

# Introducción a la Teoría del Derecho

---

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA  
COMISIÓN SECTORIAL DE ENSEÑANZA

---

Gianella Bardazano  
Ricardo Marquisio  
(coordinadores)



UNIVERSIDAD  
DE LA REPÚBLICA  
URUGUAY



comisión sectorial  
de enseñanza





Gianella Bardazano • Ricardo Marquisio  
(coordinadores)

# Introducción a la Teoría del Derecho

Bardazzano, Gianella; Marquisio, Ricardo (Coords.)

Introducción a la teoría del derecho / Gianella Bardazano (Coord.); Ricardo Marquisio (Coord.)  
Montevideo: Universidad de la República. Comisión Sectorial de Enseñanza, 2022.

211 p. -- (Manuales didácticos / Comisión sectorial de Enseñanza)

**ISBN: 978-9974-0-1845-7**

1. DERECHO

2. TEORÍA DEL DERECHO

I. Bardazzano, Gianella (Coord.) II. Marquisio, Ricardo (Coord.)

CDD: 340.1

La publicación de este libro fue realizada con el apoyo de la Comisión Sectorial de Enseñanza (CSE) de la Universidad de la República.



Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 3.0, Gianella, Bardazano; Ricardo, Marquisio [2021].  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/es/>

Comunicación y Publicaciones, CSE, Udelar  
José Enrique Rodó 1854. Montevideo CP 11200  
Tels.: (+598) 2408 0912, (+598) 2408 2906  
Telefax: (+598) 2409 77 20  
[www.cse.udelar.edu.uy](http://www.cse.udelar.edu.uy)  
[comunicacion@cse.udelar.edu.uy](mailto:comunicacion@cse.udelar.edu.uy)

ISBN: 1234567891000

**Coordinación editorial:** Vanesa Sanguinetti  
**Corrección de estilo:** Lucía Marroco Martínez  
**Diseño de tapa:** Gabriela Pérez Caviglia  
**Diagramación:** Levy Apolinar

# Índice

Introducción .....	11
--------------------	----

## PARTE I

CONOCIMIENTO DEL DERECHO .....	13
--------------------------------	----

### CAPÍTULO 1

<b>Epistemología Jurídica por Gianella Bardazano .....</b>	<b>15</b>
--	-----------

1. Introducción .....	15
-----------------------	----

2. Un panorama del debate acerca del objeto y los propósitos de la teoría del derecho.....	16
--	----

3. Análisis del lenguaje .....	17
--------------------------------	----

3.1. Niveles del lenguaje del derecho.....	18
--	----

3.2. Algunas notas sobre el lenguaje del derecho.....	18
---	----

3.2.1. Sintaxis, semántica, pragmática.....	19
---	----

3.2.2. Las perplejidades asociadas a la fuerza de los enunciados lingüísticos.....	19
--	----

3.2.3. Las perplejidades asociadas al sentido de las palabras y enunciados.....	21
---	----

3.2.4. La ambigüedad.....	21
---------------------------	----

3.2.5. La vaguedad y la textura abierta.....	21
--	----

4. Acerca de la interpretación del derecho.....	22
---	----

4.1. ¿Qué es interpretar?.....	22
--------------------------------	----

4.2. ¿Cuál es el objeto de la interpretación?.....	23
--	----

4.3. Concepciones de la interpretación.....	23
---	----

4.3.1. Teoría cognitiva, teoría escéptica y teoría intermedia.....	23
--	----

4.3.2. Constructivismo, intencionalismo y escepticismo .....	24
--	----

5. Teoría del derecho y dogmática jurídica: distinción.....	25
---	----

5.1. Introducción.....	25
------------------------	----

5.2. Breve referencia acerca de las teorías descriptivas y normativas de la dogmática jurídica.....	25
--	----

Lectura seleccionada.....	27
---------------------------	----

Algunas lecturas recomendadas.....	30
------------------------------------	----

Para seguir reflexionando .....	30
---------------------------------	----

Referencias bibliográficas .....	31
----------------------------------	----

Material jurídico normativo.....	32
----------------------------------	----

### CAPÍTULO 2

<b>Modelos de enseñanza del derecho por Gianella Bardazano.....</b>	<b>33</b>
---	-----------

1. Introducción: en las aulas de las escuelas de derecho se gesta la cultura jurídica.....	33
--	----

1.1. Panorama general de los modelos de enseñanza del derecho.....	34
--	----

2. La matriz formalista.....	36
2.1. Aspectos generales.....	36
2.2. Acerca de la enseñanza del derecho en el marco del formalismo jurídico.....	37
3. Realistas norteamericanos: el derecho en acción o pensar como un abogado.....	38
4. CLS: politizar el aula.....	40
5. Las tensiones del presente.....	41
Lectura seleccionada.....	43
Algunas lecturas recomendadas.....	45
Para seguir reflexionando.....	45
Referencias bibliográficas.....	45

### CAPÍTULO 3

<b>Crítica de la ideología jurídica por Lucía Giudice.....</b>	<b>47</b>
1. Introducción.....	47
2. La noción de ideología aplicada al análisis del fenómeno jurídico.....	49
3. Los desarrollos de la Teoría Crítica Jurídica.....	50
4. Análisis de la ideología judicial.....	55
5. A modo de conclusión: los aportes de la Crítica de la Ideología Jurídica.....	60
Lectura seleccionada.....	62
Algunas lecturas recomendadas.....	62
Para seguir reflexionando.....	63
Referencias bibliográficas.....	64
Material jurídico normativo.....	64

### PARTE II

<b>LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO.....</b>	<b>65</b>
--	-----------

### CAPÍTULO 4

<b>Teoría de los Sistemas Jurídicos y las Fuentes del Derecho por Lucía Giudice.....</b>	<b>67</b>
1. Introducción.....	67
2. Representaciones del derecho como sistema.....	68
2.1. Representación sistemática o representación de los sistemas jurídicos como sistemas normativos.....	68
2.2. Representación del sistema en sentido estricto o del sistema como un sistema coactivo.....	70
2.3. Representación del sistema como orden jurídico institucionalizado o sistema dinámico.....	71
3. Algunos problemas en los sistemas jurídicos: coherencia y completitud.....	74
4. Las fuentes del derecho.....	75
4.1. Algunas distinciones preliminares.....	76
4.2. Concepciones de las fuentes.....	77
4.2.1. Concepción que entiende las fuentes como el origen de la juridicidad de ..	

las normas. Noción “formal” de fuentes del derecho .....	78
4.2.2. Concepción que entiende que las fuentes son las normas jurídicas vistas por su origen .....	79
4.2.2.1. La concepción de las fuentes del derecho en la teoría .....	80
5. Algunas reflexiones finales sobre la teoría de las fuentes del derecho .....	80
Lectura seleccionada.....	82
Algunas lecturas recomendadas.....	83
Para seguir reflexionando .....	83
Referencias bibliográficas .....	83
Material jurídico normativo.....	84
CAPÍTULO 5	
<b>Teoría de las Normas por Lucía Giudice.....</b>	<b>85</b>
1. Introducción .....	85
2. Concepto de norma.....	86
2.1. Norma en sentido estricto.....	87
3. La distinción entre normas y principios.....	89
3.1. Caracterización de los principios .....	89
3.2. Discusión acerca de los principios como normas jurídicas .....	90
Lectura seleccionada.....	92
Algunas lecturas recomendadas.....	93
Para seguir reflexionando .....	93
Referencias bibliográficas .....	94
Material jurídico normativo.....	94
CAPÍTULO 6	
<b>Teoría de la aplicación del derecho por Gianella Bardazano.....</b>	<b>95</b>
1. Introducción .....	95
2. La “aplicación del derecho” explicada desde el punto de vista analítico .....	96
3. La aplicación jurisdiccional del derecho.....	97
3.1. El deber de resolver.....	98
3.2. El deber de fundar .....	98
3.2.1. Acerca del razonamiento judicial .....	99
3.3. Deber de aplicar el derecho.....	100
3.3.1. Pertenencia.....	100
3.3.2. Aplicación.....	101
4. Aplicación de principios constitucionales.....	101
Lecturas seleccionadas.....	103
Algunas lecturas recomendadas.....	104
Para seguir reflexionando .....	104
Referencias bibliográficas .....	105
Material jurídico normativo.....	105

PARTE III

TEORÍAS PARTICULARES DEL DERECHO..... 107

CAPÍTULO 7

**Teorías de la argumentación por Nathalie Bonjour..... 109**

- 1. Introducción ..... 109
- 2. Los orígenes ..... 110
- 3. Otros aportes fundamentales ..... 111
- 4. Las teorías estándar de la argumentación ..... 114
  - 4.1. La teoría de MacCormick ..... 114
  - 4.2. La teoría de Alexy ..... 115
    - 4.2.1. Discurso jurídico ..... 116
    - 4.2.2. Reglas y formas del discurso práctico general ..... 117
- 5. Una posible síntesis ..... 117
- 6. Apuntes sobre los hechos ..... 117
- Lectura seleccionada ..... 119
- Algunas lecturas recomendadas ..... 119
- Para seguir reflexionando ..... 117
- Referencias bibliográficas ..... 120
- Material jurídico normativo ..... 121

CAPÍTULO 8

**Teorías de la legislación..... 123**

- 1. Introducción ..... 123
- 2. Teorías de la legislación y Técnica legislativa ..... 123
- 3. Antecedentes y orígenes de los contemporáneos estudios sobre legislación ..... 124
- 4. Algunos problemas de la legislación en las sociedades contemporáneas ..... 126
- 5. Algunas reflexiones en el marco de la teoría de la legislación ..... 127
  - 5.1. El enfoque de los niveles de racionalidad de Manuel Atienza y otros enfoques cercanos ..... 127
  - 5.2. Sobre la relación entre la teoría de la legislación y la razón práctica. La teoría “formal normativa” de García Amado ..... 130
  - 5.3. El enfoque a partir de los desacuerdos. Las reflexiones de Jeremy Waldron. 132
- Lectura seleccionada ..... 135
- Algunas lecturas recomendadas ..... 135
- Para seguir reflexionando ..... 135
- Referencias bibliográficas ..... 136
- Material jurídico normativo ..... 136

## CAPÍTULO 9

<b>Teorías de la Justicia por Nathalie Bonjour</b> .....	137
1. Introducción .....	137
2. La cuestión de la justicia social.....	137
3. El problema de la justicia social antes de Rawls.....	138
4. La teoría de la justicia de Rawls.....	138
5. Propuestas alternativas.....	142
Lecturas seleccionadas.....	144
Algunas lecturas recomendadas.....	148
Para seguir reflexionando .....	148
Referencias bibliográficas .....	148

## PARTE IV

### PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO... 151

## CAPÍTULO 10

<b>Naturaleza, validez y normatividad del derecho por Ricardo Marquisio</b> .....	153
1. Introducción .....	153
2. Naturaleza, validez, normatividad .....	154
3. Iusnaturalismo.....	155
4. Positivismo Jurídico.....	159
5. Realismo Jurídico.....	165
Lectura seleccionada.....	167
Algunas lecturas recomendadas.....	169
Para seguir reflexionando .....	169
Referencias bibliográficas .....	170

## CAPÍTULO 11

<b>Moral y Derecho: la discusión contemporánea por Ricardo Marquisio</b> .....	171
1. Introducción .....	171
2. El debate Hart-Dworkin .....	172
2.1. El giro hermenéutico de H.L.A. Hart.....	172
3. Ronald Dworkin y el derecho como integridad.....	177
3.1. El primer Dworkin: el papel de los principios en la práctica jurídica.....	177
3.2. El segundo Dworkin: el derecho como integridad .....	178
3.3. El tercer Dworkin: El derecho como moral institucional.....	182
4. El positivismo contemporáneo.....	185
4.1. Positivismo inclusivo .....	186
4.2. Positivismo excluyente .....	188
5. Iusnaturalismo contemporáneo .....	190
5.1. Tesis del positivismo y la teoría del derecho natural.....	191
Lectura seleccionada.....	193

Algunas lecturas recomendadas.....	196
Para seguir reflexionando.....	196
Referencias bibliográficas.....	197
Material jurídico normativo.....	197

## CAPÍTULO 12

<b>La obligatoriedad del derecho por Ricardo Marquisio .....</b>	<b>199</b>
1. Introducción .....	199
2. La autoridad práctica.....	200
3. ¿Hay una obligación moral de cumplir con el derecho?.....	202
4. Desobediencia civil y objeción de conciencia.....	205
Lectura seleccionada.....	209
Algunas lecturas recomendadas.....	210
Para seguir reflexionando.....	210
Referencias bibliográficas.....	210

# Introducción

Esta obra fue realizada a partir de un llamado, realizado en 2017 por la Comisión Sectorial de Enseñanza de la Universidad de la República, para la confección de manuales didácticos. El texto se elaboró siguiendo el programa de la unidad curricular Teoría del Derecho, incluida en el plan de la carrera Abogacía, que comenzó a regir en 2016 para los alumnos de la Facultad de Derecho. Su objetivo es proporcionar un texto de referencia que incluya una cobertura panorámica de los contenidos de la asignatura y, al mismo tiempo, funcione como catalizador de la profundización de los temas abordados, según las orientaciones específicas de cada docente y las diversas inquietudes intelectuales de los estudiantes.

La teoría del derecho no es presentada aquí como una disciplina “autosuficiente” sino como un amplio y heterogéneo ámbito de conocimiento, conectado con múltiples áreas de interés: la decisión judicial, la dogmática, la filosofía moral y política, y las ciencias sociales, entre otras. Se ha pretendido una introducción contemporánea, plural y práctica. Los temas son abordados a partir de casos jurídicos, sentencias judiciales, episodios históricos o temas de debate público que se han tomado como disparadores. Al final de cada capítulo se seleccionan y recomiendan lecturas, y se presentan problemas para la reflexión y autoevaluación de los estudiantes.

La obra recoge las principales líneas de trabajo de la teoría y filosofía del derecho contemporánea. La primera parte (capítulos 1, 2 y 3) abarca las nociones básicas para la aproximación al derecho como objeto de conocimiento: la epistemología jurídica, los distintos modelos de enseñanza del derecho y la crítica de la ideología jurídica. La segunda parte (capítulos 4, 5 y 6) tiene como eje la dimensión institucional del derecho y comprende las teorías de los sistemas jurídicos y las fuentes sociales, las normas y la aplicación del derecho. En la tercera parte (capítulos 7, 8 y 9) se presenta una aproximación a algunas de las más relevantes teorías particulares sobre las instituciones jurídicas: la práctica argumentativa, la teoría de la legislación y la justicia social. En la cuarta parte, se abordan las cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho: la naturaleza, validez y normatividad del derecho, la relación entre la moral y el derecho, la obligación de cumplir con las normas jurídicas.



# Parte 1

## Conocimiento del derecho



# Epistemología Jurídica

Gianella Bardazano

## 1. Introducción

Mientras se culmina la redacción de esta obra, un país latinoamericano vive la peculiar situación de tener dos presidentes de la república o, más exactamente, dos políticos que se atribuyen esa condición. Nicolás Maduro, que ha ejercido la presidencia de Venezuela desde 2013 y resultó triunfador en las elecciones de mayo de 2018, juró nuevamente en el cargo el 10 de enero de 2019, ante el Tribunal Supremo. A su vez, el 23 del mismo mes, Juan Gaudió, un diputado designado presidente de la Asamblea Nacional, de mayoría opositora, se proclamó presidente de Venezuela. La situación es el resultado de un largo y complejo conflicto político en la que el derecho juega un papel de evidente importancia.

En efecto, los involucrados en esta disputa y sus partidarios tienen, pese a sus enormes diferencias, una coincidencia relevante: justifican sus pretensiones (contrapuestas) de legitimidad en el derecho vigente de Venezuela. Maduro funda su legitimidad en las últimas elecciones presidenciales, constitucionalmente previstas, en las cuales se impuso por una clara mayoría de votos. Guaidó, por su parte, sostiene la ilegitimidad de estas elecciones y afirma que la Constitución venezolana, en su art. 223 —que prevé distintas hipótesis de acefalía y abandono del cargo— lo mandata a asumir interinamente la presidencia hasta la realización de una nueva elección. En lo interno, mientras Maduro controla el Poder Ejecutivo y las Fuerzas Aéreas, y es respaldado por el Tribunal Supremo y la Asamblea Constituyente, Guaidó cuenta con el respaldo de la Asamblea Nacional. En lo externo, cada uno de ellos invoca el reconocimiento de distintos países y se discute quién es el presidente legítimo también desde el punto de vista del derecho internacional.

Estamos ante un caso de pretensiones sociales radicalmente contrapuestas que invocan como fundamento una misma práctica institucional a la que reconocemos como “derecho”. La teoría del derecho constituye una aproximación (o un conjunto de aproximaciones diversas y a veces contrapuestas) al objeto “derecho”. El conflicto de “los dos presidentes” permite ilustrar algunos de los problemas fundamentales de los que se ocupa. Uno de ellos es la posibilidad del conocimiento del derecho. ¿Existe un método o procedimiento científico para determinar lo que establece el derecho venezolano? Otro refiere a la propia delimitación del objeto de la teoría. ¿Hay un solo concepto de derecho aplicable a todas las sociedades, de manera que las categorías analíticas relevantes son las mismas para países tan diferentes como Venezuela, Estados Unidos y Siria? Otros de los temas relevantes refieren a la interpretación del lenguaje en que se expresa el derecho. ¿Existen interpretaciones objetivas o *correctas* de enunciados jurídicos como “presidente legítimo” o “abandono del cargo”? La teoría del derecho es autorreflexiva en tanto también se ocupa de su propio sentido o propósito. ¿Se trata de describir las prácticas jurídicas en términos valorativamente

neutrales? ¿O debe constituir un propósito de la teoría el ocuparse de cómo deberían ser esas prácticas, de acuerdo a valores que puedan justificadamente atribuírseles?

Este capítulo presenta una selección de algunas de las respuestas teóricas a los problemas relacionados con el conocimiento del derecho<sup>1</sup>. La elección de los aspectos y perspectivas que se desarrollan se orienta en base al programa de la unidad curricular *Teoría del Derecho*, correspondiente al plan de estudios 2016. En ese sentido, temas como el análisis del lenguaje, interpretación y teorización, y la distinción entre teoría del derecho y dogmática jurídica constituyen los asuntos que estructuran el capítulo sobre epistemología jurídica.

## 2. Un panorama del debate acerca del objeto y los propósitos de la teoría del derecho

Las posibilidades clasificatorias de las teorías del derecho exceden los propósitos de un manual. De todas maneras, se incluye una lista con tipos de teorías divididas en tres categorías, según los propósitos que persigue cada una (Bix, 2006, pp. 17-22):

a. Teorías puramente descriptivas. Una teoría se considera descriptiva si su propósito es dar cuenta de cuál es el caso. Para ello, ofrece datos, es decir, presenta un relevamiento de las prácticas o instituciones.

b. Teorías analíticas o conceptuales. Este tipo de teorías se propone formular proposiciones acerca de la naturaleza o esencia de una práctica o institución. Si bien este tipo de teorías pretende describir las prácticas, no se consideran “puramente” o “meramente” descriptivas en tanto ofrecen algo más que un reporte de observaciones.

c. Teorías normativas, prescriptivas o críticas. Estas teorías ofrecen argumentos acerca de cómo deberían ser las prácticas o instituciones.

A pesar de que se acepta la distinción entre descripción y prescripción, la literatura exhibe aproximaciones teóricas al derecho que no pueden clasificarse rigurosamente en un tipo u otro. Ello se relaciona estrechamente con el problema de la naturaleza del derecho o, en otras palabras, con las distintas concepciones acerca del derecho. En ese sentido, la teoría del derecho es entendida y desarrollada de modos distintos, conforme sea la delimitación o demarcación de su objeto y los métodos que se entienden adecuados para ocuparse de él. (Bayón, 2012)

Al interior de la tradición analítica, desde Austin al presente, se ha mantenido la idea de que la naturaleza del derecho (identificar las propiedades necesarias o esenciales) se explica mediante una teoría del derecho que tiene las características de ser descriptiva (cuyo propósito es dar cuenta de lo que el derecho es) y general (busca esclarecer los rasgos comunes a todo derecho y no a uno en particular) (Bayón, 2012, pp. 17-18). En efecto, varias de las principales teorías del derecho contemporáneas asumen que el carácter descriptivo y general es la forma correcta de entender la teoría del derecho y su desarrollo. Esa perspectiva del propósito de la teoría está, a su vez, asociada al positivismo jurídico.

Bayón (2012) advierte que la contraposición básica entre teorías descriptivas y normativas del derecho asume la posibilidad de una distinción nítida y, por tanto, sugiere

1 Advertimos que, especialmente, lo relativo a la interpretación del derecho está estrechamente vinculado a los contenidos del capítulo 6 que trata sobre la aplicación del derecho. Por lo tanto, se recomienda su lectura conectada.

una homogeneidad que no es tal en el panorama de los debates actuales de la teoría del derecho. En ese sentido, identifica al menos cuatro formas de entender la teoría del derecho descriptiva y tres formas de entender la idea de una teoría normativa.

Con relación a las cuatro formas de entender la teoría del derecho descriptiva, la noción más simple o ingenua sostiene la posibilidad de captar la naturaleza del derecho tal como es, sin que para ello sea necesario recurrir a ningún tipo de juicio de valor, de modo de ofrecer una suerte de mínimo común denominador sin valor explicativo entre los objetos a los que denominamos “derecho” o que históricamente han sido considerados como tales (Bayón, 2012, pp. 20-21). Un segundo tipo considera que una teoría con potencial explicativo necesita recurrir a valoraciones (sin que ello suponga adoptar un punto de vista moral o perseguir un propósito justificativo) para dar cuenta de aquello que es significativo y, por tanto, constitutivo de la naturaleza del derecho: “(...) mientras se entienda que una teoría del derecho «indirectamente valorativa» se mantiene moralmente neutral tendría sentido seguir catalogándola como esencialmente descriptiva, por más que en algún sentido se esté admitiendo que se trata de una empresa orientada valorativa o normativamente” (Bayón, 2012, pp. 21-22). En un tercer sentido, la teoría descriptiva adoptaría un “giro naturalista” para tomar herramientas de las ciencias sociales y abocarse a una investigación empírica, a partir de la asunción de la improductividad del análisis conceptual. En un cuarto sentido, puede identificarse una forma de entender la teoría descriptiva con pretensiones metafísicas, en la que el derecho es entendido como una “clase funcional”, de modo que la tarea de dar cuenta de su naturaleza sería análoga a la de descubrir —tal como los científicos lo hacen con su equivalente (las “clases naturales”)— la naturaleza del tipo de objeto que son el referente de los conceptos (Bayón, 2012, p. 23).

En cuanto a las teorías normativas, el primer sentido remite a una teoría cuyo propósito es recomendar cuál debería ser nuestro concepto de derecho, teniendo en cuenta las consecuencias morales que tendría adoptarlo. En un segundo sentido, la teoría normativa asume que no hay un único concepto de derecho sino varios parcialmente diferentes. En otras palabras, adopta como punto de partida el carácter indeterminado de nuestro concepto de derecho, por lo que existiría un margen de decisión en la adopción del concepto de derecho, sobre la base de razones de naturaleza moral y política (Bayón, 2012, p. 24). Finalmente, el sentido más fuerte de la teoría normativa entiende que solo es posible analizar el concepto de derecho si se desarrolla una argumentación moral o política de carácter sustantivo. Bayón afirma:

la recta comprensión de qué es el derecho tendría que basarse en una captación acertada de cuál es su fin o propósito que le conferiría valor moral, con el resultado de hacer del análisis conceptual del derecho una parte de la filosofía moral o política. (Bayón, 2012, p. 25).

### 3. Análisis del lenguaje

Asumiendo una perspectiva analítica, entre las tareas centrales de la teoría del derecho se encuentra esclarecer las características del aparato conceptual y los métodos empleados por los juristas (teoría de la ciencia del derecho), así como las características del razonamiento y la fundamentación de las decisiones judiciales (teoría de la decisión judicial). De este modo, previo a la presentación de los modelos de ciencia jurídica y de

las concepciones de la interpretación del derecho, se incluyen algunas nociones generales relacionadas con el análisis del lenguaje y del lenguaje normativo en particular. Ese es el objetivo del presente apartado.

### 3.1. Niveles del lenguaje del derecho

Cuando una investigación se realiza acerca de un lenguaje, este es denominado *lenguaje objeto* y el lenguaje en el cual se formulan los enunciados resultantes de la investigación es denominado *metalenguaje*. A su vez, los enunciados resultantes de dicha investigación pueden ser objeto de estudio y los resultados de dicho estudio expresarse en un segundo metalenguaje de nivel superior. Teóricamente, la cadena de metalenguajes es infinita. A los efectos de abordar aspectos de la reflexión teórica acerca de la interpretación jurídica, nos bastará con identificar algunos, para luego ir complejizando el abordaje de estos temas vinculados al conocimiento del derecho.

En una aproximación muy simple, consideraremos como lenguaje objeto el constituido por los materiales normativos, entendidos como las formulaciones normativas promulgadas por las autoridades normativas. En definitiva, es el lenguaje de las fuentes del derecho. Los enunciados que formulan los juristas acerca de ese lenguaje objeto constituye, entonces, un metalenguaje que podrá ser calificado de descriptivo o prescriptivo, según los propósitos y resultados de la investigación que los juristas realicen respecto de los materiales normativos.

Puede aclararse la afirmación anterior recordando la distinción de Kelsen (1960) entre normas y enunciados jurídicos, en la que las *normas* pueden caracterizarse, de un modo muy general, como el contenido de sentido de enunciados producidos por un acto de voluntad que recibe su significación jurídica de otra norma y los *enunciados jurídicos* pueden caracterizarse como las descripciones que hacen los juristas de esas normas. La ciencia del derecho desde esta perspectiva se presenta como un metalenguaje descriptivo de normas.

A su vez, el lenguaje de los juristas acerca de su objeto de estudio puede expresarse a través de enunciados normativos, es decir, constituirse como un metalenguaje prescriptivo. Las consideraciones acerca del modelo dogmático de conocimiento del derecho que se desarrolla en el apartado 5 de este capítulo, especialmente lo relativo a las construcciones jurídicas, constituyen un ejemplo de ello.

La posibilidad de distinguir, como viene de decirse, entre metalenguajes descriptivos y prescriptivos, constituye una instancia de un metalenguaje de segundo nivel. En este segundo nivel pueden situarse, entonces, los enunciados de la teoría de la ciencia jurídica y los enunciados de la teoría de la interpretación que, a su vez, desde un metalenguaje de tercer nivel (o metateoría) podrán analizarse y calificarse como descriptivos o prescriptivos según el tipo de teoría de la cual sean un desarrollo.

### 3.2. Algunas notas sobre el lenguaje del derecho

Los enunciados lingüísticos constitutivos del lenguaje objeto al que hicimos referencia son formulados en lenguaje natural, cuya riqueza significativa permite la comunicación de información, de emociones, de órdenes, ruegos o pedidos, así como la operacionalización de cambios en el mundo. El éxito en el desempeño de estas funciones se articula, entre otras

cosas, con la incidencia en la comunicación de algunas características del lenguaje natural<sup>2</sup>, como la ambigüedad y la vaguedad. Por tratarse de aspectos del lenguaje que inciden en la actividad de los intérpretes del derecho, se presentan a continuación algunas de sus características generales.

### 3.2.1. *Sintaxis, semántica, pragmática*

De un modo muy general, puede decirse que la sintaxis estudia los signos con independencia de su significado, es decir, poniendo el foco en las relaciones entre los elementos del lenguaje, su forma de combinación y las distintas estructuras que conforman el lenguaje. La semántica se ocupa del significado y la pragmática de la relación entre los signos y sus usuarios o entre el lenguaje y los hablantes. La pragmática, más precisamente, se relaciona con el estudio de los fenómenos vinculados al uso, de modo que el análisis de las fuerzas ilocutivas asociadas a los diferentes tipos de actos lingüísticos puede ubicarse en este terreno (García Carpintero, 1996, p. 13).

En la dimensión pragmática se sitúa la distinción entre las funciones o usos del lenguaje, la distinción entre fuerza y significado de las expresiones lingüísticas y, en general, el enfoque de los filósofos del lenguaje ordinario (Carrió 1994, pp. 19-22). En cuanto a la cuestión del significado de las palabras, la adopción de una actitud analítica en la reflexión se centra en el estudio de la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta del lenguaje ordinario, que están en la base de los problemas de la interpretación jurídica (Palomino, 1993, p. 354).

### 3.2.2. *Las perplejidades asociadas a la fuerza de los enunciados lingüísticos*

En una clasificación básica, se puede distinguir el uso del lenguaje del siguiente modo: el uso descriptivo (se caracteriza por el propósito de informar acerca de fenómenos o estados de cosas y se expresa canónicamente mediante enunciados lingüísticos asertivos), el uso expresivo del lenguaje (se caracteriza por el propósito de exteriorizar sentimientos, emociones o estados internos del hablante), el uso directivo del lenguaje (se caracteriza por el propósito de influir o motivar a otro para que se comporte de determinada manera) y el uso operativo (performativo o realizativo) del lenguaje (la preferencia del enunciado supone, en las circunstancias apropiadas, la realización de una acción; consiste en hacer algo con las palabras, para generar un cambio o una transformación en las relaciones entre los sujetos, entre los sujetos y las cosas, o en el estatus de los sujetos) (Carrió, 1994, pp. 19-21; Austin, 1971, p. 75).

Ahora bien, la anterior clasificación se complejiza con miras a responder las preguntas asociadas a la perplejidad o duda por la fuerza de un enunciado lingüístico, al introducir

2 Los lenguajes naturales se distinguen de los lenguajes artificiales. A su vez, pueden clasificarse en técnicos y formales. Los lenguajes artificiales, por oposición a los naturales, no aparecen como dados a los hablantes de una comunidad lingüística, en el sentido de que los hablantes no intervienen individualmente de modo relevante en la conformación de las convenciones que constituyen los lenguajes naturales. Los lenguajes técnicos son, estrictamente, lenguajes naturales que contienen un elenco de términos o expresiones a los cuales se les atribuye un significado restringido, por medio de definiciones, de suerte de conferir al lenguaje de una mayor precisión. Los lenguajes formales, por su parte, se caracterizan por la reducción al máximo de la ambigüedad y la vaguedad o indeterminación propias de los lenguajes naturales eliminando los términos del lenguaje ordinario. Estos lenguajes, como la lógica formal y el álgebra, emplean exclusivamente “símbolos arbitrarios de cuyo significado se prescinde para dirigir la atención exclusivamente sobre las relaciones entre dichos símbolos, expresadas en fórmulas” (Guibourg, Ghigliani, Guarinoni, 1994, pp. 21-22).

la consideración de los usos mixtos. En estos usos, la forma gramatical canónica de un determinado uso está en función de una fuerza ilocucionaria que generalmente se asocia a otro uso. Entre las causas que hacen que la forma gramatical no brinde la respuesta definitiva a la pregunta por la fuerza de un enunciado, Carrió menciona el “significado emotivo” de las palabras, que se opone al “significado descriptivo” (Carrió, 1994, p.22). Puede ocurrir —como con las funciones o usos de los enunciados lingüísticos— que “en un contexto aparentemente descriptivo esas palabras llenas de carga emotiva nos jueguen una mala pasada” por tratarse de palabras “bivalentes”, esto es, palabras que en unos contextos funcionan descriptivamente y en otros lo hacen emotivamente (Carrió, 1994, pp. 24-25).

La referencia de Carrió a la noción de “definición persuasiva” de Stevenson en su obra de 1944 debe complementarse con una diferencia clave entre los positivistas lógicos y los filósofos del lenguaje ordinario. En efecto, la consideración de la bivalencia de los términos asociada al problema de la identificación de la fuerza ilocucionaria de los actos lingüísticos desafía la concepción restrictiva del significado sostenida por los positivistas lógicos. Para ellos, los únicos enunciados totalmente significativos eran las aseveraciones empíricamente verificables, mientras que los demás enunciados debían calificarse de emotivos y, por tanto, no significativos (Stevenson, 1971; Lyons, 1989, p. 661).

Si bien Carrió incluye al segundo Wittgenstein (1988) en la sección final de notas y comentarios a propósito del apartado de la Primera Parte referido a la textura abierta del lenguaje y en el apartado del texto referido a la ambigüedad, puede criticarse la insuficiencia de la clasificación de los usos o funciones del lenguaje presentada por Carrió (Carrió, 1994, pp. 29-48). En ese sentido, a pesar de reconocer la diversidad funcional de los enunciados lingüísticos, omite considerar que el dominio de un lenguaje natural no se adquiere solamente aprendiendo un conjunto de reglas acerca del empleo de dicha lengua en cada contexto u ocasión, sino participando en una multiplicidad de “juegos de lenguaje”, cada uno con su propia lógica interna y válido para un cierto tipo de contexto social o institucional. El lenguaje es una actividad gobernada por reglas que proveen criterios de uso, pero “dado que los usos que se explican y las expresiones que se usan como explicación forman parte del mismo lenguaje, no se puede identificar o reconocer independientemente una situación de las reglas que en ella rigen” (Narváez, 2004, p. 96). Identificar una situación como un juego lingüístico (o como un contexto) supone la competencia para identificar también los criterios o reglas que rigen dicha actividad o contexto.

La teoría de los juegos de lenguaje y la de los actos lingüísticos comparten la característica de asignar relevancia a la relación entre las funciones del lenguaje y los contextos sociales. A la vez, insisten en que todos los enunciados lingüísticos merecen atención por parte de los filósofos, y no solo los enunciados descriptivos (Lyons, 1989, p. 661; Wittgenstein, 1988). Sin abandonar la perspectiva analítica, puede señalarse que el análisis del contexto de producción y recepción del enunciado lingüístico integra la dimensión pragmática y se vincula con la atribución de sentido, y también con la identificación de la fuerza de una expresión. Lo anterior, a su vez, permite retomar como parte de lo contextual las “condiciones de cumplimiento” de todo acto ilocutivo. Dichas condiciones, a su vez, se dividen en condiciones preparatorias (quien ejecuta el acto debe tener autoridad o derecho para realizarlo), condiciones de sinceridad (si el hablante que ejecuta el acto lo hace de forma insincera incurre en abuso) y condiciones esenciales (el hablante se compromete, por la fuerza ilocutiva de su enunciación, a ciertas creencias o intenciones) (Austin, 1971, pp. 67-80; Searle, 1994, p. 69; Lyons, 1989, p. 669).

### 3.2.3. *Las perplejidades asociadas al sentido de las palabras y enunciados*

Algunas incertidumbres que impiden o frustran la comunicación se originan en el uso de las palabras generales. Dichas palabras cumplen la función de denotar el conjunto de entidades que tienen en común las propiedades por las cuales les aplicamos la misma palabra y la función de connotar dichas propiedades (Carrió, 1994, pp. 27-28). Esa distinción conceptual entre referencia y sentido en el uso de las palabras puede complicarse. Por ejemplo, no en todos los contextos son empleadas las mismas palabras para connotar las mismas propiedades y una misma palabra puede admitir diferentes criterios de aplicación (Carrió, 1994, pp. 28-29). Las palabras poseen, por tanto, extensión (la clase de entidades a las que la palabra se aplica correctamente) e intensidad (el conjunto de propiedades esenciales que determina la aplicabilidad de la palabra).

### 3.2.4. *La ambigüedad*

La denominada *ambigüedad léxica* constituye una de las consecuencias que en el habla puede tener el fenómeno intralingüístico de la polisemia de las palabras. Este fenómeno puede ocasionar dudas en el destinatario de un enunciado que contiene el término ambiguo. A su vez, estas dudas no necesariamente se eliminan a partir de la consideración del contexto y la situación (Carrió, 1994, p. 30). Como sugerencia para la superación del problema o su previsión, se ofrece la actitud analítica: “la precaución de precisar, en todos los casos posibles de duda, el sentido con que hemos empleado tal o cual palabra o expresión” (Carrió, 1994, p. 31).

Por otra parte, la ambigüedad sintáctica o gramatical suele generarse por el orden de los componentes de la frase u oración, es decir, cuando por razones estructurales, una frase u oración admite más de una interpretación. La ambigüedad pragmática, por su parte, puede generarse cuando un enunciado puede emplearse para cumplir diferentes actos de habla y en el contexto no está claro qué acto ha sido cumplido.

### 3.2.5. *La vaguedad y la textura abierta*

Otras veces la duda o incertidumbre en la interpretación o aplicación de las palabras no se origina en la multiplicidad de significados que admite una misma expresión, como en el caso de la ambigüedad, sino en la indeterminación del campo de aplicación de las palabras (Carrió, 1994, p. 31). Es decir, la vaguedad es un problema vinculado a la referencia y no al sentido, a la extensión, y no a la intensidad de los términos, que se manifiesta en aquellos casos en los que, ante la necesidad de decidir si un determinado objeto debe incluirse en determinada clase, dudaríamos (Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, 1994, p. 48). La vaguedad tiene lugar, por ejemplo, en ocasión de la aplicación o interpretación de una palabra general cuyo criterio de aplicación incluye la presencia de una propiedad que en los hechos se da en la forma de un continuo, como la altura, la temperatura, la edad y otros accidentes que se expresan mediante adjetivos relacionales (Carrió, 1994, p. 31). En el campo de aplicación de esas palabras pueden distinguirse casos centrales, típicos o fáciles, frente a los cuales no surgirían dudas respecto de la aplicación de la palabra, y casos claros u obvios que están excluidos de dicho campo y en los cuales nadie dudaría en no emplear la palabra en cuestión. Es en la zona intermedia (casos marginales, atípicos o difíciles) donde se plantean los problemas (Carrió, 1994, pp. 31-32). La propiedad o característica cuya presencia forma parte del criterio de aplicación de la palabra se manifiesta en los hechos

como un continuo o una gradualidad. Este fenómeno suele describirse recurriendo a la metáfora del foco de luz en el cual el tránsito entre la zona de claridad o total luminosidad y la oscuridad total presenta una zona de penumbra cuyos límites son imprecisos (Carrió, 1994, p. 34). Será la adopción que haga el hablante de un criterio lingüístico adicional lo que permitirá solucionar el problema. Es decir, la adopción de una decisión lingüística adicional que permita precisar el significado al determinar el campo de aplicación que, con los datos preexistentes, se presentaba indeterminado (Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, 1994, p. 48-49).

La vaguedad potencial de los lenguajes naturales, es decir, el hecho de que todas las palabras que empleamos son potencialmente vagas, fue denominada por Waismann “textura abierta del lenguaje” y refiere al mismo fenómeno que Carnap (1937) denomina “vaguedad intensional” (Carrió, 1994, p. 35). Wittgenstein también introduce las nociones de vaguedad y textura abierta cuando emplea la expresión “concepto de bordes borrosos”, pero —a diferencia de Carrió (1994), que califica la vaguedad potencial como una “enfermedad incurable”— considera que no se trata de patologías que necesitan ser eliminadas, en la medida que lo que es preciso en un contexto no lo es en otro y no puede esperarse del lenguaje que se emplea en diversos contextos que funcione con un mismo parámetro de precisión o exactitud (Wittgenstein, 1988, p. 91).

En definitiva, y siguiendo las precauciones que la perspectiva analítica demanda, cuando la ambigüedad o la vaguedad se tornan obstáculos para la claridad y precisión que el conocimiento especializado requiere, se hacen necesarios los lenguajes técnicos o los lenguajes formales (Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, 1994, p. 53). Sin perjuicio de ello, los tecnicismos del lenguaje jurídico no pueden eliminar la indeterminación o imprecisión que se expresa en los casos atípicos o marginales. Ello habilitará, entonces, a afirmar que el lenguaje jurídico no es un lenguaje técnico y que “tiene básicamente las mismas características que los lenguajes naturales” (Carrió, 1994, p. 55).

## 4. Acerca de la interpretación del derecho

### 4.1. ¿Qué es interpretar?

Entre las ambigüedades del término “interpretación”, identificamos la que remite a la distinción entre interpretación como actividad e interpretación como resultado, que no es otra cosa que la aplicación de la ambigüedad proceso/producto. La “interpretación actividad” hace referencia al proceso intelectual desarrollado por los intérpretes, en tanto la “interpretación producto” refiere al resultado de dicha actividad, es decir, al resultado de haber interpretado (Tarello, 2013, p. 61).

Por otra parte, en el ámbito del derecho, cuando se hace referencia a la “interpretación”, el sentido de la expresión se vincula, al menos, a dos actividades distintas:

- a. la interpretación “cognitiva”, que consiste en el análisis de una formulación normativa con el objetivo de aclarar o determinar sus posibles significados;
- b. la interpretación “decisoria”, que consiste en atribuir o asignar a una formulación normativa un determinado significado, descartando o rechazando los demás, a pesar de su plausibilidad (Guastini, 2015, p. 27).

Otra distinción, que está vinculada a los sujetos que interpretan y al contexto de la interpretación, es la que puede hacerse entre interpretación “en abstracto” e interpretación “en concreto”. En la terminología de Wróblewski (1983) serían, respectivamente, interpretación orientada a textos e interpretación orientada a hechos. La primera supone identificar el contenido de sentido expresado en una formulación normativa, sin referencia a un caso concreto. La segunda supone subsumir un caso concreto en el ámbito de aplicación de una norma que ha sido previamente identificada en abstracto (Guastini, 2015, p. 14).

## 4.2. ¿Cuál es el objeto de la interpretación?

Partiendo de la consideración del derecho como fenómeno lingüístico (que no equivale a entender que todo el derecho se reduce a lenguaje), puede considerarse que lo que se interpreta son entidades lingüísticas. Sin perjuicio de ello, las respuestas a la pregunta del subtítulo no son unívocas. Algunas consideran que el objeto de la interpretación son las disposiciones normativas, es decir, los enunciados que forman parte de las fuentes del derecho. Otras consideran que el objeto son las normas jurídicas. Otras hacen referencia “al derecho” (Lifante, 2015, pp. 1355-1356). Ahora bien, todas las respuestas admiten críticas o generan perplejidades. En efecto, con relación a la primera de ellas, si el objeto de la interpretación está constituido exclusivamente por las disposiciones normativas, ¿qué sucede con la costumbre? Con relación a la segunda respuesta, algunos autores (fundamentalmente los representantes de la escuela genovesa) entienden que las normas jurídicas constituyen el producto o resultado de la actividad de los intérpretes, no su objeto. La última respuesta es aún más problemática que las anteriores, en la medida que no existe un concepto unívoco y compartido de derecho (Lifante, 2015, p. 1356).

## 4.3. Concepciones de la interpretación

### 4.3.1. *Teoría cognitiva, teoría escéptica y teoría intermedia*

Una teoría cognitiva caracteriza la naturaleza de la actividad interpretativa en términos del conocimiento o descubrimiento del único significado que una formulación normativa posee con anterioridad e independientemente de su interpretación. Una teoría escéptica, en cambio, sostiene que la interpretación consiste en la atribución o asignación a una formulación normativa de un determinado significado, elegido discrecionalmente por el intérprete. Una teoría intermedia o mixta sostiene que, en los casos fáciles, el juez se limita a conocer el significado de los enunciados de las fuentes del derecho que regulan el caso, en tanto en los casos difíciles se ve obligado a identificar discrecionalmente el significado a atribuir a la formulación normativa o texto interpretado (Canale, 2012, p. 136).

Ahora bien, se discute si alguna de estas teorías provee una descripción adecuada de aquello en lo que consiste la actividad de los intérpretes. La interpretación es la atribución de un significado a una formulación normativa. Este significado es seleccionado entre aquellos que el texto o enunciado interpretado puede asumir en base a las reglas del lenguaje, a las técnicas interpretativas aceptadas por la comunidad de los intérpretes o por la cultura jurídica en que su actividad se desarrolla, y a las construcciones conceptuales elaboradas por la dogmática jurídica. De conformidad a lo anterior, toda formulación normativa puede asumir más de un significado. La elección del intérprete será, por tanto, discrecional y no

podrá ser descripta como un acto de conocimiento. Por otra parte, los significados que una formulación normativa puede asumir, o bien los significados plausibles en una cultura jurídica determinada, son cognoscibles.

#### 4.3.2. *Constructivismo, intencionalismo y escepticismo*

Desde una perspectiva enfocada en la relevancia de las prácticas argumentativas en el ámbito del derecho, entendido este como una práctica social orientada a ciertos fines considerados valiosos (caracterización del derecho adoptada por las llamadas concepciones postpositivistas), la clasificación de las concepciones de la interpretación se produce relevando las respuestas a preguntas con vocación normativa: ¿en qué consiste una interpretación justificada en el ámbito jurídico? ¿Cómo debe ser la argumentación interpretativa? (Lifante, 2018).

Dentro de las teorías constructivistas de la interpretación se ubica, por ejemplo, la concepción de Dworkin, para quien la actividad interpretativa supone llevar adelante un proceso de reconstrucción de los materiales normativos con miras a determinar los propósitos valiosos de la práctica jurídica y a establecer cuál de las interpretaciones concretas de aquellos materiales realiza en mayor medida esos valores.

Según las concepciones intencionalistas (entre las cuales se ubican las concepciones de Raz y Marmor acerca de la interpretación jurídica), una interpretación es correcta o está justificada en la medida que es consistente con la intención de la autoridad creadora de las disposiciones interpretadas.

La concepción escéptica rechaza la posibilidad de recurrir a estándares de racionalidad para evaluar la corrección de las interpretaciones concretas, de modo que se limita a constatar la existencia de distintos argumentos interpretativos. Afirma que, en caso de conflicto en ellos, la teoría de la interpretación no tiene nada que agregar (Lifante, 2018, p. 62). El realismo interpretativo, representado en general por las teorías de la interpretación de los representantes de la escuela genovesa (como Tarello y Guastini) es, precisamente, una teoría escéptica sobre la interpretación decisoria, en tanto la atribución de significado a las disposiciones no es una actividad cognoscitiva, sino volitiva, decisoria. Lo anterior se predica tanto de la interpretación judicial como de la interpretación dogmática realizada por los juristas académicos. Lo dicho lleva a la distinción entre la interpretación en sentido estricto y la construcción jurídica (Guastini, 2015, p. 57), que nos permitirá pasar al último tema de este capítulo. En efecto, con la expresión “interpretación” se alude tanto a la atribución de significado a una formulación normativa (interpretación en sentido estricto) como a una serie de actividades desarrolladas por la dogmática (construcción jurídica), entre las cuales encontramos: la creación de lagunas axiológicas, la elaboración de normas implícitas, la creación de jerarquías axiológicas entre normas, la concreción de principios, la ponderación entre principios en conflicto, la solución de antinomias (Guastini, 2014, p. 49; Guastini, 2015, p. 58).

## 5. Teoría del derecho y dogmática jurídica: distinción

### 5.1. Introducción

En el campo de la teoría de la ciencia jurídica son abordados diferentes asuntos, entre ellos:

- a. reconstrucciones históricas de los movimientos teórico-jurídicos que han intentado responder preguntas como qué es el derecho y qué deben hacer los estudiosos del derecho;
- b. análisis de las tesis sostenidas por autores centrales de la teoría general del derecho (por ejemplo, Kelsen, Hart, Ross) acerca de qué es o qué debe ser la ciencia jurídica;
- c. condiciones de verdad de los enunciados que describen el contenido del derecho;
- d. perspectivas de la ciencia jurídica como una ciencia normativa y su relación con la teoría general del derecho (en qué sentido es una disciplina dogmática) (Núñez Vaquero, 2017).

Por otra parte, es importante tener presente que, en el lenguaje común de los juristas continentales, al trabajo que realizan los propios juristas se le llama usualmente *ciencia jurídica*, *doctrina* o *dogmática*. Sin embargo, destaca Guastini, debería hacerse la siguiente distinción:

- a. Por un lado, la ciencia jurídica en sentido estricto (que remite, por ejemplo, a la noción austriana de *jurisprudence* o a la noción kelseniana de ciencia del derecho) consiste en la descripción (neutral, avalorativa) del derecho.

- b. Por otro lado, la doctrina o dogmática se relaciona con la investigación en concreto de las fuentes del derecho, en el marco de la cual la interpretación y la construcción jurídica no son actividades cognitivas, sino que forman parte de la política del derecho y son, por tanto, parte del objeto mismo de estudio de la ciencia jurídica entendida en sentido estricto.

La expresión “dogmática jurídica”, a su vez, es empleada con diferentes significados, según el relevamiento propuesto por Núñez Vaquero (2017). Entre ellos se encuentran los siguientes usos:

- a. para referirse al conjunto de opiniones valorativas que los estudiosos del derecho tienen acerca del derecho positivo (*lege y sententiaferenda*);

- b. para referirse al método adoptado por autores del siglo XIX como Laband, Jellinek, el primer Ihering, Puchta y Savigny;

- c. para referirse, no a ciertas tesis metodológicas defendidas durante el siglo XIX, sino a una reelaboración de aquellas que aún hoy tienen difusión. En este sentido, la expresión “dogmática jurídica” es utilizada como sinónima de “formalismo jurídico”;

- d. para referirse a una determinada actitud, de aceptación formal, frente al derecho.

### 5.2. Breve referencia acerca de las teorías descriptivas y normativas de la dogmática jurídica

Gran parte de la investigación que se ocupa de dar cuenta de lo que efectivamente hace la dogmática (teorías descriptivas) sostiene, muy genéricamente, que lo más frecuente es que los dogmáticos, en primer lugar, expongan las interpretaciones que consideran correctas de los enunciados de las fuentes del derecho, recurriendo para ello a los principios y valores del ordenamiento, por un lado, y a conceptos, construcciones y teorizaciones dogmáticas,

por el otro. En segundo lugar, suelen presentar los materiales normativos de una forma que sea más fácilmente comprensible y manejable por los operadores, esto es, sistematizándolos (Núñez Vaquero, 2014, p. 248). La dogmática, se señala, opera adaptando el contenido del derecho, sea con intenciones de satisfacer exigencias materiales de justicia, sea orientada a la solución de lagunas, antinomias y redundancias. Este tipo de operaciones son desarrolladas mediante las construcciones jurídicas y suponen valoraciones y elecciones a pesar de que, con frecuencia, son presentadas por los propios dogmáticos como actividades descriptivas y necesarias, gobernadas por reglas claras (Núñez Vaquero, 2014, p. 248; Nino, 2011, p. 49).

Si bien existe acuerdo acerca de que la actividad de la dogmática no se reduce a describir los materiales normativos, no hay acuerdo acerca de si las actividades relacionadas con la construcción jurídica y la reformulación del derecho son discrecionales o racionales. En ese sentido, la literatura al respecto se divide entre quienes consideran que estas actividades son puramente discrecionales y constituyen, por tanto, una instancia de concreción de la ideología de los estudiosos del derecho, y quienes consideran que, pese a no tratarse de una actividad neutral desde el punto de vista axiológico, es una actividad racional, de carácter imparcial y que, por tanto, no consiste en un puro ejercicio ideológico (Núñez Vaquero, 2014, p. 248).

En la literatura que se ocupa de qué debe hacer la dogmática jurídica (teorías normativas) se constata un cambio de énfasis o perspectiva en las décadas recientes. En efecto, tradicionalmente, la cuestión era abordada como un problema técnico (Kelsen, Bobbio, Alchourrón y Bulygin, Ross, Tarello, entre otros). La controversia se centraba en la científicidad de la disciplina dogmática y en la determinación de cuál debería ser su método. En los últimos tiempos, el tema se ha abordado como una cuestión moral o ético-política (Atienza; Alexy, entre otros). El modelo de dogmática jurídica que se propone es, en general, el de una disciplina práctica cuya tarea fundamental consiste en proponer soluciones para los casos difíciles, ofreciendo razones y argumentos que orienten las decisiones judiciales. En ese sentido, si bien es posible relevar una variedad de métodos mediante los cuales los dogmáticos pueden cumplir la función de proponer soluciones para los casos difíciles, actualmente, en el ámbito de la teoría normativa, domina la discusión sobre el “conjunto de métodos” que encuentra su elaboración y fundamentación en la teoría estándar de la argumentación (Núñez Vaquero, 2014, p. 249).

## Lectura seleccionada

### *La interpretación*

#### *Indeterminación relativa del acto de aplicación de derecho*

*La relación entre una grada superior y una inferior del orden jurídico, como se da entre constitución y ley, o entre ley y sentencia judicial, es una relación de determinación o de obligación: la norma de grada superior regula —como ya se expuso— el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando una se trata de este; determina no solo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaurará o del acto de ejecución que se cumplirá. Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de la ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B ponga en prisión al súbdito C, el órgano B tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, tampoco pudo prever.*

(...)

*Si por “interpretación” se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica solo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no condice necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las individuales —y no la norma individual— que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general.*

(...)

*Si hubiera que caracterizar no solo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior, o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable. Es por ese acto volitivo que la interpretación del derecho efectuada por el órgano de aplicación se distingue de toda otra interpretación, en especial, de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica. La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho (...). Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico*

que tiene que aplicarla, no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable. (...)

### *La interpretación en la ciencia del derecho*

*Pero, sobre todo, corresponde distinguir de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica de la interpretación realizada por órganos jurídicos. Es aquella pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas. No es, a diferencia de la interpretación de órganos jurídicos, una producción de derecho. La tesis de que es posible, mediante una mera interpretación intelectual cognoscitiva del derecho válido, lograr derecho nuevo, es el fundamento de la llamada jurisprudencia de conceptos, rechazada por la teoría pura del derecho. De ahí que la pura interpretación cognoscitiva que realiza la ciencia jurídica es también incapaz de colmar las lagunas que se afirma existen en el derecho. El colmar una de las llamadas lagunas del derecho es una función de producción de derecho que solo puede ser cumplida por un órgano de aplicación de derecho y esta función no se cumple por vía de la interpretación del derecho válido. La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar derecho. El abogado que, en interés de su parte, solo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta", no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Solo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suelen suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas, este ideal solo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde un punto de vista subjetivo-político es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible, como la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Puesto que así se presenta lo que solo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica. Por lo demás, la estricta interpretación científica de una ley estatal, o de un tratado intencional, que exhiba, fundándose en un análisis crítico, todos los significados posibles, inclusive los políticamente indeseados, y quizás ni siquiera previsto por el legislador y por las partes contratantes, pero incluidos en el tenor literal de las normas que ellos escogieran, puede tener un efecto práctico que exceda en mucho a la ventaja política de la ficción de univocidad: semejante interpretación científica puede mostrar a la autoridad que establece el derecho, hasta qué punto su labor se mantiene por detrás de las exigencias técnico-jurídicas de formular las normas de derecho en la forma más unívoca*

*posible, o de formularlas de tal suerte que la multiplicidad de sentidos inevitable se restrinja a un mínimo, intentándose así el grado posible mayor de seguridad jurídica.*

Tomado de Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*, pp. 349-356 (2.<sup>a</sup> ed.). México: UNAM.

## Algunas lecturas recomendadas

- Calsamiglia, A. (2000). Ciencia jurídica. En E. Garzón Valdés y F. Laporta (Eds.), *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (pp. 17-27). Madrid: Trotta.
- Carrió, G. (1957). Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho. *Lecciones y Ensayos*, VI, 27-37. Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Recuperado de [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones\\_y\\_ensayos\\_nro\\_0006.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0006.pdf)
- Carrió, G. (1965). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Guibourg, R., Ghighliani, A. y Guarinoni, R. (1994). *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba.
- Lifante, I. (2015). Interpretación jurídica. En Fabra, J. y V. Rodríguez Blanco (Eds.), *Enciclopedia de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica*, 2, 1349-1387. México: UNAM.
- Nino, C.S. (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

## Para seguir reflexionando

1- Por sentencia N° 33/2010<sup>3</sup>, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno condenó a la Intendencia Municipal de Maldonado a resarcir a una funcionaria los daños causados por la no renovación de su contrato. En el juicio, uno de los aspectos a dilucidar fue cómo debía interpretarse el art. 16 de la ley N° 16226.

A la luz de lo expuesto en este capítulo, reconstruya y analice las diferentes interpretaciones planteadas por las partes y el Tribunal.

2. El art. 74 de la ley N° 19574 establece:

(Prohibición de actuaciones): Las autoridades o particulares pertenecientes a los Estados requirentes de cooperación no podrán llevar a cabo en el territorio de la República actuaciones que, conforme a la legislación nacional, sean de competencia de las autoridades del país.

Tomando en consideración las sentencias N° 199/2018 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 3° Turno, y N° 114/2018 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno, ¿qué problemas pueden plantearse acerca de los efectos normativos de dicha disposición?

---

3 Las sentencias, decretos y leyes recuperadas en este manual se referencian en el apartado Material jurídico normativo.

# Referencias bibliográficas

- Austin, J.L. (1971). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- Bayón, J.C. (2012). ¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia? En J, Ferrer, J.J, Moreso y D. Papayannis (Eds.), *Neuralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Bix, B. (2006). *Teoría del derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Canale, D. (2012). Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado. En *Discusiones XI*, 135-165. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmch43g0>
- Carnap, R. (1937). *Foundations of Logic and Mathematics*. Chicago: International Encyclopaedia of Unified Sciences.
- Carrió, G. (1994). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, (4.ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García Carpintero, M. (1996). *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*. Barcelona: Ariel.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, 11-48. Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S140502182015000200002&script=sci\\_arttex](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S140502182015000200002&script=sci_arttex)
- Guibourg, R., Ghighliani, A. y Guarinoni, R. (1994). *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. México, D.F: Porrúa-UNAM.
- Lifante, I. (2015). Interpretación jurídica. En J. Fabra y V. Rodríguez Blanco (Eds.). *Enciclopedia de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica*, Cap. 37, Vol. II, 1349-1387. México: UNAM.
- Lifante, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Lyons, J. (1989). *Semántica*. Barcelona: Teide.
- Narváez, M. (2004). *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C. S. (2011). Consideraciones sobre la dogmática jurídica. México: Ediciones Coyoacán.
- Núñez Vaquero, A. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 245-260.
- Núñez Vaquero, A. (2017). *Teorías normativas de la ciencia y la dogmática jurídica*. Lima: Palestra.
- Palomino, J. (1993). Recensión de Notas sobre Derecho y Lenguaje. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 11, 339-355. Valparaíso: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.
- Searle, J. (1994). *Actos de habla* (Trad. Luis Valdés Villanueva). Madrid: Cátedra.
- Stevenson, Ch. (1971). *Ética y Lenguaje*. Buenos Aires: Paidós.
- Tarello, G. (2013). *La interpretación de la ley* (Trad. D. Dei Vecchi). Lima: Palestra.
- Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Recuperado de <https://www.oas.org/dil/esp/constitucionvenezuela.pdf>
- Wittgenstein, L. (1988). *Investigaciones Filosóficas*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Wróblewski, J. (1983). *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Helsinki: Juridica.

# Material jurídico normativo

Uruguay. (1991, octubre 20). Ley n.º16.226: Rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal. Ejercicio 1990. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16226-1991/78>

Uruguay. (2017, diciembre 20). Ley n.º19.574: Ley integral contra el lavado de activos. Actualización de la normativa vigente. Derogación de artículos del decreto ley 14.294 y leyes 17.835, 18.494, 18.914 y 19.149. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19574-2017>

Venezuela. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Recuperado de <https://www.oas.org/dil/esp/constitucionvenezuela.pdf>

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno. (Uruguay). (2010, marzo 10). Sentencia 33 del 10 de marzo de 2010 (Sentencia n°33). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=176874>

Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1° Turno. (Uruguay). (2018, mayo 25). Sentencia 114 del 25 de mayo de 2018 (Sentencia n°114). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=176874>

# Modelos de enseñanza del derecho

Gianella Bardazano

## 1. Introducción: en las aulas de las escuelas de derecho se gesta la cultura jurídica

Napoleón, que gobernó primero Francia y luego casi toda Europa Occidental por más de 15 años, es recordado como un gran estratega militar y un tirano con voluntad insaciable de control. Una de las razones por las que pasó a la historia fue por haber pergeñado uno de los más ambiciosos intentos de uniformización social a través del derecho en el mundo moderno: el Código Civil francés de 1804, conocido como el Código de Napoleón. Se trataba de un cuerpo normativo destinado a poner fin a más de 300 sistemas jurídicos regionales que ninguna monarquía había podido uniformizar. La importancia de esta obra fue resumida por el propio emperador en esta frase: “Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas; lo que nada borrará y vivirá eternamente es mi Código Civil”.

¿Por qué le parecía tan importante a un gobernante con vocación imperial haber promulgado un Código Civil? Al fin y al cabo, se trata de un compilado de legislación cuya fuerza normativa no cambiaría demasiado, podría pensarse, si estuviera dispersa. La explicación es que la trascendencia del Código no provenía tanto de sus contenidos como de los supuestos sobre el derecho a cuya imposición contribuía de manera decisiva.

Al derogar por completo el derecho romano, las ordenanzas reales, las costumbres y todo otro medio de producción jurídica, el Código de Napoleón hizo hegemónico un modelo de derecho en el que la ley era la única fuente relevante, así como una ideología normativa que identificaba por completo lo jurídico con lo estatal. Pero había más: el código también planteaba una suerte de infalibilidad del legislador —y por ende del poder de turno— al pretender que la voluntad de este alcanzaba en forma efectiva a regular todos los asuntos de la vida social. Las leyes no podían ser oscuras o insuficientes, conformaban un todo completo y coherente que no requería ser interpretado y proporcionaban a los jueces la regulación normativa para todos los casos.

Por supuesto, el Código no habría podido ser exitoso en la imposición de estas creencias sin un mecanismo adecuado de transmisión. Y ese mecanismo fue la enseñanza del derecho. Se requería que los juristas fueran formados en la convicción de que todo el derecho resultaba fácilmente cognoscible y aplicable, y que resolvía todos los aspectos de la vida social. Los dichos de los tratadistas que asumieron la misión de esta visión del derecho hablan por sí solos. Demolombe: “Al publicar mi curso no me propongo sino explicar el Código Napoleón mismo, como ley viva, como ley aplicable y obligatoria”. Bugnet: “Yo no conozco el derecho civil; enseño solo el Código de Napoleón”. Proudhon: “Es en el Código de Napoleón donde se necesita estudiar el Código de Napoleón” (Halprin, 2017). El modelo de enseñanza de la exégesis, orientado a una comprensión formalista y

autosuficiente del derecho, prevaleció durante todo el siglo XIX y su influencia se hizo sentir en la práctica jurídica hasta bien entrado el siglo XX.

El hecho de que el derecho pueda ser conocido constituye un presupuesto que confiere sentido a la atribución de relevancia epistémica de prácticas como la enseñanza jurídica, si bien qué es lo que conocen o deben conocer las disciplinas jurídicas no ha recibido una respuesta uniforme, como se vio en el capítulo anterior. La enseñanza jurídica proporciona las bases o supuestos que determinan una noción del derecho y su contenido, cómo se produce y cómo se aplica (González Mantilla, 2018, p. 152).

Por tanto, reflexionar acerca de qué se enseña en las escuelas de derecho y para qué se enseña resulta fundamental si tenemos en cuenta que entre las tareas centrales de la teoría del derecho están esclarecer, describir y analizar los esquemas conceptuales que juristas y operadores despliegan en el desarrollo de sus actividades, es decir, el análisis de las estructuras conceptuales de producción, desarrollo y uso del conocimiento jurídico. Esas preocupaciones pueden desagregarse en tres cuestiones: la concepción del derecho, las formas de enseñarlo y los objetivos de la enseñanza. Todas ellas conforman una concepción general de la enseñanza del derecho, y toda escuela de derecho privilegia al menos una (Böhmer, 1999, p. 14).

Sarlo (2012) distingue dos grandes modelos de formación jurídica. En el primero, el conocimiento es entendido en términos de adquisición o comprensión de información (seguido en Europa continental y América Latina). En el segundo, el conocimiento es entendido en términos de adquisición y desarrollo de competencias (seguido en el ámbito norteamericano y actualmente universalizado como directiva, a partir del proceso de Bolonia iniciado en 1991). Esas competencias, a su vez, se dividen en competencias técnicas definidas y competencias de efectividad. Las primeras refieren al uso de fundamentos, uso de herramientas jurídicas y expresión y argumentación jurídica; en tanto las segundas refieren al análisis crítico, la solución de problemas, el liderazgo para el cambio y la negociación (Sarlo, 2012, p. 28).

Afirma Sarlo (2012, p. 28) que:

... la enseñanza del derecho en nuestro país se ajusta al modelo que promueve el conocimiento como adquisición o comprensión de información acerca de normas y principios jurídicos. Dicho modelo lo recibimos por influencia fundamentalmente francesa. De tal manera que se ha orientado a enseñar contenidos (dogmática jurídica), frecuentemente, de modo memorístico, en lugar enseñar competencias (razonamiento jurídico).

## 1.1. Panorama general de los modelos de enseñanza del derecho

Esquemáticamente, siguiendo la propuesta de Cardinaux y Clérico (2005), se identifican tres clasificaciones de modelos de enseñanza del derecho. A continuación, las reproducimos brevemente, para luego desarrollar sus aspectos principales en los siguientes apartados.

a. Una primera clasificación emplea como criterio el perfil profesional del egresado en sintonía con las demandas tradicionales provenientes del Estado. Desde esa perspectiva, se hace referencia a un *modelo de formación jurídica judicial* y a un *modelo de formación jurídica litigante*. Al interior de esta clasificación puede señalarse que, frente a un modelo de formación jurídica orientada a la magistratura (asociado al modelo alemán), se ubica el modelo cuyo énfasis se encuentra en la formación para el ejercicio liberal de la profesión (asociado al modelo norteamericano).

b. Una segunda clasificación adopta como criterio la forma en que se concibe el derecho y permite diferenciar al menos cuatro tipos de modelos de formación jurídica, caracterizados desde una perspectiva interna del derecho: como aprendices, como receptores y reproductores de un conjunto de reglas jurídicas, como sistematizadores del derecho y como expertos en la resolución de problemas. Esta segunda clasificación, que distingue los modelos según la concepción del objeto de enseñanza, hace visible la estrecha relación entre la concepción del derecho que se tenga con el tipo particular de formación que se promueva.

En primer lugar, el modelo del aprendiz implica una concepción del derecho como una mera técnica o práctica (en el sentido más coloquial) reducida al conocimiento de procedimientos y al manejo de documentos normativos. De esta manera, la mejor forma de aprender derecho es al lado de quien lo practica. En segundo lugar, el modelo de formación jurídica orientado al receptor y a la búsqueda de la reproducción de reglas jurídicas presenta un fuerte componente memorístico. A su vez, presupone una concepción del derecho como un conjunto de reglas jurídicas vigentes en un determinado lugar y tiempo, fijadas en los textos de códigos y leyes que deben ser reproducidas por el alumno. La indagación acerca de las condiciones sociales, económicas, políticas o culturales que dieron origen a la producción de materiales normativos es dejada fuera de la enseñanza del derecho, la cual se torna aproblemática y dogmática. Como consecuencia, el aprendizaje resulta descontextualizado y se asimila el razonamiento jurídico a una operación automática y silogística. El sujeto de la investigación no tiene, por tanto, lugar en la formación de los juristas. En tercer lugar, el modelo que supone que el derecho puede ser sistematizado en un conjunto de principios y reglas coherentes reserva también un lugar central para la perspectiva dogmática, en tanto su actitud ideológica hacia el derecho positivo supone la presentación de su tarea y sus productos así como la reconstrucción descriptiva y sistematizada del derecho, sin explicitar la función creativa desarrollada y sin reconocer la fundamentación ideológica que subyace a las técnicas de justificación de las soluciones que propone. Teniendo en cuenta la naturaleza cambiante del derecho, por oposición al modelo anterior, el modelo que pone el énfasis en la resolución de problemas requiere el aprendizaje de las habilidades y destrezas que permitan aplicar e interpretar el derecho para resolver problemas o casos.

c. Una tercera clasificación adopta como criterio diferenciador la relación del derecho con otras disciplinas. Habilita una perspectiva crítica o externa al derecho desde la historia, la economía, la sociología o la política (Cardinaux y Clérico, 2005). Este grupo de modelos toma en cuenta la formación jurídica crítica y asume que los anteriores modelos implican una reproducción de las prácticas que presenta sesgos de dominación y jerarquía (Cardinaux y Clérico, 2005; Kennedy, 1983). Dentro de esta clasificación, todos los modelos de formación se enfrentan a la concepción dogmática y reclaman un mayor protagonismo de la reflexión acerca de la disciplina jurídica y su comprensión desde la sociología, la antropología, la economía, entre otras.

c. 1- Los aportes del realismo inciden en el modelo que dentro de esta concepción refiere a los “decisores”, en el entendido de que las reglas no son el único elemento que el jurista tiene en cuenta. Se torna necesario comprender los condicionamientos sociales que tienen las resoluciones judiciales y la producción de materiales normativos generales. Ello supone mirar críticamente el razonamiento judicial con el objetivo de explicarlo, pero

también anticiparlo, incorporando a la reflexión los condicionamientos de la concepción del derecho y de la concepción de la función judicial que subyacen a las decisiones concretas.

c. 2- Dentro de este tercer grupo de modelos se ubica también el de los “investigadores” que requiere la incorporación, en la formación del abogado, no solo del estudio de las ciencias sociales, sino también de un análisis filosófico e histórico del derecho.

c.3- Finalmente, en el modelo que refiere a los “activistas para el cambio social” se ubica un amplio espectro de tendencias que oponen el perfil individualista del profesional del derecho con ejercicio liberal o corporativo a un perfil profesional anclado en lo social, la defensa pública o el litigio estratégico orientado a la ampliación del acceso a la justicia de los sectores más desaventajados, la reforma del sistema de justicia, la producción de interpretaciones que orienten las decisiones judiciales hacia el avance en la protección de derechos sociales, entre otros asuntos.

## 2. La matriz formalista

### 2.1. Aspectos generales

Mencionaremos brevemente las observaciones que se han hecho con relación a la enseñanza del derecho en el marco del modelo formalista.

Se ha sostenido que la concepción del derecho que tradicionalmente ha prevalecido en la formación es la que se atribuye al formalismo jurídico (Böhmer, 1999 y 2003; Bonilla, 2013 y 2015; Madrazo, 2006), si bien más recientemente esa hegemonía ha comenzado a disputarla el neoconstitucionalismo, que promueve una nueva dogmática constitucional (Atria, 2016). Ese cambio en la concepción del derecho, que podría estar en disputa desde hace algún tiempo, no supone, de todos modos, un apartamiento de la perspectiva dogmática como centro de la formación. Y la dogmática posee una característica —que fue desarrollada en el capítulo anterior— que afecta de manera relevante la enseñanza del derecho: se presenta como ciencia del derecho y afirma que su labor central es describir su objeto. Sin embargo, su principal función no es descriptiva, sino prescriptiva. Los dogmáticos, al determinar cuál es el derecho aplicable, al asignarle significado normativo a las formulaciones de las fuentes y al reformular las consecuencias normativas de los textos legales para dar solución a problemas de interpretación o aplicación, no están describiendo un objeto, sino que están proponiendo soluciones particulares a problemas jurídicos (Madrazo, 2006, p. 181). La objeción o las críticas no se dirigen al desarrollo de una función prescriptiva por parte de la dogmática, ya que la orientación de la aplicación es una de sus funciones fundamentales, sino a presentar como descripciones construcciones dogmáticas normativas, en tanto contribuye a instalar ciertas creencias que obstaculizan el desarrollo genuino de los saberes jurídicos. En efecto, promueve la creencia de que las opiniones contingentes constituyen descripciones objetivas y esconde el hecho de que los materiales normativos ofrecen múltiples opciones de interpretación. Asimismo, al posicionarse en el lugar de *ciencia* del derecho, desplaza enfoques teóricos genuinamente descriptivos y conceptuales (Madrazo, 2006, p. 182).

En el marco de la cultura legal norteamericana, Gordon distingue cuatro modelos tradicionales de educación jurídica. En primer lugar, encontramos el modelo centrado en la

capacitación de aprendices practicantes. Este modelo supone que el énfasis de la educación jurídica está puesto en la adquisición de destrezas asociadas al razonamiento pragmático, la solución de problemas y la práctica de juicios. De alguna manera, las escuelas de derecho asumían el objetivo de reemplazar el entrenamiento y la capacitación de los aprendices que se realizaba en los estudios jurídicos bajo la dirección de un abogado *senior*: “la premisa es que el derecho es un arte que se aprende mejor a través de la práctica y por la imitación en el estudio de un maestro” (Gordon, 2004, p. 92).

En segundo lugar, encontramos el modelo centrado en la enseñanza del derecho positivo (las doctrinas del *common law* o los materiales normativos contenidos en los códigos). Gordon (2004, p. 93) explica:

la imagen del abogado que aprendió el derecho como un cuerpo de reglas, corresponde a uno que *busca el derecho* e informa a su cliente acerca de cuáles son las reglas que se aplican a su situación: un abogado-tomador pasivo más que un configurador activo o intérprete imaginativo del derecho.

En tercer lugar, encontramos el modelo basado en enseñar a pensar como un abogado. Se orienta a la capacitación en los métodos y habilidades requeridos por la profesión en cuanto al razonamiento, la retórica y la argumentación. De acuerdo a esta concepción, estudiar derecho no consiste en aprender un conjunto de leyes ni cómo comportarse en la sala de audiencias de un tribunal, o cómo redactar un contrato o testamento, porque muchas de esas habilidades y destrezas se aprenden con mayor provecho en la práctica que en la Universidad. Aun cuando las escuelas de derecho enseñan algunas normas jurídicas y ciertas habilidades profesionales prácticas, su misión primordial es entrenar a los estudiantes en la argumentación jurídica, la toma de decisiones jurídicas y el razonamiento jurídico (Schauer, 2013).

Por último, encontramos el modelo de enseñanza basado en la ciencia de la dogmática jurídica. Este supone, como se verá en el apartado siguiente, una formación basada en una concepción del derecho como sistema coherente y completo. Dicha formación se acompaña con prácticas orientadas al desarrollo de la habilidad de razonar desde los casos particulares a los principios generales del sistema y desde los principios generales a los casos particulares (Gordon, 2004, p. 94). Este es el modelo de enseñanza en las escuelas de derecho de los países de derecho continental que predomina en el siglo XIX y gran parte del siglo XX. Es también el modelo que, como veremos, después de 1870, fue institucionalizado en las escuelas de Estados Unidos (especialmente por Langdell, el decano de Harvard), quien entendía su método de casos como una forma de enseñar los principios generales de la ciencia del derecho privado (Gordon, 2004, p. 94).

## 2.2. Acerca de la enseñanza del derecho en el marco del formalismo jurídico

Las escuelas de derecho se organizan en base a departamentos o institutos que nuclean *cátedras* y, en ese sentido, agrupan *ramas* del derecho que generalmente están asociadas a *códigos*. Toda asignatura que se precie propone un recorrido para la formación que se inicia en la afirmación de su autonomía (independencia epistemológica respecto de las otras) (Böhmer, 2003, p. 20). Sin embargo, los problemas no se presentan divididos por materias ni las respuestas están en los índices de los manuales de la cátedra. La pretensión

de autonomía de las diferentes ramas del derecho conspira en contra de la posibilidad de concebirlas como herramientas para la solución de problemas sociales complejos que requieren una perspectiva múltiple (Böhmer, 2003, p. 20). En otras palabras, la forma en que se organiza la enseñanza permite al alumno clasificar la información, pero fortalece la compartimentación académica de los saberes dentro del campo del derecho (Madrazo, 2006, p. 174). La división de saberes suele estar acompañada por la presentación de un esquema formalizado de la justicia (considerada un valor necesariamente ligado con el derecho, sin mayor problematización), si bien se utilizan diversos conceptos de la justicia y se los sitúa en las diferentes ramas del derecho, con lo que se esconde “el hecho de que la totalidad de la normatividad positiva no es un orden coherente, sino una multiplicidad de intereses y valores encauzados en normas jurídicas” (Madrazo, 2006, p. 174).

En el marco del formalismo, las escuelas de derecho tienen el rol de exponer los materiales normativos creados, fundamentalmente, por el legislador, y ello se refleja en la estructura de los programas (y de los cursos) que, generalmente, están diseñados siguiendo el orden de los códigos. La enseñanza gira en torno a categorías abstractas (conceptos, principios, ficciones) y a sus relaciones formales y sustanciales (Bonilla, 2013, p. 260; Böhmer, 2003, pp. 23-24). Es relevante señalar que el formalismo al que se hace referencia no se reduce a la tradición continental ni a la dogmática jurídica, en tanto en diferentes momentos ha sido el modelo dominante en otras tradiciones jurídicas. Según Madrazo (2006, p. 181), aún el método de casos de los Estados Unidos, frecuentemente considerado como un método de estudio que presupone una concepción del derecho opuesta al normativismo, ha sido clasificado como formalista y criticado por ello. Teniendo en cuenta la trascendencia de su producción acerca de la enseñanza del derecho y su oposición al formalismo jurídico en el ámbito anglosajón, destinaremos los siguientes apartados a los aportes de dos movimientos: el realismo norteamericano y *Critical Legal Studies*.

### 3. Realistas norteamericanos: el derecho en acción o pensar como un abogado

Langdell, el fundador del método de casos en la enseñanza del derecho, expresaba: “Primero, el derecho es una ciencia; segundo, todos los materiales necesarios para desarrollar esta ciencia se encuentran en los libros” (Frank, 1999, p. 35). La expresión “el derecho en acción”, por el contrario, expresa la relevancia en la formación de los abogados del énfasis en el litigio, en la práctica de los tribunales y en las disputas sobre los hechos (Frank, 1999, p. 38). El problema de conciencia que Frank (en 1947) atribuía a las escuelas de derecho de Estados Unidos y que llevaba unos veinticinco años afectándolas, en tanto habían pasado del sistema del aprendiz al sistema de casos, lo expresaba con la siguiente pregunta: “¿Por qué (...) lo que enseñamos como derecho se ha de parecer tan poco al derecho tal como se practica?” (Frank, 1999, p. 46). La pregunta y el problema desembocan en la teoría sociológica del derecho y en la necesidad de promover en la enseñanza del derecho una alianza con las ciencias sociales.

A propósito de ello, Llewellyn atribuía a los abogados la consolidada práctica de mantener el derecho apartado de las ciencias sociales. Y esa responsabilidad estaba fundada en que, para aquellos, “los problemas jurídicos se refieren a la interpretación correcta

desde el punto de vista doctrinario de las normas jurídicas (...) y el estudio del derecho ha sido considerado (...) primordialmente como el estudio de las normas jurídicas (...)” (Llewellyn, 2003, p. 99). La alternativa a esa *esfera de la doctrina correcta* es el *punto de vista institucional*, en el que “el pensamiento, la observación y la conducta cobran perspectiva, adquirimos ojos y herramientas para manejar situaciones que de otro modo permanecerían oscuras, enigmáticas, a duras penas aprehensibles” (Llewellyn, 2003, p. 107).

A partir del predominio del realismo en algunas facultades de derecho, el empleo del método de casos adoptó una perspectiva crítica de la ciencia jurídica dogmática, procurando demostrar que sus principios y esquemas conceptuales no servían para decidir casos particulares. “Pensar como un abogado” requería la adquisición de las destrezas y capacidades para buscar los factores reales que inciden en una decisión, ignorando “la pretendida racionalidad dogmática de las decisiones expresadas en las doctrinas jurídicas” (Gordon, 2004, p. 95). Ese escepticismo respecto del fundamento dogmático de los principios jurídicos condujo a la consideración de visiones de la educación jurídica como política, con diferentes matices (Gordon identifica seis submodelos bajo la noción general de que “el derecho es política”). Estos matices implicaron la incorporación de argumentos políticos y del análisis político al elenco de los razonamientos destinados a formar a los estudiantes para pensar como abogados, la incorporación de disciplinas auxiliares (economía, psicología, estadística), la promoción de la formación en ciencias de la legislación y en la práctica de gobernar, la consideración de la educación jurídica como una oportunidad para promover programas de reforma del orden jurídico. Estos y otros aspectos potenciaron el rol social de los egresados de las escuelas de derecho.

La preocupación por la reflexión interdisciplinaria acerca del derecho es parte del legado del realismo jurídico. El realismo influyó en tres movimientos académicos relevantes que surgieron en la segunda mitad del siglo XX: *Law & Society*, *Critical Legal Studies (CLS)* y *Law & Economics*. Cada uno de ellos profundizó y desarrolló diferentes ideas de los realistas.

El movimiento *Law & Society* se preocupó por analizar cómo el derecho se relacionaba estrechamente con los cambios y necesidades sociales, ya que el derecho que no se desarrolla autónomamente es un espejo en el que se refleja el mundo social (Friedman, 1986).

El énfasis de CLS, como se desarrollará en el apartado siguiente, estaba puesto en la tesis de la indeterminación del derecho y, por tanto, en la crítica a las teorías formalistas que entendían que la decisión de un caso se deduce de premisas generales contenidas en los materiales normativos. A diferencia del enfoque anterior, para CLS el derecho es un ámbito que tiene una autonomía relativa respecto al campo de lo político, lo económico, lo social. De este modo, la indeterminación no supone que el lenguaje de los materiales normativos tiene como consecuencia la pura discrecionalidad, sino que la indeterminación constituye:

...una función de la percepción que tiene un operador jurídico sobre si su caso se posiciona o no en un campo estrechamente determinado por el material jurídico y de la posibilidad de mover ese caso mediante herramientas legítimas y aceptadas por la comunidad de juristas, hacia una solución cercana a sus intereses. (González Jácome, 2017, p. 32)

En consecuencia, la restricción o la libertad que habilitan los materiales normativos no pueden determinarse *a priori*.

La primera generación de autores del movimiento *Law & Economics*, que rechazaba el intervencionismo estatal en el mercado y el activismo judicial de la denominada Corte Warren, promovía una concepción de la actividad de los juristas entendida como una ciencia neutral, dotada de la racionalidad de la economía y capaz de permitir la toma de decisiones fundadas en la eficiencia y no en consideraciones morales o políticas (García Villegas, 2010, p. 101). En ese sentido, entre los postulados básicos del movimiento se encontraban, por un lado, la afirmación de que la economía proporciona una teoría potente para predecir el comportamiento bajo el derecho y, por otro lado, la consideración normativa de que el derecho debe ser eficiente. Posner —uno de los autores más representativos de este movimiento— flexibilizó su adhesión a los postulados científicos y la confianza en los mercados de la primera época, y entiende que es la perspectiva pragmática frente al derecho lo que caracteriza el núcleo de *Law & Economics* (García Villegas, 2010, p. 103).

## 4. CLS: politizar el aula

Una de las premisas de CLS con relación a la enseñanza del derecho es que las formas tradicionales del discurso jurídico (que incluyen, entre otras cuestiones, el modo en que jueces, abogados, profesores, administradores y demás operadores se refieren y analizan el derecho como técnica de regulación de la vida social) son prácticas políticas, fundamentalmente conservadoras (Gordon, 1999, p. 148). De manera que entre las aspiraciones de la crítica se encuentra poner al descubierto el sentido político de las prácticas jurídicas cotidianas, incluyendo las vinculadas a la enseñanza del derecho. En su actividad cotidiana, los juristas y operadores jurídicos construyen el derecho, mientras se ven a sí mismos como un instrumento de este (Kennedy, 1992, p. 284). Hacer explícito el contenido político de las prácticas cotidianas en el ámbito del derecho es, por tanto, una preocupación central.

Entre los objetivos de la enseñanza del derecho desde la perspectiva crítica, sostiene Gordon, está mostrar que el sistema jurídico no es simple, ni completo, ni coherente, sino que presenta complejos, múltiples y superpuestos sistemas contradictorios, cada uno de los cuales permite, en cada momento histórico, múltiples interpretaciones alternativas, reconstrucciones y posibilidades de desarrollo futuro. A su vez, cada una de esas alternativas es coherente con las premisas operativas del sistema, si bien solo algunas de ellas son efectivamente adoptadas (1999, p. 155). Para los críticos, el poder conservador del derecho y del discurso jurídico se encuentra en la adopción dogmática de ciertas categorías que son vistas como necesarias e inmodificables. Tales categorías contribuyen a consolidar una cultura política que puede persuadir a aceptar la inevitabilidad de las jerarquías existentes, de modo que investigar cómo se han formado esas categorías de la imaginación política de una comunidad jurídica y mostrar cómo operan son, para los críticos, cuestiones centrales en la formación de los juristas (González Jácome, 2017, p. 34).

## 5. Las tensiones del presente

Al tiempo que la reflexión teórica y la producción dogmática comienzan a ocuparse del impacto de las democracias constitucionales en la comprensión y demarcación del campo de “lo jurídico”, los procesos de reformas en la educación jurídica incorporan la cuestión del impacto en la consolidación de las democracias constitucionales, en la justificación de las propuestas y en su evaluación. En esa suerte de actualización de las bases de la cultura jurídica, se procura que en las escuelas de derecho se transmita el equipamiento técnico y las convicciones ideológicas relativas a la actividad de los abogados como elementos que componen una práctica expositiva e interpretativa que se justifica en una particular comprensión de las características institucionales y de las exigencias normativas de esas democracias constitucionales. Las escuelas de derecho cumplen, entonces, “una función autoritativa respecto de la pertenencia a la comunidad y autorizan, también, en forma directa o indirecta, las claves ideológicas que atribuyen sentido a la cultura legal” (González Mantilla, 2018, p. 151).

El neoconstitucionalismo adopta una concepción del sistema de fuentes del derecho y su jerarquía; prioriza los principios constitucionales en el marco de los procesos de internacionalización del derecho constitucional. A partir de esa concepción del sistema de fuentes, el neoconstitucionalismo entiende al juez como aplicador directo de la constitución y postula la ponderación como el tipo de razonamiento argumentativo adecuado en los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales. Señala Sarlo que

... más allá de la difusión de este discurso modernizante (el neo-constitucionalismo) para la función judicial, que ha logrado efectos saludables en el funcionamiento de la jurisdicción de amparo y en general ha estado asociado a algunos derechos humanos y sociales con repercusión académica, el resto de la jurisdicción sigue transitando por los carriles tradicionales, condicionada por la ideología jurídica adquirida en su formación académica, la falta de controles eficientes de los usuarios (ciudadanos y abogados), la escasez de recursos, y la falta de reconocimiento público que le reserva la cultura política dominante en el país desde siempre (2012, p. 38).

La propuesta que Sarlo plantea puede reconstruirse a partir de las siguientes afirmaciones. En primer lugar, deberíamos entender que existe una estrecha relación entre la calidad institucional de un país y la calidad de su sistema judicial. En segundo lugar, para este autor, la calidad del sistema judicial depende de una concepción integral que incluye sus relaciones funcionales con el sistema de formación de la cultura jurídica general (enseñanza primaria y secundaria) y específicamente el modelo de formación jurídica de los profesionales del derecho (escuelas de derecho) (Sarlo, 2012). A su vez, Sarlo afirma que la importancia de la formación jurídica “(...) no puede quedar librada a las decisiones de actores descoordinados e inconexos, guiados por intereses corporativos y sectoriales, ni a los intereses privados de empresas, que de alguna manera quedan condicionadas por el mercado de demanda profesional”. En efecto, “(...) la abogacía está amparada por un monopolio en su campo de actuación —como todas las profesiones relevantes—lo cual de por sí justificaría contar con políticas públicas que defendieran el interés público” (Sarlo, 2012, pp. 17-18). Pero, además, a la abogacía:

la Constitución de la República le ha reservado el desempeño exclusivo del Poder Judicial, lo cual equivale a decir que se le ha confiado la defensa de la libertad, de la seguridad, del progreso moral, y de todos los valores que pueden verse expuestos socialmente (Sarlo, 2012, p. 40).

Así, la calidad de la abogacía se torna una “cuestión de Estado, que ameritaría contar con directrices políticas o formar parte de las políticas públicas vinculadas a lo institucional” (Sarlo, 2012, p. 40).

Poner atención a las condiciones de formación del pensamiento jurídico, entonces, supone sumar a la reflexión consideraciones acerca de la enseñanza del derecho que en Uruguay se ha caracterizado por el dominio de una concepción formalista. Esta formación ha sido vehiculizada por el clima dogmático en el que tradicionalmente se han formado los operadores, lo cual incluye la insistencia en identificar derecho con ley y una concepción de la función judicial como mera aplicación de derecho. A esta concepción se le suma —sin aparentes disonancias— la concepción del juez como intérprete último y aplicador de la Constitución. Preocupa que ambas concepciones sean transmitidas sin prestar atención a los condicionamientos históricos de la consolidación del Estado de derecho y sin mayor teorización acerca del impacto de la globalización en el sistema de fuentes.

La sustitución de la dogmática formalista por la dogmática neoconstitucionalista (o la convivencia de ambas), sin mediar teorización, solo agrava el problema. El dogma del legislador racional (un dogma sobre cómo había que entender el derecho cuya función política se orientaba a alcanzar la estabilidad institucional con centro en la legislación como voluntad a la que los jueces estaban sujetos), es sustituido por otro dogma cuya función es negar la diferencia entre legislación y jurisdicción, en la medida que presenta como *aplicación* de las disposiciones constitucionales la atribución de un sentido determinado a nuestros compromisos constitucionales. Pero si reconocemos que esos compromisos están expresados en enunciados que contienen conceptos polémicos (con densidad moral y política), para decirlo con Atria (2016), la determinación del significado de los derechos será liberal, conservadora o socialista, según las concepciones filosófico-políticas de los intérpretes de la Constitución. Porque, de alguna manera, la determinación del contenido concreto de las disposiciones constitucionales constituye un juicio político acerca de los desarrollos concretos de los principios fundamentales que compartimos como comunidad política.

## Lectura seleccionada

*Aunque parezca que tienen pocas pretensiones intelectuales y que carecen de ambición teórica o de visión práctica acerca de cómo podría ser la vida social, las facultades de derecho son lugares intensamente políticos. La concepción mercantil de las facultades, la infinita atención al árbol que impide ver el bosque, la simultánea formalidad y superficialidad con las que se abordan las limitadas tareas que parecen haber a mano, todo esto es solo una parte de lo que sucede. La otra parte es un entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial.*

*Decir que las facultades de derecho son ideológicas significa decir que lo que los profesores enseñan junto con los conocimientos básicos está mal, que lo que se enseña sobre cómo es el derecho y cuál es su funcionamiento no tiene sentido; que los mensajes sobre la naturaleza de las destrezas jurídicas y de su distribución entre los estudiantes son erróneas y tampoco tiene sentido; que las ideas que reciben los estudiantes acerca de las posibilidades de la vida como abogado también están equivocadas y son absurdas. Pero toda esta serie de sinsentidos está orientada, tiene un sesgo concreto y motivado, no es un error casual. Lo que pretende inculcar es que es natural, eficiente y justo que los estudios jurídicos, la profesión de abogado en general, y la sociedad a la que los abogados prestan sus servicios están organizados de acuerdo a los patrones actuales de jerarquía y dominación.*

*Debido a que creen lo que se les dice, explícita e implícitamente, respecto del mundo al que están ingresando, los estudiantes se comportan de un modo en el que cumplen las profecías que el sistema crea sobre ellos y sobre ese mundo. Este es el eslabón que completa el sistema: los estudiantes hacen más que aceptar las cosas como son y la ideología hace más que disipar toda oposición. Los estudiantes actúan efectivamente dentro de los canales construidos para ellos, haciéndolos aún más profundos, dándole a todo una pátina de aprobación y haciendo que la complicidad penetre en la historia de vida de cada uno.*

(...)

*Es posible distinguir dos aspectos de la educación jurídica como mecanismo reproductor de jerarquías. Gran parte del asunto consiste en que, a través del programa de enseñanza y la experiencia en clase, se inculca una determinada serie de actitudes políticas acerca de la economía y de la sociedad en general, acerca del derecho y de las posibilidades de la vida profesional. Esto tiene un significado ideológico general, e influye incluso sobre la vida de los estudiantes que jamás ejercen la abogacía. Hay una compleja serie de prácticas institucionales que inducen a los estudiantes a participar voluntariamente en el papel jerárquico especializado de los abogados. Los estudiantes comienzan a absorber ese mensaje ideológico general mucho antes de tener idea de cómo será su vida una vez fuera de la facultad. Por ello describiré este aspecto formal del proceso educativo, antes de describir las formas en las que la práctica institucional de las facultades de derecho se sustenta en esas realidades.*

*A veces, los estudiantes de derecho hablan como si no aprendieran nada en la facultad. En realidad, aprenden una serie de técnicas para hacer cosas simples pero importantes. Aprenden a retener una gran cantidad de normas, organizadas en sistemas de categorías (requisitos de celebración de un contrato, hipótesis que autorizan la rescisión, etc.). También aprenden a percibir problemas jurídicos, lo que significa identificar las ambigüedades y contradicciones de las normas, y sus lagunas cuando se las aplica a alguna situación fáctica en particular. Aprenden los rudimentos del análisis de casos, es decir, el arte de extender algunas decisiones judiciales para poder aplicarlas más allá de su alcance intuitivo original, y estrechar el alcance de otras decisiones judiciales, para evitar aplicarlas a casos en los que,*

en principio, parecían aplicables. Y aprenden una serie de argumentos que se equilibran, freses hechas, argumentos de conveniencia política a favor y en contra, que los abogados usan cuando discuten si una norma determinada debe aplicarse a una situación particular, a pesar de que haya una laguna, un conflicto o ambigüedad, o si una solución judicial determinada debe extenderse a otros casos o limitarse. Algunos de estos argumentos son la “seguridad jurídica” y la “necesidad de flexibilidad del derecho”, la “necesidad de promover la competencia” y la de “alentar la producción permitiendo que los productores se queden con las ganancias de su trabajo”.

Uno no debe exaltar el valor de estas técnicas, pero tampoco debe denigrarlo. En comparación con la tendencia de los estudiantes de primer año a deambular entre el formalismo jurídico y la mera intuición acerca de lo que es justo, significa un gran avance intelectual. De hecho, los abogados las usan en la práctica profesional, y cuando se las maneja apropiadamente y conscientemente, tiene un indudable potencial crítico. Resultan útiles para pensar sobre política, sobre argumentos de conveniencia política y sobre el discurso ético en general, ya que muestran de la indeterminación y manipulabilidad de las ideas e instituciones centrales del liberalismo.

Pero, por otro lado, las facultades de derecho enseñan estas técnicas, que son bastante rudimentarias y esencialmente instrumentales, de forma tal que son idealizadas por casi todos los estudiantes. Esta idealización tiene tres partes. Primero, la facultad enseña estas técnicas a través de discusiones en clase sobre casos en los que se asegura que “el derecho” surge de un riguroso procedimiento analítico llamado “razonamiento jurídico”, que resulta ininteligible para el lego, pero que de alguna manera explica y legitima la mayoría de las normas vigentes del orden jurídico. A la vez, tanto el contexto como los materiales de la clase presentan cada cuestión jurídica como si fuera completamente distinta de las demás —como un compartimiento estanco, sin esperanza de que, estudiando derecho, uno pueda llegar a tener una visión integral sobre lo que el derecho es, sobre cómo funciona o cómo podría modificarse, más que de modo gradual, caso por caso, en una estrategia reformista.

En segundo lugar, enseñar estas técnicas en el contexto idealizado del razonamiento jurídico y aplicarlas a problemas jurídicos totalmente desconectados entre sí, significa enseñar estas técnicas, que son absorbidas “por ósmosis” en la medida en que se va pescando la manera de “pensar como un abogado”. La mala enseñanza —y la fortuitamente buena— genera y acentúa las diferencias reales entre las capacidades de los estudiantes. Pero lo hace de tal manera que los estudiantes no saben cuándo están aprendiendo y cuándo no, y no tienen forma de mejorar y ni siquiera de entender su propio proceso de aprendizaje. Los alumnos perciben el entrenamiento en estas técnicas como un factor que hace surgir gradualmente diferencias entre ellos, como un proceso de formación de un “ranking” que refleja “algo” que está dentro de ellos.

En tercer lugar, las facultades enseñan estas técnicas en forma aislada del ejercicio real de la profesión. Se hace una distinción tajante entre el “razonamiento” y la “práctica” jurídicos, y uno no aprende nada acerca de la práctica. Este procedimiento incapacita a los alumnos para cualquier otro papel que no sea el de “aprendiz” en un estudio jurídico organizado de la misma manera que la facultad de derecho, con viejos abogados que controlan el contenido y el ritmo de aprendizaje despolitizado de destrezas técnicas, dentro de un ambiente competitivo y faltar de comunicación.

Tomado de Kennedy, D. (1983). La educación legal como preparación para la jerarquía. En C. Courtis (Comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (pp. 373-401). Buenos Aires: Eudeba

## Algunas lecturas recomendadas

- Kennedy, D. (1992). Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 283-293.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Sarlo, O. (2012). La formación de operadores jurídicos como asunto político. *Espacio Abierto. Revista del CIEJ-AFJU*, 10, 26 – 40.

## Para seguir reflexionando

En virtud de lo analizado en este capítulo, ensaye una descripción del modelo de enseñanza jurídica que conoce como estudiante.

## Referencias bibliográficas

- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Bonilla, D. (2013). El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica. En H. Olea (Ed.), *Derecho y pueblo Mapuche* (pp. 259-302) Santiago: Universidad Diego Portales.
- Bonilla, D. (2015). La economía política del conocimiento jurídico. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 26, Vol. 2, 1, 26-59.
- Böhmer, M. (Comp.). (1999). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa.
- Böhmer, M. (2003). Algunas sugerencias para escapar del silencio del aula. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 1, 13-34.
- Cardinaux, N. y Clérico, L. (2005). Formación docente y su relación con los “modelos” de formación de abogados. En N. Cardinaux et al. *De cursos y de formaciones docentes*. Buenos Aires: Dpto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA.
- Frank, J. (1999). Una defensa de las escuelas de abogados. En M. Bohmer (Comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía* (pp. 35-72). Barcelona: Gedisa.
- Friedman, L. (1986). Law and society movement. *Stanford Law Review*, 38, 3, 763-780.
- García Villegas, M. (2010). *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara.
- González Jácome, J. (2017). Los debates sobre la historia del derecho: de las teorías reflejo a la relativa autonomía del campo jurídico. En D. Kennedy (Ed.), *Historias críticas del derecho* (pp.11-71). Bogotá: Siglo del Hombre-Universidad de los Andes.
- González Mantilla, G. (2018). La enseñanza del derecho como política pública. En G. González Mantilla (Ed.), *La educación legal como política pública en América Latina* (pp. 147-191). Lima: Palestra.
- Gordon, R. (1999). Conferencia Brendan Brown: la Teoría Crítica del Derecho (Critical Legal Studies) como método de enseñanza del derecho. En M. Bohmer (Comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía* (pp. 147-172). Barcelona: Gedisa.
- Gordon, R. (2004). Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoya. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 2, N° 3, 91-116.
- Halprin, J.L. (2017). Exégesis (escuela). *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, 48, 263-277.
- Kennedy, D. (1992). Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11, 283-293.
- Kennedy, D. (1983). La educación legal como preparación para la jerarquía. En C. Courtis. (Comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (pp. 373-401). Buenos Aires: Eudeba.
- Llewellyn, K. (2003). El derecho y las ciencias sociales, especialmente la sociología. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 1, 99-119.

- Madrazo, A. (2006). ¿Qué? ¿Cómo? y ¿Para qué? Análisis y crítica al modelo tradicional de enseñanza del Derecho en México. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 7, 167-247.
- Sarlo, O. (2012). La formación de operadores jurídicos como asunto político. *Espacio Abierto. Revista del CIEJ-AFJU*, 10, 26 - 40.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

# Crítica de la ideología jurídica

Lucía Giudice

## 1. Introducción

En julio de 2012, al dar explicaciones sobre el ingreso de Venezuela al Mercosur, el presidente José Mujica pronunció una frase que causó gran revuelo: “Lo político superaba largamente lo jurídico”<sup>4</sup>. Tiempo después, defendió la afirmación en un libro biográfico:

El abogado escucha lo que vos le pedís y después arregla las leyes de acuerdo con eso. Siempre va a estar a favor del cliente. Toda la vida fue así. El derecho positivo surgió para justificar lo que querían los gobernantes de turno. Está muy bien el estado de derecho porque lo otro sería la monarquía y que el rey haga lo que le parezca. Pero el gran asunto es que al estado de derecho hay que ponerle un poco más de sentido común. No me vengan con que es perfecto, incuestionable y que está encima de todo, porque eso es mentira. Y lo es porque lo interpretan hombres opinables, subjetivos y que no pueden ser conscientes de su pertenencia de clase<sup>5</sup>.

Mujica fue criticado por poner en cuestión la neutralidad de “lo jurídico” y plantear su subordinación a la política. Esas afirmaciones chocan contra una visión del derecho que goza de enorme arraigo en el mundo contemporáneo —al menos en Occidente— y que podría denominarse “normativismo”: la idea de que las normas jurídicas pueden entenderse como criterios específicos de acción y decisión, que conforman un discurso autónomo y, al menos hasta cierto punto, autosuficiente.

Desde la visión normativista, tiene sentido cuestionar a alguien que plantea que la política está por encima de lo jurídico, porque ubicar a las normas más allá de los vaivenes de la lucha por el poder es, precisamente, uno de los fines que, desde diferentes concepciones como el positivismo y el iusnaturalismo, suelen atribuirse al derecho. Sin embargo, existen corrientes teóricas que cuestionan la posibilidad de que las normas puedan cumplir ese papel y consideran al normativismo como una visión equivocada del derecho, además de una ideología perniciosa. En este capítulo pondremos el foco en las teorías críticas y su contribución al análisis de la ideología jurídica.

Existe, en quienes estudiamos derecho o nos desempeñamos como operadores jurídicos, una serie de ideas instaladas sobre el objeto de estudio. Estas conforman lo que hemos aprendido como una teoría jurídica implícita.

---

4 <https://www.ultimahora.com/mujica-dice-que-lo-politico-supero-lo-juridico-ingreso-venezuela-n542702.html>

5 Tulbovitz, E. y Danza, A. (2015). *Una oveja negra al poder. Confesiones de Pepe Mujica*. Montevideo: Sudamericana.

Como expresa Eduardo López Medina, cuando algo se aprende así, implícitamente, se endurece con la naturalidad de lo obvio, hasta convertirse casi en un reflejo automático. Basta con que en nuestra formación de grado algún profesor de alguna materia dogmática de cierto prestigio enseñe a sus estudiantes cuáles son las fuentes del derecho, cómo se interpretan las normas legales, cómo se resuelven las lagunas en la ley, para que aprendamos de allí una cierta forma de concebir el fenómeno jurídico. Esta concepción aprendida parece responder de forma automática qué es el derecho, cómo funciona, cómo se comportan los operadores, sin que parezca necesario reflexionar más allá de lo que asumimos como verdadero. Esa teoría incorporada durante la formación de grado se reproduce y extiende sin que lo notemos, mediante el manejo de textos, argumentos e interpretaciones que se nos presentan como incuestionables (Kennedy, Rodríguez y López, 1999, pp. 9-10).

En el capítulo anterior, analizamos los modelos de enseñanza jurídica. En el presente capítulo, partiremos del rol central que dicha enseñanza juega en la conformación del sistema jurídico y su funcionamiento. La formación jurídica clásica instala la idea de que el derecho, tanto en la etapa de creación como de aplicación (especialmente), es neutral, apolítico y despojado de cualquier tipo de componente ideológico.

El discurso jurídico hegemónico exhibe uno de sus aspectos como si este fuera en realidad el total del fenómeno jurídico: “el derecho es la ley”. Algunos autores, como Courtis, explican que una de las causas de esto puede ser el predominio teórico de posiciones normativistas, centradas en el estudio del derecho en tanto forma. Producto de ello, la teoría del derecho continental ha eludido mayormente el análisis ideológico que retoma en gran medida la cuestión del contenido de las normas y las prácticas de los operadores jurídicos (Courtis, 2006, p. 349).

Sin embargo, corresponde señalar que los teóricos del derecho del siglo XX divisaron el componente ideológico del derecho y las prácticas en torno a él. En este sentido, como señala Bardazano (2008, p. 15):

La tendencia de la teoría desde hace tiempo ha sido considerar prioritaria la función de los jueces. Autores como Kelsen, Ross, Hart y Dworkin han señalado que los textos legales están dirigidos, en última instancia a los tribunales, lo cual hace que sea fundamental detectar cuál es la ideología jurídica de los jueces (Ross, 1970, pp. 62-71); es decir, considerar elementos que permitan detectar el paradigma en que actúan. Señala Habermas (2000, pp. 470) que ‘aquello a que los actores realmente responden y realmente han respondido con sus decisiones y razones, solo se podrá entender si se conoce la imagen que estos actores implícitamente se hacen de su sociedad, si se sabe qué estructuras, qué operaciones, qué resultados, qué rendimientos, qué potenciales, qué peligros y qué riesgos atribuyen a su sociedad a la luz de la tarea que esos actores se proponen, a saber, la tarea de realizar los derechos y de aplicar el derecho.

Por su parte, desde las teorías críticas del derecho, se entiende que la dimensión ideológica del derecho no fue atendida satisfactoriamente por las teorías del derecho mencionadas más arriba. En este sentido, Alicia Ruiz (1986, p. 161) explica:

Para las concepciones tradicionales en el campo del derecho, no parece necesario hacerse cargo de su naturaleza social como práctica y como discurso; de su dimensión ideológica y de su carácter legitimante respecto del modo de distribución del poder en una formación social determinada. El esfuerzo teórico alternativo que sustentamos ha permitido en cambio la emergencia de algunas problemáticas interesantes.

## 2. La noción de ideología aplicada al análisis del fenómeno jurídico

La ideología es objeto de evaluaciones que se encuentran en tensión. Por un lado, se le reconoce una gran riqueza y potencial explicativo para comprender las ciencias sociales producidas en los siglos XIX y XX. Por otro, la propia noción de ideología genera confusión, dado que es usualmente utilizada en muchos ámbitos y para referir a cuestiones distintas (Courtis, 2006, p. 349).

Por ejemplo, Ruiz (1986, p. 164) expresa:

El Derecho ocupa un lugar privilegiado en el terreno de la ideología. Quienes manejan ese peculiar saber —quienes conocen de la lógica interna con que el discurso del derecho se organiza y enuncia— están habilitados para su uso. Y esos son los magistrados, los abogados, los profesores de derecho, los juristas que “son los modernos brujos que transmiten e interpretan la palabra del poder (...)”.

A efectos de clarificar en qué sentido hablamos de ideología, es conveniente partir de la distinción entre dos concepciones de la noción que se realiza usualmente: una concepción descriptiva o neutra, y una concepción crítica o negativa. Ambas tienen en común que la ideología es un modo de ver, aprehender, interpretar, valorar, simbolizar o producir significado sobre la realidad, el mundo o al menos alguna parte de ellos.

La concepción descriptiva o neutra constata la existencia de ideologías o manifestaciones ideológicas —en general, de una pluralidad de maneras de ver, interpretar, valorar o producir significado sobre la realidad— y pretende dar cuenta de su contenido. Esta concepción de la ideología es estrictamente descriptiva. Por su parte, la concepción negativa o crítica da un paso más lejos: pretende evaluar una forma de ver, interpretar, valorar o producir significado sobre el mundo, o sus resultados, a partir de un criterio normativo, referente o parámetro que permita afirmar su parcialidad, interés, distorsión, falsedad, desviación o injusticia. En este segundo sentido, la ideología refiere a un modo sesgado, erróneo o viciado de consentimiento, interpretación, apreciación o producción de sentido sobre el mundo.

El análisis ideológico del derecho puede aplicarse a diferentes discursos jurídicos, como por ejemplo, las normas jurídicas, el discurso de los operadores del derecho (especialmente el de los jueces), y el producto discursivo de los juristas. Es importante destacar que la distinción entre estos discursos no supone una separación absoluta, ya que en general, cuando se habla de alguna “rama” del derecho se integran normas, aplicaciones jurisprudenciales y construcciones de la dogmática. Dado que la jurisprudencia aplica normas y la dogmática trabaja sobre normas, analizar la jurisprudencia y la dogmática desde el punto de vista ideológico supone también tomar en consideración el lenguaje objeto sobre el que operan. Inversamente, es frecuente que la legislación contemporánea cristalice conceptos o teorías formuladas por la doctrina, de modo que, cuando se analizan normas, uno se enfrente también a construcciones dogmáticas. Relaciones similares pueden marcarse entre legislación y jurisprudencia, y jurisprudencia y dogmática (Courtis, 2006).

Como fue señalado, la concepción “neutra” de la ideología parte de asumir que toda observación y valoración de la realidad supone un punto de mira signado por factores

históricos, culturales, sociales, económicos. Desde esta perspectiva, se plantea que las normas son manifestaciones ideológicas puesto que encarnan modos de concebir y valorar las áreas de la realidad social que, se supone, dichas normas están destinadas a regular. En sentido amplio, en todo conjunto de normas pueden leerse marcas de una determinada concepción política, social, económica. Y, en este sentido es que, en su intento de caracterizar esas marcas, la dogmática suele “modelizar” tipos de ordenamiento jurídico, distinguiendo por ejemplo entre constitucionalismo liberal y constitucionalismo social, derecho penal autoritario y derecho penal liberal, derecho civil de orientación liberal y derecho civil de orientación social (Courtis, 2006, p. 355).

El análisis ideológico, en este sentido, puede realizarse sobre las normas jurídicas que conforman un determinado ordenamiento positivo. La explicitación del contenido o de la orientación ideológica de dicho contenido es uno de los objetivos de este tipo de análisis, que puede tener mucha utilidad, por ejemplo, cuando se señala la tensión que existe en un ordenamiento jurídico entre diversas orientaciones ideológicas.

En cuanto a la dogmática, un análisis ideológico en sentido “neutral” pretende dar cuenta de que las propuestas de *lege data* hechas por la dogmática pueden ser vistas como recomendaciones interpretativas dirigidas a convencer a los jueces de que las apliquen. Esas propuestas son manifestaciones evidentes de la orientación ideológica de quien las postula. Podemos encontrar ejemplos que dan cuenta de ello en las discusiones de la dogmática nacional en las diversas “ramas” del derecho.

Por su parte, el análisis de la actividad judicial desde la concepción “neutral” de la ideología ofrece algunos problemas. Como explica Courtis (2006) el marco fundamental de las posibilidades de análisis ideológico de la jurisprudencia es el de la relativa indeterminación e interpretabilidad del derecho. Razones diversas como las características propias de los lenguajes naturales en los que se expresan normas y principios, las tensiones entre valores incorporados simultáneamente por el orden jurídico, la existencia de normas incompatibles y de normas incompletas provocan que el orden jurídico no sea un sistema unívoco que permita extraer deductivamente soluciones para todos los casos sin que medie por parte de los jueces una tarea de asignación y deslinde de sentidos, de reconstrucción hermenéutica, de decisiones entre opciones interpretativas. Esta tarea constituye una instancia de análisis ideológico, en la medida en que las tomas de decisiones hechas por los jueces pueden ser leídas como manifestaciones particulares de concepciones ideológicas más amplias.

### 3. Los desarrollos de la Teoría Crítica Jurídica

La teoría crítica del derecho tiene su punto de partida en una determinada actitud filosófica frente a los problemas de la realidad. En esta, por lo general, la noción de “ideología” a partir de la que se aborda el análisis es la que más arriba identificamos como “crítica” o “negativa”, a pesar de los matices que como veremos ofrecen las diversas variantes.

La actitud crítica pretende llevar hasta las últimas consecuencias los límites de lo pensable respecto de la realidad y desde allí contrastar y dejar en evidencia, correr el velo, desnudar lo opaco y lo oculto, lo que se quiere negar intencionalmente, para denunciar las contradicciones más arraigadas en la realidad que determinan la explotación, la miseria,

la desigualdad, la vulneración de todos los derechos y los mecanismos internos del poder. La crítica puede también guardar una equivalencia con la posibilidad de dar otra mirada, como lo ha propuesto Courtis (2001).

Según Meliante, desde el punto de vista estricto, solo podrá entenderse por teoría crítica o teorías críticas del derecho, a aquella o aquellas que, en general, guarden correspondencia discursiva y conceptual con la tradición filosófica que se concreta en el siglo XX en la Escuela de Frankfurt. Precisamente, en este último sentido (estricto), constituyen para la crítica centros de interés reflexivo de singular relevancia las relaciones entre *derecho-lenguaje*, *derecho-poder*, *derecho-política*, *derecho-ideología*, *derecho-decisión judicial*, *derecho-enseñanza del derecho*, *derecho-interdisciplinariedad*, además de la consabida reformulación jurídica del concepto de sujeto, categorías todas que merecieron tradicionalmente una atención general por parte de los juristas, pero que toman por el contrario un lugar preponderante en la visión crítica del derecho (Meliante, 2013, p. 158).

Wolkmer (2003, pp. 33-35) señala:

Aun si se reconocen las ambigüedades y “contrasentidos” de la categoría “crítica” aplicada al derecho, esta puede y debe ser comprendida como el instrumento operante que permite no solo esclarecer, estimular y emancipar un sujeto histórico inmerso en determinada normatividad, sino también discutir y redefinir el proceso de constitución del discurso legal mitificado y dominante.

Existe un perfil teórico común entre las teorías críticas jurídicas que se basa en la consideración de que el derecho de cualquier sociedad es parte calificada de su historia, de su ideología y de su concepción política.

Correas aclara que el objetivo de la crítica del derecho no es el de la justicia de las normas. No se trata de señalar, por ejemplo, la notoria injusticia del capitalismo y por lo tanto la maldad intrínseca del derecho que lo reproduce al contribuir a reproducir las relaciones en las que dicho modelo se sustenta. La crítica del derecho se propone algo distinto: para la Crítica del Derecho lo importante no son las normas en sí mismas y en tanto tales, sino la ideología que ellas reproducen cotidianamente al ser usadas, aunque, desde luego, para estudiar la ideología portada por las normas es necesario poder identificarlas. Para ello, el análisis de la dogmática resulta central (Correas, 1993, p. 12).

En este sentido, Cárcova explica que el derecho, para la crítica jurídica, es una práctica de las personas, que se expresa a través de un discurso que es más que palabras: es también comportamientos, símbolos, conocimientos (Cárcova, 2006, p. 148). Es lo que la ley manda, pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los teóricos producen, los legisladores sancionan o lo doctrinarios critican. Se trata de un discurso constitutivo, en tanto asigna significaciones a los hechos y a las palabras.

El derecho no es un instrumento neutral en la organización de la vida social que sirve, o bien para reproducir acríticamente las relaciones de poder establecidas, o bien para transformarlas con sentido progresivo. Asimismo, las normas no son unívocas y los jueces no constituyen solamente sus mecanismos de aplicación. Las normas adquieren significación de acuerdo al modo en que son articuladas y relacionadas con los hechos relevantes del caso y los jueces son sus intérpretes paradigmáticos a través de actos de constitución de sentido. Estos no son actos puramente individuales, sino inexorablemente sociales (Cárcova, 2014, p. 16).

Es posible ubicar la aparición de la crítica jurídica como un movimiento relativamente nuevo en el campo del derecho, entre finales de los 60 y mediados de los 70 del siglo XX. Sus manifestaciones eran heterogéneas, pero compartían algunos núcleos fundamentales de carácter conceptual. En términos generales, consideraban agotados los grandes paradigmas teóricos vigentes, el iusnaturalismo y el positivismo, en sus distintas versiones.

En Europa occidental durante los años setenta y ochenta del siglo pasado, se llevaron a cabo reformas reclamadas desde el *mayo del '68* y se desarrollaron movimientos como la *Critique du droit* en Francia y *L'uso alternativo del Diritto* en Italia, y surgieron también en otros lugares de Europa central movimientos críticos expresados en las revistas “Jueces para la Democracia” en España. Mientras tanto, en Estados Unidos surge el movimiento *Critical Legal Studies*. Entre sus antecedentes se ubica el realismo jurídico norteamericano que surge a finales del Siglo XIX.

En Sudamérica, debido a las circunstancias históricas y sociales de la región, los movimientos críticos comenzaron a desarrollarse a partir de la década del 70, destacándose sobre todo las repercusiones del movimiento de la crítica jurídica en Argentina, Brasil y México. Como es sabido, en dicho momento se inicia en la región un período signado por la represión, el terrorismo de Estado, la desaparición forzada de personas y la violación sistemática de derechos humanos. En este contexto, se revalorizan las instituciones democráticas y la importancia estratégica de la defensa de los derechos humanos. Esta situación reconfigura nuevas categorías de la acción política, por lo que se vuelve necesaria cierta producción teórica que las explique y defienda (Meliante, 2013).

El crítico portugués De Sousa Santos entiende por teoría crítica toda teoría que no reduce la realidad a lo que existe. Señala que la realidad, cualquiera sea el modo como es concebida, es considerada por la teoría crítica como un campo de posibilidades. La tarea de la teoría consiste precisamente en definir y evaluar la naturaleza y el ámbito de las alternativas de lo que está empíricamente dado. El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que la existencia no se agota en las posibilidades de existencia; por tanto, hay alternativas posibles de superar o es criticable lo que existe (De Souza Santos, 1999, p. 31).

En Argentina, por otra parte, el denominador común de las teorías jurídicas críticas es una preocupación epistemológica. Se ha procurado poner en juego categorías teóricas que permitan dar cuenta de los anclajes del derecho con las formas históricas de la sociedad. Para ello, apelar a las categorías provenientes de las teorías tradicionales resulta insuficiente, ya que, como afirma Alicia Ruiz, no basta con cambiar la ley —aunque, y paradójicamente, cambiar la ley sea, a veces, de la mayor importancia— porque el discurso jurídico opera, con fuerza singular, más allá de la pura normatividad: instala creencias, ficciones y mitos que consolidan un imaginario colectivo resistente a las transformaciones (Meliante, 2013).

La intención de la perspectiva es poner de manifiesto que el derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido las conductas de los hombres y los convierte en sujetos. El derecho es, también, un discurso legitimante del poder en el Estado moderno, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Es un discurso que instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer. A la vez, se realiza su importante valor simbólico: se constituye en el lugar del mito en las sociedades contemporáneas marcadas por la impronta de la racionalidad occidental. Así, de acuerdo a los críticos, las formas jurídicas expresan mucho más que un mecanismo de control social fundado en las relaciones de dominación y se tornan tanto más poderosas y rígidas cuanto más ligadas están a esos aspectos míticos.

Para la teoría crítica argentina, entonces, el discurso jurídico es un instrumento de control social que configura la realidad, y para comprenderlo, no alcanza con evaluar lo que contiene, sino lo que excluye y lo que esta exclusión devela. El discurso jurídico reconoce distintos niveles. El primero corresponde al producto de los órganos autorizados para hablar de normas, reglamentos, decretos, edictos, sentencias, contratos. Este nivel es autosuficiente en su producción y su reproducción. Consagradorio de figuras, ficciones y autores, guardado a través de la palabra delegada en su reproducción y en su comunicación. El segundo nivel del discurso jurídico está integrado por las teorías, doctrinas, opiniones que resultan de la práctica teórica de los juristas y por las alusiones de uso y manipulación del primer nivel, o sea por la práctica de los abogados, escribanos y “operadores” en general. Finalmente, en el tercer nivel se juega el imaginario de una formación social. Se trata del discurso que producen los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, en un juego de creencias, de desplazamientos y de ficciones. El derecho es un discurso que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación.

Así, Ruiz (1986, p. 12) expresa:

La realidad está desplazada y en su lugar se presenta una otra imagen como real. Tan real que solo cabe pensar, juzgar, actuar, en consecuencia. Actuar como si fuéramos libres e iguales, como si contratáramos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro, como si conociéramos las normas que debemos conocer, como si nunca incurriéramos en «error de derecho». Juzgar como si nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad, como si la realidad fuera lo que el discurso del derecho dice que es. Y lo más sorprendente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña: en la mayor parte de los casos es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos. Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados.

La función del discurso es constituyente; asigna significados a hechos y a palabras, más allá de las intenciones de quienes las pronuncian. Este carácter proviene directamente de su relación con el poder. El derecho asume un papel simbólico: significa más que el conjunto de actos, discursos, elementos normativos que servirían para ejemplificarlo.

En palabras de Ruiz (1986, p. 166):

Nos interesan, en cambio, algunos problemas en torno al derecho moderno. Ese derecho que recepta y expresa, con tanta fuerza, las formas de racionalidad del Occidente. Ese derecho que se construye a partir del acceso de la burguesía al poder y que se instala junto al Estado. Ese derecho que corresponde a un mundo que pretende, omnipotentemente, desterrar los mitos e instalar el supremo reino de la razón. Es en esta sociedad donde vale la pena indagar acerca del valor simbólico del derecho, revisar sus ritos y revalorar el papel de las formas jurídicas.

El pensamiento crítico pretende recategorizar al sujeto otorgándole un lugar de privilegio tanto en lo histórico, como en lo social, lo político y lo ideológico. De esta manera, poner en cuestión la noción de sujeto es mover la pieza clave que sostiene la estructura íntegra del sistema jurídico moderno. A partir de su desplazamiento, todas las demás categorías deben ser discutidas, reelaboradas, y con ello se conmueve la lógica interna del discurso jurídico y queda abierto a revisión.

De acuerdo con Aseff (1998, p. 26):

El sujeto que menta la Ley es en realidad el sujeto moderno, cartesiano, absolutamente racional, dueño de su voluntad, centro del conocimiento donde, como dice Foucault, hace eclosión la verdad. El aporte de ciertas disciplinas como la lingüística, el psicoanálisis o el materialismo histórico en algunas de sus versiones de este siglo, nos muestra por el contrario que el sujeto no es un hombre libre absolutamente dueño de su voluntad y de sus acciones.

La intención de los críticos jurídicos, en especial la de los adeptos a la corriente argentina, es desmontar doblemente la noción de sujeto formulada desde el derecho y probar que no hay un sujeto “libre y autónomo”. El sujeto de derecho, uno de los conceptos fundamentales alrededor del cual se estructura y organiza todo el derecho moderno, como si fuera en realidad preexistente a su interpelación y constitución por las palabras de la ley, no deja de ser una categoría histórica propia de la modernidad, tanto como lo son las cualidades que se le atribuyen (libertad, autonomía). Como dice Alicia Ruiz, “la humanidad”, “la vida humana”, “lo humano”, “el hombre” no son realidades dadas de una vez y para siempre, sino que son definiciones culturales que adquieren significación en tanto están contextualizadas (Aseff, 1998, p. 27).

Por otra parte, desde esta perspectiva crítica, se señala una característica del derecho que pretende cuestionar postulados de nuestros sistemas tales como “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. En este sentido, apuntan que lo jurídico siempre padece de cierta opacidad que dificulta a las personas el entendimiento del sentido de sus actos en cuanto abarcados por las normas.

Como expresa Cárcova (en Aseff, 1998, p. 30):

El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena... los hombres son aprehendidos por el derecho aún antes de nacer y por intermedio del derecho sus voluntades adquieren ultraactividad, produciendo consecuencias aún después de la muerte. El derecho organiza, sistematiza y otorga sentido a ciertas relaciones entre los hombres: relaciones de producción, relaciones de subordinación, de apropiación de los bienes.

Este desconocimiento no sería un efecto no deseado de la complejidad de las sociedades contemporáneas y del subsistema jurídico en particular. Sino que, más bien, persigue reproducir los mecanismos de la dominación social, en el mismo sentido que también la ideología proporciona una visión que es más bien una representación necesariamente deformada de las relaciones que los hombres tienen con sus condiciones materiales de vida y entre sí, antes que la percepción real de esas relaciones.

La opacidad del derecho se manifiesta también en la actividad judicial. La forma en la que los jueces toman las decisiones es callada, oscura y apenas conocida por los sujetos. Así, se presenta la función judicial como acrílica, libre de cualquier ideología, neutra y se niega por completo la discrecionalidad judicial, cuando en verdad, la realidad demuestra todo lo contrario. En este sentido, las pretensiones de ocultamiento respecto de la discrecionalidad judicial invisibilizan aspectos de la constitución ideológica del sistema judicial. Los críticos propugnan por una determinada función judicial, que en lugar de constituirse como instrumento de mantención del *statu quo* y de las relaciones de poder, se configure como una herramienta de transformación social.

## 4. Análisis de la ideología judicial

La teoría del derecho actual hace alusión, cada vez más, a la aplicación de las normas, particularmente, a través del análisis de decisiones judiciales. Las respuestas que se den a preguntas como, por ejemplo, en qué consiste la tarea que los jueces llevan adelante cuando interpretan los materiales normativos, se encuentran estrechamente vinculadas a la forma en cómo se concibe el ordenamiento jurídico.

César Rodríguez explica que cuando se concibe el ordenamiento jurídico como un sistema armónico y completo, la aplicación judicial de las normas que lo integran aparece como una actividad técnica y neutra. De acuerdo con esta perspectiva, la tarea del juez consiste en desentrañar y explicitar la solución que para el caso concreto se supone ya está prevista en el propio ordenamiento. En este sentido, las teorías que afirman la coherencia del derecho tienden a sostener simultáneamente la neutralidad en la tarea de la adjudicación. Por el contrario, cuando se concibe el derecho como un conjunto de normas indeterminadas y que se encuentran en tensión permanente debido a que protegen simultáneamente intereses de grupos enfrentados, la adjudicación es vista como un campo de enfrentamiento entre dichos grupos, en los que el juez, lejos de mediar de forma neutra, generalmente puede elegir entre interpretaciones alternativas de acuerdo con el resultado que desee para el caso. Debido a esto, las teorías que sostienen la indeterminación del derecho, en general, adhieren a la idea de que la adjudicación es una actividad esencialmente subjetiva (Kennedy, 1999, p. 21).

Como hemos señalado en el primer apartado de este capítulo, durante el Siglo XX, la teoría del derecho ha resaltado uno de los aspectos más importantes del fenómeno jurídico: la adjudicación. Es decir, el proceso de toma de decisiones por parte de los jueces. Tanto los teóricos realistas del derecho, como la teoría positivista y sus opositores, cada vez con mayor profundidad se han detenido en el análisis del proceso de toma de decisiones por parte de los jueces.

Uno de los aportes más ricos de las teorías críticas jurídicas a la teoría del derecho es la centralidad del análisis ideológico de la actividad judicial. En cuanto a ella, la crítica ideológica está destinada a develar las operaciones de desplazamiento u operaciones ocultamente efectuadas por los jueces al decidir los casos que se les presentan.

El movimiento *Critical Legal Studies*, y en especial, la obra de uno de sus principales exponentes, Duncan Kennedy, es un ejemplo de empleo *neutro* de la noción de ideología para describir las disputas interpretativas entre liberalismo y conservadurismo en el terreno de la decisión judicial. Pero además el autor también dedica una parte muy importante de su trabajo al *uso negativo* de ideología judicial.

Como señala Guillermo Moro en el texto introductorio al libro *Izquierda y Derecho* (En Kennedy 2010), los CLS apuntaron, entre otras cosas, a abordar ramas concretas del campo jurídico intentando generar relatos contra hegemónicos que desnudaran lo que el discurso jurídico liberal pretendía silenciar: las filiaciones ideológicas de las doctrinas jurídicas, la contribución a la conservación de la desigualdad social y económica de los distintos grupos de derechos, y el carácter contradictorio de cada uno de los “campos de saber” construidos a su alrededor (Kennedy, 2010, p. 13).

Para esta perspectiva, explica Moro (Kennedy, 2010, p. 13):

Las normas jurídicas y las sentencias judiciales —tanto como la supuesta ciencia jurídica construida para explicarlas y sistematizarlas— se cuentan entre los dispositivos simbólicos más importantes de la sociedad capitalista para naturalizar como institucionalidad inevitable lo que no es sino relación de poder contingente. El derecho, desde esta perspectiva, no es sino un dispositivo alienante, que distorsiona la conexión entre las personas y las expropia del control sobre su destino. Es por eso que los trabajos de esta variante de la teoría crítica (CLS) siempre se sustentaron en la esperanza de descongelar la (falsa) necesidad para exhibir que la contingencia tendría un efecto revitalizante y emancipador, abriendo espacio para la imaginación de futuros alternativos.

En este punto, cabe señalar que ya desde finales del siglo XIX el movimiento que será luego denominado como realismo jurídico norteamericano dio los primeros pasos en la dirección que décadas después seguirán los CLS. Esta versión del realismo jurídico cuestionó la supuesta objetividad y coherencia lógica del sistema jurídico, así como la neutralidad de los jueces.

Así, Oliver Wendell Holmes, en una de las obras más importantes del movimiento, expresa:

El lenguaje de las sentencias judiciales es, sobre todo, el de la lógica. Y la forma y el método de la lógica satisfacen esa ansia de certidumbre que alberga toda mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que ilusión y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor e importancia relativos de fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente es verdad, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso (Holmes, 1975, pp. 29-30).

Los realistas norteamericanos presentan, en un contexto dominado por el pensamiento legal clásico, los procesos judiciales como “campos de batalla” en los que la sentencia no puede más que plasmar la preferencia de un juez o una corte en un lugar y momento determinados. Así, en los desarrollos posteriores, insistieron en la indeterminación del derecho y la consecuente incidencia en la decisión judicial de factores que, de acuerdo con la concepción dominante, eran extrajurídicos. Fueron estas tesis las que, en el mundo anglosajón, especialmente en Estados Unidos, dieron lugar al nacimiento de una pluralidad de corrientes críticas a partir de los años sesenta que heredaron del realismo la actitud escéptica frente al derecho y la adjudicación y la han complementado, en muchos casos, con una denuncia contra el papel de estos en la conservación de las desigualdades sociales. Entre estas, los *Critical Legal Studies* han reconocido expresamente que su teoría de la adjudicación es una extensión del proyecto del realismo jurídico, radicalizándola en algunos aspectos (Kennedy, 1999, pp. 26-28).

En cuanto a la decisión judicial, Kennedy presenta y problematiza una dicotomía básica, arraigada como tal a la forma en que se piensa la organización del Estado moderno: la distinción entre crear y aplicar el derecho. Al cuestionar esta distinción, Kennedy desestabiliza uno de los pilares básicos de la autoridad política de nuestras sociedades.

La idea que está efectivamente arraigada en la forma en que concebimos el fenómeno jurídico consiste en pensar que la tarea de creación de derecho es realizada exclusivamente

por los órganos representativos de gobierno cuyas decisiones poseen una autoridad derivada del respaldo electoral de sus miembros. Y es en ese ámbito, el legislativo, en el que se asume que la discusión política e ideológica tiene lugar. Una vez que en este espacio se crean las normas, la aplicación dependerá de la pericia técnica, imparcial y objetiva de los jueces. En ella radica su legitimidad y soslaya que la actividad judicial es una actividad interpretativa. Dejar de pensar el derecho en base a esta dicotomía, tiene un efecto claramente desestabilizador del sistema.

En este sentido, Kennedy (2010, p. 125) manifiesta:

Tan pronto como pasamos de entender la decisión judicial como aplicación de normas a entenderla como interpretación, amenazamos con desestabilizar la estructura conceptual liberal que distingue los tribunales de las legislaturas, el derecho de la política, la toma de decisiones técnica de la toma de decisiones democrática, y el imperio de la ley de la tiranía.

Producto del modelo de formación jurídica y de la reproducción de las prácticas basadas en ella, subyace entonces la idea de que la actividad judicial es desempeñada por los jueces sin que en ella incidan factores ideológicos o políticos. De hecho, el discurso de los operadores jurídicos en general y de los jueces —en particular cuando reflexionan acerca de sus prácticas— refuerza dicha concepción de la función judicial, que pretende ocultar la discrecionalidad judicial inherente a la actividad decisoria. La reconstrucción del sistema que realiza la dogmática y las recomendaciones de aplicación a los jueces constituyen, sin dudas, dispositivos disciplinantes del poder jurídico.

Bovino y Courtis (2009, pp. 335-336) señalan en este sentido:

Los litigantes utilizan con irreverencia el discurso dogmático, trastocando, segmentando y aun utilizando piezas contradictorias, estratégicamente, atendiendo a la actividad de la contraparte y la postura del juzgador. El resultado de este proceso, la sentencia, se funda en los términos del discurso dogmático sin aludir a los múltiples elementos y variables que la configuraron. Así, el discurso judicial es un mecanismo que construye estratégicamente sus soluciones. Por ello, estudiar un caso a partir de su sentencia implica convertir esa sentencia en una pieza “aséptica” y suponer la existencia de una falsa uniformidad semántica entre el discurso práctico y las elaboraciones de la dogmática.

A pesar de ello, la concepción del derecho mayoritaria que subyace a la dogmática excluye completamente la consideración de la práctica jurídica o bien supone relaciones erróneas entre el programa establecido en el texto legal —y reformulado por la dogmática— y la instancia en donde tiene lugar la práctica jurídica como práctica social. En el primer caso, se reduce todo el fenómeno jurídico a un conjunto de textos explicados por juristas teóricos que se ocupan de sus aspectos formales a través de un reduccionismo que propone el ideal de neutralidad y ahistoricidad del derecho y reduce las decisiones judiciales a un proceso de aplicación de reglas generales al caso concreto. En el segundo caso, se establece una relación de continuidad entre el discurso dogmático y el discurso de la práctica jurídica, idea que define al discurso teórico por lo que excluye como objeto teórico: las características del funcionamiento de la práctica judicial y el proceso de producción y transformación de su propio discurso.

Para Kennedy, “La cuestión del rol de la ideología en la decisión judicial es una cuestión ideológica” (2010, p. 125). Esta expresión que, en una primera lectura puede parecer circular, cuestiona el hecho de que el proceso de decisión judicial sea presentado como

una actividad silogística o matemática y muestra una forma de ideologizar la actividad de los jueces que permite la priorización de ciertos intereses. El ocultamiento o negación acerca de en qué consiste verdaderamente la función judicial, es una cuestión, en sí misma, ideológica.

Teniendo en cuenta la distinción que hicimos al comienzo de este capítulo en cuanto a los usos del término “ideología”, resulta útil aclarar que Kennedy (2010, p. 28) define ideología como:

un proyecto de universalización de una *intelligentsia* que considera que actúa “para” un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos. El liberalismo y el conservadurismo son los ejemplos primarios de ideología norteamericana. Una característica importante de estas ideologías es que tienen una estructura general similar y elementos argumentativos similares, de manera que la diferencia entre ellas reside en la forma en que estos elementos son desplegados o “hablados” a propósito de una serie de cuestiones.

En este sentido, Kennedy (1997, pp. 291-292) explica que el discurso mistificado del derecho creado por los jueces, en general, contribuye a la naturalización de las relaciones sociales de dominación existentes, sobre todo, cuando se presenta las reglas jurídicas como si fluyeran de un razonamiento técnico, cuando, en realidad, son un producto de la estrategia ideológica judicial. Desde esta perspectiva, los jueces ejercen un cierto poder político a través de todas las áreas doctrinarias diferentes. Este poder ha sido legitimado, explicado y racionalizado diciendo que, si bien es verdad que los jueces no son electos, de todos modos, no necesitan serlo porque el proceso jurídico les impone una clase de disciplina que les prohíbe ser actores ideológicos dentro del sistema.

La discrecionalidad judicial y el modelaje de los materiales normativos a través de la interpretación constituyen lo que Kennedy llama la “actitud estratégica hacia los materiales normativos”.

De acuerdo a esta:

Siempre es posible para el juez adoptar una actitud estratégica hacia los materiales, tratar de hacer que signifiquen algo distinto de lo que al principio parecía que significaban, o darles un significado que excluya otros inicialmente posibles. Por otro lado, nunca es necesario que lo haga y nunca es seguro que vaya a tener éxito si lo intenta. Finalmente, por lo general no es posible saber si una decisión particular resultó diferente, debido a que el juez adoptó una estrategia particular de trabajo, de lo que habría resultado si hubiera adoptado alguna otra estrategia. Siempre es posible comportarse estratégicamente, en el sentido de intentar que una particular interpretación de las normas parezca la más adecuada (Kennedy, 2010, p.32).

Así, frente a la indeterminación de los materiales normativos y las opciones que brinda la dogmática jurídica, los jueces tienen la posibilidad de, a través de argumentos retóricos, llegar a la solución que ideológicamente pretenden alcanzar con su fallo. En este sentido, Kennedy (2010, p. 27) señala:

A veces resulta evidente que los jueces se sienten compelidos por los materiales a alcanzar determinadas soluciones sin tomar en consideración sus propias preferencias legislativas, o incluso contra ellas. Sin embargo, siempre aspiran a generar un efecto retórico particular: el de la necesidad jurídica de sus soluciones, sin considerar la ideología. Trabajan para

lograr este efecto pese a que sabemos que el comportamiento estratégico es una posibilidad irradicable de la interpretación, entendiendo por comportamiento estratégico la elección, fundada en motivaciones externas, de trabajar para desarrollar una de las posibles soluciones del problema jurídico en cuestión en lugar de otra.

Sin embargo, señala el autor, no es en absoluto necesario que los jueces se comporten estratégicamente. Muchos parecen acercarse a los materiales con la creencia de que estos significan algo por sí mismos. Sencillamente, pueden reprimir o nunca haber adquirido la habilidad para trazar estrategias. Aquellos que efectivamente se comportan de modo estratégico, a menudo, producen un significado convincente para los materiales normativos jurídicos, que es distinto al que pueden producir otros jueces con una agenda de trabajo opuesta (Kennedy, 2010, pp. 32-34).

Como explica César Rodríguez, Kennedy sostiene que los jueces esconden deliberadamente las motivaciones reales de sus fallos bajo el manto del discurso de la aplicación mecánica del derecho, debido a que dicho discurso es parte de la concepción dominante de la función judicial. Si se apartan de esta concepción, aceptando o confesando que la decisión de un caso concreto estuvo basada en una preferencia ideológica, corren el riesgo de ser criticados por los operadores jurídicos e incluso llegar a ser sancionados. Es por esto que en los fallos los jueces siempre niegan, en el sentido común del término, que están actuando con base en motivos ideológicos. Los jueces niegan la influencia de la ideología no solo porque esta es la conducta impuesta por la tradición jurídica, sino porque dicha conducta sirve para soslayar un conflicto inherente a la función judicial entre la misión encomendada a los jueces de hacer justicia y el respeto a las normas positivas vigentes para fundamentar sus fallos de acuerdo a ellas (Kennedy, Rodríguez & López, 1999, pp. 70-87).

En definitiva, la actitud cínica de los jueces frente a sus propias prácticas se sustenta en lo que Kennedy llama “la retórica de la neutralidad” que se mantiene en parte por la necesidad de la comunidad de que sobrevivan las ficciones fundamentales del derecho: la coherencia del derecho, la certeza y la seguridad jurídica. Concluye Rodríguez: “la retórica de la neutralidad se mantiene, en fin, porque nosotros queremos creer que ella es cierta” (Kennedy, Rodríguez & López, 1999, p. 88).

Kennedy propone entender la adjudicación judicial de una forma radicalmente diferente. Sugiere abandonar los referentes tradicionales de descripción y evaluación de la adjudicación judicial a partir de lo que él llamó “un giro fenomenológico”, y así poder mirar la adjudicación desde un punto de vista interno realista. Esto significa que el único referente para hablar de la decisión judicial es la experiencia específica del juez. A través de esta, el juez puede mostrar que en su trabajo cotidiano experimenta tanto la sensación de libertad para crear derecho como la sensación de restricción causada por la obligación de aplicar los materiales jurídicos existentes. De este modo, la reconstrucción de la experiencia del juez, propuesta por el realismo radical, no es del todo satisfactoria, pues el juez no es completamente libre de decidir lo que desee. Y tampoco son satisfactorias las teorías como las de Ronald Dworkin que sostienen que el juez está totalmente atado por el derecho.

Por esta razón, en *Libertad y Restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho*, Kennedy rechaza los dos extremos mencionados y se sitúa en el medio de los dos (Kennedy, Rodríguez & López, 1999). La intención del autor es mostrar que al momento de decidir el juez no experimenta una única sensación, sino una doble: de

libertad por un lado y de restricción por el otro. La tarea del juez es un trabajo que siempre tiene un propósito y se hace dentro de un “campo” constituido por el derecho existente. El propósito de dicho trabajo es dictar la sentencia con el resultado para el caso que el juez considere más justo. Así, la adjudicación es un escenario donde se suele presentar una tensión entre la sentencia a la que el juez quiere llegar y lo que el derecho parece indicar a primera vista. La libertad surge desde que la indeterminación del derecho lo convierte en un material moldeable, dúctil, al que el juez intenta darle la forma que estima más adecuada a través de diversas estrategias como la selección de las reglas y los principios que pueden conducir a la solución del caso o la construcción de ciertos argumentos. Por su parte, la experiencia de restricción es motivada, en primer lugar, por el límite de maleabilidad que tienen los propios materiales jurídicos, pero, además, también por factores extrajurídicos que afectan la vida diaria de las decisiones de los jueces, como por ejemplo, el impacto que la decisión tendrá en su comunidad jurídica o la recepción de la decisión en la opinión pública.

Kennedy (2010, p. 29) explica:

La actividad de creación de derecho de los jueces tiene lugar en el contexto de una estructura de normas jurídicas (frente a una determinada laguna, conflicto o ambigüedad en esta estructura). Los jueces resuelven problemas interpretativos a través de una forma de trabajo que consiste en reformular alguna parte de esta estructura, y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus soluciones. Una modalidad importante de la influencia ideológica en la decisión judicial proviene de la interpenetración entre esta retórica específica y técnica de la justificación jurídica y la retórica política general del momento. Podemos al menos adivinar el impacto que produce sobre el corpus total del derecho el hecho de que gran parte esté a cargo de jueces que persiguen proyectos ideológicos bajo estas peculiares restricciones interpretativas.

## 5. A modo de conclusión: los aportes de la Crítica de la Ideología Jurídica

Si bien como señalamos durante el capítulo la Teoría del Derecho del siglo XX no ha soslayado el componente ideológico del derecho, son los aportes de las diversas versiones de la Crítica Jurídica las que hacen foco especialmente en la ideología como objeto de análisis.

Como expresa Bardazano (2008, p. 25) siguiendo a Cárcova, si imaginamos una encuesta acerca del perfil de los jueces, frente a la pregunta sobre cuál es la actividad que realizan y cómo lo hacen, posiblemente nos respondan que reconocen un caso concreto que se presenta ante sus estrados y que subsumen las características del caso en una premisa general que está prevista en una norma. Esa respuesta es una reconstrucción sumamente ingenua que no logra dar cuenta satisfactoriamente de qué es lo que hacen los jueces cuando deciden (aunque ellos mismos puedan llegar a creer su respuesta, por lo tranquilizador de su efecto):

En ese sentido es oportuno recordar el postulado del movimiento *Critical Legal Studies* acerca de que la conservación de la imagen del juez neutral supone la preservación de una

instancia simbólica (...). La importancia estratégica de la función judicial no es solo la de resolver un conflicto entre particulares sino la de ejemplarizar y hacer trascender una receta social a partir de la resolución de ese conflicto entre particulares, esto es, la resolución de los conflictos entre particulares incide en la implementación de ciertas políticas públicas. Admitir lo anterior supone, obviamente, admitir que los jueces hacen política, en tanto dirigen, de alguna manera, la elección y consecución de finalidades sociales, y ello, a su vez, pone en primer plano la importancia de la responsabilidad que debe reclamarse a quien ejerce la función jurisdiccional (Bardazano, 2008, pp. 25-26).

El punto de vista crítico permite cuestionar algunas ideas monolíticas en las que se basan tanto la educación legal como las prácticas de los operadores del sistema jurídico, a saber: la separación radical entre las etapas de creación y aplicación del derecho, la completitud del ordenamiento jurídico, y la neutralidad y objetividad de los jueces al momento de decidir los casos a su cargo.

Esas ideas, por lo general, reproducen el discurso que coloca a lo jurídico como un fenómeno ajeno a las prácticas políticas y olvidan, en algunos casos, que el Poder Judicial es un poder político. Como expresa Cárcova, la función judicial es la función propia de un poder del Estado, esto es, una función política por antonomasia. La circunstancia de que la tarea que lleva a cabo sea especializada, estilizada, basada en un complejo conjunto de conocimientos, técnicas y procedimientos que son parte de una muy larga tradición cultural, no le resta el carácter político (Cárcova & Marí, 1996, p. 106).

## Lectura seleccionada

*En el plano descriptivo, los dos movimientos críticos aquí analizados afirman que el contenido del derecho está indeterminado: los estadounidenses debido a la «contradicción fundamental»; los argentinos, por su parte, añaden razones lingüísticas (semánticas y pragmáticas) y lógicas. Ello haría que la dogmática jurídica se convierta necesariamente en una actividad política: la indeterminación del derecho hace que los juristas realicen constantemente juicios de tipo político. La conclusión que derivan los críticos en el plano normativo de la ciencia jurídica es que, dado que hacer dogmática implica necesariamente juicios de valor, los juristas deben tomar conciencia de la valencia política de su actividad y deben proponer soluciones normativas más justas. La función principal de la dogmática debe ser hacer del mundo un lugar más justo.*

*Tres son al menos las dificultades con las que se enfrentan, en mi opinión, estos modelos normativos de ciencia jurídica: a) dejan de lado —o al menos dan muy poca importancia— el conocimiento del derecho válido y vigente aplicado por los tribunales, lo que me parece criticable. Si bien puede ser bueno que los juristas propongan nuevas interpretaciones de los textos legales, también lo es que conozcan el derecho realmente aplicado por los tribunales. La ciencia jurídica debe cumplir también una función cognitiva porque saber si «ejerciendo el derecho a la desobediencia civil, [un sujeto] se arriesga o no a acabar en la cárcel» resulta importante; b) las esperanzas que se depositan en la capacidad de la dogmática jurídica para cambiar el derecho me parecen excesivas. La dogmática jurídica tiene discrecionalidad a la hora de interpretar el derecho y generar importantes cambios en los ámbitos jurídico y político-social. Ahora bien, el modelo político de los críticos no es en absoluto moderado, y dudo mucho que el poder político no reaccionaría frente a interpretaciones tan progresistas y/o radicales como las sugeridas por los movimientos críticos; c) ¿realmente es plausible configurar la dogmática jurídica como una continuación de la política por otros medios? Luigi Ferrajoli, autor en absoluto sospechoso de ser un conservador en el plano político, ha señalado la inoportunidad de configurar la ciencia jurídica como una segunda instancia democrática. Las propuestas de ciencia jurídica crítica que invitan al jurista a intentar modificar las interpretaciones acogidas por la sociedad y por los tribunales, si bien pueden tener a su favor importantes razones materiales de fondo, cargan con un importante déficit de legitimidad al convertirse en una ulterior instancia de decisión no justificada democráticamente.*

Tomado de Nuñez Vaquero, A. (2010). Teorías críticas. Observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 26, 433- 434.

## Algunas lecturas recomendadas

- Courtis, C. (Comp.). (2016). *Desde otra mirada Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Wolkmer, A. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, (1.ª ed). Bogotá: ILSA.

## Para seguir reflexionando

1) Partiendo de la siguiente declaración del Ministro de Trabajo, Ernesto Murro, reflexione acerca de los componentes políticos y sus consecuencias en el proceso de elección de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

Debemos ser el único gobierno del mundo que no tenemos un ministro en la Suprema Corte de Justicia (...). No tenemos un ministro en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (...). Debe ser el único caso en el mundo. El Frente Amplio ha sido un exceso de democracia.<sup>6</sup>

2) Analice la siguiente frase del expresidente de la Suprema Corte de Justicia Dr. Jorge Chediak, teniendo en cuenta el concepto de “retórica de la neutralidad” presentado por Duncan Kennedy:

A los jueces nos sorprenden las motivaciones que se buscan en nuestras decisiones ¿Por qué no aceptan que la fundamentación jurídica que pusimos es la fundamentación de la sentencia y le buscan una quinta pata al gato?<sup>7</sup>

3) Reflexione sobre el rol de los jueces como agentes ideológicos a partir de la siguiente frase del exministro de la Suprema Corte de Justicia Ricardo Pérez Manrique en ejercicio de sus funciones como presidente de dicho órgano:

Y frente a la transgresión de las normas (que ocurre con más frecuencia de lo deseable), el Poder Judicial y sus jueces se erigen como un bastión y como una barrera para el avance de las tiranías, de la barbarie y también como límite a la opinión mayoritaria de la población en un momento determinado, cuando esa opinión resulta contraria a los derechos humanos.<sup>8</sup>

4) Analice, a través de los distintos medios de prensa, el discurso de los diversos operadores de nuestro sistema jurídico en torno al proceso de reforma del Nuevo Código del Proceso Penal.

5) Busque las diversas posiciones de la dogmática y la jurisprudencia nacional en torno a los siguientes asuntos. Luego, identifique, a través del análisis ideológico en sentido “neutro”, las diferencias entre las diversas posiciones.

Conflicto entre el derecho de los trabajadores a la ocupación —entendida como extensión del derecho a la huelga— y el derecho a la propiedad privada del empleador.

Delito de riesgos laborales.

Tipificación del feminicidio.

Alcance de la legítima defensa.

6 Faltan ministros frenteamplistas en la Corte y el TCA, según Murro. (30 de agosto al 5 de setiembre de 2018). Semanario Búsqueda. Recuperado de <https://www.búsqueda.com.uy/nota/faltan-ministros-frenteamplistas-en-la-corte-y-el-tca-segun-murro/l5-44130-1a800ffbbb095cb1314f>

7 ¿Por qué le buscan la quinta pata al gato? Entrevista con Jorge Chediak. (29 de setiembre de 2015). Montevideo Portal. Recuperado de <https://www.montevideo.com.uy/Noticias/Entrevista-con-Jorge-Chediak-uc284858>

8 Exposición del Dr. Ricardo Pérez Manrique en el 78º aniversario de la Noche de los Cristales Rotos “El Estado de derecho y la independencia de los jueces como frenos contra la barbarie”. Recuperado de <http://poderjudicial.gub.uy/novedades/noticias-institucionales/item/1877-presidente-de-la-scj-fue-el-orador-central-en-78-aniversario-de-la-noche-de-los-cristales-rotos>

6) Lea y compare las sentencias de la Suprema Corte de Justicia N° 396/2016 del 5 de octubre del 2016 y N°1981/2017 del 20 de diciembre de 2017.

¿Qué diferencias es posible notar en cuanto al alcance del derecho a la salud en cada una de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia?

¿Qué postura prima en una y otra sentencia sobre la función judicial y la separación de poderes?

## Referencias bibliográficas

- Aseff, L. (1998). La teoría crítica en la Argentina. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21 (2), 21-32. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.02>
- Bardazano, G. (2008). *Literalidad y decisión. Interpretación, justificación y Estado de Derecho*. Montevideo: CSIC-Carlos Álvarez Editor.
- Bovino, A y Courtis, C. (2009). Por una dogmática conscientemente política. En C. Courtis (Comp.), *Desde otra mirada Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Courtis, C. (Coord.). (2006). *Observar la Ley ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Cárcova, C. M. y Marí, E. E. (1996). *Derecho y política y magistratura*. Buenos Aires: Biblos.
- Cárcova, C. M. (2006). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.
- Correas, O. (1993). *Crítica a la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*. México: UNAM.
- Correas, O. (2005). *Crítica de la ideología jurídica*, Vol. 12. México: UNAM.
- De Sousa Santos, B. (1999). ¿Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 54, 197-215.
- Holmes, O. W. (1975). *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kennedy, D. (1997). *A critique of adjudication*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kennedy, D., Rodríguez, C. y López, D. E. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y derecho: ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Mari, E. E., Cárcova, C., Duquelsky-Gómez, D. J. y Entelman, R. (1991). *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mari, E. E., Kerchove, M. v. d., Kelsen, H., Ruiz, A. E. C., Cárcova, C. M., Entelman, R., . . . Raffin, M. (2006). *Materiales para una teoría crítica del derecho* (2.ª ed. ampl.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Meliante, L. (2013). La crítica jurídica Latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional. *Revista de la Facultad de Derecho*. 36, 153-183.
- Ruiz, A. (1986). La Ilusión de lo jurídico. Una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 4, 161-168.
- Ruiz, A. (2006). *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L
- Ruiz, A., Douglas Price, J.E. y Cárcova, C.M. (2014). *La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura*. Buenos Aires: Infojus.
- Tulbovitz, E. y Danza, A. (2015). *Una oveja negra al poder. Confesiones de Pepe Mujica*. Montevideo: Sudamericana.
- Wolkmer, A. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: ILSA.

## Material jurídico normativo

Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2017, diciembre 20). Sentencia 1981 del 20 de diciembre de 2017 (Sentencia n° 1981). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=177830>

Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2016, octubre 5). Sentencia 396 del 5 de octubre de 2016 (Sentencia n° 396). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=177830>

## **Parte II**

# La dimensión institucional del derecho



# Teoría de los Sistemas Jurídicos y las Fuentes del Derecho

Lucía Giudice

## 1. Introducción

En general, resulta poco problemática, al menos para juristas y estudiantes de derecho, la expresión “sistema jurídico uruguayo”. Sin embargo, ¿qué es lo que hace de Uruguay un sistema jurídico? Intuitivamente, podrían anticiparse distintas respuestas. Tal vez, las normas que rigen la conducta de quienes habitamos el Uruguay están dotadas de una unidad fundamental que se evidencia en un origen histórico indiscutible. Quizás, son normas coherentes entre sí o fácilmente armonizables; o al menos, pueden identificarse como creadas por autoridades ubicadas en este territorio.

Ni bien se observe con más atención, se verá que ninguna de esas condiciones se cumple íntegramente.

Las normas a las que estamos sujetos han sido sancionadas en un largo período de tiempo, cuyo comienzo es imposible de determinar con certeza. ¿Todo se resuelve tomando como origen a la Constitución de 1830? No, ya que dicha Carta no fue el acto jurídico que dio inicio al país, en cuanto tuvo como antecedente la Convención Preliminar de Paz (1828), en la que participaron Reino Unido, Brasil y Argentina y se acordó su creación. Y antes, encontramos la Declaratoria de la Independencia (1825), seguida por otra declaración de incorporación a las Provincias Unidas del Río de la Plata. Por otra parte, una vez promulgada su Constitución, el Uruguay siguió conservando como vigentes, en todas las ramas del derecho, normativa producida bajo órdenes estatales diferentes: el Reino de España e Indias, el Reino de Portugal y el Imperio del Brasil. Esta profusa legislación solo llegó a ser sustituida a través de un proceso que tomó muchas décadas y es imposible determinar con exactitud cuándo se completó.

Asimismo, representa una visión excesivamente idealizada afirmar que nuestro derecho (o el de cualquier nación) pueda ser considerado “coherente”. Esto resulta notorio para cualquiera que preste atención a las sentencias judiciales y a los textos de dogmática, en los que encontrará abundante evidencia de contradicciones entre normas, que dan origen a casos difíciles y hasta paradójicos, y en las que todas las propuestas de solución resultan insatisfactorias.

Tampoco puede decirse que el derecho que se aplica en este país sea creado íntegramente por instituciones que lo integran. Desde tiempos lejanos, los jueces han debido aplicar normas sancionadas en otros Estados para dar soluciones a los denominados “conflictos de la ley en el espacio” de los que se ocupa el derecho internacional privado. Los jueces uruguayos pueden reconocerse obligados a aplicar el derecho chino, y sin embargo sería

extraño decir que Uruguay y China forman un único sistema jurídico. En las últimas décadas, los procesos de integración como el Mercosur, el derecho internacional de los derechos humanos y el denominado *soft law* han vuelto el problema mucho más complejo, al punto que resulta difícil determinar, en numerosos casos, cuál es el origen de la normativa que nos obliga.

Se suele usar como sinónimos “derecho”, “ordenamiento jurídico” y “sistema jurídico”, sin reparar en la diferencia que existe entre estas nociones y qué significan cada una de ellas.

Referencias a la idea de sistema jurídico, cualquiera que sea la noción de derecho subyacente al calificativo, aparecen con mucha frecuencia en prácticamente todos los discursos jurídicos. Y, en el marco del derecho positivo, se ha de notar que a todo derecho codificado le es inmanente una idea de sistema, más o menos explícita, que condiciona en buena medida su tratamiento práctico (García Amado, 1985, p. 297).

Veremos que el derecho se asume como un sistema, pero esto no significa que efectivamente lo sea. ¿Cuándo podemos decir que existe un sistema jurídico? ¿Cómo se caracteriza un sistema jurídico? ¿Cuándo, desde la reflexión teórica, estamos en condiciones de decir que una norma pertenece a un sistema jurídico? Dedicaremos las páginas que siguen al intento de dar respuesta a estas preguntas. La última parte del capítulo (apartados 4 y 5) estará destinada al estudio de las fuentes del derecho, es decir, la estructura de los sistemas jurídicos y los procedimientos de creación de normas.

## 2. Representaciones del derecho como sistema

No solemos poner de manifiesto a qué nos referimos cuando decimos que el derecho es un sistema jurídico y, frente a esto, Barberis formula una pregunta que es conveniente responder para analizar el asunto desde una perspectiva teórica: ¿es el derecho realmente un sistema —entendido como un conjunto ordenado de normas— o “sistema” indica solo una representación ordenada de un fenómeno que en sí no está ordenando? (Barberis, 2015, p. 148).

Hans Kelsen fue uno de los primeros autores que destacó la importancia de considerar el derecho como un sistema. De esta forma, para el estudio del derecho no basta simplemente con tomar en cuenta sus elementos componentes, las normas, sino que también es necesario considerar las relaciones que las vinculan (Ferrer Beltrán y Rodríguez, 2011, p. 11).

Podemos partir de la idea de que el derecho positivo difícilmente podría ser sistemático per se. Con esto queremos decir que, ni el derecho romano, ni el common law, ni el derecho legislativo en la tradición continental, han sido ordenados, unitarios y coherentes. Por el contrario, se trata de representaciones que lo muestran como tal. Estas representaciones del derecho, basándonos en las reconstrucciones de Nino (2015) y Barberis (2015), son tres y vale aclarar que no son opuestas, sino que representan el derecho como sistema desde lugares diferentes, haciendo énfasis en características distintas que permiten diferenciarlo de otros sistemas normativos, tales como la moral, la religión, los usos sociales.

## 2.1. Representación sistemática o representación de los sistemas jurídicos como sistemas normativos

Esta es una representación doctrinal (se deben tener en cuenta los reparos que sobre este término fueron realizados en el capítulo 1 de este manual). Una de las funciones de la dogmática es sistematizar las normas jurídicas: incluso las sistematizaciones legislativas, como los códigos, son en verdad obra de los juristas. La sistemática es una representación parcial del derecho por cuanto ningún jurista podría sistematizar todo un derecho objetivo.

Alchourrón y Bulygin explican los sistemas normativos partiendo de la definición de *sistema deductivo de enunciados* que da Traski: el sistema deductivo es un conjunto cualquiera de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. Es decir que, si decidimos formar un conjunto de, por ejemplo, dos enunciados cualesquiera y decidimos también que integren el conjunto de todos los enunciados que se infieren lógicamente de ellos, tenemos constituido un sistema deductivo.

En *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin buscan reconstruir la sistematización doctrinal del derecho e identifican tres etapas (Barberis, 2015, pp. 149-150):

a. Elección de las normas que se van a sistematizar. Esta etapa consiste en la elección por parte de los juristas de una parte más o menos grande del derecho. En esta etapa, se ponen en juego actividades como la elección de las fuentes del derecho, su interpretación y las presentaciones de las interpretaciones en forma de reglas. Debemos tener presente que el jurista elige dentro del derecho vigente, es decir, el reconocido como aplicable por las fuentes. Pero debemos prestar atención, ya que lo que elige el jurista no son normas, sino disposiciones que interpretar. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin hablan de las disposiciones que integran el sistema como ya interpretadas. ¿Por qué? Básicamente, porque de otro modo sería imposible hablar de sistema: si se tienen en cuenta las diferentes y cambiantes interpretaciones de las disposiciones jurídicas, sería inevitable admitir que pueden darse tantos sistemas como interpretaciones posibles de cada disposición. La teoría del sistema tiene que hablar del derecho ya interpretado; pero los juristas en su actividad interpretan el derecho y no pueden más que interpretarlos si es que pretenden sistematizarlo.

b. La segunda etapa de la sistematización doctrinal consiste en la deducción, a partir de las normas de la etapa precedente, de todas sus consecuencias lógicas, y en la eventual reformulación de estas. Al respecto, Barberis aclara que esta reconstrucción de Alchourrón y Bulygin es, en algún sentido, incompleta pues los juristas no solo realizan y presentan deducciones, sino también argumentaciones, teniendo en cuenta que además de reglas, refieren a principios: a partir de reglas legislativas se suelen inferir los llamados principios generales, de los que nos encargaremos en el capítulo correspondiente.

c. La tercera etapa de la sistemática consiste en la modificación de las reglas sistematizadas en las etapas precedentes. Las actividades de los juristas revelan redundancias que pueden ser eliminadas sin cambiar el derecho, antinomias (regulaciones contradictorias) y lagunas (ausencia de regulación) que pueden ser eliminadas para hacer el derecho más coherente y completo. Alchourrón y Bulygin admiten que la sistematización (la construcción de sistemáticas) no se limita a conocer el derecho, sino que lo cambia, interpretando, argumentando y, en última instancia, solucionando antinomias e integrando lagunas.

De lo que venimos de decir, desde esta representación, el derecho es un sistema porque los juristas así lo presentan.

## 2.2. Representación del sistema en sentido estricto o del sistema como un sistema coactivo

Se trata de una representación teórica, formulada por la teoría del derecho y no por la doctrina o dogmática. Esta presenta una representación de todo el sistema en sentido estricto. Kelsen la llama “sistema estático” y la opone al “sistema dinámico”.

El carácter distintivo del sistema estático respecto del sistema dinámico es que se trata de un sistema lógico-deductivo, cuyas normas son conectadas por relaciones de deducción: todas son contenidas y, a la vez, deducibles de una misma norma fundamental.

Dice Kelsen (1979, p. 203):

Según la índole del fundamento de validez, cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico. Las normas de un orden del primer tipo valen — es decir, la conducta humana determinada por ellas es vista como debida— por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido, el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal. Así, por ejemplo, las normas: “no se debe mentir”, “no se debe engañar”, “se debe mantener la palabra empeñada”, “no se debe prestar falso testimonio” pueden ser derivadas de la norma que ordena decir la verdad. (...) A partir de ella (la norma que ordena decir la verdad) podrías entonces fundar un orden moral comprensivo. Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular. Esa norma, presupuesta como norma fundante básica, presta tanto el fundamento de validez, como el contenido válido de las normas inferidas de ella mediante una operación lógica. Un sistema de normas, cuyo fundamento de validez y cuyo fundamento válido es derivado de una norma propuesta como norma fundante básica, es un sistema normativo estático.

De este modo, un sistema se funda en un criterio estático cuando la validez de las normas se deduce de un orden superior o un conjunto de axiomas que se aceptan como válidos y las normas se deducen de ellos —como ejemplifica Kelsen con la norma que ordena decir la verdad—. La pertenencia de una norma al sistema del que se trate se obtiene por deducción del contenido de esos postulados que se consideran válidos.

Los sistemas morales, según Kelsen, son típicamente estáticos, a diferencia de los jurídicos que son dinámicos (como se presentará en el próximo apartado).

De acuerdo a la representación del sistema como un sistema coactivo, las normas jurídicas pueden distinguirse de las demás normas por el hecho de prescribir sanciones. La coactividad es una nota distintiva de los sistemas normativos que son jurídicos. Sin embargo, parece necesario recurrir a algún otro tipo de rasgo distintivo de los sistemas jurídicos si tomamos en cuenta que las normas de la moral también regulan el uso de la fuerza; ellas, por ejemplo, prohíben ciertos actos coactivos y autorizan la realización de otros.

## 2.3. Representación del sistema como orden jurídico institucionalizado o sistema dinámico

Como explica Nino, cuando se afirma que el sistema jurídico regula el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal, se apunta a la coactividad de las normas y, a la vez, esto presupone otro rasgo distintivo que consiste en la institucionalización del sistema: si el sistema no establece órganos centralizados que son los únicos autorizados para aplicar medidas coactivas, no hay monopolio de la fuerza estatal. El sistema jurídico no solo regula el empleo de la fuerza, sino que lo regula con el monopolio de determinados órganos, lo que permite distinguirlo efectivamente de otros sistemas normativos, como el moral (Nino, 2015, p. 107).

Al igual que la representación desarrollada en el apartado anterior, la representación del sistema como sistema dinámico es también un modelo teórico y total. Según esta, las normas se conectan entre sí, no por deducción lógica, sino por delegación: poderes superiores delegan a poderes inferiores la producción de normas. De este modo, la idea de un sistema dinámico se opone a la de sistema estático.

Expresa Kelsen (1979, pp. 203-204) al respecto:

Cuando se afirma una norma, de la que se derivan, como fundamento de validez y contenido válido, normas morales, como inmediatamente evidente, ello sucede porque se cree que ha sido establecida por la voluntad divina, o por alguna otra autoridad sobrehumana; o por cuanto, al haber sido producida por la costumbre, es tenida, como todo lo acostumbrado como evidente de suyo. A la postre, su validez solo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que la dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar fundamento de validez, pero no el contenido válido, de las normas en ella fundada. Estas normas constituyen sistema dinámico de normas (...) El tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene un regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica (...) La norma que constituyó el punto de partida de la cuestión no vale por su contenido, ni puede ser deducida, mediante una operación lógica, de la norma fundante presupuesta. (...) se diría que vale porque se presume como válida una norma fundante básica que, en última instancia, estatuye la manera de implantar normas.

Esta representación del sistema jurídico como un sistema dinámico tiene que ver, fundamentalmente, con los procedimientos o formas de creación de las normas, independientemente de su contenido. El derecho es presentado como una cadena de autorizaciones. Así, una norma es parte del sistema si ha sido dictada conforme a una norma superior habilitante:

Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido. (...) Sus contenidos solo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquella establecen las normas positivas del sistema (Kelsen, 1979, p. 204).

Kelsen pone como ejemplo el resultado de un juicio en el que interpretamos la muerte de un hombre por otro hombre como la ejecución de una sentencia que condena a quien ejecutó el acto de matar a la pena de muerte. Interpretamos esa muerte como la ejecución de una sentencia y no como un homicidio. Este juicio descansa en que reconocemos en el acto de matar la ejecución de una decisión de un tribunal que hubiera ordenado la ejecución como pena; es decir, damos al acto del tribunal el sentido objetivo de una norma individual, e interpretamos así a las personas que establecen la medida, como un tribunal. Kelsen explica que hacemos tal cosa porque reconocemos en el acto del tribunal el cumplimiento de una ley; es decir, de normas más generales que estatuyen actos de coacción. Hacemos esto porque vemos el acto legislativo como el cumplimiento de la Constitución, esto es, normas más generales que facultan a esas personas a dictar normas generales que estatuyen actos de coacción. Las normas que facultan a esas personas son entendidas como una Constitución. Si se trata de una primera constitución histórica, ello solo es posible si presuponemos que deben cumplirse actos de coacción bajo las condiciones y en las maneras que determinen las normas designadas como Constitución. Es decir, cuando presuponemos una norma cuya consecuencia es que el acto debe ser entendido como acto constituyente, debe ser considerado como un acto productor de normas objetivamente válidas y las personas que lo producen deben ser consideradas como la autoridad constituyente.

Esa norma fundante básica a la que refiere Kelsen, según sus palabras, no ha sido establecida mediante un acto jurídico positivo, sino presupuesta cuando se interpreta el acto cuestionado como un acto constituyente, y los actos ejecutados con fundamento en esa constitución, como actos jurídicos (Kelsen, 1979, p. 59). Establecer este supuesto es una función esencial de la ciencia del derecho. En este supuesto, según el autor, se encuentra el fundamento último del orden jurídico, tratándose de un fundamento hipotético.

Más adelante, Kelsen (1979, p. 202) explica:

La norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede seguirse hasta el infinito. Esta búsqueda tiene que concluir en una norma que se supone como última, suprema. Como norma suprema, tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.

La norma hipotética fundamental que presenta Kelsen tiene que ver con una clara preocupación epistemológica de su parte. Aquella es, según el autor, la respuesta a la pregunta por la posibilidad de los juristas de conocer el derecho positivo en el ejercicio de una disciplina científica como es concebida en la Teoría Pura del Derecho. Kelsen afirma que los juristas delimitan su objeto de estudio pensando en el derecho positivo y esto es una demostración de que suponen la norma hipotética fundamental.

En este sentido, el modelo dinámico representa el derecho como un sistema institucionalizado y esta representación es a la que adhieren otros teóricos del derecho, entre los cuales resulta decisiva la obra de H.L.A. Hart, con matices respecto a la de Kelsen.

Recordemos, antes de seguir, que para Kelsen el derecho es el conjunto de normas jurídicas. Sin embargo, este autor reconoce como normas jurídicas completas a aquellas que tienen la estructura de un precepto más una sanción. Si a la norma jurídica le falta el elemento de la sanción, la considera una norma jurídica incompleta.

Ahora bien, según Hart (2009), para distinguir el derecho de otros sistemas normativos como la moral, no basta acudir a la coactividad, sino que hay que tomar en cuenta que el derecho, además de reglas primarias de obligación, también está compuesto por reglas secundarias de tres tipos: de reconocimiento, de adjudicación y de cambio. Esto no es otra cosa que tomar en cuenta una nota distintiva del sistema jurídico, a saber: su carácter institucionalizado. Sus normas establecen autoridades centralizadas para operar de cierta manera con las reglas del sistema.

Así, el derecho puede ser caracterizado como un conjunto de reglas. Por un lado, las reglas primarias imponen una obligación a sus destinatarios. Por otro lado, las reglas secundarias son las que especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas y cómo se puede verificar su cumplimiento, así como la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento. El autor explica que las reglas secundarias, de alguna manera, permiten solucionar los defectos que surgen en una estructura social basada únicamente en reglas primarias. Para esto, propone primero imaginar una comunidad primitiva en la que no hay legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo y donde el único medio de control social es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas o criterios de comportamiento. Una estructura social de este tipo es designada, en la obra de Hart, como una estructura social basada en reglas de obligación, es decir, en reglas primarias. El funcionamiento de esta estructura solo es posible en una comunidad pequeña estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, creencias y circunstancias estables. Sin embargo, en cualquier otra circunstancia, una forma tan simple de control social será defectuosa, y requerirá ser complementada de diversas formas.

Hart (2009) aclara que las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas de conducta separadas, sin un criterio común para identificarlas, salvo por el hecho de que son las reglas que un grupo de seres humanos acepta. En este sentido, las normas de esa sociedad serían calificadas como pautas morales, o tradiciones, o usos sociales, pero no como reglas jurídicas. A medida que esa sociedad se complejiza, serán evidentes algunas fallas en su funcionamiento normativo, para cuya superación será necesario recurrir al tipo de reglas que son efectivamente distintivas de un sistema jurídico. La falta de certeza sobre cuáles son las normas que rigen en la sociedad se soluciona en esta teoría con la regla de reconocimiento, que determina las condiciones que debe reunir una regla para ser considerada válida. La regla de reconocimiento identifica las reglas que pertenecen al sistema, y es, a la vez, criterio de validez de este. Según este criterio, una regla pertenece a cierto sistema jurídico cuando su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. Se trata de “una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios” (Hart, 2009, p. 137).

En primer lugar, Hart (2009) aclara que, a diferencia de la norma hipotética fundamental en Kelsen, sobre la regla de reconocimiento no tiene sentido predicar la validez o invalidez,

dado que ella sirve precisamente para determinar cuándo las demás normas son válidas. Preguntarse por la validez de la regla de reconocimiento es como preguntarse, según Hart, si el metro de París (que sirve para determinar la corrección de todas las medidas del sistema métrico) es en sí mismo correcto. Además, la regla de reconocimiento es una práctica social que, presumiblemente, puede ser identificada, a diferencia de la norma fundamental en Kelsen, que es una construcción intelectual, una hipótesis, un supuesto epistemológico de trabajo (Nino, 2015, p. 124).

Retomando los problemas que resuelven las reglas secundarias, el carácter estático de las normas de origen consuetudinario hace necesario proponer las reglas de cambio (para darle dinamismo a las normas de origen, es decir, eliminarlas o modificarlas), que dan competencia a ciertos individuos para crear nuevas reglas, modificar las existentes y establecer los procedimientos para hacerlo.

Por último, debemos considerar un tercer problema. Hart (2009) lo enuncia como la “difusa presión social”, es decir, las dudas acerca de la aplicación de las reglas de obligación a casos particulares. Este inconveniente se genera debido a que no sabemos cuáles son las autoridades competentes para determinar los incumplimientos y para que estas puedan aplicar, en consecuencia, las sanciones correspondientes. Este problema se soluciona acudiendo a las reglas de adjudicación que facultan a ciertos órganos para tomar decisiones revestidas de autoridad sobre la aplicabilidad de las reglas de obligación.

La suma de reglas primarias más las secundarias conforman para Hart (2009) el sistema jurídico.

### 3. Algunos problemas en los sistemas jurídicos: coherencia y completitud

Cuando tratamos de derivar consecuencias lógicas del derecho representado como sistema, podemos identificar ciertos defectos o problemas. Se trata, en términos muy amplios, de defectos lógicos puesto que todos ellos suponen la frustración de ciertos ideales racionales que se persiguen en la representación del derecho como sistema. No olvidemos que lo que se busca es presentar el derecho como un conjunto de normas coherente y completo.

Siguiendo la síntesis que presenta Nino (2015), podemos identificar las contradicciones entre normas jurídicas como un primer problema. Se verifica una contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. Así, un sistema es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones y lo hace de tal modo que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa. Las contradicciones normativas deben distinguirse de otras situaciones que podríamos denominar contradicciones axiológicas. Estas últimas se verifican cuando la solución que el sistema jurídico atribuye a un caso indica, según ciertas pautas valorativas, que otro caso debería tener una solución diferente de la que el sistema prevé para él.

En segundo lugar, podemos identificar como problema o defecto la redundancia normativa. Nino (2015) explica que, al igual que la inconsistencia, la redundancia se caracteriza por el hecho de que el sistema estipula un exceso de soluciones para los mismos casos, pero, a diferencia del problema anterior, las soluciones no solo son compatibles, sino reiterativas:

La redundancia normativa no tendría por qué crear problemas por sí sola para la aplicación del derecho, puesto que al seguirse una de las normas redundantes se satisfecería también lo prescripto por la otra. Sin embargo, la dificultad radica, como dice Ross, en que los juristas y los jueces se resisten a admitir que el legislador haya dictado normas superfluas y en consecuencia se esfuerzan por otorgar a las normas con soluciones equivalentes, ámbitos autónomos (Nino, 2015, p. 279).

Por último, aunque, como dijimos, esta solo es una selección de algunos defectos de los sistemas jurídicos, podemos referirnos a un problema de alusión frecuente en el discurso de los operadores jurídicos: las lagunas del derecho. Este problema se relaciona con la consideración o no de los sistemas jurídicos como completos.

Barberis explica que por laguna se entienden las situaciones jurídicas relevantes en las cuales el sistema jurídico no atribuye consecuencia alguna al caso abstracto (Barberis, 2015, pp. 182-185). En cuanto al tipo de lagunas, podemos distinguir entre lagunas normativas y lagunas axiológicas. Las primeras son aquellas situaciones relevantes porque son identificadas bajo reglas del mismo sistema, pero de hecho no están reguladas. La posibilidad de aceptar la existencia de lagunas normativas en los sistemas jurídicos no es pacífica. Por ejemplo, Alchurrón y Bulygin sostienen que no tiene sentido hablar de lagunas del derecho si no se hace referencia a un cierto sistema jurídico y a un caso determinado. Por su parte, Kelsen no admite en ningún sistema la existencia de lagunas normativas, puesto que para todo sistema jurídico es necesariamente verdadero el llamado principio de clausura, o sea un enunciado que estipula que todo lo que no está prohibido, está permitido. Es decir que, cuando las normas del sistema no prohíben una cierta conducta, de cualquier modo, tal conducta recibe una calificación normativa en virtud del principio de clausura que permite toda acción que no esté prohibida (Nino, 2015, p. 282).

Por otra parte, los casos abstractos que solo se regulan al ser subsumidos en casos aún más abstractos se denominan lagunas ideológicas o axiológicas. En concreto, no es que exista una falta de solución, dado que el sistema sí ofrece una, pero esta se percibe como disfuncional, absurda o injusta (Barberis, 2015, p. 182).

Un ejercicio interesante, desde una perspectiva teórica, es observar cómo nuestro derecho positivo (al igual que muchos otros) ofrece remedios para los aplicadores —como por ejemplo la integración— cuando, aparentemente, no hay una solución regulada, pero, a la vez, deben cumplir con su obligación de no dejar de fallar en ningún caso.

## 4. Las fuentes del derecho

Cuando se habla de *fuentes del derecho* se está aludiendo al origen y a las formas de expresión del derecho positivo, esto es, al sistema de normas y decisiones impuestas y tuteladas por el poder social institucionalizado. Para que el derecho pueda representarse como un sistema jurídico, tiene que haber un amplio consenso respecto de cuáles son las fuentes de ese sistema. Sin embargo, las grandes controversias jurídicas giran en torno a las fuentes del derecho. En particular, frecuentemente decimos que tal acto o hecho es una fuente formal o material del derecho sin reparar en qué implica esto realmente.

Si bien el uso cotidiano de la expresión hace creer que no hay ningún aspecto problemático, si empezamos a profundizar en su análisis veremos que tiene una importancia central por diversos motivos. En primer lugar, detrás de la noción de “fuentes del derecho”

se esconden las diversas alternativas teóricas que tienen una gran relevancia práctica, pues afectan las tareas de interpretación y aplicación del derecho que realizan los diversos operadores. De hecho, algunas discusiones jurídicas acerca del peso que hay que atribuir a cada fuente tiene una importante trascendencia política. Por ejemplo, si pensamos en las disputas jurídicas históricas entre costumbre y ley o entre ley y jurisprudencia. Y lo mismo, en la actualidad, respecto a la tensión entre la ley y decretos de la Administración, o entre ley y la Constitución a propósito de la transición del Estado de derecho como imperio de la ley al Estado de derecho como Estado constitucional. Lo cierto es que la forma en que se diagrama un sistema de fuentes habla mucho de cómo se distribuye el poder de un determinado ordenamiento jurídico (Aguiló, 2015).

Se afirma que en nuestro sistema jurídico la legislación es la única fuente formal y que tanto la costumbre como la doctrina y jurisprudencia son fuentes materiales. Sin embargo, pocas veces entendemos qué queremos decir con ello o en qué radica la diferencia. En este sentido, el propósito de los apartados que siguen es presentar las herramientas básicas para lograr una reflexión teórica acerca del problema de las fuentes del derecho.

#### 4.1. Algunas distinciones preliminares

Usualmente, junto con la distinción entre “fuentes formales” y “fuentes materiales”, que atenderemos en el apartado siguiente, se diferencian dos grandes clases de fuentes del derecho: los actos normativos y los hechos normativos.

La expresión “acto normativo” se refiere no a cualquier comportamiento producto de normas, sino solo a aquellos comportamientos que producen normas de manera consciente e intencional. Por su parte, la expresión “hecho normativo” alude también a comportamientos humanos, pero solo a aquellos comportamientos que no son “actos” en el sentido anterior, es decir, que no son consciente e intencionalmente productores de normas.

Siguiendo a Guastini, la expresión acto normativo está sujeta, por lo menos, a dos usos distintos. En un primer sentido, con “acto normativo” se designa un actuar productivo de normas, por ejemplo, la legislación. En un segundo sentido, quizás el más común en su uso, “acto normativo” refiere al resultado o producto del actuar, es decir, la propia ley producto de dicha acción y no la acción de legislar (Guastini, 2016, p. 133).

Podemos decir que la noción de acto normativo coincide con lo que a veces se menciona como fuente deliberada. Cuando hablamos de creación deliberada de derecho, hacemos referencia a la sanción de ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos autorizados o competentes con la intención de establecerlas. Nino sostiene que, además de la ley en sentido amplio, constituyen casos de creación deliberada de derecho las sentencias dictadas por los jueces, lo que comprenderemos mejor en el apartado siguiente (Nino, 2015, p. 149).

Por otra parte, la expresión “hecho normativo” es usada, por lo general, con referencia a tres tipos de objetos diferentes. En primer lugar, refiere a aquellos comportamientos humanos que producen normas de manera involuntaria. Un ejemplo de esto es la costumbre en nuestro sistema, salvo que la ley remita a ella. En segundo lugar, se denominan “hechos normativos” a aquellos eventos o comportamientos que, aunque no hayan sido previstos como productivos de derecho por las normas vigentes sobre la producción jurídica, dan origen a normas que, de hecho, reciben aceptación y observancia por parte de sus destinatarios. En tercer lugar, se denominan “hechos normativos” los actos normativos de

ordenamientos “externos” al nacional, como las correspondientes al derecho internacional, cuyas normas son ocasionalmente susceptibles de aplicación en el ordenamiento interno (Guastini, 2016, p. 135).

Lógicamente, los hechos normativos se pueden identificar con las formas espontáneas de origen del derecho. Agrega Nino en este punto que la jurisprudencia o los precedentes judiciales constituyen una forma espontánea de dar origen a normas jurídicas (Nino, 2015, p. 151). Los jueces dictan ciertas normas particulares (las sentencias judiciales) y, para hacerlo, muchas veces toman en consideración determinados criterios generales que surgen de las decisiones de los tribunales considerados en su conjunto. Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo.

## 4.2. Concepciones de las fuentes

Como explica Aguiló (2015), más allá del ámbito jurídico, la metáfora de las fuentes se usa para referirse al origen de algo y remite a la idea de las fuentes del agua. La pregunta por las fuentes del derecho puede formularse como una “regla de tres”: “las fuentes son a las aguas que fluyen, lo que X es al Derecho”. Sin embargo, nos enfrentamos a varios problemas al tratar de responder qué ocuparía el lugar de X en la ecuación.

La palabra “origen” puede significar conceptos diversos según el enfoque. Aguiló sintetiza estas posibilidades explicando que existen tres discursos teóricos sobre la pregunta por “el origen”. Es decir, se pueden identificar por lo menos tres enfoques que difieren en cuanto a qué es lo que se quiere decir cuando se hace referencia a “el origen del derecho”.

El primero de ellos es el *enfoque explicativo*. Este discurso presenta los fenómenos jurídicos dentro de los fenómenos sociales y entiende la pregunta por el origen del derecho como equivalente a cuáles son las causas sociales que explican la génesis de los fenómenos jurídicos.

El segundo es el *enfoque justificativo* que entiende por origen no las causas que explican el derecho, sino la fundamentación de su obligatoriedad. Las preguntas que se hace este discurso en cuanto al origen podrían ser formuladas de esta forma: ¿Por qué obliga el derecho? ¿De dónde proviene su obligatoriedad?

El tercero es el *enfoque sistemático*. Este enfoque afirma el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos. Frente a los otros dos discursos, sostiene que el origen jurídico de los fenómenos jurídicos está en el propio sistema. Es decir que el derecho es un orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas.

El origen determina la juridicidad de la norma en cuestión. La idea de fuentes está en el centro del problema de la identificación del derecho. Por otra parte, la fuente les otorga a las normas un lugar dentro de la jerarquía normativa, lo que determina múltiples cuestiones: cuáles son sus condiciones de validez, quién puede derogarla o modificarla, cómo se resuelven los posibles conflictos con otras normas. La fuente determina cuál es el rol formal de la norma a la hora de construir el derecho como una unidad. Teniendo en cuenta este doble papel que juegan las fuentes en relación con las normas jurídicas, podemos entender dos concepciones que suelen presentarse como opuestas (Aguiló, 2015, pp. 1024-1025).

#### 4.2.1. Concepción que entiende las fuentes como el origen de la juridicidad de las normas.

##### Noción “formal” de fuentes del derecho

De acuerdo con esta concepción, las fuentes del derecho son el origen de las normas jurídicas. Norberto Bobbio —exponente de esta concepción— acepta que podemos tomar como definición de “fuentes del derecho” a “aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas” (Bobbio, 2002, p. 158).

Así, el derecho está constituido por normas generales y abstractas que son el resultado de ciertos hechos o actos jurídicos.

Esta noción de fuente del derecho se corresponde con la noción de fuentes formales del derecho, que lo presenta como un sistema, y del cual podemos señalar como característica inevitable su autorreferencialidad: si hay normas jurídicas es porque hay hechos y actos jurídicos que las crean. Asimismo, si hay hechos y actos jurídicos creadores de normas jurídicas es porque hay normas jurídicas que constituyen y regulan tales hechos, y actos jurídicos como normas de producción jurídica (Aguiló, 2015, p. 1025).

La noción “formal” de fuente pretende identificar ciertos actos y hechos como fuente del derecho con total independencia de su contenido. La expresión “fuente de producción del derecho” refiere a todo acto o hecho autorizado a producir normas sin importar cuál sea su contenido (si es un acto) o resultado (si es un hecho).

De lo que viene de decirse, no constituye fuente del derecho todo acto efectivamente productivo de normas sino solo aquel que está autorizado por el sistema a producirlas. De esta manera, desde esta concepción de las fuentes del derecho, en todo ordenamiento las fuentes pueden ser identificadas como tales a priori. Para saber si determinado acto es fuente del derecho, no es necesario analizar su contenido; es necesario y suficiente analizar si en el ordenamiento jurídico específico existe una norma sobre la producción jurídica que autoriza al acto en cuestión a crear normas.

Según esta perspectiva, los criterios de identificación de las fuentes son meramente formales, dado que la cuestión de si determinado acto es o no fuente de derecho puede y debe ser decidida a priori sobre la base de elementos formales, como la observación del órgano que lo produce y el proceso de formación. Así, se prescinde por completo del contenido del propio acto dado. Como dijimos, todo acto que esté autorizado a producir normas jurídicas constituye fuente del derecho. Por ende, en todo ordenamiento constituye derecho solo aquello que el propio ordenamiento califica como derecho (Guastini, 2016, pp. 103-104).

En este punto podemos tomar como un claro ejemplo de nuestro sistema las disposiciones del título preliminar del Código Civil. El artículo 9 establece:

Las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes; y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario. La costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Si observamos esta disposición desde la concepción formal de las fuentes del derecho, la costumbre no está autorizada por nuestro ordenamiento a producir derecho salvo en aquellos casos en los que la ley remita a ella. Esto implica, por el contrario, que las leyes son actos autorizados por el sistema a producir derecho. La ley en este sentido es fuente

formal de derecho. Basta que observemos si fue producida por los órganos competentes para hacerlo y conforme a los procedimientos establecidos, para poder predicar de ella que es una fuente de derecho.

Como vimos cuando analizamos brevemente la teoría de los sistemas jurídicos, Kelsen adhiere a esta concepción de fuentes del derecho, desde la que se entiende que son posibles de producir derecho aquellos actos autorizados por el propio sistema a hacerlo. Es decir, el sistema jurídico se presenta como una cadena de validez formada sobre la base de normas que autorizan la creación de otras. Así, a partir de la distinción entre normas jurídicas generales y normas particulares, Kelsen (1979) sostiene que los jueces crean derecho puesto que están autorizados por normas del sistema a fallar en casos concretos, determinando para ellos una norma jurídica particular.

Esta manera de concebir las fuentes del derecho implica varias cosas, a saber:

- a. estudiar las fuentes supone determinar el conjunto de “hechos y actos jurídicos” susceptibles de generar normas jurídicas; es decir, supone determinar el catálogo de fuentes;
- b. todas las normas jurídicas tienen su origen en una fuente, es decir, en un hecho o un acto que el propio sistema califica como jurídico;
- c. todo hecho o acto jurídico lo es en virtud de una norma jurídica;
- d. el origen de las normas permite distinguir nítidamente entre normas jurídicas y normas no jurídicas (Aguiló, 2015, p. 1026).

#### 4.2.2. Concepción que entiende que las fuentes son las normas jurídicas vistas por su origen

Desde esta perspectiva, es posible que haya normas jurídicas cuyo origen no se encuentre en hechos o actos jurídicos en el sentido precedente.

Esta manera de concebir las fuentes del derecho implica, por lo menos, que:

- a. hablar de fuentes del derecho supone hablar de un catálogo de orígenes de las normas jurídicas en el que no todos ellos son “hechos y actos jurídicos”;
- b. en abstracto, no es posible determinar de manera precisa y a priori el conjunto de normas jurídicas (Aguiló, 2015, p. 1027).

Podríamos decir que esta concepción de fuentes del derecho coincide con la noción material de fuentes del derecho. Al respecto, Guastini señala que, en sentido material, todo acto que produzca normas constituye fuentes del derecho, sea cual fuere su nombre, su procedimiento de formación y el órgano del cual emana (Guastini, 2016, p.100).

Según la noción material, la expresión “fuentes del derecho” refiere a todo acto o hecho que produzca derecho, más precisamente, normas generales y abstractas. Sin embargo, en este contexto, la expresión “producir normas” debe ser entendida en sentido amplio. En sentido literal o estricto, constituye producción de normas la actividad de crear nuevas normas jurídicas. En sentido amplio, constituye producción de normas cualquier actividad cuyo resultado sea la modificación del derecho existente en un cierto momento. El derecho (el conjunto de normas jurídicas existente), por otro lado, puede ser modificado.

A partir de esta concepción, toda modificación del ordenamiento existente, dado que este se presenta en un momento determinado, constituye una genuina producción de derecho. Según esta perspectiva, los criterios de las fuentes son materiales o sustanciales, en el siguiente sentido: si determinado acto es o no fuente del derecho no puede ser decidido a priori en base a elementos puramente formales, como por ejemplo el nombre del acto (“ley”),

el órgano del cual emana o el procedimiento de producción; lo que es necesario determinar es el contenido. Todo acto que esté provisto de contenido genuinamente normativo (es decir, que tenga contenido general y abstracto) constituye fuente del derecho, sean cuales fueren sus designaciones formales (Guastini, 2016, p. 101).

#### 4.2.2.1. *La concepción de las fuentes del derecho en la teoría realista de Alf Ross*

Un ejemplo de concepción de fuentes que se aleja del criterio formal es la de Alf Ross (2011). Para él, es necesario subrayar que la denominación “fuentes del derecho” no quiere significar un procedimiento para la producción de normas jurídicas. Señala que esta característica pertenece solo a la legislación, y aboga por un concepto de fuentes del derecho mucho más amplio. De este modo, expresa que por fuentes del derecho debe entenderse el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que este basa su decisión. Esta influencia puede variar desde aquellas “fuentes” que proporcionan al juez una norma jurídica ya elaborada que simplemente tiene que aceptar, hasta aquellas otras que no le ofrecen nada más que ideas e inspiración para que el propio juez formule la norma que necesita.

Esta forma de concebir las fuentes del derecho por parte de Ross está unida a una de las funciones que él mismo entiende que debe tener la ciencia jurídica para ser tal. Así, expresa que la identificación de cuáles son aquellos elementos solo puede ser cumplida mediante el estudio detallado de la manera en la que proceden de hecho los tribunales de un país para hallar las normas en las que basan sus decisiones.

Desde su labor teórica, Ross (2011) propone una interesante y útil clasificación de las fuentes del derecho de acuerdo al grado de objetivación de los diversos tipos de fuente:

Entiendo por esto el grado en que ellas presentan al juez una regla formulada, lista para su aplicación o, a la inversa, el grado en que le presentan solo un material que recién será transformado en una regla después de una activa contribución de trabajo de parte del juez. De acuerdo con esto, el esquema de clasificación será el siguiente: 1) el tipo de fuente completamente objetivada: las formulaciones revestidas de autoridad (legislación en el sentido más amplio); 2) el tipo de fuente parcialmente objetivada: costumbre y precedente; y 3) el tipo de fuente no objetivado, “libre”: la razón (Ross, 2011, p. 108).

## 5. Algunas reflexiones finales sobre la teoría de las fuentes del derecho

Guastini señala que la noción material de fuente parte de un concepto teórico y general de derecho (el derecho como conjunto de normas, las normas como mandatos generales y abstractos), no tanto porque pretende valer para todo ordenamiento jurídico posible, sino más bien porque pretende determinar cuáles son las fuentes de cualquier ordenamiento, de modo independiente del contenido positivo del ordenamiento del que se trate y prescindiendo, por tanto, de los varios modos en que los diversos ordenamientos regulan la creación del derecho (Guastini, 1999, p. 168).

Por su parte, la noción formal de fuente supone que el mismo concepto de derecho es un concepto dogmático-positivo, en lugar de teórico y general. Para determinar cuáles son las fuentes de un determinado ordenamiento, exige que se refiera al contenido positivo del ordenamiento en cuestión, en particular, a las normas sobre producción jurídica (Guastini, 1999, p. 168).

Desde la reflexión teórica, un problema señalado por Guastini es, justamente, que a pesar de que la compatibilidad de las dos nociones sea dudosa, es usual que se las encuentre combinadas en los diversos ordenamientos para formar una noción mixta. Vemos que las fuentes formales y fuentes materiales, en verdad, no son dos tipos de fuentes, sino más bien, son las fuentes vistas desde lugares distintos y a través de concepciones diversas del derecho.

## Lectura seleccionada

*La multiplicidad de los sistemas de derecho es una realidad. Cabe sin embargo precisar la amplitud de ese fenómeno y su verdadero significado. ¿En qué consiste y cómo se manifiesta la diversidad de derechos?*

*Es probable que el practicante del derecho, cuya atención se concentra en su sistema de derecho nacional, responda que las diferentes reglas de derecho son dictadas y aplicadas en diferentes países, conforme a sus propios procedimientos. He aquí el significado más claro y más sencillo de entender la diversidad de derechos. El derecho de los Estados Unidos de América y de Inglaterra difiere porque el primero admite, mientras que el segundo rechaza un control de la constitucionalidad de las leyes. El derecho inglés difiere del francés porque el primero norma el trust en tanto que el segundo lo ignora.*

*Sin embargo, la diversidad de los sistemas de derecho no proviene exclusivamente de la variedad de las reglas de derecho que prescribe. Sería a la vez superficial y falso percibir el derecho como un simple conjunto de reglas de derecho. Si bien el derecho puede, en una época y un país determinado, plasmar un determinado número de reglas de derecho, el fenómeno es sin embargo mucho más complejo. Cada derecho constituye de hecho un sistema: emplea un determinado vocabulario que corresponde a determinados conceptos; agrupa las reglas de derecho en determinadas categorías; determina el empleo de ciertas técnicas a fin de formular las reglas de derecho y ciertos métodos para interpretarlos; se vincula a una concepción dada del orden social que determina el modo de aplicación y la función misma del derecho.*

*“Bastan tres palabras del legislador, para que bibliotecas enteras pueden subastarse” escribió en 1848 un autor alemán. Se trata obviamente de una simple ironía. Es cierto que las reglas de derecho se modifican cada vez con mayor frecuencia y que el practicante debe aprender a tomar distancia de las obras jurídicas desactualizadas. No obstante ello, la enseñanza del derecho es posible ya que el derecho significa más que un simple conjunto de reglas en constante transformación. La enseñanza del derecho, por tanto, solo es posible porque el derecho se integra no solo por reglas que cambian. Lo crucial para los juristas no es aprender de memoria y en el detalle las reglas de derecho vigentes en un momento determinado: la interrogante natural es la siguiente: ¿de qué le serviría este ejercicio diez años después, en la práctica de su profesión que muy probablemente estaría ya sin ninguna relación con la inmensa mayoría de las reglas de derecho inicialmente estudiadas? Lo verdaderamente trascendente es conocer el marco de legalidad en donde se elaboran las reglas de derecho, el significado de los términos empleados, los métodos usados para fijar su significado y para armonizarlos entre ellos. Las reglas de derecho pueden cambiar súbitamente por obra del legislador, pero otros elementos no se pueden alterar de manera arbitraria ya que están íntimamente vinculados a nuestra civilización y a nuestros modos de pensar: el legislador no tiene ningún poder sobre ellos, como tampoco lo tiene sobre nuestro lenguaje o nuestra forma de razonar.*

Tomado de David, R. y Jauffret-Spinosi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México D.F.: UNAM.

## Algunas lecturas recomendadas

- Atria, F., Bulygin, E., Moreso, J.J., Navarro, P., Rodríguez, J.L. y Ruiz Manero, J. (2005). *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. España: Marcial Pons.
- Barberis, M. (2016). Para una teoría realmente realista del derecho. *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revista za ustavnoteorijo in filozofijoprava*, 29, 15-23.
- Burstin, D., Delgado, S., Gómez Leiza, J., Rodríguez Carrau, G. y Sarlo, Ó. (2009). *La constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicada al caso uruguayo*. Montevideo: Facultad de Derecho.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Redondo, M.C. (2017). *Orden jurídico. Modelos y discusiones*. Argentina: Ediciones Olejnik

## Para seguir reflexionando

1. ¿Es el Derecho un sistema? ¿De qué tipo?
2. En la Sentencia N° 6/2017 del 21 de febrero de 2017, Juzgado Letrado de Mercedes de 1° Turno, la jueza justificó el fallo aludiendo que en el sistema jurídico uruguayo hay una laguna. A partir de su lectura, señale cuál es, en su opinión, el tipo de laguna.
3. ¿A qué problemas nos enfrentamos al momento de definir la noción de “fuentes del derecho” desde una perspectiva teórica?
4. ¿Cuál es la diferencia entre la noción formal de fuentes del derecho y la noción material? ¿Cuál cree que es la adoptada en nuestro sistema?
5. Reflexione, desde la concepción de fuentes del derecho de Alf Ross, acerca de qué tipo de fuentes serían, en nuestro sistema jurídico, las elaboraciones de la dogmática jurídica.
6. Los jueces, ¿crean derecho?

## Referencias bibliográficas

- Aguiló Regla, J. (2015). Fuentes del derecho. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, (Vol 2, pp. 1019-1066). México D.F.: UNAM.
- Alchourron. C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J.L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- García Amado, J. A. (1985). Teorías del sistema jurídico y concepto de Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 2, 297-316.
- Guastini, R. (1999). Concepciones de las fuentes del derecho. *Isonomía*, 11, 167-176.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Editorial Científica Peruana.
- Hart, H. (2009). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.
- Nino. C. S. (2015). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ross, A. (2011). *Sobre el derecho y la justicia*. Argentina: Eudeba.

# Material jurídico normativo

Juzgado Letrado de Mercedes de 1° Turno. (Uruguay). (2017, febrero 21). Sentencia 6 del 21 de febrero de 2017 (Sentencia n° 6). Recuperado de <https://www.poderjudicial.gub.uy/images/2017/resoluciones2017/sent21-02-17amparointerruocionembarazojuezabookdifucionpdf>

# Teoría de las Normas

Lucía Giudice

## 1. Introducción

Según el art. 96 del Código Tributario, la defraudación es “todo acto fraudulento realizado con la intención de obtener para sí o para un tercero, un enriquecimiento indebido, a expensas de los derechos del Estado a la percepción de los tributos”. El inciso segundo añade: “Se considera fraude todo engaño u ocultación que induzca o sea susceptible de inducir a los funcionarios de la Administración Fiscal a reclamar o aceptar importes menores de los que correspondan o a otorgar franquicias indebidas”. El literal E menciona como presunción simple de defraudar: “Incumplimiento de la obligación de llevar o exhibir libros y documentación, o existencia de dos o más juegos de libros para una misma contabilidad con distintos asientos”. Por otra parte, el art. 70 del mismo cuerpo normativo establece que “los contribuyentes y responsables están obligados a colaborar en las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la Administración”. El literal E añade que deberán: “Presentar o exhibir en las oficinas fiscales ante los funcionarios autorizados las declaraciones, informes, comprobantes de legítima procedencia de mercaderías, y toda documentación relacionada con hechos generadores de obligaciones tributarias, y formular las ampliaciones o aclaraciones que les fueren solicitadas”.

A continuación, se presentará un caso concreto en el que es posible observar estos conceptos. En el año 2009, la DGI realizó una inspección a una empresa y a partir de ella estableció la determinación tributaria. Además de establecer el quantum de lo adeudado por impuestos y moral, declaró que la empresa contribuyente había incurrido en infracción tributaria, y le impuso la consiguiente multa. La DGI basó la imputación en la propia declaración del titular de la empresa, consignada en el acta de inspección, que reconoció no facturar algunas transacciones, y en documentos incautados (cuaderno, planilla de contabilidad) que hacían presumir la defraudación.

Por sentencia 1067/2017, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), en mayoría, anuló el acto administrativo en lo atinente a la defraudación. El argumento principal del Tribunal fue que la DGI había vulnerado garantías procedimentales del administrado, al no hacerle saber, previo a su declaración, que podía ser asistido por abogado y que su declaración podía autoincriminarlo (la denominada *advertencia Miranda*).

A juicio de la corporación, la declaración efectuada sin la presencia del abogado es una prueba que vulnera las garantías del debido proceso. Resulta, por tanto, nula y contagia de nulidad al resto de las actuaciones. Se trata, para el TCA, “de un principio de rango constitucional y como tal, no puede interpretarse que la obligación legal de colaboración en las tareas de determinación, fiscalización e investigación valide una confesión obtenida sin cumplir con las garantías básicas”.

El caso reedita una discusión que se encuentra de manera muy frecuente en la jurisprudencia y la dogmática: ¿cuáles son los estándares normativos que determinan la solución de los casos jurídicos? Para la DGI, lo decisivo en el caso era la conjunción de dos reglas: una que tipificaba la infracción de defraudación tributaria y otra que establecía un deber concreto de colaboración del contribuyente con la determinación. Para el TCA, sin embargo, lo decisivo era un principio constitucional que imponía a la Administración obligaciones previas a la determinación.

El problema está planteado como una dicotomía entre reglas y principios. ¿Pero es correcta esa contraposición? En este capítulo, nos acercamos a la teoría de las normas jurídicas y, en particular, a la problemática distinción entre reglas y principios.

En general, las teorías del derecho incluyen una explicación del concepto de la norma jurídica. Sin embargo, no es claro lo que ha de entenderse por norma jurídica. Esta falta de claridad se deriva, en parte, de los problemas vinculados con el concepto de norma en general y la existencia de diversas interpretaciones acerca de lo que constituye el carácter jurídico de una norma (Sieckmann, 2015, p. 895).

Los discursos jurídicos —tanto el de los dogmáticos como el de los jueces— aluden, frecuentemente, a normas y principios. Sin embargo, no solemos preguntarnos por la diferencia que existe entre una y otra categoría. Responder estas interrogantes es parte de la reflexión teórica que pretendemos introducir en este capítulo. Para ello, debemos partir de que la discusión acerca del estatus jurídico de los principios depende de la concepción de derecho a la que adherimos y, consecuentemente, a la de fuentes del derecho, es decir, cuáles son los hechos o actos que consideramos productores de derecho.

## 2. Concepto de norma

Teniendo en cuenta los conceptos analizados en el primer capítulo del manual, estamos en condiciones de comprender que el término “norma” es ambiguo, dado que, por un lado, puede indicar solo regularidades, y por otro, “auténticas normas”, es decir, sentidos que guían la conducta. Como explica Barberis (2015), aunque descartemos el primer sentido y optemos por el segundo, este último también resulta vago, pues la guía de la conducta puede darse de maneras muy diferentes. Redefiniciones como “Norma indica típicamente significados que guían la conducta” serían demasiado genéricas y podrían hacer poco más que señalar la existencia de casos dudosos.

En el lenguaje común de los juristas, se suele denominar norma jurídica a cualquier enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho. Guastini (2016) señala que el vocablo “norma” es usado con un significado que oscila en torno a tres ejes:

a. En primer lugar, es usado en sentido estricto para hacer referencia a prescripciones (mandatos o prohibiciones); en sentido amplio, para hacer referencia a todo enunciado que se encuentre en las fuentes del derecho.

b. En segundo lugar, el vocablo “norma” es usado, en ocasiones, en sentido estricto, para designar prescripciones generales y abstractas; en otras, en sentido amplio, para designar también prescripciones singulares y concretas.

c. Por último, el vocablo “norma” es usado, a veces, para referirse a los enunciados del discurso de las fuentes; otras, para referirse no a estos mismos enunciados, sino a su contenido de sentido, a su significado; y en otras, inclusive, para referirse a las dos cosas indistintamente.

A efectos de poder distinguir con mayor claridad, se recomienda acudir a tipologías como la propuesta por Georg Henrik von Wright. De modo muy general, esta tipología distingue entre reglas —definidas como normas que guían directamente la conducta— y principios —normas que guían la conducta solo indirectamente por medio de las mismas reglas—. Esta tipología determina tres tipos de reglas (prescripciones, costumbres y reglas técnicas) y tres tipos de principios (regulativos, directivos y constitutivos) en una lista en orden decreciente de actitud para guiar la conducta (Barberis, 2015, p. 105).

## 2.1. Norma en sentido estricto

La norma jurídica entendida en sentido estricto:

- a. es una prescripción;
- b. está dotada de estructura condicional;
- c. está dotada de contenido general y abstracto.

Como vimos en el primer capítulo de este manual, se suele llamar “prescriptivo” a un discurso cuya función no es la de formular y transmitir información y conocimiento, sino modificar, influenciar o dirigir el comportamiento de las personas.

Asimismo, una norma jurídica puede ser reconstruida como un enunciado condicional, que dispone qué es lo que debe hacerse en caso de que ocurran determinadas circunstancias. Por ejemplo, el artículo 310 del Código Penal uruguayo establece: “El que, con intención de matar, diere muerte a alguna persona, será castigado con dos a doce años de penitenciaría”. O, en el ámbito civil, el artículo 661 del Código Civil dispone: “El que dolosamente se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, deberá ser condenado a la indemnización de los daños y perjuicios que de este engaño hayan resultado al actor”.

Lo que Guastini clasifica como norma jurídica en sentido estricto, es el concepto al que adhirió Hans Kelsen para definir las normas jurídicas. Tiene como punto de partida la elaboración que hiciera John Austin, pero con algunas diferencias que resultan importantes señalar. Austin (1995) define las normas jurídicas como mandatos generales formulados por el soberano a sus súbditos. Toda norma jurídica es, entonces, un mandato, una expresión de deseo de que alguien se comporte de determinada manera y la intención de causarle daño si no se conduce de conformidad con ese deseo.

Las normas jurídicas, según Austin, siempre especifican un sujeto (que es el destinatario de la orden), el acto que debe realizarse y la ocasión en que tal acto tiene que realizarse. Además, las normas presentan un operador imperativo que es lo que ordena a los sujetos a realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada. Según esta teoría, el elemento caracterizante que permite distinguir las normas jurídicas de los demás tipos de mandatos es que los mandatos son jurídicos cuando tienen su origen en la voluntad de un soberano. En este sentido, el concepto de soberanía es fundamental en la formulación de Austin (En Nino, 2015) quien define al soberano de la siguiente manera:

... si un hombre determinado es destinatario de un hábito de obediencia de la mayor parte de una sociedad sin que él, a su vez, tenga el hábito de obedecer a un superior, ese hombre es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el soberano) es una sociedad política e independiente (Austin, En Nino 2015, p. 79).

Kelsen (1979), por su parte, señala que las normas son juicios de deber ser que expresan el sentido objetivo de un acto de voluntad, mientras que las órdenes son la expresión de la mera intención subjetiva de quien las formula. Así, niega que detrás de los juicios de deber ser que llamamos “normas” deba haber necesariamente una voluntad real, en sentido psicológico, y por eso, rechaza la identificación que hacía Austin entre normas y mandatos.

En sustitución de la voluntad, Kelsen (1979) —para quien la voluntad es característica de los mandatos y solo concomitante en las normas— señala otra propiedad que tienen las normas que las diferencia de los mandatos, órdenes o expresiones de deseo del soberano. Esta propiedad diferenciadora es la validez, como vimos en el capítulo anterior. En la teoría de Kelsen, que un juicio de deber ser sea una norma válida depende de que quien lo formula esté autorizado a hacerlo por otra norma que a su vez sea válida. Las normas jurídicas son ejemplos de técnicas de motivación social indirecta dado que no indican directamente la conducta deseable. A su vez, pretenden motivar a los sujetos solamente por la autoridad o racionalidad de la propia norma, como, por ejemplo, las normas morales. La técnica que el derecho ha elegido en la mayoría de los casos no es la de recompensas sino la de la sanción (Nino, 2015, pp. 80-95).

Según Kelsen (1979), la sanción jurídica constituye un acto coercitivo —de fuerza actual o potencial— que consiste en la privación de algún bien (por ejemplo, la propiedad o la libertad) y que es ejercida por un individuo autorizado para hacerlo como consecuencia de la conducta del sujeto a quien se le impone la sanción.

Kelsen explica, siguiendo a Von Wright, que el contenido de las normas jurídicas es un acto coercitivo que priva de un bien (Kelsen, 1979, p. 46). Una norma jurídica es la que prescribe una sanción jurídica. Sin embargo, esta última afirmación nos coloca ante un problema. Si pensamos en el contenido de cualquier sistema jurídico, nos encontramos con enunciados normativos que no contienen una sanción, por ejemplo, los enunciados de la Constitución que, por lo general, no prescriben sanciones, sino derechos y garantías o la forma en la que se organizan las instituciones del Estado (Kelsen, 1983, pp. 71-72).

Hart, por su parte, publica en 1961 *El Concepto de Derecho* con la pretensión de presentar una versión del positivismo jurídico que superara algunas dificultades que encontró en las teorías de Austin y Kelsen (Hart, 2009, pp. 114-120). Como vimos al analizar la teoría de los sistemas jurídicos, Kelsen (1979) apunta que el derecho puede ser caracterizado como un conjunto de reglas: reglas primarias que imponen una obligación a sus destinatarios y reglas secundarias. Estas últimas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas y cómo se puede verificar su cumplimiento, así como la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento. Como se desarrollará con mayor detalle en el capítulo 11, dentro de las reglas secundarias Hart distingue tres tipos: las reglas de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación.

Para Hart no es posible comprender el derecho si no es a partir de la conjunción de reglas primarias y reglas secundarias. Justamente, la regla de reconocimiento es la que sirve como criterio de validez, es decir, para identificar cuáles son las reglas que pertenecen a un determinado sistema jurídico.

### 3. La distinción entre normas y principios

Siguiendo a Guastini, la distinción entre normas y principios puede ser entendida, por lo menos, de dos formas distintas (Guastini, 1999, p. 144):

a. En sentido fuerte, como si se tratara de una oposición, los principios no son normas, son algo distinto. Esta oposición implica que los principios, al no ser normas expresamente formuladas en las fuentes del derecho, no son reconducibles a los criterios de validez o reconocimiento propios del ordenamiento positivo. Los principios, entonces, son considerados más bien como valores prejurídicos. A la vez, esta oposición puede solapar una diferente, que es la que se da entre normas positivas (que responden a los criterios de validez del sistema jurídico) y normas de derecho natural y/o jurisprudencial.

b. En sentido débil, la distinción entre normas y principios radica en considerar que los principios son considerados una especie particular dentro del género de las normas. Al respecto, conviene señalar que, aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos. Esto es, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para ser llamada “principio”. Lo cierto es que, mientras algunas posiciones teóricas sostienen que los principios son normas *sui generis* que se caracterizan por su formulación, su estructura lógica o su contenido, otros sostienen que los principios se caracterizan por la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico o por la función que cumplen en él (Guastini, 1999, p. 145).

#### 3.1. Caracterización de los principios

Al igual que el término “norma”, “principios” es una palabra ambigua puesto que carece de un significado preciso, lo que se agrava por el aumento de su uso en diversos contextos. Para poder avanzar en su análisis, debemos primero aclarar en qué sentido estamos usando el término. Varios autores han presentado elementos que permiten determinar el sentido.

La síntesis que realiza Aarnio (2000) es de utilidad. Señala que mientras algunos autores emplean el término “principio” como sinónimo de los denominados principios-valor o principios-objetivo, a veces, en cambio, se llama “principios” a cosas claramente similares a las reglas, como “Nadie puede beneficiarse del ilícito que ha cometido”, que es un “principio” aunque la norma claramente se asemeja a una regla (Aarnio, 2000, p. 595).

A efectos de reducir los problemas que el término en discusión implica, Aarnio (2000) propone distinguir entre varios tipos de principios:

- a. los principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico;
- b. los principios jurídicos positivos y varias subcategorías dentro de estos últimos.

En primer lugar, los principios que forman parte de la base ideológico-valorativa del orden jurídico son los valores ideológicos básicos de la comunidad jurídica. Son ejemplos de estos principios el principio del Estado de derecho y la presunción del legislador racional. Los valores ideológicos básicos incluyen también principios morales que expresan concepciones generales sobre la familia, la propiedad. En algunos casos, estos principios se expresan también en normas legales o constituyen explícitamente las bases ideológicas de las instituciones jurídicas (Aarnio, 2000, p. 595).

En segundo término, los principios jurídicos positivos o bien aparecen expresamente en las normas legales o se encuentran presupuestos en ellas como razones para la toma de

decisiones jurídicas, pero no se agotan en ellos. Dentro de este tipo, de acuerdo con el autor citado, pueden distinguirse las siguientes subcategorías (Aarnio, 2000, pp. 595-596):

a. Principios formalmente válidos que se recogen expresamente en los textos legales, como por ejemplo los principios que regulan derechos humanos básicos, sociales o políticos: la libertad de expresión, la igualdad, la seguridad social.

b. Generalizaciones jurídicas. Se trata de principios que son inducidos por la dogmática y los jueces, es decir, que son producto de la inducción de los operadores jurídicos mencionados, en lugar de encontrarse especificados en los textos positivos. Estos principios son derivados a partir de varias normas individuales (reglas). Los principios derivados de esta manera encuentran su soporte institucional en reglas formalmente válidas, pero ninguno de ellos tiene una confirmación legislativa expresa. Podríamos tomar como ejemplo de este tipo de principio en nuestro sistema jurídico (y en otros similares) el de separación de poderes: si bien no existe una norma positiva que establezca a texto expreso que los poderes del Estado deben actuar separadamente y respetando, recíprocamente, las competencias de cada uno, la dogmática jurídica, así como los tribunales en sentido amplio, inducen este principio a partir de las disposiciones constitucionales que fijan la competencia de cada poder en capítulos separados y con diversas características.

c. Principios relativos a la toma de decisiones, como la máxima *nulla poena sine lege*, es decir el principio de legalidad en el derecho penal que incluye la prohibición de la analogía *in malam partem*. Explica Aarnio que “muchos de estos principios han sido tácitamente aceptados en la comunidad jurídica y, en este sentido cultural, han sido institucionalizados en la tradición jurídica occidental. Como tales, forman parte del sistema jurídico justificando a su modo las decisiones jurídicas” (Aarnio, 2006, p. 596). Algunos principios de este tipo han sido, no obstante, explícitamente recogidos luego en los textos positivos, como sucede en los nuestros con el principio de la buena fe procesal.

d. Principios extra sistemáticos. En este punto, Aarnio (2000) explica que solo las normas jurídicas son formalmente válidas. Aun así, los principios morales pueden ser significativos en el razonamiento jurídico al modo de las fuentes posibles del derecho, es decir, se convierten en jurídicamente relevantes.

### 3.2. Discusión acerca de los principios como normas jurídicas

Si bien el debate respecto a los “principios jurídicos” en la teoría del derecho, que abordamos en este capítulo, toma notoriedad con un artículo de Ronald Dworkin de 1967 titulado *¿Es el derecho un sistema de reglas?*<sup>9</sup>, como explican Atienza y Ruiz Manero (1991) la cuestión está claramente presente en el pensamiento jurídico desde antes de los desarrollos de dicho autor.

Se considera a Boulanger el responsable de haber escrito el primer estudio analítico sobre los tipos y categorías de principios jurídicos (Burstin, Delgado, Gómez Leiza, Rodríguez Carrau, y Sarlo, 2018, p. 34 y ss.). Para Boulanger, la distinción entre reglas y principios se podría enunciar así: mientras una regla es general porque ella se crea para un número indeterminado de actos o hechos, la generalidad de los principios radica en que implica una serie indefinida de aplicaciones. La regla, a pesar de no ser creada para un número

<sup>9</sup> Incorporado a *Los Derechos en serio* como capítulo dos. El debate Hart-Dworkin (referente a la discusión contemporánea sobre la relación entre la moral y el derecho) y sus consecuencias se abordan en el capítulo 11 de este manual.

determinado de situaciones jurídicas, sí determina una situación jurídica concreta para la cual se aplica. Sin embargo, un principio no tiene establecida una situación jurídica a la cual es aplicable; a diferencia de las reglas, no contiene una situación jurídica determinada a la que se puede aplicar.

A mitad del siglo XX, Esser advierte sobre la ambigüedad del vocablo “principios” y el uso inconsciente que los juristas hacen de él. El autor explica que la función judicial no consiste simplemente en la aplicación de la ley, sino que es una función creadora que consiste en la búsqueda de fundamentos para argumentar las sentencias que luego pasan a convertirse en principios. Esos principios cambian, según el autor, de acuerdo a los contextos culturales y económicos, es decir, varían en cada sociedad y en cada momento histórico. Los principios, en esta propuesta, no son elementos estáticos y cerrados. Esser consideraba los principios como tópicos que utilizan los jueces para encontrar la solución justa en el caso concreto. Así, los principios no eran ni principios provenientes de un orden universal ni una inducción de las normas existentes, sino algo intermedio (Burstin, Delgado, Gómez Leiza, Rodríguez Carrau, y Sarlo, 2018, p. 34 y ss.).

Kelsen (1991) refutó la postura de Esser quien consideraba que, junto con las normas jurídicas, los principios jurídicos son partes integrantes del orden jurídico. De acuerdo a Kelsen (1991), el problema de la generación del derecho provoca esta diferenciación, ya que la generación de normas jurídicas generales e individuales está influida por principios de la moral, de la política y las costumbres, que se dirigen a las autoridades, que generan derecho, y que exigen un contenido determinado de las normas jurídicas que están por generarse. La influencia de estos principios, según Kelsen, se expresa en el contenido de las normas jurídicas generadas por las autoridades del derecho. A su vez, el contenido de estas normas jurídicas coincide, en mayor o menor medida, con estos principios. Por este motivo, los principios de la moral, la política y la costumbre pueden ser caracterizados como principios del derecho. Sin embargo, conservan su carácter como principios de la moral, la política y las costumbres, y tienen que ser separados claramente de las normas jurídicas, a pesar de que los contenidos coincidan. Aclara Kelsen que el hecho de que se los designe como “principios del derecho” o “principios jurídicos” no significa que sean efectivamente derecho o que tengan este carácter. El hecho de que influyan en la generación de normas jurídicas no significa que se conviertan en partes integrantes del derecho positivo (Kelsen 1991, pp. 115-117).

Kelsen mantiene firme de este modo la posición positivista, principalmente, sobre la base de que la tesis de la transformación que sostiene Esser no tiene en cuenta la estructura dinámica y el modo real del funcionamiento de los ordenamientos jurídicos positivos. La norma, general o particular, cuyo contenido refleja el de un principio moral es una norma jurídica, no en razón de su contenido, sino en razón de una norma de competencia que confiere al legislador o al juez el poder de producir normas tomando el contenido de normas extrajurídicas como los principios morales (Chiassoni, 2017, p. 449).

## Lectura seleccionada

*Decir que el derecho es argumentativo implica que sus contenidos no están completamente determinados ni son “descubiertos” según un método empírico o analítico que nos permite reconocer las convenciones sociales o derivar enunciados por la vía de la deducción lógica. Una práctica social argumentativa reflexiona necesariamente sobre sí misma y está abierta a incorporar las críticas que se le dirijan. Es a través del reconocimiento del carácter argumentativo del derecho que los principios se vuelven relevantes. Y esta es la diferencia fundamental entre, por ejemplo, Kelsen y Alexy. Kelsen considera las normas como resultado de un acto de voluntad que no puede ser racionalizado (no existe razón práctica), mientras Alexy ve las normas como resultado de un discurso de justificación racional que obedece a un conjunto de reglas de argumentación que garantizan un cierto grado de racionalidad para las decisiones. Este proceso de argumentación, sin embargo, es guiado y dirigido por principios que, a pesar de su elevada dosis de indeterminación, la cual brota de su contenido moral, poseen el más alto grado de normatividad.*

*Sin duda los principios hacen que la ciencia jurídica se vuelva mucho más compleja de lo que imaginan los positivistas, y los casos de aplicación del derecho más difíciles de lo que parecen en los libros de teoría jurídica tradicional. Hacen también que la aplicación de las normas sea mucho más problemática. En ese sentido, recordemos los casos de “ilícitos atípicos” que han sido recientemente objeto de un importante estudio de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Para estos autores, los ilícitos atípicos son conductas que, aunque se conformen a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico y no planteen problemas desde el punto de vista formal, “son contrarias a un principio” (...) Ilícitos atípicos como el “abuso de derecho”, el “fraude de ley” o el “desvío de finalidad” se presentan necesariamente en conformidad con la literalidad de una regla jurídica, pero deben ser invalidados porque un principio superior, que suele estar positivado en la Constitución (aunque su contenido solo puede determinarse por medio de un discurso práctico de justificación), es suficientemente importante en el caso para justificar una nueva regla adscrita que excluye un determinado conjunto de circunstancias fácticas del marco genérico de una norma jurídica.*

*La existencia de decisiones contra legem es inevitable en cualquier estado neoconstitucionalista. Su justificación es el problema más difícil de la filosofía del derecho. Y la práctica jurídica, por supuesto, también es sensible a los argumentos que predominan en el discurso filosófico acerca de la derrotabilidad.*

Tomado de Bustamente, T. (2010). Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*. En Bonorino Ramírez, P. (Ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial* (pp. 278-279). Madrid: Bubok Publishing.

## Algunas lecturas recomendadas

Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(II), 89–104.

Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, 34, 39–46.

Zagreblesky, G. (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

## Para seguir reflexionando

1. Señale las principales diferencias entre reglas y principios jurídicos.

2. Analice el siguiente fragmento de la Sentencia N° 365/2009 del 19 de octubre de 2009 de la Suprema Corte de Justicia<sup>10</sup>:

La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos. En este sentido, Real enseña que, en nuestro Derecho, es clarísima la recepción constitucional del jusnaturalismo personalista, recepción que emana de conjugar los arts. 72 y 82 de la Carta. Este acogimiento expreso de la esencia humanista del jusnaturalismo liberal convierte a sus elevadas finalidades en principios generales del Derecho positivo, de trascendencia práctica, de los que no puede prescindir la sistematización técnico-jurídica (Real, Alberto Ramón, “El ‘Estado de Derecho’ (Rechtsstaat)”, en Estudios jurídicos en memoria de Eduardo J. Couture, Montevideo, 1957, p. 604). El citado autor sostiene: “En el Uruguay, los principios generales de derecho ‘inherentes a la personalidad humana’, tienen expreso y genérico reconocimiento constitucional y por tanto participan de la suprema jerarquía normativa de la Constitución rígida: quedan, pues, al margen del arbitrio legislativo y judicial y se benefician con el control de inaplicabilidad de las Leyes inconstitucionales, en caso de desconocimiento legislativo ordinario (Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya, 2a. edición, Montevideo, 1965, p. 15).

En la misma dirección, Risso Ferrand, citando a Nogueira, observa que “en América Latina hay una poderosa corriente cada vez más generalizada que reconoce un bloque de derechos integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana” (Risso Ferrand, Martín, Derecho Constitucional, Tomo 1, 2a. edición ampliada y actualizada, octubre de 2006, p.114). Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de

10 Disponible en: [www.fder.edu.uy/sites/default/files/.../Sentencia%20365%20de%202009%20SC.I.pdf](http://www.fder.edu.uy/sites/default/files/.../Sentencia%20365%20de%202009%20SC.I.pdf)

tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

## Referencias bibliográficas

- Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario de Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, 593-602.
- Austin, J. (1995). [1832] *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge (M.A). Cambridge University Press.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa* 10, 101-120. Recuperado de <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>
- Atienza, M. y Ruiz, J. (1996). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del Derecho*. Lima: Palestra.
- Burstin, D., Delgado, S., Gómez Leiza, J., Rodríguez Carrau, G. & Sarlo, Ó. (2018). *La era de los principios: entre compromiso moral y retórica vacía. Análisis teórico y usos discursivos en el Derecho uruguayo*. Montevideo: FCU.
- Cano, R. M. J., Zamora, J. L. F., y Guzmán, C. (2007). Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115 NY 506. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 11, 363-374.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la filosofía del Derecho: de Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra Editores.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Editorial Científica Peruana.
- Hart, H.L.A. (2009). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1991). *General Theory of Norms* (Trad. M. Hartney). Oxford: Oxford U. P.
- Nino, C.S. (2015). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Sieckmann, J. R. (2015). Norma jurídica. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho* (p. 895). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

## Material jurídico normativo

- Uruguay. (1974, noviembre 29). Decreto Ley n° 14.306: Código Tributario. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-tributario/14306-1974>
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2017, diciembre 21). Sentencia 1067 del 21 de diciembre de 2017 (Sentencia n° 1067). Recuperado de <http://www.tca.gub.uy/fallos>

# Teoría de la aplicación del derecho

Gianella Bardazano

*HumptyDumpty*– He ahí tu gloria!  
*Alicia* – No sé qué quiere usted decir con una gloria.  
*HumptyDumpty* – Pues claro que no..., y no lo sabrás hasta que te lo diga. Quiere decir que “he ahí, te he dado con un bello y contundente argumento”.  
*Alicia*– ¡Pero “gloria” no significa “bello y contundente argumento”!  
*HumptyDumpty* – Cuando yo uso una palabra, esa palabra significa exactamente lo que yo decido que signifique...ni más ni menos.  
*Alicia*– La cuestión es si uno puede hacer que las palabras signifiquen cosas tan diferentes.  
*HumptyDumpty* – La cuestión es, simplemente, quién manda aquí.  
(Lewis Carroll, *Alicia a través del espejo*).

## 1. Introducción

La problemática que plantea la sujeción de los jueces al derecho y, en general, la distinción entre aplicación y creación de normas jurídicas tiene un ejemplo paradigmático en el caso de los fallos de la Suprema Corte de Justicia acerca de las inconstitucionalidades promovidas contra las leyes de presupuesto. Al respecto, expresan el Prof. Sarlo y su equipo de investigadores: “El caso quizás más notable y claro de mutación constitucional sea el operado sobre el procedimiento legislativo” (Sarlo, 2009, p. 31).

En efecto, el artículo 216 inc. 2° de la Constitución dispone que: “No se incluirá ni en los presupuestos ni en las leyes de Rendición de Cuentas, disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato del Gobierno ni aquellas que no refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución”.

A partir de ese texto claro, y de los antecedentes (que datan de la Constitución de 1934), esta disposición ha sido interpretada unánimemente por nuestras cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Financiero como consagrando el principio de especialidad presupuestal, prohibiendo que por el procedimiento presupuestal se aprueben disposiciones extrapresupuestales.

Sin embargo, a pesar de algunas excepciones, la Suprema Corte de Justicia ha convalidado esta práctica, declarando que:

... lo que el precepto prohíbe no es que en la de Presupuesto —ley tanto en sentido formal como material— se inscriban otras normas de distinta sustancia: sino que se les dé carácter general o definitivo, proyectándolas hacia el futuro, a las normas específicamente de contenido presupuestal; a las que definen una gestión política de gobierno, y a las que han previsto la interpretación del acto técnico que todo Presupuesto entraña.

Como fundamento de fondo, de dudosa constitucionalidad, la Corte invoca una “práctica constante en la materia presupuestal y en leyes de rendición de cuentas incorpora en los textos legales pertinentes (...) normas que tienen contenido distinto al estrictamente presupuestal”.

Quiere decir que la práctica constante del sistema político legislativo, más la convalidación del órgano encargado de controlar la regularidad constitucional de las leyes, ha operado una significativa modificación del proceso legislativo, porque es evidente que el valor de los plazos y los silencios del procedimiento presupuestal son significativamente diferentes a los del procedimiento legislativo ordinario (Burstin, Delgado, Francolino, Gómez Leiza, Rodríguez y Sarlo, 2009, pp. 31-32).

Este capítulo busca presentar la conexión existente entre la aplicación de los enunciados jurídicos y el aspecto de la actividad judicial que ha constituido uno de los asuntos centrales de la reflexión en el campo de la filosofía del derecho. Asimismo, abordará cuál es el razonamiento judicial y la motivación de las decisiones judiciales. Los aspectos relativos a la interpretación del derecho, presentados en el capítulo 1, son complementarios de lo que aquí se plantea.

## 2. La “aplicación del derecho” explicada desde el punto de vista analítico

Esta expresión refiere al uso de materiales jurídicos (disposiciones, normas expresas, normas inexpresas) para argumentar o justificar una decisión jurisdiccional, administrativa o, en general, las decisiones de los órganos que aplican el derecho. A propósito del alcance de dicha expresión, es aconsejable distinguir diferentes operaciones intelectuales que forman parte de su contenido:

- a. la aplicación de disposiciones,
- b. la aplicación de reglas,
- c. la aplicación de principios (Guastini, 2018, pp. 287-288).

Previamente, es necesario tener presente tres distinciones. En primer lugar, la distinción entre disposiciones (enunciados del discurso de las fuentes) y normas (significados que se atribuyen a las disposiciones mediante la interpretación). En segundo lugar, la distinción entre normas expresas (su formulación se obtiene de una única disposición) y normas inexpresas (su formulación se obtiene de la construcción jurídica de los intérpretes). Finalmente, la distinción entre dos tipos de normas (las reglas y los principios). Las reglas constituyen normas relativamente precisas, que poseen un antecedente cerrado y que se aplican “todo o nada”. Los principios, en cambio, son normas con antecedentes abiertos o condiciones de aplicación abiertas, con contenido genérico y derrotabilidad. Por tanto, como decíamos antes, pueden distinguirse las siguientes operaciones intelectuales cuando nos referimos a la aplicación del derecho (Guastini, 2018, p. 288):

- a. Aplicar una disposición supone atribuirle un significado, obteniendo una determinada norma: “la disposición D expresa la norma N”.
- b. Aplicar una regla es emplearla como premisa en un razonamiento deductivo cuya conclusión constituye una prescripción individual y concreta: “los contratos deben ser cumplidos; esto es un contrato; por tanto, esto debe ser cumplido”.

c. Aplicar un principio. En la medida en que los principios no son aptos para la solución directa de las controversias que puedan requerir una decisión, se concretizan al usarlos como premisa en un razonamiento normalmente no deductivo cuya conclusión se expresa en la formulación de una regla implícita que constituye su especificación y que, entonces, es aplicable en el sentido ilustrado en b.: “La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado del proceso (principio); el interrogatorio del imputado es parte del proceso; no hay defensa sin presencia del defensor; por tanto, el defensor debe estar presente en el interrogatorio del imputado (regla implícita)”. Luego, se aplica la regla implícita: “Este es el interrogatorio del imputado Ticio; por tanto, el defensor de Ticio debe estar presente en el interrogatorio (prescripción individual y concreta).

### 3. La aplicación jurisdiccional del derecho

Como viene de verse, y en términos resumidos, una decisión jurisdiccional es una prescripción individual y concreta. Pero, además, en los sistemas jurídicos modernos la actividad jurisdiccional ha sido caracterizada poniendo de relieve dos rasgos fundamentales: la sujeción del juez a la ley y la obligación de motivación de las decisiones.

La sujeción del juez a la ley se expresa en la obligación de aplicar el derecho que, por su parte, es corolario del principio de legalidad, en la medida que tiende a garantizar la previsibilidad de las decisiones judiciales (certeza del derecho) y el igual tratamiento de supuestos de hecho similares (igualdad). La obligación de motivar las decisiones refiere a su carácter justificado (apoyadas en razones) y a que dicha motivación debe hacerse sobre la base de normas jurídicas preexistentes. En la cultura jurídica moderna, se consideran justificadas las decisiones jurisdiccionales que han sido obtenidas mediante un razonamiento deductivo que incluye una norma general y una proposición fáctica que refiere a las circunstancias del caso (Guastini, 2018, p. 289). En sentido contrario, no se consideran fundadas o justificadas las decisiones que carecen de motivación, o bien aquellas que se apoyan en los sentimientos de justicia del juez, en algún objetivo de política social que el juez pretenda perseguir, entre otros factores.

En un esfuerzo analítico, Mendonca —en el mismo sentido que venimos viendo— ha señalado que los sistemas jurídicos contienen normas que atribuyen competencia jurisdiccional a determinados órganos. También contienen normas que establecen obligaciones relativas a la forma en que debe ser ejercida esa función jurisdiccional. En ese sentido, el principio conforme el cual los jueces deben resolver todos los casos sometidos a su consideración en la esfera de su competencia por medio de resoluciones fundadas en el derecho puede desagregarse en tres deberes: *deber de resolver los casos*, *deber de fundar los fallos*, *deber de aplicar el derecho* (Mendonca, 1998, p. 49). En otras palabras, los jueces no pueden excusarse de juzgar en los asuntos en los que son competentes; deben dar razones, expresamente formuladas en los fallos, que justifiquen las decisiones. Por último, no les está permitido evadirse del campo del derecho y recurrir a fuentes extrajurídicas, salvo que el propio sistema lo autorice (Mendonca, 1998, p. 50).

### 3.1. El deber de resolver

Este deber tiene dos sentidos diferentes que se traducen en obligaciones específicas variables según si los procesos son declarativos o normativos. Si en el proceso se pretende por el actor que se declare que un caso individual pertenece a un caso genérico determinado y el juez considera que es así, corresponde que haga lugar a la demanda y formule la declaración pretendida. En cambio, si concluye lo contrario, el juez debe rechazar la demanda y declarar que el caso individual no pertenece al caso genérico (Mendonca, 1998, p. 51).

Por otro lado, cuando se trata del dictado de sentencias normativas, se distinguen las siguientes situaciones:

a. conducta obligatoria: en los casos en que la cuestión sobre la que debe recaer la decisión judicial refiere a una conducta que el demandado tiene la obligación de llevar a cabo, el juez tiene el deber de condenarlo a ejecutar esa acción, haciendo lugar a la demanda;

b. conducta facultativa: en los casos en que la cuestión sobre la que debe recaer la decisión judicial refiere a una conducta facultativa, esto es, cuya ejecución y omisión están permitidas, el juez debe rechazar la demanda, en la medida que al demandado le está permitido abstenerse de hacer lo que el actor pretende que haga;

c. conducta prohibida: si la conducta que se pretende del demandado está prohibida, el juez debe rechazar la demanda, en la medida que la omisión está permitida;

d. conducta no regulada: en los casos en que la cuestión sobre la que debe recaer la decisión judicial no se encuentra regulada específicamente, corresponde determinar si el sistema tiene una norma de clausura, declarando que las acciones no reguladas están permitidas. En caso afirmativo, la situación es la relativa a las conductas facultativas expuestas en b. Si carece de norma de clausura y, por tanto, hay indeterminación, el juez no posee una obligación específica sino una obligación genérica de resolver, alternativamente, haciendo lugar o rechazando la demanda (Mendonca, 1998, p. 52).

### 3.2. El deber de fundar

Igual que en el análisis del deber anterior, se señala que el deber de fundar los fallos se traduce en operaciones diferentes según se trate de procesos declarativos o normativos. Lo anterior justifica la necesidad de distinguir dos modelos de justificación: el modelo subsuntivo y el modelo nomológico, respectivamente.

El modelo subsuntivo: la justificación de las decisiones en procesos declarativos está fundamentalmente vinculada a la solución de problemas semánticos, en la medida que la dificultad central consiste en identificar las propiedades designadas por las expresiones que figuran en las disposiciones o enunciados de las fuentes. En el ejemplo propuesto por Dworkin acerca de la expresión legal “en lo sucesivo los contratos sacrílegos serán inválidos”, el problema radica en determinar, en las decisiones concretas de los jueces, ante el supuesto de un contrato celebrado en domingo, si es un caso de un contrato inválido. En otras palabras, si los contratos celebrados en domingo poseen la propiedad de ser sacrílegos, o bien si el alcance o la extensión del predicado “sacrílego” incluye la de “contratos celebrados en domingo” (Dworkin 2012, pp. 159-160).

La operación de subsunción no es exclusiva de este modelo, en tanto también el modelo normativo requiere subsumir el caso individual en un caso genérico. Requiere determinar la solución que el sistema jurídico asigna al caso genérico para, a partir de ella, derivar la solución para el caso concreto (Mendonca, 1998, p. 54).

El modelo nomológico: justificar normativamente el estatus deóntico de una acción consiste en mostrar que del sistema de normas jurídicas se infiere la obligación, la prohibición o la permisón de la conducta de que se trate, es decir, del sistema jurídico se infiere una calificación deóntica (obligatorio, prohibido, permitido) para la conducta en cuestión (Alchourrón y Bulygin, 1974; Mendonca, 1998). La justificación de las decisiones en procesos normativos, por tanto, consiste en elaborar un razonamiento lógicamente válido que tiene entre sus premisas una norma general y que su conclusión (la decisión judicial) tiene como fundamento la norma general de la que ella es un caso de aplicación. La decisión está fundada si se deduce lógicamente de una norma general, en conjunción con proposiciones descriptivas de hecho y, eventualmente, proposiciones interpretativas. Ahora bien, teniendo en cuenta que la sentencia está conformada por los considerandos y la resolución o parte dispositiva, puede reconstruirse en términos del razonamiento cuyas premisas están en los considerandos y la conclusión en la parte dispositiva. Advierten los autores (Alchourrón y Bulygin, 1974; Mendonca, 1998; Bulygin, 1966) que no todos los elementos que el juez incluye en los considerandos son premisas necesarias para la inferencia. Son necesarias las normas generales que constituyen el fundamento normativo de la resolución y proposiciones fácticas (proposiciones acerca de los hechos del caso, que han sido debidamente probados). Sobre dicha base, la resolución constituye una norma individual.

### 3.2.1 Acerca del razonamiento judicial

La literatura sobre el tema distingue dos niveles diferentes en el razonamiento del juez, denominados *justificación interna* y *justificación externa*. La primera está centrada en la conclusión de la inferencia que realiza el juez y consiste en la existencia de una relación deductiva entre las premisas y la conclusión de su razonamiento. La segunda se centra en las premisas de dicha inferencia, de modo que la justificación requiere, además de esa relación deductiva, el uso de determinadas premisas calificadas (adecuadas, correctas, aceptadas por la comunidad jurídica). También se denominan justificación de primer nivel y justificación de segundo nivel. La distinción alude a dos niveles de lenguaje, en tanto el objeto de la justificación externa está constituido por las premisas de la justificación interna.

a. Justificación interna: refiere al razonamiento deductivo mediante el cual el juez aplica una regla. Se estructura de esta manera:

- una primera premisa constituida por una regla que es resultado de una interpretación decisoria en abstracto o de una construcción jurídica (“Los homicidas deben ser castigados”);
- una segunda premisa constituida por una proposición empírica que describe los hechos (probados) del caso (“Ticio ha llevado a cabo el acto x [ha disparado a Cayo]”);
- una tercera premisa consistente en un enunciado subsuntivo; es decir, la formulación de la interpretación en concreto (“Ticio debe ser castigado”) (Guastini, 2018, pp. 289-290).

En otras palabras: “la decisión D está justificada, con relación a un conjunto de premisas C, si y solo si, se deduce lógicamente de C” (Mendonca, 1998, p. 57). En ese sentido:

el razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 303).

b. **Justificación externa:** refiere al conjunto de razonamientos mediante los cuales el juez ofrece una justificación de las premisas que constituyen la justificación interna. Con relación a las premisas normativas de la justificación interna, en la justificación externa tienen lugar diversos tipos de argumentos:

- interpretativos (justifican la interpretación de una o varias disposiciones);
- constructivos (justifican la existencia de lagunas axiológicas, la formulación de normas inexpressas para colmar una laguna o concretizar un principio, la solución de una antinomia, la creación de jerarquías axiológicas entre normas, la ponderación de principios).

Con relación a las premisas fácticas de la justificación interna, en la justificación externa importan los argumentos que refieren a observaciones empíricas relacionadas con los procedimientos de verificación fáctica (procedimientos que están condicionados por las normas que regulan la obtención, el uso y la valoración de la prueba) (Guastini, 2018, pp. 290-291).

En otras palabras: “la decisión D está justificada si, y solo si, se deduce lógicamente del conjunto de premisas C”, que es correcto (Mendonca, 1998, p. 58).

### 3.3. Deber de aplicar el derecho

Cumplir con la exigencia de fundar las decisiones jurisdiccionales en el derecho implica la realización de ciertas operaciones tendientes a determinar qué normas pertenecen al sistema jurídico y deben ser empleadas en la justificación de cada caso. En ese sentido, se distinguen criterios para determinar la pertenencia de las normas al sistema jurídico y criterios de selección de las normas aplicables al caso individual (Mendonca, 1998, p. 58).

#### 3.3.1. Pertenencia

Siguiendo la clasificación propuesta por Mendonca (1998), hay al menos tres concepciones del derecho que proponen criterios diferentes de identificación: las concepciones formalista, realista y naturalista. De una manera simplificada, pueden caracterizarse del siguiente modo.

En la concepción formalista, pertenecen al sistema jurídico las normas dictadas por las autoridades competentes instituidas por el mismo sistema y aquellas que derivan lógicamente de ellas. La identificación del derecho, entonces, se centra en el criterio de legalidad (respecto de las normas expresamente formuladas por las autoridades competentes) y en un criterio de deducibilidad (respecto de las normas derivadas lógicamente de las primeras) (Alchourrón y Bulygin, 1991).

En la concepción realista, pertenecen al sistema jurídico aquellas normas reconocidas (y las que serían probablemente reconocidas) por los órganos encargados de la aplicación instituidos por el mismo sistema, para resolver los casos sometidos a decisión (Mendonca,

1998, p. 59). Esta concepción refleja la idea de Ross de caracterizar el concepto de derecho a partir de la noción de vigencia (Ross, 1963). Raz también ha señalado que el reconocimiento por los órganos primarios resulta decisivo para estar en condiciones de afirmar que una norma determinada pertenece a un sistema jurídico (Raz, 1986).

En la concepción naturalista, pertenecen al sistema jurídico las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por el mismo sistema y las normas que aquellos deben aplicar para resolver los casos individuales de acuerdo a ciertos principios morales. La concepción del derecho como integridad, propuesta por Dworkin, es un caso de una concepción similar a la que se describe. Pertenecen al sistema jurídico las normas que son efectivamente reconocidas por los jueces y aquellas que, por consistir en estándares morales, deben ser tenidas en cuenta para resolver las controversias. Estas últimas normas —los principios morales— pertenecen al sistema no en razón de su origen o en razón de su admisión por las autoridades, sino por su contenido (Dworkin, 1984).

### 3.3.2. Aplicación

Una norma de un sistema es aplicada por un juez en un caso individual si y solo si es usada por el juez para la resolución del caso. La aplicación supone que:

(...) en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de [una] regla, esta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que arriba el tribunal (Ross, 1963).

## 4. Aplicación de principios constitucionales

La aplicación jurisdiccional de este tipo de normas involucra varios tipos de operaciones intelectuales, entre ellas: la identificación de los principios (la adscripción a una disposición constitucional de estatus de principio); la adjudicación de significado (interpretación) a una disposición constitucional que ha sido identificada como principio; la ponderación o balance de ese principio con otros, con miras a seleccionar el principio aplicable al caso individual; la concretización del principio (construcción de una regla para resolver el caso individual) (Guastini, 2018, p. 293).

Identificación: respecto de cualquier disposición constitucional, los intérpretes están en condiciones de preguntarse si expresa o contiene una regla o un principio. Ahora bien, los jueces y los juristas no comparten un concepto único y preciso de principio<sup>11</sup>, por lo cual, en la práctica, los intérpretes identifican caso por caso (Guastini, 2018, p. 294).

Interpretación: las disposiciones constitucionales que suelen identificarse como principios incluyen en su formulación predicados morales, es decir, están formuladas en lenguaje moral (incluyen expresiones valorativas que remiten a concepciones morales y políticas). En ese sentido, adscribir significado a esas disposiciones exige juicios morales por parte de los intérpretes.

Ponderación: los conflictos entre principios constitucionales, en el contexto de la resolución de casos individuales, son resueltos por los tribunales (en general, nos referimos

11 Remitimos al capítulo sobre reglas y principios.

a las cortes constitucionales o las cortes supremas) a través de un enunciado de preferencia, es decir, un enunciado que establece que en el contexto de que se trata (el caso) un determinado principio tiene más peso que otro. Ese enunciado de preferencia contiene, por tanto, un juicio de valor comparativo, cuya justificación se encuentra en otro juicio de valor comparativo relativo a la justicia o corrección de las distintas soluciones que, para el caso, brindan los dos principios involucrados. Lo anterior implica construir una relación jerárquica de naturaleza axiológica entre ambos principios por parte de los intérpretes. Esa jerarquía no es absoluta sino inestable, de manera que depende del caso concreto (Guastini, 2018, p. 299).

Concretización: al no tener condiciones precisas de aplicación y ser, por ello, altamente indeterminados, los principios constitucionales no pueden ser aplicados directamente. En ese sentido, la aplicación de principios tiene que ver con la justificación externa de las decisiones, en tanto requieren que se “extraigan” de ellos reglas inexpresas o implícitas. Esas reglas inexpresas son constitucionales porque derivan de principios constitucionales. Se trata de reglas que, afirma Guastini, en los sistemas jurídicos de Constitución rígida, no son derrotables o derogables por la legislación ordinaria. La derivación de reglas a partir de principios constitucionales efectuada por los jueces constituye una expansión del derecho constitucional (Guastini, 2018, p. 302). La concretización o especificación de principios constitucionales es una operación creativa de reglas.

## Lecturas seleccionadas

### *A propósito de las reglas de adjudicación*

*El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquel ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas “reglas de adjudicación”. Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir. Al igual que las otras reglas secundarias, están en un nivel diferente respecto de las reglas primarias: aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia. Además de estas semejanzas con las otras reglas secundarias, las reglas de adjudicación tienen conexiones íntimas con ellas. En verdad, un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una “fuente” de derecho. Es verdad que esta forma de regla de reconocimiento, inseparable de la forma mínima de jurisdicción, será muy imperfecta. A diferencia de un texto con autoridad o de un libro de leyes, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, depende de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares, y el grado de certeza que ella proporciona tiene que fluctuar en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces.*

Tomado de Hart, H. (1963). *El Concepto de Derecho*, pp. 120-121. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

### *Definitividad e infalibilidad de la Decisión Judicial*

*Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que un tribunal se “equivocó” carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío. La consideración de estos hechos hace que parezca pedante distinguir, en el caso de decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad. Esto conduce a otra forma de negar que los tribunales, al decidir, están*

de algún modo sometidos a reglas: “El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es” (...). Siempre hay que discutir entre una constitución que, tras establecer un sistema de tribunales, dispone que cualquier cosa que la Suprema Corte considere adecuada será derecho, y la constitución de Estados Unidos o, en lo que a esto respecta, la constitución de cualquier estado moderno. La proposición, “la constitución (o el derecho) es lo que los jueces dicen que es”, si se la interpreta como que niega esta distinción, es una proposición falsa. En cualquier momento dado, los jueces, incluso los de una Corte Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran esas reglas como algo que ellos no son libres de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema.

Tomado de Hart, H. (1963). *El Concepto de Derecho*, pp.176-183. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

## Algunas lecturas recomendadas

Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 18, 6-25.

Hernández Marín, R. (2005). Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales. *Isegoría*, 25, 57-71.

## Para seguir reflexionando

En su artículo 1º, la ley N° 15848 de diciembre de 1986, estableció “que ha caducado la pretensión punitiva del Estado” con respecto a los delitos cometidos por funcionarios militares y policiales por móviles políticos o en ejercicio de sus funciones durante la dictadura. Dicha ley generó un complejo debate jurídico que continúa hasta la actualidad.

1. ¿Cómo puede reconstruirse dicho proceso en términos de la dicotomía “creación/aplicación del derecho”?

2. ¿Cómo identificar y evaluar las posiciones jurídicas de los actores relevantes en ese proceso (legisladores, jueces ciudadanos)?

Se sugiere tener en cuenta los siguientes elementos (sin perjuicio de todos los demás que el lector pueda considerar relevantes):

- Constitución de la República Oriental del Uruguay;
- Leyes N° 15.848 y N° 18.831;
- Referéndum del 16 de abril de 1989, Plebiscito de Reforma Constitucional anulatoria de 25 de octubre de 2009;
- Sentencias de la Suprema Corte de Justicia Nros. 184/88, 365/2009, 1501/2011 y 680/2017;
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Gelman vs. Uruguay” de 24/02/2011.

## Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Burstin, D., Delgado, S., Francolino, L., Gómez, J., Rodríguez, G. y Sarlo, Ó. (2009). *La constitución uruguaya ¿Rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo*. Montevideo: Facultad de Derecho.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del Derecho en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.
- Mendonca, D. (1998). *Interpretación y aplicación del derecho*. Almería: Universidad de Almería.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. México: UNAM.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

## Material jurídico normativo

Uruguay. (1967). Constitución de la República. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>

Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (1990, agosto 6). Sentencia 90 del 6 de agosto de 1990 (Sentencia n° 6). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=177746>

Uruguay. (1986, diciembre 31). Ley n° 15.848: Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/15848-1986/1>



Parte III  
Teorías particulares del derecho



# Teorías de la argumentación

Nathalie Bonjour

## 1. Introducción

En nuestros días, son muchos los asuntos que dan lugar a sentencias de primera instancia revocadas por tribunales de segunda instancia, a que la jurisprudencia varíe según el tribunal, o a sentencias con discordia. También sucede que hay asuntos que reciben un tipo de respuesta de la Suprema Corte de Justicia con cierta integración y dicha respuesta cambia al cambiar su integración.

A modo de ejemplo, se puede mencionar el caso de funcionarios públicos que realizan tareas de superior jerarquía sin mediar resolución expresa del jerarca y que luego de cierto período reclaman el cobro de diferencias salariales ante el Poder Judicial. El sistema de justicia a veces rechaza su reclamo invocando normas legales o reglamentarias que establecen requisitos específicos para que nazca el derecho al cobro, el carácter estatutario de la relación entre los actores y la Administración, y la obligación del funcionario de sustituir al funcionario superior en caso de ausencia o vacancia del cargo sin que ello implique liquidación de diferencia de sueldo a menos que la ley o los reglamentos expresamente lo autoricen. Se les dice también que dar lugar al reclamo “crearía una suerte de presupuesto paralelo” para atender el interés particular en detrimento del general, desplazando normas presupuestales constitucionales, legales y reglamentarias. Otras veces, en cambio, se ampara al funcionario diciendo que la Administración no puede ampararse en su propia omisión para el cumplimiento de los requisitos específicos, que la obligación de sustituir al superior va acompañada de la contraprestación correspondiente, que el derecho constitucional de todo trabajador (público y privado) a una justa remuneración (Art. 54) inhibe una retribución diferencial por idénticas funciones; que en definitiva, el amparo a su reclamo es la solución que impone el principio general del enriquecimiento injusto<sup>12</sup>.

La existencia de este tipo de casos, discutibles, opinables admiten más de una respuesta. La elección entre una u otra no parece irrelevante a la luz de la cuestión de la justicia al caso concreto. Esto da lugar a que nos preguntemos: ¿En qué consiste la práctica jurídica? ¿Existe algún parámetro para juzgar la racionalidad de la decisión judicial?

En este capítulo veremos la respuesta que estas interrogantes reciben desde una particular perspectiva teórica; la que entiende que la práctica jurídica consiste, más que en ninguna otra cosa, en argumentar, y que sin dejar de lado la pretensión de descripción, se propone brindar herramientas concretas para juzgar la racionalidad de la decisión judicial (Atienza, 2013).

---

12 Ilustra sobre el punto la Sentencia de la SCJ N° 38/2016 de fecha 03/03/2016.

## 2. Los orígenes

La perspectiva teórica que entiende que la práctica jurídica consiste principalmente en argumentar tiene su origen contemporáneo en Alemania, poco tiempo después de finalizada la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Núremberg; momento en el que se expande por el mundo, aunque no sin desacuerdos, un fuerte rechazo a la forma en que los positivistas conciben el tratamiento de los problemas jurídicos (Atienza, 2006, p. 1). El apego a la ley y a las normas con origen en las tradicionales fuentes sociales (legislación, jurisprudencia y costumbre) aplicables, cualquiera sea su contenido, propia de la forma positivista, es rechazada por no garantizar una justa solución (García Amado, 1988, p. 366).

Ahora, si bien esta perspectiva puede parecerse “nueva”, en realidad no lo es, solo que permaneció olvidada durante mucho tiempo. Recordemos que fue el interés del jurista romano C. Trabacio Testa en la cuestión de cómo hacerse de argumentos lo que dio lugar a la *Tópica* de Cicerón, cuando este a pedido de Testa se propuso facilitarle la comprensión de la *Tópica* de Aristóteles (Viehweg, 1953, p. 40).

Esta perspectiva se nutre, en términos generales, y de forma directa o indirecta, de los saberes de la antigüedad.

Viehweg, quien reinaugura esta perspectiva, rescata de la antigüedad específicamente a la “tópica”. Sostiene que al momento de dar solución a los problemas jurídicos —posiblemente, tanto a los problemas abstractos que dan lugar a la producción de material dogmático o doctrinario, como a los problemas concretos que dan lugar al dictado de sentencias y actos administrativos— debemos adoptar la técnica “tópica” (Atienza 2006, pp. 4, 84). Dicho en sus palabras: “la jurisprudencia debe corresponder con los puntos esenciales de la tópica” (Viehweg, 1953, p. 129).

Fue Aristóteles quien dio nombre a la “tópica” y al que debemos la idea de que ella nos aporta los “tópicos” o puntos de partida del razonamiento “dialéctico”, propio del campo de lo opinable, de lo verosímil, de lo que cuenta con aceptación o “endoxa” en tanto “proposiciones que parecen verdaderas a todos o a la mayor parte o a los sabios y, de estos, también a todos o a la mayor parte o a los más conocidos y famosos” (Viehweg, 1953, p. 36).

Profundizando en las ideas de Aristóteles y siguiendo a Zielinski, Viehweg concibe la “tópica” como el arte de tener presente las más variadas razones a favor y en contra de resolver los asuntos discutibles en cierto sentido, que antepone la reflexión y el pensamiento al reflejo y el simplismo. La tópica, así, se encargaría de señalar cómo se encuentran las premisas con las que luego la lógica trabaja, que pueden ser de segundo grado o de primer grado, según si los tópicos se extraen de repertorios previamente preparados o no.

Viehweg define la tópica como la “técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema” o la “técnica del pensamiento problemático” (Viehweg, 1953, p. 49). Sin embargo, García Amado ha advertido sobre la imposibilidad de tomar literalmente estas definiciones. Si así fuera (y atendiendo a que Viehweg suscribe a las ideas de Weber acerca de que toda disciplina especializada parte de una problemática), la tópica sería la técnica propia de cualquier disciplina especializada y todo el planteo carecería de un sentido. Teniendo en cuenta, además, que de acuerdo Viehweg, el carácter tópico de la jurisprudencia se debe a la permanencia de su problema o aporía inicial —“la incesante búsqueda de lo justo” (Viehweg, 1953, p. 124)—, lo acertado sería concebir la tópica

como la técnica propia del tipo de problemas que siempre admite más de una respuesta, aun después de que se les ha dado una solución (García Amado, 1988, pp. 80-81).

Los “tópicos”, a los que Viehweg refiere como los “puntos de vista directivos”, “el material para pensar”, o los “hilos del pensamiento”, sirven para la discusión de problemas, reciben sentido desde el problema, y es a la vista de cada problema que aparecen como adecuados o inadecuados (Viehweg, 1953, pp. 53, 56, 58). A su vez, ellos aumentan y disminuyen, y se legitiman por la aceptación del interlocutor, aunque “Cuesta mucho trabajo tocar aquello que ha quedado fijado” (Viehweg, 1953, p. 61).

Pero Viehweg no solo rescata la “tópica” y los “tópicos” como forma de garantizar la solución justa para los problemas jurídicos, sino que plantea una ruptura radical con la extendida forma de entender el razonamiento jurídico. Siguiendo la contraposición que planteara el filósofo alemán Nicolai Hartmann entre razonamiento sistemático y problemático, según si el acento se coloca en el sistema o en el problema, Viehweg sostiene que el pensamiento jurídico es problemático. Es el problema el que “busca” el sistema que le dé solución, por lo que no hay problemas insolubles por la falta de sistema previo que le dé solución. Siguiendo las enseñanzas de Alicia Castro, para esta perspectiva, ante un problema jurídico dado, quien se enfrenta al problema debe elaborar o construir el sistema que le da solución.

A los uruguayos, la contraposición entre el pensamiento sistemático y el pensamiento problemático no nos debería resultar extraña o ajena, ya que muestra coincidencias significativas con el pensamiento de Vaz Ferreira. Tomamos las palabras de Alicia Castro en cuanto ella señala que, si bien Vaz Ferreira no puede ser presentado como un impulsor de la tópica jurídica porque no lo fue, sí puede ser presentado como un filósofo que abogó por la viabilidad del pensamiento de tipo “problemático” en la terminología de Viehweg. Vaz Ferreira, uno de los más destacados filósofos de nuestro país, catedrático de Filosofía del Derecho entre 1924 y 1929, ya en su *Curso de Psicología Elemental* (1897) contraponía la forma de “pensar por sistemas” a otra forma de pensar (Sarlo, 2011, p. 310). Esta distinción se encuentra también en *Lógica Viva* (1910) y *Fermentario* (1938). Vaz Ferrerira decía que los hombres siempre han preferido “pensar por sistemas”, por entender que esta forma es más simple y segura, pero esta modalidad, posible para el campo de la matemática o de la física, no lo sería en el campo del pensamiento práctico, en las cuestiones normativas (Castro, 2004, pp. 15, 16, 17).

En otro orden, parece oportuno dar cuenta al lector que el pensamiento de Viehweg tuvo ascendencia en nuestra Cátedra de Filosofía del Derecho. Malherbe, catedrático de Filosofía del Derecho entre 1993 y 1999, juez de profesión, consideraba la tópica como el tipo de pensamiento propio del pensamiento jurídico. Para Malherbe, es la tópica la que “viene a devolver al jurista su dimensión ética, el compromiso con decisiones que no puede eludir amparándose en su condición de aplicador del derecho” (Sarlo, 2004, pp. 15, 41, 43).

### 3. Otros aportes fundamentales

La “retórica”, al igual que la “tópica”, tiene su origen en la antigüedad, pero mientras la “retórica” en la antigüedad refería al arte de hablar en público en forma persuasiva, la “nueva retórica”, en los términos de Perelman y Olbrechts-Tyteca, refiere a la estructura de la argumentación, sin insistir en el modo (oral o escrito) en que se produce la comunicación con el auditorio, aunque fundamentalmente presta atención al modo escrito (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 1958, p. 37).

La noción de “auditorio”, central en la retórica de la antigüedad, también lo es para la “nueva retórica” (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 1958, p. 38). Se define auditorio como “el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación” (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 2006, p. 53). Se trata de aquellos en quienes el orador piensa, más o menos conscientemente, aunque no sean los que el orador llama por su nombre, ni a quien tiene delante de él cuando toma la palabra. Desde esta perspectiva, el auditorio de un parlamentario lo constituye la opinión pública de su país y el de quien concede una entrevista a cierta publicación son los lectores de la publicación, más que el resto de los parlamentarios presentes y el periodista que interroga. Quien se propone persuadir a individuos concretos debe construir, pensar, idear a su auditorio lo más cerca posible de la realidad (pensar cómo esos individuos concretos son); debe esforzarse por conocerlos lo más posible, lo que incluye conocer también los medios capaces de influir en ellos (música, iluminación, tono). En definitiva, el conocimiento de cómo esos individuos concretos son es condición previa de la argumentación eficaz. Asimismo, la “nueva retórica” advierte que las opiniones de una persona dependen en gran parte de su entorno, función o el papel social (defensor intransigente/juez, político de la oposición/titular de un cargo de gobierno), por lo que cabe recordar la frase de M. Milloud: “¿Quiere que un hombre inculto cambie su opinión? Transplántelo” (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 2006, p. 56). La “nueva retórica” nos advierte también que ante un auditorio heterogéneo se deben utilizar diferentes argumentos. A su vez, dado que el orador debe adaptarse al auditorio, el orador debe considerar los argumentos según el auditorio. Hay argumentos que, si bien en ciertas circunstancias son apropiados, en otras no lo son; esto explica que sea el auditorio quien tiene la función o el papel más importante a la hora de determinar la calidad de la argumentación.

Otra idea central es la distinción entre persuadir y convencer. Para quien se interesa por el resultado, por la acción (de los individuos concretos), persuadir es más que convencer. En este sentido, se recuerda a Rousseau: “de nada sirve convencer a un niño si no se sabe persuadirlo” (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 2006, p. 66). Nuevamente, para quien se interesa por el carácter racional de la adhesión, convencer es más que persuadir. Siguiendo el ejemplo de Rousseau, el padre preocupado porque el niño pequeño se dé un baño, se encontraría en la primera hipótesis mientras que el académico que pretende demostrar que la teoría dominante sobre cierto fenómeno es equivocada, se encontraría en la segunda. Según Pascal, se persuade al autómatas, esto es, al cuerpo, a la imaginación, al sentimiento, a todo lo que no es la razón.

A partir de la distinción entre persuadir y convencer, se distingue la argumentación persuasiva de la argumentación convincente. Mientras que la argumentación persuasiva es la que solo pretende servir para un auditorio particular, la convincente es la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 2006, p. 67). O, directamente, y según el decir de García Amado, del auditorio universal (García Amado, 1988, p. 319). Pero el matiz entre la argumentación persuasiva y la convincente, además de mínimo, depende de la idea que el orador se forma de la encarnación de la razón; cada hombre cree en un conjunto de verdades, de hechos, que son válidos para todo ser racional, por lo que deberían ser admitidos por todo hombre “normal”.

La noción de auditorio universal es quizás la noción más relevante y discutida de esta “nueva retórica” (Atienza, 2006, p. 49). El auditorio universal es definido como el “constituido por toda la humanidad o al menos por todos los hombres adultos y normales”

(Perelman, Olbrechts-Tyteca, 2006, p. 70). Según Perelman y Olbrechts-Tyteca “es norma de la argumentación objetiva (...)”. Su acuerdo “no es una cuestión de hecho, sino de derecho”, en el sentido de que no es un hecho probado por la experiencia, sino que se lo imagina el orador (Perelman, Olbrechts-Tyteca, 2006, pp. 70-72). Una argumentación dirigida al auditorio universal debe convencer al lector del carácter apremiante de las razones dadas, de su validez intemporal y absoluta, independiente de las contingencias sociales o históricas. El auditorio científico se asimila al auditorio universal.

Sobre el término “auditorio” abordado en Perelman y Olbrechts-Tyteca (2006) y en el contexto de nuestro país, se ha señalado que “designa objetos bien diferentes, aunque todos vinculados de alguna manera. Unas veces alude a los que reciben de hecho la argumentación, otras a quienes se quiere influir, y todavía, otras veces se alude a auditorios ideales” (Sarlo, 1994, p. 101).

Sarlo (1994), siguiendo el criterio propuesto por Aarnio, refiere a dos criterios de clasificación de los auditorios:

a. *Clasificación en concretos e ideales.* Por un lado, vemos que Perelman distingue entre auditorios reales o concretos y auditorios ideales. Los primeros se distinguen por su composición: una asamblea, los lectores de un libro, el juez a quien se dirige la argumentación, o incluso el mismo orador cuando delibera consigo mismo (...). En cambio, los auditorios ideales resultan una creación del orador y es este quien diseña o conjetura su auditorio, cuando elige el tipo de argumentación a emplear. (...) De alguna manera, la referencia a auditorios reales es *descriptiva*, mientras que la referencia a auditorios ideales es *normativa*, ya que sirve como pauta evaluativa de la validez o pertinencia de los argumentos.

b. *Clasificación en particulares y universales.* (...) El auditorio ideal universal se tipifica como si estuviera formado por todas las personas racionales, esto es, aquellas que solo asentarían a una argumentación racional. Por lo tanto, cuando el orador elige dirigirse a un auditorio universal, su argumentación solo apela a argumentos racionales, y solo puede buscar el convencimiento, no la persuasión. En cambio, el auditorio ideal particular se tipifica como constituido no solo por personas racionales, sino por aquellas que comparten unos valores y emociones comunes, una forma de vida específica (determinada cultural y socialmente). La argumentación orientada a este tipo de auditorio puede resultar persuasiva, porque dicho auditorio es sensible a argumentos no exclusivamente racionales, sino que estarán basados en los valores y tradiciones compartidos por el auditorio real y el orador (Sarlo, 1994, p. 102).

Por último, Sarlo plantea dos formas de comprender al auditorio universal que se han dado en nuestro país. Por un lado, la propuesta por Alicia Castro, para quien el auditorio universal sería el auditorio ideal dotado de la máxima racionalidad, por lo que sería el que únicamente prestaría su asentimiento al razonamiento lógico formal. Por otro, la propuesta por el propio Sarlo, para quien el auditorio universal sería el relativo a la comunidad histórica y al sujeto que argumenta. Sarlo sostiene:

Cada uno es portador de un auditorio universal, al cual adscribe las nociones más fuertes de la argumentación, tales como lo verdadero, lo objetivamente válido, lo real, las verdades evidentes, etc. Este carácter histórico y relativo de la universalidad es incompatible con la lógica (Sarlo, 1994, p. 102).

Las diferentes interpretaciones sobre los auditorios que se han dado en nuestro país podrían explicarse por la ambigüedad que padece la noción. Atienza repara en las posibles

ambigüedades del término. Para el filósofo español, coexistirían dos significados distintos de auditorio universal. Por un lado, en el primer significado, el auditorio universal es una construcción del orador (“ideal”). Por lo tanto, depende de las ideas de los individuos particulares y de las diversas culturas. Por otro lado, en el segundo significado, el auditorio universal es concebido como “la totalidad de los hombres en el estado en que se encontrarían si hubieran desarrollado sus capacidades argumentativas”, estado que se corresponde con la situación ideal de diálogo de Habermas (Atienza, 2006, p. 69).

Otro aporte de relevancia es el llamado “modelo de Toulmin”, en el que se presentan los elementos de cualquier argumento (correcto):

a. “la pretensión” (es aquello que el orador sostiene y espera que el oponente acepte, por ejemplo: *María debe ir a prisión*);

b. “las razones” (son el fundamento de la pretensión, son los hechos; en el caso de la argumentación jurídica típica, serán los hechos que conforman el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso, por ejemplo: *María mató a Juan*);

c. “la garantía” (son los enunciados generales que autorizan o justifican el paso de las razones a la pretensión; en el caso de la argumentación jurídica típica, serían las normas, por ejemplo: *Los que dan muerte a otra persona deben ir a prisión*);

d. “el respaldo” (es el campo general de información que está presupuesto en la garantía, que también varía según el tipo de argumento, por ejemplo: *El Art. 310 del Código Penal*). Una explicación completa del respaldo en la argumentación jurídica debe incluir consideraciones éticas sobre lo bueno para los seres humanos en términos aristotélicos (Atienza, 2006, p. 84 y ss.; Atienza y Jimenez Redondo, 1992).

El modelo se completa con los elementos que hacen a la fuerza de los argumentos:

a. los “cualificadores modales” que dan cuenta del grado de apoyo del que goza la pretensión (presumiblemente, con toda probabilidad, plausiblemente, según parece);

b. las “condiciones de refutación”, esto es, las circunstancias extraordinarias o excepcionales. Incorporamos estos últimos en el siguiente ejemplo: *María probablemente debe ir a prisión porque ha dado muerte a Juan, pero siempre que no se acredite que actuó en legítima defensa*.

## 4. Las teorías estándar de la argumentación

Las teorías estándar de la argumentación jurídica en términos de Atienza atienden principalmente la justificación o motivación de la decisión jurídica (Atienza, 2006, p. 106).

### 4.1. La teoría de MacCormick

MacCormick, a partir de la observación de la práctica de los Tribunales de Apelación de Escocia e Inglaterra, elabora una teoría descriptivo-normativa del razonamiento judicial. Se trata del método de “reconstrucción racional”, que más que pretender la descripción de ciertos hechos, pretende presentarlos como pertenecientes a un sistema de pensamiento y acción racionalmente comprensibles (MacCormick, 1994).

MacCormick (1994) señala que la justificación “deductiva”, esto es, la justificación de una decisión jurídica en base a la validez lógica del razonamiento en que se apoya (En cualquier caso, si  $p$  entonces  $q$ . En este caso  $p$ . En este caso  $q$ ), tiene presupuestos que

la hacen posible y límites que cuando se verifican la vuelven insuficiente (MacCormick, 1994, p. 54 y ss.).

A continuación, se presentan los presupuestos que la hacen posible.

a. Cada juez tiene la obligación, en virtud de su cargo, de aplicar todas y cada una de las reglas de derecho válidas y aplicables a los casos que se le presentan para su resolución.

b. Es posible para el juez identificar esas reglas de derecho válido porque existen criterios que resuelven lo que se considera una regla de derecho para este propósito.

Los límites que la vuelven insuficiente son:

a. problemas de interpretación (el texto normativo admite más de un significado posible);

b. problemas de relevancia (existen dudas sobre si hay, o no, una norma que regule la cuestión);

c. problemas de prueba (se discute sobre si ciertos hechos han sido probados o no);

d. problemas de calificación (se discute sobre cómo apreciar los hechos del caso, si califican, o no, en el supuesto de hecho previsto por la norma).

En los casos en que la justificación “deductiva” no resulta suficiente, es necesario dar paso a la justificación “no deductiva”. Pero ¿en qué consiste la justificación “no deductiva”? La justificación “no deductiva” consiste en una serie de exigencias o requisitos a satisfacer por la decisión judicial (MacCormick, 1994, p. 106).

Las exigencias o requisitos de la justificación “no deductiva” son:

a. los casos similares deben recibir tratamiento similar y los casos diferentes, tratamiento diferente (nominada “exigencia de justicia formal”);

b. los casos individuales deben ser siempre resueltos aplicando normas universales que se esté dispuesto a aplicar en otros casos similares, tanto presentes como futuros (este es también un requisito de la “exigencia de justicia formal”);

c. las “consecuencias jurídicas” de la decisión judicial, en términos de sus “implicaciones lógicas”, esto es, lo que ella permite o prohíbe (evaluadas de acuerdo a los valores propios de cada rama del derecho como la paz, el orden público, la libertad) deben ser aceptables (nominada “justificación de segundo orden”, “exigencia de que las decisiones tengan sentido ‘en el mundo’”) (Atienza, 2006, p. 194);

d. la decisión judicial no debe ser contraria a ninguna regla válida del sistema (“justificación de segundo orden”, “exigencia de que las decisiones tengan sentido ‘en el sistema jurídico’ al que se supone consistente);

e. la decisión judicial debe tener sentido a la luz de los valores o principios, y políticas del sistema (“justificación de segundo orden”, “exigencia de que las decisiones tengan sentido ‘en el sistema jurídico’ al que supone coherente”). Recordemos que para MacCormick (1994) los principios son racionalizaciones de las reglas que pertenecen al sistema, por lo que pueden cambiarse al cambiar las reglas (MacCormick, 1994, p. 155).

Es de destacar que la exigencia de justicia formal de acuerdo a MacCormick da una buena razón para seguir los precedentes judiciales, siempre que la decisión anterior no haya sido sustancialmente injusta (MacCormick, 1994, p. 72).

## 4.2. La teoría de Alexy

Alexy se propone establecer y fundamentar los criterios de racionalidad del discurso jurídico, bajo el entendido de que la exigencia de racionalidad, si bien recae sobre los juristas en general, recae especialmente sobre los jueces, ya que la racionalidad es condición legítima de la decisión judicial (Alexy, 1997, p. 19).

Si bien Alexy establece criterios de racionalidad específicos para el discurso jurídico (justificación interna y externa, con sus reglas y formas), de acuerdo a su parecer, debemos atender también las reglas y formas del discurso práctico general (discurso moral) (Atienza 2006, p. 149). Esto se explica debido a que Alexy entiende el discurso jurídico como es: un caso especial del discurso práctico general (“tesis del caso especial”) (Alexy, 1997, p. 206).

#### 4.2.1. Discurso jurídico

##### a. Justificación interna

La forma más simple de justificación interna se corresponde con el siguiente ejemplo:

- El soldado debe decir la verdad sobre los asuntos del servicio.
- El señor M es un soldado.
- El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio.

Esta forma cumple con dos reglas de la justificación interna (Regla J.2.1 y Regla J.2.2):

- Regla J. 2.1: Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.
- Regla J. 2. 2: La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

Pero, esta forma resulta insuficiente. En la medida en que sea necesario incluir premisas de las que surjan las reglas de uso de las palabras contenidas en la norma que se pretende aplicar, esta necesidad da lugar a formas más complejas, por ejemplo:

- Quien comete asesinato debe ser castigado con la pena de cadena perpetua.
- Comete asesinato quien mata con alevosía.
- Mata con alevosía quien se aprovecha de la indefensión y buena fe de otro para matarlo.
- Se aprovecha de la indefensión y buena fe de otro quien mata a quien no espera ser atacado y que solo tiene una reducida posibilidad de defenderse.
- Tiene una reducida posibilidad de defenderse quien está durmiendo.
- X mató a Y quien estaba durmiendo.
- A X se le debe imponer la pena de cadena perpetua.

A su vez, esta forma cumple con tres reglas más: J.2.3, J. 2.4 y J.2.5.

- Regla J. 2. 3: Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M, hay que aducir una regla que decida la cuestión.
- Regla J. 2. 4: Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.
- Regla J. 2. 5: Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

##### b. Justificación externa

Señala Alexy (1997) que en el caso de las reglas de derecho positivo la justificación externa consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En el caso de los enunciados empíricos, ella consiste en recurrir a los métodos de las ciencias empíricas, a las máximas de la presunción racional y a las reglas de la carga de la prueba en el proceso, mientras que en el caso de las restantes hipótesis ella consiste en cumplir con una serie de reglas y formas de justificación (reglas y formas de la “argumentación jurídica”), de las cuales destacamos las reglas relativas al uso de los cánones de la interpretación, al uso de argumentos dogmáticos, al uso de los precedentes.

- Regla J. 6: Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya de contar entre los cánones de la interpretación.

- Regla J. 7: Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.
- Regla J. 8: La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar sobre reglas de ponderación.
- Regla J. 9: Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación.
- Regla J. 10: Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.
- Regla J. 11: Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.
- Regla J. 12: Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.
- Regla J. 13: Cuando pueda citarse un precedente a favor o en contra de una decisión debe hacerse.
- Regla J. 14: Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

#### 4.2.2. Reglas y formas del discurso práctico general

Dado que excede a los objetivos de este capítulo una presentación exhaustiva de la teoría de Alexy (1997), veamos solo algunos ejemplos de reglas del discurso práctico general a las que debiera también atender quien desarrolla el discurso jurídico:

- a. Ningún hablante puede contradecirse.
- b. Todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree.
- c. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual en todos los aspectos relevantes.
- d. Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados (Alexy, 1997, p. 185).

## 5. Una posible síntesis

Para Atienza, la argumentación jurídica consistiría en una combinación de elementos que provienen de tres concepciones o perspectivas:

- a. la formal o lógica, que pone el énfasis en la relación que se da entre las premisas y la conclusión;
- b. la material, que pone el énfasis en las premisas;
- c. la pragmática, que pone el énfasis en los efectos que se quiere lograr con la argumentación. La pragmática tiene cierta prioridad sobre las otras dos (Atienza, 2013, p. 13).

## 6. Apuntes sobre los hechos

Si bien la cuestión de la justificación de la premisa fáctica del silogismo jurídico, como ya habrá advertido el lector, no es una cuestión ausente en el planteo de los teóricos de la argumentación, la especificidad de las cuestiones de “hecho” por contraposición a las cuestiones de “derecho” justifica que nos detengamos a realizar algunos apuntes sobre los hechos en el marco de la justificación de la premisa fáctica del silogismo judicial.

Para cualquiera con experiencia en la práctica jurídica, la distinción entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho no solo es posible, sino relevante (recuérdese, a modo de ejemplo, el principio *iuranovicuria* de acuerdo al cual solo los hechos son objeto de prueba). Es más, si no pudiéramos establecer tal distinción, no podríamos ejercer como abogados, jueces o fiscales. Sin embargo, definir un “hecho” no es tarea sencilla (tampoco lo es la tarea de definir el “derecho”), y sin perjuicio de consideraciones más generales y filosóficas que exceden los propósitos de este trabajo, podemos con Taruffo convenir en que los hechos relevantes en la administración de justicia son “hechos de la vida”, esto es, eventos o conjuntos de eventos que tienen que ver con la vida de la gente. Estos hechos, a su vez, pueden consistir no solo en eventos ocurridos en la realidad material, como un accidente de tránsito, sino también en actitudes o estados psicológicos como el dolo (Taruffo, 2010, pp. 54-56).

En el proceso, nos encontramos con una pluralidad de narraciones procesales relativas a hechos (de las partes, del juez). Ellas comprenden “enunciados sobre hechos”, esto es, enunciados en los que se describe que un evento ocurrió de cierta manera en el mundo real (el que se supone que existe) (Taruffo, 2010, p. 54).

Pero, ¿quiénes son los principales narradores procesales? Y ¿cómo se caracterizan cada una de las narraciones? Los abogados, los testigos, y el juez son quienes nos narran sobre los hechos del caso. A su vez el juez tiene un rol protagónico. Muchos autores poseen una visión crítica y escéptica respecto de las narraciones de los abogados porque estarían más interesados en construir una narración en beneficio del interés de su cliente para lograr persuadir al juez a favor de él, que en dar una versión verdadera de los hechos. Esta narración, sin perjuicio de expresar una pretensión de verdad, puede excluir pruebas relevantes o sobrevalorar las pruebas favorables a la tesis que se desea sostener; pueden, en definitiva, manipular los hechos.

A su vez, las historias narradas por los testigos (se supone que conocen algunos hechos del caso y se espera de ellos que los relaten) expresan una fuerte pretensión de verdad, ya que el testigo tiene la obligación de decir la verdad y se espera que sea imparcial. En los sistemas del *civil law*, la función del testigo es proporcionar al juez información verdadera. El narrador final o definitivo es el juez, quien desde la posición de desapego afirma que ciertos hechos han sido confirmados en forma objetiva, esto es, expresa una pretensión de verdad a partir de pruebas que han sido practicadas y valoradas. Se trata de un relato probado —a este concepto Taruffo refiere también como “verdadero” (Taruffo, 2010, pp. 57-66)—.

Por último, un enunciado sobre un hecho puede ser verdadero o falso. Sobre la verdad en el proceso, Taruffo (2010) entiende apropiado hablar de verdad relativa y objetiva; relativa, en tanto se funda en las pruebas que justifican la decisión del juez (los medios de prueba concebidos como instrumentos dirigidos al descubrimiento de la verdad de los hechos del caso), y objetiva, en tanto no es fruto de preferencias subjetivas e individuales, sino de razones objetivas que justifican el convencimiento del juez (Taruffo, 2010, pp. 54, 100, 38).

## Lectura seleccionada

“En caso de necesidad los puntos de vista que hasta un determinado momento eran admisibles pueden considerarse expresa o tácitamente como inaceptables. La observación enseña, sin embargo, que esto es mucho más difícil y raro de lo que puede suponerse, por lo menos en determinadas disciplinas. Cuesta mucho trabajo tocar aquello que ha quedado ya fijado. Sin embargo, también en este punto el modo de pensar tópico presta un auxilio muy valioso bajo la forma de la interpretación, con lo cual se abren nuevas posibilidades de entendimiento, sin lesionar las antiguas. Acontece así que se mantienen las fijaciones ya efectuadas, sometiénolas a nuevos puntos de vista, que frecuentemente se producen en una conexión completamente distinta y hacen posible que se dé a las viejas fijaciones un nuevo giro. No decimos que toda interpretación (exégesis, hermenéutica, etc.) lo haga, pero sí que puede hacerlo. La interpretación constituye una pieza de la tóptica extraordinariamente apropiada en los mencionados cambios de situación”.

Tomado de Viehweg, T. (1953). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Thompson-Civitas.

## Algunas lecturas recomendadas

- Atienza, M. y Jiménez Redondo, M. (1993). Entrevista con Stephen E. Toulmin. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 13, 329-356. Recuperado de <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.13.19>
- Atienza, M. (2006). Entrevista a Neil MacCormick. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 29, 479-489. Recuperado de <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.27>
- Atienza, M. (2006). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- García Amado, J.A. (1988). *Teorías de la tóptica jurídica*. Universidad de Oviedo: Servicio de Publicaciones, Editorial Civitas, SA.
- Sarlo, Ó. (1994). La Teoría de la Argumentación o Nueva Retórica de Perelman. En *Hermenéutica y Racionalidad*. Montevideo: FCU.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la justificación de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.

## Para seguir reflexionando

1. Realice una lectura de la Sentencia N° 606/2017 del TCA atendiendo especialmente al Considerando VI sobre la presunción de legalidad del acto administrativo. ¿Qué reflexión le merece lo leído a la luz de las ideas de Viehweg? ¿Es posible pensar este principio como un tópico? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué ha pasado con él?

2. A la luz de la noción de auditorio de Perelman reflexione sobre el auditorio al que dirige el juez su sentencia ¿Quiénes lo conforman? ¿Cómo caracterizaría (atendiendo la distinción entre argumentación persuasiva y convincente) la argumentación de los abogados?

3.

a. Lea atentamente la Sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 585/2016.

- b. Identifique (en los Considerandos) la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo.
- c. Lea atentamente la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 338/2010.
- d. Identifique (en los Considerandos) la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo.
- e. ¿Qué reflexiones le merece el ejercicio realizado?
- 4.
- a. Proceda a la lectura atenta de la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 396/2016.
- b. ¿Cuáles serían, a su entender, las “implicaciones lógicas” del fallo de la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 396/2016?
5. ¿A la luz de la teoría de Alexy, la sentencia N° 585/2016 se encuentra justificada?
6. ¿Comparte la opinión de Atienza de que en la argumentación jurídica los elementos de la concepción o perspectiva pragmática tienen cierta prioridad sobre los elementos de las otras concepciones o perspectivas?
7. ¿Tiene sentido decir que en el proceso se “construyen” los hechos del caso?

## Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1997). *Teoría de la Argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. y Jiménez Redondo, M. (1992). Entrevista con Stephen E. Toulmin. *Doxa*, 13, 329-356. Recuperado de <https://doi.org/10.14198/DOXA1993.13.19>
- Atienza, M. (2006). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Castro Rivera, A. (2004). Pensamiento sistemático y pensamiento problemático en la Filosofía del Derecho Uruguayo: Vaz Ferreira. *Pensar por sistemas y por problemas en la Iusfilosofía uruguaya y otros ensayos en Homenaje al Profesor Hugo Malherbe*. Montevideo: FCU.
- García Amado, J.A. (1987). Tópica, Derecho y Método Jurídico. *Doxa*, 4, 161-184. Recuperado de <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.12>
- García Amado, J.A. (1988). *Teorías de la tópica jurídica*. Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones. Madrid: Civitas, S. A.
- MacCormick, N. (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca. (2006). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. España: Gredos.
- Sarlo, Ó. (1994). La Teoría de la Argumentación o Nueva Retórica de Perelman. *Hermenéutica y Racionalidad*. Montevideo: FCU.
- Sarlo, Ó. (2004). Introducción. *Pensar por sistemas y por problemas en la Iusfilosofía uruguaya y otros ensayos en Homenaje al Profesor Hugo Malherbe*. Montevideo: FCU.
- Sarlo, Ó. (2004). Pensamiento problemático y pensamiento sistemático en Hugo Malherbe. *Pensar por sistemas y por problemas en la Iusfilosofía uruguaya y otros ensayos en Homenaje al Profesor Hugo Malherbe*. Montevideo: FCU.
- Sarlo, Ó. (2011). Vaz Ferreira y la Filosofía del Derecho Contemporánea: encuentros y desencuentros. *Revista de la Facultad de Derecho*, 31, 309-316. Recuperado de <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/63>
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la justificación de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Viehweg, T. (1953). *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Thompson-Civitas.

## Material jurídico normativo

Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2017, agosto 8) Sentencia 606 del 8 de agosto de 2017 (Sentencia n° 606). Recuperado de <https://www.cade.com.uy/>

Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2016, octubre 11) Sentencia 585 del 11 de octubre de 2016 (Sentencia n° 585). Recuperado de <https://www.cade.com.uy/>

Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay). (2010, mayo 20). Sentencia 338 del 20 de mayo de 2010 (Sentencia n°338). Recuperado de <https://www.tca.gub.uy/fallos-de-interes/>

Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Uruguay).(2016, julio 19). Sentencia 396 del 19 de julio de 2016 (Sentencia n°396). Recuperado de <https://www.tca.gub.uy/fallos-de-interes/>



# Teorías de la legislación

Nathalie Bonjour

## 1. Introducción

Escuchamos a juristas, jueces y abogados quejarse de la mala calidad de las leyes. Nos disgustamos por el tiempo que invertimos (más que en razonar jurídicamente) para acceder a la normativa que regula los asuntos (dispersa en distintos textos legales, a veces muy extensos como las leyes de presupuesto). Dudamos sobre si ciertas disposiciones están vigentes o si fueron tácitamente derogadas. Nos encontramos con textos prorrogados una y otra vez en su entrada en vigencia. Por otro lado, nos maravillamos con las ventajas de la tecnología, internet, y las bases de datos. ¿Cuánto más fácil es hoy acceder a las leyes que hace diez o veinte años? A su vez, nuevas oportunidades de especialización y ejercicio profesional van surgiendo en la medida en que la conciencia sobre este tipo de problemas y sus posibles formas de prevención y/o solución se van difundiendo; las ofertas de grado y de posgrado se amplían y, poco a poco, se incorporan nuevos cursos y talleres.

No pocas dudas nos surgen al escuchar ciertos reclamos ¿Será que algunos reclamos sobre la forma de legislar encubren rechazos al contenido de la legislación? ¿Es posible hablar de contenidos legislativos necesarios? ¿Impone la racionalidad algún tipo de exigencia a la legislación?

Dedicamos el presente capítulo a introducirnos en las ideas centrales que la reflexión sobre el fenómeno de la legislación ha producido en los últimos años, y a presentar posibles respuestas a estas interrogantes.

## 2. Teorías de la legislación y Técnica legislativa

En sentido estricto, el objeto de estudio de las teorías de la legislación es el proceso de producción de las leyes, mientras que en sentido amplio lo es el proceso de producción de normas generales, sin importar su fuente ni jerarquía (Reyes, 2000, p. 194). Conviene señalar que en este capítulo nos referiremos al proceso de producción de las leyes, sin perjuicio de que muchas de las reflexiones que aquí se plantean son pasibles de ser extendidas a otros procesos de producción de normas generales (García Amado, 1997, p. 304).

Veamos la distinción entre teoría de la legislación y técnica de la legislación.

De acuerdo a Atienza, corresponde denominar teorías de la legislación

a aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico, mientras que las técnicas legislativas tienen un carácter mucho más sectorial, no pretenden explicar un fenómeno, sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar básicos (Atienza, 1989, p. 387).

Para el autor, una teoría de la legislación “debería ofrecer una explicación de carácter general del proceso de la legislación y debería ofrecer también los conocimientos básicos que nutrieran las diversas técnicas legislativas” (Atienza, 1989, p. 387).

Con similar criterio, Méndez ha señalado que dentro de la ciencia de la legislación es posible distinguir entre la teoría de la legislación como “explicación del fenómeno de la legislación desde una perspectiva general” y la técnica legislativa cuya finalidad es la “optimización de la producción de las leyes”. Así, la técnica legislativa da lugar a la profesionalización de la producción del derecho, a la profesión jurídica de redactor de normas. Pero, a pesar de distinguir la teoría y la técnica en los términos indicados, Méndez también señala que “lo que se busca, en el conjunto de esta ciencia de la legislación, es primordialmente mejorar la calidad de las leyes” (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 21).

Otros, como Pineda, directamente entienden que una parte de la teoría de la legislación debe ocuparse de cómo debe ser el derecho, por lo que “se transforma en una disciplina normativa” (Pineda, 2009, p. 152).

Sobre la técnica legislativa, Reyes señala que ella va dirigida a evitar la vaguedad, la ambigüedad, la redundancia, la contradicción y la inconsistencia de las leyes; características que en buena medida se originan por la aplicación de una mala técnica legislativa y por la falta de una política legislativa (Reyes, 2000, p. 191).

Sarlo y Caetano señalan que la expresión “técnica legislativa” adolece de ambigüedad, ya que designa tanto el conjunto de reglas que componen la técnica legislativa (la técnica es un conjunto de reglas para hacer bien una cosa) como la disciplina que la estudia. En su carácter interdisciplinario, dicha disciplina se vale de los resultados de la teoría del derecho, el derecho constitucional, la ciencia política, la sociología, la lingüística, la economía (Sarlo y Caetano, 2010, p. 1).

Sarlo y Caetano recogen lo señalado por Baladini en cuanto a que “la técnica legislativa se propone mejorar la producción de las leyes de modo de facilitar la interpretación por parte de los operadores del derecho”. Asimismo, comprende tanto las reglas formales para la redacción de textos legislativos (el *legal drafting*) como la evaluación de los efectos concretos de las disposiciones legislativas (el análisis de factibilidad) (Sarlo y Caetano, 2010, p. 1).

Autores como Laporta destacan que el interés teórico y profesional en estas cuestiones no debe obnubilar el interés ciudadano, ya que la calidad y estabilidad de las normas es condición de que cada ciudadano pueda desarrollar su plan de vida (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 75). Reyes, por su lado, hace referencia a la utilidad de las leyes en la construcción de políticas públicas (Reyes, 2000, p. 191).

### 3. Antecedentes y orígenes de los contemporáneos estudios sobre legislación

La teoría del derecho de los siglos XIX y XX ha centrado su atención en la interpretación y aplicación de la ley ya existente, particularmente, de parte del juez, desatendiendo la actividad de creación de la ley y la figura del legislador (Atienza, 2004, p. 90; Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 81; García Amado, 1997, p. 305). A pesar de esto, Atienza señala la existencia de ciertos antecedentes de los actuales estudios sobre la legislación:

a. La obra de Bentham, enmarcada en el proyecto legislativo reformista de la ilustración. Atienza señala que la obra de Bentham y las características del sistema del *common law* (la relevancia de las normas de origen judicial como fuente de derecho) explican la existencia del profesional redactor de normas en los países del *common law* mucho antes que en los países del *civil law*.

b. La obra de algunos filósofos realistas como Roscoe Pound, quien en algunos trabajos discutió la idea de poner a la labor del juez o del abogado como centro de la reflexión filosófica. También Llewellyn, quien contribuyó a elaborar el *Uniform Commercial Code* y Alf Ross quien en *El derecho y la justicia* dedica varios capítulos a la producción legislativa del derecho.

c. El movimiento de codificación europeo (a partir del siglo XVIII) (Atienza, 2004, pp. 91-92).

A pesar de identificar el movimiento de codificación europeo como antecedente de los actuales estudios sobre la legislación, Atienza marca ciertas diferencias entre las ideas sobre la ley que suponía ese movimiento y las ideas sobre la ley supuestas en la actualidad. Para la codificación, la ley solo podía tener ciertos contenidos (garantizar el derecho de propiedad, libertad contractual) y se la concebía como un instrumento en beneficio exclusivo de cada individuo para la obtención de sus propios fines; mientras que en las sociedades contemporáneas, los contenidos legales serían vistos como contingentes y habría conciencia de la posibilidad de encontrar en las leyes no solo normas de acción (que exigen a su destinatario únicamente comprobar si se han dado, o no, las condiciones para hacer, o no hacer, cierta acción, sin tener que atender las consecuencias de su comportamiento) sino también normas de fin (que exigen a su destinatario atender las consecuencias de su comportamiento) (Atienza, 2004, p. 91; Atienza y Ruiz Manero, 2007, p. 35).

Los estudios contemporáneos en materia de teoría y técnica de la legislación, según Atienza, surgieron en Europa partir de la “crisis de la legislación” europea, una de las facetas de la crisis del Estado de bienestar europeo, en el último cuarto del siglo XX (Atienza, 1989, p. 387).

Ampliando el horizonte, Losano señala que la exigencia de las técnicas legislativas ha sido advertida en tres momentos:

- a. el de la superación del derecho romano a favor de la codificación,
- b. el del gran desarrollo económico que sucede al final de la Segunda Guerra Mundial,
- c. el del advenimiento de la informática y el *e-goberment* a fines del siglo XX y principios del siglo XXI (entre 1906 y 1980). Este último empuje se explica, según el autor, por las exigencias de la economía en rápido desarrollo por regular cada vez mayores situaciones, junto con el nacimiento y la afirmación de la informática jurídica, y con ella la creación de bancos de datos jurídicos, la automatización de los procedimientos también de parte del Estado, entre otros. Señala Losano que

con la informática, en efecto, la mala redacción de una ley deja de ser un fenómeno de estética jurídica y se transforma en un problema de pérdida de información, es decir, de imposibilidad de encontrar la norma en el banco de datos. Baste con un ejemplo: si un cierto número de leyes hablan de “nosocomio” ahí donde se ha hablado de “hospital” la investigación con la palabra clave “hospital” —la única que se le viene a la mente al usuario del banco de datos— no permite encontrar los documentos que, aunque estén hablando de hospitales, los llaman “nosocomios” (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, pp. 164 -168).

## 4. Algunos problemas de la legislación en las sociedades contemporáneas

Pineda identifica como problemas legislativos: la proliferación o inflación normativa, antinomias, redundancias, estratificaciones, abrogaciones innominadas, faltas de mínima coordinación normativa, inorgánica regulación de las áreas del quehacer jurídico, hipostenia legislativa y ausencia de un marco ético justificatorio de su obligatoriedad. A su vez, señala que estos problemas no solo debilitan la autoridad de la ley, sino que perjudican la labor de quienes deben interpretar y aplicar las normas jurídicas, así como la realidad de los ciudadanos destinatarios de las leyes (Pineda, 2009, p. 139).

Como veíamos en el párrafo anterior, es usual encontrar que se señale como un problema el rápido aumento del número de las leyes (la llamada “proliferación legislativa”), una de las características más fuertes de la legislación en las sociedades contemporáneas. Bajo esta perspectiva, se dice que esa “avalancha” de las leyes y reglamentos perturba, hasta destruye, la seguridad jurídica (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, pp. 15-17). Además, se la vincula con la desvalorización de la ley (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 16). Sin embargo, esta opinión no es unánime. Autores como Laporta, aun admitiendo la vieja idea de Bentham de que el aumento del número de las leyes dificulta su conocimiento, relativizan esta valoración argumentando que el aumento del número de las leyes solo es un problema en la medida que el aumento sea innecesario de acuerdo a otros criterios. Advierte, además, que detrás de la aparentemente objetiva crítica a la proliferación puede encontrarse una crítica de corte filosófico, basada en la filosofía liberal, que pretende que las leyes interfieran con la conducta en la menor medida posible (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 63). Por lo que vemos, se trata de un punto sobre el que hay diferentes opiniones.

A veces, también se señala la crisis de la ley como fuente de derecho en detrimento de otras fuentes (internacionales, por ejemplo) como un problema de la legislación (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 63).

Para Laporta, nuestras energías deberían focalizarse en el fenómeno de “la degradación de la ley”, al que describe de la siguiente manera:

a. Modificaciones permanentes, vigencia fugaz, leyes que nunca llegan a aplicarse, leyes que poseen preceptos que entran en vigor en días distintos.

b. Creación de nuevas leyes sin la referencia a las derogaciones que se producen con su creación.

c. Suplantación de la ley formal por normas reglamentarias.

d. Creación de leyes “singulares” (leyes que ignoran la característica de la generalidad, en el sentido de que sus destinatarios sean identificados por la posesión de rasgos abstractos y que lo regulado sean tipos de conductas, y en las que, por el contrario, sus destinatarios son identificados mediante descripciones definidas y lo regulado son conductas o situaciones concretas).

e. Creación de leyes “instrumentales” cuya naturaleza misma es ser instrumentos para producir estados de hecho generalmente económicos.

f. Introducción de normas “intrusas” en las leyes (normas que son incrustadas en leyes con las que nada tienen que ver).

g. Creación de leyes “que funcionan en el vacío” (leyes que se sustentan en la presuposición práctica de otras leyes, instituciones o créditos que nunca se dan) (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 62 y ss.).

El resultado de este fenómeno serían las frecuentes incoherencias y antinomias, además de la perplejidad de los destinatarios de las leyes pues su conducta no está claramente regulada por norma alguna, lo que fomenta la litigiosidad y afecta la seguridad jurídica (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, pp. 74-75).

Para Laporta, el gran problema de nuestro tiempo radicaría en que la defectuosidad de la legislación ha llegado a ser tal que obstaculiza la necesaria suposición de los juristas académicos y profesionales del derecho, de la racionalidad del legislador. Cada vez es más difícil “encontrar una solución para un caso sobre la base de una argumentación ordenadora del material normativo” (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, pp. 87-89).

Méndez también ha señalado como problema que se dicten leyes “más para salir con urgencia del paso o para captar adhesiones de los ciudadanos que para regular con convicción y equidad la realidad social” (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 18).

## 5. Algunas reflexiones en el marco de la teoría de la legislación

### 5.1. El enfoque de los niveles de racionalidad de Manuel Atienza y otros enfoques cercanos

Atienza propone cinco “modelos”, “ideas” o “niveles” de racionalidad desde los cuales analizar la legislación o el proceso de producción de las leyes al que define como “una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: editores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores” (Atienza, 1989, p. 385). Estos son:

a. Racionalidad lingüística. Refiere a que el emisor debe ser capaz de transmitir con fluidez el mensaje (la ley) al receptor (Atienza, 1989, p. 385). Se procura la mejor manera de comunicar el mensaje desde el emisor al receptor (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 83).

b. Racionalidad jurídico formal. Refiere a que la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico (Atienza, 1989, p. 385). Trata de evitar que se produzcan contradicciones, lagunas, redundancias o presuposiciones defectuosas (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 84).

c. Racionalidad pragmática. Refiere a que la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescripto en la ley (Atienza, 1989, p. 385). Trata de que aquellos a quienes la ley tiene vocación de regular ajusten su conducta a la ley (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 84).

d. Racionalidad teleológica. Refiere a que la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos (Atienza, 1989, p. 385). Trata de que en la realidad social se produzcan los fines sociales que los legisladores pretenden se produzcan al emitir las leyes (Menéndez Menéndez y Pau Padrón, 2004, p. 84).

e. Racionalidad ética. Refiere a que los valores supuestos por las conductas prescriptas y los fines de las leyes tendrían que ser susceptibles de justificación ética (Atienza, 1989, p. 385).

Atienza plantea la dificultad de satisfacer al mismo tiempo las diversas exigencias que suponen estas diferentes “nociones” de racionalidad y brinda ejemplos: una ley puede ser altamente racional desde el punto de vista lingüístico, pero no desde el punto de vista jurídico formal, o puede ser altamente racional desde el punto de vista lingüístico y no serlo desde el punto de vista ético. Una ley puede ser racional desde el punto de vista pragmático, aunque no en un nivel teleológico (si es que ella logra ser cumplida), pero con su cumplimiento no se logra alcanzar los objetivos sociales perseguidos con su sanción (Atienza, 1989, pp. 387, 392).

A su vez, las diferentes racionalidades suelen ser objeto de tratamiento de diferentes disciplinas; los juristas atienden básicamente la racionalidad jurídico formal (Atienza, 1989, p. 391).

Estos niveles de racionalidad deberían ser atendidos por quienes resulten involucrados en la elaboración de las leyes.

Vinculado con este punto, Atienza señala que Lozano ha planteado lo que llama el “análisis interdisciplinar del *iter legislativo*” en el que, ante cada fase, identifica la técnica prevalente (Sociología, Legística, Derecho e Informática) y el resultado inmediato.

a. Fase 1: concretar la necesidad social a regular. A esta fase le corresponde la Sociología como técnica prevalente. A su vez, el resultado inmediato esperado es la determinación de medidas para satisfacer la necesidad individualizada y la especificación de los efectos vinculados.

b. Fase 2: recepción política de la necesidad social a regular (partidos, grupos de presión, movimientos espontáneos) y armado del articulado. A esta fase le corresponde también la Sociología como técnica prevalente. El resultado inmediato esperado es la inclusión de la necesidad y las medidas para su satisfacción en un programa de partido político o movimiento, así como el inicio del control con técnicas de implementación.

c. Fase 3: control sobre el articulado y transformación en proyecto de ley. A esta fase le corresponde la Legística como técnica prevalente. A su vez, el resultado inmediato esperado es la formulación lingüística correcta de la norma (Atienza, 1989, p. 396).

d. Fase 4: discusión del proyecto de ley en el órgano legislativo y posible cambio del texto. A esta fase le corresponde el Derecho como técnica prevalente y el resultado inmediato son las modificaciones al proyecto de ley.

e. Fase 5: nuevo control sobre la formulación del proyecto de ley después de su aprobación formal. A esta fase le corresponde nuevamente la Legística como técnica prevalente y el resultado inmediato esperado es la reformulación correcta del texto.

f. Fase 6: promulgación del texto legislativo, inclusión en publicaciones oficiales y banco de datos. A esta fase le corresponde la Informática como técnica prevalente. El resultado inmediato esperado es el traslado de los datos al sistema y la puesta a disposición de los recursos informáticos y organizativos para automatizar el procedimiento (Atienza, 1989, pp. 395-396).

De forma similar, Reyes presenta un modelo de formación de leyes (“modelo de producción de instituciones formales”) a partir de la visualización del proceso de producción legislativa como un proceso de cambio institucional, compuesto por tres fases o etapas:

- a. Fase o etapa prelegislativa;
- b. Fase o etapa legislativa (integrada a su vez por dos fases: investigación y descripción, y creación y justificación institucional);

c. Fase o etapa postlegislativa.

A continuación, se expondrán las actividades correspondientes a cada una de las fases.

a. Fase o etapa prelegislativa. En esta etapa o fase prelegislativa se desarrollan diferentes actividades:

1. Definir correctamente el problema.
2. Determinar los actores involucrados, sus intereses y los casos a regular.
3. Conocer los incentivos y las motivaciones que dan lugar al interés jurídico en la modificación de la regla que se pretende crear, modificar o adicionar.
4. Determinar la importancia y necesidad de la regla a crear, modificar o adicionar.
5. Establecer los objetivos que se persiguen con la regla a crear, modificar o adicionar.
6. Precisar qué conductas y qué aspectos de esas conductas se regularán.
7. Describir el contexto del problema (político, social, económico y jurídico).
8. Analizar las competencias para actuar en la materia e iniciativas (por ejemplo, se trata de dar respuesta a preguntas del siguiente tipo: ¿La creación del tipo de regla que se pretende es competencia del Parlamento o de la Junta Departamental? ¿Quién posee iniciativa para su creación?).
9. Precisar autoridades de ejecución y proceso de ejecución.
10. Analizar las alternativas posibles de institución (por ejemplo, ¿se realizará una modificación constitucional, legal o reglamentaria?).
11. Determinar el momento en que se debe actuar y la vigencia de la regla a crear, modificar o adicionar.
12. Elegir el diseño institucional y su justificación ética.
13. Identificar las variables en cada uno de los diferentes niveles de racionalidad.
14. Diseñar las estrategias de negociación con los actores relevantes.

b. Fase o etapa legislativa

b.1. Fase de investigación y descripción. Actividades a realizar:

1. Recopilar y describir los antecedentes en la materia a regular.
2. Analizar la coherencia y consistencia interinstitucional, esto es, dar respuesta a la pregunta sobre qué incentivos y reglas formales ya existen y se encuentran relacionadas con el nuevo arreglo institucional que se pretende realizar.
3. Análisis comparado, inter e intraestatal.
4. Seguimiento de la opinión de las organizaciones públicas y privadas involucradas.
5. Motivar legalmente.
6. Previsión de supuestos conflictivos en su redacción.

b.2. Fase de creación y justificación. Actividades a desarrollar:

1. Redacción del texto legislativo (incluye la estructura técnico-jurídica, los aspectos del lenguaje legal, la sistematicidad de la norma jurídica y los aspectos formales de técnica legislativa).
2. Adecuar el texto legislativo al proceso electrónico de datos.
3. Diseño de procesos para garantizar la ejecución de las normas.
4. Analizar los alcances de la creación o modificación institucional (Supone dar respuesta a las siguientes preguntas ¿Cómo afecta al diseño institucional preexistente? ¿Cuáles serían sus efectos concretos sobre los ciudadanos, Administración Pública y grupos de interés? ¿Genera necesidad de personal e instrumentos de organización y gestión pública? Incluye la factibilidad y practicabilidad administrativa).

5. Analizar la comprensión que tienen los particulares y autoridades de la institución.
6. Realizar un análisis costo-beneficio de la institución.
7. “Amarrar” políticamente la norma antes de que se inicie el proceso formal de discusión.
8. Elaborar los documentos introductorios (preámbulo y exposición de motivos) de la disposición normativa.
9. Iniciar el proceso legislativo formal.

c. Fase o etapa postlegislativa. Actividades a desarrollar:

1. Publicación y publicidad de la institución.
2. Análisis del impacto de la institución.
3. Monitoreo de la norma.
4. Recabar opiniones de las autoridades que se encargan de su aplicación.
5. Analizar las dimensiones de racionalidad lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica, económica y ética.
6. Analizar la posibilidad de evolución de la institución.
7. Comenzar el proceso de rediseño y modificación de la legislación (Reyes, 2000, p. 197 y ss.).

La visualización de estas fases ayuda a ordenar el proceso de elaboración de las leyes.

## 5.2. Sobre la relación entre la teoría de la legislación y la razón práctica.

### La teoría “formal normativa” de García Amado

Atendiendo la posible relación entre la teoría de la legislación y la razón práctica, García Amado (1997) da cuenta de la existencia de dos tipos de teorías. Estas son:

a. Las teorías normativas en sentido fuerte. Se dividen, a su vez, entre las que bajo un esquema iusnaturalista sostienen que la razón exige a la actividad legislativa determinados contenidos y excluye otros (“material normativas”), y las que sin sostener directamente que existen contenidos de por sí racionales o irracionales, sí sostienen que la razón exige modos, formas o procedimientos que indirectamente inciden en los contenidos porque impiden desembocar en ciertos contenidos salvo a costa de la simulación, el autosabotaje o la contradicción (“formal normativas”).

b. Las teorías normativas en sentido débil o normativo-instrumentales. Simplemente señalan cuáles son los mejores medios para maximizar la eficacia de las leyes que el legislador crea cualesquiera sean los objetivos o fines elegidos por él (este sería el planteamiento de Kelsen) (García Amado, 1997, pp. 299, 301, 311). A partir de esta distinción, García Amado propone una teoría “formal normativa” fundada en la ética discursiva de Habermas, seguida por Alexy, entre otros (García Amado, 1997, p. 315).

Corresponde mencionar que el autor define la razón práctica como

las reglas de razón que, si es que caben tales, pueden y deben regir los juicios o valoraciones que nos llevan a elegir entre alternativas comportamentales diferentes (por ejemplo, entre dar a la ley uno u otro contenido, cuando se es legislador) (García Amado, 1997, p. 300).

Para la comprensión de la propuesta de García Amado, es necesario también tener presente las ideas centrales de la ética discursiva de Habermas. Habermas pretende reconstruir las reglas inmanentes a la acción comunicativa, reglas que si al comunicarnos no fueran asumidas la volverían un sinsentido, lo que afectaría a la sociedad (la que se volvería

imposible). El seguimiento de estas reglas (que garantizan la libertad e igualdad de todos los interlocutores, reales o potenciales) permitirá el surgimiento del consenso a partir del discurso en torno a pretensiones de validez (de verdad, de rectitud, de veracidad) cuando el consenso no surge de modo inmediato. La proyección de las reglas del discurso racional nos da una imagen ideal (“la situación ideal de habla”) que sirve de modelo contra fáctica con el que podemos comparar nuestras prácticas comunicativas e instituciones (García Amado, 1997, p. 315).

Otro punto a atender es el de las distintas concepciones (o modelos) de legislador que visualiza García Amado:

- a. el legislador con racionalidad infusa (legislador “Dios”),
- b. el legislador “artista”,
- c. el legislador irracional o “en crisis”,

d. el legislador operativamente racional. Es esta última concepción la que el autor propone.

La concepción del legislador con racionalidad infusa consiste en sostener la racionalidad del legislador como mito o axioma, que lleva consigo la racionalidad derivada de las leyes, tanto en su forma (las leyes son claras y de significado evidente, no existen antinomias, lagunas o redundancias) como en su contenido (las leyes tienen por contenido lo que a la sociedad más le conviene y el legislador no tiene dificultad alguna en conocer). De acuerdo con este modelo, la teoría de la legislación es innecesaria.

En cuanto a la concepción del legislador “artista”, el legislador es visto como un sujeto dotado de ciertas aptitudes o talentos que se tienen o no se tienen. El legislador ya no es necesariamente buen legislador, sino que su calidad de buen o mal legislador depende del azar; la mística se sustituye por la suerte.

La concepción del legislador irracional o en “crisis” se corresponde con la visión de un legislador intelectualmente incapaz de comprender los problemas sociales, capaz de cometer excesos, representante de intereses más o menos inconfesables, corrupto.

La concepción del legislador operativamente racional no presupone un legislador indudablemente racional, ni superdotado o infradotado, ni demasiado irracional; supone un sujeto ordinario que se ajusta a ciertas reglas o pautas, a ciertas exigencias o condiciones que impone la razón y solo indirectamente condiciona materialmente la legislación (García Amado, 1997, pp. 304, 306, 307, 308) Así, el modelo del legislador operativamente racional supone que:

- a. Es posible criticar la actividad legislativa por su relación con la racionalidad.
- b. La racionalidad que opera como parámetro tiene que ver con la elección de contenidos en sentido fuerte.
- c. Dicha racionalidad no consiste en sostener contenidos prohibidos o necesarios.
- d. Dicha racionalidad es principalmente formal y procedimental y solo derivadamente limita, por incompatibilidad, ciertos contenidos de las normas legales (García Amado, 1997, p. 312).

La teoría “formal normativa” propuesta por García Amado presenta tres tipos de exigencias o condiciones:

- a. condiciones del legislador,
- b. condiciones del ejercicio de la legislación (como actividad),
- c. condiciones del resultado o producto (ley).

a. Condiciones del legislador:

- Para acceder a su cargo o posición no ha tenido que acceder a nada o hacer nada que deba ser ocultado o que pueda ser calificado como un engaño a la población (esta cuestión refiere a la transparencia en la financiación de los partidos políticos, campañas electorales).
  - Las ideas y programas son conocidos o fáciles de ser conocidos.
  - Las campañas, elecciones y recursos brindan suficientes garantías en cuanto al reflejo de las preferencias del electorado.
- b. Condiciones del ejercicio de la legislación (como actividad):
- Condiciones de competencia. Se trata de que los legisladores tengan la mejor información para la consideración de los asuntos, asesores y equipos técnicos.
  - Condiciones de conocimiento. Se trata de que todos los legisladores conozcan el texto y puedan estudiarlo.
  - Condiciones del debate. Se trata de que la presentación y discusión de textos, modificaciones y modos de votación esté regulada.
- c. Condiciones del resultado o producto (la ley):
- Se trata de que se atiendan las reglas del lenguaje, el sistema, su viabilidad práctica, su grado de efectividad posible (García Amado, 1997, p. 317).

### 5.3. El enfoque a partir de los desacuerdos.

#### Las reflexiones de Jeremy Waldron

Quien, en un sentido distinto y desde otra tradición, también ha realizado un importante esfuerzo por avanzar en materia de teoría de la legislación es el inglés Jeremy Waldron. A partir de la constatación de la existencia de desacuerdos profundos, generalizados y persistentes entre los ciudadanos de las sociedades contemporáneas sobre casi todas las cuestiones relevantes ha repensado los parlamentos, su constitución, su funcionamiento, su producción y cierta forma de interpretar su producción (Gargarella y Martí, 2005, pp. 15-17).

Waldron señala que los Parlamentos han sido desatendidos por la filosofía del derecho contemporánea (se refiere expresamente a los de Gran Bretaña y Estados Unidos) en pro de una mayor atención a los derechos o la toma de decisiones de parte de los tribunales, a pesar de que pueda pensarse que la tarea de los filósofos de la justicia consiste, en realidad, en una especie de competencia por quién logra convencer al legislador de que confíe en su criterio de identificación de la teoría correcta. En consecuencia, el Parlamento se constituiría en su auditorio, ya que es en el campo de la política, dentro del Parlamento y no fuera de él donde se juega, en definitiva, el partido sobre cuál de estas concepciones terminará imponiéndose sobre las demás, determinando la forma en que la sociedad debe ser organizada. Además, Waldron recuerda cuestiones menos problemáticas tales como que la aplicación del segundo principio de justicia de Rawls (la igualdad de oportunidades junto con el principio de diferencia) es pensado como competencia del Parlamento (Waldron, 2005, pp. 29, 44, 82, 31, 32, 30).

De acuerdo con Waldron, en el mundo contemporáneo, los Parlamentos, de regla, consisten en grandes asambleas que pretenden representar los desacuerdos más serios y sustantivos sobre la forma en que la sociedad debe ser organizada y sin pretender conclusiones definitivas, deciden qué concepción tiene, en ese momento, el mayor apoyo de sus miembros (Waldron, 2005, p. 32). El derecho es creado en base a los votos explícitamente

partidistas de sus miembros, lo que nos lleva a un punto crucial en la distinción entre los Parlamentos y los Tribunales de justicia: los interesados en una decisión parlamentaria no esperan ni tienen derecho a esperar imparcialidad de parte de los parlamentarios, así como la imparcialidad no forma parte de la imagen que de sí mismo tiene el Parlamento (Waldron, 2005, p. 33).

Waldron presenta lo que a su entender son las características estructurales de los Parlamentos:

a. su tamaño,

b. su diversidad y los desacuerdos,

c. los arreglos institucionales que enmarcan el proceso de toma de decisiones en este contexto, a saber: la organización de partidos, la estructura deliberativa, el debate formal, las reglas de procedimiento y las votaciones (Waldron, 2005, p. 33).

En casi todos los países del mundo, los Parlamentos consisten en amplias asambleas, compuestas por una gran cantidad de personas, que van desde los cincuenta hasta los tres mil miembros, y esta pluralidad de personas participa en la creación de las leyes. Esta preferencia por la pluralidad de personas, no es, a juicio de Waldron, una exigencia ni del ideal democrático ni de la noción de representación, ni del compromiso con la participación popular. Se trata de una particular concepción del derecho de origen en la Inglaterra medieval (como algo común, compartido), lo que significa que un conjunto de normas constituya “el derecho del territorio” o “el derecho de un pueblo”, para el que un cambio jurídico deliberado se interpreta como un cambio en la forma de vida. Así, la idea de que la comunidad para la que se elabora la ley es plural y que por su naturaleza no es capaz de estar representada por una sola voz, sería parte de la explicación de lo que Waldron llama “el instinto constitucional a favor de la creación del derecho por parte de una asamblea”. La otra parte se constituiría en cierta analogía entre la legislación y la costumbre cuyo origen se remonta al pensamiento de Bártolo de Sassferrato en el siglo XIV. Para Bártolo de Sassferrato, la fuerza vinculante de la costumbre más que en los usos radica en el consentimiento tácito de aquellos cuyas vidas estructura. Así, de forma análoga con la costumbre, la fuerza vinculante de la legislación es la voluntad del pueblo, el consentimiento de sus destinatarios, no tácito sino expreso (Waldron, 2005, pp. 61-82).

En el Parlamento no solo se vota, sino que se “delibera”. Las personas (representantes) que tienen diferencias en sus *backgrounds*, experiencias y creencias, y que a menudo tienen puntos de vista opuestos sobre políticas, justicia social y derechos hablan entre sí sobre las medidas que están considerando votar en nombre de sus representados, con alto grado de formalidad (está reglado cómo iniciar y cómo concluir un debate, cuánto tiempo se puede hablar, quién puede interrumpir y cuándo) tendientes a evitar que se formen, por ejemplo, malos entendidos. De acuerdo a Waldron, las reglas de procedimiento son una necesidad ante la diversidad y los desacuerdos (Waldron, 2005, pp. 86-93).

Waldron sostiene que esta formalidad del procedimiento lleva a la importancia del texto legislativo, ya que es el texto el que opera como punto focal de una discusión ordenada (Waldron, 2005, p. 105).

Luego de la deliberación, el proceso de aprobación de una ley en una cámara es el voto y la decisión mayoritaria. De acuerdo con Waldron, la decisión mayoritaria respeta a las personas por dos razones. Por un lado, respeta las diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común, no resta importancia o acalla el punto de vista de nadie por la importancia imaginaria del consenso. Por otro lado, incorpora un principio de respeto

hacia toda persona en el proceso por el cual se decide. El método de decisión mayoritaria da, al momento de seleccionar el punto de vista del grupo de entre todos los puntos de vista, al punto de vista de cada persona igual peso. La tesis de Waldron es que el método de decisión mayoritaria es “razonable en las circunstancias de la política” (Waldron, 2005, pp. 108-140).

Por último, Waldron aborda la cuestión de la interpretación de la legislación apelando al apego al texto de la ley e inhibiendo a apelar a cualquier discurso sobre las intenciones legislativas excepto las que forman parte del significado lingüístico del propio texto (Waldron 2005, pp. 169, 173).

## Lectura seleccionada

*Recapitulemos ahora: Un Estado involucrado en la producción y distribución de bienes, el crecimiento económico, el pleno empleo, y la propiedad pública genera muchas normas en forma de leyes económicas, de organización, de planificación, etc. Un Estado comprometido además con el cuidado de los ciudadanos produce muchas leyes de protección (leyes “tuitivas”, se llamaban), leyes de previsión, leyes de aseguramiento, leyes de educación, etc. Y un Estado que trata de diversificar a sus ciudadanos según rasgos y caracteres segmentarios genera inmediatamente un sinfín de leyes especiales. Por cierto, que como reflejo de toda esa expansión legislativa se produce un fenómeno paralelo en el ámbito del derecho procesal, con la fragmentación y la especialización de los procesos y la multiplicación de las leyes procesales. Añádase a ello la compulsión normativa que imponen las demandas cotidianas de los ciudadanos, la variabilidad de los objetos de política económica que se persiguen y la incesante necesidad de reforma que tienen aún los cuerpos legales mejor articulados debido a la aceleración del cambio social, y tendremos delante de nosotros el panorama legislativo actual.*

Tomado de Menéndez Menéndez, A. (Director) y Pau Pedrón, A. (Director). (2004). *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*. Madrid: Thomson-Civitas.

## Algunas lecturas recomendadas

Menéndez Menéndez, A. (Director) y Pau Pedrón, A. (Director). (2004). *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*. Madrid: Thomson-Civitas.

Sarlo, Ó. y Caetano, G. (2010). *Técnica legislativa: teoría, métodos y aspectos político-institucionales*. Documento realizado en el marco del Proyecto: “Asistencia técnica al Parlamento de Uruguay”, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

## Para seguir reflexionando

1. Lea el siguiente fragmento de una noticia del diario *El País*<sup>13</sup>: “Parlamento: cayó el número de leyes aprobadas. Vázquez remitió más proyectos que Mujica; en lo que va del mandato se sancionaron 26% de leyes menos”. Fecha: 16/10/2016.

¿Qué reflexiones le merece la noticia de prensa que pone el foco en el número de leyes aprobadas?

2. Desde las ideas trabajadas en este capítulo, ¿le merece algún tipo de reflexión la sanción de la Ley 18.458 de fecha 23/01/2009 en su relación con la Ley 18.345 de fecha 23/09/2008 en cuanto a la regulación de la licencia por estudio para los trabajadores de la actividad privada?

13 Recuperado de [https://www.elpais.com.uy/noticias/leyes-aprobadas?ordenar\\_por=videos](https://www.elpais.com.uy/noticias/leyes-aprobadas?ordenar_por=videos)

## Referencias bibliográficas

- Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*, 6, 385-403. Recuperado de <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.21>
- Atienza, M. (2004). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (4ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Galiana Saura, Á. (2003). *La legislación en el Estado de Derecho*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson.
- García Amado, J.A. (1997). Razón práctica y teoría de la legislación. *Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, (9), 299-317. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10016/1406>
- Gargarella, R. y Martí, J. L. (2005). Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. En Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
- Menéndez Menéndez, A. (Director) y Pau Pedrón, A. (Director). (2004). *La proliferación legislativa: un desafío para el estado de derecho*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Pineda, R. (2009). Teoría de la Legislación. Algunos planteamientos generales. *Nomos*. Universidad de Viña del Mar, 3, 137-156.
- Reyes Rodríguez, T. (2000). El proceso de producción legislativa. Un procedimiento de diseño institucional. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 13, 191-204.
- Sarlo, Ó. y Caetano, G. (2010). Técnica legislativa: teoría, métodos y aspectos político-institucionales. Montevideo. Documento realizado en el marco del Proyecto: "Asistencia técnica al Parlamento de Uruguay" Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.

## Material jurídico normativo

Uruguay. (2009, enero 23). Ley n° 18.458: Licencias especiales con goce de sueldo para los trabajadores de la actividad privada. Modificación licencia por estudio. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18458-2009>

Uruguay. (2008, setiembre 23). Ley n° 18.345: Licencias especiales con goce de sueldo para los trabajadores de la actividad privada. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18345-2008>

# Teorías de la Justicia

Nathalie Bonjour

## 1. Introducción

En los últimos años, en nuestro país ha despertado el interés por la Renta Básica Universal. Se cuelgan afiches publicitando charlas para su tratamiento en diferentes facultades, y hasta las hubo en el Parlamento nacional. El público que asiste, nada despreciable en su número, se conforma principalmente por estudiantes, docentes, asesores parlamentarios, hasta por los propios parlamentarios, algunos de los cuales poseen gran peso político. Escuchamos entrevistas centrales de programas de radio que son realizadas a investigadores en la materia, quienes se esfuerzan por explicar en qué consiste la propuesta de la forma más accesible y amena. Vemos programas de televisión que tratan el tema con invitados representativos de diferentes partidos, sectores políticos y representantes sindicales. Los medios de prensa nos informan sobre los supuestos resultados de su implementación en otros países.

El tratamiento de la renta básica coexiste con el del desempleo, el incierto futuro del trabajo ante la creciente tecnificación y la problemática de cómo debemos encarar la educación para el futuro. Por momentos, su discusión coexiste también con el tema de la pertinencia (o no) de ciertas exigencias a los beneficiarios de Asignaciones Familiares.

Por otro lado, mientras finalizamos este manual se acerca el 8 de marzo y las reivindicaciones feministas se comparten, se discuten, se proclaman, se critican.

Pero, ¿qué tienen en común la Renta Básica Universal y el Feminismo? ¿qué los caracteriza? ¿cuál es el contexto filosófico a considerar a la hora de su discusión? Al tratamiento de estas cuestiones nos dedicamos en el presente capítulo.

## 2. La cuestión de la justicia social

Vinculada a la idea de justicia tradicional, llamémosle “individual”, que exige cierta igualdad de trato a las personas —salvo que haya razones relevantes para dar un trato diferente— y ciertos procedimientos, surge en el siglo XIX la idea de justicia social. Esta consiste en sostener que “es posible establecer un grupo de instituciones sociales y políticas que garanticen una justa distribución de beneficios y costos en el conjunto de la sociedad”. Se trata de una idea muy controvertida pero fuertemente arraigada, que ha sido interpretada de muy variadas formas (Miller, 2011, p. 112 y ss.).

Las teorías de la justicia son una particular forma de encarar la cuestión de la justicia social, y consisten en la formulación de principios generales capaces de ordenar la distribución de los beneficios y costos de la vida en sociedad (Miller, 2011, p. 116). Dentro de ellas, la teoría de John Rawls es de particular relevancia.

La filosofía de derecho aborda también muchos de estos temas, generalmente, a partir de la pregunta sobre la relación entre el derecho y la justicia. Muchos teóricos del derecho lo son también de la filosofía política. Quizás, Ronald Dworkin sea un caso paradigmático.

### 3. El problema de la justicia social antes de Rawls

Sin pretender ser exhaustivos<sup>14</sup>, damos cuenta de algunos abordajes que entendemos ayudan a situar la teoría en cierto contexto de discusión.

Los anarquistas comunitaristas proponen prescindir del Estado y de cualquier autoridad política que imponga conductas coercitivamente; apelan, a partir del mutuo acuerdo, a la cooperación entre comunidades (Miller, 2011, p. 44). Rechazan la propiedad privada individual. Marx calificó las ideas de “igualdad de derechos” y “justa distribución” como “palabrería obsoleta” y predijo que, en la sociedad comunista, de abundancia, cada uno tomará de los abundantes recursos comunes lo que necesite. En ella no existirá la propiedad privada más que en el ámbito de la propiedad personal (ropa, muebles y bienes para el ocio y entretenimiento) y los medios de producción serán públicos, de forma que cada persona tenga igual participación en las decisiones colectivas. La pauta “a cada uno según sus necesidades” no fue pensada por Marx como un principio para distribuir recursos escasos (Kymlicka, 1995, p. 181 y ss.).

Los socialdemócratas han sostenido que la justicia social exige igualdad de derechos de ciudadanía (voto, libertad de expresión) y un Estado garante de la satisfacción de las necesidades básicas como el acceso a la salud, vivienda y educación (Miller, 2011, p. 47).

La socialdemocracia se plasmó en los Estados de Bienestar europeos del siglo XX.

Algunos liberales han coincidido en la necesidad de un Estado también garante de la satisfacción de necesidades básicas.

En el Uruguay se produjeron arreglos institucionales tendientes a conformar un Estado Social de Derecho desde los primeros años del siglo XX.

La teoría de Rawls pretende explícitamente ser una alternativa a dos corrientes filosóficas: el intuicionismo y el utilitarismo. El intuicionismo sostiene la existencia de una pluralidad de principios de justicia que podemos conocer mediante nuestras intuiciones, los que, en el caso concreto y para determinar cuál aplicar, debemos sopesar (Gargarella, 1999, p. 22). El utilitarismo afirma, en esencia, que debemos adoptar la decisión que maximice el bienestar o la felicidad del grupo en que ella se vaya a aplicar. Se trata de una corriente filosófica de fuerte influencia en el mundo anglosajón (Inglaterra, Estados Unidos y otros) (Gargarella, 1999, p. 22; Da Silveira, 2000, pp. 220, 231).

### 4. La teoría de la justicia de Rawls

La teoría de la justicia de John Rawls se publicó en EE.UU. en el año 1971, en un momento de extendido pensamiento marxista entre los intelectuales del mundo occidental y de debilitamiento de la fe en la democracia liberal. En este particular contexto, la teoría de la justicia de Rawls defiende las posibilidades de la democracia liberal (Da Silveira, 2000, p. 243). A pesar de que la teoría de Rawls es un “típico producto del mundo

14 A modo de ejemplo, las reflexiones feministas tienen origen en el siglo XVIII (Sánchez, 2008).

filosófico anglosajón” que le resultó muy familiar a los norteamericanos e ingleses por sus formas y antecedentes (aunque no a los europeos y a aquellos formados en la tradición de pensamiento europeo) logró ser de gran influencia (Da Silveira, 2000, pp. 220-221).

Como señalábamos en el punto anterior, la teoría de Rawls pretende ser una alternativa viable a las doctrinas filosóficas que dominaron la tradición filosófica a la que Rawls pertenece: el utilitarismo y el intuicionismo.

Rawls no plantea objeciones a que cada persona, sin afectar a los otros, trate de obtener el mayor beneficio posible, imponiéndose, por ejemplo, un sacrificio en el presente para obtener una ventaja mayor en el futuro (por ejemplo, pasamos días enteros de nuestra vida estudiando, renunciamos a horas de ocio para obtener un título habilitante que nos permita ejercer cierta profesión con la esperanza de que, por medio de esa actividad, lograremos obtener los recursos necesarios para vivir, satisfacer nuestras necesidades, gustos). La objeción radica en que sea la sociedad o el grupo como un todo la que actúe de acuerdo a dicho criterio compensando la violación de la libertad de unos pocos con el mayor bien de muchos (por ejemplo, fuertes limitaciones a la libertad de expresión o la existencia de presos políticos como forma de lograr la estabilidad de un régimen fuertemente igualitarista en el acceso a ingresos y riqueza). Para Rawls, el problema del utilitarismo es que no se toma suficientemente en serio la distinción entre las personas. Rawls supone que cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la justicia o en el derecho natural que no puede ser anulada por el bienestar de los demás.

El problema fundamental del intuicionismo, para Rawls, es que no incluye un método explícito, ni reglas de prioridad para valorar principios. Solo nos dice que tenemos que hacer intuitivamente un balance para averiguar por aproximación cuál tiene mayor peso.

Rawls propone dos principios a ser aplicados a la “estructura básica de la sociedad”, a la que conceptualiza como “el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes de las fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social” (Rawls, 1979, p. 23). A su vez, por “instituciones sociales más importantes” entiende “la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales”, y señala como ejemplos de estas instituciones (reglas públicas): “la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monogámica” (Rawls, 1979, p. 23).

A pesar de ello, admite la vaguedad del concepto de estructura básica y que “no siempre está claro qué instituciones o cuáles de sus rasgos debieran ser incluidos” (Rawls, 1979, p. 25).

La estructura básica es el objeto primario de la justicia porque “sus efectos son muy profundos, y están presentes desde el principio”. Subyace a esta explicación la idea de que la estructura tiene diferentes posiciones sociales iniciales que no pueden justificarse apelando al mérito o a su falta y que, a su vez, son favorecidas o desfavorecidas por las instituciones sociales.

Resulta fundamental atender que Rawls piensa la sociedad como una empresa cooperativa que se caracteriza tanto por la identidad como por el conflicto de intereses. Por la identidad, porque la cooperación social permite acceder a una vida mejor para todos (mejor que la que sus miembros pudieran tener si vivieran solamente con los beneficios de sus propios esfuerzos). Por el conflicto, porque cada persona prefiere una participación mayor que una menor de los beneficios producidos por la cooperación social. De ahí

surge la necesidad de un conjunto de principios para elegir entre los distintos arreglos sociales posibles. Es necesario distribuir apropiadamente los beneficios y las cargas de la cooperación social (Rawls, 1979, p. 20).

Los principios se encuentran ordenados de acuerdo con la regla de “prioridad lexicográfica” y ellos son:

a. Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.

b. Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones:

- Principio de igualdad de oportunidades. En primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades.
- Principio de diferencia. En segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (Rawls, 2003: 73).

Las libertades básicas que deberían ser iguales conforme al primer principio son:

- a. la libertad política (el derecho a votar y a desempeñar puestos públicos);
- b. la libertad de expresión y de reunión;
- c. la libertad de conciencia y de pensamiento;
- d. la libertad personal que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento;
- e. el derecho a la propiedad personal y a la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios.

El derecho a poseer ciertos tipos de propiedad, medios de producción, así como la libertad contractua no son vistos como libertades básicas, por lo que no están incluidos en el primer principio.

Resulta necesario aclarar quiénes son los menos favorecidos: ellos son los que tienen menos bienes primarios sociales. Los bienes primarios son “cosas que se presume que todo ser racional desea” (Rawls, 1979, p. 84). Son útiles cualquiera sea el plan de vida de una persona. Son bienes primarios sociales los derechos, libertades, oportunidades, ingreso y riqueza, respeto por sí mismo y el ocio. La salud, el vigor, la inteligencia y la imaginación son bienes primarios naturales. Su posesión, si bien se ve influida por la estructura básica, escapan a su control (Rawls, 1979, p. 84).

Se ha señalado que, en la práctica, este principio exige establecer un sistema fiscal que provoque que los beneficios asignados a los ricos fluyeran continuamente hacia los pobres hasta que los beneficios de los ricos comenzaran a disminuir de tal manera que la recaudación por impuestos se redujese (Miller, 2011, p. 132).

Resulta importante resaltar que en su aplicación (la de los principios) el primer principio tiene preeminencia sobre el segundo principio y la parte 1 del segundo principio (Principio de igualdad de oportunidades) tiene preeminencia sobre la parte 2 del segundo principio (Principio de diferencia). No se puede ignorar el primer principio e ir directamente a la aplicación del segundo principio, ni podemos ignorar la parte 1 del segundo principio (Principio de igualdad de oportunidades) e ir directamente a la aplicación de la segunda parte del segundo principio (Principio de diferencia) (Da Silveira, 2000, p. 240).

Estos principios se justifican en la “posición original”. La “posición original” no es concebida por Rawls como un estado de cosas históricamente real que haya sucedido o

vaya a suceder en algún momento, sino como una situación hipotética ideada de forma tal que sea capaz de asegurar que los acuerdos a los que allí se lleguen sobre los principios de justicia a regir en una sociedad democrática sean justos, fundamentalmente porque asegura acuerdos imparciales. De ahí que Rawls llame a su propuesta de justicia “la justicia como imparcialidad” (Rawls, 1979, p. 28). Parte del supuesto de que hay información que las partes (autónomas, en una situación de igualdad, ya que todos tienen los mismos derechos en el procedimiento para elegir los principios, capaces de tener un sentido de la justicia, racionales, y si bien no “egoístas” en el sentido de que solo tengan intereses en la riqueza, el prestigio y el poder, sí “mutuamente desinteresadas”, no interesadas en los intereses ajenos) que discuten sobre principios de justicia no deben tener. En ella nadie sabe (lo impide el “velo de ignorancia”) cuál es su lugar en la sociedad, su posición, su clase o status social. Nadie sabe tampoco qué tanta suerte ha tenido en la dotación de ventajas y capacidades naturales, inteligencia, fortaleza. Nadie sabe cuál es su concepción acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas. Nadie sabe su sexo<sup>15</sup> (Moller O, S. 1996, p. 128)<sup>16</sup>. La idea detrás de la posición original es simplemente presentar de manera clara las restricciones que entiende razonable imponer al razonamiento sobre los principios de justicia. De acuerdo a Rawls, en cualquier momento todos nosotros podemos “colocarnos” en la “posición original”.

Rawls nos invita a imaginar la discusión sobre los principios de justicia “en la posición original”, y sostiene que en esta discusión las partes rechazarían el intuicionismo y el utilitarismo por las razones que señalábamos más arriba y optarían por los dos principios que él propone.

A su vez, la justificación de la “posición original” ideada por Rawls pasa por sostener que los principios de justicia que en ella se elegirían coinciden con nuestros juicios reflexivos o madurados sobre la justicia (“equilibrio reflexivo”). El “equilibrio reflexivo” es un estado (de equilibrio) que se alcanza después de todo un proceso de análisis de las condiciones de la situación inicial, los principios que en ella se elegirían y nuestras convicciones morales, yendo hacia atrás y hacia adelante, unas veces modificando la situación inicial, los principios y nuestras propias convicciones morales.

Nos resta dar cuenta de la idea detrás de las “circunstancias de la justicia”, esto es, las condiciones bajo las cuales la cooperación humana es posible y necesaria, porque Rawls piensa en principios para una sociedad concebida en términos de cooperación. Las condiciones “objetivas” son: las personas que coexisten en cierto territorio geográfico son similares en sus capacidades físicas y mentales, por lo menos ninguno puede dominar al resto; las personas son vulnerables a los ataques y pueden verse impedidas de desarrollar sus planes por la fuerza conjunta de los otros. Asimismo, “la condición de la escasez moderada” implica: los recursos (naturales y no naturales) no son tan abundantes como para que los planes de la cooperación se vuelvan superfluos; las condiciones no son tan duras como para que cualquier proyecto fracase inevitablemente; los beneficios son escasos frente a las demandas. Las circunstancias “subjetivas” (aspectos relevantes de los sujetos) se entienden de la siguiente forma. Las partes tienen: necesidades e intereses semejantes (hasta complementarios), diferentes planes o concepciones de lo que es bueno, conocimiento incompleto —su razón, memoria, y atención es siempre limitada, y su entender se ve frecuentemente distorsionado por la ansiedad, el prejuicio y el interés en sus propios asuntos—.

15 El sexo de las personas aparece explícitamente en publicaciones posteriores a 1971.

16 Siendo que en algún punto las partes de la posición original actúan como representantes, la información que no conocen tiene mayor sentido que sea relativa a sus representados.

## 5. Propuestas alternativas

La teoría de Rawls dio lugar a muchas críticas, y en algunos casos, a la elaboración de verdaderas teorías alternativas tan ambiciosas como la de Rawls. En el año 1974, Robert Nozick, en respuesta a la teoría de la justicia de Rawls, escribe *Anarquía, Estado y Utopía*.

*Anarquía, Estado y Utopía* es una obra “libertaria” en el sentido anglosajón de la palabra que designa a quienes entienden que el mercado es inherentemente justo y la redistribución por medio de impuestos es una violación a los derechos de las personas (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca 2014, p. 75).

En ella, Nozick rechaza la justicia distributiva, en general, por dos razones fundamentales:

a. Los principios de justicia distributiva juzgan las asignaciones de bienes que detenta cada persona de forma justa o injusta sin importar si es algo merecido o no. La mayoría de las personas piensa que contar con dicha información es relevante al momento de realizar esa valoración, ya que las asignaciones no “caen del cielo”.

b. Los principios de justicia reclaman que el Estado esté interviniendo continua o periódicamente en la vida de las personas, lo que es inadmisibles en tanto viola la libertad y la propiedad (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca, 2014, p. 79).

Nozick rechaza los principios de Rawls porque:

El “velo de ignorancia” de la posición original impide que se elijan principios tendientes a favorecer la condición particular de los que eligen (o de aquellos para quienes eligen si concebimos a las partes de la posición original como representantes) y se asegura que no se elijan principios de justicia retributiva como la que Nozick propone. El “principio de diferencia” no es razonable desde la perspectiva de los más bien dotados, ya que supone un plus doble de beneficios para los menos bien dotados, quienes ya se benefician de la cooperación social antes de pensar en la aplicación de ningún principio de justicia (Marquisio, Castro, Bonjour, y Rocca, 2014, p. 81).

El fundamento alegado por Nozick para plantear estas objeciones en su tesis de los derechos es el siguiente. Nozick sostiene que las personas tienen derechos que operan como “restricciones morales indirectas (colaterales) a la acción”, establecen los límites de una especie de “frontera” que limita el espacio moral de la persona, e imponen a los demás una obligación de abstención. Se trataría únicamente de los derechos de libertad y propiedad (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca, 2014, pp. 78-77).

Nozick presenta su teoría, “La teoría de la justicia de las pertenencias”, conformada por tres principios de justicia no distributiva, sino retributiva. Estos son:

a. El principio de adquisición (original) de las pertenencias: la adquisición original es justa en la medida que la situación de los otros no empeore.

b. El principio de transmisión de pertenencias: las transferencias son justas en la medida que son el resultado de transferencias voluntarias.

c. El principio de rectificación (de injusticias pasadas): cuando las pertenencias presentes se hayan formulado de acuerdo a injusticias pasadas se debe ajustar la realidad actual a lo que hubiera ocurrido si la injusticia no se hubiera cometido (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca, 2014, pp. 78-77).

Por otra parte, las críticas a Rawls han venido también desde el propio liberalismo igualitario. Ronald Dworkin y Amartya Sen son algunos de los autores que aun compartiendo el enfoque de Rawls (aunque en el caso de Sen, las diferencias se han ido acentuando) y gran parte de su teoría, lo han criticado.

Ronal Dworkin señaló, en esencia, que la teoría de Rawls:

a. Al definir a los menos aventajados atendiendo únicamente a la posesión de bienes primarios de tipo social, desatiende a las personas menos dotadas en términos de bienes primarios naturales, por ejemplo, a quienes padecen enfermedades. Estas personas tienen que invertir gran cantidad de recursos para compensar las desventajas que padecen, de las que no son responsables.

b. con el Principio de Diferencia, desatiende a quienes por ser más ambiciosos eligen un plan de vida lucrativo al exigirles, para poder disfrutar de los ingresos extra que generan, que estos ingresos extra beneficien a los que están peor sin importar las razones por las que llegaron a tal situación (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca, 2014, pp. 43-44).

Dworkin sostiene que el principio de igual consideración es el que legitima a los gobiernos. Para él, el gobierno debe aspirar a la “igualdad de recursos” que, sin exigir igualdad de riqueza para todas las personas desde que nacen hasta que se mueren, exige, por un lado, que se compensen las desventajas de las que las personas no son moralmente responsables (al menos hasta cierto umbral), y por otro, que no se compensen las desventajas de las que las personas sí son moralmente responsables (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca 2014, pp. 43-44).

Dworkin nos ilustra sobre sus ideas en base a un complejo esquema hipotético conformado por la prueba de la envidia, una subasta y un mercado de seguros.

Amartya Sen cuestiona la métrica de los bienes primarios, porque iguales asignaciones de bienes (a los que considera simples medios) son compatibles con grandes desigualdades respecto de la libertad de la que la persona goza, ya que no todos tenemos iguales capacidades de conversión. Sostiene que la justicia social debe apuntar a la “capacidad” de las personas de alcanzar “funcionamientos”, por ejemplo, de mantenerse bien alimentado, de eludir posibles enfermedades, de una mortalidad prematura. Es el “conjunto de capacidad” lo que ilustra la libertad de las personas (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca, 2014, p. 53).

En los últimos tiempos, Sen ha marcado críticas más significativas a la teoría de Rawls, tales como la que ataca la prioridad total de la libertad ante situaciones de hambre, desnutrición, falta de atención médica (Marquisio, Castro, Bonjour y Rocca, 2014, p. 56).

Igualitaristas más radicales, como el caso de G. Cohen, han señalado, entre otras críticas a la teoría de Rawls, que las exigencias de justicia social se extienden más allá de la estructura básica de la sociedad. Lo hace también sobre las elecciones de las personas que la componen, quienes deberían realizar acciones tendientes a mejorar la situación de los menos aventajados, como las donaciones (Gargarella, 2009, pp. 84-85).

En el marco del marxismo analítico, han surgido diferentes propuestas como la de Philip Van Paris. Esta propuesta consiste en

un ingreso pagado por el gobierno a cada miembro pleno de la sociedad. a) incluso si no quiere trabajar; b) sin tener en cuenta si es rico o pobre; c) sin importar con quién vive; d) con independencia de la parte en el país en la que viva (Pérez, 2005, p. 9).

La universalidad y la incondicionalidad son características de estas propuestas. Se trata de un ingreso mensual a recibir por cada ciudadano de cierta comunidad política solo por ser ciudadano (universalidad), sin que se le exija nada a cambio como forma de retribución (incondicionalidad). Lo dicho no es obstáculo para que se discuta sobre si podrían ser beneficiarios también quienes no poseen el status de ciudadano, si podrían ser

beneficiarios solo los adultos o también los niños, si los niños en caso de recibirlo, podrían ser beneficiarios por igual monto (Pérez, 2005, p. 9). Es de destacar que el hecho de que el ingreso no esté condicionado a ningún requisito lo diferencia claramente de muchas prestaciones de seguridad social que da el Estado de forma condicionada, por ejemplo, el subsidio por desempleo, condicionado a que el trabajador se quede sin trabajo por razones ajenas a su voluntad (Bertomeu y Raventós, 2006, p. 3).

¿Pero cómo se fundamenta esta propuesta? Para Van Parijs, una sociedad realmente libre debe contar con tres características:

- a. existe una estructura de derechos segura,
- b. cada persona es propietaria de sí misma,
- c. cada persona cuenta con la mayor oportunidad posible para hacer cualquier cosa que pudiera querer hacer. Esta última característica es la que se vincula con la Renta Básica Universal. A través de ella, las personas acceden a los recursos que necesitan para hacer lo que desean y gracias a ella la libertad formal se transforma en libertad real (Pérez, 2005, p. 10).

Esta propuesta ha recibido múltiples críticas: que favorecerá el parasitismo o que nadie quiera trabajar, que son mejores las prestaciones dirigidas a los pobres (como el Ingreso Ciudadano implementado en nuestro país, a modo de ejemplo), que solo ha sido pensada para países ricos, que es imposible de financiar. La respuesta a estas críticas sostiene que en nuestras sociedades cada vez son más los que no pueden siquiera elegir trabajar remuneradamente o, directamente, no pueden trabajar y que muchos de los que forman parte de los sectores más aventajados no es a través del trabajo que logran satisfacer sus necesidades y solventar su forma de vida. Por eso, la Renta Básica significa una simplificación administrativa y podría contribuir a erradicar el clientelismo. A medida que el interés por la Renta Básica se va expandiendo van surgiendo también nuevas investigaciones y estudios sobre sus posibilidades de implementación. A su vez, los recursos podrían extraerse de la recaudación por los impuestos a la renta (Bertomeu y Raventós, 2006).

En los últimos tiempos, Van Parijs defiende la Renta Básica en el marco de la teoría de Rawls (Pérez, 2005, p. 10). Además, se han ensayado nuevas fundamentaciones desde distintas perspectivas filosóficas (Bertomeu y Raventós, 2006).

Las feministas también han criticado la obra de Rawls por no considerar los principios de justicia aplicables directamente a la familia. Si bien en *Una Teoría de la Justicia* la cuestión no queda del todo clara, en *Liberalismo Político*, Rawls aclara que no, ya que la familia no pertenece al ámbito de lo público (Castells, 1996, p. 18). En definitiva, “por considerar a su teoría una concepción política, no moralmente global” (Moller, 1996, p. 131). Señala allí también que, de alguna forma, supone que la familia es una institución justa (Rawls, 1996, p. 22).

Susan Moller Okin (feminista liberal), entre otras, ha criticado la posición de Rawls. Sostiene que, si bien las familias se caracterizan por el afecto, “en ocasiones se rigen por la vulnerabilidad y el poder puro y duro” (Moller, 1996, p. 131). Afirma que la familia heterosexual estructurada en función del género, que pareciera ser la pensada por Rawls, es injusta en cuanto a la distribución del trabajo, poder, oportunidades, ocio, acceso a recursos entre hombres y mujeres y muchas ni siquiera son seguras para sus miembros.

Sobre la cuestión del objeto de la teoría, sostiene que este debe expandirse al ámbito de las relaciones “privadas”, “ocultas”, porque la familia desafía la dicotomía “político/no político”. Para la autora, la dicotomía pública/doméstico y la atención casi exclusiva a

lo público, tiene graves consecuencias para las mujeres, por ejemplo, porque provoca que no se considere “trabajo” gran parte del trabajo que realizan las mujeres: cuidado de niños, mayores y enfermos, limpieza de sus hogares.

En otro orden, sostiene que los valores para los aspectos políticos de la vida de las personas de la propia teoría de Rawls suponen ciertos valores, y no otros. Para los aspectos no políticos de la vida; la idea de ciudadanos libres e iguales no es coherente con la idea de que existe una jerarquía natural entre los sexos. Se sostiene, asimismo y directamente, que una sociedad bien ordenada no debería permitir ciertas formas de adoctrinamiento que incluyen la dependencia y sumisión de las mujeres.

Cabe destacar que, en *Liberalismo Político*, Rawls dice también que el principio de igualdad “puede invocarse para condenar la desigualdad de derechos y la opresión de que son objeto las mujeres” (Rawls, 1996, p. 22). Las feministas critican que esta idea no haya sido suficientemente desarrollada. Sostiene Susan Moller Okin que el principio de igualdad exige “ir mucho más allá de la igualdad formal”. Implica avanzar hacia una igualdad más sustantiva y exige el tratamiento diferencial, como las medidas de acción positiva.

## Lecturas seleccionada

### *El papel de la Justicia*

*La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutadas por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Lo único que nos permite tolerar una teoría errónea es la falta de una mejor; análogamente una injusticia es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor. Siendo las primeras virtudes de la actividad humana la verdad y la justicia no pueden estar sujetas a transacciones.*

*Estas proposiciones parecen expresar nuestra convicción intuitiva de la supremacía de la justicia. Sin duda están expresadas con excesiva energía.*

*Sea como fuere, quiero investigar si estas pretensiones u otras similares son correctas, y si lo son, cómo pueden ser explicadas. Para alcanzar este fin es necesario elaborar una teoría de la justicia a la luz de la cual puedan interpretarse y valorarse estas afirmaciones. Comenzaré considerando el papel de los principios de la justicia. Supongamos, para fijar las ideas, que una sociedad es una asociación más o menos autosuficiente de personas que en sus relaciones reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas. Supongamos además que estas reglas especifican un sistema de cooperación planeado para promover el bien de aquellos que toman parte en él, ya que, aun cuando la sociedad es una empresa cooperativa para obtener ventajas comunes, se caracteriza típicamente tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Hay una identidad de intereses, puesto que la cooperación social hace posible para todos una vida mejor de la que pudiera tener cada uno si viviera únicamente de sus propios esfuerzos. Hay un conflicto de intereses puesto que las personas no son indiferentes respecto a cómo han de distribuirse los mayores beneficios producidos por su colaboración, ya que con objeto de perseguir sus fines cada una de ellas prefiere una participación mayor a una menor. Se requiere entonces un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los principios de la justicia social: proporcionan un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social.*

*Ahora bien, digamos que una sociedad está bien ordenada no solo cuando fue organizada para promover el bien de sus miembros, sino cuando también está eficazmente regulada por una concepción pública de la justicia. Esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que: 1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia,*

y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen. En este caso, aun cuando los hombres puedan hacer demandas excesivas entre ellos, reconocerán, sin embargo, un punto de vista común conforme al cual sus pretensiones pueden resolverse. Si la propensión de los hombres al propio interés hace necesaria una mutua vigilancia, su sentido público de la justicia hace posible que se asocien conjuntamente. Entre individuos con propósitos diferentes, una concepción compartida de la justicia establece los vínculos de la amistad cívica; el deseo general de justicia limita la búsqueda de otros fines. Puede pensarse que una concepción pública de la justicia constituye el rasgo fundamental de una asociación humana bien ordenada.

Por supuesto que las sociedades existentes rara vez están, en este sentido, bien ordenadas, ya que usualmente está en discusión lo que es justo y lo que es injusto. Los hombres están en desacuerdo acerca de cuáles principios debieran definir los términos básicos de su asociación. No obstante, podemos decir que a pesar del desacuerdo cada uno tiene una concepción de la justicia. Esto es, entienden la necesidad de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y deberes básicos y de determinar lo que consideran la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social, y están dispuestos a afirmar tales principios. Parece entonces natural pensar que el concepto de la justicia es distinto de las diferentes concepciones de la justicia y que está especificado por el papel que tienen en común estos diferentes conjuntos de principios y concepciones. Aquellos que sostienen diferentes concepciones de la justicia pueden entonces estar de acuerdo en que las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social. Los hombres pueden estar de acuerdo con esta descripción de las instituciones justas, ya que las nociones de distinción arbitraria y de equilibrio debido, incluidas en el concepto de justicia, están abiertas para que cada quien las interprete de acuerdo con los principios de justicia que acepte. Estos principios especifican qué semejanzas y qué diferencias entre las personas son pertinentes para determinar los deberes y derechos, y cuál es la división de ventajas correcta. Claramente, esta distinción entre el concepto y las diversas concepciones de la justicia no resuelve ninguna cuestión importante, sino que simplemente ayuda a identificar el papel de los principios de justicia social.

Sin embargo, cierto acuerdo en las concepciones de la justicia no es el único requisito para una comunidad humana viable. Hay otros problemas sociales fundamentales, en particular, los de coordinación, eficacia y estabilidad. Así, los planes de las personas necesitan embonar para que sus actividades resulten compatibles entre sí y puedan todas ser ejecutadas sin que las expectativas legítimas de ninguno sean severamente dañadas. Más aún, la ejecución de estos planes debiera llevar a la consecución de los fines sociales por caminos que sean eficientes y compatibles con la justicia. Por último, el esquema de la cooperación social debe ser estable: se tendrá que cumplir con él más o menos regularmente y sus reglas básicas habrán de obedecerse voluntariamente. Cuando ocurran infracciones a las mismas, deberán existir fuerzas estabilizadoras que prevengan violaciones ulteriores y que tiendan a restaurar el orden. Ahora bien, es evidente que estos tres problemas están conectados con el de la justicia. No habiendo cierta medida de acuerdo sobre lo que es justo o injusto, es claro que será más difícil para los individuos coordinar sus planes de manera eficiente con objeto de asegurar que se mantengan los acuerdos mutuamente beneficiosos. La desconfianza y el resentimiento corroen los vínculos del civismo, y la sospecha y la

hostilidad tientan al hombre a actuar en formas que de otro modo evitaría. Así, mientras que el papel distintivo de las concepciones de la justicia es especificar los derechos y deberes básicos, así como determinar las porciones distributivas apropiadas, la manera en que una concepción lo hace, tiene que afectar los problemas de eficiencia, coordinación y estabilidad. En general, no podemos evaluar una concepción de justicia solo por su papel distributivo, por muy útil que sea este papel al identificar el concepto de justicia. Tendremos que tomar en cuenta sus conexiones más vastas, ya que aun cuando la justicia tiene cierta prioridad por ser la virtud más importante de las instituciones, no obstante, es cierto que, *ceteris paribus*, una concepción de justicia es preferible a otra cuando sus consecuencias generales son más deseables.

Tomado de Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*, pp.17-20. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

## Algunas lecturas recomendadas

Marquisio, R. (Coord.). (2014). *Concepciones de justicia social: una introducción al debate contemporáneo. Serie Documentos de Trabajo (5)*. Montevideo: Publicaciones de la Facultad de Derecho. Recuperado de <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/sdt/article/view/10/6>

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.

## Para seguir reflexionando

1. A la luz de los contenidos del capítulo, ¿qué teoría de la justicia o criterio de justicia podría justificar las condenas al Ministerio de Salud Pública a brindar a pacientes terminales medicamentos de alto costo?

2. ¿Qué reflexiones le merece la objeción de Dworkin respecto de que la justicia social debiera considerar si la persona es o no moralmente responsable de su situación social?

## Referencias bibliográficas

Bertomeu, M. J. y Raventós, D. (2006). El derecho de existencia y la renta básica de ciudadanía: una justificación republicana. Recuperado de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-derecho-de-existencia-y-renta-basica-de-ciudadania-una-justificacion-republicana-maria-bertomeu-y-daniel-reventos.pdf>

Castells, C. (Comp.). (1996). *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Paidós.

Da Silveira, P. (2000). *Política y tiempo. Hombres que marcaron el pensamiento político*. Buenos Aires: Taurus.

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.

Kymlicka, W. (1995). *Filosofía política contemporánea*. Barcelona, Ariel.

Kukathas, Ch. y Pettit, P. (2004). *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*. Madrid: Tecnos.

Marquisio, R. (Coord.). (2014). *Concepciones de justicia social: una introducción al debate contemporáneo. Serie Documentos de Trabajo (5)*. Montevideo: Publicaciones de la Facultad de Derecho. Recuperado de <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/sdt/article/view/10/6>

Miller, D. (2011). *Filosofía política: una breve introducción*. Madrid: Alianza.

- Moller, O, S. (1996). Liberalismo político, justicia y género. En Castells, C. (Comp.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Paidós.
- Pérez, M. C. (2005). Propuestas universales de distribución del ingreso. Una revisión normativa. *Cuadernos del Claeh* 28 (91), 5-27. Recuperado de <https://publicaciones.claeh.edu.uy/index.php/cclach/article/view/94>
- Rawls, J. (1979). *Una teoría de la justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo político*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2003). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Sánchez, C. (2008). Genealogía de la vindicación. En Beltrán, E. y Maqueira, V. (Eds.). *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*. Madrid: Editorial, Alianza.



Parte IV  
Problemas fundamentales  
de la Filosofía del Derecho



# Naturaleza, validez y normatividad del derecho

Ricardo Marquisio

## 1. Introducción

En noviembre de 1945, se inició en Alemania un proceso que impactaría de modo dramático en la cultura jurídica contemporánea. Los denominados *Juicios de Núremberg* ubicaron en el banquillo de acusados a dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nazi por la comisión de innumerables crímenes contra la humanidad y la paz mundial. En ese momento, las opiniones de los juristas estaban divididas con relación a si las potencias aliadas tenían derecho a juzgar a los criminales de guerra de los países derrotados. Era la primera vez que los líderes de un Estado debían responder ante un tribunal internacional por crímenes cometidos bajo su conducción.

Durante la guerra, las expectativas aliadas pretendían que los criminales nazis fueran juzgados por tribunales convencionales. Ello hacía posible someter a proceso a un importante número de funcionarios militares, pero dejaba fuera a los líderes civiles del Tercer Reich, en tanto no existía precedente alguno para ese tipo de juzgamiento. Ante este problema, una primera alternativa discutida, basada en la entidad y perversión de los crímenes nazis, fue la ejecución sumaria. Anthony Eden, Secretario de Asuntos Exteriores británico, resumió el fundamento de dicha postura en los siguientes términos: “La culpa de estos individuos es tan negra que están por fuera y van más allá de cualquier proceso judicial” (En Roland, 2012).

La resistencia que se aliaba a un proceso “tradicional” lo hacía, en parte, por el temor de que los líderes nazis convirtieran el juicio público en un show, ubicándose en el papel de víctimas. Por otra parte, mantenían la convicción de que crímenes tan atroces no podían quedar impunes (y un juicio siempre genera alguna incertidumbre en cuanto a su resultado).

Finalmente se optó por constituir un Tribunal Penal Internacional integrado por un juez titular y otro suplente de cada una de las potencias vencedoras. La conformación del Tribunal y los cargos para cuyo juzgamiento sería competente fueron determinados en la *Carta de Londres*. Allí se establecieron tres tipos de imputaciones:

- a. crímenes contra la paz (preparación e iniciación de la guerra);
- b. crímenes de guerra (violación de las convenciones de guerra, incluyendo asesinato, trabajo forzado de civiles y destrucción masiva de territorios ocupados);
- c. crímenes contra la humanidad (incluyendo esclavización, exterminio y persecución racial o religiosa).

Pese a que el grado de atrocidad y perversión de los crímenes cometidos por los líderes nazis era objeto de amplio consenso entre los juristas, las bases de su juzgamiento fueron objeto de discusión. El problema principal era que tanto el estatuto penal como el tribunal encargado de aplicarlo habían sido establecidos con posterioridad a la realización de las

conductas juzgadas. Los líderes nazis habían actuado, o al menos eso se invocaba, en gran medida, de acuerdo con normas que eran derecho válido en su jurisdicción.

La defensa citó la teoría de John Austin, uno de los referentes históricos del positivismo jurídico, para invocar la soberanía absoluta de los Estados y la separación entre el derecho y la moral, argumentando que los nazis debían ser juzgados por los estándares jurídicos vigentes al momento de sus acciones. Ese supuesto hacía incompetentes a los jueces aliados para fallar sobre los hechos imputados y tornaba nulas las normas que estaban obligados a aplicar. Teniendo en cuenta estos argumentos, Harlan Fiske Stone, juez de la Suprema Corte norteamericana, consideró que los juicios eran, lisa y llanamente, “un fraude”.

Desde la acusación, en cambio, se sostuvo que la monstruosidad de los crímenes nazis hacía impensable que pudieran escapar a toda jurisdicción y castigo. El Fiscal Jackson afirmó que “Las injusticias que buscamos condenar y castigar han sido tan calculadas, tan malignas y tan devastadoras, que la civilización no puede tolerar que se los ignore, porque no puede sobrevivir a que se repitan” (En Aarons, 2008). El jurista sostuvo que los nazis habían transgredido un cierto umbral, establecido por una conciencia común, por lo que sus leyes caracterizadas por la injusticia extrema no podían ser consideradas “derecho válido”.

## 2. Naturaleza, validez, normatividad

¿Qué significa en realidad el debate en torno a los juicios de Núremberg? Básicamente se trataba de la reedición de una antigua disputa en torno a tres preguntas: ¿Qué es lo que hace que podamos llamar a un estándar de conducta “derecho”? ¿Cómo se identifican esos estándares? ¿En qué sentido pueden ser considerados “obligatorios”? La primera pregunta refiere a la naturaleza del derecho, la segunda refiere a su validez y la tercera a su normatividad. Variantes de la primera pregunta son: ¿Existe un concepto universal de derecho o solo conceptos particulares diferentes para cada sociedad? ¿Se trata de un concepto estructural o funcional? ¿El derecho es un conjunto de normas o una práctica social? Variantes de la segunda pregunta son: ¿Las condiciones de validez jurídica son meramente formales o también son materiales? ¿Pueden los estándares jurídicos ser identificados por el razonamiento moral o requieren hechos sociales empíricamente verificables para su determinación? ¿Son las condiciones de validez resultado de algún tipo de convenciones? Variantes de la tercera pregunta son: ¿Es la obligación de obedecer el derecho una obligación moral? ¿Si no es moral entonces cómo puede caracterizarse?

La forma en que se resuelven estos debates tiene consecuencias prácticas y ello es ejemplificado en los juicios de Núremberg. Cuando la defensa de los nazis afirmó que los imputados actuaron obedeciendo derecho válido, estaba presuponiendo que, como rasgo conceptual, el derecho consiste en mandatos de un soberano, cuyos criterios de identificación resultan convencionales y que tienen plena fuerza normativa con independencia de su coincidencia o no con una moral objetiva. Cuando la acusación se centró en la perversión de las conductas nazis como razón para que la humanidad civilizada no pudiera ignorarlos o evitar castigarlos, se basaba en el supuesto de que el derecho es *algo más* que un conjunto de normas provenientes de hechos sociales y en la existencia de criterios objetivos de verdad moral que condicionan la normatividad jurídica. En este sentido, el filósofo Radbruch tuvo un gran eco intelectual al afirmar que las normas extremadamente injustas pierden

la condición de *derecho válido*, lo que implica que la validez jurídica incluye criterios de contenido además de formales y presupone que la obligación de obedecer el derecho solo puede ser aceptada cuando hay razones morales para ello.

En los siguientes capítulos vamos a presentar algunos de los aspectos más relevantes de esta discusión. En primer lugar, pasaremos revista a tres tradiciones centrales de la filosofía del derecho cuyas visiones contrapuestas a lo largo de la historia pueden entenderse como diferentes respuestas a las preguntas mencionadas. Estas tradiciones son: iusnaturalismo, positivismo y realismo jurídico. Luego, en el capítulo 11, vamos a centrarnos en algunas de las visiones contemporáneas más influyentes en torno al problema de la relación entre moral y derecho. Finalmente, en el capítulo 12, discutiremos otros problemas vinculados a la relación entre la moral y el derecho: ¿Hay una obligación moral de cumplir con el derecho? ¿Bajo qué condiciones puede verificarse esa obligación? ¿Cómo deben ser tratados quienes que se niegan a cumplir las prescripciones autoritativas de los estados contemporáneos?

### 3. Iusnaturalismo

Las teorías del derecho natural tienen en común la idea de que hay que concebir el derecho como un conjunto de estándares racionales de conducta. Si llamamos *derecho* a una norma, la entendemos como orientada a proporcionar razones para realizar la conducta que ella prevé. El caso central de *derecho* refiere a las reglas que provienen de las instituciones y se encuentran justificadas por razones para un deber generalizado de cumplimiento. Cuando las reglas de derecho positivo resultan injustas, arbitrarias o irracionales, su pretensión de orientar la conducta se ve afectada con severidad y, en casos extremos, puede eliminarse por completo. Incluso leyes y sistemas jurídicos que cuenten con amplia aceptación social pueden ser considerados como carentes por completo de legitimidad. Sobran ejemplos históricos de dictaduras atroces que en algún momento gozaron de apoyo popular mayoritario y a las que nadie estaba obligado moralmente a aceptar. La obediencia a esa clase de regímenes solo puede explicarse, para seres racionales y capaces de actuar por razones morales, por el miedo o la conveniencia. Muchas personas habitan en sociedades que poseen sistemas jurídicos cuya justicia y legitimidad (o al menos la justicia y legitimidad de algunas de sus normas) pueden ponerse en duda cuando se valoran desde el punto de vista moral.

Desde la perspectiva valorativa ilustrada y humanista, constitutiva de la tradición occidental, que incluye el compromiso con la igualdad fundamental de las personas y el respeto por los derechos humanos, es evidente que el régimen nazi era una catástrofe moral. No tenía plausibilidad alguna desde cualquier noción del bien común que contemple los derechos e intereses más básicos de las personas. Era una indudable obligación moral desobedecerlo y propiciar su caída. Ningún régimen institucional que ejecute genocidios, se sirva de la tortura y la experimentación con seres humanos y se involucre en proyectos de destrucción masiva merece obediencia. En este punto, no discrepan iusnaturalistas y positivistas. La diferencia es que los iusnaturalistas ubican el problema central de la caracterización del derecho en su dimensión normativa, es decir, en la posibilidad de proporcionar razones morales para guiar la conducta de personas racionales. Desde esta visión, las leyes nazis incluían elementos tan extremos y ostensibles de perversión que carecían de un requisito central para ser consideradas derecho *en el sentido pleno del término*.

Para el iusnaturalismo, el punto central es que el derecho tiene una doble naturaleza. Por un lado, se compone de regulaciones autoritativas emanadas de las fuentes sociales (legislación, costumbre, jurisprudencia). Por otro lado, su finalidad es proporcionar razones morales para la acción de gobernantes y ciudadanos. Las dos dimensiones son relevantes para jueces, legisladores y destinatarios de las normas. Por tanto, los seres racionales que están sometidos a un orden jurídico necesitan poder identificar las regulaciones positivas que provienen de las autoridades para determinar si tienen obligación moral de cumplirlas en cuanto proveen razones efectivas para la acción, es decir, justificables desde estándares objetivos de valor (*la ley natural*). Lo que significa que constituye un mito considerar que los iusnaturalistas incurrir en un error tan elemental como confundir la validez jurídica con la validez moral.

Desde la tradición iusnaturalista, el problema de la normatividad jurídica está ligado a un supuesto básico de la razón práctica: la existencia, pese a la variedad de opiniones y prácticas sociales, de estándares de conducta verdaderos y válidos (la ley “natural” o “superior”). Tanto la doctrina clásica del derecho natural como la moderna, ubican su punto focal de discrepancia con el positivismo en el problema de la normatividad del derecho y no en la posibilidad de su identificación. La teoría del derecho natural no rechaza el positivismo metodológico, en cuanto considera posible e interesante el estudio descriptivo de las normas provenientes de las fuentes sociales. Pero alega que la normatividad jurídica, esto es, la obligatoriedad efectiva de esos estándares, no se verifica por completo a partir de las fuentes sociales, sino que, de modo inherente, también son relevantes estándares objetivos de moral y justicia. La moral objetiva opera como justificativo último de la normatividad jurídica. La ley positiva es normativa cuando cumple un propósito moral —de acuerdo con principios verdaderos, independientes de las opiniones particulares— y deja de serlo en el momento en que sus defectos graves le impiden alcanzar tal finalidad (Finnis, 2002 y 2011).

La tradición iusnaturalista se remonta a la antigüedad clásica. Se pueden tomar como referentes a los estoicos Platón, Aristóteles, Cicerón y Aquino. También, a los contractualistas modernos (Locke, Hobbes, Kant) entre otros.

Los temas fundamentales de la tradición iusnaturalista están ya presentes en el pensamiento de Cicerón: la ley natural es inmutable a lo largo del tiempo y no varía en las diferentes sociedades; cada persona puede acceder a los estándares de esa ley superior por el uso de la razón; solo las leyes justas merecen el nombre de *ley*; del propio sentido del término *ley* surge como inherente la idea de que hay principios de elección de lo que es bueno y justo. Hay, sin embargo, en Cicerón (y en sus fuentes griegas y romanas) una cierta ambigüedad en los usos de términos como *natural* y *ley natural*. No es del todo claro si los estándares de conducta que llamamos *ley natural* lo son porque derivan de una *naturaleza humana* (como esencia o propósito), porque son accesibles por alguna facultad racional, porque se expresan en la naturaleza (el mundo físico del que formamos parte), o por alguna combinación de estos criterios (Bix, 2009, pp. 68-69).

El mayor referente de la tradición iusnaturalista clásica es, sin duda, Tomás de Aquino. Siguiendo a Aristóteles, Aquino consideraba que el conjunto de elecciones de una persona a lo largo de su vida resulta significativo como un todo y se encuentra sujeto a parámetros objetivos de evaluación. Los seres racionales poseemos razón práctica, que es la parte del intelecto que reflexiona acerca de la clase de elecciones que deberíamos hacer. La toma de decisiones exige una instancia de reflexión acerca de la clase de cosas buenas que

cualquier ser humano debería procurar, en función de los fines y necesidades que le son propios por su condición de tal. La filosofía moral aborda este problema considerando los modos en que cada individuo debería elegir en función de lo que es bueno para sí mismo y para los demás. La filosofía política es una extensión de la filosofía moral y se refiere a la clase de elecciones que deberían hacer las personas que ocupan lugares de autoridad en una comunidad y son responsables, por tanto, de proporcionar a sus miembros los bienes básicos que necesitan.

Para Aquino, hay primeros principios de la razón práctica que son autoevidentes (no pueden ser demostrados) y permiten identificar bienes humanos fundamentales. Cualquier persona dotada de racionalidad práctica y con la experiencia suficiente para comprender sus implicancias aceptará que el conocimiento, la vida en comunidad o la familia (entre otros) son bienes necesarios para el florecimiento humano. La razón práctica, adecuadamente ejercitada, permite entender que estos bienes son básicos para cualquiera y resultan presupuestos de la moral, en el sentido de que deben de ser tenidos en cuenta a la hora de determinar las elecciones concretas de los seres humanos sobre cómo vivir y tratar a otros.

El primer principio moral que identifica Aquino manda “amar al prójimo como a uno mismo”. Todas las normas morales pueden ser inferidas de este primer principio. Hay algunas acciones cuya maldad es tan evidente que su permisibilidad sería descartada por cualquier ejercicio adecuado de la razón práctica, como el homicidio o la mentira. En otros casos, la inferencia es más compleja como la identificación de la maldad de acciones contra la propiedad o la equidad.

La idea de comunidad es central en el pensamiento político y jurídico de Aquino. El deber de amar al prójimo nos lleva a vivir unos con otros en diferentes comunidades y a plantearnos cuáles son las exigencias del bien común. El Estado es la expresión institucional de una comunidad completa y su autoridad se funda en las exigencias del bien común que los gobernantes están obligados a promover. La autoridad está sujeta a evaluación, según principios morales y exigencias de justicia. Además, los gobernantes deben sujetarse a reglas de elección y restricción del poder que excluyan la tiranía: el ejercicio despótico del poder puede ser resistido por la comunidad, que está justificada en aunar esfuerzos para derrocar a los tiranos.

Finnis resume la visión aquiniana sobre el caso central de *derecho* (lo que podríamos considerar como *derecho* en sentido pleno) en cuatro proposiciones:

a. El derecho se dirige a la razón de las personas. Se trata siempre de un tipo de planificación a través de la coordinación para la libre cooperación de los individuos. En ese sentido, los legisladores humanos tienen una amplia libertad moral de elegir entre alternativas posibles de arreglos jurídicos, estableciendo prescripciones moralmente obligatorias (de forma presuntiva) en un proceso que Aquino denomina *determinatio*.

b. El derecho se dirige a la realización del bien común de la comunidad política en cuanto está dictado por una autoridad que es responsable de ella. Así, el caso central de gobierno es el *imperio de las leyes* y no de los individuos. La legislación solo puede ser establecida de forma plena si resulta de conocimiento público, es clara, general, estable y práctica. Asimismo, posibilita que los ciudadanos y gobernantes sean entendidos como coparticipantes en el ejercicio de la razón pública.

c. La ley es sancionada como derecho positivo por la autoridad responsable. Todo el derecho humano es positivo. En tal sentido, también las reglas que son deducciones de principios morales generales (como la prohibición del homicidio). Toda comunidad

humana (incluso una imaginaria de seres plenamente virtuosos) necesita del gobierno y la ley (aunque seres plenamente virtuosos no necesitarían la coerción). Los miembros de la comunidad tienen visiones diferentes acerca de lo que exige el bien común (por ejemplo, prioridades en asignación de recursos). Las autoridades deben, entonces, establecer reglas para la solución de problemas colectivos. La *determinatio* debe hacerse según los primeros principios de la razonabilidad práctica (hay contenidos normativos necesarios), pero deja lugar a un importante espacio de decisión humana, del mismo modo que un arquitecto, a quien se le encarga un edificio para cumplir con cierto propósito, tiene un amplio espacio de libertad para tomar las decisiones que considera las mejores opciones de construcción.

d. Aunque la coerción no forma parte del concepto de derecho, los sistemas jurídicos reales deben incluir la posibilidad del uso de la fuerza (o la amenaza de ella) para imponer sus prescripciones. El uso paradigmático de la fuerza legítima es la imposición de una pena judicial y su justificación principal es que el castigado ha elegido hacer su propia voluntad en detrimento de quienes han elegido cumplir con las prescripciones dictadas por el bien de la comunidad.

La forma de aproximarse al derecho injusto se vincula con los principios de la razón práctica y las exigencias fundamentales de la moral. Existen acciones que nadie debería realizar y, si la ley las exige, sus prescripciones deberían ser desobedecidas. Leyes que, por ejemplo, autoricen o manden la violación, el asesinato o el hurto, no pueden constituir razones para la acción de las personas y los jueces no deberían tenerlas en cuenta a la hora de resolver los casos bajo su consideración. Cuando los gobernantes no están motivados por el bien de la comunidad sino por su propio interés, actúan fuera de sus facultades legítimas o distribuyen las cargas de la comunidad de un modo notoriamente inequitativo, la ley se vuelve injusta y carece de autoridad moral. Las leyes dictadas por los tiranos o dictadores no son sino perversiones de la ley y no puede ser obligatorio conformarse a ellas por el mero hecho de que existan.

Sin embargo, puede suceder que haya una obligación de obedecer algunas leyes injustas cuando se advierte que la desobediencia abierta causa un daño todavía mayor (por favorecer determinado tipo de desorden o proporcionar un ejemplo que aliente a otros a cometer males mayores). En ese caso, la obligación de cumplir con la ley no depende de la voluntad de sus creadores (no es obediencia a la autoridad propiamente) sino de otras razones que cada persona ha de identificar por la propia conciencia para no actuar de modo contrario a la prescripción (Finnis, 2018).

Aunque Aquino no usa la expresión “la ley injusta no es ley” (*lex injusta non est lex*) utiliza otras de contenido similar: la ley injusta es una “perversión” de la ley o no “parece ser ley”. Esto ha sido objeto de dos interpretaciones. Una es que la ley contraria a la moral no es derecho válido en absoluto. Algunos positivistas han atribuido esta visión al iusnaturalismo en general. John Austin —discutiendo las ideas del iusnaturalista Blackstone— argumentaba que negar la idea de validez jurídica en función de argumentos morales no es de utilidad. Austin afirmaba que si alguien cuestionaba ante un tribunal la validez de una ley que lo condenaba a muerte argumentando que era contraria a la justicia, la moral o el mandato divino, el tribunal podía mostrarle su error ejecutándolo (Bix, 2009, p. 71).

Una interpretación como esta, totalmente distorsiva del pensamiento iusnaturalista, confunde las cuestiones de poder con las de validez y normatividad. Los nazis tenían poder *de hecho* para cometer genocidios y actos de destrucción masiva. Esto, en sí mismo, no

dice nada sobre la validez y normatividad de sus leyes. Las órdenes de un jefe mafioso son manifestaciones de poder y pueden imponerse por el terror a un vasto número de personas. Sin embargo, nadie las consideraría con seriedad *derecho válido* y desobedecerlas sería siempre una postura moralmente justificada.

La otra interpretación del iusnaturalismo se centra en la necesidad de que el derecho, para ser pleno, provea de buenas razones para la acción y no rechaza los criterios institucionales de validez. Una ley injusta no es derecho, en el sentido pleno del término, por las mismas razones que alguien que no cuenta con ninguna de las virtudes asociadas al fútbol (marcar, pasar la pelota, evitar y convertir goles) no es un futbolista en sentido pleno (aunque practique el juego del fútbol) o alguien que ejerza la medicina sin tener título habilitante ni los conocimientos necesarios (según el estándar de la práctica) no es un médico en sentido pleno. Si, desde la visión aquiniana del derecho, se niega a una ley su condición “jurídica”, lo que se quiere decir es que, aunque se pueda identificar como derecho válido (aceptamos que fue sancionada por las autoridades que, de facto, ostentan el gobierno por los procedimientos establecidos para sancionar leyes) no podemos atribuirle las cualidades valorativas que asociamos al derecho y por las que lo valoramos (coincidencia con los principios morales fundamentales, inspiración en las exigencias del bien común). Las leyes injustas son casos periféricos de derecho que se alejan (en función de su grado de injusticia) del caso central (Finnis, 2002, pp. 42-45).

## 4. Positismo Jurídico

El positivismo jurídico es, en su acepción más general, la visión según la cual resulta posible e interesante diferenciar, en cualquier sociedad dada, el derecho *que es* del derecho *que debería ser* (de acuerdo con algún criterio de valoración moral). Los positivistas creen que la tarea de describir el derecho válido puede realizarse con independencia de que, desde el punto de vista moral, aprobemos o no sus contenidos.

De acuerdo con esta caracterización del positivismo, puede asumirse que desde dicho marco teórico no habría impedimento para aceptar que el régimen nazi constituía un sistema jurídico (cumplía con los requisitos descriptivos atribuibles al sistema jurídico) y que sus leyes eran derecho válido. Ese juicio es compatible con que desaprobemos moralmente al régimen nazi y consideremos que ningún ciudadano estaba obligado a obedecerlo o inclusive que todos estaban obligados a desobedecerlo.

Norberto Bobbio presentó una influyente distinción entre tres tipos de positivismos:

a. El positivismo ideológico. Consiste en la postura de considerar el derecho válido estatal, por el mero hecho de ser tal, como derecho válido dotado de sabiduría y justicia. Hay, para los positivistas ideológicos, una conexión necesaria entre el hecho de que una norma haya sido sancionada por el legislador y alguna clase de mérito moral.

b. El positivismo teórico, es decir, la tesis de que el único derecho válido y obligatorio es el que proviene de autoridades estatales, lo que equivale a identificar la teoría del derecho con la teoría del Estado.

c. El positivismo metodológico o la tesis de que el objeto de la teoría del derecho (o la ciencia jurídica) es el derecho positivo. La distinción positivista entre el derecho *que es* y el *que debe ser* resulta una postura metodológica, en cuanto recorta el objeto de las investigaciones: solo tiene sentido indagar, bajo las condiciones y límites del discurso

científico, el derecho tal como es en la realidad, creado por los seres humanos como instrumento para fines específicos. Si hay un derecho natural, este queda fuera de las indagaciones del teórico (Bobbio, 1991).

Los orígenes del positivismo jurídico pueden remontarse también a la antigüedad clásica. La idea de que las prescripciones jurídicas son meras convenciones y varían significativamente en las distintas sociedades, sin que pueda justificarse una moral objetiva que las condicione, fue planteada con claridad por los sofistas (Kelly, 1992, p. 14). Tomás de Aquino es también una de las fuentes del positivismo jurídico al punto que fue quien acuñó el término *derecho positivo (juspositum)* ubicándolo como una categoría distinta y dotada de autonomía, relevante por sí misma con independencia de la ley moral. Toda ley humana es, para Aquino, positiva, aunque algunos contenidos son necesarios en el sentido de que se deducen de exigencias morales objetivas (válidas para cualquier ser racional). Por ejemplo, es impensable un sistema jurídico que no proteja la vida de las personas y no castigue el homicidio intencional. La mayoría de los contenidos del derecho no reproducen ni son deducibles de requerimientos morales y pueden ser estudiados como un producto de la deliberación y la elección humana. Incluso las partes que sí reproducen los requerimientos de la moral objetiva son concebidas y pueden ser estudiadas en el contexto de la deliberación práctica, en la que la propia introducción de la regulación positiva por las fuentes sociales cobra relevancia para gobernantes y gobernados (Finnis, 1999).

Thomas Hobbes, por la forma en que plantea el problema de la relación entre el derecho y la moral, es quizás el mayor referente a la hora de considerar el origen del positivismo jurídico moderno. Sin embargo, a diferencia de algunos de sus sucesores, el foco de Hobbes no estaba en establecer una distinción analítica o conceptual entre el derecho y la moral sino en justificar la necesidad de esa diferenciación, desde el punto de vista de la moral política.

Lo que hace a Hobbes uno de los primeros articuladores del positivismo moderno es su visión de la voluntad legislativa del soberano como la interpretación definitiva de las exigencias de la ley natural (razón) para sus destinatarios. El derecho es concebido como el resultado de la voluntad legislativa y no como una etapa en la determinación de lo que requiere la razón (como pensaban los teóricos del derecho natural que lo habían antecedido). Hobbes no pretendía sugerir una distinción rígida o conceptual entre la moral y el derecho, como órdenes normativas diferentes, sino explorar los modos de conexión entre las exigencias de la razón delineadas por la ley natural y los estándares derivados de la voluntad de los gobernantes que determinan la ley civil. El argumento de Hobbes, en tal sentido, es la necesidad de que el derecho, como regla de acción obligatoria para todos, se estableciera por la voluntad de un soberano absoluto, como solución ordenada por la razón para asegurar la estabilidad, en un mundo social moderno caracterizado por el desacuerdo sobre los valores morales (Coyle, 2003).

Los supuestos detrás de la necesidad de que los criterios de acción común sean determinados por la legislación dictada por un soberano remiten a una caracterización de los seres humanos como iguales por naturaleza, además de motivados por el egoísmo y el miedo mutuo. En ese marco, Hobbes presenta un experimento mental para mostrar que la razón establece la necesidad de que existan reglas imperativas para determinar el comportamiento de las personas: nos propone imaginar cómo sería la sociedad si no existiera un poder político que estableciera el derecho positivo (legislación respaldada por la amenaza de coerción). Una necesidad ilimitada de poder y ventajas llevaría a los seres

humanos a competir unos con otros propiciando un estado de conflicto permanente. Las pasiones humanas desatadas podrían conducir a una guerra total, que haría miserables las vidas de todos, si no fueran contenidas por el miedo al castigo. En el estado de naturaleza, todos se rigen por una única ley: la libertad absoluta de cada uno. Todos tienen derecho a todo y, dada la visión pesimista de Hobbes sobre la naturaleza humana, esto coloca a todos en una situación de permanente miedo, incertidumbre e improductividad, que hace que los derechos sean irrelevantes. No hay justicia en el estado de naturaleza pues la justicia requiere reglas que determinen un marco para las acciones y la evaluación de pretensiones sobre derechos. El contrato hipotético hobbesiano determina, como mandato de la razón, que cada uno enajene sus derechos prepolíticos a cambio de la paz y estabilidad que ofrece el soberano<sup>17</sup>.

La teoría de Hobbes, entendida como un argumento moral sobre la necesidad de las instituciones jurídicas, puede ser tomada como parte tanto de la tradición positivista como de la iusnaturalista. Como positivista, Hobbes planteó con claridad la distinción entre dos tipos de juicios sobre las reglas, según se considere su moralidad o su validez, además de argumentar sobre el valor social de disponer de la legislación autoritativa como mecanismo de acción común frente a los desacuerdos morales y de interés que resultan inevitables en la sociedad (Waldron, 2002, pp. 366-367). Sin embargo, el autor del *Leviatán* también pertenece a la tradición iusnaturalista, pues su argumento sobre la necesidad de un soberano legislador se funda en las exigencias de la razón, como ley natural identificable por los seres humanos, frente a la alternativa de un estado natural caracterizado por el miedo, la prevalencia del autointerés y la guerra potencial generalizada. La paz hobbesiana es un bien común (aunque en sentido débil y agregativo: cada persona procura, por mandato de su propia razón, la paz para sí mismo) que funciona como premisa para el razonamiento sobre naturaleza y las formas de la autoridad política (Murphy, 2006, pp. 62-63).

Ya entrado el siglo XIX, Jeremy Bentham y John Austin dieron forma a teorías que conciben el derecho como un conjunto de imperativos emitidos por un soberano. Bentham criticaba la doctrina del *Common Law*, que equiparaba las reglas de derecho vigentes a las formulaciones que de ellas hacían los jueces. Si conocer el derecho requería anticipar lo que fallarían los jueces, los criterios de acción de las personas solo podían ser meras conjeturas. El derecho solo puede cumplir su fin de guiar la conducta para agentes racionales si las leyes son estándares públicos, es decir, que pueden ser objeto de conocimiento por todos aquellos cuyas acciones pretenden orientar. Esto es posible cuando las leyes son órdenes del soberano comunicadas públicamente a los ciudadanos y determinan las conductas que estos deben realizar sometidos a ellas (aun cuando discrepen con su contenido). Es de señalar que Bentham no creía que su concepción del derecho excluyera que el soberano estuviera sujeto a límites. Tampoco pensaba que los rasgos conceptuales del derecho fueran lo único relevante para su caracterización pues concebía su dimensión política como igualmente importante. Para Bentham (al igual que para Hobbes) los rasgos característicos del derecho se derivan de su función moral y no se establecen de modo analítico o conceptual (Bentham, 2000).

John Austin (1995) ha mostrado una fuerte influencia por Bentham, pero, a diferencia de este, presentó el modelo imperativista como una definición analítica del concepto de derecho. Las normas jurídicas son, para Austin, mandatos emitidos por un superior a un

17 Para una discusión de la teoría de Hobbes sobre la justificación del derecho ver Soto (2017).

inferior respaldados por la amenaza del primero hacia al segundo de que le producirá algún tipo de mal en caso de desobediencia (coerción). El origen de todas las normas de un orden jurídico puede ser trazado hacia un soberano que ejerce el poder supremo en una comunidad y que tiene capacidad tanto para emitir los mandatos como para asegurar su cumplimiento. La soberanía es, según Austin, conceptualmente ilimitada (es lógicamente contradictorio pensar que el productor del derecho está limitado por su producto) pero requiere una amplia disposición de los súbditos a aceptar los mandatos. Se trata de un hábito de obediencia que permite predecir a cualquier observador que los mandatos emitidos por el soberano tienen alta probabilidad de ser cumplidos.

Austin dio forma a la doctrina positivista de separación conceptual entre el derecho y la moral en una fórmula que se hizo canónica: “la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra”. Esa fórmula continúa estrictamente la idea delineada por Hobbes y continuada posteriormente por Bentham en el sentido de que el derecho debía ser identificado solo por la constatación de hechos sociales, valorativamente neutros. Mientras Hobbes y Bentham presentaban su caracterización del derecho en el contexto de investigaciones sociales, descriptivas y normativas, la innovación de Austin consiste en trazar un límite para la teoría o ciencia del derecho (*Jurisprudence*) a partir de una estipulación conceptual. La postura del teórico requiere distinguir el derecho positivo de otros fenómenos con los que en diversas ocasiones es confundido, lo que significa trazar límites precisos entre la teoría del derecho y otras áreas de investigación que tienen algún tema común con ella. La teoría del derecho se vuelve así analítica en el sentido de que el derecho como objeto puede ser abordado desde el análisis de sus rasgos lógicamente constitutivos sin necesidad de acudir a otros elementos (sociales, políticos, morales, antropológicos, históricos). Puede decirse que Austin es el que da forma al tipo de positivismo que, en la clasificación de Bobbio, se denomina *metodológico*.

Hans Kelsen (2011) lleva a un nivel muy superior de refinamiento y de abstracción la idea de autonomía de la teoría del derecho con respecto a la filosofía moral (de ahí el rechazo del iusnaturalismo), las ciencias empíricas o causales (el derecho es un fenómeno normativo y no causal) y las restantes ciencias normativas (el derecho se distingue de ellas porque las normas que lo integran se producen e identifican en el marco de instituciones y porque están respaldadas, en última instancia, por la coerción centralizada). Un rasgo central en la visión kelseniana es la pureza metodológica que la teoría debe asumir para aproximarse de forma autónoma al fenómeno jurídico. El objeto de la teoría es descriptivo (se trata de identificar los rasgos esenciales del derecho y de los sistemas jurídicos) pero esta “recorta” su objeto en el sentido de aislar una variable como central y hacerla el foco exclusivo de la investigación. El derecho es un fenómeno normativo, pero eso no quiere decir que, en la realidad de cualquier sociedad, esté separado de otros fenómenos (políticos, sociales, morales). Sin embargo, la teoría lo aborda (por una decisión metodológica) como un fenómeno exclusivamente normativo. Kelsen rechaza el sincretismo metodológico (postura que afirmaba que el derecho debía ser investigado de modo integral y que no podía ser separado de los restantes fenómenos sociales) y asume una postura monista: las normas son, desde la perspectiva del teórico, un objeto que ha de ser estudiado con la idea de pureza como supuesto. En este sentido, el programa teórico de Kelsen es una prescripción hacia los “científicos”: si hay una ciencia del derecho, esta debe ajustarse al requisito de la pureza metodológica. También debe asumirse la neutralidad valorativa: el científico debe hacer una descripción libre de valores de los sistemas jurídicos, limitándose a identificar sus normas

y reconstruir las relaciones entre ellas, de acuerdo con las ideas de validez, normatividad y sistematicidad, pero sin emitir juicios morales sobre sus contenidos. Cuando el teórico del derecho emite opiniones sobre los contenidos normativos que analiza, abandona la actitud científica y pasa a hacer política jurídica, lo que no es censurable en sí mismo, pero debe ser clarificado. La ciencia del derecho no da ninguna legitimidad a las propuestas prescriptivas de política jurídica. De acuerdo con las exigencias kelsenianas, la dogmática contemporánea, que abunda en juicios de valor y prescripciones a los jueces, dista mucho de ajustarse al ideal de ciencia del derecho.

El enfoque de Kelsen es también antirreduccionista. Para el propósito de la teoría, el concepto de derecho no puede reducirse a una explicación empírica (como, por ejemplo, asumían los realistas) ni de ningún otro tipo. Debe ser considerado un fenómeno autónomo y distinto, un deber jurídico no equiparable a la orden o mandato de una autoridad política. Es el sentido objetivo de un acto de voluntad. Las normas jurídicas dictadas por las autoridades posibilitan que ciertos actos de voluntad de las personas puedan ser interpretados de cierta manera y generen así determinados efectos. Las normas sobre sucesión testamentaria, que regulan los requisitos y efectos de los testamentos, posibilitan que mi voluntad (de otorgar testamento) pueda interpretarse como el otorgamiento de un testamento y genere los efectos atribuidos a este. Las leyes penales que establecen sanciones para ciertas conductas como el homicidio, permiten que el hecho de que X dé muerte a Y pueda interpretarse como un homicidio y genere el efecto de que un juez deba aplicar a X la pena prevista para el caso.

¿Cómo podemos saber cuándo existe una norma jurídica? La respuesta de Kelsen se resume en la idea de validez. Hay una norma jurídica cuando esta puede ser identificada como el resultado de exigencias válidas de la autoridad. La validez es el modo de ser de las normas. Decir que hay normas jurídicas “inválidas” no es más que un modo equivocado de hablar. Una norma jurídica no puede ser “inválida”. Si una norma es inválida no expresa deber alguno y, por tanto, no puede ser jurídica. La validez de las normas está dada por otras normas, por lo que no hay normas sin sistema jurídico. La visión sistémica del derecho es uno de los principales aportes teóricos de Kelsen. Las normas superiores condicionan y limitan a las inferiores en cuanto establecen las autoridades que pueden dictarlas (sus competencias), el procedimiento de su aprobación y (parcialmente) su contenido. Por ejemplo, la Constitución determina que los legisladores pueden aprobar leyes, el procedimiento que deben seguir para ello y los contenidos (por ejemplo, si la Constitución prohíbe establecer la pena de muerte, los legisladores no pueden establecer leyes penales con la pena de muerte como sanción, aunque sí pueden establecer otras penas que la Carta no prohíba).

Las normas jurídicas se identifican a través de la constatación de ciertos hechos sociales: hay una Constitución vigente que fue sancionada por algún procedimiento; el parlamento sancionó una ley determinada; el Poder Ejecutivo dictó un decreto. Se trata de hechos que pueden conocerse a través de estudios empíricos, por ejemplo, ubicando los documentos correspondientes donde quedaron registrados. Sin embargo, la norma no se reduce a los hechos. Es una dimensión “ideal” de la realidad, algo que impacta en la conciencia de una persona racional que identifica el sentido de una exigencia de la autoridad.

Un rasgo esencial de la estructura de las normas (lo que Kelsen denomina “estática jurídica”), y por ende de los sistemas jurídicos, es la sanción. La estructura típica de la norma es la descripción de una conducta y la previsión de una sanción institucional para el

caso de que se verifique la conducta descripta. Se trata de una relación de imputación y no de causalidad. Dado A (hecho) entonces debe ser B (consecuencia jurídica o sanción). Las normas deben ser entendidas como cadenas de imputación que terminan en algún punto en la previsión de una sanción coactiva. Por ejemplo, la norma que castiga el homicidio prevé una sanción para quien comete el homicidio (que no se ajusta a la conducta debida que consiste en no matar). Por lo tanto, si alguien comete un homicidio, la norma establece un deber para el juez de aplicarle una pena. Si el juez no cumple con su deber, otra norma establecerá el deber de otra autoridad, como la Suprema Corte de Justicia, de sancionarlo. Si los miembros de la Suprema Corte de Justicia no cumplen con este deber, se atribuye a otro órgano (el Parlamento) el deber de sancionarlo con la destitución.

La idea de validez permite diferenciar las exigencias del derecho de otras también basadas en la amenaza de castigo; posibilita que el derecho funcione como un esquema de interpretación de conductas y lo habilita a determinar cuándo se generan deberes específicamente jurídicos. Un famoso ejemplo es la diferencia entre un asaltante y un recaudador de impuestos. Ambos pueden, de hecho, exigirme que les entregue mi dinero bajo la amenaza de algún tipo de daño. Pero mientras que el poder del asaltante es un mero poder de hecho que se basa por completo en su capacidad de producirme un daño, en el caso del recaudador de impuestos puedo identificar sus exigencias como derecho válido, en tanto las facultades que invoca surgen de alguna norma (directamente la ley o un decreto; indirectamente, la Constitución) que lo autorizan a proceder del modo en que lo hace. La petición del recaudador de impuestos puede interpretarse como normativa gracias a la idea de validez. Esta noción da cuenta de todo el mecanismo de producción normativa de un orden jurídico, tanto general (la ley es válida por autorización de la Constitución como norma de jerarquía superior) como particular (la sentencia del juez es válida porque se funda en normas de carácter general y jerarquía superior como la ley y la Constitución).

Sin embargo, la noción de validez tiene un límite explicativo: en todos los sistemas jurídicos hay normas ampliamente aceptadas como tales cuya validez no puede justificarse acudiendo a normas antecedentes de mayor jerarquía. Considerando la Constitución como la norma superior, podemos entender su validez como derivada de alguna Constitución anterior. Pero llegaremos a un punto donde nos encontraremos con la primera Constitución que justifica el orden vigente y que no tiene como antecedente a ninguna otra. Por ejemplo, en el caso uruguayo, la primera Constitución data de 1830. Es en ese momento que el Estado surgió a partir de la Convención Preliminar de Paz se da a sí mismo su norma fundamental. Antes de ella no existe ninguna otra que pueda ser invocada como antecedente.

¿Cuál es la solución de Kelsen a este problema? Para el jurista vienés, la validez de la primera Constitución debe *presuponerse*. La primera Constitución no puede darse a sí misma validez porque como antecedente tiene un mero hecho (su promulgación o sanción) y si pretendemos que los meros hechos crean normas entonces aceptamos una evidente violación a la ley de Hume. Kelsen postula la idea de “norma básica fundante” que opera como supuesto de la validez de todo el sistema. Así, cada vez que nos preguntamos, por ejemplo, por la autoridad normativa del recaudador de impuestos, terminamos en el supuesto de una norma básica fundante de todo el ordenamiento. Dicha norma es muy especial, ya que su existencia es hipotética (no tiene como antecedente ninguna otra norma ni se reconoce a partir de ningún hecho social). Algunos la han entendido como una especie de supuesto trascendental del derecho; el propio Kelsen le dio en sus últimos escritos el status de una ficción. La norma básica fundante es la explicación final en el sistema kelseniano tanto de

la validez del derecho (permite dar cuenta de la validez de todas las normas del sistema) como de su normatividad (posibilidad de una respuesta independiente de cualquier visión sobre la moral a la pregunta de por qué obliga el derecho). Al mismo tiempo, permite explicar la sistematicidad del derecho. Supuesta la validez de la primera Constitución, la conexión de las normas de un orden jurídico opera a partir de un mecanismo de producción escalonada (que se ha ejemplificado con la conocida imagen de una pirámide) al que Kelsen llama dinámica jurídica. Las normas de mayor jerarquía autorizan a determinadas personas a crear normas de inferior jerarquía en un mecanismo de descenso progresivo de jerarquía y generalidad: Constitución, actos legislativos, actos jurídicos individualizados (sentencias, resoluciones, contratos).

¿Es la creación autorizada por una norma anterior la única condición de validez de las normas de un sistema jurídico? Desde la óptica de Kelsen, es necesario que las normas cumplan con otra condición: la eficacia. Las normas adquieren existencia con un acto de creación, pero su validez es plena cuando son aplicadas y se constata su aceptación u observancia generalizada. La eficacia de una norma puede decaer con el tiempo hasta el límite de que se constata que no es acatada por la población y no se sanciona su inobservancia. En tal caso puede concluirse que ha perdido su validez.

La solución de Kelsen de los problemas de la normatividad y validez del derecho permite asumir que los deberes jurídicos tienen una dimensión objetiva (trascienden los meros deseos y la voluntad de quien sanciona las normas) de modo compatible con una completa separación conceptual del derecho y la moral. La norma básica fundante permite considerar como *jurídico* cualquier contenido posible, con independencia de que lo aprobemos o no desde alguna concepción de la moral. Desde esta óptica, las leyes promulgadas por el Tercer Reich podían considerarse derecho válido y sus autoridades crearon verdaderos deberes para los funcionarios encargados de aplicarlas. Sin embargo, de acuerdo con los criterios de la moral humanista e ilustrada, nadie tenía la obligación de obedecer esas leyes. Kelsen sostiene una postura moral relativista (hay muchos sistemas morales posibles pero ninguna moral objetiva o “verdadera”) y afirma que las instituciones jurídicas pueden estar al servicio de cualquier moral.

## 5. Realismo Jurídico

Existe otra explicación para los dilemas sociales como el planteado por los juicios de Núremberg. Dada la constelación de fuerzas imperante (los aliados habían ganado la guerra) y las creencias de los encargados de administrar justicia (magistrados de las potencias vencedoras) de que los hechos protagonizados por los nazis no podían quedar impunes, la condena era inevitable, más allá de la normativa preexistente.

El positivismo y el iusnaturalismo identifican el derecho como un fenómeno esencialmente normativo, pero discrepan en cuanto a la forma correcta de caracterizar sus rasgos fundamentales (validez, normatividad) y sus vínculos con la moral. Los realistas jurídicos, por su parte, están en desacuerdo con ambos en cuanto atribuyen a las normas un papel mucho menos significativo en la caracterización del derecho.

El realismo jurídico norteamericano (defendido por autores como Holmes, Frank y Llewellyn) constituyó una reacción contra el formalismo, la tesis según la cual las normas jurídicas determinaban, en la amplia generalidad de los casos, una única solución correcta

que podía ser identificada y aplicada en forma mecánica por los jueces. Para los realistas, que basaban sus argumentos en consideraciones empíricas, los jueces resuelven los casos siguiendo sus propios criterios (lo que les parece “correcto” en el caso) y luego utilizan las normas como racionalizaciones (justificaciones meramente “decorativas” que no constituyen los verdaderos motivos de la decisión). Para los realistas, el derecho está indeterminado racionalmente; las normas jurídicas no justifican una única decisión (hay distintos cánones interpretativos, como el texto y la intención del legislador, que arrojan resultados opuestos a la hora de decidir la solución de los casos). También está indeterminado causalmente: las razones jurídicas no pueden explicar por qué los jueces deciden en el sentido que lo hacen y debe acudirse a otras explicaciones (morales, psicológicas, sociológicas, políticas) que hacen a la personalidad del decisor concreto<sup>18</sup>.

Una variante moderada es el denominado “realismo escandinavo”, cuyo principal exponente es Alf Ross (2005). Ross comparte con Kelsen el rechazo a la idea de una moral objetiva (los conceptos morales son expresiones de puras preferencias subjetivas que carecen de valor de verdad). Sin embargo, también rechaza la idea kelseniana de validez, porque argumenta que, si se entiende como “obligatoriedad”, no puede entenderse de otra manera más que a partir de la afirmación de que el derecho “debe” ser obedecido. Si la “ciencia” del derecho pretende decirnos que estamos obligados a obedecer el derecho, entonces es pura ideología, lo que significa un fracaso del positivismo, en cuanto no puede diferenciarse del iusnaturalismo en ningún sentido relevante. Si la validez se entiende como mera “existencia”, entonces se trata de un concepto redundante.

Para Ross, el error fundamental de Kelsen es considerar el derecho una ciencia del deber ser. En lugar de ello, propone un modelo de ciencia jurídica empírica cuyo concepto fundamental es el de *vigencia*. Determinar cuál es el derecho vigente no supone, principalmente, conocer la legislación sancionada por el Parlamento, sino estudiar el comportamiento de los jueces. Para Ross, las normas tienen un papel relevante en la práctica jurídica en la medida que los jueces han internalizado una ideología que los motiva a aceptar su obligatoriedad y a invocarlas para justificar sus fallos. Para que una norma sea considerada vigente, es necesario que haya una probabilidad efectiva de que los jueces decidirán los casos de acuerdo con ella. A la ciencia jurídica le corresponde determinar el grado o alcance de esa probabilidad, basándose en la conducta de los jueces manifestada en sus fallos anteriores.

---

18 Para un panorama del realismo jurídico estadounidense, ver Leiter, 2015.

## Lectura seleccionada

*Por supuesto, no hay manera de saber si la primera sociedad que tuvo un sistema jurídico se propuso deliberadamente crear un método eficiente de regulación social, o si simplemente se toparon con él por accidente. Pero al crear derecho, dieron origen a una tecnología que ha sido, junto con la religión organizada, la moral popular y las convenciones sociales, una herramienta de valor incalculable para el control de las comunidades.*

*Sin embargo, si bien sabemos con certeza que las instituciones jurídicas fueron creadas en algún momento de la prehistoria, y que quienes lo hicieron tenían buenas razones para ello, todavía no tenemos claro cómo pudo inventarse el derecho. Del mismo modo en que quienes buscan trabajo por primera vez se encuentran a menudo en la extraña situación de necesitar experiencia laboral para poder conseguir experiencia laboral, adquirir autoridad jurídica también parece suponer una paradoja: a fin de adquirir potestad jurídica, uno debe ya tener potestad jurídica.*

*Para poder decir más acerca de esta paradoja, propongo plantear una fantasía filosófica. Imaginemos que el derecho fue inventado en una pequeña aldea agrícola en el Creciente Fértil, el 1º de enero del año 10.000 a.C. Ese día, el anciano de la aldea, Lex, tuvo una idea y convocó a una reunión comunal para discutirla. Así se dirigió a su gente: “muchos de ustedes se han acercado a mí recientemente lamentándose por el creciente resquebrajamiento de la vida social. Ahora dedicamos una gran parte de nuestro tiempo de ocio a las reuniones de la aldea, escuchando queja tras queja, discutiendo los méritos de cada argumento, con deliberaciones interminables sobre cuánta ayuda debería prestar nuestra familia a otras familias durante los periodos de sembrado y cosecha, cuánto debe contribuir cada familia al almacenamiento de reservas para el invierno, qué jóvenes pueden casarse con qué mujeres, si debe permitirse que las vacas pastoreen en el perímetro de la aldea, dónde arrojar nuestros residuos, etc. Cada año, a medida que nuestra aldea crece, la situación empeora. Recordarán que el año pasado fuimos incapaces de resolver el problema del diezmo, y como consecuencia con ello nos quedamos sin granos antes de la cosecha. Y las tierras comunes de la aldea están prácticamente devastadas por el exceso de pastoreo, y esto es trágico”.*

*“A fin de remediar esta situación propongo que hagamos lo siguiente: presentaré una serie de reglas que abordarán las cuestiones más urgentes en este momento. Sabrán que he formulado una regla cuando emita una orden mientras me encuentre sentado bajo la gran palmera de la plaza de la aldea. También estaré a disposición para resolver disputas acerca de cuál es el modo correcto de aplicar las reglas que he creado. Mis decisiones serán definitivas, y nadie podrá cuestionarlas. Finalmente, cuando yo muera, todas mis reglas seguirán vigentes, y uno de mis hijos seguirá como líder oficial de la aldea. Ciertamente, el sucesor que designe podrá cambiar las reglas si lo desea”.*

*La propuesta de Lex agradó prácticamente a todos. Respetaban profundamente su sabiduría y carácter, y confiaron en que las reglas que formulara serían buenas. También reconocieron los enormes beneficios que implicaría el liderazgo de Lex. Con Lex al mando, no tendrían que perder tiempo deliberando e intentando llegar a un consenso sobre cada problema de la comunidad. Contar con reglas establecidas de antemano permitiría evitar enemistades y ayudaría a coordinar el comportamiento para producir bienes en beneficio de todos.*

*Solamente un residente objetó el plan de Lex: Phil, el filósofo de la aldea. “Lex, tu propuesta suena bien, pero no funcionará. Verás, para que tú tengas la potestad de crear,*

modificar y aplicar reglas para nuestra aldea, debe existir una regla que te faculte para ello. Pero no existe una regla semejante. Si intentas crear una regla debajo de la palmera sin una regla que te autorice a hacerlo, tendrás la misma fuerza que si yo intento crear una regla, es decir, su fuerza será nula”.

Lex ponderó la objeción por un momento antes de responder: “Phil, ¿no podría simplemente crear una regla que me faculte a crear una regla para la comunidad?” Phil negó pensativamente con la cabeza y dijo, “por desgracia eso tampoco funcionará. Como no existe ninguna regla que te faculte a hacer una regla que confiera potestades, tu intento de crear tal regla carecerá de efectos”.

Lex replicó entonces: “Muy bien, ¿no podrían entonces votar todos facultándome a crear reglas para la aldea? Phil respondió, “el mismo problema que tú lo tendrán ellos también. Como no existe ninguna regla que los faculte a conferirte la potestad de crear reglas, su acto de otorgarte esa facultad carecerá de efectos”.

Aun así, Lex no estaba convencido. “Tú tienes razón en que no puedo crear ninguna regla a menos que exista una regla que me faculte para ello. Pero, ¿cómo estás tan seguro de que tal regla no existe?” “Eso es fácil de mostrar”, respondió Phil. “A fin de que exista una regla que confiera potestades, debe ser creada por alguien facultado para ese fin. Para ello, se necesitaría una regla preexistente que faculte a esa persona a crear reglas que confieran potestades. Pero, siguiendo la misma lógica, esta regla habría de ser creada por alguien facultado para ello, lo que significa que debería existir una regla que faculte a esa persona a crear reglas que faculten a otros a crear reglas que confieran potestades. Y podemos seguir con esto eternamente. A menos que te propongas postular un número infinito de reglas y un número infinito de actos que las crearon, pienso que está bastante claro que no existen reglas que confieran potestades”.

“Entonces, según tu razonamiento”, Lex concluyó, “nadie podrá nunca crear ni modificar reglas para la comunidad”. A lo que Phil respondió, “Sí, es correcto. Lo lamento”.

Lex y el resto de la aldea no hicieron caso a Phil. Según parece, incluso en la prehistoria la gente solía ignorar a los filósofos. Lex comenzó entonces a crear reglas y el resto de la comunidad las obedeció.

Aunque los aldeanos ignoraron las advertencias de Phil, su argumento es sólido. El análisis lógico más simple indicaría que la pretensión de potestad jurídica de Lex no podría ser verdadera. Y si la aserción de Lex no era verdadera, entonces no tenía autoridad jurídica; por tanto, el derecho no fue creado en el momento en que suponemos.

De hecho, el argumento de Phil puede ser utilizado para mostrar que ninguna pretensión de autoridad jurídica puede ser verdadera. (...)

Esta paradoja representa el clásico problema del ‘huevo o la gallina’. Por un lado, todas las gallinas deben provenir de huevos de gallina. Por otro lado, todos los huevos de gallina deben ser puestos por gallinas. Estos dos principios combinados sugieren que ni las gallinas ni los huevos de gallina pueden existir en un universo finito, dado que la existencia de uno presupone la existencia del otro.

Nuestra paradoja sobre la existencia del derecho tiene la misma estructura. Imaginemos que las normas que confieren potestades jurídicas son los ‘huevos’ y aquellos facultados para crear normas son las ‘gallinas’. Los principios del Huevo y la Gallina pueden ser presentados de la siguiente forma:

Huevo: un sujeto está facultado para crear normas jurídicas únicamente si una norma existente le confiere esa potestad.

*Gallina: una norma que faculta a crear normas jurídicas existe únicamente si un sujeto con la potestad para hacerlo la ha creado.*

Tomado de Shapiro, S. (2016). *Legalidad*, pp.67-70. Madrid: Marcial Pons.

## Algunas lecturas recomendadas

Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México D.F: Fontamara.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Colihue.

Leiter, B. (2012). *Naturalismo y Teoría del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

## Para seguir reflexionando

La noche del 14 de febrero de 1972 un habitante de Berlín oriental se sumergió en el río Spee con la intención de nadar hacia la zona occidental. Mientras cruzaba, fue descubierto por dos guardias fronterizos que le dieron la voz de alto y, como no se detuvo, le dispararon una ráfaga de metrallera. El nadador falleció por ahogamiento. Las instrucciones recibidas por los soldados se basaban en el art. 89 del reglamento de servicio 30/10, que establecía la obligación de “detener provisionalmente o, en su caso, abatir, a quienes traspasen ilegalmente la frontera”. Los guardias fueron relevados esa misma noche de su servicio de vigilancia y se los premió con una suma en dinero, además de concedérseles una distinción por méritos de servicio.

En 1994, luego de la reunificación alemana, el Tribunal Supremo Federal consideró que la legislación de la República Democrática Alemana, vigente al momento del homicidio del nadador fugitivo, era ineficaz para justificar la conducta de los guardias ya que atentaba contra “mandatos elementales de justicia y los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional” (para una reconstrucción del caso, con una valoración desde una perspectiva no positivista ver Alexy, 2000).

A la luz de la discusión que se ha presentado en este capítulo, conteste las siguientes preguntas:

1. ¿Cómo valorarían la decisión del caso de los guardianes del muro las corrientes teóricas positivistas, iusnaturalistas y realistas?
2. ¿Qué significa la fórmula “la injusticia extrema no es derecho” acuñada por Radbruch y citada por el Supremo Tribunal Federal para justificar su decisión?
3. ¿Era válido juzgar el caso de acuerdo con la legislación de la RDA, que incluía normas reconociendo el derecho a la vida y la integridad corporal, que podían ser interpretadas como incompatibles con el reglamento que autorizaba a los guardias del muro a disparar a los fugitivos? ¿O el hecho de que la Alemania del Este no cumpliera con los requisitos mínimos de un estado de derecho invalidaba esta posibilidad?

## Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Doxa*, 23, 197-230.
- Aarons, M. (2008). Justice Betrayed: Post-1945 Responses to Genocide. En D. Blumenthal y T. McCormack, T. (Eds.), *The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalised Vengeance?* (pp. 69-97). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Austin, J. (1995). [1832]. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge (MA): Cambridge University Press.
- Bentham, J. (2000). [1781] *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books.
- Bix, B. (2009). *Jurisprudence*. Durham: Carolina Academic Press.
- Bobbio, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México D.F: Fontamara.
- Coyle, S. (2003). Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 16, Issue 02, 243-270.
- Finnis, J. (1999). The Truth in Legal Positivism. En R. P. George (Ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, (pp. 195-214). New York: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2002). Natural Law: The Classical Tradition. En J. Coleman y S. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, (pp. 1-60). New York: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Second Edition. New York: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2018). 'Aquinas' Moral, Political, and Legal Philosophy. En E. N. Zalta (Ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas-moral-political/>.
- Kelly, J.M. (1992). *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Colihue.
- Leiter, B. (2015). Realismo jurídico estadounidense. En J. Fabra Zamora y Á. Nuñez Vaquero (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 1, pp. 241-276.
- Murphy, M. (2006). *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. New York: Cambridge University Press.
- Roland, P. (2012). *The Nuremberg Trials. The Nazis and their Crimes Against Humanity*. London: Arcturus Publishing Limited. Recuperado de <https://books.google.com.uy>
- Ross, A. (2005). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Soto, I. (2017). *El Iusnaturalismo egoísta de Thomas Hobbes*. Madrid: Marcial Pons.
- Waldron, J. (2002). Legal and Political Philosophy. En J. Coleman y S. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, (pp. 352-381). New York: Oxford University Press.

# Moral y Derecho: la discusión contemporánea

Ricardo Marquisio

## 1. Introducción

Por sentencia Nro. 159/2005, la Suprema Corte de Justicia resolvió hacer lugar al reclamo de D.E. de que se rectificara su partida de nacimiento, modificándose su nombre de nacimiento y la asignación de sexo, de femenino a masculino.

La regulación legislativa de la rectificación de partidas era, al momento de dictarse la sentencia, restrictiva. El art. 73 de la ley del Registro de Estado Civil (de 1879), entonces vigente, establecía una regla jurídica que podía expresarse del siguiente modo:

*R1: Está prohibido modificar los datos identificatorios de una persona asentados en una partida de estado civil, con dos excepciones: falsedad y error de los datos identificatorios al momento de la inscripción.*

No había en el caso discrepancias sobre la legislación aplicable. Tampoco había dudas sobre la veracidad de la partida de nacimiento de D.E. en cuanto constataba los datos que surgían al momento de la inscripción (asignación de sexo femenino y nombre).

Sin embargo, al fundar su sentencia, la Corte afirmó que la legislación no agota el ámbito del derecho aplicable, dado que existen otros criterios valorativos que necesariamente debe tener en cuenta el juzgador. La solución estimatoria del reclamo estaba justificada, según el máximo órgano judicial, en una:

razonable y justa ponderación entre los principios, valores y derechos fundamentales involucrados en la cuestión litigiosa, esto es, el derecho a la libertad en punto al proyecto de vida y realización integral de la personalidad e identidad sexual del accionante y el derecho de quienes con él se interrelacionan socialmente, de conocer los datos relevantes atinentes a su conformación biológica, básicamente en cuanto estos pudieran en su mérito decidir eventualmente estrechar vínculos afectivos íntimos que necesariamente deben sustentarse en la verdad y la buena fe que posibiliten una decisión libre. En otros términos, en el enfrentamiento entre el derecho a la libertad (art. 7 de la Carta) y el principio general de la buena fe y la proscripción del fraude y el engaño (art. 72, por su inherencia a la dignidad de la persona humana) las sentencias en examen efectúan un adecuado balance o estimación del peso de cada uno (dimensionofweight, Dworkin) en atención a las especiales circunstancias del caso.

La sentencia implicaba que el mencionado art. 73 debía leerse:

*R2: Se autoriza a rectificar o modificar la partida las Actas de Estado Civil, por enmienda (hacia el futuro), cuando se produzca la variación del nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental.*

Las razones que proporcionan los ministros de la Corte para modificar la regla restrictiva que —es razonable suponer— quiso establecer el legislador del siglo XIX (resulta poco probable que quienes votaron en su momento la Ley de Registros hayan imaginado que pudiera modificarse el sexo asignado al nacimiento) se basan en principios y derechos vagos y abstractos (libertad, buena fe, dignidad, prohibición de fraude y engaño), mencionados en la Constitución y en Pactos Internacionales de Derechos Humanos. La Corte utiliza aquí argumentos morales para modificar una solución legislativa (aunque denomina la solución como “interpretación evolutiva”) pero atribuye el origen de estos argumentos a normas jurídicas de rango superior como la Carta o las convenciones de derechos humanos.

La sentencia en examen revive la vieja cuestión de la relación entre la moral y el derecho y es un buen resumen de las interrogantes que dan forma contemporánea a esa discusión. ¿Qué es lo que hace que un estándar de conducta pueda ser considerado *derecho*? ¿Todo el derecho se origina en las fuentes sociales o existen estándares de conducta jurídicamente válidos que no requieren mención o reconocimiento por ninguna ley, sentencia o costumbre? ¿Exige la identificación del derecho acudir al razonamiento moral en todos los casos o, al menos, en algunos casos? ¿Puede la moral incorporarse al derecho?

En este capítulo, vamos a explorar algunas de las líneas teóricas contemporáneas más relevantes que responden esas preguntas. En gran medida, la discusión actual es heredera del denominado debate “Hart-Dworkin”, que es en realidad la contraposición entre la versión del positivismo que presenta H.L.A. Hart en su muy influyente obra *El concepto de Derecho* (1961) y el antipositivismo defendido por Ronald Dworkin, principalmente, en sus obras *Los derechos en serio* (1977) y *El imperio de la Justicia* (1986).

## 2. El debate Hart-Dworkin

### 2.1. El giro hermeneútico de H.L.A. Hart

Al publicar *El concepto de derecho*, Hart tenía en mente brindar a los estudiantes de sus cursos de filosofía del derecho un texto introductorio. Sin embargo, la obra se convirtió en la referencia fundamental del debate acerca de la naturaleza y normatividad del derecho durante las décadas finales del siglo XX y hasta hoy.

Hart, en tanto positivista, creía que el derecho es una construcción social, un artefacto que elaboran los seres humanos para resolver algunos de los múltiples problemas que genera la vida en sociedad. Aquí “construcción social” se opone a “naturaleza”. El derecho no está en el modo de ser “natural” de las cosas (en el sentido en que sí lo están las leyes de la física o los códigos genéticos) sino que es un producto de la vida social que solo resulta necesario a partir del momento en que las sociedades humanas adquieren una cierta complejidad.

Pese al nombre de la obra, Hart no estaba preocupado por ofrecer un “concepto de derecho” sino por estudiar las condiciones bajo las cuales se hace necesario que las sociedades posean sistemas jurídicos y los rasgos centrales que estos presentan. Para Hart, la característica más general del derecho es que hace que ciertas conductas humanas dejen de ser optativas y se vuelvan obligatorias. Pero la forma en que obliga el derecho se diferencia de otras dos maneras en que las conductas pueden llegar a ser obligatorias. Una es la que surge de las órdenes respaldadas por amenazas para el caso de que no sean cumplidas,

que nos permiten diferenciar, en el ejemplo que ya vimos en el capítulo anterior, entre las pretensiones del asaltante de bancos y las del recaudador de impuestos. La otra es la moral que nos proporciona razones categóricas para actuar. Si reconocemos una obligación como moral (por ejemplo, no mentir) entendemos que debemos cumplir con ella, aunque nos resulte inconveniente o prefiramos realizar la conducta contraria a ella (aun si, por ejemplo, mentir favorece nuestros intereses o deseos).

Hart planteó que la clave para resolver el problema de la normatividad del derecho, en un sentido que no sea ni el de las amenazas ni el de la moral, se encuentra en la idea de regla. Su análisis se centra en el tipo de reglas con las que los jueces justifican sus decisiones, que suponen criterios compartidos acerca de razones para alabar o censurar conductas, y para entender que determinados actos tienen consecuencias específicas.

Hart (1961) presenta un modelo positivista de teoría jurídica en contraposición con el de John Austin que —como se dijo en el capítulo anterior— explicaba el concepto de derecho a partir de dos términos muy simples: órdenes y hábito de obediencia.

Para Hart, hay varias razones por las cuales las teorías imperativistas como la de Austin fracasan.

En primer lugar, el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas parece solo apropiado para dar cuenta de las leyes penales (que describen conductas y establecen castigos para quienes incurran en ellas) y no para otras normas, que no vacilamos en considerar jurídicas, como las que atribuyen potestades a las autoridades para legislar o resolver conflictos dictando sentencias, o a los particulares para producir efectos jurídicos (como otorgar testamentos o contraer obligaciones contractuales). En segundo lugar, aun en el caso de las leyes penales, las normas jurídicas difieren de las órdenes respaldadas por amenazas en que (al menos en la mayoría de los sistemas jurídicos) también se aplican a quienes las sancionan. En tercer lugar, muchas normas consuetudinarias suelen ser reconocidas como jurídicas, aunque evidentemente no tienen origen en la voluntad de un soberano y no pueden ser, por tanto, análogas a la orden de alguien. En cuarto lugar, el hábito de obediencia no explica la continuidad de los sistemas jurídicos tras los cambios de autoridad (la muerte de un rey, la elección de un nuevo presidente o Parlamento) y el carácter de “supremo” no puede identificarse con los modernos estados de derecho, en los que una de las reglas fundamentales es la limitación del poder de los gobernantes y su sometimiento a las leyes.

Hart propone una explicación del derecho orientada a superar los defectos del imperativismo, centrada en la idea de regla que parte de la distinción intuitiva entre “verse obligado” y “tener una obligación”. Cuando decimos que alguien “se vio obligado” a hacer algo (como darle su dinero al asaltante), hacemos referencia a los motivos que tuvo el destinatario de un requerimiento de conducta (el asaltante lo amenazó con dispararle con un revolver). Si, en cambio, afirmamos que alguien “tenía la obligación” de hacer algo, queremos decir que la conducta que se le exige encaja en los supuestos de una regla de acción.

Una regla es una pauta general de conducta. A diferencia del hábito (que es la mera repetición de una cierta conducta) la invocación de una regla permite justificar la conducta propia o criticar la ajena, tomando como referencia la pauta que ella proporciona.

Algunas reglas no generan obligaciones sociales (como las reglas de etiqueta) pero otras sí lo hacen y ese es el caso de las reglas jurídicas. Para que una regla establezca obligaciones se requieren dos condiciones:

- a. que la exigencia general en favor de la conformidad sea insistente;
- b. que la presión social contra quienes se desarrollan conductas desviadas sea muy grande.

Las reglas sustentadas por la presión social serán aquellas que las sociedades consideran lo suficientemente importantes, con relación a ciertos bienes sociales, como para reclamar a los individuos conductas que, en ocasiones, estos preferirían no realizar.

Frente a la existencia de reglas jurídicas, los individuos pueden guiarse por ellas asumiendo dos tipos de actitudes. Una es la aceptación voluntaria de las reglas y la disposición a contribuir con su estabilidad, lo que significa, en palabras de Hart, la adopción del *punto de vista interno*. La otra es el enfoque puramente predictivo, que rechaza las reglas y solo las toma como indicación de la probabilidad de un castigo si no se cumple la conducta deseada, esto es, el punto de vista externo.

Los sistemas jurídicos surgen en una sociedad cuando a las reglas *primarias*, que son las que imponen obligaciones a los individuos, se añaden reglas de otro tipo, que Hart denomina *secundarias*. El autor nos pide que imaginemos una sociedad tan simple (“primitiva”, una terminología que hoy suena anticuada) que pueda concebirse sin un sistema jurídico. Una sociedad así solo es posible cuando hay muy escasa diferenciación entre los individuos y los lazos sociales (de parentesco o comunidad) entre ellos son muy fuertes. Una comunidad con esas características solo necesita reglas primarias, pero se requiere una amplísima aceptación de estas por la población, que asume en forma virtualmente unánime el punto de vista interno (quienes rechazan las reglas y solos las obedecen por la presión social constituirán una pequeña minoría, no significativa).

Para Hart, cualquier sociedad que adquiera cierta complejidad (por ejemplo, cuando se debilita la estabilidad y disminuyen los lazos sociales por diferencias de cualquier tipo) se enfrentará a algunos problemas que no podrá resolver sin una drástica transformación institucional. En primer lugar, la falta de certeza: al no haber un criterio común para identificar las reglas, las personas no dispondrán de un procedimiento común para resolver las dudas sobre si existe o no una regla concreta, o acerca del alcance de la aplicación de algunas de ellas. En segundo lugar, las reglas serán estáticas en el sentido de que no habrá un procedimiento para cambiarlas y solo podrán modificarse por un lento proceso informal que lleva a que ciertos cursos de acción que antes resultaban optativos pasan, en virtud de la opinión generalizada, a ser obligatorios. En tercer lugar, la presión para el cumplimiento será ineficiente y habrá controversias permanentes sobre si ha existido o no, en los casos concretos, incumplimiento de las reglas.

Las reglas secundarias constituyen soluciones para los problemas que enfrentaría una sociedad constituida exclusivamente por reglas primarias y su introducción es la que permite imaginar el paso de un mundo social *prejurídico* a uno *jurídico*. Las reglas secundarias hacen referencia a las reglas primarias y pueden entenderse como enunciados acerca de ellas. El problema de la falta de certeza se soluciona con la *regla de reconocimiento* que determina las características que debe tener una pauta de conducta para ser una regla del grupo. Estas pueden ser muy simples, por ejemplo, estar incluidas en una tabla de prescripciones o en un documento muy sencillo. O pueden ser complejas, como los criterios de los jueces acerca de los modos válidos de crear derecho en los Estados contemporáneos, que incluyen fuentes locales, nacionales y supranacionales. El problema del carácter estático del sistema social se remedia con la *regla de cambio*. Esta atribuye la autoridad para introducir nuevas reglas primarias a grupos de individuos y establece procedimientos para que ello sea posible. Por ejemplo, la autoridad del Parlamento para crear leyes o la de los particulares

para crear obligaciones a través de contratos y testamentos. La solución para el problema de la insuficiencia de la presión social para el logro del cumplimiento se presenta a través de la *regla de adjudicación*. Se trata de la atribución a un grupo de personas de la autoridad para juzgar si, en los casos concretos, existió violación de las reglas primarias y también (aunque ello no es *conceptualmente* necesario) para la imposición de sanciones cuando el incumplimiento es constatado.

La idea de una regla de reconocimiento constituye un gran aporte de Hart, en el marco de la tradición positivista, a la discusión sobre la validez y normatividad del derecho. Esta regla es la que permite tanto a los funcionarios estatales como a los particulares contar con criterios de identificación de las reglas primarias. La regla de reconocimiento establece los criterios de validez que deben cumplir las demás reglas y, por tanto, de ella no tiene sentido predicar su validez o invalidez. Se trata de la regla última del sistema, pero, a diferencia de la norma básica fundante kelseniana, no es un presupuesto o una ficción, sino que tiene carácter fáctico: surge como respuesta a la pregunta de cuáles son, de hecho, los criterios compartidos en la práctica para la determinación de la validez de todas las demás reglas del sistema. La afirmación de que ella existe es un enunciado externo que constata “una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios”.

En la práctica jurídica cotidiana no existe comúnmente la necesidad de que la regla de reconocimiento sea mencionada en forma expresa, sino que su existencia se concluye a partir de los criterios convergentes de identificación del derecho que utilizan los tribunales y los abogados. Quienes resuelven, discuten o reclaman algo de acuerdo con el derecho realizan afirmaciones que implican la aceptación de esta regla en cuanto presuponen, al invocar ciertas normas como decisivas para los casos concretos, los criterios compartidos de validez del sistema.

Para que exista un sistema jurídico, es necesario que se cumplan dos condiciones: las reglas válidas del sistema tienen que ser generalmente obedecidas por la población y las reglas secundarias (reconocimiento, validez y cambio) tienen que ser, además, aceptadas por los funcionarios estatales quienes adoptan el punto de vista interno con respecto a ellas y critican a quienes se desvían de la pauta establecida.

La adopción del punto de vista del participante como definatorio de aquello que le corresponde describir a la teoría jurídica constituye el *giro hermeneútico* con que Hart pretendió dar respuesta al problema de la normatividad del derecho (Bix, 2009, pp. 36-37). Según Hart, quien acepta un sistema jurídico tiene una razón específica para comportarse del modo en que las reglas del sistema prescriben. A diferencia de las órdenes del asaltante que solo pueden hacerme *sentir obligado* a entregarle mi dinero por temor a sufrir un daño mayor que la pérdida de este, las reglas de derecho válido obligan en virtud de su aceptación por parte de los participantes. Sin embargo, su eficacia normativa *consideradas todas las circunstancias* puede ser nula, si las exigencias jurídicas son arbitrarias, injustas o inconvenientes. Puede ocurrir que, aun para quienes las han aceptado, existan razones morales para no obedecerlas o incluso para desafiarlas abiertamente.

Tanto la crítica de Hart a las posturas reductivas y escépticas, como su propia propuesta, ejemplifican la pretensión de muchos integrantes de la tradición positivista de dar cuenta de la normatividad del derecho evitando afrontar el problema de la objetividad de los valores. Para el positivismo de autores como Kelsen y Hart, es posible dejar de lado las dificultades metaéticas a la hora de justificar la normatividad del derecho pues, aun cuando

no haya una moral objetiva, puede darse cuenta del modo en que el derecho obliga ya sea presuponiendo la validez (como es el caso de la norma básica fundante kelseniana) o, en el planteo de Hart, a través de una suerte de sociología normativa en la que las creencias convergentes de los participantes son las que permiten al teórico reconstruir la normatividad del sistema<sup>19</sup>.

Aunque la respuesta de Hart al problema de la normatividad jurídica tenga múltiples limitaciones, su premisa metodológica iluminó la discusión posterior. Una vez que se reconoce que la normatividad del derecho depende de las razones de sus destinatarios para actuar, se comprende que ello solo puede determinarse desde la postura de un agente normativo (persona racional) y el debate se traslada, por tanto, a la plausibilidad de alguna caracterización de la agencia en cuestión. La existencia y posibilidad de identificación de razones jurídicas tienen como condición necesaria la aceptación de una perspectiva específica: el punto de vista jurídico.

Para entender la postura de Hart respecto al problema de la separación entre el derecho y la moral es ilustrativo considerar la distinción entre la moral social y la moral crítica. La primera es el conjunto de normas de conducta que la mayoría de los miembros de la sociedad aceptan en un momento determinado. Es la moral vigente, impuesta de hecho. Que una regla sea parte de la moral social no la hace legítima desde el punto de vista de cualquiera que se pregunte qué exige *realmente* la moral. Esto es, precisamente, la moral crítica. La diferencia es evidente si consideramos que en el pasado han sido parte de la moral social prácticas que hoy repudiamos de manera virtualmente unánime, como la esclavitud. También podemos considerar que, aunque tuviéramos la desgracia de pasar a vivir hoy mismo en un orden en el que la mayoría de la sociedad aceptara la esclavitud, no tendríamos razones para dejar de considerarla inmoral.

Para Hart, una sociedad que carece de sistema jurídico se rige por la moral social: el conjunto de pautas de conducta que la generalidad de sus miembros acepta como correctas y obligatorias. Un sistema jurídico permite diferenciar el derecho de la moral social mediante la introducción de las reglas secundarias. Así, puede haber normas morales de gran aceptación social que el derecho no recoge. Por ejemplo, imaginemos una sociedad dictatorial en la que la amplia mayoría de las personas está de acuerdo con la libertad de expresión, pero las leyes establecen una férrea censura para todas las formas de comunicación del pensamiento. El derecho también se diferencia de la moral crítica pues los criterios de validez y normatividad del sistema jurídico no se basan en criterios sustantivos de corrección (el hecho de que ciertas conductas sean realmente buenas) sino en criterios formales de identificación. En el ejemplo anterior, el hecho de que la libertad de expresión sea moralmente correcta (y no tengamos duda alguna sobre ello) no nos impide reconocer que, en tanto sus leyes establecen regulaciones totalmente contrarias a ella, en la sociedad dictatorial imaginada no existe la libertad de expresión.

---

19 Sobre el positivismo jurídico y el problema de la objetividad de los valores en la teoría contemporánea, ver Marquisio (2015).

### 3. Ronald Dworkin y el derecho como integridad

Ronald Dworkin desarrolló, a lo largo de cuatro décadas, una teoría del derecho antipositivista. A los efectos didácticos, es útil dividir su pensamiento en tres etapas: su crítica inicial al positivismo, su teoría del derecho como integridad y su caracterización final del derecho como moral política institucionalizada.

#### 3.1. El primer Dworkin: el papel de los principios en la práctica jurídica como refutación del positivismo

Los argumentos centrales de Dworkin contra el positivismo jurídico se encuentran en una serie de artículos que el autor publicó a mediados de la década del 60 y que se recopilan en el libro *Los derechos en serio* (Dworkin, 1977).

La tesis central de Dworkin, en esta etapa, es que el positivismo presenta el derecho como un sistema de reglas y ello supone ignorar algunos estándares que los participantes de la práctica jurídica consideran obligatorios a la hora de resolver los casos que se plantean ante los tribunales. Se trata de los *principios* (estándares de justicia, moral o equidad) y las *directrices políticas* (estándares vinculados a objetivos comunitarios). Estos estándares normativos no se identifican por criterios de origen o pedigrí (como la regla de reconocimiento postulada por Hart) sino de contenido (morales, de conveniencia u oportunidad) y se vuelven especialmente relevantes en los casos difíciles (como el célebre *Riggs vs. Palmer*). En ellos, los estándares normativos son invocados para la resolución de los casos, justificando la creación jurisprudencial de nuevas reglas o la modificación de las vigentes.

Tomar en serio los principios implica, para Dworkin, concluir en la falsedad de los supuestos básicos del positivismo. El derecho de la comunidad no es un conjunto de reglas especiales (hay derecho de la comunidad que no está contenido en las reglas que puedan identificarse por su proveniencia de las fuentes sociales) y, en particular, no hay ningún criterio último que permita separar el derecho de la moral. Los jueces no ejercen discreción en sentido fuerte (sus decisiones nunca dejan de estar limitadas por el derecho pues, aun cuando no haya reglas que resuelvan el caso concreto, siempre habrá principios de aplicación obligatoria). Los derechos jurídicos no tienen como fundamento exclusivo las reglas, sino que también se basan en principios o constelaciones de principios que los jueces emplean en el entendido de que están obligados a hacerlo y no bajo el supuesto de que ejercen libertad o discreción.

El blanco principal del ataque dworkiniano es la regla de reconocimiento de Hart, que funciona como un test de identificación del derecho válido. Ese test no sirve para los principios que operan de modo lógicamente diferente a las reglas. Mientras que las reglas se aplican de modo disyuntivo (o bien son aplicables y resuelven el caso, si concuerdan con la descripción de los hechos, o no pueden considerarse derecho válido), los principios funcionan como estándares no concluyentes que permiten argumentar en cierta dirección y se comparan entre sí según una dimensión de *peso*. Esta dimensión varía significativamente de acuerdo con el caso. Un principio como “nadie puede beneficiarse de su propia ilicitud” puede considerarse decisivo (y obligar a los jueces a modificar las reglas preexistentes) en casos como *Riggs vs. Palmer*, pero ser irrelevante en otros (como en un juico de prescripción adquisitiva).

Al no poder dar cuenta de la totalidad de los contenidos del derecho, la regla de reconocimiento es, por tanto, falsa. Y tampoco puede ser corregida o reformulada para dar cabida a los principios. Si se pretendiera que la regla de reconocimiento incluyera, entre los criterios de validez, estándares como principios y directrices, dicha regla renunciaría a ser un criterio significativo de determinación del derecho. Sería, o bien una tautología (decir “el derecho es el conjunto de reglas y principios” equivale a decir algo así como “el derecho es lo que el derecho es”), o bien una fórmula de una complejidad inmanejable (una regla de reconocimiento que pretendiera dar cuenta de los principios como criterios de validez jurídica tendría que establecer no solo el conjunto de principios potencialmente aplicables, que son diacrónicamente cambiantes, sino también su dimensión de peso relativo en todos los casos posibles).

Un problema de esta temprana estrategia antipositivista radica en que todavía suponía una cierta separación entre el derecho y la moral, en tanto defendía que los jueces son llamados a resolver los casos, no sobre la base de cualquier principio que la moral crítica pudiera justificar, sino basados en un set de principios específicos: aquellos implícitos o subyacentes en las acciones pasadas de funcionarios (legisladores, jueces) (Bix, 2009, p. 92).

Por otra parte, la dicotomía lógica con la que Dworkin presenta las reglas y los principios parecía coincidir con la creencia positivista del derecho como un conjunto de estándares que se pueden individualizar y “contar”, algo que, en palabras de Dworkin, constituye una especie de “ficción escolástica”. El propio Dworkin, en su obra de madurez, reconoció la contribución de su “principalismo” temprano a este malentendido (Dworkin, 2006, p. 4 y p. 264; 2011, p. 402).

### 3.2. El segundo Dworkin: el derecho como integridad

Suele denominarse “segundo Dworkin” al conjunto de escritos en los que este autor plantea su teoría interpretativa y la idea del “derecho como integridad”. El trabajo más destacado es *El imperio de la Justicia* (Dworkin, 1986).

Dworkin presenta una teoría normativa que toma el derecho (en su sentido *doctrinal*) como un concepto interpretativo y argumentativo. Se trata de una práctica social, centrada alrededor de ciertos valores (aquellos que dan sentido a una sociedad democrática y liberal). Las reglas y principios tienen sentido como argumentos acerca de lo que la práctica, en su mejor interpretación, exige de sus participantes.

Dworkin se ocupa de los desacuerdos teóricos en el derecho. En primer lugar, su objetivo es comprender de qué tipo son, para luego proponer una teoría sobre los fundamentos apropiados del derecho en el marco de tales desacuerdos.

A diferencia de otros fenómenos sociales, el derecho es una práctica esencialmente argumentativa, de la que solo se puede participar si se comprende que lo exigido o permitido depende de la verdad de ciertas propuestas que tienen sentido *solo* dentro de la práctica. Este aspecto argumentativo de la práctica legal puede ser estudiado desde dos perspectivas diferentes. Una es la externa, la perspectiva del sociólogo o el historiador, que se pregunta, por ejemplo, por qué algunas pautas del argumento legal se desarrollan más en ciertos períodos que en otros. Este enfoque es posible pero no tiene ningún interés para saber qué derechos tenemos en *nuestra* comunidad y cuáles de *nuestros* reclamos son fundados como exigencias de la práctica. La otra es la perspectiva interna que adoptamos

cuando hacemos planteos sobre lo que se requiere de acuerdo con el derecho (sentido doctrinal del concepto de derecho). Por ejemplo, cuando reclamamos que alguien debería compensarnos por el daño que nos causó su negligencia al conducir. O cuando exigimos que un homicida sea castigado con una pena determinada.

Para Dworkin, las teorías que asumen el punto de vista externo, realizando enfoques generales y descriptivos sobre los sistemas jurídicos, ignoran la estructura característica del argumento legal, lo que les impide dar una explicación satisfactoria a los desacuerdos jurídicos. Los enfoques filosóficos inspirados en el positivismo están afectados por lo que Dworkin llama “aguijón semántico” que consiste en creer que, para que podamos involucrarnos unos con otros en discusiones sensatas, es necesario que todos aceptemos y sigamos los mismos criterios de decisión sobre el fundamento de nuestros reclamos, incluso si no podemos formular con exactitud estos criterios.

Una teoría semántica no es aplicable para el debate teórico sobre el derecho porque no constituye una adecuada caracterización del debate entre los miembros de una comunidad en particular, que comparten prácticas y tradiciones y discuten sobre la mejor interpretación de ellas. Cuando los participantes disienten sobre lo que requiere alguna tradición o práctica en circunstancias concretas, los postulados suelen ser polémicos y el desacuerdo es genuino a pesar de que las personas usen diferentes criterios para la formación de estas interpretaciones. Es genuino porque las interpretaciones que rivalizan están dirigidas hacia los mismos objetos o sucesos de interpretación.

Las personas interpretan en muchos contextos diferentes. Uno de estos contextos, el más familiar, es la conversación. Otro contexto es la interpretación científica, y un tercer contexto es el artístico. La interpretación de una práctica social (como el derecho) es similar a la interpretación artística en el siguiente sentido: ambas apuntan a interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas, en lugar de lo que las personas dicen (como en la conversación) o los sucesos no creados por las personas (interpretación científica). Tomando en cuenta dicha similitud, Dworkin denomina ambas formas de interpretación como “creativas”, para distinguirlas de la interpretación científica y de la conversación.

La interpretación de las prácticas sociales y de las obras de arte se ocupa esencialmente de los propósitos y no de las meras causas (como la ciencia). La interpretación creativa implica construcción, ya que los propósitos relevantes para establecer la respuesta que exige o requiere no son los del autor sino los del intérprete (a diferencia de la conversación).

A grandes rasgos, una interpretación constructiva es la búsqueda del propósito atribuible a un objeto (o a una práctica) que hace de él el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece. Pero eso no quiere decir que un intérprete pueda hacer de una práctica o una obra de arte algo que no es por el mero hecho de que él habría querido que fuera diferente. Tanto la historia como la forma de una práctica u objeto restringen las interpretaciones disponibles, aunque dicha restricción debe tener buenos fundamentos. La interpretación creativa es una cuestión de interacción entre propósito y objeto. Un participante que interpreta en forma creativa una práctica social propone un valor para dicha práctica al describir un esquema de intereses, objetivos o principios que dicha práctica pueda servir, expresar o ejemplificar. Esos datos serán compatibles con atribuciones de sentido diferentes y rivales.

Dworkin distingue tres etapas en la interpretación:

a. Etapa “preinterpretativa” en la que se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica (la etapa equivalente es aquella en la que se identifica un objeto como “novela”, “pieza teatral”). Lo “preinterpretativo” está entrecomillado porque aún en esta etapa hay algún tipo de interpretación. Sin embargo, se necesita un alto grado de consenso para que la interpretación sea fructífera. Por ejemplo, necesitamos un acuerdo básico para diferenciar una novela de un ensayo o un volumen de una poesía.

b. Etapa interpretativa. En ella, el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica interpretativa. Esto consistirá en un debate de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. Por ejemplo, si queremos establecer los rasgos que hacen a una novela “buena”, nos basaremos en todos los ejemplares de novela que hayamos conocido en el pasado.

c. Etapa postinterpretativa o reformadora en la que se ajusta el sentido sobre lo que requiere “en realidad” la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta la etapa interpretativa. En el caso de la novela, sería en esta etapa cuando decidimos cuál es la mejor interpretación de una novela en concreto, a la luz de los argumentos disponibles.

Al caracterizar la empresa interpretativa, debemos realizar una distinción importante entre dos tipos de actitud escéptica frente a sus posibles resultados. La mayoría de las personas cree que algunas interpretaciones son mejores que otras. En cambio, para ciertas tesis escépticas suponer que las interpretaciones pueden ser correctas o incorrectas constituye un error filosófico.

Para Dworkin, corresponde hacer una distinción crucial: el escepticismo dentro de la empresa de interpretación (una posición sustantiva sobre la mejor interpretación de una práctica o de una obra de arte) y el escepticismo sobre y fuera de dicha empresa. Un escéptico interno se dirige a los reclamos que desafía (no se puede, por ejemplo, interpretar *El combate de la tapera* asumiendo que su hilo narrativo es la denuncia de la condición posmoderna). El escepticismo externo es una teoría metafísica que niega que haya valores estéticos o morales. Es externo porque no está comprometido con la existencia, el valor y la continuidad de práctica, y condena la creencia de que a la interna de ella haya alguna respuesta correcta.

Dworkin no acepta el escepticismo externo porque piensa que los juicios morales no son descripciones de un reino moral, metafísico y especial. El lenguaje de la objetividad no se utiliza para dar a los reclamos interpretativos una base metafísica sino para enfatizar o calificar su contenido o también para distinguir argumentos personales de impersonales. Por ejemplo, si digo que la esclavitud es algo erróneo, para dejar en claro que pienso que es condenable aun en aquellas comunidades que la aceptan. Si alguien dice que estoy equivocado, debe querer decir que la esclavitud no es incorrecta en absoluto o no es incorrecta en todas partes. Esta es una versión de escepticismo interno.

Para Dworkin, el escepticismo externo no puede amenazar ningún proyecto interpretativo porque este no necesita suponer que hay valores “allá afuera”. El único escepticismo con el que vale la pena discutir es el interno (que puede ser muy amplio) y que debe defenderse con argumentos del mismo carácter que los del rival al que se opone y no ser reclamado a partir de alguna pretensión metafísica o empírica.

El derecho es un concepto interpretativo y eso determina la responsabilidad de sus protagonistas centrales: para los jueces es un deber continuar, en lugar de descartar, la práctica que han elegido (no pueden dejar de fallar estableciendo el mejor derecho en los

casos que se les plantean) y ello requiere encontrar los mejores argumentos disponibles desde un ejercicio de interpretación constructiva. De esta forma, desarrollan teorías sobre sus responsabilidades en el marco de la práctica jurídica y cuando disienten, en lo que Dworkin denomina “forma teórica”, sus desacuerdos son interpretativos. Las teorías interpretativas de cada juez se basan en sus propias convicciones sobre el sentido de la práctica legal como un todo y es inevitable que estas convicciones sean diferentes, al menos en el detalle, de las de otros jueces.

Una caracterización así podría hacer pensar en una gran inestabilidad jurídica, en la medida que parece plausible un amplio grado de continuo disenso sobre qué es lo que realmente exige el derecho. Sin embargo, sostiene Dworkin, una variedad de fuerzas mitiga las diferencias y contribuye a la convergencia. Toda la comunidad posee paradigmas de derecho, suposiciones o proposiciones que la práctica judicial no puede objetar sin incurrir en corrupción o ignorancia. Cualquier juez uruguayo que diga que las reglamentaciones no son parte del derecho vería rápidamente desconocida su autoridad. Esto desalienta las interpretaciones más radicales e implausibles. Cierta conservadurismo es inevitable en la educación legal: las fuerzas tienden al equilibrio y el derecho fracasaría si las distintas teorías interpretativas en juego divergieran demasiado en una determinada generación. Pero también resultaría indeseable un tradicionalismo uniforme en el que el cambio fuera casi imposible. Lo que de modo inevitable sucede es que ciertas soluciones interpretativas son muy populares (como la fuerza de la legislación y su relación con el precedente) durante gran parte de la historia de la práctica. Otras son objeto de debate y controversia hasta que terminan siendo modificadas o descartadas. La línea de acuerdo y desacuerdo es temporaria. De repente, lo que antes parecía inobjetable comienza a resultar objeto de controversia y se desarrolla una interpretación nueva o incluso contrapuesta en forma radical de una parte importante de la práctica legal por parte de algunos tribunales. Luego, esta se expande; los paradigmas vigentes se rompen y surgen nuevos paradigmas que los reemplazan.

Dworkin denomina a su concepción interpretativa *derecho como integridad*. Su objetivo no es recapturar los propósitos o ideales de los políticos que establecieron las diversas leyes. Es justificar lo que hicieron en el marco de una historia general que valga la pena ser contada aquí y ahora. Exige una apreciación de la historia de la práctica comprometida con su valor. Su horizonte es que la práctica actual puede ser organizada y justificada según principios lo suficientemente atractivos para garantizar un futuro honorable.

El derecho como integridad requiere que cada juez que resuelva un caso de derecho se considere como alguien que ocupa un lugar en una práctica que tiene historia, asimilable a un autor que escribe un capítulo de una novela en cadena. Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden los casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad. En *El imperio de la justicia*, Dworkin distingue dos aspectos diferentes de esa tarea: concordancia y justificación. Las convicciones sobre concordancia proporcionan un requisito inicial que una interpretación de una parte del derecho deberá cumplir para ser elegible. Por ejemplo, cualquier teoría que sostuviera como principio de derecho privado para Norteamérica que los ricos deben compartir su riqueza con los pobres sería invalidada. De igual modo, alguien que desconociera la competencia del Poder Legislativo. La historia legal delimita el papel que pueden desempeñar las convicciones personales del juez.

En cambio, cuando la prueba inicial de concordancia no discrimina entre dos interpretaciones de algún estatuto o secuencia de precedentes, los jueces se encontrarán con los casos difíciles. En tales ocasiones, deben decidir entre las interpretaciones elegibles, preguntándose qué dicen de la estructura de la comunidad de las instituciones y decisiones, bajo el mejor enfoque posible, desde la perspectiva de la moralidad política. Dado que la mayoría de los jueces será como las demás personas de su comunidad, la equidad política y la justicia abstracta no rivalizarán a menudo para ellos. Sus concepciones de trabajo incluirán un principio de más alto orden que articule los otros dos. Por ejemplo, los jueces suelen asumir que las decisiones políticas deberían respetar, en general, la opinión de la mayoría legislativa, pero también que este requisito se torna menos serio o desaparece a la hora de juzgar sobre derechos constitucionales. Los casos muy difíciles obligarán a cada juez a desarrollar su concepción de derecho junto con sus principios más abstractos de moralidad política, de forma tal que se apoyen mutuamente (Dworkin, 1986).

### 3.3. El tercer Dworkin: El derecho como moral institucional

En la última etapa de su obra, Dworkin (2011) vuelve a aproximarse a la relación entre la moral y el derecho. Argumenta por el reemplazo de lo que denomina la “visión tradicional”, que considera equivocada y en la que incluye su propia teoría interpretativista del derecho.

En la “imagen ortodoxa”, “derecho” y “moral” se describen diferentes colecciones de normas. Se concibe que el derecho pertenece a una comunidad específica como obra de seres humanos y que es construido a través de decisiones contingentes. La moral, en cambio, estaría constituida por normas de fuerza imperativa para todo el mundo (no es “obra de nadie”) y no estaría supeditada a ninguna decisión humana. Que el derecho uruguayo imponga una pena determinada a quien cometa un homicidio se considera contingente, mientras que el hecho de que las personas tengan la obligación moral de abstenerse de matar a otros, se plantea como necesario.

La teoría del derecho tradicional se pregunta: ¿Cómo se relacionan estas dos clases de normas? Una conexión sería obvia: la moral debería guiar la creación del derecho y, salvo circunstancias excepcionales, las comunidades no deberían sancionar leyes injustas. Pero la pregunta de la teoría del derecho clásica se orienta hacia la posibilidad de un tipo diferente de conexión: ¿Cómo afecta el contenido de cada sistema el contenido del otro, tal como están las cosas? ¿Cómo influye en nuestras responsabilidades morales lo que el derecho estipula? ¿Hay una obligación moral de obedecer la ley, cualquiera fuere su contenido? ¿Hasta qué punto nuestros derechos y obligaciones jurídicos dependen de lo que exige la moral? ¿Puede una regla contraria a la moral considerarse parte del derecho?

Al considerar la relevancia de la moral para establecer lo que requiere el derecho en los casos jurídicos, Dworkin se concentra en dos teorías: el positivismo jurídico y el interpretativismo (su propia teoría).

Mientras que el positivismo ha considerado “criterial” el concepto de derecho (buscando identificar criterios de linaje u origen para determinar la verdad de las proposiciones jurídicas), el interpretativismo toma como interpretativo el concepto (doctrinal) de derecho y considera las afirmaciones sobre lo que la ley requiere como conclusiones de argumentos interpretativos (muchas veces no explicitados).

Por un lado, el positivismo considera los dos sistemas completamente independientes y considera que el derecho depende solo de cuestiones históricas de hecho, de un test

aceptado por la comunidad para determinar qué cuenta como derecho. Una ley injusta puede cumplir con ese test si fue sancionada por una legislatura sobre cuya aceptación como tal concuerdan los jueces. Por su parte, el interpretativismo (defendido por Dworkin en *El imperio de la justicia*) niega la completa independencia de los dos sistemas y plantea que el derecho incluye no solo las reglas específicas promulgadas por los métodos que acepta la comunidad sino también los principios que aportan la mejor justificación de dichas reglas, por lo que también incluye las reglas que se deducen de esos principios, aunque esas reglas nunca hayan sido promulgadas (por los métodos aceptados por la comunidad).

De acuerdo con Dworkin, la visión de los dos sistemas tiene un defecto fatal: si consideramos que el derecho y la moral componen dos sistemas separados de normas, no puede haber un punto de vista neutral desde el cual decidir cuáles son las conexiones entre ambos. Para adoptar alguna conclusión sobre alguna posible conexión, primero tendríamos que decidir si consideramos la pregunta sobre ella como jurídica o moral.

Si tomamos la pregunta como jurídica, no podemos responderla sin contar con una teoría sobre cómo leer el material jurídico y para ello necesitamos saber qué papel cumple la moral en el establecimiento del contenido del derecho. Si suponemos que el material jurídico incluye solo reglas con origen en la práctica convencional, hemos decidido a favor del positivismo. Si, por el contrario, suponemos que también incluye los principios necesarios para justificarlas, hemos decidido contra el positivismo y a favor del interpretativismo. Si, en cambio, tomamos la pregunta como moral, ya habremos presupuesto lo que queremos explicar. Si consideramos que sería bueno para la justicia que la moral tuviera un papel en el análisis jurídico, hemos decidido a favor del interpretativismo. Si, por el contrario, creemos que lo mejor para una comunidad es que el derecho y la moral se mantengan separados, entonces hemos decidido a favor del positivismo.

En cualquier caso, se trata de respuestas circulares que no pueden aportar ningún argumento verdadero a lo que queríamos probar y transforman el problema en insoluble o, peor, en una mera disputa verbal.

Para reemplazar la imagen tradicional, Dworkin propone considerar el derecho *como* moral: un solo sistema en el que el derecho se considera parte de la moral política y la forma de distinguirlo dentro de ella se basa en el fenómeno de la institucionalización. Los derechos políticos solo pueden distinguirse de los derechos morales personales cuando la comunidad ha desarrollado alguna versión de las reglas secundarias (en el sentido que planteaba Hart). Los derechos jurídicos se distinguen de otros derechos políticos cuando la comunidad tiene alguna versión rudimentaria del principio de separación de poderes. Así, tenemos dos clases de derechos y deberes políticos. Por un lado, los derechos legislativos que son derechos a que las facultades legislativas de la comunidad se ejerzan de determinada manera, por ejemplo, estableciendo un cierto sistema de educación pública o no incluyendo la censura en la regulación de la expresión política. Los derechos jurídicos son aquellos que las personas pueden hacer efectivos sin necesidad de ulterior intervención legislativa, por ejemplo, el derecho a que mi contraparte cumpla el contrato que acordó conmigo, de acuerdo con las estipulaciones del Código Civil.

Entre los dos tipos de derechos políticos, la diferencia no es de certidumbre (ambos pueden ser controversiales) sino de oportunidad: en una democracia, las peripecias de la política determinarán las oportunidades y los contenidos de la legislación. Aunque se les reconozca, los derechos legislativos no pueden tener, por tanto, vigencia inmediata. Los derechos jurídicos, en cambio, una vez reconocidos son inmediatamente aplicables y

dan, en principio, a cada miembro de la comunidad la oportunidad de obtener lo que le corresponde mediante procedimientos a los que tiene acceso directo.

Esto tiene consecuencias en cómo deberíamos entender la teoría del derecho. La filosofía política se ocupa, entre muchos problemas, de los derechos legislativos. La teoría del derecho, aunque se ocupa de los derechos jurídicos, es una teoría política que procura una respuesta normativa a una pregunta normativa: ¿bajo qué condiciones adquieren las personas derechos y deberes que se pueden cumplir de modo inmediato mediante instituciones adjudicativas? Esa pregunta puede hacerse con distintos niveles de abstracción (sobre comunidades más o menos específicas como el Uruguay, la Unión Europea o sobre cualquier lugar). Probablemente, en cualquier respuesta figurarán ciertos hechos (políticos) relacionados con la historia de la legislación y las convenciones sociales. La relevancia de estos hechos es objeto de disputa. Para el positivismo jurídico, estos hechos son decisivos a la hora de decidir cuáles son los derechos jurídicos de una comunidad. Para el interpretativismo, la respuesta es diferente, por cuanto afirma que los principios de la moral política también desempeñan algún rol al respecto. Se trata de teorías políticas normativas rivales y no afirmaciones contrapuestas sobre cómo desentrañar el sentido de conceptos criteriosales.

Esta imagen integrada del derecho y la moral como un solo sistema no niega la distinción que para Dworkin es “obviamente” esencial, entre lo que el derecho es y lo que el derecho debería ser. Esta distinción debe ser asumida como una complejidad dentro de la propia moral. La moral de una comunidad (al igual que, por ejemplo, la moral de una familia) es dinámica y la forma en que se haya decidido y ejercido la autoridad en el pasado aparece como relevante para las decisiones presentes. En cualquier momento, pueden distinguirse con claridad dos preguntas:

a. ¿Qué condiciones rigen, hoy, para el uso de la autoridad coactiva, dadas las características de la historia comunitaria?

b. ¿Qué condiciones habrían producido una mejor historia, en el sentido de mejores respuestas a las preguntas relevantes?

Las razones que una comunidad (o una familia) tiene para mostrar deferencia a su historia son razones morales (se basan en principios como el juego limpio, el aviso oportuno o la distribución equitativa de autoridad) que constituyen principios estructurantes en cuanto crean la moral característica de esa comunidad. Una decisión que no respetara esos principios estructurantes sería no solo sorprendente sino también inequitativa, a menos que alguna interpretación mejor de esos principios muestre por qué no lo es. Y cualquier nueva interpretación es en sí misma un ejercicio moral que no borra la distinción entre lo que la moral comunitaria es y lo que debería de haber sido. La mejor interpretación de los principios estructurantes puede hacer imponer que alguna decisión que ahora lamentamos se siga, sin embargo, como precedente. La interpretación nueva puede atenuar la diferencia, pero no evita que en alguna circunstancia alguien se vea obligado a ordenar lo que no habría querido ordenar (Dworkin, 2011).

## 4. El positivismo contemporáneo

Una consecuencia directa de los ataques dworkinianos fue la reformulación del positivismo para rechazarlos o para mostrar que resultan, en última instancia, compatibles con sus supuestos básicos. Las disputas internas del positivismo postdebate *Hart-Dworkin* se han centrado en la viabilidad de la denominada tesis de la incorporación, es decir, en si la posibilidad de identificar la existencia y el contenido del derecho a partir de las fuentes sociales es contingente (para quienes consideran que los sistemas jurídicos pueden “incorporar” criterios de mérito para esa identificación) o necesaria (para los que entienden que la tesis de la incorporación es falsa)<sup>20</sup>. Lo que unifica las muy diversas visiones de teoría jurídica que sostienen los positivistas contemporáneos es considerar el derecho como fundamentalmente social en su naturaleza: un artefacto humano cuya existencia y contenido depende, en última instancia, de hechos sociales. Según la tesis social, lo típico del derecho es el hecho de ser creado por seres humanos a través de instituciones sociales (parlamentos, tribunales, administraciones) y no que esté asociado a algún tipo de mérito moral.

Una buena síntesis de lo que significa ser un positivista jurídico hoy la presenta Gardner quien plantea la tesis de que en un sistema jurídico cualquiera, si una norma es válida (y, por tanto, si forma parte del derecho de ese sistema) es porque depende de las fuentes del sistema y no de sus méritos. Esta tesis es, por sí misma, “normativamente inerte”, lo que significa que no provee ninguna guía sobre lo que nadie debería hacer en ocasión alguna (Gardner, 2001).

La ambición del positivismo contemporáneo es, entonces, deliberadamente mínima. Si tomamos los tres problemas fundamentales de la teoría jurídica, esto es, la naturaleza, la validez y la normatividad del derecho, encontramos que el positivismo solo plantea respuestas completas acerca del segundo problema, limitándose a afirmaciones parciales con relación al primero y a no decir nada —*qua* positivismo— sobre el tercero.

Con referencia al problema de la naturaleza del derecho, la tesis social nos dice que su existencia e identificación depende, en última instancia, de ciertos hechos, pero deja abiertas cuestiones como las siguientes: ¿Los hechos que nos permiten identificar el derecho lo dotan de algún mérito moral? Y, en tal caso, ¿cuáles son las propiedades que hacen posible esa atribución? ¿Cómo hay que entender los aspectos específicos de la creación e identificación del derecho tales como la adjudicación constitucional? El positivismo jurídico no puede entenderse actualmente como una teoría completa sobre la naturaleza del derecho y ningún teórico puede ser exclusivamente positivista. Con referencia al problema de la normatividad, el positivismo contemporáneo ha respondido al desafío de Dworkin renunciando a la posibilidad de pronunciarse sobre las condiciones bajo las cuales el derecho de las fuentes puede crear efectivamente razones para la acción. La existencia del derecho, socialmente identificado, no determina (sin premisas adicionales sobre las bondades de cierto orden o estándar en particular), desde el punto de vista normativo, lo que deben hacer sus destinatarios (Dickson, 2012; Green, 2008).

La tesis social se ha impuesto como virtualmente no controversial precisamente por permanecer en silencio sobre la posibilidad de que, en algún orden jurídico concreto, el derecho creado e identificado necesariamente en el marco de instituciones sociales, dirija en sentido correcto la conducta de sus destinatarios.

20 Un resumen del estado actual de esa discusión se encuentra en Moreso (2015).

El positivismo contemporáneo subraya la importancia de este punto, en tanto el derecho, como cualquier artefacto humano, puede ser utilizado con fines acordes al bien común o para horribles propósitos tales como la comisión de genocidios. En particular, porque hace posible el ejercicio masivo de agencia colectiva al coordinar las acciones de un gran número de individuos, a través de planes autoritativos que las instituciones permiten conocer y seguir (Shapiro, 2011). La naturaleza social del derecho y sus típicos rasgos institucionales (la presencia de funcionarios especializados en crear e identificar normas es el más saliente) de los que da cuenta el positivismo, son esencialmente falibles, y hacen posible no solo fines moralmente inobjetables, sino también formas específicas de inmoralidad (Green, 2008). Las posibilidades de las instituciones jurídicas de crear tanto el bien como el mal son inmensas, lo que proporciona un argumento para que, desde la sola caracterización de lo jurídico por la tesis social, se deje abierta la cuestión de la normatividad de las prescripciones de cualquier sistema.

Ello no implica que el problema de la normatividad desaparezca ni tampoco que no sea relevante para la teoría jurídica. Los autores que se identifican como positivistas también se pronuncian sobre la normatividad del derecho, pero no lo hacen desde su condición de positivistas —en tanto, de modo inevitable, van más allá de la tesis social— sino desde proyectos teóricos más abarcadores que conectan la teoría del derecho con la filosofía moral y política, y muchas veces sus tesis se confunden con las de autores que rechazan la etiqueta “positivismo” (Marquisio, 2015).

Cualquier acercamiento relevante a las condiciones bajo las cuales el derecho puede generar razones para la acción incluirá el involucramiento con problemas. Por ejemplo, las condiciones en las que un agente moral autónomo puede ser obligado por normas heterónomas y los requisitos mínimos procedimentales y sustanciales de acuerdo con los cuales puede existir una autoridad estatal legítima.

La opción alternativa para el teórico positivista es el abandono de la cuestión normativa del derecho por considerarla un “pseudoproblema”, dejando de lado la idea de validez jurídica como obligatoriedad y restringiéndose al estudio de la validez como aplicabilidad, es decir, limitándose a dar cuenta de las condiciones sistémicas bajo las cuales se puede identificar el derecho aplicable por sus destinatarios sin que esto quiera decir nada sobre lo que deberían hacer y considerando el conjunto de razones (morales, prudenciales) que tienen para actuar (Bulygin, 2004).

#### 4.1. Positivismo inclusivo

La tesis que unifica las visiones de los autores denominados positivistas inclusivos es que la moral se puede incorporar, de modo contingente, al derecho. Dentro de las figuras más importantes del positivismo inclusivo (o positivismo suave o incorporacionismo) puede mencionarse a Hart, Waluchow, Coleman y Moreso.

Mientras la tesis social es el mínimo punto en el que los positivistas contemporáneos acuerdan, el foco principal de su desacuerdo lo constituye el problema de la incorporación de la moral al derecho. ¿Si el derecho depende de hechos sociales resulta posible que la moral pase a formar parte de él en virtud de lo que establezcan *ciertos hechos sociales*?

La mayoría de las Constituciones actuales, al igual que los tratados de derechos humanos, contienen innumerables menciones a principios morales. Tanto la Constitución como la ratificación de un tratado internacional son hechos sociales. Por ejemplo, la Constitución

uruguayana incluye en su art. 8º la mención al principio moral de igualdad. ¿Significa ello que la igualdad, por imperio de la Constitución, pasa a formar parte del sistema jurídico uruguayo? La respuesta afirmativa, muy extendida en la dogmática y jurisprudencia uruguayana, presupone la denominada tesis de la incorporación y los autores que la sostienen se consideran positivistas inclusivos o suaves. Por su parte, los autores que rechazan dicha tesis se conocen como positivistas excluyentes o duros.

La tesis de la incorporación es definida por Moreso en los siguientes términos: “Cuando las fuentes del derecho (la Constitución y las leyes, por ejemplo), incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de argumentos morales” (Moreso, 2015, p. 175).

En el *Poscript* a la segunda edición de *El concepto de derecho*, Hart (1994) ensaya una defensa del positivismo suave. Dworkin ya había anticipado una crítica contra la idea de que la regla de reconocimiento positivista permitiera identificar principios morales como contenidos jurídicos. Hay, para él, una inconsistencia fundamental entre el positivismo suave (que permite que la identificación del derecho dependa de la moral) y la visión positivista general del derecho como especialmente interesada en proporcionar estándares de conducta confiables y públicos, que puedan ser identificados sin depender de estándares morales controversiales.

Para Hart, esta crítica exagera el grado de certeza que un positivista tiene que atribuir a los estándares jurídicos. Un sistema jurídico necesita que el derecho sea determinado hasta cierto punto, pero no requiere eliminar la falta de certeza a cualquier costo, pues las reglas del derecho tienen siempre una zona de penumbra. Erradicar por completo la incertidumbre choca con otros fines que el derecho debe perseguir (por ejemplo, la adaptación al cambio social). Solo si se considerara equivocadamente la eliminación total de la incertidumbre como un objetivo del derecho, la regla de reconocimiento sería incompatible con el positivismo suave.

Como para Dworkin el derecho es una práctica interpretativa, la verdad de cualquier proposición jurídica depende del juicio moral que mejor la justifique. Y como los juicios morales son siempre controversiales, también lo son todas las proposiciones de derecho. Pero el positivismo suave aceptaría que, en algunos casos, la verdad de una proposición jurídica dependa del contenido de un juicio moral. Por eso, sería inconsistente con la pretensión de una teoría que como el positivismo pretenda ser libre de valores o no comprometido con teorías controversiales sobre el valor moral. Porque solo si nos comprometemos con la existencia de valores objetivos, que hacen que los juicios morales sean verdaderos, podríamos aceptar que la identificación del derecho puede hacerse a partir de criterios de contenido moral.

Hart contesta reafirmando que la teoría del derecho no tiene por qué pronunciarse sobre si hay o no valores objetivos pues, cualquiera sea la respuesta a esta pregunta, el deber del juez será el mismo: hacer el mejor juicio que pueda sobre cualquier cuestión moral que tenga que resolver. Es una cuestión abierta, entonces, si las provisiones del positivismo suave (que identifican el derecho según contenidos morales) exigen al juez conformidad con valores objetivos o simplemente lo autorizan a crear derecho según su mejor juicio sobre la moralidad.

La base del positivismo suave consiste en distinguir, por un lado, entre la práctica social que establece cuáles son las fuentes del derecho en un sistema determinado y, por otro, las fuentes concretas que son las que determinan lo que es el derecho en ese sistema.

Una cosa es el fundamento del derecho (la práctica social) y otra, las fuentes del derecho, esto es, los criterios de validez jurídica. Entre los criterios de validez jurídica puede haber principios morales, cuando ellos han sido incorporados por las fuentes sociales.

Para el positivismo inclusivo, el origen del derecho es necesariamente fáctico pero los criterios de validez son contingentemente fácticos, porque pueden consistir también en principios morales. La moral actuaría, en este último caso, como criterio de validez jurídica. El positivismo inclusivo, a diferencia de Dworkin, no cree que el derecho, para ser tal, requiera pruebas morales de juridicidad, aunque admite la posibilidad de esas pruebas. Se entiende como una pretensión condicional: si en un sistema jurídico hay criterios morales de juridicidad es porque los aceptan los operadores jurídicos desde un punto de vista interno, los jueces fundando sus sentencias en argumentos jurídicos derivados de esos criterios morales y los abogados basando en ellos las pretensiones que deducen ante los jueces.

Hay, fundamentalmente, dos versiones del positivismo inclusivo, según se considere la moral como una condición suficiente de validez jurídica o como una condición necesaria de esta. Para algunos autores, la moral podría ser *condición suficiente* porque, en algunos sistemas jurídicos, alcanza con que una norma reproduzca o sea consistente con el contenido de un principio moral para que pueda ser considerada *jurídicamente válida*. Por ejemplo, una norma no recogida por las fuentes podría ser derecho si lo admite un principio moral como “todo lo justo es derecho”. Para otros autores, la moral solo puede operar como una condición necesaria (pero no suficiente) para que las normas sancionadas por las fuentes sociales sean consideradas derecho válido. Por ejemplo: el cumplimiento con el principio de igualdad puede ser un requisito para que las leyes que aprueba el Parlamento sean jurídicamente válidas; las que no lo cumplen pueden ser desaplicadas por los jueces por no cumplir con un requisito moral de validez.

## 4.2. Positivismo excluyente

Algunos autores contemporáneos rechazan la tesis de la incorporación y defienden una versión excluyente del positivismo. Entre los principales teóricos que siguen esta línea cabe mencionar a Raz, Marmor, Shapiro y Bulygin. Los positivistas excluyentes reconocen (como obvio) que en muchos casos el derecho de las fuentes sociales hace mención a principios morales (como cuando se incluyen principios o afirmaciones sobre derechos vagos y abstractos en la Constitución o se utilizan en la legislación términos valorativos como *justo* o *equitativo*). Pero cuestionan la conclusión que extraen los positivistas inclusivos de esas menciones: para los excluyentes no significan incorporación de la moral al sistema jurídico sino un reenvío del derecho a la moral y la autorización a los jueces para crear derecho mediante el razonamiento moral. Para los positivistas excluyentes, la conexión entre el derecho y la moral no es necesaria (como sostiene Dworkin) ni contingente (como afirman los inclusivos) sino imposible conceptualmente.

Existen tres líneas principales de defensa del positivismo excluyente. Una de ellas se basa en el escepticismo moral. Otra, en el carácter convencional del derecho. Y una tercera, en la incompatibilidad de la tesis de la incorporación con un rasgo esencial del derecho: la pretensión de autoridad legítima.

Para algunos autores, la imposibilidad de que la moral se incorpore al derecho surge de que no hay una moral objetiva. Las afirmaciones morales son materia de mera preferencia

subjetiva o expresión de emociones sin contenido racional. En consecuencia, no puede haber criterios morales que permitan identificar el derecho. Cuando las fuentes sociales del derecho se remiten a la moral, se trata de una remisión vacía pues no hay ningún criterio moral objetivo para determinar lo que es correcto y lo que no lo es. En consecuencia, la aparente “incorporación” de la moral al derecho no es más que una forma de dar a los tribunales una amplia discrecionalidad para que establezcan el contenido del derecho. En esta línea de razonamiento, se hallan autores contemporáneos como Bulygin (2004) y Guastini (1999). El modelo positivista de Kelsen también puede ser considerado, a la luz del debate *Hart-Dworkin*, como una versión de este tipo de positivismo excluyente. Para Kelsen, las normas funcionan como marcos generales de interpretación por lo que su contenido se especifica en la aplicación y antes de ello permanece indeterminado. No hay para Kelsen una moral objetiva sino muchas morales posibles (relativismo moral), lo que impide que el razonamiento moral del juez permita identificar el contenido del derecho.

Para otros autores como Andrei Marmor, el derecho está constituido por convenciones (acuerdos generalizados sobre criterios de identificación del contenido del derecho). Las convenciones son criterios compartidos de acción; la razón para que cada uno de los participantes aplique cierto criterio es que los demás también lo hagan. Si un juez en especial aplica un criterio de identificación del derecho, eso es posible porque la generalidad de los jueces lo hace también. Las convenciones permiten definir criterios sobre lo correcto e incorrecto de seguir un criterio de acción. Por ejemplo, si dos personas están de acuerdo en encontrarse en la Plaza Independencia todos los lunes a las 10 horas y una de ellas se confunde y llega a las 9, podemos decir que incurrió en un error porque el acuerdo entre ambos permitía saber cuál era la hora del encuentro. Pero los participantes no pueden equivocarse sobre si existe o no acuerdo en un determinado criterio. Si creen que no hay acuerdo sobre los criterios de identificación del derecho, entonces *realmente* no hay acuerdo sobre ellos. Incluso, suponiendo que hay una moral objetiva y en última instancia hay criterios morales *correctos* de acción, es frecuente que discrepemos sobre cuáles son. Por ejemplo, aunque muchos aceptemos la relevancia del principio moral de igualdad, discreparemos sobre lo que supone tratar como iguales a las personas. Las exigencias de la moral son inherentemente controversiales. Por tanto, cuando las normas jurídicas remiten a la moral, los jueces al aplicarlas inevitablemente se salen de los límites del derecho pues no habrá acuerdo sobre lo que exige la moral. Es decir, falta el acuerdo sobre el criterio relevante: qué hay que resolver en el caso concreto. En esos casos, la consecuencia será siempre la discrecionalidad judicial: cada juez, sin estar limitado por un acuerdo preexistente generalizado, resolverá los casos de acuerdo con su propio criterio moral (Marmor, 2016).

Una tercera versión del positivismo excluyente es la presentada por Joseph Raz. Se basa en la incompatibilidad de la tesis de la incorporación con un rasgo conceptual que atribuye al derecho: la pretensión de autoridad legítima. Las normas jurídicas se dirigen a seres racionales y pretenden guiar su conducta. Los destinatarios de las normas jurídicas, en tanto seres racionales, pueden identificar por sí mismos las razones morales para actuar y guiarse por ellas. El derecho se justifica si les presta un servicio específico y les proporciona criterios de acción que les permitirían cumplir, en mejores condiciones, con sus propios fines en lugar de seguir su propio criterio. El derecho pretende ser así una autoridad legítima, justificada desde el punto de vista de los seres racionales a quienes dirige sus prescripciones. Por ejemplo, se supone que, en tanto somos seres que pueden identificar la

moral y seguirla, estamos de acuerdo en que el valor justicia nos proporciona razones para aceptar el pago de impuestos para solventar gastos de las instituciones destinados a fines sociales que aceptamos como necesarios. Sin embargo, en los hechos podemos discrepar sobre la cantidad de dinero que cada uno debe pagar por concepto de impuestos. En este caso, el derecho como autoridad legítima pretende resolernos el problema estableciendo de modo autoritativo un *quantum* determinado.

Esto tiene una implicancia respecto a la identificación del derecho: debe hacerse de modo independiente de nuestro propio razonamiento moral porque en caso contrario no podría prestarnos servicio alguno y renuncia a la pretensión de autoridad legítima. Por eso, la moral no se puede incorporar al derecho. Cuando las normas jurídicas, a través de la mención de principios morales vagos y abstractos, se remiten a la moral, dejan de pretender orientar la conducta de sus destinatarios, que deben acudir a su propio razonamiento moral para saber qué tienen que hacer. Por tanto, cuando un juez resuelve con fundamento en algún principio abstracto mencionado en un pacto o la legislación, no está identificando el derecho sino creándolo, basado en una autorización u obligación que le atribuyen las fuentes sociales. La consecuencia es, como asumen las restantes versiones del positivismo excluyente, una mayor discreción judicial fuerte (Raz, 2009).

## 5. Iusnaturalismo contemporáneo

La versión más influyente de iusnaturalismo contemporáneo es la de John Finns, basada en el pensamiento de Tomás de Aquino. Para Finnis, la teoría del derecho es parte de un proyecto mucho más amplio que incluye tanto la idea de buena vida como las condiciones de legitimidad de los gobernantes y puede resumirse en la pregunta ética: ¿cómo debemos vivir? También, en la pregunta metaética: ¿de acuerdo con qué procedimiento o análisis podemos determinar los estándares para responder la pregunta anterior? (Bix, 2009, p. 75).

Según Finnis, la respuesta a estas preguntas consiste en aceptar la relevancia de una serie de bienes humanos básicos que tienen valor intrínseco (las restantes cosas que valoramos se relacionan instrumentalmente con ellos), son fundacionales y no derivados, conceptualmente diferentes e irreductibles y resultan igualmente importantes. Finnis presenta la siguiente lista: conocimiento (al que dedica un análisis detallado en el que se ejemplifica la relevancia de los bienes humanos básicos en general), vida, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y religión. El punto central de su teoría del derecho iusnaturalista es que esos bienes humanos solo pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana y, además, hay exigencias de razonabilidad práctica que solo esas instituciones pueden satisfacer. Identificar dichos bienes y exigencias de la razonabilidad práctica es un requisito para así mostrar cómo y bajo qué condiciones tales instituciones se justifican y las formas en que ellas pueden ser defectuosas. Un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que él mismo participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razón práctica. El objeto de una teoría sociológica o analítica del derecho es describir, analizar y explicar acciones humanas, prácticas, hábitos, disposiciones, discurso humano. Las acciones prácticas no se comprenden solo teniendo en cuenta procesos causales sino captando su fin, su objetivo, valor, relevancia o importancia (Finnis, 2011).

Para Finnis, hay que preguntarse de qué modo la legislación positiva (leyes, decisiones judiciales, costumbre legalmente validada) puede transformarse en un conjunto de razones para la acción. La legislación positiva es reconocible como tal por su validez formal o sistémica, del modo en que usualmente lo plantean los positivistas. Pero el hecho de que provea razones efectivas para la acción de los sujetos racionales autónomos a quienes pretende orientar en su deliberación práctica, depende de criterios sustantivos que son proporcionados por una teoría de los bienes humanos básicos.

Por un lado, los bienes humanos básicos hacen necesaria la existencia de gobiernos que provean las necesidades de la comunidad y que den forma al mundo social mediante reglas generales (*rule of law*). Por ejemplo, el bien básico *vida* exige instituciones que protejan la vida de las personas en su más amplia extensión y que establezcan mecanismos disuasivos para quienes estén dispuestos a atentar contra ellas. Del mismo modo, el bien básico *conocimiento* exige que existan instituciones educativas que los gobernantes puedan regular de diferentes maneras, muchas legítimas y otras no legítimas. Por ejemplo, una forma de regular el bien humano *conocimiento* sería prohibir distintas actividades intelectuales de importante significación como la literatura o la antropología. En ese caso, la ilegitimidad de la regulación sería evidente porque, antes que promover el bien básico en cuestión, implicaría su aniquilación. Por tanto, en opinión de Finnis, las teorías positivistas se distinguen de las teorías del derecho natural por:

a. su negación de que la teoría del derecho (como distinta de la teoría de la adjudicación, el deber judicial, la obediencia ciudadana) tenga la necesidad de abordar los temas antes mencionados y, consiguientemente,

b. por la incompletitud de su concepción del derecho, esto es, por la ausencia de una atención crítica y sistemática a los fundamentos de las afirmaciones morales que realizan o presuponen (Finnis, 2016).

La dualidad inherente al derecho (hecho social/razón para la acción) se muestra didácticamente en el siguiente contrapunto que presenta Finnis entre las tesis del positivismo y la teoría del derecho natural.

## 5.1. Tesis del positivismo y la teoría del derecho natural

“No hay conexión conceptual o necesaria entre la ley positiva y la moralidad”. Verdadero. Porque hay leyes positivas inmorales. Desde la *Summa Theológica* la tradición del derecho natural toma la ley positiva como un objeto a considerar por derecho propio (y con nombre propio). Se trata de un tópico rápidamente identificado previo a cualquier cuestión acerca de su relación con la moralidad.

“Hay conexión necesaria o conceptual entre el derecho y la moralidad”. Verdadero. Porque las razones que la gente tiene para establecer sistemas de derecho positivo (con el poder de derribar costumbres inmemoriales), para mantenerlas (contra las fuertes motivaciones de la pasión y el impulso individual) y para reformarlas cuando decaen o colapsan, incluyen ciertas razones morales (las personas actúan muchas veces de acuerdo con ellas).

“La identificación de la existencia y el contenido de la ley no requiere de ningún argumento moral”. Verdadero. ¿Si no, cómo sería posible identificar leyes malignas?

“La identificación de los deberes jurídicos de alguien como juez o de otros destinatarios del derecho a veces requiere acudir a argumentos morales y es siempre un tema de

responsabilidad moral (tanto en la identificación como en desarrollo) que deriva de la relación de principios morales y normas con el derecho positivo de la propia comunidad". Verdadero. Porque los creadores de la Constitución tienen la responsabilidad moral de establecer fuentes de derecho que puedan ser identificadas sin necesidad de acudir a argumentos morales y los jueces y otros sujetos tienen la responsabilidad moral de acatar (dentro de ciertos límites). Cuando las fuentes no dan soluciones determinadas, todos los involucrados tienen la responsabilidad de suplementar las fuentes y llenar el vacío a través de la elección guiada por estándares de justicia y otros principios y normas morales verdaderas. Es posible, por estándares que tienen ya vigencia en la comunidad, prestar fuerza moral a aquellas partes del derecho positivo que son moralmente aceptables (Finnis, 1999, pp. 203-205).

Puede advertirse que la principal diferencia de Finnis con el positivismo jurídico es, sobre todo, metateórica, es decir, refiere al alcance de la teoría del derecho que, para los iusnaturalistas, debería ocuparse de los presupuestos de la valoración moral del derecho (las cuestiones éticas y metaéticas) y de las condiciones morales del ejercicio de la autoridad legítima (cuestiones de filosofía política).

## Lectura seleccionada

### *El ámbito de la moral*

*¿Por qué están los jueces y los seres humanos en general, sometidos a la moral? La respuesta hay que buscarla en la naturaleza de la moral, que no tiene un ámbito de competencia jurisdiccional que disponga sus condiciones de aplicación, sino que se aplica universalmente a todos los agentes capaces de comprenderla. Supongamos que las normas de la universidad prohíban que se hable ofensivamente de cualquier miembro de la misma; tendría entonces sentido decir: esta norma se aplica solo a los estudiantes, pero no, por ejemplo, a sus padres, puesto que la universidad no tiene jurisdicción sobre estos. Con ello no quiero decir, simplemente, que no tiene jurisdicción para sancionarlos si incumplen la norma, sino que no tiene jurisdicción, ni poder para hacer que las normas se les apliquen; no tiene jurisdicción para obligarles.*

*En cambio, supongamos, por ejemplo, que si yo me entero confidencialmente de las intenciones de una persona, no sería moral que se las contara a los demás. Ahora bien, si lo hago, no tendría sentido decir: hablando en términos morales, no debería descubrir sus intenciones, pero afortunadamente la moral no me incumbe a mí, no tiene jurisdicción sobre mí. Si yo sé que tal acto, o cualquier otro, es moralmente incorrecto o, incluso, si no lo sé pero puedo saberlo, entonces sí que me incumbe. (...)*

*Este es, repito, el motivo por el que los jueces están sometidos a la moral. La moral, a diferencia del derecho o de las normas que rigen la Universidad, o cualquier otra institución social, no es un sistema de reglas, sino que hablar de moral es solo un modo de hablar de algunas de las razones que tienen las personas. Aquellas que incumben a quienquiera que se dirijan, si bien no todas las razones morales atañen a todos, sino que su ámbito de aplicación viene determinado por su contenido, por lo que unas se dirigen solo a las mujeres embarazadas, otras a los padres, algunas a los profesores. Así, si se trata de razones para respetar a tu hijo, estas se aplican solo a quienes tienen hijos. Por ello, y esto es evidente, cuando digo que los jueces, al ser humanos, están, quieran o no, sometidos a la moral, no quiero decir que todos ellos deberían respetar a sus hijos sino solo aquellos que tienen hijos. Pero esto no niega que estén todos sujetos a la moral. (...)*

### *Sobre los puntos de vista*

*Parto de la base de que nadie niega que la moral vincula a los jueces; sin embargo, el problema es cómo entender esta afirmación. Algunos pueden decir: por supuesto que la moral vincula por sí misma a los jueces; desde el punto de vista moral, los jueces están obligados por ella exactamente igual que cualquier otra persona. Pero el punto de vista moral es simplemente eso, un punto de vista entre muchos otros. La cuestión es si la moral se aplica a los jueces o a otras personas desde un punto de vista, digamos, prudencial; esto es, si guiarse por la moral es algo que va en su propio interés. O alguien puede preguntar: ¿es el derecho el que prescribe que la moral obliga a los jueces? ¿Están legalmente obligados a seguir la moral?*

*Para examinar la solidez de tales preguntas necesitamos dedicar algún tiempo a examinar la noción de punto de vista normativo o perspectiva normativa. Existen varios usos de la*

expresión “un punto de vista” que son útiles y pacíficos; estos pueden ser divididos en dos tipos. El primero consiste en un discurso en que el efecto de la matización “desde este y ese punto de vista las cosas son de tal y cual manera” es poner entre paréntesis la cuestión de la verdad: desde un punto de vista cristiano o desde un punto de vista kantiano o desde el punto de vista de la ciencia cognitiva, las cosas son de tal y cual manera —lo que implica que si el cristianismo o las tesis de KANT o la ciencia cognitiva son verdaderos, entonces las cosas son así, pero sin comprometerse con su verdad—. El segundo tipo de uso aísla diferentes aspectos de un problema, a menudo como forma de ayudar a pensar sobre el mismo y avanzar hacia su solución. Podemos decir, por ejemplo: “Desde el punto de vista económico, sería bueno para la universidad clausurar el departamento de filosofía, puesto que sus antiguos alumnos raramente ganan mucho dinero, por lo que la pérdida de sus donaciones a la universidad no la perjudicaría mucho; desde un punto de vista académico, no obstante, tal decisión no estaría justificada”. Podemos, entonces, proceder a tomar una decisión una vez que se han tenido en cuenta todas las perspectivas.

El empleo de cualquier punto de vista posible puede cumplir esta segunda función, esto es, indicar que las consideraciones a las que se refiere no tienen por qué ser las únicas ni necesitan ser las más importantes. Pero hay algunos puntos de vista a los que no se puede hacer referencia para cumplir la primera función, la de dejar en suspenso la cuestión de la verdad. Esto es obvio si se piensa en los puntos de vista definidos “artificialmente” o “inventados” tales como “desde el punto de vista de las razones válidas, tienes razón en hacer esto y aquello”. Las razones válidas son razones reales, y una vez que te has comprometido a hablar de razones válidas ya no puedes decir “pero no sé si hay alguna razón para hacerlo así”. Comparemos esto con “desde un punto de vista católico, debería dársele”. Desde esto no implica necesariamente la creencia en que hay una razón para que se lo dé; el punto de vista católico puede ser falso, es decir, las doctrinas y creencias específicas de la Iglesia católica pueden ser falsas o, en caso de ser verdaderas, solo accidentalmente, esto es, no serlo por las razones que da la doctrina católica. Así, es perfectamente válido decir “desde un punto de vista católico debería dársele, pero en realidad yo no sé si tienes alguna razón para hacerlo”.

Hay muchas expresiones que pueden indicar un punto de vista en el segundo sentido, pero no en el sentido de la suspensión de la cuestión de la verdad. Por ejemplo, si decimos “desde el punto de vista de mis propios intereses, hay razones para la primera opción” mi afirmación está matizada por el reconocimiento de la posibilidad de que existan otros intereses contrarios, pero no puede continuar mi frase con “pero no sé si hay ninguna razón para esa opción”, puesto que ya he dicho que la hay: mi interés me proporciona las razones para ello.

Tampoco se puede usar la referencia a la moral para dejar en suspenso la verdad, pues la “moral” se usa para referirse solo a la verdad o a consideraciones válidas. Cuando digo esto, estoy simplemente aclarando el sentido en el que usaré este término, puesto que si bien es en este en el que se usa cuando se toman en consideración las relaciones entre el derecho y la moral, no es el único en el que la gente usa este término. (...)

#### *Los puntos de vista jurídico y moral*

(...) Es evidente que nadie puede imponer una obligación a otro solo por el hecho de expresar su voluntad de que el otro tenga tal obligación. Si los gobiernos pueden hacerlo, esto

solo sucede en la medida que hay principios válidos que fundamentan su derecho a hacerlo. Esos principios, los principios que fundamentan la legitimidad de las leyes humanas y de los gobiernos que las hacen, son ellos mismos, independientemente de otras consideraciones, principios morales. Pueden también ser principios que derivan del interés personal de los individuos; por ejemplo, los hobbesianos piensan que toda moral deriva del interés personal y que todos los principios morales son también principios del interés personal directo. Y pueden ser asimismo principios jurídicos. No deseo prejuizar la cuestión de qué pertenece y qué no pertenece al derecho; lo único que digo es que los principios que dotan a los gobiernos de legitimidad son principios morales tanto si son jurídicos como si no.

¿Cómo lo sabemos? Por su contenido. Son principios que permiten, quizás incluso exigen, que algunas personas interfieran de varias e importantes maneras en las vidas de otras personas. O los principios válidos que tienen tal contenido son principios morales o nada lo es. No creo que la moral sea un cuerpo sistemático unificado de principios; pero, sea lo que sea que honremos con el título de “moral”, los principios que imponen o dan a unas personas poder para imponer a otras obligaciones que afectan a ámbitos esenciales de la vida, son principios morales. Todo esto está claro respecto a la naturaleza de la moral.

El resultado es que no podemos concebir el derecho como un punto de vista válido normativamente que contraste con la moral. Quizás sea posible pensar en las razones de interés propio como un punto de vista distinto que contraste con el de la moral, pero eso, si es posible, lo es solo porque se piensa que el propio interés constituye un fundamento de razones independiente de la moral. Pero no es igualmente posible pensar en el derecho como en un fundamento de razones independiente de la moral; dado que en buena parte es producto de los hombres, al menos los derechos jurídicos creados por estos vinculan a sus destinatarios solo si los principios morales de legitimidad los hacen vinculantes.

Por supuesto, podemos aplazar el juicio sobre si el derecho es vinculante para sus destinatarios, sobre si las normas jurídicas proporcionan a alguien las razones que pretenden instituir. Podemos, así, tratar al derecho como un punto de vista normativo en el sentido en el que podríamos tratar a la moral musulmana como un punto de vista normativo distinto, esto es, si es legítima o válida, entonces tenemos las razones que, conforme a ella, tenemos. Pero en ese sentido el derecho no choca con cualesquiera otras consideraciones normativas, puesto que cuando es considerado así, no se asume que incluya o cree ninguna consideración normativa.

Tomado de Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación*, pp. 194-199. Madrid: Marcial Pons.

## Algunas lecturas recomendadas

- Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Dworkin, R. (2009). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Hart, H.L.A. (2011). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación*. Madrid: Marcial Pons.
- Shapiro, S. (2014). *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.

## Para seguir reflexionando

En noviembre de 2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) de Bolivia falló haciendo lugar a una “acción de inconstitucionalidad abstracta”, presentada por algunos legisladores del partido del presidente Evo Morales, declarando inconstitucionales los artículos 166, 168, 285 y 288 de la Constitución Política del Estado (CPE), en cuanto limitaban la reelección continua de los gobernantes.

La sentencia tiene la peculiaridad de que declara inconstitucionales reglas contenidas en la propia Constitución, fundándose en derechos mencionados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 23) a votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, y a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas. La postura del TCP es que el derecho abstracto mencionado en la Convención Interamericana es más favorable para los ciudadanos, comparado con la regulación de la CPE, que supone una medida de exclusión para quienes ejercen los cargos, en cuanto los deja en una posición de desigualdad frente a otras personas que aspiran a ellos.

A la luz de la discusión presentada en este capítulo, conteste las siguientes preguntas:

1. La sentencia del TCP resuelve invocando un principio vago y abstracto de origen “superior” (por estar contenido en un pacto internacional) como razón para modificar lo dispuesto por la Constitución boliviana. ¿Cómo explicarían este fallo las distintas vertientes del positivismo contemporáneo?
2. ¿Si usted fuera un integrante del TCP, qué habría fallado en ese caso y cuáles serían los argumentos justificativos de su fallo?
3. ¿Cómo podría contribuir a la discusión la tesis de Ronald Dworkin del “derecho como integridad”?
4. ¿Cómo podría verse el problema desde un modelo iusnaturalista como el de John Finnis?

## Referencias bibliográficas

- Bix, B. (2009). *Jurisprudence*. Durham: Carolina Academic Press.
- Bulygin, E. (2004). ¿Está parte de la filosofía del Derecho basada en un error? *Doxa* 27, 15-26.
- Dickson, J. (2012). Legal Positivism: Contemporary Debates. En A. Marmor (Ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (pp. 48-64). New York: Routledge.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. New York: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge (MA): Belknap Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (MA): Belknap Press.
- Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, 46, 199-227.

- Finnis, J. (1999). The Truth in Legal Positivism. En R. P. George (Ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, pp. 195-214. New York: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2° ed.). New York: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2016). Natural Law Theories. En E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Recuperado de <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/natural-law-theories/>>
- Green, L. (2008). Positivism and the Inseparability of Law and Morals. *New York University Law Review*, Vol 83, 1035-1058.
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law. Second Edition*. New York: Clarendon Press.
- Marquisio, R. (2015). Teoría del derecho y filosofía moral. *Revista de la Facultad de Derecho*, Udelar, 38, 135-160.
- Marmor, A. (2016). Convenciones, razones y derecho. En L. Ramirez Ludueña y J. Vilajosana (Eds.), *Convencionalismo y Derecho* (pp. 67-88). Madrid: Marcial Pons.
- Moreso, J. J. (2015). Positivismo contemporáneo. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol 1, pp. 171-205). México (DF): UNAM.
- Shapiro, S. (2011). *Legality*. New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (2009). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press.

## Material jurídico normativo

- Suprema Corte de Justicia. (Uruguay). (2005, julio 22). Sentencia 159 del 22 de julio de 2005 (Sentencia n° 159). Recuperado de <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=177830>.
- Uruguay. (1879, febrero 11). Ley n° 1.430: Registro de Estado Civil. Creación. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/1430-1879>.



# La obligatoriedad del derecho

Ricardo Marquisio

## 1. Introducción

El 1º de octubre de 2017, los ciudadanos catalanes fueron convocados por su gobierno autónomo a votar en referéndum por sí o no a la siguiente pregunta: “¿Quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de República? Si la mayoría de los votos era afirmativa, el gobierno autónomo procedería a declarar la independencia de Cataluña del Reino de España.

La consulta se basaba en una ley aprobada por el Parlamento catalán que luego fue invalidada por el Tribunal Constitucional del Reino de España. Las razones que tuvo el Tribunal Constitucional para desautorizar la consulta se basaban en que la posibilidad de que una comunidad autónoma decidiera por sí misma su independencia era contraria a la Constitución española vigente, en su momento aprobada también por los ciudadanos catalanes.

El gobierno español declaró la ilegalidad del referéndum y envió las fuerzas del orden para impedirlo. Pese a la ofensiva de jueces y policías, el día de la votación centenares de colegios abrieron sus puertas y miles de personas emitieron el sufragio prohibido por el gobierno nacional.

Todos los ciudadanos que fueron a votar en el referéndum secesionista desobedecieron abiertamente el derecho vigente en el Estado español. Una conducta desobediente del derecho, masivamente ejercitada, suele llamar la atención en los Estados modernos en los que la amplísima mayoría de las personas cumple las prescripciones jurídicas, al menos las más relevantes. Obedecer el derecho es la regla y la desobediencia es la excepción.

El cumplimiento generalizado puede ser explicado en términos sociológicos de diferentes maneras. Por ejemplo, a través de la presión social hacia la conformidad y por el temor al castigo que pueden imponer las personas que detentan de hecho el poder. Sin embargo, desde el punto de vista normativo, la cuestión puede ser vista como compleja y hasta como paradójal.

Suponemos que muchos de los catalanes que fueron a votar lo hicieron por convicción moral: creían que la causa de la independencia que promovían era justa y estaban dispuestos a asumir los costos de sus actos (los castigos que pudiera imponerles el Estado español). Teniendo en cuenta estos supuestos, surgen dos preguntas: ¿Debían los catalanes secesionistas dejar de lado sus propias convicciones morales y obedecer el mandato del Estado español? ¿Debía el Estado español castigarlos, con las penas previstas en la legislación respectiva, al constatar su desobediencia? Y en cuanto a la situación de los funcionarios del gobierno español obligados a cumplir con la orden de impedir el referéndum, ¿qué sucedía si se negaban a hacerlo por simpatizar con la causa secesionista? ¿Debían ser obligados a cumplir con su función o habría que permitirles una excepción basada en sus convicciones?

En este capítulo, trataremos las siguientes cuestiones: ¿Existe una obligación moral de obedecer el derecho? ¿Debe castigarse a quienes por razones morales desobedecen el derecho? ¿Debe permitirse a los destinatarios de las normas no cumplir en algunos casos con ellas por seguir un imperativo de su conciencia moral?

## 2. La autoridad práctica

Los Estados contemporáneos reclaman dirigir la conducta de sus súbditos a través del derecho y, al mismo tiempo, exigen ser obedecidos. Eso significa que pretenden ser autoridades prácticas. Para discutir si efectivamente lo son, conviene plantear brevemente el concepto de autoridad práctica.

El problema de la autoridad no se puede discutir sin tener en cuenta la idea de autonomía, como atributo general de los seres humanos, que supone la capacidad de ubicar la propia voluntad racional como fuente de las decisiones. En contraste, lo central en el concepto de autoridad es la aceptación del juicio o criterio de otro por encima del de uno mismo, ya sea en el plano de las creencias o en el de la acción. En el primer caso, hablamos de autoridad teórica y en el segundo, de autoridad práctica.

Alguien se vuelve una autoridad teórica por ser experto en un campo determinado y resultar, por tanto, confiable a la hora de establecer “cómo son las cosas” en ese campo. La autoridad teórica nos proporciona razones para creer. Por ejemplo, podemos aceptar la afirmación de un astrónomo de que hay ocho planetas en el sistema solar porque este, en virtud de su formación, supera con creces nuestros conocimientos en el campo de la astronomía. Una persona se constituye en autoridad práctica cuando está en condiciones de proporcionar directivas que constituyan buenas razones para que otro actúe de determinada manera. Por ejemplo, un fundamento de la patria potestad radica en que los padres están en mejores condiciones de guiar el comportamiento de un niño, teniendo en cuenta sus mejores intereses, que él mismo. La autoridad práctica nos proporciona razones para la acción.

Una autoridad práctica es, entonces, alguien con el poder moral, derivado del servicio de intereses y necesidades que consideramos relevantes, de requerir la acción de otras personas. La autoridad supone proporcionar criterios de conducta a seres que pueden orientarse por la razón. Es evidente que cualquier poder no implica, en este sentido, autoridad. Por ejemplo, la sola posibilidad de lograr que otra persona haga algo a través de la amenaza de coerción o el ejercicio de esta, no supone que alguien posea autoridad práctica sobre esa persona, incluso si está justificado en el ejercicio del poder. Por ejemplo, si la policía sanitaria encierra a un grupo de enfermos para aislarlos del resto la población, lo hace porque tiene el poder de hacerlo, un poder que puede estar justificado desde una cierta interpretación de los fines del gobierno. Sin embargo, eso no implica que los funcionarios policiales ejerzan autoridad práctica sobre los enfermos si no actúan guiando su conducta a través de instrucciones de algún tipo u otra forma de comunicación. Ciertas acciones justificadas no se pueden cumplir dando razones a sus destinatarios y por eso no se tiene autoridad sobre un bebé al que se encierra en corralito para protegerlo de sus propios desplazamientos o sobre un perro al que se inmoviliza para que permita ser vacunado (Raz, 1990, pp. 115-116).

Una persona puede tener autoridad práctica sobre otra solo si sus directivas son, por sí mismas, razones para la acción de esta última. Estas directivas son razones independientes del contenido porque no hay conexión directa entre la razón y las acciones para las cuales es una razón. Pero no todas las razones independientes del contenido pueden ser tomadas como directivas de una autoridad. La amenaza de un ladrón para que le entregue mi dinero, por ejemplo, claramente no lo es.

Las directivas de la autoridad práctica también deben operar como razones de segundo orden reemplazando (desplazando) a las demás razones que el sujeto pueda tener para actuar en determinados sentidos contrapuestos (*Preemption Thesis*). Por ejemplo, si reflexiono sobre la justicia social, puedo preguntarme cuál es el porcentaje de mis ingresos que debería destinar a ayudar a otros que se encuentran en peor situación que la mía o para contribuir a que la sociedad de la que soy miembro cumpla con fines que creo justificados. En un caso como este, la deliberación práctica puede llevarme a un conflicto entre la interpretación que hago de mis propios intereses y las creencias sobre moral y justicia que sustento. Las razones prudenciales pueden aconsejarme destinar todo el dinero que recibo a mis necesidades (presentes y futuras) teniendo en cuenta factores como la incertidumbre económica, las probabilidades de que pueda perder mi empleo o que no reciba una jubilación suficiente. Mis intuiciones de justicia, en cambio, pueden sugerirme destinar una cantidad importante para contribuir a financiar los beneficios que surgen de la vida en sociedad y para ayudar a los menos favorecidos. El Estado, al dictar una ley impositiva, pretende proporcionar ciertas razones que me hagan dejar de lado todas las demás (razones de primer orden), fijando el porcentaje que obligatoriamente debo pagar.

Las directivas de la autoridad también tienen las características de dependencia (*Dependence Thesis*) y de justificación normal (*Normal Justification Thesis*). Según la tesis de la dependencia, las directivas autoritativas deben estar basadas en razones relevantes para la acción que, de modo independiente, ya se aplican a sus destinatarios. De acuerdo con la tesis de la justificación normal (NJT) la forma de justificar la autoridad de una persona sobre otra es mostrar que la segunda está en mejores condiciones de cumplir con las razones que ya se le aplican si sigue las directivas de la primera que si actúa directamente en función de esas razones (Raz, 1986, pp. 35-62).

¿Cómo es posible que un sujeto dotado de autonomía moral acepte ser guiado por razones independientes de contenido? Solo, de acuerdo con Raz, si suponemos que la autoridad nos permite cumplir con las razones que ya se nos aplicaban. Estas últimas son las razones dependientes, es decir, aquellas que se conectan directamente con los cursos de acción que debemos realizar. Por tanto, la autoridad solo se justifica si nos presta un servicio muy particular: establecer el curso de acción que mejor concuerda con las razones que ya teníamos para actuar. Toda autoridad de facto pretende cumplir con este requisito, reclamando conceptualmente ser una autoridad legítima, o es aceptada como tal. Y para ello, la pretensión de poder prestar el servicio que le es específico tiene que ser al menos plausible.

Existen, de acuerdo con Raz, cinco formas en que la autoridad puede prestar este servicio y adquirir legitimidad: cuando es más sabia que el destinatario en cuanto a establecer cómo este debería actuar, cuando está menos sujeta a factores como la impetuosidad o la parcialidad que afectan la recta razón, cuando permite evitar aquellos casos en que seguir el propio criterio es autocontradictorio y resulta preferible una estrategia indirecta, cuando posibilita evitar los costos exorbitantes que puede llegar a tener para los individuos el decidir continuamente por sí mismos, cuando la autoridad está en mejor posición para

obtener algo que el individuo tiene razones para procurar pero se encuentra en una posición desventajosa para hacerlo (Raz, 1986, pp. 70-75).

### 3. ¿Hay una obligación moral de cumplir con el derecho?

La cuestión de si existen razones morales, para los ciudadanos, que determinan la obediencia a las normas jurídicas es una de las más antiguas de la filosofía política. El tema puede enfocarse de dos maneras principales. Una de ellas refiere a las condiciones bajo las cuales un sistema puede llegar a ser tan opresivo e injusto que los ciudadanos tengan el derecho (y quizás el deber) moral de rebelarse contra él. Es el caso de una dictadura o de cualquier orden despótico. Otra discusión es si cada una de las reglas o instituciones que sanciona un Estado que es justo, en términos generales, —tomemos como ejemplo paradigmático un Estado democrático de bienestar— genera en sus habitantes una obligación de cumplimiento, aun en aquellos casos en que las reglas o instituciones se consideran injustas o inmorales.

De acuerdo con Wasserstrom, la existencia de una obligación moral de obediencia a la autoridad política puede ser interpretada de tres maneras: como un deber absoluto; como un deber *prima facie* que, aunque normalmente es concluyente para determinar la acción correcta, admite, sin embargo, ser derrotado bajo determinadas circunstancias; como una simple razón en el balance de razones que, combinada con otras razones, puede determinar o no lo que es moralmente correcto hacer en el caso. Solo en los primeros dos sentidos se puede hablar estrictamente de una autoridad política moralmente justificada, en cuanto las reglas emanadas de los gobernantes tienen aptitud para ser razones independientes de contenido destinadas a impactar de un modo especial (desplazando las demás razones) en la deliberación del agente moral autónomo (Wasserstrom, 1999).

A partir del contractualismo clásico, en particular desde las obras de Hobbes y Locke, se ha justificado la autoridad política en términos del consentimiento. Podría inferirse que los ciudadanos disfrutaban de los beneficios de la existencia del poder estatal. Las implicancias de este beneficio son puestas en evidencia por los teóricos contractualistas a través de relatos conjeturales que, con el trasfondo de la alternativa hipotética de un estado de naturaleza (más o menos) negativamente presentado, muestran cómo las personas aceptarían la existencia de la autoridad estatal si se les consultara en las circunstancias apropiadas.

El problema fundamental del consentimiento hipotético es que no constituye una forma verdadera de consentimiento. La caracterización más razonable de un estado de cosas alternativo al poder estatal, así como su relevancia en el mundo real, resultan materias altamente especulativas y controversiales. Lo único cierto es que las personas desarrollan sus vidas necesariamente en una o varias sociedades estatales y no se les pregunta concretamente (aunque podría resultar viable hacerlo) si adhieren a estos órdenes y reconocen su autoridad legítima.

Una forma de defender la intuición básica de la teoría del consentimiento, compatibilizándola con la existencia de derechos fundamentales a la libertad y la autonomía moral, y sin acudir a la ficción de la voluntad implícita, es a través del denominado principio de *fair play*. De acuerdo con este principio —que recibe su denominación de Rawls— los beneficiarios de un esquema de cooperación como la sociedad (en la que

el esfuerzo conjunto de todos es lo que posibilita que cada uno cumpla con sus propios fines) tienen la obligación de cumplir con su justa parte, sometándose a las reglas cuando les es requerido. La justificación de la obediencia se plantea como consecuencia de que quienes han cooperado antes también tienen derecho a una justa distribución de la carga de sumisión. El principio del *fair play* es uno de los que surgiría de los denominados contextos de *transacciones especiales* (de los cuales el consentimiento y la promesa son ejemplos) como justificativo para considerar especial la *propia* obligación moral de obedecer el derecho y las reglas jurídicamente establecidas (Rawls, 1964; Hart, 1955).

Aunque el principio de *fair play* opera intuitivamente muy bien en pequeños grupos en los que resulta fácil identificar las ventajas que sus integrantes disfrutaban en virtud de su membresía en el esquema de cooperación y que no están al alcance de quienes se encuentran por fuera de este, su extensión a la sociedad en general no es para nada obvia. Como expresa Simmons, en términos generales, en las sociedades democráticas existentes los ciudadanos disfrutaban de importantes beneficios como el Estado de derecho, la protección del orden y la seguridad, la posibilidad de enfrentar problemas colectivos como la contaminación o el mantenimiento de las carreteras, la posibilidad de participar en política. Sin embargo, esos beneficios son abiertos a todo el mundo (los economistas los denominan *bienes públicos*) y su disfrute no genera en forma necesaria la actitud o creencia acerca de que su origen es un esquema de cooperación que pueda contar como una aceptación, en reemplazo de la teoría clásica del contrato social hipotético. Si no hay conciencia de la cooperación, ni plan o propósito común no puede hablarse *estricto sensu* de esquema cooperativo por lo que es muy discutible que una justificación de la obligación política basada en el principio de *fair play* pueda alcanzar a algo más que a un pequeño número de ciudadanos en un Estado contemporáneo (Simmons, 1981, pp. 136-140).

Por otra parte, la tesis que afirma la ilegitimidad moral de todos los Estados existentes se denomina *anarquismo filosófico*.

La defensa de esa tesis se hace, en forma usual, desde la atribución de un valor fundamental a la autonomía moral de las personas (que implica la libre elección y autodeterminación de la conducta), a la que se presenta como incompatible con el carácter no voluntario o coercitivo del Estado. Sin embargo, también puede hacerse por otros argumentos. Por ejemplo, desde valores como la igualdad (al concebir el Estado como esencialmente desigualitario) o la comunidad (al entender el poder estatal como generador de alienación o división social). Inclusive, puede hacerse con argumentos metaéticos, desde alguna forma de escepticismo moral incompatible con cualquier proyecto de justificación en filosofía política.

Lo distintivo del anarquismo filosófico con respecto a otras formas de anarquismo (políticas o revolucionarias) es que sus defensores no lo entienden como un imperativo moral de oposición a la autoridad estatal o de eliminación de los Estados existentes. El alcance de sus argumentos sobre la ilegitimidad del Estado se limita a remover cualquier presunción moral de obediencia a la autoridad estatal, de cumplimiento de la obligación política o de apoyo a las autoridades existentes. La ausencia de legitimidad del Estado opera como una razón más a tener en cuenta en la deliberación práctica de los individuos autónomos a la hora de actuar. Los Estados pueden tener virtudes no afectadas por su ilegitimidad fundamental y muchas de sus prescripciones resultan defendibles con argumentos morales. Por ejemplo, como seres racionales, podemos identificar, sin necesidad de acudir a los códigos penales, la obligación moral de no matar. El hecho de que el Estado no tenga

autoridad legítima no impide que obedezcamos la ley que prohíbe el homicidio, en tanto esta exige un curso de acción que es moralmente correcto: respetar la vida de los demás. Es posible, por tanto, encontrar una variedad de razones para no oponerse, bajo condiciones y circunstancias determinadas, a muchas normas estatales (Simmons, 1996).

La versión más influyente en el debate contemporáneo de la tesis de la ilegitimidad de todos los gobiernos la presenta Robert Wolff en su obra *In Defense of Anarchism*, publicada originalmente en 1970.

La defensa de Wolff del anarquismo filosófico parte de la base de considerar la autonomía moral como un deber irrenunciable de los individuos. Dado este supuesto, el problema radica en compatibilizar la autonomía individual con la pretendida autoridad legítima del Estado. La conclusión a la que arriba el autor es simple: un Estado moralmente legítimo es *lógicamente* imposible.

Para Wolff la autoridad supone el derecho a ordenar y, correlativamente, el derecho a ser obedecido. Se distingue, en términos conceptuales, del poder, que constituye la posibilidad de lograr el cumplimiento de los mandatos por cualquier medio, inclusive la fuerza y la amenaza.

¿Cuál es la relación entre el Estado y la autoridad? Desde el punto de vista descriptivo, es incuestionable que el Estado tiene una autoridad de facto (sobre un territorio y una población determinada), esto es, se atribuye el derecho de ordenarnos a través de sus normas y el derecho de que le manifestemos obediencia a través de nuestras conductas. ¿Pero la autoridad de facto tiene por sí relevancia normativa o puede concebirse también como una autoridad de jure?

La respuesta debe ser contrastada con la idea fundamental de autonomía moral kantiana, según la cual los seres humanos son (y además tienen el deber de ser) responsables por sus acciones. Esto requiere, según Wolff, dos condiciones: la posibilidad de elegir (libertad de elección) en qué sentido actuar; la posibilidad de poder determinar lo que se va a hacer, lo que significa cargas adicionales a la pura elección (reflexionar sobre los propios motivos, predecir los resultados y poder someter a crítica los principios de acción).

Si todos los seres humanos tienen la obligación de alcanzar el más alto grado de autonomía posible no puede, entonces, existir ningún Estado cuyos súbditos tengan la obligación moral de obedecer sus mandatos. Aunque su argumento se dirige de forma clara y categórica contra toda pretensión de autoridad legítima, Wolff asume que no es necesario discutir las distintas justificaciones históricas (como, por ejemplo, la derivada del mandato divino) pues, en la época contemporánea, solo una comunidad democrática puede aspirar a ser una vía para resolver el conflicto entre autonomía moral y autoridad política.

Para Wolff es posible una solución teórica al problema de la autoridad estatal, pero resulta de imposible ejecución práctica. Se trata de la denominada *democracia directa unánime*: un gobierno basado en la regla de unanimidad en el que los ciudadanos resuelven directamente todos los asuntos públicos. Aquí, por definición, los ciudadanos solo pueden ser obligados a cumplir aquellas leyes que ellos mismos han aceptado de forma expresa. Para Wolff, un sistema así no solo sería legítimo sino también deseable porque permitiría que cada individuo pudiera descubrir “lo mejor de sí” por medio del Estado porque lo que se sancionaría serían solo las leyes que el propio ciudadano habría aceptado después del proceso de deliberación. La necesidad de decidir entre todos los asuntos públicos incentivaría en gran medida las inclinaciones reflexivas de cada uno.

Pero esta posibilidad teórica es, en el mundo real, inviable, pues requeriría para la adopción de cada una de las decisiones importantes un acuerdo, sustancial y unánime, entre todos los miembros de la comunidad. Bastaría un mínimo disenso (un solo voto no conforme) para que la sociedad política dejara de funcionar como tal.

Las teorías contemporáneas de la democracia están muy lejos de plantear un ideal de unanimidad y los teóricos buscan condiciones más realistas como la representación y la regla mayoritaria que permitan superar las dificultades. Sin embargo, ninguno de estos remedios implica, para los gobiernos que funcionan bajo estas condiciones, una promesa cierta de autoridad legítima. Basándose en los argumentos de Rousseau, Wolff concluye que todo gobierno representativo significa la pérdida de autonomía de los representados (Wolff, 1998)<sup>21</sup>.

## 4. Desobediencia civil y objeción de conciencia

Se entiende por desobediencia civil la realización de acciones, motivada por razones morales o convicciones de justicia, que implican el incumplimiento de mandatos jurídicos. La desobediencia civil tiene como propósito producir un cambio (directo o indirecto) en una legislación a la que se considera injusta, pero al mismo tiempo se ubica dentro de una aceptación general al marco institucional en que ha sido sancionada, al que se percibe como legítimo.

La incursión en desobediencia civil requiere:

a. que exista un sistema jurídico cuyas reglas se aplican al individuo desobediente y del cual no es posible para este tomar distancia (excepto por la migración);

b. que el sistema sea aceptable desde el punto de vista del individuo, ya sea porque comparte sus características generales, ya sea porque las considera un paso hacia condiciones generales que sí compartiría;

c. que el individuo, de forma pública y con premeditación, rechace o desafíe (por un hacer o un no hacer) una ley, orden o política (o la negativa de los gobernantes a adoptarla) porque cree que es injusta (aunque el desafío puede dirigirse hacia alguna ley, orden o política que se percibe como justa, ante la imposibilidad material de desafiar de aquella lo que motiva la actitud de desobedecer);

d. que la forma elegida de ataque público a la norma cuestionada no sea en sí misma moralmente condenable.

A veces se incluye entre estas estipulaciones la aceptación del castigo preestablecido para el incumplimiento de la legislación. Sin embargo, no se trata de un requisito esencial. Dependiendo de los fines que busque con sus acciones (instalar el tema en la opinión, presionar a ciudadanos y a gobernantes), el desobediente puede estar dispuesto a soportar las consecuencias jurídicas adversas o a intentar evadirlas, pero lo que en cualquier caso acepta es el riesgo de que se verifiquen estas consecuencias.<sup>22</sup> Más allá de estas consideraciones conceptuales, la razón concreta de justificación de la desobediencia civil resulta materia de discusión.

21 Para una introducción a las concepciones contemporáneas de democracia, ver Marquisio (2013).

22 Sobre estas condiciones, ver Madden & Hare (1970) y Brownlee (2012).

Con relación al ámbito de la libertad de expresión, desafiar las leyes de una comunidad que se consideran injustas o inmorales sería una instancia de ejercicio del derecho a expresar la libre opinión sin restricciones. Sin embargo, esta justificación implicaría ubicar las exigencias de la libertad de expresión mucho más allá de lo razonable. Si partimos del derecho de los individuos a expresarse con libertad, cualquier política o ley debería estar en condiciones de ser cuestionada públicamente, pero quien lo haga no debería sufrir consecuencia negativa alguna. Esto ocurre en todos los casos (con escasas excepciones como el llamado discurso de odio) inclusive en aquellos en los que el crítico cuestiona ideas que están en la misma base de un orden razonablemente legítimo, como la democracia y los derechos humanos. En cambio, en tanto la vigencia de un orden jurídico requiere el grado de estabilidad que proporciona el cumplimiento generalizado de sus leyes, la desobediencia civil no puede tener un alcance tal que suponga que *todas* las decisiones de un gobierno legítimo puedan ser objeto de incumplimiento público.

Por otra parte, la libertad de expresión tiene una diferencia estructural con la desobediencia civil, en cuanto la primera solo tiene sentido si protege al individuo que la ejerce incluso en aquellos casos en que no tiene ninguna justificación para actuar de la manera en que lo hace (por ejemplo, cuando se utiliza para expresar puntos de vista que son manifiestamente equivocados). En cambio, la desobediencia civil solo es aceptable como una acción política excepcional, cuando quien la ejerce demuestra que su curso de acción no obediente es correcto o tiene buenas razones para creer que es correcto (Raz, 1979, pp. 266-275).

Una vía más prometedora de justificación es el argumento de la “necesidad de la defensa”. El desobediente civil busca con sus acciones evitar un mal mayor que aquel que, desde su óptica, produce la propia legislación o política injusta. No dispone de un curso de acción alternativo para impulsar el cambio que considera necesario. Por tanto, resulta razonable que gobernantes que se preocupan por el establecimiento y la conservación de condiciones reales de legitimidad den la oportunidad al desobediente de justificar sus actos (en un tribunal de justicia o un foro público) y, al mismo tiempo, de lograr su objetivo de poner en discusión las políticas o leyes que considera injustas (Quill, 2009, pp. 9-10).

Una defensa del derecho a la desobediencia civil puede concebirse a partir de la responsabilidad moral de cada individuo por el conjunto de acciones que está a su alcance. En este caso, el desafío a la legislación se entiende basado en la necesidad de protección de las precondiciones cognitivas para la formación de las convicciones morales, incluyendo el reconocimiento de que, en algunos casos, la única forma aceptable de hacer honor a ellas es desobedecer ciertas normas jurídicas. A diferencia de la libertad de expresión, que se basa en un derecho a hacer también lo incorrecto, la objeción de conciencia, así concebida, está fundada en un deber: actuar del (único) modo correcto que nuestra conciencia puede identificar.<sup>23</sup>

El mero incumplimiento de la legislación no puede calificar como desobediencia civil. Se requiere que la acción de no obedecer se motive en fines altruistas y convicciones de justicia del sujeto, que no respondan al beneficio directo que podría reportarle la desobediencia. No puede, por ejemplo, considerarse desobediencia civil la actitud de quien desafía una ley que autoriza la minería a cielo abierto, por el solo hecho de que perjudica su interés en explotar ese predio para la agricultura. En cambio, sí puede ser

23 Para esta línea de defensa, ver Brownlee (2012).

considerada desobediencia civil la actitud de quien cree que resulta un imperativo moral oponerse a esta práctica porque atenta contra los intereses de las futuras generaciones y que la legislación permisiva omitió, según su óptica, considerar. Mientras la motivación altruista, que se orienta a que la comunidad sea más justa, presenta un caso plausible de desafío a la legislación de un orden que aspira a ser legítimo, la motivación autointeresada carece de esa posibilidad.

Es importante diferenciar la desobediencia civil de la objeción de conciencia. La primera es el resultado del juicio de justicia de alguien que, consciente de que su postura es minoritaria o no prevalente, exige que las instituciones vuelvan a considerar un tema cuya regulación considera inaceptable. Su pretensión puede estar justificada en múltiples argumentos: la regulación jurídica adoptada por una mayoría de representantes no reconoce, en su justa medida, la relevancia de los intereses de algunas personas, se ha impuesto sin un mínimo debate social o vulnera los términos fundamentales de la cooperación social de aquellos que una sociedad de iguales no podría dejar de respetar y que se consideran límites de la decisión política (Rawls, 1999, p. 320). Mientras que la desobediencia se orienta a que se cambie (o al menos se reconsidere) la regulación en cuestión, la objeción de conciencia no persigue tal fin colectivo sino uno individual, compatible con el mantenimiento de la legislación: el objetor busca exonerarse del cumplimiento de lo que la ley o un estatuto profesional impone en términos generales, para mantenerse fiel a sus creencias morales fundamentales. Así, mientras la desobediencia civil es un acto político, es decir, un intento de modificar políticas, la objeción de conciencia resulta un acto privado cuyo objetivo es proteger al agente de interferencia por parte de la autoridad estatal (Raz, 1985, pp. 339).

En términos generales, puede afirmarse que la objeción de conciencia es la negativa, fundada en la conciencia moral, a cumplir con una prestación (bien o servicio), que se debe en virtud de un estatuto legal o profesional. Sin ingresar a complejas cuestiones ontológicas y epistemológicas sobre qué es la conciencia moral, es posible tomarla como sinónimo de un sector fundamental de las creencias de un agente (aquellas que le resultan esenciales para una comprensión integral de quién es), morales, éticas o religiosas. El rechazo a actuar basado en la objeción de conciencia puede diferenciarse de otras formas de negativa fundadas en el autointerés (caso en que, por alguna razón personal, al obligado no le conviene realizar determinada prestación) y la integridad profesional (realizar la prestación no es, según el criterio del obligado, el mejor curso de acción que imponen los estándares técnicos de la profesión en cuestión) (Wisclair, 2011, pp. 4-5).

Las sociedades democráticas son esencialmente plurales. Múltiples temas son objeto de ardua controversia moral, imposible de erradicar: el servicio militar, la eutanasia, el aborto, el consumo de drogas, la tenencia de armas, las políticas de género y migratorias, los límites de la tolerancia religiosa, entre otros. Cualquier regulación (permisiva o restrictiva) que se haga sobre esas materias tendrá un número importante de personas que la rechazará y, entre ellos, algunos dispuestos a objetarla porque afecta sus convicciones morales fundamentales.

La principal razón que se invoca para que un orden democrático reconozca el derecho a la objeción de conciencia es la protección de la integridad e identidad moral de las personas. Se argumenta que quien actúa contra lo que le ordena su conciencia ve amenazada su integridad moral, a la que es posible atribuir valor intrínseco como virtud, con independencia de los fines concretos a los que se aplica. Otra razón es la protección del valor de la autonomía moral, que implica libertad (independencia del control externo) y agencia (capacidad de acción intencional). La objeción de conciencia es también alegada

como respuesta al desacuerdo moral inherente en las sociedades democráticas y las dificultades epistémicas que plantea la idea de respuestas “correctas” en cuestiones de valor. También se invocan razones que refieren a la estabilidad social, en el entendido de que la objeción está vinculada a decisiones sociales sobre temas en los que están en juego “diferentes visiones de la vida” y la propia supervivencia de la sociedad depende de que todos puedan encontrar términos decentes de convivencia (Wisclair, 2011, pp. 25-30).

Como razón principal para cuestionar la objeción de conciencia se ha planteado que sería equivocado aceptar, como justificativo del incumplimiento, la mera convicción del objetor sobre la gravedad del requerimiento estatal. Ello implicaría aceptar que cuando el derecho en cuestión es moralmente válido habría que conceder que las personas tienen un derecho a no hacer lo correcto por el solo hecho de que erróneamente creen que es moralmente malo (Raz, 1985, p. 341). Las normas que suelen plantear más dificultades son aquellas en las que el deber que el objetor se niega a cumplir está basado en un interés público, aunque se plantea el problema de sopesar el derecho a la autonomía. Esto lleva a flexibilizar las disposiciones jurídicas en contra de otros intereses que la autoridad estatal reconoce y sirve (Raz, 1985, pp. 350-351).

Cuando se ejerce la objeción de conciencia, puede plantearse un conflicto entre el derecho del objetor —basado en sus creencias morales— y los derechos de quien solicita una prestación del Estado que considera justa y está permitida por la ley. Es el caso típico de las prestaciones médicas vinculadas a cuestiones inherentemente controversiales como la eutanasia, el aborto, la reproducción asistida, el retiro de soportes de asistencia vital, entre otras, dentro de un marco jurídico que las reconoce y regula como derechos. En los estados democráticos, se impone como ideal el respeto de las diversas posturas, en la mayor medida de lo posible, teniendo en cuenta los valores y necesidades de las personas involucradas. El objetor debe ser amparado en su negativa a realizar las actividades concretas que coliden con sus convicciones morales fundamentales. A su vez, quienes al ejercer sus derechos legales reclamen el procedimiento médico, deberán ser respetados en su solicitud, y serán derivados en tiempo y forma a un profesional (no objetor) que esté en condiciones de realizarlo (Beca & Astete, 2015). Las formas justas y eficaces de lograr tal armonización son materia de debate público.

## Lectura seleccionada

*¿Qué tipo de teoría de la desobediencia civil queremos? Si esperamos que no sea una teoría vacía sino sólida, debemos resistir la tentación de tomar un atajo. La desobediencia civil es un factor distintivo de nuestra experiencia política no porque algunas personas sean virtuosas y otras malvadas, o porque algunas tengan el monopolio de la sabiduría y otras el de la ignorancia, sino porque disentimos, a veces en forma profunda, como lo hacen las personas independientes, es decir, con un vigoroso sentido de la justicia, en materia de problemas serios de moral y estrategia política. Por eso, una teoría de la desobediencia civil no sirve de mucho si lo único que postula es que está bien desobedecer leyes o decisiones que son malas o estúpidas, que el hecho de que la desobediencia civil sea correcta es una consecuencia directa de que las leyes sean incorrectas. Casi todos coincidirán en que, si una decisión dada es muy mala, las personas deben desobedecerla. Pero este consenso carecerá de valor en casos específicos y concretos, porque no habrá coincidencia respecto de si la ley es realmente mala, o si es completamente mala. (...)*

*Pero, entonces, debemos tener la precaución de no hacer que la corrección de una decisión sobre la desobediencia civil dependa de cuál de las partes tiene razón en la disputa sobre el carácter de la ley. Dicho de otro modo, tenemos que buscar que nuestros juicios se basen en los tipos de convicciones que tiene cada parte más que en la sensatez de esas convicciones. A una teoría de ese tipo podríamos denominarla teoría de la desobediencia civil en construcción.*

*La clave de nuestro éxito radica en la siguiente distinción: debemos plantear dos preguntas diferentes e insistir en su independencia. La primera es: ¿cuál es la forma correcta de actuar dadas las propias convicciones, es decir, para personas que creen que una decisión política es, por algún motivo, incorrecta o inmoral? La segunda es: ¿cómo debe reaccionar el gobierno si las personas violan la ley cuando, dadas sus convicciones, esa es la forma correcta de actuar, pero la mayoría a la que el gobierno representa sigue aprobando dicha ley? Estas preguntas tienen la estructura formal necesaria para producir una teoría sólida, porque, en principio, se las puede contestar de la misma manera en cualquier ocasión particular, aunque no se esté de acuerdo sobre las virtudes de la disputa política subyacente. Quienes sean mayoría pueden preguntarse, siguiendo el espíritu de la primera pregunta, “¿cuál sería la forma correcta de actuar si tuviéramos esas creencias?” Por su parte, los que estén en minoría pueden preguntarse, en línea de la segunda, “¿cuál sería la forma correcta de actuar si tuviéramos el poder político y las creencias de la mayoría?” En consecuencia, por lo menos podemos esperar llegar a un acuerdo general sobre cuáles son las mejores respuestas a estas preguntas, aunque no alcancemos un consenso respecto de las convicciones morales y estratégicas en juego.*

Tomado de Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*, pp., 143-144. Buenos Aires: Siglo veintiuno.

## Algunas lecturas recomendadas

- Albert, M. (2015). *Libertad de conciencia. El derecho a la búsqueda personal de la verdad*. Madrid: Palabra.
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Nussbaum, M. (2011). *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*. Buenos Aires: Katz.
- Ortiz y Rivas, H. (1998). *Obediencia al derecho, desobediencia civil y objeción de conciencia*. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho*. Ciudad de México: UNAM.

## Para seguir reflexionando

En el marco del conflicto entre Argentina y Uruguay por la instalación de dos plantas de pasta de celulosa en territorio de este último (2005-2010), muchos ciudadanos de Gualeguaychú realizaron extensos cortes de ruta que bloquearon el acceso al puente Fray Bentos-Gualeguaychú que provocaron importantes perjuicios al turismo y al transporte comercial uruguayo. Los ciudadanos de Gualeguaychú, para justificar su medida de protesta, alegaban que las plantas tendrían un impacto ambiental muy negativo en cursos hídricos comunes y buscaban presionar para que no funcionaran (reclamo que, en lo sustancial, compartía el gobierno argentino). Las medidas vulneraban disposiciones legales que garantizaban la libre circulación en la República Argentina y el Mercosur. Sin embargo, el gobierno de dicho país no las reprimió, pese al reclamo de su par uruguayo.

A la luz de la discusión presentada en este capítulo, conteste las siguientes preguntas:

¿Se trataban los cortes de ruta de actos de desobediencia civil, de objeción de conciencia o no se relacionan a ninguno de esos conceptos?

¿Debía el gobierno argentino hacer cumplir sus propias leyes, liberar las rutas y castigar a los responsables de los cortes? ¿O debía reconocer a sus ciudadanos el derecho a desobedecer las leyes que garantizan la libre circulación como parte del derecho a la protesta?

## Referencias bibliográficas

- Beca, J. P., y Astete, C. (2015). Objeción de conciencia en la práctica médica. *Revista Médica de Chile*, Vol. 143, (4), 493-498.
- Brownlee, K. (2012). *Conscience and Conviction. The Case for Civil Disobedience*. New York: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1955). Are There Any Natural Rights? *Philosophical Review*, 64, 175-191.
- Madden, E. H., y Hare, P. (1970) Reflections on Civil Disobedience. *The Journal of Value Inquiry*, Vol 4, (2), 81-95.
- Marquisio, R. (2013). Democracia: concepto, concepciones y justificación normativa. *Revista de la Facultad de Derecho*, Udelar, 37, 97-122.
- Quill, L. (2009). *Civil Disobedience. (Un) Common Sense in Mass Democracies*. New York: Palgrave Macmillan.
- Simmons, J. (1981). *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton: Princeton University Press.
- Simmons, J. (1996). Philosophical Anarchism. En J. Sanders y J. Narvenson (Eds.), *For and Against the State* (pp. 19-40). Lanham: Rowman & Littlefield.
- Rawls, J. (1964). Legal Obligation and the Duty of Fair Play. En S. Hook (Ed.), *Law and Philosophy*. New York: New York University Press.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press.

- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho*. Ciudad de México: UNAM.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). Authority and Justification. En J. Raz (Ed.), *Authority* (pp. 115-141). New York: New York University Press.
- Wasserstrom, R. (1999). The Obligation to Obey the Law. En W. Edmundson (Ed.), *The Duty to Obey the Law* (pp. 17-48). Lanham: Rowman and Littlefield.
- Wicclair, M. (2011). *Conscientious Objection in Health Care. An Ethical Analysis*. New York: Cambridge University Press.
- Wolff, R. P. (1998). *In Defence of Anarchism*. Second Edition. New York: Harper and Row.

Esta publicación cuenta con el apoyo de la Comisión Sectorial de Enseñanza de la Universidad de la República. Forma parte de la serie «Manuales de aprendizaje» que tiene como objetivo mejorar las condiciones de aprendizaje de los estudiantes y, al mismo tiempo, propiciar la autoformación docente mediante la reflexión sobre sus prácticas y sobre el estado del arte en su disciplina. Secundariamente, esta publicación pretende colaborar en la constitución de tradiciones disciplinares y culturas educativas nacionales.

ISBN:



UNIVERSIDAD  
DE LA REPÚBLICA  
URUGUAY



comisión sectorial  
de enseñanza