

---

---

# NOTAS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

AÑO II

Nº III

## SUMARIO

1. S. LEPERA: La "naturaleza jurídica".
2. G. A. KRAUSE MURGUIONDO: Sobre la problemática de la jurisdicción obligatoria en la teoría general del derecho kelseniana.
3. R. A. ESTRADA OYUELA: El concepto de acto antijurídico.
4. H. VACCARI: La relativa objetividad del derecho positivo.
5. R. J. VERNENGO: Algo sobre la semántica de las normas.
6. R. NÚÑEZ ACHAVAL: Sintaxis.
7. R. OLARRA JIMÉNEZ: El gran juego.
8. N. G. E. LAMÉDICA: Derecho y cibernética.
9. E. GRÜN: Víctor Knapp y la aplicación de la cibernética al derecho.
10. J. A. BACQUÉ: Abuso de derecho y contradicción.
11. F. A. TORRES LACROZE: Contestación a "Ross, Kelsen y el derecho natural".
12. R. GUIBOURG: Naturaleza y función del ejemplo en el razonamiento jurídico. (Fin.)

---

---

REVISTA BIANUAL

1965

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

## LA "NATURALEZA JURIDICA"

SERGIO LEPERA

Pese al descreimiento no formulado de unos pocos, la "naturaleza jurídica" sigue siendo, en nuestro medio, principal punto de partida del razonamiento jurídico de casi todos. La preocupación precipua por la elucidación de "naturalezas jurídicas" se localiza históricamente en el período de las grandes codificaciones y el arranque de la pandectística. De entonces a hoy, en la literatura continental —claramente en la italiana y germánica— la inquietud se ha ido menguando grandemente sin que al parecer mediara una revisión crítica de la cuestión <sup>(1)</sup>. No ha ocurrido lo mismo en nuestro ambiente juscientífico; toda exposición de cualquier grupo de normas —o de una norma— identificables mediante un nombre (hipoteca, pacto comisorio, pago de pesos por omisión de preaviso, etc.), es decir, de cualquier "instituto", se entiende debe comenzar —y comienza— con la interrogación sobre su "naturaleza jurídica". No existen formulados interrogantes sobre qué quiere decir preguntarse por la "naturaleza jurídica". Por ello resulta de tan altísimo confort la muy valiosa monografía de Bulygin sobre el tema, que importa la aplicación de recientes adquisiciones epistemológicas a puntos de dogmática <sup>(2)</sup>. Bulygin llega a la conclusión que investigar la naturaleza jurídica, "preguntar por algo así como la esencia de la propiedad o el matrimonio, sencillamente no tiene sentido" <sup>(3)</sup>. Es nuestro propósito, en esta nota, presentar la interrogación por la naturaleza jurídica, no

(1) Ya en 1912 Heck decía que "los escritores que investigaban la "naturaleza jurídica" —tal era la expresión de jerga— "de un instituto jurídico, no percibían con claridad la naturaleza de la tarea que deseaban resolver". Heck, Philip, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, traducción española de Ariel S.A. Barcelona, 1961, pág. 57.

(2) Bulygin, Eugenio, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, en la que la "letra de cambio" es un afortunado pretexto para una exposición general.

(3) Bulygin, *op. cit.*, pág. 29. También pág. 44.  
como error, sino como técnica argumental, *topos* específico de cierto

momento de la ciencia jurídica. No se pretende, por tanto, mostrar el sentido de la naturaleza jurídica, ya que entusiastamente se concede no lo hay, sino, si se tolera un ligero juego verbal, el sentido de la inclusión de ésta en el arsenal argumental de los juristas.

Siguiendo sugerencias de Alf Ross, Bulygin muestra que "propiedad", "posesión", "obligación", "matrimonio" y los otros "institutos" de la ciencia del derecho no son un "algo" que resulta de ciertos hechos condicionantes y tiene virtualidad para producir determinadas consecuencias, generalmente entendidas como explicitaciones de su "naturaleza" o "esencialidad", sino sólo una manera de designar elípticamente el total de disyuntivos hechos condicionantes y conjuntivos consecuencias<sup>(4)</sup>. El *trait d'union* intermedio (propiedad, posesión, obligación) no es sino un sonido sin referencia, o sin otra referencia que tales condiciones y consecuencias; en ocasiones, incluso, se las emplea para designar sólo las primeras y no las segundas ("los ciudadanos deben votar", o "los propietarios deben pagar impuestos")<sup>(5)</sup>. Sabiendo cuáles son los hechos condicionantes y cuáles las consecuencias, se sabe absolutamente todo cuanto es posible saber sobre una determinada materia. Sin embargo, en la ciencia del derecho se da la curiosa situación que, no obstante saber los autores todo eso, siguen buscando míticas fuentes de palabras que no nombran absolutamente nada. Plantean así típicos pseudoproblemas, que no puede extrañar no se pudieran solucionar luego de varios siglos de discusiones estériles. Tal como lo plantea la doctrina tradicional, el problema no tiene sentido y, por tanto, carece de respuesta<sup>(6)</sup>.

Pero para una cierta manera de pensar y hacer la ciencia del dere-

(4) La llamada "jurisprudencia de intereses", con menor bagaje lógico para la demostración, pero preocupada por clarificar esta técnica dentro de un particular estilo jurídico, desde la primera década de este siglo hizo formulaciones equivalentes. En su terminología, "propiedad", "hipoteca", etc., son "conceptos clasificatorios" de normas, de los que no pueden extraerse nuevas normas (Heck, Philip, *Das Problem...*, cit.; *Interessen-Jurisprudenz*, 1933; *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932 (ambos incluidos en *The Jurisprudence of Interest*, Harvard University Press, 1948); *Begriffjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, apéndice a su *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 1929).

(5) En verdad los nombres de "institutos" no designan la condición suficiente para que deba ser la sanción, sino cierto número de comunes hechos condicionantes, de los que se excluye, entre otros posibles, el acto antijurídico. Así se advierte con claridad en los ejemplos propuestos por Alf Ross (*On Law and Justice*, traducción española. Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 164). Estimamos que la formulación podría ser la siguiente: (H1 vel H2 vel H3... vel Hn) et (A1 vel A2 vel A3... vel An) Sec. S. Lo encerrado dentro del primer paréntesis es lo que "da origen" al "instituto". Lo comprendido dentro del segundo es generalmente presentado como los "derechos y deberes" que corresponde a él. Frecuentemente los "institutos" designan situaciones con una cierta perduración temporal (status), lo cual facilitó la aplicación de ciertas técnicas auxiliares a que se aludirá más adelante.

(6) Bulygin, *op. cit.*, págs. 24 a 29; 44 y 50.

cho, saber cuáles son los hechos condicionantes y cuáles las consecuencias que dice la ley, es apenas saber la ley, y no más de lo que sabe quienquiera que entienda el lenguaje del legislador. Para una jurista esto no es todo sino casi nada; apenas el comienzo. Los contenidos normativos —tales como ellos se presentan— no son el Derecho, sino los datos para la ciencia del derecho, que los toma, les da *forma científica*, y de ese modo "*reobra sobre el derecho mismo*", le proporciona un procedimiento orgánico y llega a ser un *nuevo elemento constitutivo* del derecho"<sup>(7)</sup>. A partir de un cierto momento histórico, este resultado se logra mediante la aplicación al derecho del "espíritu sistemático", el cual, en el caso, ofrece "la particularidad de que, además de servir como en las otras ciencias para poner cada una de las partes en su lugar respectivo, este procedimiento de forma ejerce una *reacción material sobre el objeto mismo* al cual se aplica, operándose por su medio una *transformación interna de las reglas* del derecho"<sup>(8)</sup>.

Lo que así se describe no es sino el fenómeno de *constitución* y permanente *recreación* —en un sentido muy específico— que hace el jurista de su objeto mediante la atribución de sentido a los signos con los que se expresa el legislador. Esta constitución y recreación del objeto —que, como es obvio, no tiene un interés meramente teórico, sino que gravita fundamentalmente en la vida y en la repartición de sus bienes— es, a partir de un cierto momento, realizada de modo principal a través de procedimientos novedosos, a los que se denomina en general "espíritu sistemático". Podemos probablemente sostener sin mayores búsquedas que esta técnica no fue propia de la jurisprudencia romana, pero no conocemos particulares investigaciones dirigidas a establecer el momento en que ella surge en el desarrollo posterior, ni existen en nuestro medio elementos bibliográficos suficientes para emprender una propia averiguación<sup>(9)</sup>. Desde luego es posible vincular el "espíritu sistemático"

(7) Savigny, *System...*, Madrid, 1878, t. I, pág. 48. En igual sentido, comparando los contenidos normativos con la escritura china, en la que cada signo representaría una idea u objeto, y las "nociones" jurídicas con el alfabeto, Ihering, "Geist..." S 3.

(8) Ihering, *Geist...*, pág. 3. Este "espíritu sistemático" actuaría mediante el análisis del material legislativo, y su descomposición en "cuerpos simple", por medio de los cuales pueden recomponerse a voluntad de cada una de las reglas de derecho. Semejante análisis "suministra la posibilidad de acrecer el derecho por medio del derecho mismo, y de ampliarlo y engrandecerlo en virtud de sus propias fuerzas intrínsecas" (op. loc. cit.). Aun cuando advierte acabadamente que uno es el derecho que dicta el legislador y otro el que resulta de aplicar a éste la "ciencia del derecho", se niega toda función creadora de la ciencia del derecho, que no haría sino explicitar o hacer más evidente lo que en aquél estaba ya contenido.

(9) Debe destacarse, sin embargo, la singular importancia que tuvo la aparición de las novedosas "Pandektas" de Pothier, en las que, conservando el orden original de los libros y de los títulos, se cambia la distribución de las leyes dentro de ellos. Los resultados obtenidos produjeron un vivo interés, y todavía en 1820

aplicado al derecho con la realización de las grandes clasificaciones descriptivas de las ciencias de la naturaleza. Advertido que la clasificación de las normas "reobra" sobre éstas, y las modifica, la ubicación sistemática fue prontamente incorporada como un buen punto de partida para el razonamiento jurídico (atribución de sentido). Paralelo a este proceso es el pasaje de la jurisprudencia como actividad tópica a su pretendida constitución en un sistema axiomático<sup>(10)</sup>, que fue apenas poco más que una ilusión<sup>(11)</sup>. Independientemente de las dificultades peculiares de la conversión de la ciencia del derecho en ciencia deductiva, y del problema si ella es o no posible, la voluntad de justicia en la solución prevaleció sobre la preocupación por la limpieza metódica, y la ubicación sistemática no desplazó al pensamiento tópico: pasó a ser simplemente un nuevo *topos*, y luego *topos* fundamental en el bagaje de argumentación de los juristas.

La incorporación se produce con intervención de la terminología aristotélica, introducida aparentemente por los juristas bizantinos. Ya Pothier, por ejemplo, en el tratamiento de cada "figura" (contratos en particular) destina un capítulillo a su "naturaleza"<sup>(12)</sup>. Investigar la naturaleza de un contrato significa, secundariamente, desdibujar su aparición histórica en beneficio de su peculiaridad estructural y la sugerencia de su inserción *mos geometricus* en un pretendido mosaico racional;

el autor del prólogo a esta obra se asombra de que "souvent, dans son livre, un mot vot un commentaire, et la classification d'une loi suffit a son interpretation; tant est grande la puissance de la methode" (M. Dupin Ainé, Bruxelles, 1829.) Como antecedente se mencionan los trabajos de Godefroy respecto del Corpus Juris.

<sup>(10)</sup> Siguiendo el desarrollo de Viehweg, la concepción de la ciencia del derecho como pensamiento problemático, es decir, como elección de una respuesta entre las varias posibles a los problemas que nos impone la vida, y que no pueden eludirse, mediante la remisión a ciertos juicios a los que todos, o la mayoría, o los más sabios, o en definitiva nuestro interlocutor, se encuentran dispuestos a adherir sin más demostración, y la indicación de los lugares en que estos juicios pueden hallarse (*topoi*), habría imperado hasta el siglo XVI, y subsistido, entre violentas controversias, hasta el XVIII. De ahí en adelante se robustece la pretensión de mejorar la contralabilidad lógica del procedimiento, presentando también al Derecho como un sistema axiomático o deductivo. El principal esfuerzo en tal sentido, la Pandectística. (Viehweg, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*. München, 1953. Hay traducción italiana de Giuffrè, Milano, 1963.)

<sup>(11)</sup> Conf. Gioja, Ambrosio, conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Buenos Aires el 28 de julio de 1964.

<sup>(12)</sup> Pothier distingue también entre *condiciones* de la esencia, la naturaleza y del accidente de cada "figura", a las que atribuye la significación aún hoy vigente. Declara tomar esta clasificación tripartita de los jurisconsultos del siglo XVII, y destaca que en Cujas se diferencia solamente entre "las cosas que son de la esencia del contrato y aquellas que le son accidentales" (Pothier, *Traité des Obligations*, cap. I, n.º 5). Para Esser, sin embargo, "clasificaciones como *essentialia, naturalia, accidentalia*, son *topoi* específicos de la idea aristotélica de la "naturaleza" de las cosas, que ya los juristas bizantinos incorporaron a su mundo conceptual" (Esser, Joseph, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung de Privatrechts*, Tübingen, 1956. Traducción española de Bosch, Barcelona, 1961, pág. 58).

pero primaria y principalmente establecer en cuáles de las clasificaciones de los contratos en general puede subsumirse esa figura en particular (así, por ejemplo, declarando a la compraventa un contrato consensual, bilateral y oneroso)<sup>(13)</sup>. Si el "carácter" consensual, bilateral u oneroso de un contrato fuera simplemente un sonido que permitiera distinguir a uno de otros en atención a circunstancias y datos que *ya se encuentran* en las figuras, tal denominación tendría una consecuencia meramente expositiva y ordenadora, permitiéndonos presentar el material normativo por órdenes, géneros, especies y familias, al modo de las ciencias naturales. Pero frecuentemente no son sólo eso, sino el nombre, además, de una norma o grupo de normas, las cuales —el género— serán consideradas aplicables también a la especie. Así, establecida la "naturaleza" real de cierta convención, se derivan de ella importantes consecuencias en cuanto al momento de perfeccionamiento y a la eventual obligación de recibir de una de las partes.

Este procedimiento descrito tiene una obvia importancia para la determinación de normas integrativas (llenado de lagunas), y frecuentemente es impuesto por la técnica legislativa, que establece ciertas normas que declara de aplicación a una cantidad de figuras no determinadas individualmente<sup>(14)</sup>. Comprendido por los juristas desde Pothier que "le classement d'une loi suffit a son interpretation", y en dominio de la técnica a que se ha aludido, ampliaron su uso para casos que ya no podían considerarse como una delegación hecha por el legislador al intérprete, y en los que la relación género-especie aparece mucho más oscura; la "naturaleza jurídica" pasa a ser entonces el *trait d'union* entre distintas "figuras", que juegan unilateral o recíprocamente como "fuentes" de normas integrativas (así, directores de sociedades anónimas y mandatarios; "empresa" y universalidad de cosas; crédito documentario y estipulación por otro; contrato de cambio y delegación, etcétera).

<sup>(13)</sup> En Pothier, no obstante, la terminología está lejos de encontrarse consolidada. Luego de la "naturaleza" de un contrato se considera su "sustancia" (por ejemplo, *Traité du Contrat de Vente; Traité du Contrat de bail a rente*), en la que se tratan ciertos aspectos (por ejemplo, cosa, precio, consentimiento) que en otras figuras estudia bajo el título de las "cosas que constituyen la esencia" del contrato (por ejemplo, *Traité du Prêt a usage*, cap. I, n.º 2).

<sup>(14)</sup> Naturalmente que en la composición del problema se recurre a una ficción. Ciertas normas no se aplican a un contrato *porque* éste sea real; el contrato será real *si* estas normas son declaradas aplicables. La ficción, sin embargo, se hace necesaria para encubrir la discrecionalidad en la elección que realiza el intérprete y las cuestiones de valor comprometidas en ella. Justamente sobre este ejemplo puede leerse en Pothier que son contratos reales aquellos que "por la *naturaleza* del contrato, exigen la tradición de la cosa que es objeto de la convención" (*Traité des Obligations*, n.º 10). Esta inversión básica, por la cual el carácter deja de ser la descripción de una nota común para varias figuras y se convierte en una especie de modalidad necesaria por su dependencia con la "naturaleza", y deductible *ex-ante*, será aguzada en adelante, y principalmente en Savigny.

La "naturaleza jurídica" se convierte de este modo en un procedimiento interpretativo de eficacia probablemente no igualada hasta entonces, y que posibilita:

- a) un esquema para la presentación *mos geometricus* del material normativo;
- b) la obtención de un contexto de interpretación (atribución de sentido) para un grupo de normas (figura);
- c) la determinación de normas no previstas por el legislador para una figura, pero cuya aplicación a la misma puede ser propuesta en adelante (llenado de lagunas); y
- d) la indicación de incompatibilidad entre las normas de la especie y la del género, lo que permite postular la nulificación de las primeras.

La eficacia operativa de esta técnica requiere la adopción de otras que se transparentan con claridad indisimulable en Savigny: en él, "hipoteca", "compraventa", "locación", "derechos reales" dejan de ser el nombre de un grupo de normas para convertirse en un *prius* de éstas; algo que puede ser bien o mal legislado, a lo que se dará o no sus reglas adecuadas (las que convengan a su "naturaleza"), pero que no por tal dejarán de ser lo que eran ya antes que el legislador se ocupara de ellas; es decir, algo así como oscurísimas *categorías* del pensamiento jurídico, que curiosamente coinciden y se superponen con los esquemas heredados del *ius civile*, el elenco completo de los moldes en que puede darse jurídicamente la realidad <sup>(15)</sup>. Esta separación entre las figuras ("rela-

<sup>(15)</sup> Como se ha dicho, se presupone que estos moldes son, de algún modo, apriorísticos, y exhaustivos respecto de las posibilidades de vincularse jurídicamente; que, por ejemplo, los tipos contractuales heredados son no sólo productos históricos, sino el recorte racional del entero campo del "do ut des, do ut...". Secundariamente, ello contribuye a explicar la necesidad de presentar todo conjunto novedoso de normas como caso o especie de los moldes acuñados, y a este aspecto parece apuntar Carrió (prólogo a Bylygin, *op. cit.*, pág. 9), cuando propone, como uno entre los motivos que conducirían a la búsqueda de la "naturaleza" de un grupo de normas, "el deseo de emparentar a instituciones de aparición reciente con otras de linaje ilustre, atenuando así el choque de la novedad mediante su absorción por un mundo de ideas ya elaboradas". Es cierto que en algunos casos la "naturaleza jurídica" es conducida por los autores a sonidos sin mayor referencia normativa (por ejemplo, "empresa" y "universalidad de cosas"), en cuyo caso la búsqueda pareciera no tener otra consecuencia ni pretensión que una supuesta limpieza metódica, pero creemos que incluso aquí lo fundamental es una determinación negativa de normas integrativas: declarar no aplicables ciertas normas que podrían llegar a serlo de adoptar otra solución. Si en algún supuesto puede llegar a sostenerse la infecundidad argumental del establecimiento de la "naturaleza", éste ocurre cuando la figura cuyo esclarecimiento se pretende tiene (constituye) un estatuto cerrado y autosuficiente. Uno de los mejores ejemplos a este respecto lo constituye quizás el de la letra de cambio. Los casos en que la determinación de su "naturaleza" contractual o no podrán operar son, en general, puramente académicos.

ciones jurídicas", en su lenguaje) y las normas es necesaria para poder predicar la adecuación de éstas a aquéllas. Como el criterio para establecer tal adecuación lo constituye la "naturaleza" de las relaciones, se impone una nueva transmutación: la *cosificación* de las relaciones jurídicas y la aparición de sus respectivas esencias. En Savigny, claramente, la tarea del jurista pasa a ser un esfuerzo nunca clarificado para aprehender tales huidizas esencias; las aproximaciones o alejamiento entre éstas serán el modo de presentar las argumentaciones por analogía y a contrario en la ciencia del derecho, y la base para la ordenación sistemática del material normativo <sup>(16)</sup>. Este, estimamos, es el esquema básico transmitido a los juristas posteriores como paradigma del razonar jurídico, y aparece como trasfondo en todos quienes no accedieron a los autores de la jurisprudencia de intereses, aunque generalmente, claro está, sin conciencia ni aun aproximada de las cuestiones comprometidas y resueltas de esa guisa.

Cosificadas así las "relaciones jurídicas", éstas no son ya, en cuanto función argumental, simples expresiones sin sentido, meras descripciones del total de disyuntivos hechos condicionantes y conjuntivas consecuencias, sino ciertas entidades que atribuyen y cargan de sentido a los

<sup>(16)</sup> Recientemente Esser (*op. cit.*, pág. 304) declara que el pensamiento sistemático en la jurisprudencia "tiene una fundamentación ingenuamente ontológica. Lo que sostiene la resolución no es el *hic et nunc* de la *doxa* y de la *opinio juris*, sino la "esencia" de una relación y una institución jurídicas y el nexo interno del ordenamiento, que se refleja en el sistema dogmático". Se vincula esto con la "naturaleza de la cosa", que "desde Savigny es un *topos* preferido de la *ars inveniendi*, más aún, una *categoría* del pensamiento civilista" (*op. cit.*, pág. 87). La consideración de la "naturaleza de la cosa", en Savigny, y después de él, parece haber motivado en Alemania ciertos comentarios que no han llegado hasta nosotros, ni se encuentran en nuestro medio (Gutzwiller, *Der Einfluss Savigny auf die Entwicklung des Internationales Privatrechts*, Friburgo, 1923; del mismo, *Zur Lehre von der Natur der Sache*, Festschr. der ju. Fak. d. Univ. Fribourg zur 59. Jahresver. d. Schweiz. Jur. Ver. [1924]; Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Festschr. f. R. Laun [1948]; Neuhaus, *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, Rabels Z 15 [1949]). En literatura española sólo recordamos a Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1955, I, pág. 112, quien, con cita de Gutzwiller (*Einfluss... cit.*) declara que Savigny "ha procedido a una especie de «personalización» de la relación jurídica, la cual ha tomado sustantividad propia y, al igual que el hombre (del cual es obra), ha reclamado su norma correspondiente". Quizás con menor claridad, pero apuntando al mismo aspecto, puede verse también Gorla (*Il Contratto*, Milano, Giuffrè, 1955, traducción española de Bosch, Barcelona, 1959, I, pág. 9). Finalmente, Bulygin (*op. cit.*, pág. 51) concluye su trabajo afirmando que "la búsqueda de la inexistente sustancia designada por el nombre "obligación cambiaria", se basa en la vieja creencia de que detrás de toda palabra debe haber un ente, creencia cuyos resultados han sido por demás perniciosos, tanto en la filosofía como en la jurisprudencia".

hechos a que "las condiciona" y a las consecuencias que "les imputa" el legislador (17).

Esta técnica es "errónea", pero de ninguna manera "estéril". Considerarla así implica el olvido de los procedimientos utilizados por los hombres durante varias centurias para discernir entre ellos los bienes de la vida y el uso de la fuerza. Tan importante como la mostración de estos procedimientos como erróneos, lo es el señalarlos como mecanismo para la constitución del objeto —atribución de sentido a los signos del legislador— y como instrumentos de una ideología para el encubrimiento y paso de cuestiones de valor. Ambos aspectos, integrados, nos habrán de colocar descarnadamente frente a estas últimas, tema reiterado e ineludible del derecho y de su ciencia (18).

(17) Este aspecto no es fácil de asir para un análisis formalizado. Así cuando Bulygin (*op. cit.*, págs. 49 y 50) formula su crítica a la opinión de Yadarola, lamenta "que el eminente jurista no haya podido librarse del mito de la voluntad" y que su distinción entre violencia absoluta y relativa "no tiene ningún apoyo en la ley", art. 736 del Código de Comercio), ni en la jurisprudencia". Lo que importaba en Yadarola —como en cualquier otro— es su esfuerzo por leer y hacer leer cierto artículo del Código de Comercio de un modo distinto al que lo hace su crítico, y al que lo vienen haciendo los jueces; su esfuerzo por atribuirle un sentido distinto del espontáneo o "ingenuo", es decir, por hacer "ciencia del derecho". Esta permanente recreación del objeto no es asumida por aquéllos que intentan aproximar la jurisprudencia a las restantes ciencias empíricas; la relación antecedente-consecuente no se le da a la ciencia del derecho: en una medida no irrelevante es establecida por ésta.

(18) Luego de concluida esta nota, y por indicación de Manuel A. Laquis, hemos tomado conocimiento de la reciente traducción efectuada por Ernesto Garzón Valdés de lo que estimamos reedición del trabajo de Radbruch citado en el n° 16 (*La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento*, Universidad Nacional de Córdoba, 1963. Traducción de "Die Natur der Sache als juristische Deutung", Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1960). Para Radbruch, la "naturaleza de la cosa", idea del pensamiento griego, tendría su formulación latina en Lucrecio, y habría pasado a través de Cicerón a los juristas romanos y luego al Digesto (págs. 64 y 91-92). El autor la presenta como "forma de expresión de una evidencia que parece no necesitar de ninguna fundamentación, y que puede poner fin a toda discusión" (pág. 70). Asume así, sin advertirlo, su función tópica en una técnica argumental, y también los fines a los que está dirigida: el llenado de lagunas y secundariamente la "ordenación del derecho" (págs. 68, 69, 79 y 108). No obstante ello, se esfuerza por hallar algo más: la "esencia lógica de la naturaleza de la cosa" (pág. 70). Naturaleza de la cosa es "su esencia, su sentido", el "sentido objetivo que hay que obtener de las características de las relaciones vitales"; si bien la naturaleza de la cosa "no es ente alguno, está vinculada a un ente" es el sentido que corresponde a una relación vital fáctica, la expresión de una idea del derecho que se encuentra en la base de este sentido" (págs. 78-79). Como se advierte, la explicación es de bastante más difícil comprensión que lo explicado. Nosotros estimamos que, en el fondo, a lo que se está apuntando es a la añeja técnica de la argumentación analógica ("el sentido jurídico de una cosa significa, pues, la selección de determinadas características de la totalidad de una relación vital, bajo un determinado aspecto", pág. 76) con esfuerzo para encubrir la discrecionalidad que le es propia y mantener la ilusión de una controlabilidad lógica.

## SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA JURISDICCION OBLIGATORIA EN LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO KELSENIANA

GUSTAVO A. KRAUSE MURGUIONDO

### I. Sobre si la declaración jurisdiccional es sanción

La regla de derecho adopta la forma de un juicio hipotético. Esta forma es requerida por su propia naturaleza de juicio que enlaza una consecuencia a una condición. En doctrina kelseniana la sanción aparece como consecuencia de una o varias condiciones que se unen conjuntamente.

Los ejemplos son simples:

"Si alguien mata entonces debe ser que cumpla de 10 a 10 años de prisión", o "si alguien contrata, no cumple el contrato y es demandado, entonces debe ser ejecución forzada contra sus bienes".

Este tipo de formulación de la regla jurídica, sin embargo, no es completo. Kelsen en la Teoría Pura (*Théorie Pure du Droit*, 1953. Ed. de la Bacconnière —Neuchatel—, pág. 46) expresa la regla de esta otra manera, "si alguien comete un robo, un tribunal lo debe castigar". Esta expresión pone de relieve el problema de la existencia de la jurisdicción obligatoria.

En efecto, ya no se trata de que si alguien comete un acto ilícito debe ser punido, sino de que "un tribunal" debe punirlo.

En forma inmediata se presenta esta alternativa: la de saber si el momento normativo por el cual se ordena la aplicación de una sanción se encuentra subsumido en el antecedente o en el consecuente de la norma.

Es decir, si la sentencia es la condición requerida para que "deba ser" la sanción, o si la sentencia judicial es la sanción misma o parte integrante de ella.

Debemos determinar, entonces, si la intervención de un órgano que

“ordene” en forma condicionada (sentencia civil) o incondicionada (sentencia penal), la aplicación de una coerción es ya sanción o no lo es.

Esta cuestión da por supuesta la idea de sanción, y a ella debemos remitirnos.

En la Teoría General del Derecho y del Estado, define Kelsen a la sanción, en cuanto su contenido, como privación por una persona de un bien, vida, salud, bien económico, aplicando para ello la fuerza en caso necesario, es decir, sin tener en cuenta la voluntad del sancionado.

Desde este punto de vista no parece que la sentencia sea la privación de un bien, y, por tanto, que la actividad jurisdiccional pueda subsumirse en el consecuente de la norma.

## II. La declaración jurisdiccional como condición de la sanción

Ubicada la actividad jurisdiccional entre los antecedentes o condiciones necesarias que se precisan para que una sanción proceda, cabe, desde una perspectiva teórica esta pregunta:

Es que la sanción “debe ser” o debe acontecer en forma imputativa al acto antijurídico, o es que la sanción “debe ser” recién después de la declaración judicial sobre la existencia del acto antijurídico y la procedencia de la sanción.

O sea:

$E \rightarrow S$  (Si acto antijurídico [E] entonces sanción [S]).

$J^e \rightarrow S$  (Si comprobación jurisdiccional de acto antijurídico [ $J^e$ ] entonces sanción [S]).

En distintas formulaciones de la norma jurídica que se encuentran en Kelsen, el deber ser de la sanción sigue al acto antijurídico. Esa es justamente la relación de imputación. El acto antijurídico es la conducta que desencadena la sanción.

Sin embargo, en la página 47 de la *Théorie Pure* encontramos expresada de esta otra manera la regla jurídica: “Si el tribunal competente a la vista de cierta norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, lo debe condenar a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado Francés”. La última expresión: “Lo debe condenar a la pena fijada por el órgano legislativo francés”, debe entenderse en el sentido de que esa pena “debe ser”, ya que la sanción “debe ser” con independencia de si el órgano se encuentra obligado o no a prescribirla.

De acuerdo a esta formulación cabe pensar que la jurisdicción obligatoria es el antecedente por excelencia, es decir, el que “desencadena” la sanción y no ya el acto antijurídico.

El complejo de las normas jurídicas indicaría que el acto antijurídico debe desencadenar la sanción, únicamente si su existencia es previamente comprobada por un órgano competente del orden jurídico.

## III. La relación de imputación en la estructura de la norma. Problemas planteados por la jurisdicción obligatoria

En principio, entonces, dada la existencia de la jurisdicción obligatoria, la relación de imputación en la norma jurídica debe replantearse.

Estudiando la norma completa en su contenido pareciera que la fórmula más adecuada fuera:

Si un órgano comprueba que la comisión de un acto antijurídico es, entonces debe ser sanción para el autor declarado de ese acto.

Obsérvese que de acuerdo al sentido de la norma no bastaría el pronunciamiento judicial para desencadenar la sanción si éste no declara la existencia de un acto antijurídico.

Lo expresado no implica que pudiera existir un orden jurídico que estructurara la norma de modo que bastara, para desencadenar la sanción, la declaración de un órgano, sin que éste tuviera para ello que comprobar o afirmar la existencia de un acto antijurídico, a diferencia de la formulación anterior.

Veamos algunas de las cuestiones que podrían suscitarse:

Es cierto que el que estudie en general la estructura de una sentencia judicial (civil o penal), podrá apreciar que éstas en sus considerandos afirman o mencionan, expresa o implícitamente, la existencia de un “acto antijurídico” como condición para la afirmación de la procedencia de la sanción.

Ahora bien, podría ocurrir que una sentencia de ese tipo fuera de tal modo ambigua en sus considerandos que no se pudiera extraer de ella ninguna afirmación sobre si existió o no una conducta indebida.

Si se admitiera en el caso, por aquéllos frente a los cuales la norma pretende existir, que la sentencia es válida, es indudable que la estructura normativa no podría ser  $J^e \rightarrow S$ .

Ello porque se estaría admitiendo que no hace falta que el órgano jurisdiccional declare “e” (acto antijurídico) para que proceda una sanción.

Pasar de esta posición a la que considera que la sanción es debida cuando así lo declara el órgano jurisdiccional, sin que éste tenga para eso ninguna limitación, ni aun formal, es sólo un paso insensible.

Empero, para que la estructura de la norma sea así, tiene el orden jurídico positivo que “brindarla” al conocimiento de tal manera.

Y, lo cierto es que, ahora, el orden jurídico positivo (v. gr. argentino) da únicamente oportunidad para apreciar la estructura  $J^e \rightarrow S$ .

Es decir, que si un órgano jurisdiccional declara procedente una sanción (acto coercitivo de privación), afirmando la existencia de una conducta indebida o antijurídica, entonces debe ser la sanción contra el autor declarado de esa conducta.

Para completar el sentido de este parágrafo me remito a las con-

clusiones a que he arribado en el presente trabajo, respecto de la estructura declarada norma general completa (parágrafo VI).

#### IV. Declaración jurisdiccional y nulidad normativa

Para confirmar la opinión antedicha de que el derecho moderno, no basta la simple declaración jurisdiccional de la procedencia de la sanción, sino que ésto debe además expresar que ha existido un acto antijurídico, daré un ejemplo, y me referiré a la relación del problema de las nociones de nulidad de las normas jurídicas.

Supongamos que se dicta una sentencia en la que el Juez dice que X (alguien) no realizó un acto antijurídico, pero que ello no obstante, X (alguien) debe sufrir una "sanción". Supongamos, además, que sea juez

Una sentencia como la señalada rebasaría los límites de lo jurídico, sería de una nulidad tan absoluta que cualquiera podría proclamarla. No sería sentencia.

Evidentemente, cualquier jurista podría negarle el carácter de norma jurídica. Ello es claro, asimismo, desde el punto de vista de los órganos encargados de su aplicación.

Para que esa norma individual pudiera considerarse jurídica, y "norma" por tanto, la norma general de acuerdo al sistema del derecho positivo debiera ser J - S, es decir, "basta que el Juez diga que debe aplicarse una sanción para que "deba ser" su aplicación, pero éste no es el caso del derecho positivo que exige para que una sanción "deba ser" que el Juez afirme la existencia de un acto antijurídico.

La estructura de la norma de derecho es entonces  $J^e \rightarrow S$ .

#### V. Significado del "acto antijurídico" en un sistema de jurisdicción obligatoria

Kelsen en la *Teoría General del Derecho y del Estado*, cap. XI, sobre "Jerarquía de las normas", afirma que la formulación correcta de la regla de derecho no es "si un sujeto ha cometido un delito, un órgano del Estado deberá aplicar la sanción al delincuente", sino que se otra: "si un órgano competente ha establecido en la debida forma que un sujeto ha cometido un crimen, entonces determinado órgano deberá aplicarle una sanción".

Esta formulación se ajusta a las conclusiones a que se arriba en este trabajo.

El llamado "acto antijurídico" pierde entonces el sentido prístino que tiene en la doctrina Kelseniana, como antecedente de la sanción en la norma general y pasa a ser uno de los elementos de la declaración del Juez.

Sería aquella expresión significativa que afirma la existencia de una determinada conducta, afirmación que indispensablemente debe verificar el órgano jurisdiccional para que el resultado del "acto" que realiza pueda calificarse como sentencia (como norma jurídica).

Kelsen, en el citado capítulo sobre "Jerarquía de las normas", dice: "una expresión más explícita de tal norma sería ésta: si el órgano competente, es decir, el designado en la forma prescripta por la ley ha establecido a través de cierto procedimiento, señalado por la misma ley, que un sujeto ha cometido un delito que la propia ley determina, entonces una sanción prescripta por ésta tendrá que ser impuesta al delincuente".

Se ve claramente que, según se halla así expresada la norma, la condición de la sanción es la declaración de un órgano jurisdiccional, y en tanto que esa declaración expresa que se ha producido en los hechos una conducta que se califica de "criminosa" o "antijurídica".

No escapa al suscripto que este criterio va contra el criterio general que afirma que la parte esencial de la sentencia es dispositiva y no los considerandos. Empero, a los que sostienen este criterio cabría preguntarles si "llamarían" sentencia a una declaración de un Juez que condenara, sí, en su parte dispositiva, pero que afirmara en los considerandos que no ha existido ninguna de las conductas calificadas como antijurídicas (ver punto IV).

Concretando lo expuesto. El orden jurídico exige que para que sea procedente una sanción es necesaria una declaración jurisdiccional y, además, que esa declaración contenga fundamentalmente dos afirmaciones:

En primer lugar, la afirmación de la existencia de un acto (conducta) que se califica como indebido al enlazársele una sanción; en segundo término, la expresión de que esta calificación concuerda con la de una norma legal.

#### VI. Formulación de la norma jurídica completa en un sistema de jurisdicción obligatoria

Ocurre en la realidad jurídica que el súbdito no puede ni tiene facultad para verificar la conformidad procesal o material de una norma con otra, y tampoco puede considerarse autorizado para nulificarlas, ni mirarlas como de nulidad absoluta por estos motivos. Ello es así porque quien verifica la conformidad de las normas legislativas y constitucionales es siempre un tribunal judicial.

Lo que parece que el súbdito está autorizado para verificar es únicamente la calidad de órganos jurídicos de quienes emiten las normas.

En efecto, quien recibe una orden (norma) de quien no es Juez, legislador u órgano autorizado, a su criterio, es evidente que puede mirar ese acto como lo que es, es decir, no como creación normativa.

En consecuencia, para que una sanción debiera ser, tendrían que darse como condiciones el dicho de un juez ordenándola, y los dichos del legislador y constituyente en base a los cuales pudiera identificarse a alguien como órgano judicial.

De esta manera la norma general completa de orden jurídico diría:

Si los padres de la Constitución han determinado quiénes han de ser los órganos legislativos y judiciales, y que estos últimos deben afirmar, para que proceda una sanción, que ha existido un acto o conducta del que la va sufrir y que el mismo corresponde a los que el legislador ha calificado como actos o conductas indebidas, y el Juez así lo hace, entonces debe ser que un órgano prive al afirmado como autor del "acto antijurídico" de un bien, sin tener en cuenta su voluntad y usando la fuerza en caso necesario.

#### VII. *Jurisdicción obligatoria y distinción entre dinámica y estática del derecho*

La formulación de las conclusiones a que se ha arribado lleva a considerar el valor de la distinción kelseniana entre dinámica y estática del derecho.

La norma precedentemente enunciada ha considerado el momento dinámico, si así quiere llamársele, desde que apunta a los órganos jerárquicamente ordenados, cuyas sucesivas declaraciones han de desencadenar la sanción.

Cabe entonces preguntar en qué consiste el análisis estático del derecho. Siempre intentando interpretar la Teoría Pura en este aspecto, se le ocurre al suscripto que lo que se quiere significar, al hablar de estática del derecho, es que se analizan las declaraciones de los órganos jurídicos, dejando momentáneamente sin considerar el órgano que las emite.

Parece común en el análisis del derecho partir y dar primordial importancia al momento estático. Ello es porque se estudia el "producto" de la actividad del órgano jurídico (Constitución, ley, sentencia, acto jurídico).

Es de influencia, al respecto, la formulación de las normas en forma impersonal en algunos casos, y en otros el olvido de que el juicio que emana de un órgano incluye también el "yo o nosotros decimos o establecemos".

Al dejar de lado este momento en el estudio estático, se interpretan exclusivamente los requisitos que ha de tener la declaración del órgano en cuanto a su contenido.

Ello ha llevado a la interpretación de encadenar la sanción al "acto antijurídico", que es sólo un hecho o conducta mencionada en la declaración judicial, cuando que, en cambio, la sanción se enlaza a la declara-

ración del órgano jurisdiccional, de la cual es sólo parte la "afirmación" de la existencia de la conducta calificada como "acto antijurídico".

#### VIII. *Técnica de creación jurídica en un sistema de jurisdicción obligatoria*

En el régimen jurídico positivo, como el argentino que, según nuestra opinión, adopta como norma jurídica el criterio  $J^e \rightarrow S$ , la técnica de creación jurídica es la siguiente:

La Constitución determina en general la formación y designación de los órganos encargados de emitir las normas generales e individuales. Asimismo, establece que las leyes o normas generales no podrán tener determinados contenidos o deberán tener determinados otros.

De esta distinción de los preceptos de una Constitución positiva puede afirmarse lo siguiente:

Las disposiciones que determinan el órgano y procedimiento de su designación y funciones, revisten, "grosso modo", el carácter de normas jurídicas fundamentales.

El resto de las disposiciones debe ser analizado para determinar su valor en el ámbito jurídico y dada la existencia de la jurisdicción obligatoria. La exigencia, por ejemplo, de la Constitución en el sentido de que para que proceda una sanción el Juez debe declarar que el responsable ha realizado una de las conductas señaladas por el mismo legislador, parece requisito ineludible para la existencia de la norma jurídica judicial.

Y, justamente, éste es el proceso y técnica de creación jurídica; la declaración emanada de un órgano inferior vale como norma siempre que ella misma afirme explícita o implícitamente que se ajusta a la norma superior, sujeta la veracidad de esa afirmación, o no, al control de otro órgano.

#### IX. *Órgano jurisdiccional y órgano ejecutivo*

El problema de la existencia de órganos jurisdiccionales, es decir, de aquellos órganos con capacidad de emitir normas individuales sancionadoras, comprende la necesidad de diferenciarlos de los órganos ejecutivos.

La actividad del órgano ejecutivo debe entenderse en el consecuente de la norma, ya que ella es la actividad propiamente sancionadora.

Por ello, puede encontrarse el siguiente criterio de distinción:

Órgano jurisdiccional es quien debe decir si es procedente una sanción y quién ha de ser sancionado. Es inoperante la declaración al respecto de un órgano ejecutivo.

Organo ejecutivo es aquél competente para realizar el acto coercitivo calificado como sanción.

#### X. Técnica jurídica en la jurisdicción obligatoria y el valor verdad

De acuerdo a lo expuesto, todo el sistema de creación jurídica, en un sistema de jurisdicción obligatoria, descansa sobre el valor "verdad".

En efecto, la norma jurídica general se cumpliría intrínsecamente cuando el Juez u órgano jurisdiccional realiza o intenta realizar ese valor verdad, al afirmar como existentes las condiciones que el legislador (o la norma) quiere sean afirmadas como requisito de la declaración jurisdiccional para que haga procedente una sanción.

## EL CONCEPTO DE ACTO ANTIJURIDICO

RAÚL A. ESTRADA OYUELA

En su *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen elabora una última aproximación al concepto de acto antijurídico (parte primera, III, E) que, como queremos demostrar aquí, resulta de una extensión tal que no es posible encontrar entre los objetos abarcados un conjunto de propiedades capaces de constituir la intención del concepto.

La crítica que aquí ensayamos se refiere a la segunda parte de esa definición, la cual tiene por objeto ampliar la primera aproximación ("conducta del individuo contra el cual se dirige la sanción considerada como consecuencia de tal conducta" [parte primera, II, E]), para extenderla a los casos de responsabilidad colectiva absoluta.

De las cuatro combinaciones posibles de responsabilidad —individual por culpa, individual absoluta, colectiva por culpa (hipótesis bastante difícil) y colectiva absoluta—, en las tres primeras la sanción siempre aparece como consecuencia de la conducta del individuo contra el cual se dirige, pero en la última sólo una complicada forma de pensar, propia de los juristas y alguna otra especie perversa, puede vincular la sanción al acto antijurídico que la provoca.

Para ampliar a estos casos el concepto de acto antijurídico, que dentro del método seguido por Kelsen debe obtenerse a partir del concepto *sanción*, el autor de la Teoría Pura, recurre a una expresión de ambigüedad incommensurable que redondea de la siguiente forma: el acto antijurídico sería (el traductor al menos usa la forma potencial) la conducta de la persona contra la cual se dirige la sanción considerada como consecuencia de tal conducta, o la conducta de la persona que se halla en una cierta y determinada relación jurídica con aquellas otras a quienes la sanción se aplica, pero siempre considerada como consecuencia de aquella conducta.

¿Puede encontrarse alguna expresión más ambigua que ésta de "cierta y determinada relación jurídica"?

¿Es, acaso, más preciso eso que decir "incierto e indeterminada relación jurídica"? ¿A qué relación se refiere? ¿Acaso a la que surge

entre deudor y acreedor, o entre locatario y locador, o entre el usufructuario y el titular de la nuda propiedad, o entre el acreedor anticresista y el propietario constituyente? Para exaltar la extensión del concepto bastaría señalar que las únicas limitaciones que tiene son las que se refieren a la existencia de una relación y a que ella sea jurídica, y hay relación jurídica entre todos los habitantes de un país por el sólo hecho de serlo.

Si no hubiera otra forma de precisar el concepto de acto antijurídico, quizás tendríamos aquí la objeción más seria a todo el sistema, porque evidentemente la forma de expresión utilizada por Kelsen da por sobreentendido un acuerdo previo sobre el tipo de relación jurídica a que se refiere (técnica tan propia del jusnaturalismo), o simplemente no quiere decir nada, porque lo dice todo.

II. En general la técnica seguida por Kelsen reporta evidentes ventajas. Por eso sería conveniente buscar un concepto más preciso que sirva para los fines de la definición que, por los defectos señalados, debe desecharse. Con este propósito podría reemplazarse la expresión final por la siguiente: o de la persona que es órgano jurídico de aquellas otras a quienes la sanción se aplica, como consecuencia de la conducta del órgano.

III. Nos atrevemos a afirmar que el concepto de órgano no está debidamente estudiado en la Teoría General, y ello nos anima para ensayar un desarrollo de esta posibilidad, entendiendo por órgano solamente a aquél que se caracteriza por su capacidad para hacer responsables a quienes representa (intención del concepto), y esa calidad le es otorgada por el orden jurídico total a que pertenece (que determinará su extensión), más allá de las intenciones o manifestaciones de las personas que integran el órgano representante o la comunidad representada.

La observación particular de algunos casos permitirá ver con claridad este panorama.

a) En los sistemas primitivos cualquier miembro del clan o tribu es capaz de comprometer con su conducta la vida, salud, bienes o libertad de todos los integrantes de su comunidad. Ello es así porque las normas que regulan las relaciones intertribales lo establecen, sin necesidad de remontarse a ninguna fundamentación metafísica. De esta manera, el individuo del clan actúa como un órgano de su comunidad.

b) En el derecho internacional generalmente se tiene por órganos a los gobernantes, pero también se atribuyen funciones de órgano a ciertos individuos que aisladamente pueden actuar comprometiendo la responsabilidad de un Estado. Pocos meses atrás fue necesaria una aclaración argentina para que el Reino Unido tuviera por limitada al género de las actitudes individuales la conducta de un piloto civil que plantó una bandera argentina en las Malvinas. Sin esa aclaración —y salvando las diferencias formales—, esa expresión de una pretensión de soberanía

no se distinguiría mucho de la utilizada por el gobierno en los organismos de las Naciones Unidas. La posibilidad de que un particular realice actos que comprometan las buenas relaciones con países amigos, está prevista en el Código Penal. ¿Y cómo podrán comprometerse las relaciones entre estados sino es actuando como órgano de uno de esos estados?; aunque la posición tradicional se niegue a reconocer carácter de órgano a los particulares, éstos los tienen porque el derecho internacional se los da.

c) En los derechos nacionales puede ser que la facultad de contraer obligaciones por cuenta de una sociedad colectiva esté aparentemente limitada a los órganos designados por los estatutos de ésta, pero en nuestro derecho cualquiera de los integrantes de la razón social comprometerá a toda la sociedad con su firma. Esto es así porque el carácter de órgano lo otorga el sistema total al cual pertenecen el individuo o la comunidad particular que él integra.

Bastan estos tres casos, podrían mencionarse a muchos más, como fundamento que nos permita afirmar que la calidad de órgano —tomada la expresión con la restricción señalada— es dada por el sistema jurídico total y que su consecuencia principal es que permite al individuo, o al grupo, designados como órganos, hacer responsables, es decir, hacer pasibles de la sanción, a todas las personas que integran la comunidad que ellos representan.

De esta forma, en todos los casos de responsabilidad colectiva-absoluta se da la intervención de un órgano, y este tipo de relación jurídica —y no otro incierto e indeterminado— es el relevante y el que debe tener en cuenta el concepto de acto antijurídico.

Resumiendo: aunque el concepto elaborado por Kelsen no presente ninguna contradicción lógica que permita señalarlo como inválido, y aun cuando desde el punto de vista estrictamente lógico sea admisible la presentación de una definición intensiva sin extensión (caso del centauro), o de una extensión tal que universalice el concepto, parece de muy escasa utilidad una definición del acto antijurídico que contenga una tan grande ambigüedad, y en este sentido no sirve a la teoría que pretende explicar como son y como funcionan los sistemas jurídicos.

Si suponemos que un marciano llegado en el vuelo de regreso de algún proyectil espacial pretende informarse sobre los derechos terráqueos, es evidente que a esta altura de la exposición de Kelsen se encontrará con un obstáculo insalvable que sólo podemos superar los iniciados en los usos de este planeta, conocedores de una tácita convención sobre el tipo de relación jurídica a que alude esta parte de la Teoría General.

## LA RELATIVA OBJETIVIDAD DEL DERECHO POSITIVO

HORACIO VACCARI

Aquellos autores que entienden a la ciencia jurídica como una disciplina que se ocupa del derecho positivo, destacan la objetividad de éste, oponiéndola a la subjetividad del derecho natural.

Esta premisa es adoptada un tanto dogmáticamente por Kelsen, quien señala el carácter objetivista de su "Teoría Pura" y establece una terminante distinción entre el derecho puesto (positivo) y el derecho supuesto (natural).

Sin embargo, en el capítulo X de su libro *Teoría Pura del Derecho* (1), contradice en cierto modo su tesis inicial al afirmar que la interpretación no es un acto de conocimiento sino de voluntad del juez (pág. 169), lo que torna ilusoria la pretendida seguridad jurídica, sobre todo en el caso de normas de sentido dudoso (pág. 171).

Nos apresuramos a reconocer que sería aventurado sostener terminantemente que el maestro vienés se contradice, ya que el capítulo de la interpretación es coherente con su concepción general del derecho.

Pero sí podemos decir que su teoría resulta insatisfactoria para explicar ciertos hechos de la vida jurídica. ¿Cómo conciliar la total objetividad del derecho positivo con esta amplia facultad que tienen los jueces para resolver los casos en un sentido o en otro, hasta el punto de que se puede afirmar que la seguridad jurídica es ilusoria? ¿Cómo postular la objetividad del derecho positivo si en muchos casos su determinación está librada a la subjetividad inaccesible del juez?

Estimamos que el problema merece una consideración especial, por lo que trataremos de replantearlo mediante el análisis de casos concretos en los que se vea cómo funciona el derecho.

I. En primer lugar, para evitar ambigüedad, diremos que al hablar de derecho positivo nos referimos a normas generales que son aplicadas

(1) Trad. del Dr. M. Nilve. Ed. Eudeba, Bs. Aires, 1960.

efectivamente por los tribunales. Lo hacemos así porque sólo a este nivel tiene sentido hablar de directivas que orientan la actividad de los órganos y permiten, al mismo tiempo, la predicción de esa actividad por el jurista. Aspectos ambos que posibilitan la construcción de una ciencia jurídica.

(Aclaremos que es indistinto que esas normas generales provengan de un órgano legislativo o se obtengan a partir de precedentes.)

El aspecto de previsibilidad de la función judicial es decisivo, porque de lo contrario la ciencia jurídica se reduciría a una mera historia del derecho, es decir, a un inventario más o menos casuístico de soluciones dadas en el pasado.

II. En segundo lugar, diremos que una norma es objetiva cuando puede ser conocida en un grupo social con un grado relativamente alto de consenso intersubjetivo.

La cuestión a dilucidar es: ¿cuándo se da este caso?

III. Veamos diversas situaciones:

a) El juez debe aplicar una norma N, clara desde el punto de vista de su significado. Es decir, que puede ser fácilmente entendida mediante el análisis lingüístico.

b) El juez debe resolver un caso que entra en el campo típico de referencia de la norma N.

c) El juez debe aplicar una norma oscura desde el punto de vista de su significado. Es decir, debe resolver problemas sintácticos, lógicos o semánticos para establecerla.

d) El juez debe resolver un caso que no entra claramente en el campo de referencia de la norma aplicable y, por lo tanto, debe decidir si extiende o no su significado.

e) El juez se ve obligado a elegir una posibilidad que trasciende el propósito de interpretar una directiva. (Por razones de brevedad, nos remitimos al ejemplo que menciona Alf Ross en su libro *Sobre el Derecho y la Justicia*, página 117 <sup>(2)</sup>).

Es evidente que sólo cuando se dan los casos a) y b) simultáneamente, podemos hablar de objetividad de la norma aplicable.

En ninguno de los otros casos existirán elementos de juicio que permitan predecir con alguna certeza el comportamiento del tribunal y, por lo tanto, la existencia del derecho aplicable.

La aclaración de una norma oscura puede dar resultados opuestos. Eso lo sabe bien cualquier abogado, quien en muchas oportunidades no sabrá contestar a su cliente si está obligado o no, si su conducta puede o no resultar antijurídica.

(2) Trad del Dr. G. Carrió. Ed. Eudeba, Bs. Aires, 1963.

Lo mismo ocurre en la situación d). La ampliación o la restricción del campo de referencia de una norma puede dar soluciones contradictorias.

En cuanto al supuesto e), frecuente, como dice Ross, cuando se trata de interpretar directivas, produce tanta incertidumbre como los otros o más aún.

IV. La cuestión no podrá resolverse desplegando las diversas posibilidades contradictorias ante los ojos angustiados del posible cliente. De nada serviría una ciencia jurídica que se limitara a enunciar alternativas.

El hecho es que en las hipótesis c), d) y e) no sabremos cuál es la norma aplicable y, por lo tanto, cuál es el derecho positivo, objetivo en el sentido antes expuesto.

V. La respuesta puede hallarse en una consideración dinámica del problema.

Al resolver los casos dudosos, el tribunal objetiviza la norma, que hasta ese momento era una mera posibilidad, incorporándola al sistema vigente.

Pero como el proceso creador del derecho es continuo, se abren siempre nuevas fronteras de incertidumbre, libradas a la subjetividad de los órganos.

Podemos arribar, por lo tanto, a la siguiente conclusión: el derecho es relativamente objetivo, ya que en conexión con el sistema de normas que pueden ser conocidas con certeza, surgen constantemente otras que devienen objetivas por la actividad de los tribunales, pero que escapan a la facultad de predicción propia de la ciencia jurídica.

## ALGO SOBRE LA SEMANTICA DE LAS NORMAS

ROBERTO J. VERNENGO

A los juristas les incomoda que los recursos que ponen a su disposición las lógicas modernas no sean, por lo común, de gran utilidad. La siempre renovada ambición de racionalizar (y el recurso a la lógica es la piedra de toque de la racionalidad) la interpretación de los textos jurídicos, poco se ve alentada por los refinados procedimientos que la lógica contemporánea pone a disposición del jurista. Es claro que, en torno a esa pretendida racionalidad del derecho y al supuesto rigor del pensamiento jurídico científico, se han elaborado demasiadas construcciones ideológicas, como también, me parece, se han insumido excesivos esfuerzos en derrumbar las construcciones intelectuales en boga, para mostrar al derecho como un vasto despliegue de actividades irracionales.

El caso es que, con prescindencia de las formas sintácticas que se acepten en el análisis del material normativo, los instrumentos de investigación semántica son aún pobres en este terreno. No se dispone aún de criterios, más o menos dignos de confianza, para decidir cuándo, por ejemplo, dos expresiones normativas establecen lo mismo. Es decir, no hay un procedimiento riguroso y generalmente aceptado que permita delimitar cuáles son las expresiones materialmente equivalentes dentro de un sistema jurídico. Y ello, claro está, es condición elemental para establecer cuando se da una interpretación válida de una norma cualquiera, pues ha de aceptarse que el resultado de una interpretación no arbitraria es un texto normativo que integra la clase de las normas compatibles con la norma punto de partida de la interpretación.

Existen procedimientos formales para lograr, a partir de un cierto esquema normativo, formas tautológicamente equivalentes. Pero si bien el jurista recurre ciertamente a esas formas deducidas en su discurso, normalmente no las entiende, cuando la derivación lógica es rigurosa, como interpretaciones del material que tiene entre manos, sino como variaciones retóricas del lenguaje utilizado.

De ahí que, según se ha reconocido, los supuestos esquemas lógicos a que los juristas echan mano, como instrumentos propios del discurso jurídico, no suelen ser sino formas falibles para una lógica más precisa.

Ahora bien, la compatibilidad (o una relación más severa) entre la

norma interpretada y el resultado de la interpretación, sea cuales fueren los mecanismos psicológicos con que el intérprete justifique el procedimiento utilizado, pareciera exigir alguna congruencia entre los objetos normados, y no mera deducibilidad, por débil que sea, entre los enunciados normativos. Pero tal supuesto implica que es posible lograr algo así como una idea del objeto u hecho que una norma regula y, por añadidura, contar con algún procedimiento para establecer relaciones de identidad o consecuencia entre esos objetos (relaciones objetivas que son la razón de que entre la norma interpretada y su interpretación quepa una relación lógica suficiente para permitir el paso fundado de la una a la otra).

Es importante mantener claramente separados los justificativos psicológicos del intérprete al sentar una cierta interpretación (terreno donde la invocación de valores es, sin duda, la tentación más tradicional), de los supuestos semánticos que la interpretación normativa exige mientras, como sucede en nuestro estilo de actividad jurídica, toda interpretación aspira a ser el resultado de un acto racional. Es esta exigencia la que puede llegar a plantear, como un problema, cuestiones tales como la del sentido objetivo de las normas; esto es: la cuestión de alguna relación, semejante a la de verdad, entre norma y mundo objetivo (en un segundo término, este supuesto puede conducir a la búsqueda de un "objeto" en el cual el derecho se encontraría, o en el que el derecho consistiría).

Resulta, sin embargo, que un primer y somero examen de las funciones lingüísticas que habitualmente desempeña un enunciado normativo muestra que tales funciones son múltiples y equívocas. En especial, si ya es oscura la fisonomía semántica de la norma cuando desempeña una función informativa, más oscuras aún son las relaciones que parecen darse entre un enunciado normativo en función no informativa y el mismo enunciado en función informativa<sup>(1)</sup>. Por ejemplo, se admite que del enunciado normativo en función informativa (la *Rechtsatz* de Kelsen, la proposición sobre la validez de la norma en Ross, etc.) cabe deducir enunciados prescriptivos válidos, siempre y cuando la información sea veraz. Pero, ¿realmente afirma algo sobre el mundo la proposición jurídica veraz que nos proponga el teórico del derecho, o sólo nos entrega información metanormativa? Las respuestas se inclinan hacia lo segundo. Si ello es así, la semántica normativa será entonces por de pronto ajena a todo problema relacionado con supuestos "objetos" que las normas mencionarían, y, por descontado, a cuestiones ontológicas. ¿Cuáles, entonces, son los criterios racionales mediante los cuales establecemos frente a una norma, las normas equivalentes o compatibles que van a ser tenidas por interpretaciones válidas?

(1) Cf. Z. Ziembinsky, *Le caractère sémantique des normes juridiques* (Logique et Analyse, n.º 17-10, 1962, págs. 54-65).

## SINTAXIS

RUFINO NUÑEZ ACHAVAL

A un niño le damos un conjunto de fichas de juego del tipo de las que usualmente son utilizadas para apostar en el "pocker". Hacemos que en el conjunto haya solamente fichas con los siguientes diseños y colores: redondas, coloradas y azules; cuadradas, coloradas y azules; triangulares blancas; pequeñas, redondas, blancas; alargadas, blancas, y, por último, fichas curvas con forma de arco y de color negro.

Entonces le decimos al niño que puede divertirse construyendo con ellas hileras diferentes. La cuestión, le explicamos, consiste en poner una ficha al lado de otra, tratando de conseguir hermosos efectos de forma y color.

El niño va a pasar un buen rato y comienza su entretenimiento. De esta manera es que arregla ficha siguiendo su arbitrario gusto. Toma tres y construye la hilera:  $\bigcirc \square \square$ ; toma cuatro y construye otra hilera:  $\bigcirc \square \square \square$ ; y así en adelante.

Al rato se cansa. A pesar de que los colores y diseños son variados, como no tiene inclinación por el arte de conseguir belleza con formas y colores, la simplicidad de la operación que ejecuta lo aburre. Entonces, si nuestro propósito consiste en tenerlo ocupado, podemos complicarle su hacer. Ahora le explicamos que la habilidad que tiene que demostrar consiste en la composición de hileras con algún número de ficha pero de acuerdo con ciertas reglas. Lo que tratará de conseguir ya no son meras construcciones de fichas, sino construcciones bien arregladas. Y en seguida le enseñamos lo que vamos a llamar un buen arreglo.

En primer lugar decimos que es un buen arreglo cuando se hilera dos fichas, una perteneciente a la clase de las cuadradas y otra perteneciente a la clase de las redondas, en donde la cuadrada es seguida de izquierda a derecha por la redonda. En segundo lugar decimos que es un buen arreglo cuando a cualquiera buen arreglo se le anteponga horizontalmente una ficha rectangular, alargada, blanca. Por último decimos que también será un buen arreglo si a un buen arreglo lo hacemos

seguir de otro buen arreglo, poniendo entre ambos la ficha pequeña, redonda, blanca, o la ficha triangular, blanca.

Una vez entendidas nuestras reglas de juego, el niño descubre que sus primeros acomodamientos de fichas:  $\square \square \square$ ;  $) \square \square \square$  no responden a las nuevas exigencias del pasatiempo. Con todo, como está dispuesto a ejecutar su tarea de conformidad con ellas, pronto formará una hilera de acuerdo a lo establecido. Así es como construye:  $\square \square$ ;  $\square \square \square$ ;  $\square \square \square \square$ ;  $\square \square \square \square \square$ ; etcétera.

Sin embargo, los resultados se van complicando. Con el mayor número de componentes bien arreglados que utiliza para nuevos buenos arreglos, surge en el juego alguna ambigüedad. En cierto momento, por ejemplo, construye con las fichas la siguiente secuencia:  $\square \square \square \square$ . ¿Qué ocurrirá aquí? ¿Se trata de que al buen arreglo  $\square \square \square$  lo ha unido con  $\square$  al buen arreglo  $\square \square \square \square$ ? ¿O al buen arreglo  $\square \square \square \square$  lo ha unido con  $\square$  al buen arreglo  $\square \square \square \square \square$ ? Para evitar este tipo de incertidumbre le pedimos al niño que haga uso de las fichas curvas en forma de arcos negros, colocándolos verticalmente siempre que tenga construido un buen arreglo, una de ellas delante y otra detrás del buen arreglo, como encerrándolo. La secuencia en cuestión adoptaría de esta manera las dos siguientes formas:  $((\square \square \square) \triangle ((\square \square \square) \square))$  y  $((\square \square \square) \triangle (\square \square \square) \square)$ .

A todo este entretenimiento podríamos llamarlo el solitario del buen arreglo.

Al niño le hemos dado piezas que son fichas de pocker. El juego en nada hubiera variado si las fichas tuviesen formas de letras y en lugar de piezas cuadradas, coloradas y azules, le hubiésemos entregado piezas en forma de P y Q; y en lugar de piezas redondas, coloradas y azules, le hubiésemos conseguido piezas con formas de a y b; y en lugar de piezas triangulares blancas; pequeñas, redondas, blancas, y rectangulares, alargadas, blancas, le hubiésemos puesto en sus manos fichas con formas de o, de y y de n, respectivamente. Por razones de comodidad conservaríamos las fichas curvas con forma de arco de color negro.

De la misma manera todo ocurriría igual si en lugar de fichas con formas de letras aisladas se utilizaran fichas con formas de letras unidas linealmente. Así, en vez de las fichas del tipo P y Q, cabría usar fichas con las formas de opqr y de stuv y, en lugar de fichas del tipo a y b, fichas que tuvieran la forma de abc y de bcd. Claro que la sustitución la podríamos haber hecho también por medio de piezas diseñadas con letras unidas de tal manera que constituyesen palabras del idioma castellano.

Muchos otros juegos es posible inventar con este conjunto de piezas. Todo consiste en dar nuevas reglas para nuevas clases de construcciones. Quizás aumentaríamos la diversión del niño si le enseñásemos el solitario de la transformación y el solitario de la derivación. Luego le enseñaríamos algunas variantes sobre estas bases, como el solitario de la

transformación de un buen arreglo de fichas a otro buen arreglo especial que llamaríamos buen arreglo normal triangular; y el solitario del descubrimiento de buenos arreglos normales triangulares perfectos; y el solitario de la derivación de estos últimos, etc. Pero esto lo dejaremos sin hacer por ahora, esperando alguna otra oportunidad.

Queremos terminar este pequeño escrito señalando la distinción entre los distintos quehaceres que nos han preocupado. Son cosa bien diferentes la conducta que desarrolla el niño y la nuestra. Nosotros hemos intentado enseñarle reglas para que juegue, pero es él el que juega. Y enseñar reglas de juego no es lo mismo que jugar, por lo menos en el mismo sentido. Por último, describir estos procesos no es ni enseñar un juego ni jugarlo. Jugar con palabras de acuerdo con reglas muy semejantes a las establecidas por nosotros para el solitario del buen arreglo, se lo considera a veces como parte del calcular con proposiciones (cálculo proposicional). El establecimiento de reglas para ese juego se lo denomina sintaxis.

Ahora bien, el esclarecimiento de dicho cálculo y de la sintaxis que le corresponde se nos ocurre que no queda muy dificultado si previamente se describen y se estudian juegos de niños análogos a los presentados por nosotros.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

## EL GRAN JUEGO

RAFAEL OLARRA JIMÉNEZ

### *Reflexiones en torno a un libro de Olivecrona*

En un libro publicado en 1957 en Estocolmo, *El problema de la unidad monetaria*, el jusfilósofo sueco Karl Olivecrona considera nuestras actuales estructuras monetarias como un gigantesco juego de abalorios que se disputa persiguiendo muy serias finalidades.

Antes de abordar este tema recordemos algunas conocidas características de la deuda pecuniaria y veamos la elaboración teórica en torno al concepto de la unidad monetaria.

La deuda dineraria tiene algunas peculiaridades por las cuales difiere radicalmente de las obligaciones de dar:

En primer lugar no tiene por objeto la entrega de determinadas monedas, ni siquiera la entrega de determinadas especies monetarias, sino que se dirige a la transferencia de  $x$  veces la unidad monetaria.

Además, la deuda pecuniaria es una deuda numérica pura. Basta devolver una cantidad nominalmente igual a la estipulada; cantidad que es siempre múltiplo o submúltiplo de la unidad monetaria.

Las propiedades físicas de las monedas desaparecen completamente. La diferencia con las obligaciones de dar, incluso en el caso de obligaciones de dar cosas determinables por su especie y cantidad (cosas fungibles), es evidente. En estas últimas existe una cierta homogeneidad entre las partes o unidades de la cosa debida. Ello no sucede en la deuda pecuniaria, que se cumplimenta con la entrega de piezas de variadas denominaciones, a gusto del deudor.

Puede ocurrir que la deuda se haya contraído en una moneda (de contrato) y deba pagarse en otra (moneda de pago). Ello tiene lugar en el caso de obligaciones en moneda extranjera que hayan de cumplirse en territorio nacional. También cuando por cambiar el sistema monetario los contratos celebrados bajo el régimen derogado se pagan en una nueva moneda. Es decir, que el medio de pago ni siquiera existía cuando la deuda nació.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico

El pago puede, finalmente, realizarse sin intervención de ningún tipo de piezas monetarias ni billetes, es decir, en moneda bancaria.

Todo ello comprueba lo afirmado: la deuda de dinero no es una obligación de dar determinadas monedas o billetes, sino una obligación de transferir un número de unidades monetarias. Pero la unidad monetaria no tiene existencia física. No puede identificarse la unidad monetaria con las piezas monetarias que la simbolizan.

Justamente la concepción de la unidad monetaria como una unidad ideal es, tal vez, el enfoque más revelador de la moderna teoría jurídica del dinero. Esta idea aparece por primera vez en Hartmann (1), y luego ha sido desarrollada por Bendixen (2), Nussbaum (3) y Wagemann (4), entre otros, para ser llevada a sus últimas consecuencias por Olivecrona.

Bendixen halló que la unidad monetaria no es una cantidad de metal, sino "algo espiritual perteneciente al mundo de las ideas; es la magnitud de cálculo en la cual todo el mundo expresa el valor de sus posesiones, sus trabajos, su fortuna y su ingreso". El estado puede crear la unidad monetaria únicamente en el sentido de dar un nombre a una noción de valor existente.

Para Wagemann, la unidad monetaria es un concepto genérico, como el de "árbol", por ejemplo, al que se llega por un proceso de abstracción a través de innumerables experiencias de árboles particulares. En el caso de la moneda, el dato empírico estaría dado por cientos de relaciones de cambio expresadas en precios. La unidad monetaria es el resultado de una abstracción que parte de los precios conocidos por los individuos.

La unidad monetaria es, según Nussbaum, de naturaleza ideal en sí misma, pero se materializa en las piezas monetarias, según una relación numérica. "La esencia del dinero queda determinada por esta singular representación jurídica de la personificación inmediata de la unidad ideal en una cosa. Esa unidad, individualizada con un nombre propio (marco, franco, lira, etc.), no tiene su origen en las propiedades corpóreas de la cosa utilizada como dinero en cada caso. Por el contrario, constituye, para la consideración puramente lógica, el "prius" frente a las cosas empleadas como dinero en particular (signos monetarios)" (5).

Respecto al origen de la unidad monetaria, Nussbaum enseña que "en sus comienzos, el «talento», el «as», la «libra», el «marco» y otras «denominaciones monetarias» constituían medidas de peso. Pero cuando el pueblo, no obstante continuar empleando el nombre del peso (talento,

(1) Hartmann, A., *Concepto Jurídico del dinero*, Gotinga, 1868.

(2) Bendixen, F., *Das Wesen des Geldes*, 1920. (Hay trad. esp. de Pérez Bences, "Revista de Occidente", Madrid, 1916.)

(3) Nussbaum, A., *Das Geld in Theorie und Praxis*, Tübingen, 1925. "Derecho Monetario Nac. e Internac.", trad. Alberto D. Schoo. Buenos Aires, 1954.

(4) Wagemann, E., *Allgemeine Geldlehre*, Jena, 1923.

(5) Nussbaum, A., *Teoría Jurídica*, pág. 32, Madrid, 1929.

as, etc.), adquirió el hábito de dar y recibir las piezas acuñadas de metal sin tener en cuenta su peso, sino únicamente la confianza que le merecía el sello contenido en ellas, surgió un valor independiente, que nada tenía que ver con el valor real del peso de la moneda" (6). A medida que se deja de lado el pesar las piezas y éstas se aceptan por su valor nominal, se afianza el concepto de la unidad ideal, que se aleja cada vez más del primitivo contenido metálico, debido a sucesivas devaluaciones de su peso áureo o plata.

Incluso en los países en que existe convertibilidad de papel moneda a oro, como ocurre hoy con el dólar respecto a los acreedores oficiales extranjeros, no puede sostenerse seriamente que el dólar "es" tantos gramos de oro. Ello se puso en evidencia cuando (entre el 6-III-1933 y el 31-I-1934) los Estados Unidos habían abandonado el patrón oro y no habían fijado una nueva paridad. Nadie puso en duda que el sistema monetario norteamericano seguía basándose en el dólar.

La devaluación, la suspensión de la convertibilidad, las depreciaciones de su valor adquisitivo, etc., no han alterado la existencia y la vigencia de las unidades monetarias.

La proclamación del estado respecto a la unidad monetaria tiene un carácter meramente formal o declarativo. La génesis de esa unidad debe buscarse en un proceso psicológico e histórico. "La realidad de una unidad monetaria constituye, sin duda, un fenómeno de psicología social, cuya trayectoria puede ser trazada históricamente para cada unidad monetaria, aunque no sea susceptible de ser descompuesta analíticamente en simples elementos lógicos" (7).

Es, pues, concluye el gran jurista, un nombre tradicional tan imposible de definir como el color azul.

Muchos autores han llegado a idéntica conclusión: la unidad monetaria es indefinible. Así, Hawtrey cuando afirma: "La libra esterlina sólo puede ser definida como la unidad británica de calcular las deudas. Una libra es una libra. Ha mantenido una existencia continua desde tiempos muy remotos, una continuidad difícilmente superada por alguna institución humana, exceptuando los días de la semana" (8).

Cassell dice que es una "unidad abstracta de cuenta" que se supone tuvo su origen en un bien patrón, pero que luego alcanzó una existencia independiente del mismo. Pigou escribe: "Una libra esterlina no es una cosa material. Es un nombre tradicional" (9). Fisher: "Un dólar es lo que compra un dólar" (10). Anatole Murad la considera como un vago

(6) Nussbaum, A., *Derecho Monetario Nacional e Internacional*, Buenos Aires, 1954, pág. 19.

(7) Nussbaum, A., *op. cit.*

(8) Hawtrey, R., *Credit and Currency*, Longmans, Londres, 1950, pág. 421.

(9) Pigou, C. A., *El velo monetario*, Ed. Aguilar, pág. 3.

(10) Fisher, L. *The money illusion*, pág. 17, Nueva York, 1928.

concepto de una siempre cambiante capacidad de compra sobre cantidades no especificadas de mercaderías no especificadas <sup>(11)</sup>.

Se ha comparado a la unidad monetaria con la unidad lineal del sistema métrico decimal, es decir, el metro. El metro no es un objeto, ni es idéntico a ningún objeto, pero es sí la longitud de un cierto prototipo guardado en París. Toda medida en metros es una comparación implícita con la longitud de ese patrón. ¿Podemos afirmar tal cosa respecto a los valores expresados en unidades monetarias? La respuesta es claramente negativa.

Otros autores se refieren a "un modo de expresión", una "abstracción", un "fantasma". En suma, la unidad monetaria es invisible, intangible, inmaterial.

Es decir, que la última posición alcanzada por la doctrina consiste en concebir a la unidad monetaria como una mera palabra. Cuando usamos esta palabra tenemos la sensación de que se refiere a algo, tal vez indefinible, pero este algo es, en realidad, nada.

Olivecrona desentraña, finalmente, el secreto de la unidad monetaria, que ha hecho de la naturaleza del dinero un enigma por siglos, cuando dice: "Afirmar la inexistencia (*nothingness*) de la unidad monetaria, no es realmente decir algo fundamentalmente nuevo: es solamente expresar en lenguaje claro la conclusión a la cual un número de autores eminentes de nuestros tiempos han llegado. Pero esos autores han retrocedido ante el aparente absurdo de esta conclusión".

Retomando ahora el hilo del análisis de la deuda dineraria, vemos que ésta tiene por objeto la entrega de algo inexistente: un número de unidades monetarias. El objeto de la obligación es un ente ideal, más aún, ficticio. De ello se sigue que, en rigor, al pagar una obligación dineraria no se entrega lo prometido sino una representación o símbolo del objeto debido.

De ahí infiere Olivecrona que las obligaciones pecuniarias no pueden nunca cumplirse literalmente. El pago, en sentido estricto, es un imposible lógico porque las unidades monetarias no pueden realmente transferirse de una persona a otra. Pero podemos "hablar" de esto, y eso es lo que hacemos.

La fórmula "prometo pagar 1.000 pesos" no tendría sentido sino en relación con un sistema jurídico. Se presupone la existencia del sistema monetario y de sus reglas. Partiendo de la estructura creada por innumerables actos anteriores, la nueva promesa introduce un nuevo elemento en la estructura, originando una relación crédito-deuda entre acreedor y deudor. Esa relación es, a su vez, la base para los próximos actos. Los negocios se realizan mediante promesas de transferir sumas de unidades que sólo existen en la imaginación de las partes y mediante transferen-

(11) Murad, A., *The nature of money*, Londres, 1931.

cias simbólicas de esas sumas. "Pero es precisamente la inexistencia de las unidades monetarias la clave de la maravillosa utilidad del sistema monetario", dice Olivecrona.

Así ha surgido una estructura de promesas referida a unidades ficticias que constituyen hoy nuestros sistemas monetarios y crediticios que han permitido a las economías crecer liberadas del cerco asfixiante del sistema metalista.

La similitud con un juego se manifiesta en que ciertos actos estereotipados son realizados con referencia a un conjunto de reglas, y adquieren sentido porque esas reglas determinan ciertas consecuencias de esos actos. Así, el movimiento de una reina de ajedrez no es más que la alteración de la posición de un cuerpo en el espacio. Pero a la luz de las reglas del ajedrez adquiere otra significación. Ese movimiento está condicionado por la situación previa del juego y crea una nueva situación, que determinará ciertas consecuencias para los futuros movimientos.

Cada acto del gran juego monetario, aunque referido a objetos imaginarios, tiene estrictas consecuencias jurídicas. Las mismas las establece la legislación y el derecho consuetudinario. Ambos coadyuvan en el establecimiento de condiciones psicológicas que hacen posible este sistema.

La ley y la costumbre han establecido los medios por los que el deudor puede liberarse de esas obligaciones de cumplimiento estrictamente imposible. La ley y la costumbre determinan las ejecuciones y sanciones que corresponden a la infracción de las reglas del juego.

Así la posesión de monedas o billetes o la disponibilidad de crédito bancario a la vista significan poder de adquirir bienes del mercado. Aunque la unidad monetaria carezca de existencia material, ello no excluye que las consecuencias de las promesas referidas a esas unidades ficticias sean muy reales.

El dinero, como dinero de cuenta, no existe; lo que hay es una corriente continua de promesas de pago referidas a ese dinero inexistente, de la que quedan constancias en los libros de los bancos o en el movimiento de los símbolos monetarios. El interminable intercambio de deudas resulta la sangre vital del sistema.

Los deudores tienen ciertas obligaciones que corresponden a cierto poder que tienen los acreedores. Y el estado acuerda a éstos los medios para compeler a aquéllos al cumplimiento de ciertos actos.

Contar números de unidades monetarias, dice Olivecrona, contraer obligaciones de pagar sumas de estas unidades, es realmente un juego de palabras. Pero ese juego de palabras está incorporado a nuestra organización social y sus consecuencias prácticas, determinadas por la ley y la costumbre, son muy importantes. A esas consecuencias jurídicas dirigimos nuestra atención y no a la unidad en sí misma. Por eso su inexistencia se nos escapa.

## DERECHO Y CIBERNÉTICA

NÉSTOR G. E. LAMÉDICA

Kybernétes significa piloto, el que conduce el navío, el que da mediante el timón rumbos. De la voz kybernétes proviene cibernética, expresión que designa a la ciencia dedicada al estudio de los mecanismos de conducción en las máquinas y organismos. Los estudios se realizan desde la fisiología, que analiza el funcionamiento del sistema nervioso y del cerebro en especial, y desde la electrónica, que considera los mecanismos de dirección y control en las máquinas.

Los elementos básicos de la cibernética, en su estructuración teórica, provienen, además que de la fisiología y la electrónica, de la lógica, la matemática y muy principalmente de las modernas teorías de la comunicación y del lenguaje.

Sirve de base a la investigación la existencia de cierta similitud, por lo menos en algunas de sus funciones, entre las máquinas y los organismos vivos. El principio que ha iluminado todo este campo de conocimientos es el de retroalimentación o de aferentización de retorno (Feedback), el que consiste sintéticamente en lo siguiente:

Todos los seres vivos interactúan con la naturaleza y entre sí. Esto presupone la existencia de una adaptación de tipo biológico. En los niveles superiores de la escala filogenética se agrega a este nivel adaptativo biológico, el psicológico, que aparece cuando el universo deja de ser considerado como un caos de estímulos, para transformarse en un mundo de objetos que evocan respuestas significativas. Este nivel adaptativo psicológico relacionado íntimamente con el biológico, en el hombre entra en clara conjunción con el nivel adaptativo social, constituyendo su reflejo psicológico.

Este reflejo no es el que consideraba Descartes y que luego pasó a toda la teoría posterior. Descartes consideraba al arco reflejo constituido por tres eslabones: el sensorial, el central y motor. Actualmente se ha descubierto un cuarto eslabón en la cadena. Este nuevo eslabón tiene la misión de transmitir nuevamente a los centros el resultado de la acción. Los resultados vuelven y entran a formar parte de la conducta.

Los efectos se constituyen en causas. El sistema se alimenta a sí mismo.

La información siempre retorna. El receptor recibe la información, el emisor acusa la recepción, y así hasta el infinito. Esto es la retroalimentación.

Estas ideas conformaron la nueva ciencia, prontamente concretada técnicamente con las computadoras electrónicas, verdaderos cerebros artificiales, que le aseguran un sólido lugar dentro de las creaciones de la cultura, modificando la cosmovisión de nuestro tiempo.

Las computadoras electrónicas son usadas exitosamente en la solución de una gran variedad de problemas, desbordando ampliamente su originario campo de aplicación: las ciencias exactas. Se las emplea en investigaciones sociológicas, económicas, históricas, lingüísticas. Son el más típico ejemplo de la unidad de la ciencia, tanto en su creación como en su servicio.

Desde hace unos pocos años se las trata de utilizar en el campo del Derecho. La primera dificultad que se presenta y hace lento el progreso, es de carácter técnico: el equipo habitual está principalmente preparado para manejar números y figuras, no ideas o conceptos.

La utilización de la cibernética en el derecho ha preocupado, desde hace aproximadamente diez años, a científicos de todo el mundo, principalmente en los Estados Unidos y en la URSS. El gran interés que en estas dos naciones se presta al asunto, se manifiesta en el hecho que organismos de tanta importancia como la American Bar Association y la Academia de Ciencias de la URSS hayan formado comisiones especiales para su tratamiento, que son el "Special Committee on Electronic Data Retrieval" y la Sección Jurídica del Consejo sobre problemas de Cibernética, respectivamente.

La actual etapa del desarrollo de la Cibernética en el Derecho es totalmente experimental. La investigación se efectúa principalmente con modelos manuales, sobre los cuales se investiga el posible funcionamiento de sistemas automatizados.

Trazar las posibilidades del uso de una computadora electrónica en el Derecho, es problema que lógicamente preocupa a los que se ocupan del tema. La mayoría de los estudiosos están principalmente concentrados en las posibilidades de las máquinas como preciosos auxiliares del pensamiento jurídico, y no en el reemplazo del hombre por la máquina.

La utilidad de la máquina como auxiliar de la actividad jurídica sería inmensa, tanto en la actuación de los poderes del Estado como en la de los abogados.

En la actividad legislativa las computadoras podrían analizar los proyectos de ley buscando las contradicciones lógicas, y de esa forma evitar futuros problemas de interpretación. El abogado, mediante ella, puede analizar la secuencia lógica en una jurisprudencia y estudiar las motivaciones de una sentencia; puede, cuando apela de una resolución

judicial, investigar las contradicciones lógicas en su crítica razonada de la sentencia.

Las computadoras serán sumamente útiles en la búsqueda de los factores que producen las decisiones judiciales, y permitirán, al mismo tiempo, seguir, con su ayuda, el hilo del pensamiento de los tribunales. Este tipo de actividad de la computadora será de un beneficio extraordinario y casi esencial en países como los EE. UU. con un sistema jurídico más centrado en la jurisprudencia y la costumbre, pero también prestará un gran servicio al jurista de los países de derecho continental, como el nuestro.

Pero es en el campo de búsqueda de información a donde se ve el más importante uso de la computadora. La máquina podría dar información legal al legislador, al juez y al jurista en general. La información que suministraría la computadora sería muchísimas veces superior al servicio que prestan actualmente los sistemas convencionales de información. Los sistemas convencionales en forma de índices no contienen, ni aun en sus formas más perfeccionadas, suficiente información, pues no ubican rápida y perfectamente al usuario en el tema que necesita. La salida de información en un sistema electrónico está organizada de la siguiente forma: un alfabeto con todos los términos especiales de la legislación está recopilado; uno solicita a la máquina información sobre un concepto legal determinado, la misma devuelve instantáneamente todas las normas legales que contienen los términos en los cuales estamos interesados. En la Unión Soviética se han hecho exitosos experimentos en el uso del equipo cibernético para la organización de un servicio informativo de referencia en el amplio campo de las leyes.

En el amplio campo del Derecho Comparado será de una inmensa utilidad la máquina, pues se pueden estudiar, mediante ella, las concordancias o disonancias de las leyes de distintos países, aplicando el tipo de sistema de información descripto.

En el Derecho Constitucional nos servirá para analizar las contradicciones entre normas jurídicas de distinto grado. Y entonces los graves problemas de inconstitucionalidad de las leyes provocadas por la falta de secuencia de la ley respecto a la Constitución, pueden ser racionalmente investigados, con perfecto rigor lógico.

En las ciencias auxiliares del Derecho Penal la inmensa ayuda que presta la máquina en el análisis de tipos transgresores, es ya una concreta realidad experimental, y las máquinas automáticas para impresiones digitales ya están en uso.

La clave teórica fundamental es la creación de un idioma de información especialmente adaptado. Este idioma de información consiste en una serie de codificaciones, mediante la cual un conjunto de signos representan a otros o a hechos. El lenguaje común, con todas sus imprecisiones, no sirve para alimentar a la máquina. Ella necesita un lenguaje formal especial no parecido lógicamente al convencional. Hacer

este lenguaje es un trabajo sumamente serio, muy complicado, en el cual el jurista necesita el auxilio del matemático, del lógico y del lingüista, sin los cuales su labor se vuelve prácticamente imposible. Este problema, aunque a primera vista parece un problema puramente técnico, implica con su sola enunciación el meollo de la más grave cuestión existente en el pensamiento jurídico, la formalización del Derecho. La posibilidad de una real formalización en el Derecho, constituye la pregunta más grave, pues mienta en su significado la posibilidad de la existencia del Derecho como ciencia. Pues ¿podemos hablar de una ciencia del Derecho sino poseemos una formalización adecuada?

Ahora bien, después de haber visto rápida y someramente las potencialidades de una computadora, nos podemos hacer la pregunta: ¿Puede una máquina reemplazar a un hombre en la tarea de resolver complicados problemas sociales, en la apreciación de los cuales entran, además del razonamiento, elementos tales como la imaginación, la función y situación social, en suma: la creatividad? ¿Puede una máquina captar los factores políticos, económicos y sociales de los individuos, las condiciones de vida, las concepciones del mundo, las particularidades específicas de cada personalidad? O sea, en definitiva, realizar la tarea de juzgar. Entendiendo por juzgar la labor del juez, del legislador, del jurista. El problema radica en que la máquina ayuda mucho al nivel lógico racional. Pero hay que tener presente que las computadoras trabajan con modelos. Para poder construir un modelo se debe poder describir unívocamente el mecanismo de una acción o situación. Ahora bien, dentro del Derecho hay, en una gran medida, un elemento irracional. Un sistema tan complejo en su estructuración como el Derecho no puede ser descompuesto en procesos parciales sin que se tenga un "resto" irresoluble.

En el Derecho, como sistema social dado, inferimos el plan por la construcción y la función. Aquí estoy usando la palabra irracional para significar la imposibilidad de describir unívocamente los elementos del sistema, separadamente, sin que pierdan sentido. Pero conste que estamos hablando de una irracionalidad relativa a la construcción del modelo, no de una irracionalidad del plan. El problema de la racionalidad o irracionalidad del plan, escapa a los estrechos límites de este comentario, estando más relacionado con la fundamentación de la existencia humana que con la fundamentación de la ciencia del Derecho (1).

(1) Esta nota es un comentario a los artículos aparecidos en *Modern Uses of Logic in Law*, revista publicada por el American Bar Association Special Committee on Electronic Data Retrieval en colaboración con Yale Law School.

## VICTOR KNAPP Y LA APLICACION DE LA CIBERNETICA AL DERECHO

ERNESTO GRÜN

De l'application de la cybernetique au domain du droit (Aplicación de la cibernética al derecho), por Víctor Knapp. *Revue de Droit Contemporain*, Bruselas, 1962, n° 2, Año 9, págs. 13-34.

Giovanni Papini imaginó alguna vez una terrorífica máquina automática que, sustituyendo al Juez, era capaz de dictar sentencias contra seres humanos. Recientemente una revista de nuestra ciudad comentaba que el sueño del secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil era poseer una computadora electrónica para tabular la jurisprudencia, en provecho de quienes deben consultarla tan a menudo.

¿Cuáles son las posibilidades de aplicación de la cibernética, la ciencia que se ocupa de los "cerebros electrónicos", a la esfera jurídica?

Ni tan omnicomprendivas, como lo quiere la visión de Papini, ni tan limitadas, como las que de ella espera el jurista argentino.

Tal la conclusión que puede extraerse de las consideraciones que expone en el trabajo que comentamos el doctor Knapp, profesor de Derecho de la Universidad Carlos IV de Praga, Checoslovaquia.

Se trata de uno de los contados trabajos publicados hasta la fecha, acerca de las posibles relaciones entre la novísima ciencia cibernética y la antiquísima ciencia jurídica.

El autor se propone estudiar los principales problemas teóricos relativos a la aplicabilidad de la cibernética al derecho, enfocando estas cuestiones desde el punto de vista de la teoría jurídica, filosófica y lógica.

Adelantamos que, lamentablemente, sólo en parte se cumplen efectivamente estos vastos propósitos en el artículo que anotamos, particularmente si tenemos en consideración que hallándose dirigido, por la publicación en que aparece, a lectores no familiarizados con las teorías jurídicas, filosóficas y lógicas de los países marxistas, las tesis del autor

que en parte presuponen un conocimiento específico de éstas, quedan a veces como suspendidas en el vacío.

Esperamos que la monografía cuya aparición anuncia el profesor Knapp para el corriente año, bajo el título *Aplicabilidad de los métodos de la cibernética en el campo del derecho*, en edición (en idioma checo) de la Academia Checoslovaca de Ciencias, llene estos vacíos.

No obstante lo antedicho, el artículo, por lo novedosos del tema, las innumerables sugerencias que ofrece y los indudables retos que se plantean en el ámbito de la teoría general del derecho, en la teoría de la interpretación, en relación con temas de lógica jurídica, política jurídica, etc., merece indudablemente la atención de todos aquellos que se interesan por la filosofía del derecho y disciplinas afines.

Piensa el autor que si bien los métodos de la cibernética no parecen ser, en el estado actual de las investigaciones, aplicables al gobierno de las sociedades humanas, ciertos campos de la administración de la sociedad pueden ser ya enfocados desde este ángulo, particularmente señala el campo económico, cuya conexión (particularmente dada la ideología marxista del autor) con el derecho es evidente y merece ser objeto de estudio.

La primera dificultad, afirma el autor, es el hecho de que la máquina cibernética opera, necesariamente, con un conjunto de relaciones reducidas a un número finito de fórmulas lógico-matemáticas, mientras que el proceso del pensamiento jurídico es dialéctico y muy complejo, lo que le plantea el problema de la relación entre la lógica formal y la lógica dialéctica.

Piensa el autor que si bien la "infinitud" del pensamiento dialéctico no presenta problemas definitivamente insolubles, pues es, en la práctica, siempre finito, la multiplicidad de las relaciones y hechos que deben ser tenidos en cuenta parece ser inasible mediante las simples reglas de lógica formal.

Desarrollando un análisis de la posibilidad de reducción a fórmulas matemáticas de las causas de desunión conyugal, en función de todas las presuposiciones legales del divorcio, llega a la conclusión de que si bien una máquina electrónica no puede (al menos en el momento actual y dentro de un tiempo previsible) respetar enteramente el pensamiento jurídico en su compleja dialéctica, ella puede, no obstante, hacerlo en tanto las relaciones sometidas al análisis le sean hechas accesibles mediante un número finito de fórmulas lógico-matemáticas finito.

Un segundo problema surge al tratar la aplicabilidad de los preceptos normativos a fórmulas lógico-matemáticas. Dice el autor que, desde el punto de vista de la cibernética, no hay aquí un problema insoluble, pues la cuestión no se plantearía en el ámbito, sí que discutido, de la relación entre la lógica normativa y la proposicional; siendo posible describir en fórmulas accesibles a la máquina las relaciones entre normas y proposiciones que se dan en la práctica.

Postula, luego, un sistema de análisis lógico de los elementos fácticos de las normas jurídicas que, sostiene, podría ser de gran utilidad para hacer inteligibles las relaciones a la máquina cibernética. Se trata del análisis vectorial, en el cual los elementos de hecho se expresan como un vector, esto es, como un conjunto ordenado de variables en el cual le función es una consecuencia jurídica.

En la segunda parte de su trabajo estudia la utilidad que puede traer aparejada la cibernética en el campo jurídico.

Así señala que uno de los campos de empleo ya existente es el de la estadística judicial, y se abre una gran posibilidad de aplicación de esta técnica en la documentación sobre normas jurídicas, jurisprudencia, doctrina, etcétera.

Asimismo podrá dar fructíferos resultados en la apreciación de los efectos sociales de las normas jurídicas y la elaboración de conclusiones que de ello se deriva; en la búsqueda de las causas de la criminalidad y el tratamiento de los resultados de estas búsquedas, y temas similares.

En el ámbito legislativo, estima el doctor Knapp que sin llegar a la "creación automática" de normas jurídicas, lo que sería, dice, absurdo, mediante el uso de máquinas cibernéticas se podría hacer más fácil y preciso el procedimiento legislativo, entre otros puntos, develando las repeticiones y las divergencias, ya sea entre diversas leyes y proyectos o en un mismo proyecto legal.

Aquí se plantearía indudablemente uno de los problemas cruciales que enfrenta toda la temática de la aplicación de la cibernética a lo jurídico, esto es, que no basta una comparación de los términos que aparecen en las leyes, sino que previamente es necesaria una interpretación y un análisis dialéctico para poder elaborar el algoritmo apropiado para su utilización por la máquina. Esto plantea el difícilísimo problema, cuya solución aún está lejana, de saber si es posible "enseñar" a la máquina el análisis y la interpretación de normas jurídicas.

Según el autor si bien ello no es absolutamente imposible, dos factores dificultan extraordinariamente la tarea: 1º) el número de relaciones entre normas jurídicas, que es muy grande y complejo; y 2º) la variabilidad histórica y geográfica en la interpretación de la jurisprudencia frente a textos idénticos.

Pero siendo las relaciones finitas, aunque en la actualidad el análisis no sea factible, no excluye su posibilidad para el futuro.

En el ámbito judicial señala el profesor Knapp dos posibles aplicaciones:

a) En la faz probatoria: aquí todavía existen graves problemas, como ser la imprecisión del lenguaje cotidiano, utilizado en las deposiciones de partes y testigos. Ello hace que haya que ser muy escéptico en la consideración de la aplicación práctica de la cibernética en esta esfera, sin caer en fantasías.

b) En la formación de la decisión judicial: establece aquí el A un

cierto paralelo con la utilización de máquinas cibernéticas en medicina (véase *Life International*, n.º 8, vol. 35, del 21 de octubre de 1963). En el campo médico las máquinas coadyuvan al diagnóstico, ellas proporcionan solamente informaciones sobre el tema y eventualmente las ofrecen en forma alternativa, dejando entrever diversos diagnósticos posibles. Algo similar podría hacer la máquina, ofreciendo informes y posibles vías de solución al Juez, quien decidiría en última instancia.

También aquí se plantea el siempre recurrente problema de la multiplicidad de factores en juego.

Finaliza el trabajo exponiendo un ejemplo práctico estudiado en el Instituto de Derecho de la Academia Checoslovaca de Ciencias. Se trata de aplicar la máquina cibernética al establecimiento de la pensión alimentaria de un menor de edad.

Este trabajo, con ser indudablemente meritorio, visto lo reciente del campo de estudio, es, sin embargo, pobre en sus resultados, a nuestro juicio, pues como ejemplo de aplicabilidad de la cibernética es relativo su valor, dada la gran incidencia de factores estadísticos, no usuales en la amplia mayoría de problemas jurídicos.

En conclusión podemos decir que el artículo comentado, de cuyo contenido hemos extractado, por evidente tiranía del espacio, sólo aspectos esenciales y líneas generales, es de elevado interés (aunque teórico para nuestro país, si consideramos sus actuales condiciones económicas, demográficas y la austeridad, rayana en lo monacal, de medios materiales con que cuenta nuestra justicia), sobre todo porque indica la necesidad de desarrollar los estudios de lógica general y jurídica y de teoría general del derecho en forma rigurosa, si algún día hemos de pretender ponernos, en la esfera jurídica, al nivel técnico alcanzado en otras esferas de la acción humana.

## ABUSO DE DERECHO Y CONTRADICCIÓN

J. A. BACQUE

### I

Sostiene Sebastián Soler que "el contenido de las normas no es psicológico sino más bien espiritual, en el sentido de espíritu objetivo" (1), y que, por lo tanto, no debe ser buscado en la mente del legislador. Por el contrario, las instituciones jurídicas se forman a través de la historia y son recibidas por el legislador con un contenido con vida propia.

Esto resulta manifiesto —dice— "en la constitución de los principios jurídicos básicos", y es así que han sido impotentes "los empeños por otorgar fisonomía jurídica a las figuras autocontradictorias del abuso del derecho y del derecho de resistencia a la opresión" (2).

Con respecto a la figura del "abuso del derecho" se remite a García Maynez, quien dice: "hablar de «abuso» de una facultad legal es contradictorio, porque la conducta del que abusa está vedada y no puede, al propio tiempo, ejecutarse en forma lícita" (3). Y luego: "Nadie puede abusar de sus facultades legales, ya que éstas excluyen, por definición, cualquier ejercicio antijurídico. Los hechos en que se hace consistir el supuesto «abuso» del derecho nada tienen que ver con éste; son su negación. No hay, pues, «abuso» de facultades normativas, sino violación de deberes, lo que es enteramente distinto".

En igual sentido, Manuel Antonio Laquis (4) sostiene que hablar del derecho implica una contradicción, y citando a Puig Brutau (5):

(1) Soler, Sebastián, *Interpretación de la ley*. Ariel, Barcelona, 1964, pág. 24.

(2) Id., *id.*

(3) García Maynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*. Fondo de Cultura Económica. México, 1951, pág. 26.

(4) Laquis, Manuel Antonio, "Tenencia de los hijos y educación religiosa". *Revista Jurídica La Ley*, 1964, tomo 113.

(5) Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, pág. 157 y sig., ed. Boch, Barcelona, 1953.

“es admisible —dentro de su concepción— la objeción de Planiol cuando afirma que no cabe hablar de abuso de derecho porque éste cesa cuando comienza el abuso (6). Según nosotros entendemos, sólo cuando se ha determinado que no ha existido abuso, la existencia del derecho puede ser reafirmada, porque entonces está justificada la necesidad de proteger determinado interés. Pero adviértase que también sirve para precisar la objeción de Planiol, la concepción realista de que el derecho es lo que determina el encargado de su aplicación, pues a partir de tal instante se habrá demostrado que cierto interés no merece la protección jurídica y que por ello el derecho subjetivo es inexistente; pero con anterioridad, la alegación del mismo interés por una de las partes ha podido hacerse gracias a la posibilidad de invocar en favor de sus intereses las disposiciones abstractas que algunos identifican con el propio derecho”.

## II

Julio Dassen sale al paso de estas opiniones en un artículo titulado *Reflexiones sobre el abuso de derecho* (7).

Sucintamente glosados, los argumentos que expone son los siguientes:

1. *Definición informativa de la palabra “abuso”*: Según el Diccionario de la Real Academia Española que cita (ed. 1791), “El mal uso de alguna cosa. Abusar: usar mal, excesiva, injusta, impropia, indebidamente de alguna cosa (Id. ed. 1899 y 1914).”

La argumentación sigue aproximadamente los siguientes pasos: a) para poder abusar de algo hay que comenzar por tener ese algo; b) si no hay derecho no puede haber abuso de derecho; y c) no se puede abusar de algo que no se tiene.

2. *Presuposición de la posibilidad de un derecho objetivo injusto*: Argumentando a fortiori sobre la posibilidad de un derecho subjetivo injusto, y, por consiguiente, del “abuso del derecho”.

3. *Prestigio de la institución*: El profesor Dassen sostiene que la institución, conocida desde la antigüedad, es “entendida por todos”, y que la paz social no puede lograrse sino por “el necesario equilibrio” entre un “mesurado uso de los derechos” y el cumplimiento de las obligaciones de buena fe. Agrega que la institución ha sido adoptada por muchas legislaciones, y que la jurisprudencia de los tribunales argentinos la ha consagrado por ejemplo en lo que se refiere al pacto de intereses. El artículo 621 del Código Civil faculta a las partes para pactar libre-

(6) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo II, n.º 871 y sig.

(7) En el n.º II de esta revista, pág. 8.

mente intereses, pero la jurisprudencia, en base a lo establecido por el artículo 953 ha prohibido el pacto de intereses que considera usurarios: “La ley —dice Dassen— no protege el abuso del derecho de pactar libremente los intereses”.

4. *Invalidez de la regla de clausura*: Los autores que sostienen que la institución del abuso del derecho es contradictoria se basan en que, por lógica, lo prohibido no puede ser permitido al mismo tiempo. O prohibido o permitido. No hay tercer término. Pero, agrega el profesor Dassen, el principio del tercero excluido no puede ser aplicado a las proposiciones equívocas (8), y citando a Giorgiani sostiene que en la norma el sentido de los vocablos “prohibido” y “permitido” es equívoco, pues el primero puede significar lo que expresamente la ley prohíbe, pero también lo que la ley expresamente no permite, en tanto que el segundo puede significar lo que la ley expresamente no prohíbe, pero también lo que la ley expresamente permite.

Debido a esta ambigüedad algo puede aparecer como contrario y conforme a derecho al mismo tiempo, que es lo que la noción de abuso del derecho testimonia.

5. *Diferencia entre jus strictum y jus equum*: El abuso del derecho es “un nuevo jalón” en la lucha para evitar la aplicación de la regla “dura lex sed lex”. Por un lado la “lex”, por el otro la “equitas”. Las injusticias a que da lugar la aplicación estricta de la ley (abuso del derecho), “han sido enmendadas por el edicto del pretor”. “Se trata —dice el profesor Dassen en la parte final de su trabajo— de un impulso provocado por la insatisfacción que producen las consecuencias que, en casos dados, resultan de la aplicación rigurosa de la ley, imposibilitada de descender a los infinitos y complejos matices de las relaciones humanas...”.

## III

a) *Los principios de la lógica*: Las tres llamadas leyes del pensamiento que Aristóteles hizo conocer (identidad, contradicción y tercero excluido), pueden ser discutidas, y de hecho lo han sido: ¿Por qué algo no puede ser falso y verdadero al mismo tiempo? ¿O no ser idéntico a sí mismo? ¿O ni falso ni verdadero? Estas posibilidades son contradictorias en tanto se reconozcan como válidos los principios de que se trata. Pero he aquí que se incurre así en un círculo vicioso del que parece imposible escapar.

Sostener, por otra parte, que estas leyes “no necesitan ser probadas”, o que son “intuitivamente conocidas”, parece un modo disimulado de decir que su justificación es imposible.

(8) Id., id., pág. 10.

Lo cierto es que la lógica clásica se funda en ellas y que de lo que aquí se trata no es de los fundamentos de la lógica, sino más bien de aplicaciones falaciosas de ella. Esto, pues, no está en discusión.

Una vez que hemos resuelto movernos dentro de los límites de la lógica aristotélica (ambas partes interesadas parecen convenir en ello), es necesario aclarar que ninguna lógica funciona en lenguajes equívocos (como señala Dassen citando a Giorgiani).

“(p. - p)” es una tautología, pero, ¿es acaso una tautología “No es cierto que estoy dentro y fuera de mi casa”? Imposible es saberlo antes de atribuir un significado unívoco a los enunciados “estoy dentro de mi casa” y “estoy fuera de mi casa”.

El lenguaje jurídico (como todo lenguaje natural) adolece de ambigüedades profundas. Y, por consiguiente, no tiene sentido hablar de si “el principio de contradicción” se aplica a dicho lenguaje, pues desde luego no se aplica estrictamente al lenguaje natural si antes no se lo reconstruye adecuadamente para salvar toda posible ambigüedad.

b) *Diversas maneras de reconstrucción*: Y, lamentablemente, la reconstrucción del lenguaje jurídico es arbitraria (si no hubiera dejado de ser ambiguo) y depende, en última instancia, de la voluntad de quien lo emplee (sin dejar por eso de reconocer valor a los usos arraigados).

c) *El abuso de derecho*: En lo que respecta al problema discutido por el profesor Dassen, habría, pues, que preguntar a Soler, García Maynez, Laquis y al mismo Dassen, cuál es la reconstrucción que adoptaría cada uno de ellos en el caso. O dicho más llanamente: ¿Qué habéis querido decir, unos con el enunciado: “El «abuso del derecho» es contradictorio”, y otro con el enunciado: “El «abuso del derecho no es contradictorio”?

Pero ello no es necesario, pues la respuesta se halla clara en los escritos de estos autores. Vamos a intentar su reconstrucción y demostrar que no hay nada en discusión. Que como lo ha intuido el mismo Dassen, “la batalla gira en derredor de una cuestión de palabras” y que su desafío no es en realidad a que se muestre que existe una contradicción en el enunciado “estoy abusando de mi derecho”, sino a que se destierre un determinado uso lingüístico quizá inadecuado. Y es claro que no seré yo quien acepte dicho desafío.

“Abuso del derecho” es, pues, una expresión ambigua. Pero no tanto por el significado de la palabra “abusar”, como parece sugerirlo Dassen, y cuyo significado informativo extraído del Diccionario de la Real Academia, todos los tratadistas involucrados en la cuestión creo que estarían dispuestos a aceptar, sino por la palabra “derecho”, sobre la que seguramente existirían discrepancias.

Para que la expresión “abuso del derecho” sea contradictoria, es imprescindible que (aceptando la definición que del término “abuso” proporciona Dassen) se convenga en que una de las características de-

finitorias del vocablo “derecho” sea la imposibilidad de hacer mal uso de él, así como en la definición de “inmóvil” se designa la “imposibilidad de ser movido”.

Es claro que esto parecerá una perogrullada, pero conviene a veces hacer explícitas las contradicciones para aclarar si verdaderamente queremos decir lo que decimos.

Ahora hemos optado por una reconstrucción lingüística en que la contradicción oculta en las palabras “abuso de derecho” se ha hecho explícita.

“Estoy usando mal algo que no se puede usar mal”, ya que tan pronto hago mal uso, ese algo deja de serlo, para convertirse en otra cosa.

Vamos a elucidar ahora, teniendo a la vista el razonamiento de Dassen, hasta que punto el mismo Dassen aceptaría o no la característica en cuestión.

Es obvio que no la aceptaría en la definición de “derecho subjetivo que me otorga la legislación”. De allí la diferencia que hace entre el derecho del legislador y el derecho pretoriano. Pero, ¿del derecho que me otorga el edicto del pretor, podré seguir diciendo que es “mi derecho” cuando hago mal uso de él? Supongamos que aun esto fuera admisible, pues quizá un nuevo edicto pudiera así declararlo, pero ¿hasta cuándo? ¿Nunca llegaremos a una etapa en que con toda seguridad pueda saber yo que cuando uso mal la facultad que me otorga la norma, ya no hago abuso de mi derecho sino que cometo un acto antijurídico?

En otros términos, ¿aceptaría Dassen que todavía se hablase de abuso del derecho que me otorga una sentencia que haya hecho cosa juzgada? ¿Y si supusiésemos que la tal sentencia hubiera declarado que “no he abusado de mi derecho”?

Si la respuesta en estos casos extremos fuera negativa (y entonces no podríamos hablar del abuso del derecho otorgado por una sentencia firme), toda la discusión se desvanece si logramos definir convenientemente dos acepciones de la palabra “derecho”. Una que no incluya la característica de “no ser susceptible de abuso” para el caso de la norma general, y aun para la sentencia que no haga cosa juzgada. Otra que la incluya para la sentencia que haga cosa juzgada.

Es claro que entonces ya no discutiríamos sobre un enunciado de forma “p. - p”, sino sobre uno de forma “p. - q”, enunciados que son contradictorio el primero y contingente el segundo.

Pero aun podríamos aceptar que el derecho subjetivo fundado en cosa juzgada es susceptible de ser “mal usado”. Habría que preguntarse entonces quién es el que debe juzgar sobre este “mal uso”.

Me parece obvio que no es posible salir de este atolladero por tal camino, sino introduciendo una premisa que otorgue pertinencia al derecho natural, y en este caso la cuestión debería ser formulada así: Transgriero la norma de derecho natural abusando del derecho que me otorga

la ley positiva. Nuevamente la reconstrucción sería "p. - q' y, por consiguiente, imposible hablar de contradicción.

En rigor, los que nos inclinamos más hacia el positivismo jurídico que al jusnaturalismo, deberíamos hablar más que de la "institución del abuso del derecho", del uso (que a mí me parece inadecuado) de la expresión "abuso del derecho" para designar cierta clase de transgresiones a la norma jurídica. Pero entonces lo que tiene prestigio no es sino este uso lingüístico.

Y creo que los que aceptan la vigencia de un orden jurídico natural podrían sostener con corrección que puede abusarse o hacerse mal uso del derecho otorgado por la norma positiva, transgrediendo la ley natural cuyo contenido se ignora.

## CONTESTACION A

### "ROSS, KELSEN Y EL DERECHO NATURAL" (\*)

FEDERICO A. TORRES LACROZE

Creemos, a diferencia del profesor Bacqué, que la polémica entre jusnaturalistas y positivistas ha prosperado en el camino de un mayor acercamiento, pese a la distancia que aún guardan, y tan es así, que en nuestra propia Facultad casi todas las cátedras de Introducción al Derecho, que admitían la imposibilidad de concebir científicamente un derecho natural, estudian hoy a Hart con gran convencimiento de la necesidad de un mínimo del mismo y de moral para la subsistencia de la libertad. Nos dice el autor premencionado que el hombre es un ser imperfecto, vulnerable, y que si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: "no matarás". Existe, además, una igualdad entre los hombres "aproximada", que hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas y es la base de la obligación jurídica (1). Nosotros diríamos que tanto la vulnerabilidad como la igualdad aproximada, la libertad e imperfectibilidad humanas, fueron señaladas ya por la doctrina cristiana, por Santo Tomás muchos siglos antes, y en la actualidad por Juan XXIII y Paulo VI quienes señalan la necesidad de una cooperación de toda la humanidad, aun de diferentes credos y razas. Es evidente que el día que deje de haber polémica desaparecerán la Filosofía y aun la Ciencia, porque ambas son un producto del espíritu humano.

Por otra parte, sería sumamente aburrido que todos pensaran igual; creemos, incluso, que sería inhumano. Pero no debe olvidar el doctor Bacqué, que si bien es cierto que Kelsen hace epistemología, también en un libro sobre la justicia nos dice "que la ciencia no puede florecer

(\*) Bacqué, J. A., *Ross, Kelsen y el Derecho Natural*, en el n° II de esta revista.

(1) Hart, H. L., *El concepto del derecho*, traducción de Genaro Carrió. Bs. Aires, 1963, pág. 239.

sin libertad, sin paz, sin tolerancia" (2), en definitiva, sin cooperación, valores, diríamos nosotros, necesarios para la vida del derecho. La réplica de Bacqué no resuelve la contradicción en que incurre Kelsen: sostiene que la norma "no es puesta, sino supuesta"; es un supuesto de conocimiento. Comete aquí Kelsen, como bien apunta el doctor Dujovne, "un pecado de metafísica de esos que él enrostra con insistencia a las doctrinas de derecho natural". Además no se conforma con establecer cómo se constituye el conocimiento del derecho, sino que pretende establecer "qué es el derecho" (3). La norma fundamental debe justificarse al conjunto del orden jurídico, pero a ella nada puede justificarla ni fundamentarla; sería lo mismo que construir castillos en el aire, porque "no necesita fundamentación alguna", según las propias palabras de Bacqué.

Al efectuar la crítica a Ross, nos parece que el profesor Bacqué no ha entendido bien el concepto desarrollado en su síntesis. El derecho positivo, nos dice Ross, es el que el juez aplica en relación con las condiciones sociales y su aceptación. En consecuencia, serían principios de moral social o colectiva, estructuraciones reales y variables, pero, en definitiva, de derecho natural. El mismo Ross dice: "Si dejamos a un lado lo dogmático, hay posibilidad de entendimiento entre la tendencia tomista y un estudio o concepción realista del derecho" (4). Es algo semejante a los que califican a Stammler de jus naturalista de contenido variable: al referirse a la "comunidad pura", sostiene dicho autor que aplicada la misma al tiempo y al espacio, variará considerablemente. El mismo tampoco acepta que se lo califique de jusnaturalista en su *Filosofía del Derecho*; es muy dudosa la legitimidad de su aseveración (5). Por ello es un decidido partidario del derecho natural, lo mismo que su maestro Kant. Además no debe sostenerse que la concepción tomista del derecho natural o justicia, sea absoluta. El derecho positivamente sancionado o "por accidente", usando nuestra terminología, realiza el "principio de justicia en modos y grados harto desiguales, y a veces comporta desmedros indudables; más aún, semejantes deficiencias, en mayor o menor proporción, derivan de las cosas inherentes al hombre, la imperfección es congénita en el mismo, "Bonus Solus Deus" (Joa. XVII, 25) (6).

(2) Kelsen, H., *¿Qué es la Justicia?* Universidad de Córdoba, 1962, traducción de Ernesto Garzón Valdés.

(3) Dujovne, J., *La Filosofía del Derecho de Hegel a Kelsen*, Bs. Aires, 1963, pág. 443.

(4) Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de Genaro Carrió. Bs. Aires, 1963, pág. 238.

(5) Dujovne, J., *Filosofía del Derecho y Filosofía de la Historia*, en "Notas de Filosofía del Derecho", Año I, n° II, Bs. As., 1964, pág. 3.

(6) Río, Manuel, *El Derecho y la Justicia. Estudios Jurídicos en Homenaje a Enrique Martínez Paz*. Bs. Aires, 1957, pág. 86. Puede verse *El Derecho como objeto de la Justicia*, del autor de esta nota en "La Ley", del 24-7-64.

"La ambigüedad de la palabra ley produce confusiones que conviene aclarar", nos dice Bacqué. Nada más cierto para rebatir que dicha ley no tiene nada de "teleológica", según su concepto, que la transcripción de un texto de la Summa I II, Cuestión 94 a 72: "Todo agente obra por un fin, existe en el hombre una inclinación de vivir en sociedad, según ello pertenece a la ley natural todo lo que atañe a tal inclinación, como ser que el hombre evite la ignorancia, que no ofenda a los demás con quienes debe convivir y otras cosas semejantes".

El sentido de ley natural en Santo Tomás, volvemos a repetir, es "analógica". Existe en el hombre una inclinación natural a conservar su vida, al matrimonio y a vivir en sociedad, esta última según la naturaleza de su razón, que le es propia. Esos primeros principios, como la conservación de la vida, son necesarios por determinación en el derecho positivo. Sería lo mismo que sostener, por ejemplo, que la existencia de esos principios en lógica, matemáticas, filosofía natural o metafísica, hacen inútil el resto de dichas ciencias, que de ellos derivan por deducción o determinación a situaciones más concretas. Por lo tanto, algo tienen que ver esas pautas sociales o "naturaleza humana" con la labor de Ross y Kelsen puramente científicas, según sus pretensiones. Tememos que los positivistas, especialmente Kelsen, hayan tomado universalmente el término "naturaleza" en el mismo sentido que le dan las ciencias físico naturales y no por derivación analógica, de allí que no conciba un "derecho natural", pareciéndole absurdo referirse a él (7).

La interpretación de la ley por la ley misma es un precepto que resulta insuficiente cuando la norma no tiene autonomía jurídica ni contenido, sino que es mera expresión de derecho positivo, sin ningún principio valorativo. Se ha dicho con razón que un jurisconsulto sin espíritu filosófico es incapaz de apreciar una gran obra de sabiduría y de libertad, pero a su vez un filósofo sería todavía más incapaz sin conocimientos prácticos, o científicos e históricos, porque si al primero le falta la industria, al segundo le faltan los materiales (8).

Para terminar, nuestro colega nos dice que no es el caso de discutir si existe algo que pueda llamarse "naturaleza humana". Le contestamos que contra los "hechos" no valen los argumentos. No comprendemos cómo puede tener una duda tan irreal; no podría admitir la existencia de un cuerpo, la tendencia a la autoconservación, a la reproducción y a la misma vida en sociedad. El hombre posee no sólo "naturaleza", principio intrínseco de actividad, el cual lo es no sólo de actividades

(7) Paniker, Raimundo, *El concepto de naturaleza*. Madrid, 1951, págs. 41 y 78, citado por Juan A. Casaubon en H. Kelsen y la *Teoría Pura del Derecho*. Estudios Teológicos y Filosóficos. Bs. Aires, 1961, n° 3, pág. 221.

(8) Mackintosh, J., *Discours sur l'étude du Droit de la Nature et des Gens*. París, 1950, citado por el Dr. R. Bielsa, en "Metodología Jurídica", Santa Fe, 1961, pág. 389.

fisicoquímicas vegetativas y sensitivas, sino también intelectivas, volitivas, intencionales y que forman el plano de la existencia en sentido heideggeriano, como fundamento de ser histórico, con verdadero contenido y no meramente formales. Finalmente nos dice el profesor Bacqué, nada tiene que ver la naturaleza humana con la labor de Kelsen y Ross. Sin embargo, el primero llama al "derecho natural", "mentira útil", y el segundo "cortesana", epítetos apasionados que están delatando quizá en los que tales injurias emiten, un secreto "whisful thinking" (pensamiento deseante), negativista, cuyo móvil sería el deseo de evitar las consecuencias metafísicas, teológicas y religiosas de la admisión de un derecho y ley naturales <sup>(9)</sup>.

## NATURALEZA Y FUNCION DEL EJEMPLO EN EL RAZONAMIENTO JURIDICO

(Fin)

RICARDO GUIBOURG

### IV. FUNCIONES DEL EJEMPLO

Los ejemplos —si bien tienen todos similar estructura lógica— no desempeñan siempre la misma función dentro del razonamiento. Esta varía según el tipo de relación existente entre el ejemplo propiamente dicho y lo que hemos dado en llamar el elemento principal.

Podemos distinguir, a este respecto, tres funciones diferentes, que examinaremos a continuación. Es factible, desde luego, que existan otras, pero todos los casos observados o imaginados nos han parecido subsumibles en alguno de estos tres tipos: explicativo, demostrativo y justificativo.

### V. A) EJEMPLOS EXPLICATIVOS

Son los que pretenden llenar de sentido una expresión vacía o precisar el sentido de una expresión o juicio poco claros. Cabe expresar que éste es, con mucho, el tipo más frecuente, y que a él pertenecen todos los ejemplos estudiados hasta el momento.

Ahora bien, ¿cuál es el mecanismo de este tipo de ejemplo?

Ante todo, busca, a través de su carácter restringido, y, por lo tanto, más concreto, provocar en quien lo lee, ve o escucha, una completa comprensión o aprehensión del caso enunciado, lo que suele ser más fácil que aprehender directamente un concepto genérico y abstracto.

Como segundo paso, la persona a quien tal ejemplo va dirigido, aísla, mediante una operación intelectual propia, el o los elementos esenciales del caso propuesto, desechando toda cualidad ajena al concepto genérico principal. Con el fin de facilitar esta operación, se proponen a veces varios ejemplos cuyas características accidentales di-

<sup>(9)</sup> Casaubon, Juan A., trabajo inédito a publicarse en la revista "Aequitas" de la Universidad del Salvador. Algo más sobre Ross, Kelsen y el Derecho Natural.

fieren. Así, si queremos llenar de sentido la palabra *papel*, podemos, sin perjuicio de dar una definición más o menos exacta, proponer los siguientes ejemplos:

- una hoja de cuaderno en blanco
- la página de un libro
- un pliego de papel de seda

Nuestro interlocutor, entonces, desechará las cualidades que no son comunes a todos los ejemplos, tales como:

- tamaño
- forma
- rayado
- escritura
- resistencia
- transparencia

Muchas veces, sin embargo, se propone un solo ejemplo y se deja librada al buen sentido del lector la aprehensión de sus elementos esenciales, contando con que podrá llevar a cabo la operación, relacionando el caso propuesto con la expresión o juicio genérico que hace las veces de elemento principal y que se supone al menos parcialmente comprendido.

Una vez en posesión de tales características, estaremos en condiciones de aplicarlas por analogía a otros objetos o juicios. En el caso anterior, verbigracia, podremos llamar "papel" al de diario, al "manteca" al "canson". Esto es, habremos aprehendido el concepto.

Naturalmente, el ejemplo como método de transmisión de conceptos, no tiene una precisión comparable a la de la definición. Los ejemplos, por sí solos, constituyen un medio poco seguro de transmitir los conceptos, porque la delimitación de los elementos esenciales no es definitiva, y el concepto transmitido puede incluir por error de recepción elementos no esenciales, y viceversa.

Así, el que hubiese aprehendido el concepto "papel" por medio de los ejemplos anotados más arriba, puede llamar "papel" a un trozo de celuloide, o excluir de tal denominación al papel de embalar por ser éste de distinto color que aquéllos que se le propusieron como ejemplos.

Este razonamiento parece indicar la inconveniencia metodológica de prescindir de las definiciones, pero introduce el problema de la posibilidad de éstas. ¿Es siempre posible dar definiciones, o existen conceptos cuya esencia sólo puede ser aprehendida por medio de ejemplos? Responder a esta pregunta implicaría un estudio previo sobre la naturaleza lógica del concepto, por lo que dicha cuestión queda fuera del ámbito específico del presente trabajo.

## VI. B. EJEMPLOS DEMOSTRATIVOS

Daremos el nombre de ejemplo demostrativo a aquél que sirve, por sí mismo y con fuerza de argumento definitivo, para convalidar una tesis desde el punto de vista de su verdad o falsedad. El ejemplo sólo es válido en calidad demostrativa cuando representa un caso particular contradictorio de un juicio universal. Sirve para nulificar juicios universales, nunca para verificarlos; y es inoperante respecto de cualquier juicio particular.

Observemos cómo funcionan estos ejemplos en los casos que siguen:

1. "¿Que no se diga que el autor del dolo criminal actúa sólo con el fin de perjudicar a un tercero, mientras que el autor del dolo civil persigue principalmente su interés personal! ¿El estafador no busca, acaso, obtener un beneficio del delito que comete?"<sup>(12)</sup>.

Este fragmento busca nulificar la proposición "El autor del dolo criminal actúa sólo con el fin de perjudicar a un tercero", o, más exactamente, la proposición "El autor del dolo criminal no persigue principalmente su interés personal"; y para ello presenta un caso en el que ocurre precisamente lo contrario, según el siguiente esquema<sup>(13)</sup>:

Proposición a nulificar:  $(x) (Px)$

Ejemplo:  $\neg Pa$

Conclusión:  $\sim [(x) (Px)]$

2. "En tanto que el legislador habla de un mal *presente*" (al tratar de la violencia como vicio del consentimiento), "... es dudoso que su fórmula traduzca exactamente su pensamiento. Lo que debe ser presente no es precisamente el mal contenido en la amenaza, sino el temor inspirado por esa amenaza. Esta interpretación tiene en su favor a la ley romana. Así la amenaza que se me formula de incendiar mi casa no es susceptible, por su misma naturaleza, de ser realizada inmediatamente, y no me inspirará, por lo tanto, el temor de un mal presente, pero podrá inspirarme, en cambio, el temor presente de un mal considerable, lo que sin duda puede ser causa de nulidad del consentimiento que ha contribuido a arrancar y del contrato al cual éste sirve de base"<sup>(14)</sup>.

<sup>(12)</sup> G. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*

<sup>(13)</sup> Para confeccionar los esquemas lógicos que siguen, se ha utilizado el sistema de notación propuesto por W. Van Orman Quine ("Methods in Logic", H. Holt and Co., N. York, 1959).

<sup>(14)</sup> G. Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*

Este pasaje tiene por objeto demostrar la falsedad del juicio siguiente: "Toda violencia implica un mal presente", y propone un ejemplo en el cual se acepta la existencia de violencia en el sentido jurídico de la palabra, no obstante que el caso incluye sólo el temor de un mal futuro. Así:

Proposición a nulificar:  $(x) (Vx \supset Px)$   
 Ejemplo:  $(Va - Pa)$   
 Conclusión:  $\sim[(x) (Vx \supset Px)]$

El mismo caso actúa como ejemplo explicativo respecto de la proposición "Toda violencia implica el temor presente de un mal considerable". No sirve como demostración de este último juicio, empero, pues, como hemos visto, un ejemplo no puede por sí sólo verificar ningún juicio.

3. "Es evidente que la violencia, así entendida, vicia profundamente el consentimiento; por eso la ley hace de ella una causa de nulidad del contrato inspirado por la misma. Así, un marido sorprende a su mujer en flagrante delito de adulterio; revólver en mano, amenaza de muerte al cómplice, a menos que éste consienta en firmar un reconocimiento de préstamo por valor de 100.000 francos. ¡Hay que firmar o morir! De los dos males, el cómplice escoge aquél que considera menor, y firma. Supuesto que tales hechos se prueben, el juez, ante la demanda del cómplice, no vacilará en declarar la nulidad de la obligación".

"Tal como se ve por este ejemplo, elegido adrede por contener uno de los casos en que la violencia alcanza el más alto grado de intensidad, la violencia no excluye el consentimiento, como podría creerse a primera vista" (15).

Este último sirve para refutar el siguiente juicio: "La violencia excluye el consentimiento", a través de un caso en que ambos elementos aparecen conjuntamente, de acuerdo al siguiente esquema lógico:

Ejemplo:  $(x) (\tilde{V}x \vee \tilde{C}x)$   
 Conclusión:  $Va. Ca$   
 Proposición a nulificar:  $\sim[(x) (\tilde{V}x \vee \tilde{C}x)]$

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

El ejemplo de tipo demostrativo es mucho menos frecuente en los comentarios jurídicos que el de tipo explicativo, lo que es natural, dado el carácter descriptivo que suele predominar en aquéllos. En cambio, es algo más corriente en textos filosóficos, y resulta una piedra de toque inapreciable cuando se trata de elaborar clasificaciones y nomenclaturas.

#### VII. C. EJEMPLOS JUSTIFICATIVOS

Por último llamaremos justificativos a aquellos ejemplos que intentan abonar una tesis valorativa, esto es, convencer al lector o interlocutor de la justicia o injusticia de determinada proposición.

Para examinar su modo de actuar hemos de averiguar primero cómo construimos nuestras vivencias axiológicas, o sea nuestros juicios genéricos de valor.

Prescindiendo de intervenir en la antigua discusión sobre la objetividad o subjetividad de los valores, resulta claro que éstos, tal como se dan en nuestra mente, se manifiestan por medio de opiniones. Creemos, opinamos, que tal o cual ley es justa o injusta, que tal o cual acción es buena o mala. La circunstancia de que a esta creencia u opinión corresponda o no una realidad objetiva, y que del cotejo de ambas resulte el acierto o el error de la primera, es irrelevante para el caso que nos ocupa.

El hecho es que esta opinión se forma en nuestro ánimo de dos maneras:

a) *Por transmisión* (forma derivada o indirecta): Es el caso de los juicios de valor que aceptamos desde un principio como válidos o verdaderos, sin un examen consciente y previo. Forman parte de nuestra educación; los respiramos, por así decirlo, en el medio en que nos formamos y nos son transmitidos por padres, maestros y, en general, por personas cuyas opiniones, por alguna razón, nos sentimos inclinados a aceptar.

b) *Por creación directa* (forma originaria): Podemos elaborar por nosotros mismos juicios de valor por el método deductivo, cuando extraemos un juicio particular de otro general; o bien por el método inductivo, a través de casos particulares. Este último es el sistema que hace posible la existencia de los ejemplos justificativos.

A lo largo de diversas experiencias que han producido en nosotros una reacción emotiva, llegamos a aislar de aquéllas sus elementos esenciales, esto es, las características comunes que, con prescindencia de las otras, han originado en nuestro yo una reacción del mismo tipo.

Así, si hemos visto o imaginado en diversas oportunidades y circunstancias a hijos que pegaban a sus madres, y en todos los casos hemos experimentado un sentimiento de repulsa, induciremos el siguiente juicio:

“Pegar a la madre es malo”. (Cabe aclarar que al exponer este ejemplo se ha partido de la hipótesis de que no hubiésemos tenido una vivencia previa de dicho juicio a través de la forma a”).

Desde luego, una vez que tenemos construido un juicio genérico de valor, podremos deducir de él otros juicios más restringidos o aplicarlo, en último término, a otros casos particulares, pero el método inductivo parece ser el único que pone nuestro mecanismo emocional en contacto con la realidad, y, por lo tanto, el único que permite la verdadera creación original de un juicio valorativo.

El ejemplo justificativo es un medio de apelar a la emotividad del interlocutor por medio de la inducción. Consiste en presentar uno o más casos particulares capaces de provocar una impresión suficientemente intensa como para promover el surgimiento del juicio de valor que se desea justificar.

El mecanismo, en cuanto a la selección de los elementos esenciales y a la generalización, es similar al de los ejemplos explicativos, pero requiere además para su funcionamiento que cada caso suscitado por analogía origine en el sujeto una reacción emotiva de igual signo.

Puede observarse el funcionamiento de esta clase de ejemplos en los siguientes textos:

1. “Se ha reconocido la necesidad de permitir la indagación de la maternidad. (Supóngase que una joven ha concebido un hijo fuera de matrimonio; que oculta el parto para cubrir su honor y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el tiempo esta mujer se casa, es la madre de familia, reputada, honrada por su marido y por sus hijos. ¿Se permitirá este juicio escandaloso e inmoral, que va a quitar el honor de una mujer casada y traer el desorden en toda su familia?) Sí, contestan los autores del Código Francés, porque la indagación de la maternidad debe ser permitida, porque la madre es cierta, el hecho puede probarse, no así la paternidad. ¿Y el escándalo y la moralidad del juicio? *Luego no es por la moral que se prohíbe la indagación de la paternidad, sino por lo difícil de la prueba de los hechos*”<sup>(16)</sup>.

En este fragmento, el ejemplo propiamente dicho, que aparece entre paréntesis, es justificativo, pero está usado en una demostración no valorativa (la enunciada en la proposición subrayada). Y, a su vez, esta demostración es parte de un razonamiento valorativo, a saber, el que sostiene la tesis: “La investigación de la paternidad debe ser permitida”.

Aquí la utilidad del ejemplo reside en la observación de su insuficiencia (a pesar de su fuerza emocional) para convencer a los autores del Código Francés.

<sup>(16)</sup> D. Vélez Sarsfield, en nota al art. 325 del Código Civil.

2. “En materia de matrimonio no es posible atenerse rígidamente a los principios generales de la nulidad. Si bien no cabe duda de que aquí media un interés social, también es evidente que en numerosos casos la anulación de estos matrimonios por pedido del Ministerio Público o por resolución de oficio del magistrado, resulta repugnante a nuestra sensibilidad moral y, por tanto, inadmisibles. Supóngase que una persona sana contrae matrimonio con un enfermo de lepra o de sífilis. Por amor, guarda silencio, emprende una vida de peligros y abnegación. Quizá contrae ella misma la enfermedad, y luego de una larga convivencia tiene hijos, sanos o enfermos. ¿Puede el juez, de oficio, y en contra de la voluntad de ambos, declarar la nulidad? ¿Puede hacerlo por pedido de parientes, interesados quizás en excluir al abnegado cónyuge de una futura sucesión? Esta intromisión en un hogar ya formado, con taras o sin ellas, pero de todos modos respetable, es intolerable”<sup>(17)</sup>.

En el texto que precede se pretende demostrar —o inducir al lector a opinar— que no es justo ni bueno interpretar la ley civil de modo que autorice a los jueces para declarar de oficio la nulidad del matrimonio, al menos en lo que se refiere a ciertas causales. Nótese el empeño que pone el autor en describir dramáticamente las circunstancias especiales del caso que propone, con el fin de producir en el ánimo del lector la impresión emotiva deseada.

En los fragmentos 1 y 2 que anteceden, queda resumida la utilidad que prestan al jurista los ejemplos explicativos: permiten fundar una opinión, por cierto más política que jurídica, que habrá de expresarse luego a través de la legislación, de la doctrina o de la interpretación judicial.

<sup>(17)</sup> Guillermo A. Borda, *Manual de Derecho de Familia*, 1960, n.º 133, pág. 86.

Este libro se terminó de imprimir  
el día 23 de setiembre de 1965, en  
Artes Gráficas Bodoni S. A. I. C.,  
Herrera número 527, Buenos Aires.

Biblioteca del Gioja. UBA  
uso académico