

ANGEL ESTEBAN VILLAGRA

Elementos para una Introducción al Derecho

240
7/17
Ej. 4

CORDOBA
2002

Un agradecimiento especial a los docentes y alumnos, con quienes a lo largo de casi veinte años hemos compartido la enseñanza y el aprendizaje de la asignatura. Todos han contribuido a profundizar la reflexión sobre los temas que hemos desarrollado en este libro. Y también a María Licia Tulián, quien cuidadosamente y con sentido crítico, corrigió sus borradores.

*Angel Esteban Villagra
Córdoba, abril de 2002.*

INDICE

Prólogo	1
---------------	---

PRIMERA PARTE: EL DERECHO COMO NORMA

Capítulo 1 - Las normas jurídicas

1. Las normas en general	13
Los sentidos de la palabra «norma»	14
2. Las normas jurídicas: sus caracteres	16
A. La diferenciación entre las normas jurídicas y las normas morales ..	16
B. Las relaciones entre moral y derecho	18
C. La moral y el derecho en el ordenamiento jurídico argentino	20
D. La diferenciación entre las normas jurídicas y las demás normas sociales	23
3. Las normas jurídicas naturales	24
A. El derecho natural	24
B. El concepto de naturaleza	25
C. La naturaleza humana	27
D. Las concepciones del derecho natural	28
E. Las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo	29
F. El derecho natural y los derechos humanos	31
4. La norma jurídica positiva	31
A. La naturaleza de la norma jurídica positiva	31
B. Los caracteres de la norma jurídica positiva	33
C. Las distintas clases de normas jurídicas positivas	37

D. La estructuración lógica de las normas jurídicas	42
E. La expresión lingüística de las normas jurídicas positivas	47

SEGUNDA PARTE: EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO

Capítulo 2 - El ordenamiento jurídico

1. El derecho positivo y su estructuración	59
2. El ordenamiento jurídico como sistema o estructura	60
3. Los caracteres del ordenamiento jurídico como estructura de normas	63
A. La estructuración jerárquica del ordenamiento jurídico	63
B. La coherencia del ordenamiento jurídico	66
C. La plenitud del ordenamiento jurídico	74
D. La pluralidad de los ordenamientos jurídicos	78

TERCERA PARTE: EL DERECHO COMO ACTIVIDAD

Capítulo 3 - La elaboración de normas generales y típicas: las fuentes del derecho

1. Las actividades jurídicas	83
2. La elaboración de normas generales y típicas: las fuentes del derecho	84
A. La expresión «fuente del derecho»	84
B. La clasificación de las fuentes formales	90
3. El acto constituyente	91
4. La legislación	92
A. Los sentidos de la palabra «ley»	92
B. El proceso de elaboración de las leyes	93
C. La codificación	96
D. La legislación en el derecho argentino	97

5. La actividad del Poder Ejecutivo como fuente del derecho: los decretos o reglamentos	87
6. La actividad jurisdiccional: las sentencias y la jurisprudencia	100
A. Los sentidos de la expresión «jurisprudencia»	101
B. La jurisprudencia como fuente del derecho	102
C. La jurisprudencia en el derecho argentino	107
7. La costumbre jurídica: las normas consuetudinarias	109
A. El concepto de costumbre jurídica	109
B. La clasificación de las costumbres jurídicas en relación con las normas legisladas	111

Capítulo 4 - La elaboración de normas particulares y concretas. La aplicación del derecho

1. La aplicación del derecho	113
2. La aplicación judicial del derecho	114
A. La actividad jurisdiccional como forma de resolución de los conflictos de intereses	114
B. Las formas de entender la actividad jurisdiccional	115
C. La jurisdicción como actividad productora de normas individuales y concretas	117
D. La competencia	120
E. La acción	122
F. El proceso	123

Capítulo 5 - Las actividades auxiliares de la aplicación del derecho: la interpretación

1. Las actividades auxiliares de la aplicación del derecho	133
2. La interpretación del derecho	134
3. Las clases de interpretación	137
A. Según el sujeto que realiza la interpretación	137
B. Según sus efectos o resultados	139
4. Las formas de la interpretación jurídica	141

A. La teoría subjetiva de la interpretación	141
B. La teoría objetiva de la interpretación	142
5. Los instrumentos para la interpretación jurídica	143
A. El instrumento literal, textual o gramatical	143
B. El instrumento lógico-conceptual	145
C. El instrumento sistemático	146
D. El instrumento histórico	147
E. El instrumento teleológico	148
F. El instrumento histórico evolutivo	149
6. La interpretación del derecho en la legislación y la jurisprudencia argentina	149

*Capítulo 6 - Las actividades auxiliares de la aplicación del
derecho: la integración*

1. La integración como actividad auxiliar de la aplicación del derecho	153
A. El concepto de integración	153
B. La clasificación de los mecanismos de integración	154
C. Los procedimientos de integración en la legislación y en la jurisprudencia de nuestro país	154
2. La analogía como procedimiento de autointegración del derecho	157
A. El concepto de analogía	157
B. Los fundamentos de la utilización de la analogía en la integración del derecho	157
C. La analogía y la interpretación extensiva	158
D. Las clases de analogía. La analogía y los principios generales del derecho	159
E. El razonamiento utilizado en la aplicación de la analogía	160
F. Las condiciones para la utilización de la analogía	161
G. Las restricciones a la utilización de la analogía	161
H. La analogía, los valores jurídicos y el Estado de Derecho	164
I. La analogía en el derecho argentino	165

3. Los principios generales del derecho como procedimiento de autointegración	166
A. La etimología de la voz «principio»	166
B. Los significados de la palabra «principio»	167
C. Los principios y las normas jurídicas	168
D. El fundamento de los principios generales del derecho	171
E. Las clases de principios generales del derecho	172
F. Las funciones de los principios generales del derecho	174
G. Los principios generales del derecho en el derecho argentino ..	176
4. La equidad como procedimiento de heterointegración jurídica	178
A. El concepto de equidad	178
B. Las funciones de la equidad	180
C. La equidad en el derecho argentino	182
D. La equidad en la jurisprudencia de nuestros tribunales	185

CUARTA PARTE: EL DERECHO COMO RELACION

Capítulo 7 - La relación jurídica

1. El derecho como relación	189
2. Los sujetos de la relación jurídica	191
3. El concepto de persona	191
A. El concepto antropológico y filosófico de persona	192
B. El hombre como ser personal	194
C. La concepción de persona y el modelo de sociedad	195
D. El concepto filosófico de persona y los derechos humanos	196
E. El concepto jurídico de persona	196
4. El contenido de la relación jurídica: los vínculos	203
A. El derecho subjetivo	203
B. El deber jurídico	208
Bibliografía general	213

CAPITULO 1

Las normas jurídicas

1. LAS NORMAS EN GENERAL

Como ya hemos señalado en el prólogo, si se pretende obtener una visión integral del derecho, éste puede y debe ser examinado desde distintas dimensiones o perspectivas: como norma, como ordenamiento, como actividad y como relación. En este capítulo abordaremos al derecho como norma.

Las normas son reglas o principios directivos de la actividad típicamente humana o, lo que es lo mismo, de la conducta del hombre. La idea de norma va ligada a la noción de modelo o guía para hacer algo. En un sentido más fuerte se une el concepto de norma con la idea de deber, de algo que debemos hacer, como una conducta estimada o decidida como debida ⁽¹⁾. Por ejemplo, estimamos que debemos ayudar a una persona, o un profesor estima y decide que las unidades 1 a 4 son las que los alumnos deben estudiar para el primer parcial de una asignatura. El deber impuesto por la norma puede ser de carácter positivo, entonces tenemos una obligación; por ejemplo: «se debe pagar el alquiler de un inmueble alquilado», «se debe

(1) Respecto a las conductas debidas, hemos hecho la distinción, siguiendo el pensamiento de Barraco Aguirre, entre conductas exigidas y conductas decididas. Las conductas exigidas como debidas, lo son, en función de un fin exigido o propuesto, por la naturaleza de las cosas o de la situación. El deber en las conductas decididas como debidas surge también en relación a un fin, por una imposición propia o ajena, es decir, por un acto de decisión o de voluntad. Las conductas exigidas son conocidas estimativamente, las conductas decididas son conocidas interpretativamente (Villagra, Angel Esteban y Barrionuevo, Daniel, *Introducción al derecho. Los fundamentos del derecho*, Advocatus, Cba., 2000, p. 72 y ss.).

devolver las cosas prestadas»; o de carácter negativo, y por lo tanto estamos frente a una prohibición. Un ejemplo de deber negativo es «no se debe fumar en el aula». También encontramos normas que se limitan a permitirnos hacer o no hacer algo. Ejemplos de permisos son: «los alumnos pueden plantear dudas durante la exposición del docente», «los alumnos pueden no formular preguntas durante la clase».

Toda la vida del hombre está regulada por normas, existiendo una gran variedad de ellas: las reglas técnicas, las reglas de juego, las reglas de la gramática y de la lógica, las pautas de comportamiento social, las normas morales, los mandatos religiosos, las normas jurídicas, etcétera. Las reglas técnicas o directivas son las que nos indican un medio para lograr un fin. Por ejemplo, las instrucciones para el manejo de un electrodoméstico. Las reglas de juego, las de la gramática y las de la lógica se caracterizan por determinar o definir una actividad. Si quiero jugar al truco debo respetar ciertas reglas, si no lo hago, no jugaré a ese juego de naipes. Si no respeto las reglas de la gramática castellana, no hablaré español.

Como vimos, los modelos o pautas de comportamiento social nos dicen como debemos pensar y actuar para llevar una convivencia ordenada con los otros miembros de la sociedad en que vivimos ⁽²⁾. Las normas jurídicas se nos presentan antes que nada como normas, como un tipo de normas, una clase especial de regla de la conducta humana.

Los sentidos de la palabra «norma»

El término «norma» tiene muchas acepciones y es utilizado con un significado poco claro. Patrón, modelo, tipo, reglamento, regla, ley, canon, criterio, orden, pauta, precepto, disposición, mandamiento, etcétera son expresiones que se nos presentan como sinónimos parciales de la expresión «norma».

Von Wright ⁽³⁾ enumera y clasifica los distintos *significados* atribuidos a la palabra «norma». Los clasifica en significados principales y secunda-

(2) Villagra, Angel Esteban y Barrionuevo, Daniel, *Introducción al derecho. Fundamentos al derecho*, Advocatus, Cba., p. 28 y ss..

(3) Von Wright, Gerry, *Norma y acción*, Tecnos, Madrid, 1970, ps. 20-35.

rios. Entre los *principales* señala a la expresión «norma» como regla de juego, como prescripción o regulación y como directriz o norma técnica. Entre los significados *secundarios* destaca a «norma» como costumbre, como norma moral y como norma ideal.

Las normas como *reglas de juego* o *determinativas* son aquellas que establecen los movimientos correctos y permitidos en una determinada actividad o juego. Ejemplos de normas en este sentido son los reglamentos de un deporte o juego, las reglas de la gramática y las reglas de la matemática.

Un segundo tipo de norma, dentro de las acepciones principales, son las llamadas *prescripciones* o regulaciones, entre las cuales se destacan las leyes del Estado. En este sentido, las prescripciones son establecidas o dictadas por una autoridad normativa, destinadas o dirigidas a un determinado sujeto normativo, buscando que éste se comporte de una cierta manera. Las prescripciones son promulgadas, es decir comunicadas para su conocimiento y van acompañadas de la amenaza de una sanción o castigo para el caso de su incumplimiento. Las normas jurídicas positivas, las órdenes militares, las órdenes que los padres dan a sus hijos menores, las reglas de tránsito, son ejemplos de prescripciones.

Las *directrices* o normas técnicas se caracterizan por ser los medios a utilizar para alcanzar un determinado fin. Ejemplos de este sentido de la expresión «norma» como norma técnica son los manuales de uso de los televisores, heladeras, computadoras, etcétera.

El primero entre los sentidos *secundarios* de la palabra «norma» es el de *costumbre*, como hábito social o regularidad en la conducta de los miembros de una sociedad, que tienden a hacer cosas parecidas en circunstancias similares. En general, las costumbres se imponen a los individuos, y tienen que ver con la forma en que la gente actúa y piensa. Podemos catalogar a las costumbres como normas en cuanto influyen o ejercen presión sobre los miembros de una comunidad o sociedad para que se comporten de esa determinada manera. Sin embargo, se diferencian de las prescripciones porque no son creadas por una autoridad normativa, son de creación anónima y no necesitan ser promulgadas. Son modelos o pautas de comportamiento implícitos. Se parecen a reglas determinativas en cuanto establecen las formas de vida dentro de una determinada comunidad.

Las normas *morales* son también un sentido de norma que Von Wright clasifica dentro de los sentidos secundarios. Este autor señala que las normas morales son muy difíciles de identificar y no es claro a cuáles normas

se les debe atribuir el carácter de morales. Hay concepciones que vinculan a las normas morales con las normas religiosas, o sea aquellas emanadas de la autoridad de Dios, y otras que las entienden como una especie de regla técnica que señala el medio para lograr un determinado fin: la felicidad del individuo o el bienestar de la sociedad. En el próximo párrafo analizaremos algunos elementos o caracteres de las normas morales que son útiles para diferenciarlas de las normas jurídicas.

Por último, otro sentido secundario de norma señalado por Von Wright, es el de reglas *ideales*, que están estrechamente vinculadas con el concepto de virtud, de bondad, de patrón o de modelo. Señalan las características de la especie óptima de una clase. Por ejemplo, lo que debe hacer una persona para ser un buen futbolista, un buen abogado, un buen estudiante, etcétera.

Estos sentidos secundarios de la palabra tienen la característica de presentar similitudes con más de uno de los sentidos principales. Las costumbres, por ejemplo, se parecen a las reglas determinativas en que establecen y casi definen ciertos patrones de conducta, y a las prescripciones en que ejercen una presión normativa sobre los miembros de una comunidad para que conformen su conducta con esos modelos. Las normas ideales, por una parte, se asemejan a las reglas determinativas, en cuanto definen cómo se debe realizar una cierta actividad, y por otra guardan similitud con las normas técnicas, al representar el medio para el logro de la perfección en la forma de hacerla.

2. LAS NORMAS JURIDICAS: SUS CARACTERES

A. La diferenciación entre las normas jurídicas y las normas morales

Como hemos visto, las normas morales son difíciles de identificar y de distinguir de los otros tipos de normas. Y especialmente la distinción entre normas morales y normas jurídicas es un problema que no siempre ha sido planteado y resuelto con claridad. Analicemos algunos elementos o características que nos permitirán distinguir estos dos tipos de normas.

Las normas *morales* son *unilaterales* en el sentido de que frente al sujeto obligado no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de su deber. Son sólo imperativas, imponen deberes. Regulan conductas en

interferencia subjetiva, es decir que establecen la conducta a seguir respecto a otras posibles conductas de ese mismo sujeto. Nos prescriben, por ejemplo, que debemos pagar nuestras deudas, frente a otra posible conducta nuestra: no pagarlas. Las normas *jurídicas*, en cambio, son *bilaterales*, ya que imponen siempre deberes u obligaciones a una o más personas, correlativos a facultades o derechos de otra u otras personas. En este sentido se dice que las obligaciones jurídicas no son deberes, sino deudas. Por ello, las normas jurídicas son siempre impero-atributivas, imponen deberes al mismo tiempo que atribuyen facultades, estableciendo una relación entre dos sujetos, el titular de la facultad y el titular del deber u obligación. Las normas jurídicas regulan conductas en interferencia intersubjetiva, es decir establecen la conducta de un sujeto frente a la conducta de otro sujeto. Nos indican que si hemos celebrado un contrato de locación, debemos pagar el alquiler, y correlativamente confieren al locador la facultad o derecho de exigir que le paguemos ese alquiler.

Se suele afirmar también que las normas morales se ocupan del fuero interno del sujeto, de la rectitud de los propósitos, mientras que las normas jurídicas se limitan a prescribir la ejecución meramente externa de ciertos actos, conformándose con su pura exterioridad. Este criterio de distinción entre moral y derecho es relativo. Las normas morales no sólo se ocupan del fuero interno del sujeto, ya que no son suficientes las buenas intenciones, sino que la moral exige que esas buenas intenciones trasciendan a la práctica. Sin embargo para la moral la interioridad es fundamental. Las normas jurídicas a veces permiten penetrar la conciencia de los sujetos obligados, para analizar los móviles de la conducta, atribuyéndoles consecuencias jurídicas. Por ejemplo: la intencionalidad en el derecho penal y la buena fe en el derecho civil y en el derecho laboral. Sin embargo, es indudable que desde la perspectiva jurídica la exteriorización de los actos tiene una importancia mayor, ya que el fuero interno sólo tiene relevancia en la medida que se exterioriza. Por ello, quizás convenga decir que las normas *morales* son *predominantemente interiores* y las normas *jurídicas* son *predominantemente exteriores*.

Otro de los criterios que se ha utilizado para diferenciar entre moral y derecho, es el de la autonomía. Las normas morales no crean obligaciones si no han sido interiorizadas por el sujeto, si éste no las percibe como necesariamente fundadas y justificadas, es decir si no las ha internalizado como normas. Aunque consideremos que la norma moral tiene validez ob-

jetiva, es decir que existe con independencia de que el sujeto la conozca y la acepte como tal, debemos decir que de dicha norma no se desprenderá un deber concreto para un determinado sujeto si éste no la reconoce como tal, y se convence de su validez y obligatoriedad respecto a su conducta. En este sentido se dice que las normas *morales* son *autónomas*. Las normas *jurídicas* son *heterónomas* ya que en ellas, la obligación jurídica se establece, por el legislador, de una manera exclusivamente objetiva, con total independencia de lo que piense el sujeto destinatario de ésta. Las normas jurídicas obligan tanto si el sujeto está de acuerdo con ella, como si no lo está. Es decir que, en este caso, no se toma en cuenta el juicio subjetivo de los sujetos llamados a cumplir lo prescripto.

La *coercibilidad* de las normas *jurídicas* radica en el hecho de que el derecho permite y prescribe el empleo de la fuerza como medio de conseguir la observancia de sus preceptos. La diferencia entre «coercibilidad» y «coacción» se encuentra en que la primera consiste en la posibilidad de recurrir a la violencia para lograr la imposición del deber jurídico, mientras que la coacción es el uso de la fuerza para lograr un determinado comportamiento. Las normas jurídicas no son coactivas, ya que en la mayoría de los casos logramos su cumplimiento sin utilizar la fuerza. Las normas *morales* son *incoercibles*. Su cumplimiento ha de efectuarse de manera espontánea, debido a que el acto realizado por la fuerza carece de valor moral, porque la moral supone y requiere libertad en su cumplimiento.

Otro criterio de distinción entre normas morales y normas jurídicas es el de su finalidad. Las normas *morales* tienen por objeto *el perfeccionamiento del sujeto obligado*, individual o grupal. La moral se preocupa del sujeto que comete el acto inmoral, y no de los sujetos que sufren las consecuencias del mismo. En el derecho, en cambio, las normas *jurídicas* cuidan la suerte de las posibles víctimas de los actos ilícitos, y procuran *el perfeccionamiento del orden social*.

B. Las relaciones entre moral y derecho

El análisis efectuado en los párrafos anteriores nos permite afirmar la existencia de elementos que posibilitan distinguir las normas morales de las normas jurídicas. Las normas jurídicas son bilaterales, heterónomas, predominantemente exteriores, coercibles y a través de ellas se pretende lograr

el perfeccionamiento social, mientras que las normas morales son unilaterales, autónomas, predominantemente interiores, incoercibles y buscan el perfeccionamiento personal del sujeto obligado. Sin embargo, el hecho de que se distingan no supone que el derecho y la moral puedan separarse totalmente, en cuanto órdenes normativos.

Diez Picazo ⁽⁴⁾ analiza algunas de las posibles relaciones entre derecho y moral. Por ejemplo, señala que hay ámbitos de la conducta del hombre donde los preceptos morales y las normas jurídicas coinciden o se superponen, persiguiendo los mismos objetivos y buscando la realización de unos mismos valores. En este sentido, tanto el derecho como la moral sancionan el robo y el homicidio. Existe incluso una zona en la que el derecho pretende una moralización de las relaciones jurídicas, impidiendo resultados jurídicos que sean inmorales. Por ejemplo, en el ámbito contractual se ampara especialmente la buena fe y en general existen varias normas jurídicas que remiten a las normas morales.

Indica también, este autor, la posibilidad de descubrir ámbitos donde la moral produce normas que no son recogidas por el derecho. Por ejemplo, la moral prohíbe el suicidio, sin embargo éste no constituye un hecho antijurídico, ni aun en grado de tentativa o frustración. Únicamente la prestación de ayuda y la instigación al suicidio constituyen delitos en nuestro país (art. 83 del Código Penal). Otro ejemplo señalado es el de la prohibición moral de faltar conscientemente a la verdad, mientras que una mentira constituye para el ordenamiento jurídico una infracción en casos muy determinados, como es el del falso testimonio de testigos, peritos o intérpretes (art. 275 del Código Penal), o de la falsa denuncia (art. 245 del Código Penal).

El jurista español plantea también la existencia de otras zonas en las cuales el derecho establece soluciones que no van de acuerdo con los principios morales, en función de la realización de valores sociales como el orden, la seguridad, etcétera, como por ejemplo podría ser el caso del desalojo por falta de pago del alquiler de una familia numerosa por el propietario de la vivienda donde el padre ha perdido el trabajo. Podría ser reprochable desde el punto de vista moral, pero perfectamente lícito jurídicamente.

(4) Diez Picazo, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Madrid, 1973, ps. 48-51.

Por último, señala que el derecho puede establecer deberes que son indiferentes desde el punto de vista moral. Por ejemplo: el deber de circular en una cierta dirección en determinada calle o avenida, o la obligación de transmitir la propiedad de un inmueble por medio de escritura pública.

C. La moral y el derecho en el ordenamiento jurídico argentino

En el ordenamiento jurídico argentino encontramos innumerables remisiones del derecho a la moral y a las buenas costumbres, respondiendo, a veces, a un concepto común como principio general, y en otras, haciendo referencia sólo a la moral, o aludiendo únicamente a las costumbres, que son calificadas como «buenas». Por ejemplo el artículo 19 de la Constitución Nacional establece como límite a las acciones privadas de los hombres, la ofensa de la moral pública. También son muchas las referencias del Código Civil a la moral y a las buenas costumbres. Algunos ejemplos son las siguientes prescripciones contenidas en su articulado, que establecen que: las leyes extranjeras no serán aplicables en nuestro país cuando su aplicación se oponga a la moral y a las buenas costumbres (art. 14), que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesadas las buenas costumbres (art. 21), que no tienen efecto las obligaciones sujetas a una condición que vaya en contra de las buenas costumbres (art. 530), que el pago efectuado por una causa contraria a las buenas costumbres puede ser repetido, haya sido o no por error (art. 792), que el objeto de los actos jurídicos deben ser... hechos que no sean contrarios a las buenas costumbres (art. 953), que puede y debe declararse la nulidad absoluta de los actos jurídicos por parte de los jueces, a pedido del Ministerio Público en interés de la moral (art. 1047), que se considerará ejercicio abusivo de los derechos cuando se excedan los límites impuestos por la moral y las buenas costumbres (art. 1071), que los contratos celebrados fuera de nuestro territorio serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados, salvo que fuesen inmorales (arts. 1205 y 1206), que el uso para el cual una cosa sea alquilada o arrendada, debe ser un uso honesto, y que no sea contrario a

las buenas costumbres (art. 1503), que está prohibido prestar cualquier cosa para un uso contrario las buenas costumbres (art. 2261), que son nulas las disposiciones testamentarias, sujetas a condición o carga contraria a las buenas costumbres (art. 3608), etcétera.

El artículo 39 de la Ley de Contrato de Trabajo considera ilícito el objeto del contrato laboral, cuando es contrario a la moral y a las buenas costumbres.

El principio general aceptado es que si bien no todo lo moral debe ser jurídico, todo lo jurídico debe ser moral⁽⁵⁾.

En cambio, se discute si el concepto de moral y buenas costumbres responde a una idea relativa dependiente de su aceptación general o es la versión de un concepto moral católico. La nota del artículo 531 del Código Civil expresa que, en el lenguaje del derecho, se entiende por «buenas costumbres», el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas⁽⁶⁾.

El concepto de moral y buenas costumbres dentro de nuestro ordenamiento, no se refiere a los principios morales subjetivos de cada juez, sino aquellos que expresan la moral común de la sociedad⁽⁷⁾.

Las buenas costumbres «están constituidas por las reglas morales impuestas por la convivencia»⁽⁸⁾. Se trata de costumbres valiosas de la comunidad que rigen prácticamente en el medio social.

Se advierte que en todos los casos en que el Código se refiere a las «buenas costumbres», hace referencia a la moral. El juez no debe acudir cuando se trata de calificar la inmoralidad de un acto, a sus convicciones personales, tampoco a la moral teórica o a la más alta que se observa en ambientes restringidos, sino

(5) CFed. Mendoza, Sala B, 21/10/83, citada en Arribalzaga, Martín, *Diccionario jurídico jurisprudencial*, Depalma, Bs. As., 2000, p. 331.

(6) CNCiv., Sala C, 15/4/82, «Bardelli, Edmundo R. c/ Comisión Municipal de Vivienda», citada en Arribalzaga, Martín, op. cit., p. 331.

(7) CS Tucumán, Civ. y Pen., 31/5/96, «Bessero, Antonio P. c/ Elea S.A.», citada en Arribalzaga, Martín, op. cit., p. 332.

(8) CCiv. 1ª, 25/10/46, L.L. 44-456; CCiv. 2ª, 31/8/48, J.A. 1948-IV-508, citados por Salas, Acdeel Ernesto, *Código Civil y leyes complementarias anotados. I*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1981, p. 21.

a la conciencia popular dominante, esto es, al sentimiento de decoro de todos aquellos que piensan equitativamente y rectamente ⁽⁹⁾.

«Para que la condición contraria a las buenas costumbres anule la obligación, la ofensa a éstas debe ser el efecto inmediato y cierto de la modalidad; cuándo ésta, por sí misma, no ofende a las buenas costumbres, pero hace temer que sea ocasión para faltar a sus deberes, no entra en la prohibición legal, ya que las acciones de los hombres deben juzgarse por lo que les sea personal, no por el hecho de otro» ⁽¹⁰⁾.

Algunos contratos que los tribunales han considerados contrarios a las buenas costumbres son: la venta de influencias ⁽¹¹⁾, los contratos vinculados al proxenetismo, como por ejemplo la obligación de ejercer la prostitución ⁽¹²⁾, los contratos de partición de honorarios entre un abogado y quien no lo es ⁽¹³⁾, el convenio por el cual un profesional facilita su título a otro para que ejerza actividades que no le están permitidas ⁽¹⁴⁾, la obligación contraída por un litigante de pagar una suma de dinero al abogado de la parte contraria para que obtuviera de su cliente una transacción ⁽¹⁵⁾.

Borda enuncia los siguientes casos que el legislador ha establecido como contratos nulos por ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres: los pactos que tuviesen por objeto una herencia futura, los que se opongan a la libertad de acción o de conciencia, como la obligación de habitar en un cierto lugar, o de no casarse, la de vivir célibe, temporal o perpetuamente, o de no casarse con cierta persona o divorciarse, los que tengan por objeto el uso deshonesto de una casa alquilada, el préstamo de una cosa para un uso contrario a las buenas costumbres, etcétera ⁽¹⁶⁾.

(9) Kaller de Orchansky, Berta, «Buenas costumbres». en Bueres, Alberto (Director), *Código Civil - I*, Hammurabi, Bs. As., 1995, p. 58.

(10) CCiv. Sala D, 1/4/63, L.L. 110-376, citado en Salas, A.E., op. cit., p. 284.

(11) CCiv. 1ª, 4/7/32, citado en Salas, A. E., op. cit., p. 462. CNCom., Sala D, 26/10/95. «Galli Jorge F., y otro c/ Asociación Civil para el personal jerárquico profesional y técnico del Banco», L.L. 1996-E, p. 193.

(12) CCiv. Sala D, 16/7/54, L.L. 76-66, citado en Salas, A. E., op. cit., p. 463.

(13) Salas, A. E., op. cit., p. 463.

(14) Salas, A. E., op. cit., p. 463.

(15) CCiv. 1ª, 13/6/19, G.F. 20-289, citado en Salas, A. E., op. cit., p. 463.

(16) Borda, Guillermo A., *Manual de contratos*, 16ª ed., Perrot, Bs. As., 1993, p. 90.

D. La diferenciación entre las normas jurídicas y las demás normas sociales

Como ya se ha señalado, las normas jurídicas positivas constituyen un tipo especial dentro de los modelos o pautas de comportamiento social, que podemos definir como «uniformidades de acción o de pensamiento que se reproducen regularmente en un grupo o sociedad» ⁽¹⁷⁾.

Las normas jurídicas han sido caracterizadas como modelos o pautas de comportamiento social, ideales, explícitas, predominantemente exteriores, y según el grado de su obligatoriedad, como normas. Los preceptos del derecho son ideales ya que fijan cómo debe ser nuestro comportamiento respecto de los demás miembros de la sociedad, y no como es nuestro comportamiento social real o efectivo. Constituyen modelos explícitos, porque en los estados modernos, las normas jurídicas son generalmente establecidas en forma consciente, y promulgadas y publicadas en forma expresa. También, como hemos señalado al diferenciarlas de las normas morales, las normas del derecho son predominantemente exteriores porque regulan, en la mayoría de los casos, las conductas exteriores del hombre. Sin embargo, en ciertas ocasiones, los modelos o pautas jurídicas se refieren también a conductas interiores del hombre; por ejemplo cuando regulan la intención, la buena fe, etcétera. Finalmente, según su grado de obligatoriedad, hemos clasificado las normas jurídicas como normas, o modelos del «tener que», ya que su observancia es obligatoria, y su infracción genera sanciones.

Apliquemos ahora los criterios que hemos utilizado para diferenciar la moral del derecho, para distinguir las normas jurídicas de los demás modelos o pautas de comportamiento social, es decir de los llamados también usos y convencionalismos sociales ⁽¹⁸⁾.

Mientras las normas jurídicas son bilaterales, ya que se caracterizan por ser impero-atributivas, imponiendo a un sujeto, una obligación o deber, y al mismo tiempo, y en forma correlativa, a otro sujeto un derecho o facultad de poder exigir el cumplimiento de esa obligación o deber, recurriendo a los

(17) Villagra, A. E. y Barrionuevo, D., op. cit., p. 29.

(18) García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 15ª ed., Porrúa, México, 1968, p. 25.

tribunales si fuere necesario, los *usos y costumbres* son *unilaterales*, ya que son sólo imperativos, en el sentido que de frente a nuestros deberes u obligaciones sociales, no jurídicos, no existe otro u otros sujetos con la facultad de exigirnos su cumplimiento. O sí, pero sin la posibilidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de dichas obligaciones.

Los *usos y costumbres*, al igual que las normas jurídicas, son *heterónomos*, en el doble sentido de: a) ser creados por una voluntad distinta del sujeto obligado, aunque relativamente en este caso, porque los destinatarios participan, en cuanto miembros del grupo, del proceso de formación espontáneo de los modelos o pautas, y b) ser impuestos y obligatorios con independencia de haber sido interiorizados y aceptados por sus destinatarios. También las normas jurídicas y los usos y convencionalismos sociales comparten el ser predominantemente exteriores, ya que como hemos visto ambos regulan no sólo las conductas exteriores de los miembros de la sociedad, sino también las conductas interiores en la medida que son exteriorizadas.

Las normas jurídicas son, como hemos señalado, según el grado de su obligatoriedad, normas o modelos del «tener que». Sin embargo, se distinguen de las demás normas sociales, es decir de los otros modelos o pautas que establecen deberes respaldados por sanciones, porque son coercibles, es decir que se puede lograr su cumplimiento por medio aun de la fuerza, que en las sociedades modernas es ejercitada por órganos especializados. Los *usos, costumbres y las normas sociales no jurídicas*, al igual que las normas morales, son *incoercibles*, dado que no es posible lograr su cumplimiento por medio de la fuerza.

También las normas jurídicas y los demás modelos o pautas de comportamiento social comparten la misma finalidad, ya que se orientan al perfeccionamiento de la convivencia social, y no al de los sujetos obligados, como en el caso de las normas morales.

3. LAS NORMAS JURIDICAS NATURALES

A. El derecho natural

Dentro del derecho encontramos dos tipos de normas jurídicas: las normas jurídicas naturales, o derecho natural, y las normas jurídicas positivas, o derecho positivo.

La expresión «*derecho natural*» adolece de una ambigüedad similar a la de la palabra «derecho», ya que tiene tres significados principales: como ciencia, como normatividad y como facultad. El derecho natural como *ciencia* es la disciplina que estudia las normas jurídicas naturales; como *normatividad*, «derecho natural» designa al conjunto de normas jurídicas naturales; y como facultad, es utilizada para nombrar a las *facultades* o derechos otorgados al hombre por el ordenamiento jurídico natural. En este último sentido derecho natural es sinónimo de derechos humanos ⁽¹⁹⁾.

En principio, las normas jurídicas naturales, o el derecho natural, pueden ser definidas como aquellas normas que surgen, se basan o fundamentan en la naturaleza. Aristóteles define al derecho natural como aquel «*que en todas partes tiene la misma fuerza*» ⁽²⁰⁾, y Tomás de Aquino como «*aquello que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro*» ⁽²¹⁾. Javier Hervada, en este mismo sentido, identifica al derecho natural con lo justo natural, y lo expone como «*aquella cosa que está atribuida a un sujeto, y en consecuencia le es debida, por título de naturaleza y según una medida natural de igualdad*» ⁽²²⁾.

B. El concepto de naturaleza

Esta primera aproximación al concepto de norma jurídica natural, requiere que precisemos el concepto de naturaleza. La palabra «naturaleza» es uno de esos términos especialmente ambiguos, ya que es utilizada con significados muy distintos, tanto en el lenguaje vulgar, como en el lenguaje técnico filosófico.

En este sentido, Fernández Galeano señala que aparece «*una serie de significados de naturaleza al contraponer ésta a otras nociones.*

(19) Fernández Galeano, Antonio, *Introducción filosófica al derecho*, Editorial de la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 80.

(20) Aristóteles, *Ética a Nicómano*, 1134 b, Lib. V., c. 7.

(21) Tomás de Aquino, *Suma teológica*, 2-2, q 57, a. 3.

(22) Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 8ª ed., EUNSA, Navarra, 1994, p. 79 y ss..

Así, si contraponemos naturaleza a sobrenaturaleza, natural significará todo aquello en cuya producción o desarrollo no intervienen factores extrahumanos; naturaleza como opuesto a cultura representa un sentido de lo primario y espontáneo; cuando naturaleza se enfrenta a espíritu, lo natural se circunscribe al mundo de la materia; si consideramos la naturaleza como opuesto a libertad, aquella comprenderá la zona de la necesidad y la causalidad, siendo libre lo contingente y lo que es consecuencia de un obrar finalista; puede entenderse lo natural como lo contrario de artificial, es decir, como aquello que tiene existencia independientemente de la transformación operada por la actividad humana; por último, decimos de un suceso o conducta que es extraño o anómalo, cuando no se produce de modo normal y en el sentido que cabría esperar» (23).

Además de esta amplitud significativa excepcional, los vocablos «natural» y «naturaleza» tienen una especial resonancia emocional, particularmente en el ámbito jurídico (24).

También desde la filosofía se han acuñado variadísimos conceptos de naturaleza, Fernández Galeano, en la obra citada, analiza dos concepciones: la concepción cosmológica y la concepción metafísica tradicional.

La concepción cosmológica identifica a la naturaleza con el conjunto de seres corpóreos, con el cosmos, refiriendo el concepto al mundo físico. Esta es la noción de naturaleza utilizada por las ciencias naturales. Existen a su vez diversas versiones de esta concepción de naturaleza: organicistas, mecanicistas e historicistas.

La concepción metafísica clásica, en cambio, entiende como naturaleza al modo de ser de cada ente, o de cada especie, en particular. La naturaleza es lo que tipifica y constituye a cada ser, es el modo de ser que tiene cada realidad, el modo en que cada realidad se manifiesta. Esta naturaleza del ser es, a su vez, lo que determina las operaciones propias de cada ser, el origen de sus actividades propias. Esta concepción metafísica clásica considera, entonces, a la naturaleza en dos aspectos: uno estático y otro dinámico.

(23) Fernández Galeano, A., op. cit., Capítulo V, p. 72.

(24) Gardella, Juan Carlos, «Naturaleza y derecho», en Enciclopedia Jurídica Orbea, t. XX, Driskill, Bs. As., 1982, p. 69.

El aspecto estático de naturaleza corresponde a la esencia de cada ser, y el aspecto dinámico comprende a esa misma esencia vista como principio operativo, como fuente de las operaciones propias de cada ser (25).

C. La naturaleza humana

Cada ser tiene su propia naturaleza, y por lo tanto podemos hablar de naturaleza humana, como el modo de ser propio del hombre, que lo tipifica y lo distingue de otros entes, y que al mismo tiempo es el origen de los movimientos típicamente humanos. Las notas que caracterizan al hombre, son su naturaleza ética y social. Martínez Paz señala (26) *que el hombre actúa, a partir de su inteligencia y voluntad libre, de la siguiente manera: de frente a una situación, no encuentra el hombre, una respuesta adecuada e inmediata que determine un obrar único y mecánico. Por ello debe analizar desde su razón las diversas alternativas de actuación, y puede elegir libremente una de ellas, para realizarla. La elección de esta alternativa debe ser justificada, dándole de este modo un sentido o valor a su obrar. Todo acto del hombre debe ser justificado para ser plenamente humano. De la elección de la alternativa y de su justificación va a surgir el carácter moral o inmoral de la conducta*. Y por todo esto hemos sostenido la naturaleza ética del hombre.

También ya se ha señalado (27) que el hombre, a través de su existencia, por naturaleza tiende a realizar los siguientes fines: *«la conservación y generación de la vida; el perfeccionamiento físico, espiritual y religioso y la participación en el bien común general»*. Y que el logro de estos fines existenciales implica la necesidad de un medio o ámbito que la haga posible: Este medio es la sociedad donde el hombre se relaciona con los demás hombres. A partir de esta idea, se afirma la naturaleza social del hombre, fundamentándola además en diversos datos de la experiencia: su dependencia prolongada de un núcleo familiar para su constitución física y espiritual, el lenguaje,

(25) Fernández Galeano, A., op. cit., p. 75.

(26) Martínez Paz, Fernando, *Introducción al derecho*, Abaco, Bs. As., 1982, p. 301 y ss..

(27) Martínez Paz, Fernando, op. cit., p. 303.

como medio de comunicación y de expresión con los demás, la necesidad de la sociedad para desarrollar plenamente sus posibilidades en el campo del arte, de la ciencia, y en la esfera religiosa, moral y jurídica ⁽²⁸⁾.

D. Las concepciones del derecho natural

Este concepto de naturaleza humana sirve para elaborar la idea tradicional o estricta de derecho natural. Para esta concepción clásica el derecho natural es aquel ordenamiento que brota y se funda en esa naturaleza humana. Las normas jurídicas naturales son aquellas dirigidas al mejor desarrollo de las actividades propias del hombre

Fernández Galeano señala la existencia de dos concepciones de derecho natural: una estricta o clásica y otra amplia. Nosotros podríamos agregar una tercera que se desprende del propio desarrollo que el autor realiza del tema.

La concepción estricta o clásica sustentada por el llamado iusnaturalismo ⁽²⁹⁾ concibe al derecho natural como el ordenamiento que surge y se funda en la naturaleza humana, que el hombre conoce a través de la razón y que el legislador debe respetar.

También para la concepción amplia, sostenida por el objetivismo jurídico, el derecho natural es un ordenamiento, un orden normativo que surge de una serie de factores o datos que condicionan la vida del hombre en sociedad, uno de los cuales es la naturaleza humana, pero no el único. Otros factores objetivos, sustraídos de nuestra voluntad como sujetos, son los datos de la realidad social, cultural, económica, histórica, etcétera, de donde se desprenden normas jurídicas naturales en sentido amplio que pueden ser conocidas por medio de la razón y que el legislador debe respetar. Esta concepción amplia del derecho natural es denominada «objetivismo jurídico».

(28) Martínez Paz, Fernando, ob. cit., p. 306.

(29) En esta concepción se debe distinguir al derecho natural, como conjunto de normas que surgen o se infieren de la naturaleza humana, del iusnaturalismo, que es la concepción, doctrina o teoría jurídica que sostiene la existencia de ese derecho natural, y que el derecho positivo se encuentra subordinado a él, no pudiéndolo contradecir.

co», no en relación al derecho objetivo o normatividad, sino porque sostiene la existencia de esa realidad objetiva, metajurídica, de donde surgen o se infieren normas que el legislador debe respetar. Por ejemplo, el legislador no podría establecer una norma que prescribiera que todos los habitantes de la Argentina deben pagar veinte mil pesos anuales de impuestos, no porque dicha ley vaya en contra de la naturaleza humana, sino porque es incompatible con la realidad socioeconómica de nuestro país.

Una tercera concepción que se podría denominar «amplísima» sostiene que el derecho natural es un simple ideario o conjunto de valores que orienta o guía la actividad del legislador. En esta última concepción el derecho natural pierde su carácter normativo.

E. Las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo ⁽³⁰⁾

Uno de los problemas que no pueden ser dejados de lado, cualquiera sea la perspectiva o concepción desde la que se lo aborde, iusnaturalista o positivista, es el de las relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural.

Sostenemos que es necesario no oponer estas dos concepciones respecto del concepto de derecho, sino precisar las relaciones entre dos formas de derecho que necesariamente han existido, existen y deben existir para no caer en reduccionismos que no explican en forma acabada lo jurídico. En este sentido no se puede convertir al derecho natural en un orden normativo jurídico capaz de regular de una vez y en forma definitiva todas las situaciones de la convivencia social, soslayando toda otra forma de derecho. Pero tampoco es posible desconocer los requerimientos y exigencias que surgen de lo que el hombre es, y construir una organización social y jurídica de convivencia sin anclarla en principios jurídicos universales.

El derecho natural comprende un conjunto de normas, conductas debidas, en cuanto exigidas por la naturaleza del hombre y de la situación. Las normas jurídicas naturales constituyen entonces los medios exigidos, natural y situacionalmente, si nos proponemos regular y ordenar la convivencia

(30) Martínez Paz, F., op. cit., p. 317.

social conforme a los requerimientos de los fines exigidos como debidos, también, por la naturaleza del hombre y por la situación ⁽³¹⁾.

El derecho positivo constituye, en una visión integrada e integral del mismo, un sistema de principios y normas, conductas decididas como debidas, cuyo cumplimiento puede lograrse por medio de la fuerza, que imponen deberes y atribuyen facultades correlativas, creando relaciones entre los miembros de la sociedad, elaboradas por alguien con poder suficiente, producto de una serie de factores sociales, económicos, políticos y culturales, con la finalidad de realizar una serie de valores sociales vigentes, en forma efectiva y eficaz, en la sociedad.

De esta definición, en cuanto fenómeno humano, el derecho positivo no puede surgir como una mera imposición de la voluntad de una autoridad normativa, sino que ésta debe justificar racionalmente las conductas decididas como debidas, conforme una estimación de las conductas exigidas en función de los fines decididos y exigidos por la situación. Esto nos permite afirmar que las normas jurídicas positivas deben, para ser efectivas y eficaces, tener un fundamento ético y técnico.

De estas concepciones del derecho natural y del derecho positivo, surgen la compatibilidad, la complementariedad e implicancia de estas formas de derecho, ya que, como afirma Welzel: «*sin positividad, el derecho es simple abstracción o aspiración ideal de un orden posible, y sin su nota axiológica fundamental, es mera fuerza incapaz de cumplir con el postulado originario de toda ordenación: la protección del ser humano*» ⁽³²⁾. El derecho natural necesita del derecho positivo para hacerse efectivo dentro de la sociedad, y éste de aquél para encontrar un fundamento que le permita ser algo más que un mero mandato o imposición basado en la fuerza.

(31) Relacionar con los distintos tipos de fines, y de conductas que hemos distinguido, siguiendo a Barraco Aguirre, en el libro *Introducción al derecho. Fundamentos del derecho*, Advocatus, Cba., 2000, p. 72 y ss..

(32) Cita extraída de Martínez Paz, op. cit., p. 319.

F. El derecho natural y los derechos humanos

La concepción del derecho natural se vincula estrechamente con los llamados hoy «derechos humanos», especialmente con su fundamentación.

A partir de la Revolución Francesa, en forma progresiva y creciente cuantitativa y cualitativamente, la humanidad ha ido preocupándose por la existencia de unos derechos naturales del hombre, derechos humanos que constituyen un límite que el legislador debe respetar.

En general, y en forma simplificada, podemos identificar dos tipos de fundamentaciones contrapuestas respecto a estos derechos humanos, que de algún modo coinciden, aunque no exactamente, con el tradicional antagonismo entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

Para unos, el fundamento de los derechos humanos lo encontramos en las exigencias de las notas características propias del hombre. Para otros, los derechos humanos se apoyan en las conquistas sociales y políticas que en forma progresiva han llevado al reconocimiento de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales de la modernidad.

4. LA NORMA JURIDICA POSITIVA

A. La naturaleza de la norma jurídica positiva

Las normas jurídicas positivas, desde una perspectiva sociológica y conforme a lo desarrollado anteriormente, son modelos o pautas de comportamiento social, ideales, exteriores, generalmente explícitos, normas del tipo del «tener que», ya que establecen comportamientos obligatorios, reforzados con una sanción para su incumplimiento.

Los juristas no siempre coinciden sobre la naturaleza de la norma jurídica positiva. Diversas teorías se han elaborado al respecto, las que podemos agrupar, en tesis imperativistas, tesis antiimperativistas y tesis eclécticas ⁽³³⁾.

Las teorías imperativistas, que tienen antecedentes en las concepciones de autores como Cicerón, Hobbes y Rousseau, se configuran en forma

(33) Soriano, Ramón, *Compendio de teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 22 y ss..

sistemática a partir de Thon, y luego son desarrolladas por autores como Austin, Carnelutti, Del Vecchio y Bobbio. Dentro de estas teorías podemos distinguir dos tesis: una radical y otra moderada. La tesis imperativista radical sostiene que la norma jurídica positiva es un imperativo, un precepto o mandato ordenado por una voluntad legisladora que obliga a sus destinatarios. Conforme a esta posición, la norma jurídica vincula dos voluntades: la del que manda y la del que debe obedecer. La tesis moderada concibe a la norma jurídica como una regla imperativa o prescripción; la norma prescribe comportamientos, pero no relaciona fácticamente dos voluntades.

Las teorías imperativistas, que han gozado de una gran aceptación en la historia de la teoría del derecho, están vinculadas en general con las concepciones estatistas y coactivas del derecho.

Diversas críticas se han acuñado en contra de las tesis imperativistas. Algunos autores señalan la existencia de normas jurídicas positivas que no responden a la idea de un mandato o precepto. Por ejemplo, el caso de las normas consuetudinarias, las normas dispositivas o de orden privado, y las normas derogadas por el desuso. Otros aducen que hay normas cuya finalidad no consiste en la prescripción de un comportamiento. Por ejemplo, aquellas normas que otorgan poderes, permisos, o que consisten en definiciones de términos o instituciones jurídicas.

Olivecrona trata de responder a dichas críticas señalando que las normas jurídicas positivas son imperativos impersonales, donde el sujeto activo, la voluntad creadora de la norma, y el sujeto pasivo, el destinatario del mandato, están indeterminados, no existiendo por lo tanto una relación personal entre quien emite el mandato y el que lo debe obedecer⁽³⁴⁾.

Las teorías antiimperativistas niegan el carácter imperativo de las normas jurídicas positivas poniendo el acento en otros aspectos de éstas, concibiéndolas como juicios, como reglas técnicas o como juicios de valor.

Los autores que conciben a la norma jurídica positiva como un juicio, niegan su carácter imperativo. La norma jurídica es un mero juicio o razonamiento de carácter hipotético que enlaza un supuesto con una consecuencia jurídica.

(34) Olivecrona, Karl, *El derecho como hecho*, Labor Universitaria, Barcelona, 1908, p. 127.

Otros autores antiimperativistas ponen el acento en el carácter instrumental de las normas jurídicas, como reglas técnicas necesarias para el logro de fines sociales.

Por último, se define a la norma jurídica como un juicio de valor. El contenido de la norma más que un imperativo, es una alternativa valorativa. El legislador considera los elementos de la realidad o sector social abarcados por la norma y elige una de las varias alternativas de regulación traduciéndola en un texto normativo, emitiendo un juicio de valor sobre la conveniencia de la aplicación de dicha regulación.

En realidad, cada una de estas tesis antiimperativistas sobre la naturaleza de la norma jurídica positiva pone el acento, absolutizándolo en un aspecto de ella, constituyendo visiones reduccionistas sobre lo jurídico.

Las normas jurídicas son conductas decididas como debidas, en función de fines decididos como debidos por el legislador. El legislador al establecer los fines de la norma, lo hace en función de la realización de ciertos valores en la sociedad. Y esas conductas decididas como debidas que constituyen los medios técnicos exigidos para el logro de los fines propuestos por el legislador, son pensadas a través de la estructura de un juicio del deber ser.

Se señala, en este mismo sentido, que las normas jurídicas positivas son «*reglas de motivación social indirecta, de carácter prescriptivo, expreso o reflejo, concretadas tras una valoración de las situaciones y las acciones del sector social regulable*»⁽³⁵⁾.

B. Los caracteres de la norma jurídica positiva

Hemos analizado los caracteres útiles para diferenciar a las normas jurídicas de los otros órdenes normativos (las normas morales y de los demás modelos o pautas de comportamiento social). La bilateralidad, la heteronomía y la exterioridad son caracteres propios de las normas jurídicas, ya sean naturales o positivas. Hay otros caracteres que son específicos de las normas jurídicas positivas: la validez, y la coercibilidad institucionalizada, la vigencia, la efectividad y la eficacia.

(35) Soriano, R., op. cit., p. 37.

a. La validez

La primera característica de la norma jurídica positiva es la validez. Se dice que una norma jurídica es válida si está conforme con lo dispuesto con las normas jurídicas de grado superior.

Una norma jurídica positiva es válida si reúne dos requisitos: a) si ha sido elaborada por los órganos y por los procedimientos establecidos en las normas de grado superior, b) si su contenido no es incompatible con lo dispuesto por las normas jerárquicamente superiores.

El problema de la validez de las normas jurídicas positivas y el de la construcción jerárquica del ordenamiento serán profundizados en el capítulo siguiente.

b. La coercibilidad institucionalizada

Otra de las características de las normas jurídicas positivas es la coercibilidad. Como hemos visto, al establecer criterios para diferenciar las normas jurídicas de las normas morales, la coercibilidad de las normas jurídicas radica en el hecho de que el ordenamiento jurídico permite y prescribe el empleo de la fuerza como medio de conseguir la observancia de sus preceptos.

«Coercibilidad», también llamada por algunos autores «coactividad», se diferencia de «coacción» en que consiste en la posibilidad de recurrir a la violencia para lograr la imposición del deber jurídico, mientras que la coacciónes el uso de la fuerza para lograr un determinado comportamiento. Las normas jurídicas no son coactivas, ya que en la mayoría de los casos logramos su cumplimiento sin utilizar la fuerza.

En las sociedades modernas la coercibilidad está institucionalizada, es decir que el uso de la fuerza para lograr el cumplimiento de las normas se halla regulado a su vez, por normas jurídicas que establecen las ocasiones en que es posible utilizarla, cuál es el procedimiento para ello y los órganos facultados para su uso. La institucionalización de la coercibilidad da seguridad y eficacia al uso de la fuerza para el logro del cumplimiento de las normas jurídicas.

El Estado moderno, además goza del monopolio del uso de la fuerza para el logro del cumplimiento de las normas. Es decir que la utilización de la fuerza queda reservada a órganos especializados, como son el Poder

Judicial y la policía. El ordenamiento jurídico admite algunas excepciones a este monopolio del uso de la fuerza para el logro de la efectividad de las normas. Por ejemplo, los casos de legítima defensa, en el ámbito penal o civil, donde ante la violación eminente y arbitraria de un derecho se permite la utilización de la fuerza para defenderse, siempre que se reúnan ciertos requisitos, que veremos en el Capítulo 4.

c. La vigencia

Otra característica que se predica de las normas jurídicas positivas es la vigencia. El problema de la vigencia de las normas jurídicas se relaciona con el ámbito temporal de validez de las normas, y conforme a ello podemos distinguir: derecho vigente y no vigente.

Una norma jurídica positiva está vigente si es exigible actualmente, y es derecho no vigente si no es exigible actualmente. El derecho no vigente puede serlo de vigencia pasada y de vigencia futura. La norma no vigente, de vigencia pasada es aquella que habiendo estado vigente en el pasado, por algún motivo no es exigible actualmente. La norma no vigente, de vigencia futura es aquella que habiendo sido creada, aún no entró en vigencia, por no haber llegado el momento para el comienzo de su exigibilidad.

En nuestro país las normas jurídicas entran en vigencia en la fecha que ellas lo establecen o si no ocho días después de su publicación en el Boletín Oficial.

En relación con la duración de su vigencia, las normas jurídicas pueden ser: de vigencia determinada o de vigencia indeterminada. Una norma tiene vigencia determinada cuando su propio texto establece el período durante el cual va a ser exigible. Una norma es de vigencia indeterminada cuando de la letra de la norma no se desprende hasta cuándo es exigible. Las normas de vigencia indeterminada pierden su vigencia de dos modos: expreso o directo, cuando son derogadas en forma explícita por otra norma de la misma jerarquía o de jerarquía superior; y tácito o indirecto: cuando se dicta una norma de igual o superior jerarquía, cuyo contenido sea incompatible con el contenido de la norma anterior. En el capítulo siguiente, veremos los distintos tipos de incompatibilidades entre normas, y cómo el criterio temporal, que establece que la norma posterior deroga la norma anterior, constituye uno de los modos de solucionar esas antinomias. Por aplicación

de ese criterio es que se produce la pérdida de vigencia en forma tácita o indirecta de una norma, cuando se dicta una norma posterior incompatible con su contenido.

En relación con la finalización de la vigencia de una norma podemos distinguir las siguientes situaciones: a) la *derogación* propiamente dicha o derogación *stricto sensu* que consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley; b) la *abrogación* que estriba en dejar sin efecto totalmente una ley, se utiliza también la expresión derogación total para denominar esta situación; c) la *modificación* o reforma que consiste en dejar sin efecto parcialmente una ley y reemplazarla por otra; y d) la *subrogación* donde se reemplaza a una norma en forma completa por otra.

En general se utiliza la expresión «derogación» para designar en forma amplia al hecho de dejar sin efecto una ley o norma jurídica, englobando en dicha expresión las cuatro situaciones señaladas.

El órgano competente para derogar (en sentido amplio) una norma es el mismo que la dictó u otro órgano jerárquicamente superior, con facultades para hacerlo.

d. La efectividad y la eficacia

El derecho positivo es elaborado por la autoridad pública con la intención de que su cumplimiento sea exigible y que efectivamente se cumpla y de que, en último término, se logren los fines propuestos al establecerlo. Por eso, podemos decir que una norma jurídica positiva se realiza plenamente como tal: en primer lugar, cuando es vigente (es decir, cuando su cumplimiento es actualmente exigible), en segundo término, cuando es efectiva (es decir, cuando su cumplimiento es actualmente real) y por último, cuando es eficaz (es decir, cuando a través de su cumplimiento se obtienen en la sociedad los fines propuestos por el legislador al dictarla).

La vigencia es entonces, la vocación de toda norma jurídica positiva, desde que ella fue formulada para ser exigible en su cumplimiento. Pero, naturalmente, ya que el derecho positivo es diverso y variable, una norma jurídica positiva cuyo cumplimiento es exigible en un lugar o en su momento, puede no serlo en otro. Así, hay derecho positivo que aun siendo tal, desde que fue elaborado por los hombres, sin embargo no es exigible aquí y ahora; es local o actualmente incompleto, en cuan-

to derecho positivo, porque aunque lo es, no tiene vigencia. Frente al derecho positivo vigente existe, pues, un derecho positivo no-vigente, con vigencia en otro país u otra época, sea en el pasado o en el futuro; quizás, incluso, sin vigencia alguna, ni en el espacio ni en el tiempo, si a pesar de haber sido formulado nunca llegó a regir.

A su vez, la efectividad es la vocación de toda norma jurídica positiva vigente, desde que su cumplimiento se hizo exigible para que ella realmente se cumpla. Pero, naturalmente, ya que la normatividad jurídica (como toda normatividad) depende para su cumplimiento de la voluntad de los hombres, puede ocurrir que la norma vigente, a pesar de su vigencia, nunca llegue a cumplirse. Puede ocurrir, por ejemplo, que sea incapaz de lograr el cumplimiento voluntario de la mayoría de los obligados por ella; y por ese desprestigio mismo, a pesar de dicho cumplimiento, no ser éste realmente exigido por la autoridad pública. La eficacia es también la vocación de las normas jurídicas positivas vigentes efectivas, ya que si, a través de su cumplimiento el ordenamiento no logra los fines propuestos por el creador de la norma al establecerla, debe ser derogada, porque ha perdido su razón de ser.

C. Las distintas clases de normas jurídicas positivas

Una de las actividades realizadas por la dogmática jurídica o ciencia jurídica en sentido estricto es la sistematización de las normas que integran el ordenamiento jurídico de un país. La sistematización tiende a ordenar los materiales normativos para facilitar su conocimiento y aplicación a los casos concretos. La clasificación es una de las actividades sistematizadoras, ya que procede a distribuir a las normas jurídicas en clases o categorías.

Existen diversos criterios de clasificación de las normas jurídicas, muchos de ellos particulares de cada rama del derecho. A continuación revisaremos algunos que son generales y comunes a todas las ramas y que creemos de utilidad para proporcionarnos una idea de la diversidad funcional de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

a. Según el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico

Dentro de un mismo ordenamiento jurídico encontramos normas de la misma y de diversa jerarquía. Entre las normas de distinto rango jerárquico

existen relaciones de subordinación, cuya existencia hace posible la ordenación escalonada de dichas normas y, a su vez, constituye el fundamento para establecer su validez. Las normas jurídicas según este criterio, y de acuerdo con esa ordenación jerárquica, se clasifican en normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias son las que ocupan el lugar más alto en el ordenamiento, y cuya validez no deriva de ninguna otra norma. Las normas secundarias son aquellas cuya validez deriva de otras normas de grado superior. Conforme a este criterio, la Constitución Nacional es la norma primaria, y todas las demás normas (leyes, decretos, sentencias, etcétera) constituyen normas secundarias. El carácter de norma primaria (o superior) y de norma secundaria (o inferior), desde otra perspectiva puede predicarse de todas las normas del ordenamiento, salvo de la primera y de la última, en la escala jerárquica. Por ejemplo, una ley es norma secundaria en relación con la Constitución, y es norma primaria respecto de un decreto del Poder Ejecutivo, y un decreto puede ser una norma primaria respecto de una sentencia judicial o de un contrato.

b. Según el sujeto activo

Las normas jurídicas según el sujeto activo, es decir, según el tipo de órganos que las crean, se clasifican en *personales* y *colectivas*. Las normas son personales cuando han sido creadas por órganos unipersonales, y son colectivas las elaboradas por órganos colegiados, o cuando interviene una pluralidad de órganos en su creación. Las leyes, las ordenanzas, son normas colectivas. Las sentencias, los decretos, son normas personales.

c. Según el sujeto pasivo

El sujeto pasivo de una norma es el destinatario de la prescripción establecida en ella. Los destinatarios de una norma constituyen su ámbito personal de validez. Según este criterio, las normas se clasifican en *generales* y *particulares*. Una norma es general o genérica cuando sus destinatarios son una clase o categoría de personas. Una norma es particular o individual cuando su sujeto pasivo es uno o más individuos determinados. El grado de generalidad de una norma, en principio, guarda relación con su

grado de abstracción y con el lugar que ocupa en el ordenamiento. En general, las normas de mayor jerarquía dentro de la pirámide normativa son más generales que las normas que están en su base. La generalidad no es esencial como característica de las normas jurídicas, a pesar de constituir uno de los principios ideológicos del Estado liberal. El liberalismo sostiene la conveniencia de que las normas sean generales para promover la igualdad, y evitar los privilegios. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico de cualquier Estado encontramos normas generales y particulares, y estas últimas son más numerosas que las primeras.

d. Según su contenido

Las normas jurídicas según su contenido, es decir, según la naturaleza de la prescripción que establecen, se clasifican en normas típicas y concretas. Son típicas las normas que establecen un modelo de conducta, y concretas las que regulan una conducta determinada, que puede ser encuadrada dentro del modelo o tipo. Generalmente, las normas concretas constituyen la aplicación a una situación determinada de las normas típicas, y por ello una derivación y concreción de éstas, aunque no siempre es así.

e. Según la función que cumplen en el ordenamiento

Las normas, según la función que desempeñan en el ordenamiento jurídico de un país, se clasifican en *normas de comportamiento* y *normas de organización*. Las normas de comportamiento son las que prescriben una conducta de acción u omisión, mientras que las normas de organización (en sentido amplio) establecen las condiciones o medios para la aplicación de las primeras y para el logro de su efectividad y eficacia.

Dentro de estas normas de organización en sentido amplio, a su vez, podemos distinguir distintos tipos según la función que cumplen: a) definitorias: son las que establecen el significado de términos utilizados en la formulación de las normas de comportamiento; b) interpretativas: son las que aclaran el sentido y el alcance de las normas de comportamiento; c) de organización propiamente dicha: son las que constituyen los órganos encargados de la creación, aplicación y ejecución de las normas de com-

portamiento; d) *de competencia*: son las que establecen las atribuciones de esos órganos de creación, aplicación y ejecución de normas de comportamiento; e) *de procedimiento*: son las que regulan los pasos a seguir para la creación, aplicación y ejecución de las normas de comportamiento; f) *permisivas*: establecen una excepción a lo mandado o prohibido por una norma de comportamiento. Pueden ser positivas o negativas, según sean excepciones a una prohibición o a una obligación; g) *sancionatorias*: regulan la consecuencia correspondiente a la violación de una norma de comportamiento; las normas de comportamiento son llamadas también normas sustantivas o de fondo, y las normas de organización, normas adjetivas, procedimentales o de forma.

f. Según la autonomía de la voluntad de los destinatarios

Las normas jurídicas positivas, por su relación con la voluntad de sus destinatarios, se clasifican en normas *taxativas* o *dispositivas*. Las *normas taxativas*, también llamadas normas de orden público, son las que obligan con independencia de la voluntad de sus destinatarios, no siendo lícito para éstos derogarlas. Las *normas dispositivas*, denominadas también como normas supletorias o de orden privado, son subsidiarias de la voluntad de los sujetos obligados, y su validez depende de la inexistencia de una voluntad diversa de los particulares.

g. Según el ámbito material de validez

Este criterio de clasificación de las normas jurídicas, según el ámbito material de validez, es el que más arraigo tiene en la tradición histórica de la ciencia jurídica. Según este criterio, se las clasifica en normas *de derecho público* y normas *de derecho privado*. Se destacan entre los numerosos criterios históricos de distinción del derecho público y el derecho privado los siguientes: «por razón de la utilidad o del interés» (utilidad o interés social o particular), por razón de la naturaleza (según normas de organización o de comportamiento), por razón del sujeto (intervención de un órgano público o sólo la intervención de particulares), principio de regulación (principio de comunidad o de individualización), de la tutela (defensa de oficio o

de la iniciativa privada), de la patrimonialidad (según contengan derechos económicos o no económicos), de la coacción (según sean normas taxativas o dispositivas), según la posición de los sujetos de la relación jurídica (relación de supraordinación o de coordinación)». Ninguno de estos criterios es absolutamente satisfactorio para fundamentar la tradicional distinción entre normas de derecho público y normas de derecho privado; y de algún modo son complementarios ⁽³⁶⁾.

h. Según el ámbito espacial de validez

Este criterio de clasificación divide a las normas jurídicas en *nacionales* e *internacionales*. Las normas internacionales son las que se aplican en el territorio de más de un Estado. Dentro de las *normas internacionales* encontramos las llamadas normas comunitarias, que son las que se aplican en una comunidad de países, por ejemplo el derecho comunitario europeo, o las normas del Mercosur. Las *normas nacionales* son las que se aplican dentro del territorio de un país. A su vez, dentro de las normas nacionales podemos distinguir las normas federales o nacionales propiamente, las normas provinciales y las normas municipales, según que el ámbito de su aplicación sea el Estado federal, los Estados provinciales o el municipio.

i. Según su ámbito temporal de validez

Como hemos visto, denominamos vigencia al ámbito temporal de validez de una norma. Según su vigencia, podemos clasificar a las normas en *vigentes* y *no vigentes*. Las *normas vigentes* son las normas actualmente exigibles o aplicables, y las *normas no vigentes* son las que actualmente no son aplicables. Entre las *normas vigentes* podemos distinguir las de *vigencia determinada* y las de *vigencia indeterminada*. Las normas de vigencia determinada son aquellas que establecen expresamente hasta cuándo pueden ser aplicadas. Las normas de vigencia indeterminada son aquellas

(36) Soriano, R., op. cit., p. 71.

que no establecen su período de vigencia en forma expresa, y que son exigibles o aplicables mientras no sean derogadas, expresamente por otra norma, o tácitamente por el dictado de una norma cuyo contenido sea incompatible con el de la primera, en ambos casos, del mismo rango o de jerarquía superior. A las normas no vigentes se las clasifica en normas no vigentes de *vigencia pasada* y normas no vigentes de *vigencia futura*. Las normas de vigencia pasada son las que, habiendo estado vigentes en un determinado momento histórico, han sido derogadas expresa o tácitamente por normas de igual o mayor jerarquía. Las normas de vigencia futura son aquéllas en las que, habiendo sido promulgadas por el o los órganos con atribuciones para dictarlas, aún no ha comenzado el período de su obligatoriedad.

D. La estructuración lógica de las normas jurídicas

a. La norma jurídica como juicio

Las normas jurídicas positivas son imperativos, conductas decididas como debidas, por una autoridad normativa para regular la convivencia social. Estas decisiones del legislador son pensadas lógicamente a través de la forma de un juicio.

Un juicio es el pensamiento de una relación enunciativa entre conceptos ⁽³⁷⁾. En un juicio se enuncia, se dice que es la relación de conveniencia o no entre dos conceptos. Un juicio consta de tres partes: un sujeto, una cópula y un predicado. El sujeto es aquello de lo cual se afirma o niega algo, el predicado, es lo que se afirma o niega, y la cópula es el nexo o unión que expresa la relación de conveniencia o no. Por ejemplo: «el pizarrón es verde» es un juicio donde «el pizarrón» es el sujeto, «verde» el predicado y «es» la cópula. Este juicio pertenece al campo del ser, piensa o enuncia como algo es efectivamente, y por lo tanto es susceptible de ser calificado como verdadero o falso, según corresponda o no con lo que acontece en la realidad.

Los juicios según su relación pueden ser clasificados en categóricos, hipotéticos y disyuntivos. En los juicios categóricos la relación de conve-

nencia o no entre los conceptos no está sujeta a condición, ni alternativas. Se denominan hipotéticos los juicios donde la relación entre el sujeto o predicado está sujeta a una condición. Por ejemplo: si es primavera, el árbol es verde, o si llueve, iré al cine. En los juicios disyuntivos se afirma que alternativamente a un sujeto le convienen uno o más predicados. Por ejemplo: si llueve iré al cine o al teatro, o el libro es de Juan o de María.

Las normas jurídicas, en cuanto imperativos, en cuanto conductas debidas, son pensadas a través de juicios del deber ser.

Kelsen denomina «juicios imputativos» a los juicios a través de los cuales pensamos a las normas jurídicas positivas. En los juicios imputativos, que son para este autor juicios hipotéticos según su modalidad, se vinculan dos sucesos o hechos: un supuesto y una consecuencia. A un supuesto jurídico se le imputa o atribuye una consecuencia jurídica. El supuesto y la consecuencia están relacionados por la cópula «deber ser». Por ejemplo: «Si alguien mata, debe ser una pena de prisión de ocho a veinticinco años». «Si alguien mata» es el supuesto, «debe ser» la cópula, y «una pena de ocho a veinticinco años» constituye la consecuencia jurídica. Esta estructuración lógica de la norma jurídica responde a una concepción que pone el acento en la conducta ilícita como presupuesto de la sanción, dejando en segundo plano el pensamiento de la conducta lícita. El filósofo vienés denomina norma primaria a la que comprende la conducta ilícita y la sanción, y norma secundaria a la conducta lícita que es la que evita la sanción.

Cossio, filósofo del derecho argentino, critica por reduccionista a la estructura lógica propuesta por Kelsen, y sostiene que el derecho debe pensarse a través de juicios imputativos disyuntivos. Para este autor no existen dos normas, sino una con dos partes unidas en forma disyuntiva. Una, la endonorma, comprende la conducta lícita y la otra, la perinorma, la conducta ilícita más la sanción. La prohibición de matar se estructuraría de la siguiente manera: «Dada una situación de normalidad (que no haya agresión ilegítima), debe ser respeto de la vida ajena, o si no se respeta la vida ajena, es decir si se mata a otro, debe ser de ocho a veinticinco años de prisión». «Dada una situación de normalidad (que no haya agresión ilegítima), debe ser respeto de la vida ajena» constituye la endonorma, «o», la cópula disyuntiva, y «si no se respeta la vida ajena, es decir si se mata a otro, debe ser de ocho a veinticinco años de prisión», la perinorma, es decir la conducta ilícita más la sanción.

(37) Fatone, Vicente, *Lógica e introducción a la filosofía*, Kapelusz, Bs. As., p. 15 y ss..

b. El supuesto jurídico

La estructura lógica de las normas jurídicas pensadas como juicios imputativos tiene dos partes: el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica.

El supuesto jurídico es la hipótesis o condición que si se actualiza desencadena las consecuencias jurídicas previstas en la norma. Por ejemplo el art. 8° de la ley 24.192 establece que: «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que destruyere o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble, total o parcialmente ajena, con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo». El supuesto jurídico en este caso viene constituido por la destrucción o daño de una cosa mueble o inmueble, total o parcialmente ajena, con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo. Este hecho que constituye el supuesto es contingente, es decir que puede o no materializarse, puede o no suceder. Es más, podría el supuesto no materializarse jamás, lamentablemente no en el supuesto del ejemplo, y en nuestro país.

El supuesto jurídico es la representación normativa de un hecho jurídico, en cuanto hecho o acontecimiento humano o natural productor de consecuencias jurídicas. En el ejemplo, las consecuencias jurídicas son la prisión de seis meses a tres años.

Los supuestos jurídicos pueden adoptar distintas formas: un hecho jurídico, un acto jurídico o una situación jurídica. Los hechos jurídicos, conforme a la conceptualización propuesta por este autor, son los fenómenos naturales que producen consecuencias jurídicas, sin la intervención del hombre. En los actos jurídicos, libres u obligados, interviene el hombre con su conciencia y libertad, para ejercer un derecho o cumplir con un deber impuesto por una norma jurídica. Por último, otra forma de supuesto son las situaciones jurídicas que comportan un haz de derechos y obligaciones estables surgidas de los status o posiciones ocupados por las personas en la sociedad. Las situaciones jurídicas producen consecuencias con independencia de la concurrencia de actos humanos. Por ejemplo, el status jurídico de padre genera una serie de derechos y deberes, por el mero hecho de ocupar esa posición⁽³⁸⁾.

(38) Soriano, R., op. cit., p. 48 y ss..

En el derecho argentino, el Código Civil establece que los supuestos jurídicos pueden tener como contenido, hechos naturales y hechos humanos. Los hechos naturales o externos son aquellos que se realizan por causas ajenas al sujeto, no interviniendo para nada su voluntad, pero que sin embargo pueden producir consecuencias jurídicas⁽³⁹⁾. Son los que Soriano denomina hechos jurídicos: un nacimiento con vida, la muerte, la edad, la caída de granizo, etcétera. Por ejemplo, a partir del nacimiento con vida, se adquiere la calidad de heredero de un familiar fallecido. O la caída de granizo, que genera la obligación de indemnizar los daños ocasionados por este hecho natural, por parte de la compañía aseguradora. Los hechos humanos, producidos por el hombre, que son denominados, como «actos jurídicos», pueden ser: voluntarios e involuntarios. A los hechos humanos voluntarios, que son los ejecutados con discernimiento, intención y libertad, se los denomina «actos»⁽⁴⁰⁾ y pueden ser calificados como lícitos e ilícitos⁽⁴¹⁾. Los actos lícitos, pueden ser a su vez, actos jurídicos⁽⁴²⁾, cuando se dirigen en forma inmediata a la producción de consecuencias jurídicas, por ejemplo la celebración de un contrato de alquiler, la presentación de una demanda, la celebración de un matrimonio, y actos simplemente lícitos⁽⁴³⁾, cuando no tienen ese fin, pero la ley les atribuye algún efecto jurídico. Por ejemplo, si alguien va pescar o cazar, y lo hace por simple placer, sin proponerse aumentar su patrimonio, con la incorporación de nuevos bienes al mismo. Sin embargo, la ley le atribuye el dominio o propiedad de los peces o presas

(39) Art. 896 C.C.: «Los hechos de los que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones».

(40) Art. 897 C.C.: «Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad».

(41) Art. 898 C.C.: «Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos».

(42) Art. 944 C.C.: «Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos».

(43) Art. 899 C.C.: «Cuando los actos lícitos no tuvieren por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos, sólo producirán este efecto en los casos en que fueren expresamente declarados».

obtenidos si son conservados por el pescador o cazador. Otro ejemplo: el que hace reparaciones urgentes en la propiedad de un amigo ausente, no tiene como objetivo establecer una relación jurídica, sino prevenir un perjuicio. Sin embargo, la legislación establece que el beneficiado debe indemnizar al benefactor, dentro de la medida del beneficio obtenido, por los gastos hechos. Los hechos involuntarios, en general no producen consecuencias jurídicas, pero, cuando son ilícitos, sí. Un ejemplo lo constituyen los delitos culposos, en el derecho penal, que son aquellos que se configuran cuando un acto imprudente o negligente ha ocasionado un resultado delictivo imputable a título de culpa, y dicho resultado se halla en relación de causa efecto con la acción u omisión reprochable. Por ejemplo, un médico que en razón de su negligencia o impericia ocasiona la muerte de una persona ⁽⁴⁴⁾. En materia civil, en principio, los hechos involuntarios producen consecuencias jurídicas sólo cuando causan un daño a otro y si, con el daño, se enriqueció su autor.

c. La consecuencia jurídica

Se denomina consecuencia jurídica a los efectos derivados de la actualización del supuesto previsto en una norma jurídica. Es necesario distinguir entre la constitución de la consecuencia jurídica que se produce a partir de la realización del supuesto y su actualización, que es contingente.

Las consecuencias jurídicas son los derechos y obligaciones que nacen, se modifican y extinguen con la actualización del supuesto jurídico.

Las consecuencias jurídicas pueden ser de distintos tipos:

- a) En primer lugar, un tipo de consecuencia jurídica viene dada por la ejecución directa del deber establecido en forma libre o coactiva. Por ejemplo, si se ha firmado un contrato se debe cumplir con lo estipulado.
- b) Otro tipo de consecuencias jurídicas, las sanciones negativas o castigos, son las consecuencias desfavorables, los castigos que en general se prescriben para el incumplimiento de una prohibición o de una obli-

(44) Art. 84 C.C.: «Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo o profesión, causare a otro la muerte».

gación establecida en una norma del ordenamiento. Corresponden a una técnica de control social disuasoria, y buscan, en general, una doble prevención de las conductas ilícitas: particular y general. El castigo busca la prevención particular, que el sujeto que cometió la conducta ilícita, no vuelva a repetirla, pero también la prevención general, que el resto de los miembros de la sociedad, viendo la realización de la consecuencia desfavorable se abstenga de esa conducta ilícita. Dentro de las sanciones negativas encontramos la nulidad, que está constituida por la ineficacia de un acto jurídico, proveniente de la ausencia de una de las condiciones de fondo o de forma requeridas para su validez.

- c) Las sanciones positivas son las consecuencias favorables que se fijan para quien ha cumplido con la conducta lícita establecida por el ordenamiento jurídico. Constituyen los que se consideran premios y corresponden a una técnica de control social promocional. Por ejemplo, la exención de un gravamen, la concesión de un derecho, etcétera.
- d) Un último tipo de consecuencia jurídica es la indemnización por los daños ocasionados por la conducta ilícita. Tiene una finalidad reparatoria, ya que busca la obtención de una prestación económica equivalente al deber jurídico no cumplido, y es común en el ámbito del derecho civil.

E. La expresión lingüística de las normas jurídicas positivas

Las normas jurídicas son imperativos, conductas decididas como debidas, por imposición ajena que, como hemos visto, el legislador piensa a través de la estructura lógica de un juicio imputativo del deber ser que consta de dos partes: el supuesto y la consecuencia jurídica. Estos imperativos o preceptos, destinados a influir en la conducta de otros son expresados generalmente por la autoridad normativa o el legislador a través del lenguaje, por medio de proposiciones normativas ⁽⁴⁵⁾. Barraco Aguirre denomina lo emergente jurídico a la expresión lingüística de la voluntad de la autoridad normativa. Las normas jurídicas se exteriorizan generalmente a través de un texto legal. Este texto, que es lo que aparece o emerge de lo jurídico,

(45) Soriano, Ramón, op. cit., p. 40.

sin embargo es sólo lo superficial, lo exterior, porque lo jurídico consiste en conductas decididas como debidas ⁽⁴⁶⁾.

a. El lenguaje como forma de comunicación

Un lenguaje es un sistema de signos convencionales o símbolos ⁽⁴⁷⁾. Un signo es un fenómeno que nuestra mente relaciona con otro fenómeno. Por ejemplo, la fiebre es un signo de enfermedad. Cuando, como en este caso, la relación entre los fenómenos es natural y no intencional ya que en forma espontánea relacionamos la fiebre con la enfermedad, mediante un vínculo natural, de causalidad, por el cual decimos que la enfermedad es la causa de la fiebre, o que la alta temperatura corporal constituye un efecto o síntoma de alguna enfermedad, y nos encontramos ante un signo propiamente dicho o signo natural. En cambio, cuando la relación entre el signo y el fenómeno es arbitraria o convencional, nos hallamos, en este caso, con un signo artificial o símbolo. Los símbolos son arbitrarios, porque no existe en principio ninguna razón para relacionar el símbolo con el objeto significado, y son convencionales porque dicha relación se establece a partir de una convención tácita o expresa del grupo. Por ejemplo, la palabra «árbol» es un símbolo, porque la relación entre la palabra «árbol» y el árbol, como objeto que encontramos en la realidad, resulta de un acuerdo espontáneo y arbitrario entre los miembros de la sociedad hispanoparlante. Los lenguajes, en este caso el idioma castellano, constituyen sistemas de símbolos que sirven para la comunicación.

En el fenómeno de la comunicación intervienen los siguientes factores o elementos: el emisor, el receptor, el mensaje, el canal y el código o lenguaje. El emisor es el que emite el mensaje y el receptor, el que lo recibe. El mensaje es lo que se quiere comunicar; el canal, el medio o vía utilizada para transmitir el mensaje y el código o lenguaje, el sistema de símbolos utilizados. Por ejemplo, en una comunicación a través de un libro como este, el emisor es el autor del libro, el receptor, los lectores, el mensaje es el texto del libro, el canal o vía, es el papel, y el código, la lengua castellana.

(46) Barraco Aguirre, Rodolfo, *Lecciones de Introducción al derecho. II. Derecho y Conducta*, Foja Cero Editora, Cba., 1986, p. 48.

(47) Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, *Introducción al conocimiento científico*, 6ª ed., Eudeba, Bs. As., 1988, p. 19; Gómez, Astrid y Bruera, Olga María, *Análisis del lenguaje jurídico*, 2ª ed., Editorial de Belgrano, Bs. As., 1984, p. 17.

b. Las clases de lenguaje

Todo los lenguajes son artificiales en cuanto están formados por símbolos, y no por signos naturales. Sin embargo, se distinguen dos clases de lenguajes según el grado de artificialidad: los lenguajes naturales y los lenguajes artificiales. Se denomina lenguaje natural o vulgar al que usan los seres humanos en su comunicación cotidiana. El lenguaje natural se forma espontáneamente mediante los usos lingüísticos del grupo o sociedad. Los lenguajes artificiales, que son creados intencionalmente para la comunicación de ciertos contenidos, se agrupan a su vez, en lenguajes técnicos y lenguajes formales. Los lenguajes técnicos surgen a través de la atribución de un significado restringido a determinadas palabras o vocablos, mediante definiciones precisas. Los lenguajes técnicos son característicos en los ámbitos científicos y profesionales. En los lenguajes formales se eliminan las palabras del lenguaje natural, utilizándose solamente símbolos arbitrarios, con el fin de centrar la atención en las relaciones entre esos símbolos. Ejemplos de lenguajes formales son las matemáticas, la lógica, etcétera ⁽⁴⁸⁾.

c. Las normas jurídicas y las clases de lenguaje

En la mayor parte de las normas jurídicas se recurre al lenguaje con la finalidad de promulgarlas. Sin embargo, existe la posibilidad de la existencia de normas jurídicas sin que se haya realizado ningún acto lingüístico. Por ejemplo, en las llamadas normas jurídicas consuetudinarias, o costumbre jurídica, que surgen de la repetición en forma más o menos general, uniforme o constante de ciertas conductas con la conciencia de su obligatoriedad jurídica.

Cualquier norma puede ser expresada a través de símbolos lingüísticos, y esto presupone una actividad posterior que es la interpretación que consiste en la atribución por parte del receptor de un significado al texto nor-

(48) Guibourg, R. y otros, op. cit., p. 20.

mativo. La interpretación constituye una de las actividades fundamentales de la ciencia jurídica y de los operadores jurídicos en general, la que analizaremos en detalle en el Capítulo 5.

Las normas jurídicas deben ser expresadas dentro de lo posible en un lenguaje natural, vulgar o coloquial, es decir a través de expresiones comunes, conocidas por todos. En forma excepcional se pueden utilizar términos especializados del lenguaje técnico jurídico en busca de una mayor precisión de la expresión de las conductas decididas como debidas. En general, al supuesto de la norma jurídica conviene expresarlo a través del lenguaje natural; las consecuencias jurídicas pueden y suelen ser comunicadas a través de un lenguaje técnico.

d. Los usos o funciones del lenguaje y el derecho

A través del lenguaje el emisor trata siempre de influir, de producir algún efecto en el receptor, y es por ello que es necesario analizar una variedad de cosas que se hacen con las palabras, o las funciones que cumple el lenguaje al ser utilizado⁽⁴⁹⁾. Las principales funciones del lenguaje son: la descriptiva, la expresiva y la directiva⁽⁵⁰⁾. La función descriptiva o informativa se da cuando utilizamos el lenguaje para llevar a la mente del receptor una determinada idea o proposición, que describe un estado de cosas, provocando un cambio en las informaciones o datos que posee. Respecto a las expresiones descriptivas o informativas se puede predicar verdad o falsedad. Una proposición descriptiva será verdadera cuando lo que se dice corresponda con la realidad, y falsa en el caso contrario. Las proposiciones descriptivas buscan del receptor una respuesta intelectual teórica de asentimiento o no. Otro uso que realizamos del lenguaje es el directivo o prescriptivo, cuando buscamos provocar en los demás una modificación de sus comportamientos, a través de mandatos, pedidos, ruegos, recomenda-

(49) Gómez, Astrid, op. cit., p. 55.

(50) Soriano, Ramón, op. cit., p. 38 y ss.; Guibourg, R., y otros, op. cit., p. 65 y ss.; Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Bs. As., 1984, p. 64; Gómez A. y otra, op. cit., p. 55.

ciones, indicaciones, reclamaciones, órdenes, sugerencias, etcétera. Cuando se utiliza el lenguaje en forma prescriptiva no tiene sentido predicar la verdad o falsedad de lo dicho. Por ejemplo, le digo a un compañero « ¡Cierra la puerta! », no posee sentido sostener que esta expresión es verdadera o falsa, podré formular otros tipos de juicios, por ejemplo, sobre conveniencia o no de cerrar la puerta, sobre su racionalidad, pero no respecto a su verdad o falsedad. A través de las proposiciones normativas o directivas se busca en el receptor una respuesta práctica, una acción determinada. La función expresiva, emotiva o valorativa del lenguaje se da cuando lo utilizamos para transmitir, manifestar o provocar sentimientos o emociones, o emitir juicios de valor. Aquí no se busca mover al otro a la acción, sino conmoverlo. El lenguaje poético es un ejemplo claro de este uso del lenguaje. Y por último el lenguaje cumple una función operativa cuando lo utilizamos para realizar un cambio en la realidad, distinto de la incorporación de información, la modificación de las conductas de los demás o la expresión o generación de sentimientos o emociones. El uso operativo del lenguaje se da, por ejemplo, cuando decimos buenas noches, donde el cambio provocado es el saludo, si decimos «buenas noches», la o las personas quedan saludadas. Estas distintas funciones o usos del lenguaje raramente se nos muestran en forma pura, lo habitual es el llamado uso mixto del lenguaje, que combina una o más de esas funciones.

También en el mundo jurídico el lenguaje es utilizado con distintas funciones: por caso, un abogado puede informar sobre sus derechos y obligaciones a su cliente, o el defensor puede intentar conmover o provocar emociones en el juez, o describir o informar al juez y a la otra parte, sobre los hechos en que se basa su demanda. Sin embargo, el uso más importante que se realiza del lenguaje en el derecho es el prescriptivo o normativo, que es el que hacen el legislador cuando promulga una ley, o el juez cuando dicta la sentencia o los particulares cuando redactan un contrato o un testamento.

Las normas jurídicas positivas se expresan a través de una proposición normativa, sin que esto signifique que siempre se utilice la forma gramatical imperativa para promulgarlas. La tendencia actual, por el contrario, es al uso del tiempo futuro del modo indicativo en la textualización de las leyes. Por ejemplo «Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño...» (art. 89 del Código Penal).

e. *La textualización de las normas jurídicas*

La textualización de la norma jurídica presenta una serie de ventajas respecto al derecho consuetudinario, no escrito: favorece la certeza jurídica, aumenta las posibilidades de divulgación y de conocimiento, da una mayor estabilidad jurídica y supone una racionalización mayor de las conductas decididas como debidas, ya que exige una ordenación y selección previa de los materiales normativos ⁽⁵¹⁾.

En la actualidad, las normas jurídicas generalmente se exteriorizan a través de un texto normativo escrito. Decimos generalmente, y no siempre, por la persistencia de normas consuetudinarias que se manifiestan a través de los usos y costumbres de los miembros del grupo o sociedad. Esta sería una de las razones que nos llevan a afirmar que la norma jurídica, en cuanto imperativo o conducta decidida como debida, no se identifica con el texto legal. Otra razón para distinguir entre norma jurídica y texto legal es la posibilidad de errores u omisiones en la promulgación y publicación de las normas jurídicas. Un ejemplo claro de esta situación lo constituye el artículo de la Constitución Nacional, aprobado el primero de agosto de 1994, por la Convención Constituyente reunida en Santa Fe, y luego omitido en su textualización, que establece que los proyectos de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta de los miembros de las Cámaras.

La codificación constituye el punto culminante del proceso de textualización del derecho. Un código es una recopilación sistemática de normas sobre una determinada materia o institución. La Constitución Nacional establece como atribución del Congreso de la Nación el dictado de los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social (art. 75, inc. 12).

f. *El lenguaje legal y el lenguaje de los juristas*

Las normas jurídicas son imperativos, prescripciones de los órganos de poder, que luego son estudiadas, interpretadas y sistematizadas por los

(51) Soriano, R., op. cit., p. 43.

científicos del derecho, es decir los juristas, que a partir de esa actividad producen la llamada «doctrina», constituida por un conjunto sistematizado de reglas de derecho o proposiciones normativas sobre esos materiales.

Se distingue entre la norma jurídica y la llamada regla de derecho o proposición normativa. Desde el punto de vista de su origen o fuente, las normas jurídicas surgen de la voluntad de los órganos del Estado, mientras que la regla de derecho es el producto de la actividad de los juristas o científicos del derecho, constituyendo la llamada doctrina. La función de las normas jurídicas es la creación del derecho, para regular y ordenar las conductas de las personas, conforme a ciertos valores vigentes en un determinado grupo o sociedad. La función de las proposiciones jurídica o reglas de derecho es la descripción de las normas jurídicas ya elaboradas. De las normas jurídicas podemos predicar si son válidas o no, es decir si formal o materialmente están de acuerdo con las normas de gradas superiores, pero no podemos formular un juicio de verdad. De las reglas de derecho, en cambio sí se puede afirmar su verdad o falsedad, en relación con el hecho de describir o no en forma correcta los contenidos del ordenamiento jurídico. Por último, desde un punto de vista cronológico, y en razón del momento de su constitución, las normas jurídicas preceden siempre a las reglas de derecho ⁽⁵²⁾.

En el mismo sentido, Wroblewski distingue dos tipos de lenguajes jurídicos: el lenguaje legal y el lenguaje de los juristas ⁽⁵³⁾. El lenguaje legal es aquel en el que vienen formuladas o promulgadas las leyes y las demás normas jurídicas positivas, mientras que el lenguaje de los juristas incluye el empleado por los jueces, abogados, juristas y demás operadores jurídicos, cuando hablan o se refieren a lo que dicen las normas jurídicas. Este último es un metalenguaje del primero. Estos dos tipos de lenguaje no siempre coinciden, aunque sí se dan mutuas influencias. Los legisladores se basan en la ciencia de los juristas al elaborar las normas, y los juristas participan asesorando en el proceso de elaboración de las leyes.

(52) Soriano, R., op. cit., p. 40.

(53) Citado por Iturralde Sesma, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 30.

g. *Los problemas del lenguaje jurídico*

Como hemos visto, las normas jurídicas al ser textualizadas, deben ser interpretadas para luego ser aplicadas. El lenguaje, que constituye el medio a través del cual se expresan las normas jurídicas, adolece de una serie de problemas que ocasionan dudas interpretativas acerca del significado de los textos legales, lo que implica una indeterminación o falta de certeza con respecto a las soluciones normativas que el orden jurídico ha establecido para ciertos casos.

La ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta constituyen algunos de los problemas lingüísticos que surgen a la hora de interpretar el derecho.

La *ambigüedad* de una palabra consiste en que ésta tenga varios significados, por ejemplo: cabo, radio. Este problema es aún mayor en los casos de palabras que tienen varios significados, todos ellos relacionados estrechamente entre sí, por ejemplo: «derecho» (derecho subjetivo o facultad jurídica, derecho objetivo o normatividad jurídica y estudio del derecho o ciencia jurídica) ⁽⁵⁴⁾.

La *vaguedad* de una palabra se da cuando no es posible enunciar, teniendo en cuenta el uso ordinario, características que deben estar presentes en todos los casos en que la palabra se usa, por ejemplo: alto, pesado, lejos, rico, arbitrario, etcétera. Estas palabras hacen referencia a una característica que se da en la realidad en grados diferentes, sin que el significado del término incluya un límite cuantitativo para su aplicación. La realidad denotada por el término puede clasificarse así en tres zonas: una de claridad, constituida por hechos denotados con certeza por el término; otra de oscuridad, por hechos respecto de los cuales se sabe con seguridad que la palabra no se aplica, y la última de penumbra, constituida por casos de los cuales dudamos si aplicar o no el término ⁽⁵⁵⁾.

La *textura abierta* o vaguedad potencial constituye un vicio potencial que afecta a todos los términos de los lenguajes vulgares o naturales ⁽⁵⁶⁾.

Consiste en la posibilidad de que surjan dudas acerca de la aplicabilidad de una palabra que en la actualidad tiene un significado preciso, en circunstancias futuras insólitas o imprevistas. Por las características propias de este defecto, todas las normas jurídicas lo padecen en forma latente. Por ejemplo, hasta ahora era claro que la concepción se daba cuando el óvulo era fecundado por el espermatozoide, en el seno materno. Hoy, a partir de los avances de la ciencia, dudamos si atribuirle el término «concepción» y «concebido», al óvulo fecundado que se encuentra en la probeta, producto de lo que se conoce con el nombre de fecundación *in vitro*.

(54) Nino, C., op. cit., p. 260. Guibourg, R., y otro, op. cit., p. 49.

(55) Nino, C., op. cit., p. 264; Guibourg, R. y otro, op. cit., p. 47.

(56) Nino, C., op. cit., p. 266; Gómez, A., op. cit., p. 75.

4. Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

5. Noción de orden público.

Se trata de un tema que ha dado lugar a numerosas des-inteligencias, tanto en el campo de la ciencia del derecho como de la iusfilosofía. Constituye un límite al principio de la irretroactividad de la ley, a la extraterritorialidad de la misma y a la autonomía de la voluntad. Para Salvat resulta un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales, religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la misma; por ejemplo: la separación de los poderes, la libertad individual, la seguridad, la propiedad, etc.⁸ El artículo 21 del Código Civil establece:

Art. 21. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

Constituye un límite al principio de la autonomía de la voluntad. Podría considerarse el orden público desde el punto de vista axiológico un valor o una noción de bien común que definimos en el tema referente a la justicia y valores como "el conjunto de condiciones sociales, políticas, económicas, de acuerdo con un fin ético, gracias a las cuales la persona humana puede alcanzar su destino, entregándose a la sociedad y devolviendo a ella más de lo que le ha dado en forma de sabiduría, virtud y belleza".

Las leyes imperativas no deben confundirse con las de orden público. Lo imperativo no puede ser la base del orden ni confundirse con él. El acto de imperio que no consulta la naturaleza esencial de lo ordenado ni respeta su integridad y su destino, lejos de contribuir a la realización del orden, conspira contra su establecimiento. La imperatividad que sólo resulta del mandato del legislador, sin que se tenga en cuenta la naturaleza y destino de la materia que debe regir la norma, entra en conflicto con la noción de orden público, la agravia y prostituye.⁹

⁸ Salvat, op. cit., pág. 129. Puede verse Cardini, *El orden público*, Bs. As., 1959, y el comentario de Federico A. Torres Lacroze en "Revista Jurídica", 1960, I, II, Bs. As., pág. 260. Marco A. Risolia, "Orden público y derecho privado positivo", en *Estudios Jurídicos de homenaje a Enrique Martínez Paz*. Ed. Perrot, Bs. As., 1957, pág. 106.

⁹ Marco Aurelio Risolia, op. cit., pág. 132.

CAPITULO XI

1. Derecho natural y positivo. Relaciones y diferencias. Juricidad del derecho natural. — 2. Derechos público y privado. Teorías materiales y formales que los distinguen. — 3. Ramas del derecho positivo.

1. Derecho natural y positivo. Relaciones y diferencias. Juricidad del derecho natural.

Habíamos definido el derecho como un ordenamiento social. De esa manera ciertas cosas son debidas a otro por naturaleza; otras, por consenso entre los hombres u orden del gobernante. Lo primero sería derecho natural; lo segundo, derecho positivo. Así, no matar, no robar, educar y alimentar a los hijos, sería derecho natural. En cambio, imponer tales o cuales penas por determinados delitos, que se pueda adquirir la propiedad en ciertos plazos, sería derecho positivo.

El derecho natural, la idea de lo justo, se encuentra en la conciencia de todo hombre; desde el más ignorante hasta el más sabio, todos conocen, en forma vivencial, su deber. Radbruch señala que la libertad para el cumplimiento de deberes morales es la esencia y el alma de los derechos del hombre. Ahora bien, los derechos naturales en modo alguno se limitan a los derechos individuales, sino que comprenden derechos comunitarios de sociedades intermedias entre la persona y el Estado como la familia o las minorías raciales, donde debe existir el bien común.¹

Para referirse a la juricidad del derecho natural, Gruner analiza varios textos de la *Suma*: el II, II, 57, 2, donde el Angélico se refiere al derecho natural y al positivo como dos bloques bien enumerados, dos soberanos puestos uno frente al otro, como dos enemigos. Si pasamos al artículo siguiente, II, II, 57, 3, las ideas comienzan a confundirse, recuerda Santo Tomás que lo justo es lo adecuado o comensurado a otro, observa que "en algunos casos esa adecuación es evidente por sí mis-

¹ J. Messner, *Sociología moderna y derecho natural*, Barcelona, 1964, página 21.

ma, es objetiva, no admite incertidumbre sobre su existencia, está patente en las cosas y definida por ellas mismas; junto a esta primera zona aparece otra, donde la adecuación no es tan visible, hay que indagarla por un examen más amplio, no se ve la justicia directamente en la cosa, se sigue de ella, la regla de justicia no se presenta como una imposición inmediata, clara, abarcante, sino como una conclusión, es fruto de un razonamiento. Lo justo natural, no es, pues, un bloque perfectamente homogéneo, admite diversos grados".

En otro capítulo de la *Suma*, el Santo habla de la ley humana en sus relaciones con la ley natural en I, II, 95, 2. La primera región estaría dada por lo justo natural puro, intuitivo, la segunda discursiva, por conclusión y la tercera por determinación, mediante la ley positiva. Podríamos representarlos por una esfera con un núcleo central, donde un ejemplo podría ser la unión de sexos, revelándose *primo intuitu*, descartando toda homosexualidad. Luego de ese núcleo, habría otra zona nuclear, en la cual las modalidades de la vida sexual estarían disciplinadas por una institución jurídica: el "matrimonio", con reglas o normas elaboradas racionalmente. Avanzando más a la superficie, en esa esfera, encontramos una tercera zona, casi puramente jurídica, por ejemplo que el matrimonio debe ser contraído en presencia de testigos o que los vehículos circulen por la derecha o izquierda. Para darnos una idea de cómo el derecho natural o justo natural, como lo llama Graneris, tiene juridicidad, imaginemos, nos dice, dos hombres no ligados por ninguna relación de derecho positivo en una selva tropical o en el polo. Cada uno de ellos está protegido por la naturaleza con el derecho a la vida y con el consiguiente recíproco deber de respeto mutuo; derecho y deber tan unidos y enérgicos que si uno de ellos agrede al otro, éste puede defenderse reaccionando con la violencia. Encontramos una verdadera juridicidad a esta situación, los derechos son "externos", con "alteridad", "imperiosos" y "coercibles", pues cada uno puede defenderse quitando la propia vida al adversario. A medida que avanzamos en la esfera del núcleo a la superficie la naturalidad va decreciendo. La naturaleza trabaja desde dentro, partiendo del centro a la superficie, el legislador con su arbitrio avanza de la superficie al centro. Es lo que ya la escuela de Lovaina destacaba. La innovación de Graneris es que gráficamente, mediante un rectángulo, demuestra cómo el derecho natural decrece en las respectivas esferas premencionadas y de qué manera existe la juridicidad del derecho natural, negado por el positivismo jurídico, como algo anticientífico. Concuera con esta manera de pensar Messner, quien en su *Ética Social, Política y Económica, a la luz del derecho natural*, nos describe en forma "ontológica existencial" y "empírica histórica" la existencia de ciertas normas como el

respeto mutuo, la ayuda recíproca, la educación y alimentación de los hijos, existente en los pueblos primitivos y que ningún estudioso de la etnología ha dejado de admitir.²

El derecho positivo puede ser por sí o por accidente; el primero es aquel cuyo contenido es indiferente al derecho natural; el segundo tiene su fundamento en el derecho natural. Ejemplo del primero lo tenemos en las reglas de tránsito o en que al robo se lo pene con equis años. Ejemplo del segundo sería que se considere injusto el robo, el homicidio, etc.³

Generalmente se identifica el derecho positivo con el vigente; García Maynez dice que "el orden jurídico vigente es el conjunto de normas imperativo atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política considera obligatorias. La vigencia es un atributo formal de ciertas normas, resultante del cumplimiento de requisitos establecidos por otras normas del mismo sistema jurídico. En cambio, la positividad es un simple hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto jurídico, vigente o no vigente".⁴

Al derecho positivo se lo divide también en histórico, es decir que ha estado en vigor, y vigente, que rige en la actualidad en un país determinado.

2. Derechos público y privado. Teorías materiales y formales que los distinguen.

Las teorías materiales se refieren a la esencia o contenido de ambos derechos. Ya en el derecho romano Ulpiano distinguía el público del privado, según la relación jurídica fuera entre los ciudadanos y poderes públicos o entre los ciudadanos particulares; el primero interesaba al Estado romano, el segundo a los ciudadanos solamente *quod ad singulorum utilitatem pertinent*. Cuando había un interés público, *quod ad statum rei romanae spectat*.⁵

Pero como bien lo señala Bunge, no es posible separar el interés público del privado. La familia, la propiedad, si bien son instituciones de derecho privado, también está interesado en ellas el orden público. Las leyes sobre higiene y salud pública regulan muchas veces intereses particulares y son de evidente interés público.⁶ La distinción no era clara ni sustancial. Por ello Dernburg dice que pertenecen al derecho público las

² G. Graneris, op. cit.

³ F. A. Torres Lacroze, *El bien común en la doctrina tomista...* Santa Fe, 1953, pág. 10 y sigs. "Comentario" a *Derecho y vida humana*, de J. Ruiz Giménez, en "La Ley", t. 57, pág. 928. "La Ley" del 19/3/73.

⁴ Citado por Zorraquín Becú y Mouchet, op. cit., pág. 265.

⁵ *Digesto*, I, 1-2. *Instituta* LL, 1-4.

⁶ Bunge, op. cit., pág. 411.

normas que consideran principalmente el interés general, o sea el del Estado; y al derecho privado, aquellas que conciernen principalmente al interés de los particulares.⁷

La insuficiencia de la definición romana llevó a Savigny y Stahl a plantear en otra forma la cuestión, no teniendo en cuenta el interés sino su fin. En el derecho público el Estado es el fin y el individuo sólo ocupa un lugar secundario. En el derecho privado el individuo es el fin y el Estado el medio. Sin embargo, el Estado es fin en muchas relaciones jurídicas que no son públicas, por ejemplo cuando compra a un particular una propiedad.

Ahrens distingue el objeto inmediato y el objeto final de todo derecho. Si el objeto inmediato es la persona, la relación es de derecho privado; si en cambio es el Estado el objeto inmediato, la relación es de derecho público.

Ihering también se halla en esta posición; al estudiar la noción jurídicofilosófica de la propiedad, tiene en cuenta el sujeto fin o destinatario. La propiedad puede dividirse en:

1º Individual, cuyo sujeto fin es el individuo o persona física;

2º La propiedad del Estado, cuyo sujeto fin es el Estado o bien, eventualmente, la Iglesia o una corporación;

3º La propiedad colectiva cuyo sujeto fin es la sociedad propiamente dicha.

Así, el derecho puede dividirse en tres categorías:

1º El derecho privado, cuyo fin es la protección de la propiedad del individuo;

2º El derecho público, cuyo fin es la protección a la propiedad del Estado, Iglesia o corporación;

3º El derecho colectivo, cuyo fin es la protección de la propiedad de la sociedad.

La crítica que se ha hecho a esta teoría es que no puede reducirse todos los derechos al de propiedad y que la noción de derecho colectivo es *vaga e imprecisa*.⁸

Las teorías formales tienen en cuenta, en cambio, el modo de regulación de una relación jurídica.

Thon considera las consecuencias que acarrea la violación de una norma jurídica. Si los particulares pueden pedir la reparación de esa violación, la norma es de derecho privado. Si el Estado puede proceder por sí pidiendo la sanción, la norma es de derecho público. Pero dentro de la justicia administrativa, el derecho es reconocido a pedido de los particulares y

⁷ Del Vecchio, op. cit., pág. 347.

⁸ Bunge, op. cit., pág. 412. Korkounov, *Théorie générale du droit*, 2ª ed., París, 1914, pág. 259.

se trata de derecho público. El Estado puede perseguir al estafador, pero el particular puede reclamar una indemnización por el daño sufrido. La teoría de Thon también resulta incompleta.

Korkounov, inspirado en Zitovich, expuso una teoría aceptada por Bunge entre nosotros: la de las normas distributivas y adaptativas, que recuerda en cierto modo la división de Aristóteles sobre la justicia. El derecho, para Korkounov es la facultad de servirse de alguna cosa. Esta facultad puede ser garantizada al individuo en una doble forma. La más simple es la de partir un objeto en varias partes, de modo que cada una de éstas sea distribuida a título de propiedad. Así, se establece la diferencia entre lo mío y lo tuyo. Toda la concepción de la propiedad privada se funda en esta repartición. El mismo principio de repartición sirve de base a la institución de la familia, que excluye la intervención de personas extrañas, pues el derecho le asigna una esfera propia de acción. Esta primera forma de servirse de alguna cosa produce socialmente la distribución de los derechos entre los miembros de la comunidad; constituye, pues, lo que podría llamarse derecho distributivo y corresponde al derecho privado.

La forma del derecho distributivo, la más simple de todas, no es la única ni la más antigua, ni la más perfecta para asegurar el uso de un objeto. Al lado de esta forma, que todo lo somete a la distinción entre lo tuyo y lo mío, existe otra: la de la adaptación del objeto a la realización común de ciertos intereses. Hay ciertos objetos imposibles de partir; por ejemplo, un río navegable, un camino público, si se dividieran perderían su carácter de utilidad pública. Otros sujetos, aunque divisibles, requieren cierto cambio para adaptarlos a la realización de los intereses en juego. Respecto de las monedas, no basta una repartición del oro y la plata entre los individuos: es menester aplicarles un procedimiento de adaptación que les preserve de falsificaciones. Esta segunda forma del derecho adapta los objetos al uso de todos los miembros de la comunidad. Representa, pues, lo que se puede llamar el derecho adaptativo, y corresponde al concepto general del derecho público. Si el Estado compra caballos como un particular, para el ejército, realiza actos de derecho distributivo, pero al emplearlos para sus instituciones armadas realiza actos de derecho adaptativo.

La expropiación también puede llevarse a cabo por un simple contrato de compraventa entre un particular y el Estado realizándose como acto de derecho distributivo, pero al aplicarse el terreno a un fin de utilidad general, sería un acto adaptativo de derecho público. Esta distinción aparece clara en derecho administrativo o civil, no así en materia penal don-

de las penas son actos de derecho distributivo y embargo el derecho penal es público.⁹

Jellinek, Radbruch, García Maynez, tienen en cuenta la naturaleza de la relación jurídica entre el Estado y los particulares, según que esa relación sea de subordinación o de coordinación. Las normas son de derecho privado cuando establecen relaciones de coordinación en un plano de igualdad entre dos o más sujetos o entre éstos y el Estado; el caso típico es el contrato. En cambio, son de derecho público las relaciones de supraordinación y de subordinación, es decir que el Estado o el ente colectivo con potestad pública interviene en su carácter de tal, ejerciendo un poder o soberanía.¹⁰

Para Kelsen, la diferencia entre derecho público y privado no es esencial; resulta imprecisa y contradictoria. Solamente podría distinguirse el derecho público del privado tomando en cuenta la formación de la norma individual, es decir la sentencia, el negocio jurídico o la resolución administrativa. Si tomamos un contrato, la norma se forma mediante la manifestación de voluntad del obligado o deudor, no así en la sentencia o resolución administrativa, que son actos imperativos del Estado. Pero si el deber jurídico de una persona que implica una facultad en la otra es establecida con la participación del obligado y pretensor, la norma será de derecho privado. En cambio, si el deber jurídico se forma solamente con la declaración de voluntad unilateral del pretensor o facultado, la relación será de derecho público. Se trata, en consecuencia, del método de creación de las normas individualizadas.¹¹

Otros autores como Adolfo Posada y Giner de los Ríos, niegan la posibilidad de diferenciar el derecho público del privado, admitiendo que sólo existe un *derecho único*. La distinción no obedece a exigencias universales y permanentes ni constituye un criterio adaptable a todas las circunstancias. En efecto, el Estado actúa a veces como persona de derecho privado, otras lo hace como de derecho público. En Inglaterra, tal distinción tampoco se hace y no se ha producido ningún perjuicio. Tampoco sirve de base para clasificar las instituciones. La propiedad puede ser del Estado como persona de derecho público; se aplica el mandato a la representación política de la soberanía popular. El mismo contrato reviste a veces caracteres de derecho público, como por ejemplo los tratados de derecho internacional público.

Duguit también combatió la separación entre derecho público y privado. Para él solamente hay gobernados y gober-

nantes sometidos a las normas de solidaridad social, y el único método y espíritu que debe aplicarse al derecho es la justicia. Pero advierte que se ha extendido tanto el concepto de derecho público y privado en forma tradicional que resulta necesario para ordenar el estudio de la sociedad, aunque resulta "peligrosa por cuanto da una base jurídica a la omnipotencia del Estado".¹²

Renard y Hauriou, sostenedores de la teoría de la institución, tienden a borrar también la diferenciación entre derecho público y privado. Las instituciones, como medios de creación jurídica autónoma, no sólo aparecen en el derecho público sino también en el privado, puesto que los hechos institucionalizan al derecho.¹³

Si bien es cierto que en muchas instituciones es difícil separar el derecho público del privado, puesto que el derecho es uno, existe una corriente tradicional muy fuerte en distinguirlos con fines metodológicos y didácticos. Creemos que tal división es útil, pero sin embargo en la ciencia del derecho y aun en la iusfilosofía es insustancial tal distinción. Las estructuras sociales, políticas y económicas hacen variar al derecho; muchas instituciones que se consideraban privadas, como la propiedad, el contrato de trabajo, realizan hoy una función social y a veces de carácter público.

3. Ramas del derecho positivo.

Como hemos dicho, tradicionalmente se divide al derecho positivo en ramas (civil, comercial, penal, constitucional, etc.). Por lo menos, tal hecho acontece en los países continentales de tradición romanista. No sucede lo mismo en el derecho anglosajón, donde sólo existen el *statute law* (derecho legislado) y el *common law* (derecho no legislado), sin importar para nada la división en civil, comercial, etc. En cuanto a la evolución histórica sería largo detallarla, pero es lógico afirmar que con el transcurso del tiempo y la complejidad de las relaciones humanas, las ramas del derecho han ido creciendo día a día. Hoy se habla de un derecho aeronáutico, interplanetario, espacial, cosa que en otras épocas hubiera causado asombro.

¹² A. Posada, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1897, t. 1, pág. 73. Citado por Bunge, *El derecho*, pág. 415. Duguit, *Traité constitutionnel*, París, 1921, t. I, pág. 525. Citado por Aftalión, García Olano, Vilanova, op. cit., 7ª ed., pág. 504, nota 15.

¹³ R. Zorraquín Becú y C. Mouchet, op. cit., pág. 275 y N° 34.

⁹ Bunge, op. cit., págs. 427-432. Korkounov, op. cit., págs. 273, 274 y 280. Aftalión y García Olano, ed. 1939, pág. 303.

¹⁰ R. Zorraquín Becú y Mouchet, op. cit., pág. 271.

¹¹ H. Kelsen, *Teoría general del Estado*, Barcelona, 1934, págs. 105 a 120. Citado por Aftalión, García Olano, ed. 1939, pág. 309.

Las distintas ramas podrían resumirse en el siguiente cuadro:

Derecho positivo	público	interno	constitucional
			administrativo
	externo	financiero	
		penal procesal	
privado	interno	civil	
		comercial	
	externo	de minería (mixto entre público y privado)	
		rural (mixto entre público y privado)	
externo	del trabajo (discutible)		
	canónico		
			derecho internacional privado

Sorprenderá que en el cuadro no se considere al derecho político como rama del derecho positivo; creemos que es una ciencia que procura conocer científicamente al Estado *in genere* dando su concepto, elementos, orígenes y fines y penetrando en la órbita de otras disciplinas como la sociología, la filosofía del derecho, la moral, etc.

En cuanto al derecho del trabajo u obrero, algunos autores —con los cuales coincidimos— sostienen que encuadra también en el derecho público. En efecto, muchas instituciones del mismo, como los contratos colectivos del trabajo, el problema de los sindicatos, serían de derecho público.¹⁴ También el derecho de minería presenta un carácter mixto, público y privado, al desprenderse del derecho administrativo y civil respectivamente. El derecho rural, con la sanción de leyes nacionales como la de arrendamiento y aparcerías (13.246), la de tierras públicas (13.995), etc., asume un carácter público pese a que los códigos rurales de las provincias se desenvuelven en el campo del derecho privado.

Asimismo podemos dividir al derecho positivo en derecho de fondo y de forma. El primero determina el contenido del derecho y obligaciones; el segundo, el procedimiento a seguir y los órganos encargados de aplicarlo. Se lo denomina también derecho procesal y puede ser civil, penal, administrativo, etc.

¹⁴ Manuel Pinto (h.), "El Derecho del Trabajo" en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata", t. VII, 1935, páginas 223 a 231; citado por Aftalión, García Olano, op. cit., 1939, pág. 294.

CAPITULO XII

1. Derecho internacional público. Antecedentes históricos. Instituciones. — 2. Derecho internacional privado. — 3. Derecho eclesiástico y canónico. Fuentes e instituciones.

1. Derecho internacional público. Antecedentes históricos. Instituciones.

El Dr. Luis A. Podestá Costa define al derecho internacional público como "el conjunto de normas que rigen las relaciones de los Estados entre sí, y también las de éstos con ciertas entidades que sin ser Estados poseen personalidad jurídica internacional". En efecto, los Estados no son los únicos sujetos del derecho internacional; existen otras personas jurídicas internacionales, como la O.N.U. y la O.E.A.¹

La denominación proviene de Jeremías Bentham. En el derecho romano se denominó *ius gentium*, término utilizado por Suárez y luego por Hugo Grocio, quien sistematiza el derecho internacional; su fundador es Francisco de Vitoria, quien en su obra *Relecciones teológicas* denomina al derecho internacional *ius inter gentes*, es decir una comunidad de pueblos interdependientes. Vitoria estableció, basado en el derecho natural, la necesidad de una comunicación, de un comercio libre, el derecho de guerra que los españoles tenían para hacerla en tierra de infieles, comenzando por la evangelización de los indios.

Esta denominación pasó a las diversas lenguas: al francés, *droit des gens*; al inglés, *law of nations*; al italiano, *diritto delle genti*; en Alemania perdura la expresión *derecho de los pueblos*.²

En cuanto a su evolución histórica, podemos señalar varios períodos:

1) El de la *anarquía internacional* que se extiende desde la antigüedad hasta mediados del siglo XVII, caracterizado por

¹ Luis A. Podestá Costa, *El derecho internacional público*, Buenos Aires, 1955.

² Aftalión, García Olano, Vilanova, op. cit., pág. 513 y sigs.

Hans Kelsen *¿Qué es la justicia?*

INTRODUCCIÓN

Jesús de Nazaret, al ser interrogado por el gobernador romano, admitió ser un rey, mas agregó: "Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo, para dar testimonio de la verdad ". Pilato preguntó entonces: "¿Qué es la verdad? ". Es evidente que el incrédulo romano no esperaba respuesta al interrogante: el Justo, de todos modos, tampoco la dio. Lo fundamental de su misión como rey mesiánico no era dar testimonio de la verdad. Jesús había nacido para dar testimonio de la justicia, de esa justicia que deseaba se realizara en el reino de Dios. Y por esa justicia fue muerto en la cruz.

De tal manera, de la interrogación de Pilato: "¿Qué es la verdad? " y de la sangre del Crucificado, surge otra pregunta de harta mayor importancia, la sempiterna pregunta de la humanidad: "¿Qué es la justicia? "

No hubo pregunta alguna que haya sido planteada con más pasión, no hubo otra por la que se haya derramado tanta sangre preciosa ni tantas amargas lágrimas como por ésta; no hubo pregunta alguna acerca de la cual hayan meditado con mayor profundidad los espíritus más ilustres, desde Platón a Kant. No obstante, ahora como entonces, carece de respuesta. Tal vez se deba a que constituye una de esas preguntas respecto de las cuales resulta válido ese resignado saber que no puede hallarse una respuesta definitiva: sólo cabe el esfuerzo por formularla mejor.

I

1

La justicia es, en primer lugar, una característica posible mas no necesaria del orden social. Recién en segundo término constituye una virtud del individuo pues un hombre es justo cuando su obrar concuerda con el orden considerado justo. Mas, ¿cuándo es justo un orden social determinado? Lo es cuando regla la conducta de los hombres de modo tal que da satisfacción a todos y a todos les permite lograr la felicidad. Aspirar a la justicia es el aspirar eterno a la felicidad de los seres humanos: al no encontrarla como individuo aislado, el hombre busca la felicidad en lo societario. La justicia configura la felicidad social, es la felicidad que el orden social garantiza. Es en este sentido que Platón identifica justicia con felicidad cuando afirma que sólo el justo es feliz y desdichado el injusto.

Va de suyo que al sostener que la justicia es la felicidad, no se ha respondido al interrogante sino que únicamente se lo ha desplazado. De inmediato se plantea entonces otra cuestión: ¿qué es la felicidad?

2

Sin duda, no puede existir un orden justo —vale decir, que garantice a todos la felicidad— si se entiende por felicidad lo que es en su sentido originario, esto es, lo que cada uno considera tal. En este caso, resulta imposible evitar que la felicidad de uno roce la felicidad de otro. Por ejemplo: el amor es la fuente primera de felicidad, aunque también la más importante fuente de desdicha. Supongamos que dos varones aman a una misma mujer y que ambos, con o sin razón, creen que sin ella no serían felices. No obstante, conforme a la ley —y tal vez conforme a sus propios sentimientos— esa mujer no puede pertenecer más que a uno de los dos. La felicidad de uno acarreará irremediablemente la desdicha del otro. No existe un orden social capaz de dar solución a semejante problema de manera justa, esto es, de hacer que ambos varones sean dichosos. Ni siquiera el célebre juicio del rey Salomón podría conseguirlo. Tal como se sabe, el rey resolvió que un niño cuya posesión disputaban dos mujeres, fuera partido en dos con objeto de entregarlo a aquella que retirara la demanda a fin de salvar la vida de la criatura. Dicha mujer, suponía el rey, probaría de esta suerte que su amor era verdadero. El juicio salomónico resultará justo únicamente en el caso que sólo una de las mujeres ame realmente a la criatura. Si las dos la quisieran y ansiaran tenerla —lo cual es posible e incluso probable— y ambas retirasen las respectivas demandas, el conflicto permanecería irresoluto. Por último, cuando la criatura debiera ser entregada a una de las partes el juicio sería, por supuesto, injusto pues causaría la desdicha de la parte contraria. Nuestra felicidad depende, con demasiada frecuencia, de la satisfacción de necesidades que ningún orden social puede atender.

Otro ejemplo: es preciso designar al jefe de un ejército. Dos varones se presentan a concurso, pero sólo uno de ellos podrá ser el elegido. No cabe duda que se ha de nombrar a aquel que sea más apto. Mas, ¿si ambos fuesen igualmente aptos? Resultaría entonces imposible encontrar una solución justa. Supongamos que sea considerado más apto el que tiene buena apostura y un rostro agradable que le dan el aspecto de personalidad fuerte, en tanto el otro es pequeño y de apariencia insignificante. En caso de recaer la designación en aquél, este otro no aceptará lo resuelto como justo, dirá, por ejemplo: "¿por qué no tengo yo un físico tan bien dotado como él? ¿por qué la Naturaleza me ha dado un cuerpo tan poco atractivo? "

Por cierto, cuando analizamos la Naturaleza desde el punto de vista de la justicia, debemos convenir que no es justa: unos nacen sanos y otros enfermos, unos inteligentes y otros tontos. Y no hay orden social alguno que pueda reparar por completo las injusticias de la Naturaleza.

3

Si justicia es felicidad, no es posible la existencia de un orden social justo, si por justicia se entiende la felicidad individual. Empero, el orden social justo tampoco será posible en el caso que éste procure lograr, no ya la felicidad individual de todos sino la mayor felicidad posible del mayor número posible. Ésta constituye la célebre definición de justicia formulada por el jurista y filósofo inglés jeremías Bentham.

De todas maneras, la fórmula de Bentham tampoco es aceptable si a la palabra felicidad se le da un sentido subjetivo, ya que diversos individuos tienen ideas todavía más diversas acerca de lo que constituye la felicidad. La felicidad garantizada por el orden social no puede ser considerada en sentido individual-subjetivo sino colectivo-objetivo.

Esto significa que por felicidad se ha de entender sólo la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas en tal carácter por la autoridad social o el legislador. Dichas necesidades merecerán entonces ser satisfechas. Así, verbigracia, está la necesidad de alimentos, de ropas, morada y otras por el estilo. No cabe duda que la satisfacción de necesidades socialmente aceptadas no guarda relación alguna con el sentido primigenio del término felicidad, que es profunda y esencialmente subjetivo. Por ello, por ser expresión de un insaciable deseo de felicidad propia y subjetiva, el deseo de justicia es primordial y está hondamente enraizado en el corazón del hombre.

4

El concepto de felicidad ha de soportar un cambio radical de significación para que la felicidad de la justicia pueda convertirse en categoría social. Las transformaciones que sufre la felicidad individual y subjetiva para convertirse en la satisfacción de necesidades socialmente aceptadas, son similares a las que debe soportar el concepto de libertad para llegar a ser un principio social.

El concepto de libertad con frecuencia es identificado con la idea de justicia, de tal manera que un orden social será justo cuando garantice la libertad individual. Dado que la verdadera libertad —esto es, la ausencia de toda coacción, de todo tipo de gobierno— es incompatible con el orden social —cualquiera que éste fuera— la idea de libertad no puede ostentar meramente la significación negativa de ser libre de todo gobierno. El concepto de libertad ha de comprender la importancia que tiene una forma de gobierno determinada. La libertad incorporará el gobierno de la mayoría de ciudadanos que, en caso necesario, ha de estar contra la minoría. La libertad de la anarquía se metamorfosea de este modo en la autodeterminación de la democracia. De igual modo, la idea de justicia se transforma, de un principio que garantiza la libertad individual de todos, en un orden social que salvaguarda determinados intereses, precisamente aquellos reconocidos como valiosos y dignos de protección por la mayoría de los súbditos.

5

Empero, ¿qué intereses ostentan ese valor y cuál es la jerarquía de esos valores? El problema aparece cuando se plantean intereses en conflicto. Y solamente donde existen esos conflictos se manifiesta la justicia como problema. De no haber intereses en conflicto, no hay tampoco necesidad de justicia. El conflicto se genera cuando un interés se podrá ver satisfecho exclusivamente a costa de otro o, lo que es igual, cuando entran en contraposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, cuando pueden ser realizados únicamente en tanto y cuanto el otro es pospuesto o cuando es inevitable tener que inclinarse por la realización de uno y no del otro, decidiendo qué valor es más importante, lo cual, por ende, establecerá el valor supremo. El problema de valores es, sobre todo, un problema de conflicto de valores. Problema que no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta al problema planteado es siempre un juicio que, en última instancia, está determinado por factores emocionales, ostentando, por consiguiente, un carácter altamente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio siendo, en ese sentido, relativo.

II

1

Lo que se acaba de enunciar es pasible de ilustrarse con algunos ejemplos. La vida humana, la vida de cada quien, constituye el valor supremo para una determinada convicción moral. Consecuencia de semejante convencimiento es la abstención absoluta de dar muerte a un ser humano, aun en caso de guerra o en cumplimiento de la pena capital. Esta posición, como se sabe, es la de quienes se niegan a prestar servicio militar y la de quienes rechazan por principio la pena de muerte. En oposición a esta postura existe otra convicción moral, la que afirma que el valor supremo es el interés y el honor de la nación.

Por lo tanto, cuantos sigan esta teoría están obligados a sacrificar su vida y a matar en caso de guerra a los enemigos de la nación, cuando los intereses de ésta así lo requieran. Por ende, pareciera justificable la condena a muerte de los grandes criminales. En esta conformidad, resulta imposible decidirse de manera científico-racional por cualquiera de estos juicios de valor fundados en concepciones contradictorias.

En último extremo, nuestros sentimientos, nuestra voluntad, no nuestra razón, es lo que decide el conflicto: lo emocional, no lo racional de nuestra conciencia es lo que tiene a su cargo la resolución del conflicto.

2

Otro ejemplo: a un esclavo o a un prisionero de un campo de concentración del que es imposible fugarse, se le presenta la disyuntiva de saber si el suicidio es moral o no. Este problema, que se plantea de continuo, jugó un papel muy importante en la ética de los antiguos. La solución yace en decidir cuál de los dos valores es superior: vida o libertad. Si la vida es el valor más elevado, el

suicidio no es justo; si el más alto es la libertad, careciendo de valor una vida sin libertad, entonces el suicidio no sólo estará permitido, sino que se impondrá. Se trata evidentemente de la jerarquía que se le asigne al valor vida o al valor libertad. En este caso, lo único posible es una solución subjetiva, una solución cuyo valor está limitado al sujeto que juzga y que de ningún modo alcanza la validez universal que tiene, verbigracia, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este último es un juicio de realidad y no de valor.

3

Supongamos —lo cual no significa sostenerlo— que sea posible demostrar que los llamados planes económicos pueden mejorar la situación del pueblo de tal manera que resulte asegurada la estabilidad económica individual y que tal organización sólo sea factible merced al renunciamiento de la libertad individual o, por lo menos, a una limitación considerable de esa libertad. La respuesta al interrogante de qué es preferible, si un sistema económico libre o una economía planificada, dependerá entonces de que nos decidamos por el valor libertad individual o por el valor seguridad económica. Una persona con fuertes inclinaciones individualistas ha de preferir la libertad individual, en tanto otra que padezca cierto complejo de inferioridad se ha de pronunciar por la seguridad económica. Esto quiere decir que ante el interrogante de si la libertad individual es un valor superior a la seguridad económica o si la seguridad económica es un valor más alto que la libertad individual, sólo es posible dar una respuesta subjetiva: bajo ningún concepto se podrá formular un juicio objetivo como lo es el que sostiene que el acero es más pesado que el agua y el agua más pesada que la madera. En estos casos se trata de juicios de realidad, verificables experimentalmente, y no de juicios de valor que no son pasibles de tales comprobaciones.

4

Tras un detenido examen de su paciente, el médico descubre un mal incurable que en poco tiempo provocará la muerte del enfermo.

¿Tiene el médico que decirle la verdad al enfermo o puede y hasta debe mentir diciendo que la enfermedad es curable y que no hay peligro inmediato? La decisión depende de la jerarquía que se establezca entre los valores de verdad y compasión. Decirle la verdad al enfermo implica afligirlo con el temor a la muerte; mentirle significa ahorrarle ese dolor. Si el ideal de la verdad se considera superior al de la compasión, el médico debe decir la verdad; en caso contrario, deberá mentir. No obstante, sea cual fuere la jerarquía asignada a estos valores, resulta imposible darle a esta pregunta una respuesta cimentada en consideraciones científico-rationales.

5

Tal como se dijera anteriormente, Platón sostiene que el justo —para él sinónimo del que se conduce legalmente— y sólo el justo es feliz, en tanto el injusto —esto es, el que no obra legalmente— es desdichado.

Platón dice: "la vida más justa es la más feliz ". No obstante, admite que en ciertos casos el justo puede ser desdichado y el injusto feliz. Sin embargo —añade el filósofo— es absolutamente preciso que los ciudadanos sometidos a la ley crean en la verdad de la frase que afirma que sólo el justo es feliz, aun cuando ésta no sea verdadera. De lo contrario, nadie querría obedecer a la ley. Por consiguiente el Estado, según Platón, tiene el derecho de difundir entre los ciudadanos, por todos los medios posibles, la doctrina de que el hombre justo es feliz y desdichado el injusto, aun cuando esto sea falso. En caso que esta afirmación no sea verdadera, es una mentira necesaria pues garantiza la obediencia a la ley. "¿Puede un legislador que sirva para algo encontrar una mentira más útil que ésta o alguna otra que pueda lograr en forma más efectiva que los ciudadanos, en libertad y sin coacción, se conduzcan rectamente? " "Si yo fuese legislador, obligaría a todos los escritores y a todos los ciudadanos a expresarse en este sentido, es decir, a afirmar que la vida más justa es la más feliz ". Conforme a Platón, el gobierno está autorizado a utilizar aquellas mentiras que considere convenientes.

De este modo, Platón ubica la justicia —esto es, lo que el gobierno por tal entiende, o sea, lo legal— por encima de la verdad. Sin embargo, no existe razón alguna que nos impida poner la verdad por encima de la legalidad y rechazar la propaganda del Estado por hallarse fundada en la mentira, aun en el caso que esta última sirva para la prosecución de un buen fin.

6

La solución dada al problema de la jerarquía de los valores —vida-libertad, libertad-igualdad, libertad-seguridad, verdad-justicia, verdad-compasión, individuo-nación— será distinta si el problema se le plantea a un cristiano, para quien la salvación del alma, vale decir, el destino sobrenatural, es más importante que las cosas terrenas, o si se le presenta a un materialista que no cree que el alma sea inmortal. De igual manera, la solución no puede ser la misma cuando se acepta que la libertad es el valor supremo —punto focal del liberalismo— que cuando se supone que la seguridad económica es el fin último del orden social —punto focal del socialismo—. La respuesta, entonces, tendrá siempre el carácter de un juicio subjetivo, por lo tanto, relativo.

III

1

El hecho de que los verdaderos juicios de valor sean subjetivos, siendo por lo tanto posible que existan juicios de valor contradictorios entre sí, no significa de ninguna manera que cada individuo tenga su propio sistema de valores. En rigor, muchos individuos coinciden en sus juicios evaluativos. Un sistema

positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado, sino que siempre constituye el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado (familia, raza, clan, casta, profesión) y en determinadas condiciones económicas. Todo sistema de valores, especialmente el orden moral, con su idea descollante de justicia, configura un fenómeno social que, por lo tanto, será diferente según el tipo de sociedad en que se genere. El hecho de que ciertos valores sean generalmente aceptados dentro de una sociedad dada no es incompatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman esos juicios. Que varios individuos concuerden en un juicio de valor no prueba de ningún modo que ese juicio sea verdadero, es decir, que tenga validez en sentido objetivo. De manera similar, que muchos hayan creído que el sol giraba alrededor de la Tierra no prueba en absoluto que esta creencia esté cimentada en la verdad. El criterio de justicia, al igual que el criterio de verdad, se manifiesta con harta poca frecuencia en los juicios de realidad y en los de valor. En la historia de la civilización humana muchas veces los juicios de valor aceptados por la mayoría han sido reemplazados por otros juicios de valor más o menos opuestos aunque no por eso menos aceptados. Así, por ejemplo, las sociedades primitivas consideraban que el principio de responsabilidad colectiva (verbigracia, la venganza de sangre) era un principio absolutamente justo. En cambio, la sociedad moderna sostiene que el principio opuesto —esto es, el de la responsabilidad individual— es el que responde mejor a las exigencias de una recta conciencia. No obstante, en ciertas áreas, como por ejemplo en las relaciones internacionales, el principio de responsabilidad colectiva no es incompatible con los sentimientos del hombre actual.

Lo propio ocurre en el campo de las creencias religiosas con la responsabilidad hereditaria, el pecado original, que es también una especie de responsabilidad colectiva. Asimismo, no resulta del todo imposible que en el futuro —si el socialismo llega al poder— vuelva a ser considerado moral en el terreno de las relaciones internacionales un principio de responsabilidad colectiva independiente de cualquier concepción religiosa.

2

Si bien la pregunta respecto al valor supremo no puede contestarse racionalmente, el juicio relativo y subjetivo con que, de hecho, se responde a la misma, se presenta generalmente como una afirmación de valor objetivo o, lo que es igual, como norma de validez absoluta.

Un rasgo distintivo del ser humano es sentir la profunda necesidad de justificar su conducta, esto es, tener una conciencia. La necesidad de justificación o racionalización es, tal vez, una de las diferencias existentes entre el hombre y el animal. La conducta externa del hombre no difiere mucho de la animal: el pez grande se come al chico, tanto en el reino animal como en el humano. Sin embargo, cuando un "pez humano", movido por el instinto, se conduce de tal manera, de inmediato procura justificar su conducta ante sí mismo y los demás, tranquilizando su conciencia con la idea de que su conducta respecto al prójimo es buena.

3

Dado que el hombre, en una u otra medida, es un ser de razón, intenta racionalmente, es decir, por medio de la función de su entendimiento, justificar una conducta determinada por el temor o el deseo.

Esta justificación racional es posible sólo hasta determinado punto, vale decir, en tanto su temor o deseo se refieran a un medio dado merced al cual puede lograrse determinado fin. La relación de medio a fin es semejante a la de causa-efecto, por ende, puede determinarse empíricamente, o sea, mediante procedimientos científico-rationales. Está claro que esto no será posible cuando los medios para lograr un fin determinado sean medidas específicamente sociales. El estado actual de las ciencias sociales no nos permite tener una comprensión neta y definida del nexo causal de los fenómenos sociales. En consecuencia, no podemos tener suficiente experiencia como para determinar con precisión cuáles son los medios adecuados para lograr un fin social determinado. Tal es el caso, verbigracia, del legislador cuando se enfrenta con el problema de establecer la pena de muerte o, meramente, la de prisión, para evitar ciertos actos delictivos. Este conflicto puede formularse también con una pregunta: "¿cuál es la pena justa, la de muerte o la de prisión?" Resolver esta cuestión implica que el legislador conozca el efecto que la amenaza de ambas penas producirá en el hombre que, por inclinación natural, busca cometer los delitos que el legislador procura evitar. Por desgracia, no gozamos del conocimiento exacto de esos efectos y no estamos en condiciones de llegar a tal conocimiento, pues aun en el caso que ello fuera posible mediante el empleo de la experimentación, la experimentación en la esfera de la vida social sólo es aplicable en muy limitada medida. De aquí que el problema de la justicia no pueda siempre ser solucionado racionalmente, aun cuando se lo reduzca a la cuestión de saber si una medida social es medio adecuado para lograr un fin dado. Empero, incluso en el caso que estos problemas pudieran solucionarse puntualmente, la solución de los mismos no podría proporcionar una justificación completa de nuestra conducta, esto es, la justificación exigida por nuestra conducta. Con medios extremadamente adecuados pueden lograrse fines extremadamente problemáticos. Basta pensar en la bomba atómica. El fin justifica o, como acostumbra decirse, justifica los medios. En cambio, los medios no justifican el fin. Y es precisamente la justificación del fin, de ese fin que no es medio para otro fin, que precisamente, es el fin último y supremo, lo que constituye la justificación de nuestra conducta.

4

En el momento de justificar algo, especialmente una conducta humana, como medio para un determinado fin, aparece insoslayablemente el problema de saber si ese fin también es justificable. Esta cuestión lleva en última instancia al reconocimiento de un fin supremo, lo cual constituye precisamente el problema de la moral en general y de la justicia en particular.

La justificación de una conducta humana como medio apropiado para el logro de un fin dado, cualquiera que sea, es un justificar condicional: depende de que el fin propuesto esté justificado o no. Una justificación condicionada y, en cuanto tal, relativa, no resulta justificatoria del fin y tampoco del medio. La democracia es una forma de gobierno justa pues asegura la libertad individual. Esto significa que la democracia es una forma de gobierno justa tan sólo cuando su fin supremo es la atención y solicitud de la libertad individual. Si en lugar de la libertad individual se considera que la seguridad económica es el valor supremo, y se prueba además que en una organización democrática aquella no puede ser suficientemente garantizada, entonces no la democracia sino otra forma será considerada el gobierno justo. Otros fines requieren otros medios. La democracia como forma de gobierno puede justificarse relativamente, no en lo absoluto.

5

Nuestra conciencia no se contenta con estas justificaciones condicionadas sino que pide una justificación absoluta, sin reservas. Por ende, nuestra conciencia no se tranquiliza cuando justificamos nuestra conducta sólo como medio adecuado para un fin cuya justificación es dudosa sino que demanda, en cambio, que justifiquemos nuestra conducta como fin último o, lo que es lo mismo, que nuestra conducta coincida con un valor absoluto. No obstante, no es posible acceder a tal justificación por medios racionales. Toda justificación racional es esencialmente justificación de algo en tanto medio adecuado, pero, precisamente, el fin último no es medio para ningún otro fin. Nuestra conciencia pide una justificación absoluta de nuestra conducta, es decir, postula valores absolutos, pero nuestra razón no está en condiciones de satisfacer esas exigencias. Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular están allende la razón humana que sólo puede lograr una solución limitada —y, en tal sentido, relativa— del problema de la justicia como problema de la justificación de la conducta humana.

6

No obstante, la necesidad de una justificación absoluta parece ser más fuerte que toda justificación racional. Por ello el hombre busca esa justificación, esto es, la justicia absoluta, en la religión y la metafísica.

Lo cual significa que la justicia es desplazada de este mundo a un mundo trascendente. Se convierte así en la característica esencial —y su puesta en acto la función esencial— de una autoridad sobrenatural, de una deidad cuyas características y funciones son inaccesibles al conocimiento humano. El hombre cree en la existencia de Dios, esto es, en la existencia de una justicia absoluta, pero es incapaz de comprenderla, es decir, de puntualizarla conceptualmente. Quienes no aceptan esta solución metafísica del problema de la justicia pero mantienen la idea de los valores absolutos, en la esperanza de poder definirla racional y científicamente, se engañan a sí mismos con la ilusión de que es posible encontrar en la razón humana ciertos principios fundamentales

configuradores de esos valores absolutos que, en rigor, están compuestos por elementos emocionales de la conciencia. La determinación de valores absolutos en general y la definición de justicia en particular logradas según este modo son fórmulas huecas mediante las cuales es posible justificar cualquier orden social.

Por ello no es de extrañar que las numerosas teorías sobre la justicia que desde épocas pretéritas hasta hoy en día se han venido formulando, puedan ser reducidas a dos tipos fundamentales: metafísico-religioso uno y el otro racionalista o, mejor dicho, pseudo-racionalista.

IV

1

Platón es el clásico representante del tipo metafísico. La justicia constituye el problema central de toda su filosofía. En procura de la solución de este problema desarrolla su célebre "teoría de las ideas".

Las ideas son entidades trascendentes que existen en otro mundo, en una esfera inteligible, sin acceso para los hombres, prisioneros de sus sentidos. Representan esencialmente valores, valores absolutos que deben ser realizados en el mundo de los sentidos aunque, en verdad, nunca pueden serlo completamente. El concepto fundamental al cual está subordinado el resto y del cual obtiene su validez es la idea de bien absoluto: esta idea desempeña en la filosofía de Platón el mismo papel que la idea de Dios en la teología de cualquier religión. La idea de bien conlleva la idea de justicia, esa justicia a cuyo conocimiento tienden prácticamente todos los diálogos de Platón. La pregunta "¿qué es la justicia?" coincide con el interrogante "¿qué es bueno?" o "¿qué es lo bueno?" Platón efectúa en sus diálogos múltiples intentos para responder a esas preguntas en forma racional. Sin embargo, ninguno de esos intentos arriba a un resultado definitivo. Cuando pareciera que ha logrado definir algo, por boca de Sócrates, de inmediato Platón aclara que son necesarias todavía más investigaciones. Platón remite a menudo a un método específico de razonamiento abstracto, carente de toda representación sensible, la llamada dialéctica, que —como asegura el filósofo— capacita a quienes la dominan para comprender las ideas. De todas maneras, el mismo Platón no emplea este método en sus diálogos o, al menos, no nos transmite los resultados de dicha dialéctica. Incluso llega a decir palmariamente que la idea del bien absoluto está más allá de todo conocimiento racional, o sea, allende todo razonamiento. En una de sus cartas, la VII, donde explica los motivos profundos y los fines últimos de su filosofía, declara que no puede existir una definición del bien absoluto sino tan sólo una especie de visión del mismo, y que esta visión se realiza en forma de vivencia mística —vivencia que logran sólo quienes gozan de la divina gracia—. Por otra parte, resulta imposible describir con palabras el objeto de esta visión mística, es decir, el bien absoluto. Tal es la razón —y ésta configura la conclusión última de esta filosofía— que no pueda darse ninguna respuesta al problema de la justicia. La justicia es un

secreto que Dios confía a muy pocos elegidos —si es que lo hace—, secreto que nunca deja de ser tal pues no puede transmitirse a los demás.

2

Es digno de nota cómo la filosofía de Platón se acerca en este punto a la prédica de Jesús, cuyo contenido sobresaliente es también la justicia. Tras haber rechazado con energía la fórmula racionalista del Antiguo Testamento "ojo por ojo y diente por diente" —el principio de represalia— Jesús proclama la nueva y verdadera justicia, el principio de amor: el mal no debe devolverse con mal sino con bien, hay que rechazar al mal, no al delincuente, y amar al enemigo. Esta justicia está más allá de toda realidad social de un orden posible: el amor que informa a esta justicia no es el sentimiento humano que llamamos amor. No sólo porque amar al enemigo va contra la naturaleza humana sino también porque Jesús rechazaba con toda energía el amor humano que une al varón con la mujer, a los padres con los hijos. El que desee seguir a Jesús y alcanzar el reino de Dios debe abandonar su casa y sus propiedades, padres, hermanos, mujer e hijos. El que no aborrezca a su padre, a su madre, sus hijos, sus hermanos, sus hermanas y aun a su propia vida, no puede ser discípulo de Jesús. El amor que predica Jesús no es el amor de los hombres. Es el amor que hará que los hombres sean tan perfectos como su Padre en el Cielo, el que hace salir el Sol sobre malos y buenos y deja que la lluvia caiga por igual sobre justos e injustos. Es el amor de Dios. Lo más extraño de este amor es que debe aceptarse como compatible con la tremenda y eterna pena que les será impuesta a los pecadores en el Juicio Final y, por lo tanto, con el pavor más grande que sea capaz de sentir el hombre: el temor de Dios. Jesús no abordó el aclarar esta contradicción: tampoco es posible hacerlo. Se trata de una contradicción sólo para la limitada razón humana, no para la razón absoluta de Dios que el hombre no puede comprender. Por eso Pablo, el primer teólogo de la religión cristiana, enseñó que la sabiduría de este mundo es necedad para Dios, que la filosofía, esto es, el conocimiento lógico-racional no es la vía que conduce a la justicia divina encerrada en la oculta sabiduría de Dios, que la justicia es confiada por Dios a los fieles y que la fe es actuada por el amor. Pablo se mantiene fiel a la nueva doctrina de Jesús sobre la nueva justicia, el amor de Dios. Sin embargo, admite que el amor que Jesús enseña supera el conocimiento racional: es un misterio, uno de los muchos misterios de la fe.

V

1

El tipo racionalista que intenta dar solución al problema de la justicia mediante la razón humana, esto es, que se esfuerza por definir la idea de justicia, está representado por la sabiduría popular de muchas naciones y también por algunos sistemas filosóficos célebres. Se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia la conocida frase que sostiene que la justicia significa dar a cada cual lo suyo. Esta fórmula ha sido aceptada por notables pensadores y especialmente por filósofos del derecho. No resulta difícil demostrar que se trata de una

fórmula completamente hueca. El interrogante fundamental "¿qué puede considerar cada cual como «suyo» realmente?" queda sin respuesta. Por ello, el principio "a cada cual lo suyo" es aplicable únicamente cuando se presume que dicha cuestión ya ha sido resuelta. Sin embargo, sólo puede estarlo mediante un orden social que la costumbre o un legislador hayan establecido como moral positiva u orden jurídico. En consecuencia, la fórmula "a cada cual lo suyo" puede servir como justificación de cualquier orden social, sea capitalista o socialista, democrático o aristocrático. En todos ellos se da a cada cual lo suyo, sólo que "lo suyo" difiere en cada uno de los casos. El que esta fórmula pueda defender cualquier orden social por ser justo —y lo es en tanto esté de acuerdo con la fórmula "a cada cual lo suyo"— explica el que haya tenido una tan general aceptación y demuestra a la vez que es una definición de justicia totalmente insuficiente, ya que ésta debe fijar un valor absoluto que no puede asimilarse a los valores relativos que una moral positiva o un orden jurídico garantizan.

2

Lo propio puede decirse de ese otro principio que con harta frecuencia se presenta como esencia de la justicia: bien por bien, mal por mal. Se trata del principio de represalia. Carece de todo sentido, a menos que se haya hecho clara la respuesta a las preguntas "¿qué es lo bueno?" y "¿qué es lo malo?". No obstante, esta pregunta no es de ningún modo clave, pues el concepto de bueno y malo difiere según los distintos pueblos y las diferentes épocas. El principio de represalia sirve para expresar la técnica específica del derecho positivo que vincula el mal del delito con el mal de la pena. De todos modos, éste es el principio que subyace básicamente en toda norma jurídica positiva; por ello, todo orden jurídico puede ser justificado en tanto realización del principio de represalia. El problema de la justicia es, en último término, el problema de saber si un orden jurídico se muestra justo en la aplicación del principio de represalia, vale decir, si el acto ante el cual el derecho reacciona con el mal de la pena como si se tratase de un delito, es en realidad un mal para la sociedad y si el mal que el derecho establece como pena conviene a aquél. El principio de represalia no da ninguna respuesta a este problema.

3

La represalia, en tanto significa pagar con la misma moneda, es una de las muchas formas bajo las que se presenta el principio de igualdad, que también ha sido considerado como esencia de la justicia.

Este principio parte del supuesto de que todos los hombres —todos los que tienen rostro humano— son iguales por naturaleza, para acabar con la exigencia de que todos los hombres deben ser tratados de la misma manera. Sin embargo, dado que el supuesto es enteramente falso, pues de hecho los hombres son muy distintos y no hay dos que sean realmente iguales, este requerimiento tan sólo puede significar que el orden social debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades al otorgar derechos e imponer deberes.

Resultaría absurdo tratar a los niños de igual manera que a los adultos, a los locos igual que a los cuerdos.

¿Cuáles son entonces las diferencias que deben tenerse en cuenta y cuáles no? Ésta es la pregunta decisiva, a la que el principio de igualdad no da ninguna respuesta. En rigor, las respuestas de los órdenes jurídicos positivos son muy diversas. Todas están de acuerdo en la necesidad de ignorar algunas desigualdades de los hombres, pero no existen dos órdenes jurídicos distintos que coincidan en lo atinente a las diferencias que no deben ignorarse sino que deben tenerse en cuenta para otorgar derechos e imponer obligaciones. Unos les conceden derechos políticos a los varones y no a las mujeres, otros tratan por igual a ambos sexos pero obligan sólo a los varones a prestar servicio militar, en tanto otros más no establecen distinción alguna en este sentido. Por consiguiente, ¿cuál es el orden justo? El individuo al que la religión le resulte indiferente, sostendrá que las diferencias religiosas carecen de importancia. El creyente, en cambio, considerará que la diversidad fundamental es la que existe entre los que comparten su fe —que él, como creyente, considera la única verdadera— y los demás, esto es, los no creyentes. Según su criterio, será completamente justo concederles a aquellos derechos y a éstos negárselos. Habrá aplicado así con toda rectitud el principio de igualdad que exige que los iguales sean tratados de igual modo. Esto demuestra que el principio de igualdad es inepto para responder a la pregunta fundamental "¿qué es lo bueno?". En el tratamiento dispensado a los súbditos por un orden jurídico positivo, cualquier diferencia puede ser considerada esencial y servir, por lo tanto, de apoyo para un tratamiento diferente, sin que por eso el orden jurídico contradiga el principio de igualdad. Este principio está harto carente de contenido para hallarse en condiciones de determinar la estructura esencial del orden jurídico.

4

Tomemos ahora el principio especial de la llamada igualdad ante la ley. No significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no han de hacer distinción alguna que no esté establecida por el derecho a aplicar. Si el derecho otorga derechos políticos únicamente a los varones y no a las mujeres, a los ciudadanos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de determinada raza o religión y no a los de otra, el principio de igualdad ante la ley será respetado cuando los órganos encargados de la aplicación del derecho resuelvan en los casos concretos que una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de determinada raza o religión no tienen ningún derecho político. Este principio raramente se relaciona con la igualdad.

Expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido. Se trata del principio de juridicidad o legalidad, que por esencia propia es inmanente a todo ordenamiento jurídico, no interesando que tal ordenamiento sea justo o injusto.

5

La aplicación del principio de igualdad a las relaciones entre trabajo y producto del mismo conduce a la exigencia de que a igual trabajo corresponde igual participación en los productos. Esta es, según Karl Marx la justicia subyacente del orden capitalista, el supuesto "igual derecho" de este sistema económico. En verdad se trata de un derecho desigual, pues no tiene en cuenta las diferencias de capacidad de trabajo que existen entre los hombres, no siendo por lo tanto un derecho justo sino injusto. El mismo monto de trabajo que produce un obrero fuerte y diestro y un individuo débil e incapaz es sólo en apariencia igual: cuando los dos reciben por su trabajo la misma cantidad de producto, se entrega a ellos algo igual por algo desigual. La verdadera igualdad y por ende, la verdadera justicia, no la aparente, se logra únicamente en una economía comunista, donde el principio fundamental es: de cada uno según sus capacidades, a cada uno según sus necesidades.

Aplicado este principio a un sistema económico, cuya producción, vale decir, su fin último, está regulado sistemáticamente por una autoridad central, de inmediato surge una pregunta: ¿cuáles son las capacidades de cada uno, para qué tipo de trabajo es apto y qué *quantum* de trabajo puede pretenderse que realice de acuerdo a sus capacidades naturales? Es obvio que semejante cuestión no cabe se resuelva conforme a la opinión de cada cual sino que se hará mediante un órgano de la comunidad creado a tal efecto y de acuerdo a normas generales establecidas por la autoridad social. A la vista de esto se presenta otro interrogante: ¿cuáles son las necesidades que pueden ser satisfechas? Sin ninguna hesitación, aquellas a cuyo contentamiento asiste el sistema de producción planificado, esto es, dirigido por una autoridad central. A pesar de que Marx afirma que en la sociedad comunista del futuro "la fuerza de producción debe aumentar" y que "todas las fuentes de riqueza social fluirán plenamente", la selección de necesidades que el proceso de producción social ha de preocuparse en contentar planificadamente y la determinación de cuál es la medida en que deben satisfacerse dichas necesidades no deben quedar al libre arbitrio de cada uno. Será competencia de la autoridad social resolver esta cuestión, de acuerdo con principios generales. En consecuencia, vemos que el principio comunista de justicia presupone —tal como la fórmula "a cada cual lo suyo"— una respuesta del orden social positivo a la pregunta que fundamenta su aplicación. Y, por cierto, este orden social —tal como en el caso de la fórmula "a cada cual lo suyo"— no es un orden cualquiera sino que está perfectamente determinado. Sin embargo, nadie está en condiciones de prever el modo en que funcionará el orden social comunista de efectivizarse en un lejano futuro, ni la manera en que se resolverán las cuestiones fundamentales para la aplicación del principio comunista de justicia.

De tomarse en cuenta estos hechos, el principio comunista de justicia —en la medida que éste aspire a ser considerado tal— acaba en la norma: de cada cual según sus capacidades reconocidas por el orden social comunista, a cada cual de acuerdo a las necesidades determinadas por ése orden social. Que este orden social reconozca las capacidades individuales respetando la idiosincrasia de cada quien y que garantice la satisfacción de toda necesidad de manera que en la armónica comunidad constituida por dicho orden coexistan la totalidad de

los intereses colectivos e individuales y, por ende, la libertad individual ilimitada, pertenece al terreno de la ilusión utópica. Es la típica utopía de una futura edad dorada, de una situación paradisiaca en que —como Marx profetizaba— sería dejado atrás no sólo "el estrecho horizonte del derecho burgués" sino también (puesto que no existiría ningún conflicto de intereses), el amplio horizonte de la justicia.

6

Una nueva aplicación del principio de igualdad es la fórmula conocida bajo el nombre de "regla de oro", la cual afirma: "no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti". Lo que cada uno no quiere que los demás le hagan es lo que le provoca dolor; y lo que cada uno ansía que los demás le hagan es lo que causa placer. Así pues la regla de oro desemboca en la siguiente exigencia: no le causes dolor al prójimo sino que proporciónale placer. Sólo que con frecuencia ocurre que brindarle placer a un individuo es causa de dolor en otro. Al significar esto una violación de la regla de oro, se presenta entonces el problema de dilucidar cómo conducirse ante el infractor. Exactamente éste es el problema de la justicia, ya que si nadie le causara dolor al prójimo sino sólo placer, no habría ningún problema de justicia. No obstante, si se busca aplicar la regla de oro, habiendo una infracción a ésta, se verá en seguida que su aplicación conduce a consecuencias absurdas. Nadie quiere ser castigado, aun habiendo cometido un delito. En consecuencia, coherentemente con la regla de oro, el delincuente no debe ser castigado. A ciertas personas les puede dar lo mismo que se les mienta o no, dado que con o sin razón pretenden ser lo bastante inteligentes como para ser capaces de descubrir la verdad y protegerse a sí mismas del mentiroso. Entonces, siguiendo la regla de oro, a ellas les está permitido mentir. En caso de interpretarse esta regla con todo rigor, se arriba a la abolición de toda moral y todo derecho. Va de suyo que ésta no es la intención de la regla que, por el contrario, procura mantener la moral y el derecho. Sin embargo, si la regla de oro ha de ser interpretada según la intención que encierra, entonces no puede configurarse como proclama su texto —un criterio subjetivo de conducta justa y, en consecuencia, tampoco puede exigirle al hombre que se conduzca con los demás como desearía que los demás se condujeran con él. Un criterio subjetivo de este tipo es incompatible con cualquier orden social.

Por ende, ha de interpretarse la regla de oro en el sentido de que establece un criterio objetivo. Su significado será: condúctete con los demás como éstos debieran conducirse contigo; mas éstos, en realidad, deben conducirse según un orden objetivo. Empero, ¿cómo deben conducirse? Esta es la pregunta de la justicia. Y la respuesta no ha de encontrarse en la regla de oro, que sólo la presupone. Y puede presuponerla porque aquello que presupone es precisamente el orden de la moral positiva y del derecho positivo.

VI

1

En caso de sustituir, a manera de interpretación, el criterio subjetivo contenido en el texto de la regla de oro por un criterio objetivo, la regla desembocará en la siguiente exigencia: actúa conforme a las normas generales del orden social. No obstante tratarse de una fórmula tautológica, pues todo orden social se funda en normas generales conforme a las cuales debemos conducirnos, ésta sugirió a Manuel Kant el enunciado de su célebre imperativo categórico, que configura el resultado fundamental de su filosofía moral y su solución al problema de la justicia. El imperativo categórico afirma: obra de acuerdo con aquella máxima que tú desearías se convirtiera en ley general. En otras palabras: la conducta humana es buena o justa cuando está determinada por normas que los hombres que actúan pueden o deben desear que sean obligatorias para todos. Mas, ¿cuáles son las normas que podemos o debemos desear sean obligatorias para todos? . Ésta es la pregunta axial de la justicia. Y a esta pregunta —lo mismo que ocurría con la regla de oro— no da ninguna respuesta el imperativo categórico.

2

Al considerar los ejemplos concretos con que Kant procura ilustrar la aplicación del imperativo categórico, se comprueba que constituyen preceptos de la moral tradicional y del derecho positivo de su época: en ningún caso fueron deducidos del imperativo categórico como pretende su teoría, pues de esa fórmula vacía no puede deducirse nada. Sin embargo, todo precepto de cualquier orden social es conciliable con dicho principio, dado que éste no dice sino que el hombre debe actuar con arreglo a las normas generales. Tal es la razón de que el imperativo categórico, al igual que el principio de "a cada cual lo suyo" o la regla de oro, pueda servir de justificación a cualquier orden social en general y a cualquier disposición general en particular. Y en este sentido es como han sido utilizados. Esta eventualidad explica por qué estas fórmulas, a pesar de ser absolutamente huecas —o, mejor dicho, por serlo— son, y también serán en el futuro, aceptadas como solución satisfactoria al problema de la justicia.

VII

1

La "Ética" de Aristóteles agrega un nuevo y significativo ejemplo al estéril esfuerzo por definir la idea de justicia absoluta merced a un método racional, científico, o cuasi científico. La de Aristóteles es una ética de la virtud, es decir, apunta hacia un sistema de virtudes entre las cuales la justicia es la virtud más alta, la virtud perfecta. El filósofo griego asegura haber encontrado un método científico, esto es, geométrico-matemático, para determinar las virtudes o, lo que es igual, para responder al interrogante "¿qué es lo bueno?". La filosofía moral, asegura Aristóteles, tiene por fin la virtud, cuya esencia procura determinar de la misma manera —o, al menos, de una forma muy similar— a la que permite al geómetra apartado a equidistancia de los puntos finales de una recta, encontrar el punto que divide la misma en dos partes iguales. Del mismo

modo, la virtud es el punto medio entre dos extremos, es decir, entre dos vicios: el vicio de exceso y el vicio de defecto.

Así, por ejemplo, la virtud del valor constituye el punto medio entre el vicio de la cobardía, "falta de coraje ", y el vicio de la temeridad, "exceso de coraje ". Ésta es la conocida doctrina del término medio. Para poder juzgar esta doctrina, conviene no olvidar que un geómetra sólo puede dividir una línea en dos partes iguales siempre que los puntos finales estén dados. En el caso que nos ocupa, el punto medio ya está también dado con aquellos, es decir, está dado de antemano. Si sabemos qué es el vicio, podremos saber consiguientemente qué es la virtud, pues la virtud es lo contrario del vicio. En caso que la mentira sea un vicio, la verdad será una virtud. Empero, Aristóteles da por evidente la existencia del vicio y por vicio entiende lo calificado de ese modo por la moral tradicional de su época. Esto significa que la ética de la doctrina del medio soluciona sólo en apariencia su problema, vale decir, el problema de saber ¿qué es lo malo?, ¿qué es un vicio? y, por ende, ¿qué es lo bueno? ¿qué es una virtud? Así, pues, la pregunta ¿qué es lo bueno? recibe la respuesta de otra pregunta ¿qué es lo malo? : la ética aristotélica traspasa de este modo la respuesta a ese interrogante a la moral positiva y al orden social existente.

La autoridad de ese orden social —y no la fórmula del medio— será quien determine qué es lo "demasiado "y qué lo "poco ". Asimismo, decidirá cuáles son los dos extremos, esto es, los dos vicios y, por ende, la virtud situada entre ambos. Esta moral, al dar por tácita la validez del orden social existente, se justifica a sí misma. Ésta es en realidad la función de la fórmula tautológica del medio que finaliza diciendo que lo bueno es aquello que es bueno para el orden social existente. La función de esta moral es fundamentalmente conservadora: mantiene el orden social existente.

2

El carácter tautológico de la fórmula del medio surge con claridad en la aplicación de la misma a la virtud de la justicia. Aristóteles enseña que la conducta justa es el término medio entre hacer el mal y sufrirlo. Lo primero es "demasiado", lo último "poco". En este caso, la fórmula que dice que la virtud es el punto medio entre dos vicios, no es una metáfora apropiada, ya que la injusticia que se efectúa y la que se sufre no son dos vicios o males sino que la injusticia es una sola: la que efectúa éste y padece aquél. La justicia es, sencillamente, lo contrario de esta injusticia. La fórmula del medio no da respuesta al interrogante fundamental: ¿qué es la injusticia? La respuesta está tácita y Aristóteles supone evidente que injusticia es aquello injusto para el orden moral positivo y el derecho positivo. Lo aportado por la doctrina del medio no es la definición de la ciencia de la justicia sino el fortalecimiento del orden social existente establecido por la moral positiva y el derecho positivo. Es éste un aporte eminentemente político que protege a la ética aristotélica contra todo análisis crítico que apunte a su falta de valor científico.

VIII

1

El tipo metafísico de filosofía jurídica así como el racionalista, están representados por la escuela del derecho natural que predominó durante los siglos XVII y XVIII y fue abandonada casi por completo en el XIX, para volver a cobrar influencia en nuestros días. La teoría del derecho natural afirma que existe una regulación completamente justa de las relaciones humanas surgida de la Naturaleza: de la Naturaleza en general y de la naturaleza del hombre en tanto ser dotado de razón. La Naturaleza aparece presentada como autoridad normativa, como una especie de legislador. Un análisis atento de la Naturaleza nos llevará a encontrar en ella normas inmanentes que prescriban la conducta recta —esto es, justa— del hombre. En el supuesto de que la Naturaleza sea creación divina, sus normas inmanentes —el derecho natural— serán expresiones de la voluntad divina. En este caso, la teoría del derecho natural adquiere un carácter metafísico. Cuando el derecho natural se hace derivar de la naturaleza del hombre en cuanto ser dotado de razón —sin remitirse a un origen divino de la razón— cuando se acepta que el principio de justicia se halla en la razón humana —no necesitándose apelar a la voluntad divina— estamos entonces ante la teoría del derecho natural con ropajes racionalistas. Desde el punto de vista de una ciencia racional del derecho, la postura metafísico-religiosa de la teoría del derecho natural no puede ser tenida en cuenta.

Por otra parte, la posición racionalista resulta evidentemente insostenible. La Naturaleza, en tanto sistema de hechos vinculados entre sí por el principio de causalidad, no tiene voluntad propia y, por lo tanto, no puede determinar conducta humana alguna. De un hecho, es decir, de lo que es o sucede realmente, no puede deducirse lo que debe ser o acontecer. La teoría racionalista del derecho natural se basa en un sofisma cuando intenta extraer de la Naturaleza normas para la conducta humana. Lo propio puede decirse del propósito de deducir tales normas de la razón humana. Las normas que prescriben la conducta humana pueden originarse únicamente en la voluntad y esta voluntad será exclusivamente humana si se deja de lado la especulación metafísica. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera —cuando quizá no se conduce realmente de ese modo— será formulada por la razón humana únicamente en el supuesto de que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescriba dicho comportamiento. La razón humana puede comprender y describir, mas no ordenar. Pretender hallar en la razón normas de conducta para los hombres es una ilusión similar a la de querer extraer tales normas de la Naturaleza.

2

No resulta sorprendente, por lo tanto, que los diversos partidarios de la teoría del derecho natural hayan deducido de la Naturaleza Divina o encontrado en la naturaleza humana principios de justicia sumamente contradictorios entre sí. En conformidad con uno de los más distinguidos representantes de esta escuela, Roberto Filmer, la autocracia, la monarquía absoluta es la única forma de gobierno natural, vale decir, justa. No obstante, otro teórico del derecho

natural, igualmente relevante, Juan Locke, demuestra, siguiendo el mismo método, que la monarquía absoluta no puede ser considerada en ningún caso como forma de gobierno y que tan sólo la democracia tiene tal valor, pues únicamente ésta se acuerda a la Naturaleza, siendo, por lo tanto, la única justa. La mayor parte de los representantes de la doctrina del derecho natural sostienen que la propiedad privada —base del orden feudal y capitalista— constituye un derecho natural, siendo, por ende, sagrado e inalienable. Por consiguiente, la propiedad colectiva o comunidad de bienes, es decir, el comunismo, significa algo contrario a la Naturaleza y la razón, siendo, por lo tanto, injusto. Sin embargo, el movimiento del siglo XVIII, que jugó cierto papel en la Revolución Francesa y que pretendía la abolición de la propiedad privada y la institucionalización de un orden social comunista, se basaba también en el derecho natural: sus argumentos ostentan el mismo vigor probatorio que los tendientes a defender la propiedad privada del actual ordenamiento social, es decir, su vigor probatorio es nulo. Merced a un método basado en un sofisma, como ocurre en el caso de la teoría del derecho natural, se puede demostrar todo o, lo que es igual, no es posible demostrar nada.

IX

1 Si hay algo que podemos aprender de la historia del conocimiento humano es lo estériles que resultan los esfuerzos por encontrar a través de medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, vale decir, una norma que excluya la posibilidad de encontrar justa la conducta opuesta. Si hay algo que puede aprenderse de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana puede concebir sólo valores relativos; en otras palabras, que el juicio con que juzgamos algo justo no puede osar jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta configura una perfección suprema irracional. Desde la perspectiva del conocimiento racional sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses.

Zanjar los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer un equilibrio entre ambos.

Resulta imposible demostrar cuál es la solución justa. Dado por supuesto que la paz social es el valor supremo, el equilibrio representará la solución justa. De todos modos, también la justicia de la paz es meramente una justicia relativa que, en ningún caso, puede erigirse en absoluta.

2

Mas, ¿cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿Acaso tiene una moral? ¿O se trata tal vez de un relativismo amoral o inmoral, como muchos sostienen? No lo creo. El principio ético fundamental subyacente a una teoría relativista de los valores —o inferible de la misma— lo configura el principio de tolerancia, vale decir, el imperativo de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aunque no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas, no impidiendo,

además, su exteriorización pacífica. Resulta obvio que de una concepción relativista no puede deducirse ningún derecho a una tolerancia absoluta sino únicamente una tolerancia encuadrada en un orden positivo que garantice la paz a quienes se le subordinan, prohibiéndoles el empleo de la violencia, sin limitarlos en la exteriorización pacífica de sus opiniones. Tolerancia significa libertad de pensamiento. Los valores morales más elevados sufrieron el menoscabo de la intolerancia de sus defensores.

En las piras que la Inquisición española encendió para defender la religión cristiana, no sólo fueron abrasados los cuerpos de los herejes sino que, asimismo, se sacrificó una de las enseñanzas más importantes de Cristo: no juzgues para no ser juzgado. En las tremendas guerras religiosas del siglo XVII, en que la Iglesia perseguida estaba de acuerdo con la perseguidora exclusivamente en el propósito de terminar con la otra, Pedro Bayle, uno de los más grandes emancipadores del espíritu humano, a quienes creían poder guardar el orden político o religioso existente merced a la intransigencia con los demás, les objetaba lo siguiente: "El desorden no surge de la tolerancia sino de la intransigencia". Una de las páginas más gloriosas de la historia de Austria la constituye el decreto de tolerancia de José II. En el supuesto que la democracia constituya una forma de gobierno justa, lo es en cuanto significa libertad y libertad quiere decir tolerancia. Sin embargo, surge una pregunta: ¿puede permanecer tolerante la democracia cuando tiene que defenderse de ataques antidemocráticos? Sí, en tanto y cuanto no reprima la exteriorización pacífica de las concepciones antidemocráticas. Exactamente esa tolerancia es lo que diferencia la democracia de la autocracia. En tanto esta diferenciación se mantenga, tendremos razón para rechazar la autocracia y estar orgullosos de nuestra forma democrática de gobierno. La democracia no debe salvaguardarse renunciando a sí misma. Sin embargo, un gobierno democrático tendrá también el derecho de reprimir por la fuerza y evitar con los instrumentos adecuados todo intento que pretenda derrocarlo violentamente.

El ejercicio de tal derecho no se contrapone al principio democrático ni al de tolerancia. En ocasiones puede resultar difícil discurrir una línea divisoria entre la divulgación de ciertas ideas y la preparación de un golpe revolucionario. De todos modos, el mantenimiento de la democracia depende de la posibilidad de hallar dicha línea divisoria. Asimismo, tal vez ocurra que ese deslindar conlleve cierto riesgo, mas es honra y esencia de la democracia correr ese riesgo. Una democracia que no sea capaz de afrontarlo, no es merecedora de que se la defienda.

3

Dado que la democracia es por naturaleza profunda libertad y libertad significa tolerancia, no existe forma alguna de gobierno más favorecedora de la ciencia que la democracia, la ciencia sólo puede desarrollarse cuando es libre. Ser libre quiere decir no sólo no estar sometida a influencias externas, esto es, políticas, sino ser libre interiormente: que impere una total libertad en su juego de

argumentos y objeciones. No existe doctrina que pueda ser eliminada en nombre de la ciencia, pues el alma de la ciencia es la tolerancia.

Comencé este estudio con el interrogante: "¿qué es la justicia?"

Ahora, al llegar a su fin, me doy perfectamente cuenta que no lo he respondido. Mi disculpa es que en este caso me hallo en buena compañía. Sería más que presunción de mi parte hacerles creer a mis lectores que puedo alcanzar aquello que no lograron los pensadores más grandes. En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.



DERECHO I

Delimitación conceptual.-



DERECHO I

- Aceptaciones del vocablo Derecho:
 - Designación de Impuestos
 - Ciencia del Derecho
 - Derecho subjetivo o Facultad Jurídica
 - Designación de leyes o normas



DERECHO I

- Aceptaciones del vocablo Derecho:
 - Derecho como Ordenamiento (conjunto de normas)
 - Derecho como Fenómeno Social (nace para el efecto de regular la conducta entre los individuos)
 - Derecho como Valor (Al servicio de los valores)
 - Derecho como Argumentación (normas que se materializan a través del lenguaje)



DERECHO I

- Concepto de Derecho:

Desarrollar un concepto o definición de derecho según lo que entendamos del mismo



DERECHO I

- Concepto de Derecho:

“Sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social”



DERECHO I

- Concepto de Derecho:
 - Sistema de normas: (es un conjunto sistematizado y jerarquizado de reglas de conducta)
 - Coercibles (Susceptible de ser aplicado por la fuerza en caso de inobservancia y se diferencia de las morales)
 - Que rigen la convivencia social (objeto del derecho, la conducta humana en su interferencia intersubjetiva)



DERECHO I

- Concepto de Derecho:

“Es el conjunto de normas que imponen deberes y confieren facultades, que establecen las bases de convivencia social y cuyo fin es dotar a todos los miembros de la sociedad de los mínimos de seguridad, certeza, igualdad, libertad y justicia”

Pereznieto y Castro Leonel, Ledesma Mondragón Abel, Introducción al estudio de Derecho



DERECHO I

- Concepto de Derecho:

“Es la ciencia que regula la conducta del hombre, utilizando como instrumento la norma jurídica basada en la equidad y la justicia, de manera coercible, para evitar la conducta antijurídica, y preservar el bien común dentro de la sociedad”



DERECHO I

- Fin perseguidos con el Derecho:
 - Justicia
 - Seguridad
 - Paz
 - Bien Común



DERECHO I

- Clases de Derecho:
 - Derecho Publico (Tiene el objetivo de regular los vínculos que se establecen entre los individuos y las entidades de carácter privado con los Órganos relacionados al poder público, siempre que éstos actúen amparados por sus potestades públicas legítimas y en base a lo que la ley establezca)
- (Procesal – Constitucional – Administrativo - Internacional)



DERECHO I

- Clases de Derecho:
 - Derecho Privado (Son las normas que regulan las relaciones jurídicas entre personas legalmente consideradas y encontradas en situación de igualdad)
(Civil – Mercantil - Internacional)



DERECHO I

- Clases de Derecho:
 - Derecho Social (Conjunto de normas jurídicas que regulan la protección de las de nominadas contingencias sociales)
(Laboral– Sindical- Ecológico)

Código Civil
y Comercial
de la Nación

Estructura del CC y Com.

Esquema de estudio de la materia Derecho Privado I de la TGE, en relación al CCyCom.



TECNICATURA EN,
**GESTIÓN
EMPRESARIAL**

FCE-UNRC

+54 0358 - 4676774 | @rofce.unrc.edu.ar | www.fce.unrc.edu.ar

The banner features a collage of images on the left showing people in a business setting. On the right, there is the FCE-UNRC logo and social media icons for Facebook, Twitter, and Instagram.

DERECHO PRIVADO I

VIGENCIA

- LA LEY 26944, FUE SANCIONADA EL 1 OCTUBRE DE 2014 Y PROMULGADA EL 7 DE OCTUBRE DE 2015.
- POR LEY 29077 DEL 19/12/2014 SE ADELANTO SU VIGENCIA PARA EL 1/08/2015.

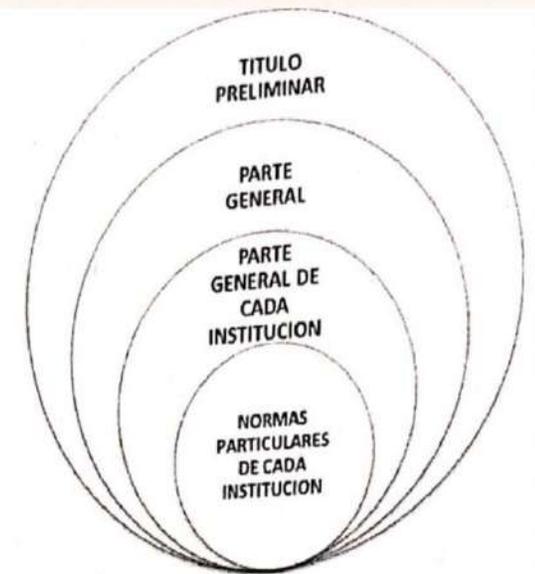
METODO DE CC Y COM

El método de las normas o los códigos es el ordenamiento sistemático y clasificador de las instituciones que dicho cuerpo regula. El propósito de la metodología como técnica legislativa es brindar coherencia y orden al universo de instituciones y normas de un instrumento jurídico.

La metodología de una norma permite que sus enunciados normativos guarden organicidad y claridad como conjunto.

Es importante tener en cuenta que la ley 26944 también dispone de normas complementarias que van a modificar y derogar los ajustes establecidos por el CCyCom.

El CCyCom. consta de un Título Preliminar, y seis libros, a lo largo de 2671 artículos.



CUADRO GENERAL DEL CCYCom

UBICACIÓN GENERAL DEL ARTICULADO

La parte general está contenida en el Libro Primero, a lo largo de cinco títulos, que respectivamente tratan de la persona humana, la persona jurídica, los bienes, los hechos y actos jurídicos, y la transmisión de los derechos.

PLANO GENERAL DE LA ESTRUCTURA



TITULO PRELIMINAR (ARTS. 1 A 18)

CAPITULO 1: DERECHO.

Art. 1º Fuentes y aplicación.

Art 2º Interpretación

Art. 3º Deber de resolver

CAPÍTULO 2: LEY

Art. 4º. *Ámbito subjetivo*

Art. 5º. *Vigencia*

Art 6º. *Modo de contar los intervalos del derecho*

Art. 7º. *Eficacia temporal*

Art. 8º. *Principio de Inexcusabilidad*

CAPÍTULO 3: EJERCICIO DE LOS DERECHOS

Art 9º. *Principio de buena fe*

Art 10. *Abuso del derecho*

Art 11. *Abuso de posición dominante*

Art 12. *Orden Público. Fraude a la ley*

Art 13. *Renuncia*

Art 14. *Derechos individuales y de incidencia colectiva*

CAPÍTULO 4: DERECHOS Y BIENES

Art 15. *Titularidad de derechos*

Art 16. *Bienes y cosas*

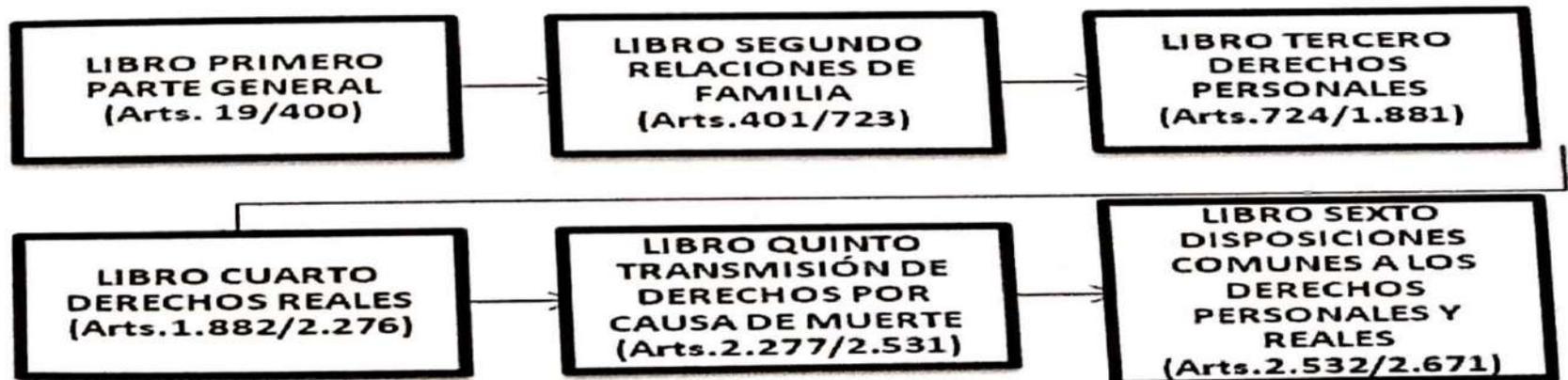
Art 17. *Derechos sobre el cuerpo humano*

Art 18. *Derechos de las comunidades indígenas*

CUADRO GENERAL DEL CCYCom

A su vez, sus seis libros tienen la siguiente disposición:

LIBROS



QUE VAMOS A ESTUDIAR EN DERECHO PRIVADO I DE LA T G E

TITULO PRELIMINAR (arts. 1 a 18)

UNIDAD UNO: CAPITULOS I, II, y III (arts. 1 a 14)

*** Importante: la constitucionalización del derecho privado (con el CCyCom.)**

QUE VAMOS A ESTUDIAR EN DERECHO PRIVADO I DE LA T G E

LIBRO PRIMERO: PARTE GENERAL (ARTS. 19 A 400)

UNIDAD DOS: **TITULO I.** Persona humana (arts. 19 a 140) – Derechos personalísimos (CN y art. 51 y cc) - **TITULO II.** Persona jurídica (arts. 141 a 224)

UNIDAD TRES: **TITULO I.** Capacidad de la persona Humana (arts. 22 y siguientes)

UNIDAD CUATRO: **TITULO IV.** Hechos y actos jurídicos (arts. 257 a 397)

UNIDAD CINCO: **TITULO PRELIMINAR.** CAP. 4 “derechos y bienes” arts. 15 a 18) y **TITULO III.** Bienes (arts. 225 a 241)

QUE VAMOS A ESTUDIAR EN DERECHO PRIVADO I DE LA T G E

LIBRO TERCERO: DERECHOS PERSONALES (ARTS. 724 A 1881)

UNIDAD SEIS: TITULO I. Obligaciones en general (arts. 724 a 956).

TITULO V. Otras fuentes de las obligaciones (arts. 1708 a 1881)

QUE VAMOS A ESTUDIAR EN DERECHO PRIVADO I DE LA T G E

LIBRO CUARTO: DERECHOS REALES (ARTS. 1882 A 2276)

UNIDAD SIETE: TITULOS I a XIII.

**LIBRO SEIS: DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS
PERSONALES Y REALES (ARTS. 2532 A 2671)**

UNIDAD SIETE (ultima parte): TITULOS I a IV.

QUE VAMOS A ESTUDIAR EN DERECHO PRIVADO I DE LA T G E

CC Y COM. Y LEYES ESPECIALES

UNIDAD OCHO: CC y Com. y LEYES ESPECIALES (ejemplo: LS 19550 y LDC 24240)