fundamental es la razón. Se exterioriza en una ley que consiste en la facultad de mantener y acrecentar las tensiones de la energía psíquica. Starcke trata de explicar esta ley de una manera muy curiosa: por un lado, fisiológicamente, suponiendo que se forman vías de asociación en las circunvoluciones cerebrales y por el otro, metafísicamente, por la representación de un poder cósmico, Dios.

Pero, ¿puede tomarse en serio la representación objetiva del actuar moral como fuente de energía? Faltaría contestar qué tensiones acrecientan el actuar moral y cómo pueden ser medidas. Sería necesario negar la existencia de tensiones en la persona calificada como inmoral. Tampoco puede valer como justificación de la ley la explicación fisiológica, ya que únicamente indica el efecto del hábito. Pero no se conoce diferencia alguna en el proceso de asociación respecto a la creación de hábitos buenos y malos.

Respecto a las tareas de una sociedad justa, nos encontramos con la misma formulación fisiológica y metafísico-religiosa. Desde el punto de vista fisiológico sería tarea del Estado estimular la energía mental, "de proveer al hombre de un cerebro mejor". Desde el punto de vista metafísico-religioso expresa: "La fe en Dios y la fe en un orden cósmico imperante, que hace vencer lo bueno y castiga lo malo y que establece lo que es bueno y malo con prescindencia de los caprichos humanos, con prescindencia de las circunstancias casuales de la época, es en realidad una y la misma cosa". "Si cae la fe en un Dios común, es decir, si cae nuestra obediencia profunda e incondicional a estas ideas conductoras, éstas no nos obligan más; las eliminamos cuando nos conviene, perdemos la capacidad de oponernos con energía contra todo el egoísmo y fanatismo de clase que puede adueñarse de los conductores de una sociedad. Dios es el fuerte sostén para quien quiere resguardar su independencia frente a las opiniones del día o quiere enjuiciar el orden jurídico existente: si es como debe ser o si sólo es un poder fáctico".

Según la posición de Starcke, difícilmente puede considerarse que las "leyes" por él presupuestas, inviolables bajo apercibimiento de auto-destrucción, sean vistas por él como leyes naturales, de modo que lo bueno se definiría analíticamente como lo que puede conservarse en virtud de estas leyes. Debe considerarse más bien que para él son leyes normativas trascendentes que obligan por sí mismas y determinan lo que es bueno y malo.

Para terminar, bien vale la pena transcribir el párrafo final de Alf Ross sobre esta teoría: "La conciencia de justicia, este producto históricamente condicionado de nuestra buena educación, de los prejuicios de nuestros padres y de las circunstancias dadas, revestida de todo el boato religioso y cósmico, ha sido erigida, una vez más, en principio autosuficiente para nuestro actuar social, sea para el bienestar, sea para la destrucción de millones de hombres".

(Bibliografía: Alf Ross, "Crítica del así llamado Conocimiento Práctico - Simultáneamente Prolegómenos a una Crítica de la Ciencia Jurídica", Cap. XI: El Materialismo Psicológico en el Friesianismo"; Kopenhagen-Leipzig, 1933).

Biblioteca del Gloja. UBA
Uso académico

ALGO MÁS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE NORMA JURÍDICA Y PROPOSICIÓN JURÍDICA, CIENCIAS CAUSALES Y CIENCIAS NORMATIVAS EN LA NUEVA VERSIÓN DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO DE HANS KELSEN ⁽¹⁾

(A propósito del artículo de Eugenio Bulygin: "Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho"⁽²⁾).

ERNESTO GRUN

La distinción, relativamente reciente en la obra de Hans Kelsen, entre "norma jurídica" y "proposición jurídica", que aparece en forma terminológicamente clara en su "General Theory of Law and State" (1945) y "Theorie Pure du Droit" (1953) y que ha sufrido una extensa elaboración en su *Reine Rechtslehre* (1960), ha sido objeto de muchas y fundadas críticas. El trabajo que motiva las presentes observaciones llega a una serie de conclusiones sobre distintos aspectos de la Teoría Pura partiendo del análisis de las proposiciones de la ciencia del derecho, a las que también suscribimos. Hemos querido agregar algunas notas, más o menos inconexas, basadas en el análisis del texto kelseniano, particularmente en lo referente al problema de la distinción entre ciencias causales y normativas, elaborada sobre la base de la "categoría lógico-transcendental" de la "imputación", teniendo especialmente en cuenta la reformulación efectuada por Bulygin de la proposición jurídica; "la norma «debe ser A» es una norma válida del orden en cuestión" (quizá sería más preciso y correcto decir "La norma «Si A es debe ser B» es una norma válida del orden en cuestión").

No se trata en manera alguna de agotar el estudio de estos temas, por el contrario, se pretende estimular la inquietud por estudiar con ma-

(1) *Reine Rechtslehre*, Ed. Franz Deuticke, Viena, 1960.

(2) *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, IV, p. 215 y ss.

yor detención estos problemas, que van al fondo de la problemática de la Teoría Pura⁽³⁾.

I. Dice Kelsen: (pág. 76) "...es aconsejable distinguir también ambos enunciados (el del legislador y el del científico) terminológicamente como norma jurídica y proposición jurídica... las proposiciones jurídicas formuladas por la ciencia del derecho no son mera repetición de las normas jurídicas creadas por la autoridad jurídica..." La formulación imprecisa de la proposición jurídica por Kelsen hace necesaria esta advertencia; reformulada en la manera indicada más arriba ninguna duda cabe al respecto. Aparece con claridad que la proposición jurídica no es una repetición, como parece indicarlo la formulación kelseniana "si A es debe ser B" idéntica en la norma y la proposición, sólo diferenciables por el sentido de la expresión "deber ser", sino que la norma, como tal, es el objeto del lenguaje del científico⁽⁴⁾.

II. En la página 78 de su Teoría, dice Kelsen: "La naturaleza es, según una de las muchas definiciones de este objeto, un determinado orden de las cosas o sistema de elementos que están acoplados entre sí como causa y efecto, es decir según el principio que se denomina de "causalidad" y tratando de establecer un "pendant" con las ciencias sociales, dentro de las cuales se encuentra incluida la del derecho dice (pág. 79): "Si en cambio, analizamos *nuestros enunciados acerca de la conducta humana*, resulta que no solamente acoplamos los actos de conducta humana entre sí y con otros hechos según el principio de causalidad, sino también según otro principio que es completamente distinto de la causalidad, según un principio para el cual no existe todavía en la ciencia un nombre generalmente aceptado. Sólo si es posible la verificación de la existencia de un tal principio en nuestra mente y que es aplicado en las ciencias sociales *que tienen por objeto la conducta humana recíproca*, como determinada por normas, y esto quiere decir: *que tiene por objeto las normas determinadoras de la conducta*, estamos facultados para distinguir la sociedad como un orden distinto del de la naturaleza, y las ciencias que aplican este principio ordenador distinto en la descripción de su objeto como esencialmente distintas de las ciencias de la naturaleza" (el subrayado es nuestro). Aquí, se ve claramente que Kelsen no ha percibido en manera alguna los planos del lenguaje de que nos habla Bulygin⁽⁵⁾.

(3) Recientemente Juan Carlos Smith ha publicado un interesante trabajo sobre estos temas: J. C. Smith, "Norma Jurídica y Conocimiento Jurídico", Omeba, 1963. Sería interesante que Smith aclarara y desarrollara más fundadamente algunas de las conclusiones a que arriba, y particularmente que complementara sus observaciones teniendo presente las nuevas formulaciones que trae la Teoría Pura 1960, que introduce algunas modificaciones de importancia para el tema tratado.

(4) Véase también la formulación, menos clara, que propone Smith, op. cit., p. 107.

(5) Bulygin, op. cit., p. 222.

1) Los "enunciados acerca de la conducta humana" no son los enunciados del científico del derecho, éste no se refiere en sus enunciados a la conducta humana, sino a las expresiones del legislador, a las normas. En consecuencia, la ciencia jurídica no acopla para nada los actos de conducta entre sí. El acoplamiento se produce por el acto de voluntad del legislador, no en nuestro pensamiento, como pensamiento científico, y como tal lo describe el científico del derecho, como uno de los elementos de la norma jurídica⁽⁶⁾.

2) Es erróneo, de acuerdo con la distinción efectuada, la equiparación de la conducta humana recíproca como determinada por normas = las normas determinadoras de la conducta. Como lo dice Bulygin: en la norma el legislador *usa* el lenguaje para referirse a la conducta humana, en la proposición jurídica, el científico menciona la expresión del legislador que se refiere a la conducta. La mera representación de esta distinción, moneda corriente en la lógica moderna, hace caer la equiparación y con ello la afirmación de que la ciencia jurídica acopla conductas humanas entre sí mediante la "imputación".

Kelsen trata con tenacidad de oponer ambas ciencias como esencialmente diferentes, sin tener en cuenta que la función de la ciencia jurídica tiende a la descripción de cierta realidad con un método que no tiene que equipararse en su estructuración y fines a la ciencia natural clásica⁽⁷⁾.

III. El Maestro incurre en otra contradicción, esta vez con sus propios postulados cuando dice, (pág. 86): "Es evidente que la ciencia jurídica no apunta a una explicación causal de los fenómenos jurídicos «hecho antijurídico» y «consecuencia jurídica». En las proposiciones jurídicas con las cuales describe estos fenómenos, no aplica el principio de causalidad, sino un principio que... puede ser designado como imputación". Kelsen parece olvidar aquí que la proposición jurídica pretende, para él, describir la norma jurídica, no el hecho antijurídico y la consecuencia jurídica. Por su parte, la norma jurídica, como esquema de interpretación, ha dicho bien al principio de su obra⁽⁸⁾, es la que permite interpretar a estos hechos como fenómenos jurídicos.

IV. En la página 74 del texto que analizamos, tratando de hacer otra sutil comparación entre ciencia natural y social, dice: "Así como

⁽⁶⁾ Cfr. Smith, op. cit., p. 103, 105.

⁽⁷⁾ Cfr. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig und Wien, 1929, p. 278: "Debemos oponernos cuando se quiere identificar «ser» con toda la realidad y con ello se pretende poner el conocimiento normativo en oposición con todo conocimiento de realidades (Wirklichkeitserkenntnis). Se ignora, al hacerlo que existe otra realidad que aquella determinada por una ciencia de la naturaleza generalizadora. O, más precisamente, que la realidad es una sola, pero que sólo un determinado aspecto de ello es captado por el método de las ciencias naturales". Véase también J. C. Smith, op. cit., págs. 130/35.

⁽⁸⁾ Kelsen, op. cit., p. 4. Véase también Smith, op. cit., p. 114.

el caos de las percepciones sensibles recién se convierte en cosmos por el conocimiento ordenador de la ciencia, es decir, se convierte en un sistema unitario, el complejo de normas jurídicas generales e individuales creadas por los órganos jurídicos, se convierte recién mediante el conocimiento de la ciencia del derecho en un sistema unitario y sin contradicciones, en un orden jurídico." Pero observemos que el conocimiento o principio ordenador que provee la ciencia aquí es completamente distinto del principio de «imputación» de que habla en otra parte, como principio ordenador «similar al de la Naturaleza» (por ej. págs. 79/80). En el primer caso la función del principio o categoría es ordenar y sistematizar las normas como tales entre sí, permitiendo un sistema sin contradicciones. En el segundo la categoría actúa como correlacionadora de elementos de la norma, hechos antecedentes y consecuencias jurídicas, entre sí.

¿Cómo se explica esta existencia de *dos* principios ordenadores tan diferentes, uno que conecta hechos antecedentes con consecuencias jurídicas, otro que sistematiza normas entre sí?

V. Finalmente queremos llamar la atención al hecho de que la enunciación de la proposición jurídica formulada por Bulygin o la similar propuesta por Ross⁽⁹⁾ en que aquél, indudablemente, se inspira, permite, por haber puesto en claro la estructura de los enunciados de la ciencia del derecho, centrar la atención sobre un problema, relegado por Kelsen, esto es: "qué significa y cómo puede ser conocido que el derecho vale o está vigente", es decir analizar el significado del predicado "una norma válida (o vigente, como sostendría Ross) del orden en cuestión"⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Ross Alf, "Sobre el derecho y la Justicia", Eudeba, 1963, pág. 9/11 y nota.

⁽¹⁰⁾ Ross Alf, *Theorie der Rechtsquellen*, p. 260: "Kelsen, recoge —seguramente bajo la influencia de la continuidad histórica— la problemática usual conforme la cual se pregunta por el fundamento de la validez del derecho y no qué es y cómo puede ser conocido (erkannt) que el derecho vale (gilt).

EN TORNO A SI LOS JUECES CREAN DERECHO

ALFREDO E. VES LOSADA

"Real space, real time, real numbers, real connections, real weights are lost. The perspective and the background and the dimensions of action are clipped and frozen in the stereotype."

Walter Lippman, "Public Opinion".

El artículo de Carrió⁽¹⁾, clarificador en muchos aspectos, sume al lector en una confusión mayor, al asegurarle que toda pretensión de resolver la controversia en torno a si "los jueces crean o no derecho" se anula ante una divergencia de actitud y que la cargazón emotiva que la caracteriza lo arrastrará por caminos sin término, acompañados por la exasperación o el cansancio, dos formas penosas del fracaso.

¿Es una cuestión de hecho? ¿Es una cuestión verbal? ¿Es un desacuerdo de actitud?

Tanto se puede describir lo que los jueces hacen, como las causas o factores que explican la actitud de cada facción. Pero la descripción de un hecho social a mediados del siglo xx es tan pobre garantía de fidelidad como lo fue la de los hechos naturales antes del xix. El factor observador —no excluido de la investigación natural—, constituye un elemento en extremo perturbador en la investigación social. Y en el campo jurídico cabe agregar la existencia de una ideología profesional que suma obstáculos a la descripción.

Se afirma con razón que mientras los hombres están dispuestos a admitir que toda cuestión puede tener dos ángulos, ninguno de ellos aceptará que existan dos aspectos para lo que consideran *un hecho*.

(1) Genaro R. Carrió, *Los jueces crean derecho*, Revista Jurídica de Buenos Aires, págs. 225 y ss., n° IV, 1961, Buenos Aires.

¿Podemos asegurar que la observación de lo que los jueces hacen nos permitirá arribar a una descripción objetiva?

Un abogado aceptará sin vacilación como un hecho la deposición de un testigo cumplida ante el funcionario prescripto por la ley, no obstante tener conocimiento que la misma se ha rendido ante un empleado no autorizado y que la firma posterior del ausente constituye un secreto "inter pares".

Es en el análisis de los fenómenos jurídicos donde las antiparras ideológicas pueden ser salvadas si se recuerda constantemente la advertencia de Llewellyn, en el sentido de no detenernos ante lo que los jueces dicen que hacen e indagar resueltamente lo que ellos realmente hacen.

Primera consecuencia: la descripción de los hechos puede diferir sustancialmente con lo que los hechos son.

¿Es posible indagar las causas u origen de las divergencias de actitud?

La respuesta es afirmativa. La predicción de lo que los jueces harán en ciertas circunstancias, reales o supuestas, se plantea de continuo al jurista, y entre nosotros, el mejor ejemplo (o ejercicio) lo constituye el cambio de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal en los últimos treinta años. Las divergencias de opinión no se refugian en el fuero interno de cada uno, sino que signan el hacer y el omitir de todos. Se tornan acción, se traducen en conducta social. Para un demócrata, la noción de orden público debe estar al servicio del bien común en orden y libertad, para el autocrático, es un instrumento que puede usar en beneficio personal.

Segunda consecuencia: la descripción de las divergencias de opinión puede verse teñida por una perspectiva ideológica con mayor facilidad, dado que tienen aquéllas su raíz en lo que el investigador estima como "derecho justo".

¿Es un problema verbal?

Lo expresado precedentemente adelanta la respuesta. Estando en tela de juicio la descripción de la realidad, pudiendo existir controversia sobre lo que cada uno entiende por "los hechos tal cual son", el problema verbal pierde relevancia. Las palabras no tienen existencia propia. Están ligadas a cierta realidad cultural. (Aunque el impacto ideológico pretenda alguna vez desligar y dar vida propia a determinadas palabras, a las que previamente dotó de cierto especial significado). Aun aceptando que el jurista no pueda escapar, por razones profesionales, al enfoque verbal, si no se clarifican los hechos, inútil será debatir en torno a las expresiones "crear derecho" y "dictar sentencia".

Tercera consecuencia: el análisis del problema desde un puro punto de vista verbal (semántico) constituye el más seguro atajo hacia la confusión y el caos.

¿Qué hacer entonces?

Entiendo que si no se replantea el problema desde una investigación encaminada a determinar qué es lo que los jueces realmente hacen, como medida previa para encarar el problema semántico y de actitudes, la tarea conducirá inevitablemente al encono y la desesperanza.

Aquí se hace necesaria una advertencia. Cuando el investigador emprenda la tarea y alcance su objetivo (desde ya adelante como hipótesis de trabajo que "el juez crea derecho"), no debe correr en busca del equivocado para que admita y acepte su error. El equivocado no cambiará de opinión. Ha sido educado y entrenado para *percibir* los hechos de cierta manera y los seguirá viendo así. Una ideología no suprime la ignorancia y el error, sino la indecisión. Su función es político-psicológica y busca organizar y movilizar a los hombres. Inútil será pretender triunfar en una tarea de esclarecimiento que alcance al opositor, pero sí podrá trabajar para el futuro, desbrozando el camino a los que vendrán, personas libres de tales estereotipos. No creo que el esclarecimiento de la tesis "el juez crea derecho" se traduzca en una mejor o peor administración de justicia o arroje luz sobre un aspecto nuevo y fundamental del conocimiento jurídico, pero sí estimo que puede ser el punto de partida de una nueva manera, un renovado criterio de encarar el estudio y el planteo de los fenómenos jurídicos.

VEINTIDOS PROPOSICIONES PARA UNA TEORIA DEL DERECHO (1)

HECTOR NEGRI

La paternidad de este trabajo corresponde a Giorgio del Vecchio. Que estas palabras que ahora digo, valgan a la vez como reconocimiento y como dedicatoria.

Hasta qué punto es posible —es legítimo— referir el pensamiento o parte del pensamiento de un filósofo en veintidós proposiciones, es en verdad difícil de precisar.

Una tarea de tal naturaleza implica, antes que nada, una cierta inicial actividad de selección. Claro está, ella nunca puede ser absolutamente imparcial, y menos aún coincidir con la que el mismo autor hubiera realizado. Quien selecciona tiene ya ciertas convicciones previas de las que no puede razonablemente despojarse, y que suelen traducirse ya en la asignación de una prioridad a asertos que acaso no la merezcan realmente, ya en la exclusión de afirmaciones que de otro modo no hubiesen quedado desplazadas.

Sugiere también una cierta tentativa de síntesis. Ello no es así, sin embargo, al menos de una manera absoluta: porque no se pretende aquí la connotación integral a que toda síntesis aspira. Se trata sólo de reflejar con la claridad feral y casi geométrica de las proposiciones numeradas, la visión estrictamente personal —la visión precedera— de una obra que ya es inmortal, y en torno a la cual se han formado vastas generaciones de juristas.

(1) De una carta del Prof. Giorgio del Vecchio al Dr. Héctor Negri:

"...Le proposizioni nelle quali Ella ha articolato il programma del Suo corso mi sembrano ottimamente formulate. Ella ha saputo in fatti disporre in ordine logico i punti piú importanti della materia. Se alcuno di tali punti hanno dato luogo a discussioni e a obiezioni ciò non può certamente meravigliare, e deve considerarsi come un segno che i punti sono stati seriamente meditati." Giorgio Del Vecchio.

Sugerir que alguna palabra falta en ella, o que alguna palabra excede, sería sugerir una insuficiencia o un desarrollo inadecuado de la teoría. Implicaría una valoración negativa que no es tal. El análisis crítico del pensamiento delvecchiano por supuesto ya precede a estas palabras, pero sus resultados han sido los de una total adhesión. De otro modo nunca hubiera intentado estas proposiciones que sobre tal pensamiento se estructuran.

Seis obras han sido empleadas para la tarea. Ellas son: a) Il concetto del diritto, 2ª ed., Bologna, 1912; b) I presupposti filosofici della nozione del diritto, Bologna, 1905; c) Il concetto della natura e il principio del diritto, Torino, 1908; d) Filosofía del Derecho, 7ª ed., revisada por Luis Legaz y Lacambra; e) La giustizia, Roma, 1959; f) La filosofia del diritto e i suoi problemi, Milano, 1958. (Respecto de los tres primeros, se han cotejado las versiones mencionadas con la excelente y última traducción de Cristóbal Masso Escofet, Barcelona, 1962).

De su lectura, estas veintidós proposiciones. Cada una de ellas, pienso, trae consigo la densidad de las palabras que la motivan, y guarda ingentes problemas y la posibilidad de vastos y ulteriores desarrollos.

He cuidado de integrar cada proposición con términos del mismo maestro, respetando en los límites de lo posible sus mismas expresiones y aún sus párrafos. Ocurre empero que la selección, por lo mismo que deriva de diversas obras, y por su propia condición de tal, lleva incesantemente a prescindir de oraciones y de frases. Y que a veces una sola palabra —la que la selección ha desechado— lleva ínsito un sentido que trastoca los términos que la preceden o que la continúan.

Se pierden de este modo elementos muchas veces imponderables que flotan entre párrafo y párrafo, y que el lector descubre de pronto porque iluminan todo un territorio de problemas y de dudas, pero que cuando se quieren recoger se deshacen porque el milagro de la palabra y su sentido sólo aparece conferido limitadamente.

Acaso de este modo sea una audacia excesiva la reducción proposicional intentada. Ella quizá se convalide sin embargo por el hondo amor hacia el maestro que la ha dictado, o por haber sido el fruto de clases y debates (lo que es hablar de otra forma de amor, esta vez hacia los discípulos que en ellas me escuchaban). Acaso tales sentimientos justifiquen toda otra insuficiencia.

Proposición 1 — Una definición de derecho es necesaria en una investigación de tipo teórico.

a) Es posible —aún es frecuente— una intuición simple e inmediata del objeto derecho. En efecto, cada uno comprende con bastante claridad lo que es derecho, de modo tal que ordinariamente no se siente la necesidad de precisar con una definición su significado. Ella suele

presuponerse, y del mismo modo, se suele derivar de la intuición genérica del derecho o de las múltiples representaciones particulares que la originan, la base de las construcciones doctrinarias y de los estudios jurídicos.

b) Ocurre, sin embargo, que tal noticia intuitiva del objeto es insuficiente e inadecuada: es insuficiente para colocarlo en su verdadero lugar en el orden de conocimientos; es inadecuada para señalar su fundamento y conexiones con otros objetos análogos.

Es así de tal modo que para construir en todas sus partes una teoría, el conocimiento vulgar, aunque pueda aparecer más claro debe ser superado. Una exigencia de tipo sistemático, especialmente, la necesidad de llegar a la coordinación y síntesis a que aspira la filosofía, lo impone de manera irrecusable.

Proposición 2. — La variedad con que empíricamente se presenta el derecho positivo si bien inicialmente importa un problema para los fines definitorios y sistemáticos, es la que da la inconcusa prueba de la posibilidad de una definición, en cuanto revela que conocemos en varias y disímiles proposiciones jurídicas la común cualidad de tales.

a) Cada sistema históricamente constituido determina de una manera propia y especial lo que es derecho y lo que no lo es, y, por eso mismo, un idéntico acto o relación puede ser presentado de una manera opuesta según el siglo o la nación. La inestabilidad del criterio en razón del tiempo y del lugar fue ya materia de estudio en la más remota edad, y a la observación del mismo debió seguir, necesariamente, cierta perturbación en las conciencias, y aun la actitud escéptica que negara la posibilidad de un conocimiento de tipo jurídico.

La determinación lógica de un objeto supone que este sea uno, esto es, constantemente igual a sí mismo: ahora bien, si el derecho no es una realidad en reposo, sino que se desenvuelve y varía, ¿cómo será posible pretender afirmarlo con una noción de valor universal?

b) Ocurre, sin embargo, que en esta misma pregunta está ya la respuesta: prueba misma de la posibilidad definitoria nos la da inmediatamente el hecho de que reconozcamos en tantas y tan varias proposiciones jurídicas la común cualidad de tales.

Proposición 3. — Quien pretenda definir de un modo objetivo y universal el derecho, deberá únicamente referirse a la forma del mismo, es decir, al tipo lógico que necesariamente va unido a la experiencia jurídica.

a) Consideramos como igualmente jurídicas proposiciones diversas y hasta a veces de contenido contradictorio. Recogemos en una sola categoría fenómenos diversos entre sí, pero todos igualmente jurídicos. Para proceder de este modo, forzoso es reconocer que tienen algo de constante, que permite referir aquella mutabilidad a un sustrato común y recogerla en su concepto.

b) Esta noción unitaria tiene sólo un significado formal: no es una norma o proposición jurídica (porque en tal caso tendría un contenido particular y ya no sería universal); ni mucho menos constituye un ideal del derecho, esto es, una determinación de la justicia que se contraponga a los datos históricos del derecho como algo más perfecto; porque también en este caso sería algo concreto con un contenido particular diverso de otros sistemas jurídicos. Es en cambio un elemento que se encuentra uniformemente en todas las proposiciones jurídicas y las caracteriza a todas de idéntico modo.

c) Se trata así de la forma lógica del derecho, en la cual coinciden necesariamente todos los casos de la experiencia jurídica, en la medida precisamente en que pertenezcan a tal especie.

Proposición 4. — La forma lógica del derecho es anterior a la experiencia jurídica, esto es, a los fenómenos jurídicos singulares. Se trata de un dato a priori en el pensamiento del hombre.

a) Si el observador puede escoger y comparar el derecho de los diferentes pueblos, es inevitable concluir que ya tiene en sí, por lo menos en germen, la noción que le sirve de guía en la elección de los datos. La observación empírica de los fenómenos jurídicos no puede conducir por sí sola a la determinación del concepto formal del derecho, porque presupone este concepto.

b) Esto no significa que tal concepto deba encontrarse desde el principio totalmente desenvuelto en la razón. Así como en la realidad histórica el derecho se realiza por grados, también en la mente subjetiva su noción se desenvuelve sólo mediante el proceso gradual. Pero esto no debe llamarnos a engaño. El concepto formal del derecho ya está implícito en el conocimiento de cualquier acto jurídico, sólo que tal principio se confunde con la percepción de los elementos accidentales que constituyen el contenido de los casos singulares.

Proposición 5. — El concepto a priori de derecho se refiere a las acciones humanas. Sólo una acción humana puede ser juzgada como conforme o como contraria a derecho.

a) Hablábamos inicialmente de una cierta intuición de lo que es derecho, y de la necesidad de un concepto que a la par que superara su insuficiencia a los fines teóricos no se escindiera de ella. Ahora bien: distinguir lo conforme de lo contrario a derecho es la operación a que inicialmente se reducen (en la que inicialmente coinciden) las manifestaciones espontáneas de la conciencia jurídica de cada hombre, y las elaboraciones técnicas de los autores e intérpretes de las leyes. Este juicio sobre la juridicidad o antijuricidad puede ser la base de nuestra elaboración definitoria.

b) No todo cuanto existe o acaece en la naturaleza es, sin embargo, susceptible de un juicio sobre el derecho. Los hechos meramente físicos

rechazan tales atributos que no tienen sentido con respecto a ellos. Esto no quiere decir que los hechos de orden físico sean extraños o indiferentes al derecho: se afirma tan sólo que no constituyen por sí mismos el objeto de un posible juicio jurídico (vide infra, proposición 15).

Proposición 6. — Toda acción humana —no sólo una especie de ella— puede ser juzgada como conforme o contraria al derecho.

a) A constituir una acción concurren esencialmente dos elementos: la voluntad del sujeto agente, la exteriorización de la voluntad. Ambos elementos se compenetran, sin embargo, y lo que constituye una acción es precisamente el hecho de la compenetración. Es decir, la acción es en sí misma una sola, pero su unidad presenta un doble aspecto como hecho de la naturaleza y hecho de la voluntad.

b) Si atendemos a las teorías corrientes en la materia encontramos que con mucha frecuencia se formulan requisitos encaminados a limitar la esfera de aplicación de un derecho, tanto en uno como en otro aspecto. Así, habrá acciones que por falta de coeficiente psíquico (interno) o por falta de coeficiente físico (externo), serían excluidas de la valoración jurídica, indiferentes para el derecho.

c) Tal postulación es errónea. La escasez o defecto del elemento psíquico podría alterar el carácter positivo o negativo de la licitud, pero no la posibilidad de la calificación misma. Tampoco las acciones puramente "internas" —las que se resuelven en el puro círculo de la conciencia— son indiferentes para la valoración jurídica. La licitud o ilicitud del pensar son ciertamente afirmables, aún independientemente de la licitud o ilicitud de los actos exteriores con que tal pensar se revele.

Proposición 7. — El calificativo de conforme o contrario a derecho se aplica respecto de las acciones posibles. Implica de este modo trazar una distinción entre acciones posibles y otras que también lo son. De modo tal que la posibilidad de una acción, por ser común a los términos de la antítesis lícito-ilícito no constituye el elemento diferencial sobre el que tal valoración pueda fundarse.

a) Si realmente se ha realizado una determinada acción, esto sólo prueba que era físicamente posible, pero deja intacta la cuestión acerca del derecho, acerca de la posibilidad jurídica de su realización.

b) El derecho no depende así, en su aplicación, de su confirmación en el orden de los fenómenos. El derecho subsiste lógicamente allí donde es violado, y hasta adquiere mayor relieve —en su forma ideal— cuando a él se contraponen, sin lograr destruirlo o rebajarlo, el hecho físico de la violencia.

c) La ley física, como síntesis de una realidad de experiencia, no consiente en ser desmentida por los hechos. La ley jurídica, en cambio, no recibe su verdad de los fenómenos, sino que se impone a ellos por medio de la voluntad de los sujetos. Aunque infringida no deja de existir

como tal. Más aún: si se trata de discernir entre varias acciones posibles, el derecho es entonces esencialmente violable.

d) De modo tal que el derecho expresa siempre una verdad no física sino metafísica, esto es, representa una verdad superior a la realidad de los fenómenos, un modelo ideal que tiende a imponerse a esta realidad; dicho de un modo más breve: un principio de valoración. Y es un principio de valoración práctica porque se refiere al obrar, a las acciones (comp. infra, prop. 14, b).

Proposición 8. — La multitud de determinaciones particulares sobre la conducta, en la medida en que se presentan empíricamente como conformando un sistema, señalan su referencia a (convergen sobre) un principio ético.

a) Todo sistema tiene una coherencia que revela la unidad del principio fundamental. Es decir, fijado un principio valorativo, él se traduce luego en estimaciones particulares del obrar.

Proposición 9. — Con arreglo a cualquier principio ético que se proponga como tipo universal del obrar, siempre es posible un doble (y sólo doble) orden de juicio o valoraciones, porque las acciones de cuya valoración se trata pueden considerarse bajo dos (y sólo dos) aspectos.

a) Ante todo, sentado un principio ético, éste da lugar a una distinción entre las diversas acciones que cualquier sujeto puede ejecutar. Entre estas varias acciones sólo una será conceptuada como conforme al principio, y todas las demás excluidas como incompatibles con la primera en el mismo sujeto. Y como en todo instante el sujeto debe tener un comportamiento, la ejecución de aquella acción determinada es necesaria con relación al principio, como es necesaria la emisión de todas las otras que físicamente serían posibles en lugar de la primera.

La comparación entre las diversas acciones en este caso siempre es relativa a la esfera del sujeto. Aplicando de esta manera el principio ético se establece en consecuencia un orden de necesidades positivas o negativas, que es precisamente el deber moral.

b) Pero el mismo principio da también lugar a otra especie de valoración del obrar. Las acciones humanas pueden ser consideradas, además, en una relación objetiva, cuando cada una de ellas se coloca no ya frente a diferentes acciones posibles del sujeto mismo, sino a diferentes acciones de otros sujetos. La relación de compatibilidad entre una y otra acción se dibuja entonces bajo otro perfil: la interferencia se determina en forma objetiva. A la acción se contraponen no ya la omisión sino el impedimento.

El principio ético en esta forma se refiere siempre al obrar de varios sujetos, y se traduce en una doble serie correlativa de posibilidad e imposibilidad de comportarse. Esta coordinación ética objetiva es el campo del derecho.

c) De un mismo principio, entonces, según el diverso modo de aplicarse, se deducen así las dos clases fundamentales de la valoración del obrar que son, precisamente, las categorías éticas de la moral y el derecho. La misma acción que considerada en el orden de un sujeto aparece con la necesidad ética de realizarse o no, en cambio, situada en el orden objetivo aparece éticamente posible o no en razón inversa de su impedibilidad en el mismo orden.

(Continuará)

UNA NUEVA IDEA ACERCA DE LOS DERECHOS NATURALES

VIRGINIA H. RIVAS

Herbert L. A. Hart —uno de los más destacados representantes actuales del positivismo anglosajón— plantea novedosamente en un ensayo recientemente traducido el viejo problema de si hay derechos naturales⁽¹⁾. Aunque su tesis es clara, no resulta simple seguirle a través de un desarrollo contra cuya fácil comprensión conspiran, por un lado, la peculiar terminología anglosajona, y, por otro, la aparente falta de conexión entre las distintas partes del ensayo. Por eso se nos ocurre que acaso pueda resultar útil exponer con alguna claridad las ideas del profesor de Oxford, facilitando de esa manera su crítica ulterior.

Si hay derechos en el campo moral —sostiene Hart—, se sigue de ahí que hay *por lo menos* un derecho natural: el derecho *igual* de todos los hombres a ser libres. ¿Qué significa esto? Ante todo, que la existencia de ese derecho natural no implica el derecho de ejecutar tal o cual acción determinada; no se trata siquiera de que todos los hombres tengan derecho a ser igualmente libres; incluso es excesivo afirmar que ese derecho pertenezca a *todos* los hombres, puesto que es privativo de quienes son capaces de elección. En definitiva, la existencia de ese derecho no significa sino que todo hombre adulto, capaz de elección, tiene derecho: 1) a que los demás *no efectúen* actos coercitivos o restrictivos de su libertad; 2) a *efectuar* todo acto que no sea coercitivo ni restrictivo de la libertad ajena.

Ese derecho tiene para Hart los caracteres tradicionalmente atribuidos a todo derecho natural: es absoluto, irrevocable, imprescriptible. No depende de la pertenencia a ésta o aquella sociedad, sino de la mera condición humana; no deriva tampoco de la sanción del legislador. Pero se diferencia notablemente de los hasta ahora enunciados como

(1) ¿Hay derechos naturales?, en Derecho y Moral, Contribución a su análisis, Trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1962.

derechos naturales en que no tiene un contenido preciso, en que no alude a ninguna conducta determinada.

Por lo demás, ese derecho natural no es óbice para que en determinadas circunstancias y bajo condiciones también determinadas se puedan efectuar actos de coerción o restrictivos de la libertad del prójimo. Pero para que esos actos impliquen el ejercicio de un derecho *moral* —ese es el punto de partida de Hart— deben tener necesariamente una justificación de ese tipo. Es menester, en otras palabras, que la coerción o la restricción de la libertad ajena estén moralmente justificadas.

Ahora bien, los derechos subjetivos no son para Hart otra cosa que justificaciones del empleo de la coerción. Delimitan un área de moralidad —la moralidad del derecho—, en cuanto legitiman el uso de la fuerza; en última instancia su función consiste en efectuar una adecuada distribución de la libertad humana. Sólo la adecuada distribución de la libertad puede justificar moralmente cualquier limitación a la libertad. No es, por consiguiente, la moralidad inherente a la acción la que justifica ésta, sino una moralidad de otro tipo, una moralidad que deriva de la coordinación de las acciones humanas.

Al respecto no cabe objetar que ese pretendido derecho natural no tenga un deber correlativo. Si lo normal es que todo derecho tenga como correlato un deber, no es esa una regla que carezca de excepciones. Piénsese en las “libertades”, en normas ético-religiosas como las del Decálogo, en la propia concepción del derecho natural hasta Hooker, en los códigos de ceremonias, etcétera.

Para interferir en la libertad ajena hay que tener, por tanto, una justificación moral. No otra cosa se quiere dar a entender cuando se dice que alguien “tiene derecho a...” Pero esa justificación puede ser de dos maneras, positiva la una, negativa la otra. Puedo interferir en la libertad ajena porque tengo una justificación especial, que sólo yo tengo, para ello; puedo asimismo oponerme a que alguien interfiera en mi libertad porque no tiene para ello justificación. En el primer caso hago uso, según Hart, de un derecho especial, puesto que sólo yo, en mi individualidad, tengo derecho a inmiscuirme en la esfera de libertad de mi prójimo; en el segundo, me valgo de un derecho general, puesto que nadie puede ejercer coerción sobre mí o interferir en el ámbito de mi libertad sin la correspondiente justificación.

El ejemplo más evidente de limitación a la libertad fundada en un derecho especial lo suministran las transacciones. Cuando me comprometo contractualmente a dar o a hacer algo estoy facultando a aquél frente a quien me comprometo a exigirme el cumplimiento de mi promesa; le estoy dando, en otros términos, una justificación moral para que interfiriera en mi libertad. Otro tanto ocurre en el caso de lo que Hart llama “reciprocidad de las restricciones”, que tiene lugar cuando un cierto número de personas lleva a cabo una empresa común conforme a reglas que, en definitiva, importan limitaciones mutuas a su libertad;

y lo mismo en determinadas relaciones especiales como la que la naturaleza establece entre padres e hijos.

Mientras los derechos especiales son invocados para justificar una interferencia en la libertad de otro, los derechos generales son invocados, por el contrario, para demostrar que esa interferencia está injustificada. Se invocan, por tanto, ante la posibilidad de una coerción o de una restricción de la libertad. Cuando digo "tengo derecho a decir lo que pienso" no hago sino decir abreviadamente que "tengo derecho a que nadie me impida decir lo que pienso". También para los derechos generales hay una justificación moral, la del derecho igual de todos los hombres a ser libres. La ausencia de una justificación moral específica, que derogue esto, deja, pues, subsistente aquélla, y si me opongo a un acto de coerción o restrictivo de mi libertad sin justificación idónea es porque yo sí tengo la justificación moral que emana del derecho igual de todos los hombres a ser libres. Pero si los derechos generales se asemejan en esto a los derechos especiales, difieren, por el contrario, de ellos, en que no se originan en ninguna relación o transacción especial ni pertenecen por lo mismo a personas determinadas en su individualidad, sino a todos los hombres adultos capaces de elección. Al invocar, por consiguiente, un derecho general, me remito *directamente* al derecho natural de todos los hombres a ser libres, en razón de no darse las condiciones especiales ante las que ese derecho cede, por así decirlo, momentáneamente; en cambio, al invocar un derecho especial hago valer, precisamente, una de esas condiciones especiales, por lo que no ya directamente, sino por el contrario, *de manera indirecta y negativa*, me remito también al derecho natural igual de todos los hombres a ser libres.

Únicamente así puede la noción de derecho tener cabida en la moral. No basta con que se dé una justificación moral cualquiera a la intromisión en la libertad de otro, porque de esa manera, eligiendo un criterio que comporte cierta diferencia entre los individuos (raza, creencias, ideología), se puede llegar a que el derecho igual de todos los hombres a ser libres permita las más irritantes desigualdades. Las restricciones a la libertad se justifican moralmente nada más que cuando involucran, como queda dicho, una adecuada distribución de la libertad. Si es admisible, pues, que yo pueda interferir en la libertad de X, es porque X, haciendo uso del derecho igual de todos los hombres a ser libres, autolimitó su libertad, en cuanto me permite a mí interferir en ella. A la inversa, si es admisible que yo impida que otro interfiera en mi libertad es porque no he autolimitado mi libertad como para que esa pretensión esté moralmente justificada.

He ahí, abreviadamente, la tesis del profesor inglés. Ahora bien, el derecho igual de todos los hombres a ser libres pende de la posibilidad de que haya derechos morales. Hart ni afirma ni niega esto último; simplemente postula la existencia de tales derechos al solo fin de sustentar su tesis de que, en tal caso, hay efectivamente un derecho natural,

el derecho igual de todos los hombres a ser libres. Aquí no vamos a entrar en la crítica de esta tesis. Nos vamos a limitar únicamente a señalar que el jurista británico, desde el momento que sólo justifica la coerción o la restricción cuando no obstan a la adecuada distribución de la libertad, se remite consecuentemente a ésta, y acaso no sea del todo desacertado afirmar que el derecho natural que postula es en el fondo el derecho de todos los hombres a una adecuada distribución de la libertad. Pero es el caso que si podría admitirse sin objeciones que, de haber derechos naturales, el derecho a la libertad figure entre ellos, no cabe decir otro tanto de ese supuesto derecho de todos los hombres a una adecuada distribución de la libertad. La distribución de la libertad presupone la existencia de un distribuidor, sea quién fuere; y que esa distribución sea adecuada no dice ciertamente mucho, puesto que falta saber *a qué* debe ser adecuada la distribución. Con esto se revela la insuficiencia de la tesis de Hart. Postula, en definitiva, un derecho natural *formal* en oposición a los derechos naturales del iusnaturalismo tradicional, que son derechos naturales *de contenido*: derecho a la libertad, derecho de propiedad, etcétera. Pero como el mero hecho de tener todos los hombres *igual* derecho a ser libres no basta para explicar cómo los hombres, en uso de ese derecho, enajenan de alguna manera parcelas de su libertad, se ve obligado a dejar de lado la idea puramente formal de igualdad para recurrir a la de una adecuada distribución de la libertad. Por supuesto que de esa manera tampoco se logra la claridad esperada; por el contrario, lo único que se consigue es postergar indefinidamente la solución del problema, rodeándolo de una al parecer inevitable vaguedad.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Este libro se terminó de imprimir
el día 18 de febrero de 1964 en
Artes Gráficas Bodoni S. A. I. C.,
Herrera número 527, Buenos Aires