

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y CIENCIA JURÍDICA

I

1. *Los requisitos de un lenguaje práctico.* Es frecuente definir el derecho como un mecanismo de control social; quiere decirse: una clase de acciones de un subgrupo social destinadas a provocar, en los restantes miembros del grupo, otras acciones que se consideren valiosas o buenas; o, al revés, a impedir que las acciones que el grupo considera desvaliosas o malas excedan de un cierto grado. El derecho es así una forma como la sociedad funciona, pues, controlar significa llevar a cabo una de las funciones al parecer necesarias para que un sistema social persista como una unidad histórica discernible e identificable por los propios miembros y por terceros.

Pero más frecuente y más concorde con una larga tradición —que como toda tradición simultáneamente muestra y disimula—, es afirmar que el derecho es un conjunto de prescripciones, de imperativos, de deberes, de prohibiciones. Los actos sancionatorios de los órganos sociales, en los que se hacen visibles los mecanismos de control social, han de ser entendidos, para esta concepción corriente, como una clase de actos caracterizada especialmente por estar especialmente regulada por normas. Y el derecho, se dice, si bien cumple una función de control social, en sí es ante todo normas.

Las normas pueden ser vistas de las más variadas maneras. Desde un punto de vista ascéptico, como un tipo de enunciados formulados, quizás, con vistas a ciertos fines. Con mayor profundidad, como los mandatos del soberano. Y, por lo tanto, como las órdenes de quienes mandan, de quienes poseen el poder en un grupo social. El derecho, aún siendo norma, es también una manifestación del poder que, en una sociedad, ejercen ciertos grupos, ciertos individuos, ciertas clases, ciertos intereses.

Ante estas posibilidades de encarar la variada suerte de fenómenos que solemos denominar “derecho”, no es de extrañar que la especulación filosófica y política, desde hace siglos, se demore en tentativas de identificar en un solo tipo de dato las múltiples y quizás heterogéneas experiencias que evocamos con esta palabra casi mágica: “derecho”.

Hay más: antes que un mecanismo de control social, antes que un sistema normativo, antes que un ente objeto de especulación filosófica, el derecho es el tema del discurso pragmático cotidiano. No sólo entre los que poseen el poder y los que están a ellos sometidos, sino entre ciudadano y ciudadano en sus ocupaciones cotidianas. El derecho es también una pretensión que yo

invoco frente a mi contrincante, a mi rival, a mi competidor. Y normas, recursos a las autoridades, argumentos políticos y filosóficos, son otros tantos mecanismos útiles para hacer valer, en el caso, "mi" derecho. Un derecho que no puedo invocar y no puedo hacer valer, no es, para mí, derecho en sentido alguno: es el campo de la actividad de los otros, a la cual yo soy ajeno, como espectador externo, o como tercero indiferente.

En ese sentido: la invocación del derecho, en la vida cotidiana, se parece más al recurso a una habilidad manual, a una capacidad material. Así como puedo cultivar mi tierra, puedo exigir una prestación de mi vecino. El derecho define el ámbito de mis posibilidades de acción y, en ese sentido, es una regulación puramente pragmática, definida, antes que por enunciados normativos y delimitaciones especulativas, por las posibilidades fácticas de expectativas recíprocas entre individuos en trance de interactuar en algún sistema social. Vale decir: primeramente el derecho se nos da como formas de actuar socialmente aceptadas o socialmente repudiadas. En comunidades primitivas, esta división de las acciones sociales puede ser atribuida a la tradición —esto es: a una historia mítica no investigable, pero dotada de fuerza de explicación de los actos presentes, o bien a los dioses—. Son ellos los que reparten, ya no los bienes, sino el universo de las acciones posibles entre las lícitas y las socialmente nefastas.

Tenemos algo así como un lenguaje práctico, en que no sólo el miembro de un grupo social, sabe qué puede y qué no puede hacer, atento a las circunstancias fácticas efectivas de su medio, sino también qué debe y qué no debe, atento a los dictámenes inescrutables de una tradición ancestral o los decretos iniciales de los dioses instauradores de la cultura en que se vive. Así lo recuerda, por caso, las líneas iniciales del poema de Parménides: "la Distribuidora vengadora —la justicia— controla las puertas de los caminos de la Noche y el Día" (fg. 1, 10/15).

Así como las circunstancias fácticas son inexorables, físicamente necesarias: no se puede navegar contra la corriente, y por tanto están garantizadas de por sí mismas, las pautas jurídicas que definen las posibilidades sociales aceptadas y las repudiadas, requieren de otro tipo de garantía. De ahí que, en el pensamiento de los griegos, fuera una divinidad —Diké— la que pronunciara el derecho: la que dijera qué corresponde hacer a cada caso. Lo que socialmente debe hacerse en cada caso está determinado por la Diosa y, por ende, el mortal debe acatar este pronunciamiento divino. De ahí, que muchos siglos después y ya en una etapa de relativa desacralización, el derecho —como rezan las líneas primeras de las *Institutas*— fuera una voluntad, sí, pero "constante y perpetua", como la de los dioses. Y conocer derecho implicara *notitia*, no sólo de las cosas humanas, sino también *notitia rerum divinarum*. Este conocimiento es, literalmente, "pre-visión": *prudentia* (de *providere*: *phrónesis*): el hombre en la ciudad, al tener noticia, advertir, las cosas huma-

nas y divinas, prevé lo que puede hacer y lo que no puede hacer. Eso se llama "iurisprudencia".

Ya en los jurisconsultos romanos, esta muy práctica jurisprudencia es calificada de *scientia* (cfr. al respecto *Institutas* I, 1.). *Scientia*, de *scio*... *scire*, es saber, en el sentido de resolver, decidir (por ejemplo, en *plebiscitum*: lo que la plebe decide), y "decidir" —*descisco*— es saber anticipadamente, decir antes. El prudente ve anticipadamente y el científico, afirma anticipadamente. Esto resumidamente, es lo que Roma nos transmite cuando el derecho aparece como *iurisprudencia* y como *scientia*.

Sólo que el *ius* no es sólo *prudencia* y *scientia*, sino también *ars*, *tejné*. De ahí que, por ejemplo en Gaius, se hable constantemente del derecho que se usa: todos los pueblos, afirma, se rigen (*reguntur*) por leyes y costumbres, y al hacerlo, usan de su propio derecho y del derecho común a otros hombres. (Cfr. Caii, *Institutiones*, I, 1: *omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur*).

La expresión es curiosa, pero significativa: son las costumbres y las directivas legales las que dirigen las acciones sociales: El recurso de dirección —de regulación— es el derecho usado. Pues bien, este fenómeno, el derecho que se usa —*ius utilis, ius usualis*— requiere, al nivel del lenguaje articulado, de un lenguaje eficaz. Esto es, de una retórica, del lenguaje como una técnica o arte destinada a lograr cosas humanas y divinas. Basta recorrer hoy las páginas de Quintiliano para percibir en qué medida es la técnica oratoria el discurso propio del derecho que se usa. Pero los modelos, las estructuras, los recursos de la retórica —pese a los frecuentes recordatorios de un Viehweg, un Perelman o un Barthes— no tienen hoy sino un bien menguado prestigio. El lenguaje con que se logra, lo que otrora los retóricos clásicos atribuían al orador litigioso: distinguir lo que se debe hacer de lo que no corresponde hacer, es hoy monopolio de los medios de comunicación masivos: son ellos los que nos usan al decirnos qué es lo que se usa.

2. *Ciencia y retórica*. Pero desde Roma, posiblemente, y, en la tradición europea, con total claridad desde el siglo xviii, el derecho ya no es lo que corresponde prever y predecir, sino un objeto temático de un conocimiento científico. La previsión y predicción de cosas humanas y divinas (*res*) se ha transformado en el conocimiento y transmisión de afirmaciones sobre un objeto. Una cosa no es un objeto: éste, como *Gegenstand*, sólo se da en la actitud teórica, que es la que pretende asumir la ciencia. Y, desde Descartes, por lo menos, el manejo retórico de las cosas pierde prestigio frente al manipuleo técnico de los objetos por las ciencias. También el conocimiento jurídico se afilia a esta tendencia: se suele afirmar que con Blackstone, con Pothier, con Hugo y Savigny, el conocimiento del derecho se convierte en ciencia, ya no como predicción y previsión prácticas, sino como conocimiento

teórico sistemático de un objeto delimitado intelectualmente, de un objeto recortado por categorías creadas por un nuevo tipo de actividad: la actividad científica. El derecho usual se distancia del derecho de las academias; uno es el campo de los rúbulas y practicones; otro, el de los jurisconsultos y de las cátedras. La ciencia moderna, que en el terreno de los números, los astros y los cuerpos físicos, se había institucionalizado desde el Renacimiento, adquiere también títulos de dominio en el campo de los usos sociales. Por de pronto, la *iuris scientia* abandona su pretensión rectora: la ciencia conoce, pero no prescribe. Su función tiende a limitarse al conocimiento de los instrumentos rectores propiamente dichos, o, por lo menos, de los más típicos. En la tradición anglosajona, desde Blackstone hasta Austin, se trata de concebir conceptualmente y sistematizar las costumbres de la tierra; en la tradición continental, quizás desde Bologna, pero ciertamente, desde Pothier, se intenta ordenar, clasificar y sistematizar las leyes. El derecho —sea ello lo que fuere— sólo consigue guardar su prestigio en sociedades paulatinamente desacralizadas y racionalizadas —como las que ingresan en la Revolución industrial y en la formación de Estados burocráticos modernos— en cuanto aparece con los ropajes de una ciencia. Y ya en el siglo XIX, ciencia es conocimiento de hechos, sistematización de datos, formulación de generalizaciones legales. Lo más apartado de una retórica, que se desvanece como disciplina académica, para convertirse en un arsenal de recursos estilísticos. Pero así como el derecho, en cuanto previsión y predicción de las cosas humanas y divinas, contaba con su técnica adecuada, la retórica, mediante la cual se daba conveniente uso a normas y costumbres; el derecho como objeto de un conocimiento científico, se ve sujeto a otras exigencias; necesitamos de conceptos, definiciones, criterios clasificatorios, categorías generales, criterios sistemáticos, principios lógicos. Sólo a través de estos recursos intelectuales el derecho puede aparecer, literalmente, como objeto de conocimiento, y por ende, como tema de enunciados verdaderos. El derecho usado podía ser útil o inútil; el derecho, tema de una ciencia, necesita de formas de manifestación, de un discurso referencial apto y de criterios explícitos de verdad. Quizás pueda decirse que necesita de una teoría y ésta, naturalmente, de una lógica. Si el derecho es objeto de una ciencia, tiene que desarrollar —y así se cumple efectivamente en el siglo XIX— una teoría general.

Sucede que en la ideología científicista o racional propia de la Edad Moderna, nos parece impensable usar de un objeto —recurrir a las cosas— al margen de un previo contacto teórico con ellas. No podríamos usar del derecho, si no supiéramos cómo es el derecho. Para usar del derecho, el jurisconsulto romano, supongo, le bastaba tener criterios prudentes de acción; esto es: debía prever las consecuencias de sus actos. Para usar del derecho, hoy, debemos previamente saber cómo es, qué es el derecho al que nos sometemos o al que recurrimos. Esta creencia impone nuevas obligaciones.

3. *La estructura de una ciencia.* El discurso científico, aún el más simple, acarrea algunas consecuencias en la estructura del lenguaje utilizado para la transmisión de sus mensajes, aunque más no sea la introducción de un léxico *ad hoc*, de una terminología técnica, cuya función es, por un lado, contribuir a la economía y precisión de los mensajes, y por el otro, hacerlos lo suficientemente crípticos como para que el discurso científico se torne patrimonio de una élite especial. Más importante que los tecnicismos y las definiciones más o menos alambicadas de conceptos, es la construcción de un conjunto de categorías relativamente sistemáticas, con pretensión de completitud. Esto es: el material que será objeto del conocimiento científico, es previamente determinado conforme a algún conjunto de categorías —cuyo origen generalmente proviene de una concepción precientífica anterior—, de las que se pretende que guarden entre sí una suficiente compatibilidad. El discurso científico, así, está sujeto, en última instancia, al control de alguna lógica: esto es; de reglas que determinan qué enunciados son aceptables recíprocamente y cuáles pueden derivarse coherentemente de los ya aceptados y que sirven de fundamento al sistema discursivo.

La ciencia es conocimiento discursivo sujeto a cánones lógicos. Sólo que, muchas veces, no está del todo en claro cuáles sean las lógicas efectivamente utilizadas en la construcción del sistema, y en qué medidas ellas pueden ser o limitadoras de las inferencias aceptables pragmáticas, o excesivamente latas como para permitir una extensión banal del discurso científico. Claro que, para el pensamiento clásico greco-romano, la ciencia es de por sí lógica, en cuanto discurso racional sujeto a cánones aceptados. Pero en una *scientia*, como la jurisprudencia, la lógica que el jurisconsulto o el magistrado, o la parte, invoca; puede poco que tener que ver con la lógica de los filósofos, los matemáticos o los mismos lógicos. Y, sin embargo, hasta hoy, el prestigio de la lógica *per se*, como garantía de coherencia del discurso científico, es tan enorme que la invocación de ella es, en boca del jurista, un *topos* retórico. Véase al respecto el libro V de las *Institutiones oratorias* de Quintiliano. Pero ¿de qué lógica se trata?

Cabe pensar que el jurista, en su trabajo práctico —en el litigio, en el escrito judicial— argumenta conforme a ciertos cánones lógico-retóricos que son considerados suficientemente eficaces en su medio. Frecuentemente recurre, como a una autoridad suficiente, a los dictámenes de la doctrina: es decir, a lo que la ciencia afirma como solución correcta —como la lógicamente consecuente, dadas ciertas normas y ciertas circunstancias típicas—. La ciencia del derecho es un recurso al que se apeló en cuanto autoridad, pero una autoridad revestida del centenario prestigio de la ciencia y de la teoría racional.

4. *Las lógicas de las proposiciones jurídicas decisorias.* Pues, ¿qué busca el jurista cuando, recurriendo a su ingenio, o a la autoridad doctrinaria, pré-

tende imponer al magistrado una cierta solución de un caso? Obviamente, la solución que pretende sea admitida como definición legal (definición de un status), o como solución de un conflicto (sentencia contenciosa), debe tener el prestigio y fuerza de una norma válida de derecho.

Una solución, puede aceptarse, es la norma válida que establece cuáles son los deberes y derechos de las partes en conflicto, si limitamos la mira a los problemas litigiosos, al conflicto clásico de intereses, individual o público. El jurista, con su conocimiento y reconstrucción de conjuntos normativos, más su conocimiento de algún conjunto de circunstancias fácticas, pretende que se imponga como válida una cierta norma que instituye como obligatoria una prestación de algún tipo; o bien, que se derogue una norma que es invocada para constituir una obligación que considera perjudicial.

Pero, ¿qué quiere decir que una norma establece un cierto curso de acción, algún acto, como obligatorio? Aquí aparece la necesidad de explicitar, de algún modo, la lógica ínsita que se utiliza. A partir de Georg Von Wright, los juristas (y los moralistas) cuentan con un instrumental metódico que les permite poner alguna claridad en estos problemas. Algunos de los conceptos normativos elementales, corrientes en los lenguajes naturales, son sin embargo ambiguos y llevan, en ciertos casos, a paradojas. Uno de los axiomas (o teoremas) clásicos de Von Wright seguramente sería aceptado sin más: si una acción p , es obligatoria, entonces, la misma estará permitida. Se trata de una verdad de razón, como un momento de reflexión quizás nos lleve a aceptar. Se trata, con todo, de una fórmula lógica que, curiosamente, los juristas normalmente no explicitan, y que los filósofos suelen interpretar, conforme al modelo propuesto por Kant, con referencia a alguna modalidad natural: aquello que es naturalmente imposible, no es obligatorio, de donde la versión de que lo obligatorio debe ser posible. Pero es cosa clara que ningún ético aceptaría —sin incurrir en la falacia de Moore— equiparar una modalidad natural, alética, con una modalidad normativa o deóntica.

Sin embargo, cabe apuntar que, en algunas de las interpretaciones semánticas usuales de la expresión normativa, permitido p , se apunta a un hecho p , que es verdadero por lo menos en algún mundo posible; Pp , por añadidura, es una expresión que no concebimos fácilmente, pues no es intuitivamente clara la distinción entre la simple permisión Pp , y la llamada permisión fuerte: $KPpPNp$. Y es claro, que la expresión $COpKPpPNp$ (esto es: $COpFp$, o lo que es lo mismo, $COpKNOpNVp$, es contradictoria).

Pero el axioma $COpPp$ es, como se sabe, equivalente, a $APpPNp$, expresión cuya interpretación intuitiva también nos puede llevar a incertidumbre, toda vez que obviamente vale siempre y cuando aceptemos como base una cierta lógica bivalente.

La aceptación de distintos tipos de permisión, como cabe apreciar en las obras de Von Wright: *Deontic Logic* de 1951, *Norm and Action* de 1961 y

Deontic Logic and the General Theory of Action de 1967, entre otros, es tema que no recibe respuesta clara y unívoca. Puesto que si aceptamos la distinción entre permisión fuerte y permisión débil, comienza la posibilidad de distinguir, como en la última obra indicada, un número elevado de sentidos de las modalidades deónticas. Y la noción de deber, que por el momento es sólo un término lógico, una modalidad, pierde acuidad; así como lo pierde en cuanto categoría material, tal como sucedía en el Kelsen neokantiano.

¿Y qué decir de las leyes de distribución? ¿Se distribuye la permisión débil con respecto de la disyunción: $E PApq APpPq$, así como la obligación con respecto de la conjunción $E OKpq KOpOq$? Estas reglas, obviamente, son necesarias para las maniobras lógicas de una deducción relativamente simple, pero no se atienen siempre al curso de nuestras intuiciones tambaleantes.

En otros términos: en las muchas, muchísimas, lógicas normativas con que actualmente contamos, y que hacen tanto crédito al ingenio de lógicos y filósofos, todo refinamiento en la construcción del sistema formal, involucra un incremento en dificultades teóricas que quedan necesariamente sin respuesta, pues las clásicas paradojas de toda lógica algo compleja reaparecen en estas lógicas modales; a lo que se agrega la dificultad, o acaso imposibilidad, de encontrar, para muchas de ellas, interpretaciones o modelos suficientemente intuitivos.

5. *La función crítica de la lógica.* Quizás la lógica —digo: las lógicas— cumplan una función muy reducida en la efectiva actividad práctica del jurista, aunque éste no cese de invocarla como criterio de racionalidad suficiente. Más bien, se ha afirmado, la lógica aparece como un instrumental altamente refinado que permite un análisis y, por ende, una crítica de los instrumentos conceptuales de que se ha valido el jurista desde hace siglos, y que por lo común, utiliza ateniéndose a una tradición puramente verbal.

En ese sentido, la lógica es un *organum* de la ciencia, pero no de la ciencia como *prudencia* y predicción del jurista práctico, sino de la *Wissenschaft* que se ocupa del objeto jurídico y cuyos enunciados pretenden consistencia, objetividad, sistematización, verdad. En este respecto, la lógica es un *organum* propio de la actividad teórica y sólo en un sentido muy lato podría decirse que el jurista práctico recurre a ella en su labor cotidiana, en consultas, litigios, alegatos, recursos. La lógica a la que allí se recurre, es el repertorio más o menos corriente de topos y lugares comunes que, en una comunidad, tienen fuerza de convicción suficiente para imponer, razonablemente, una solución como la mejor. La lógica —las lógicas de los lógicos— son un aparato intelectual imponente cuya función primaria está dada en el análisis crítico de los productos de la ciencia, en los mecanismos del trabajo teórico. (Una salvedad importante, sin embargo: la necesidad de recurrir a

mecanismos lógicos estrictos tan pronto se echa mano de algoritmos y computadoras en el trabajo jurídico.)

Claro que contar con aparatos analíticos suficientemente estrictos es propio del pensamiento y tendencia misma de la ciencia moderna, como tentativa de apoderarse de los objetos, de controlar el mundo, a través de marcos categoriales lógicamente, intelectualmente manejables. Ya no prevemos y predecimos qué debe hacerse, conforme a costumbre y leyes, pero sí podemos afirmar que tal acción —o clase de acciones— son las debidas, como consecuencia racional de ciertos principios, llamémosle leyes, normas directivas o cosa análoga.

II

6. *Categorías formales y categorías materiales.* Claro está que la jurisprudencia actual —por la que entendemos la que es directamente heredera de la dogmática del siglo XIX y que nosotros continuamos practicando —no puede contentarse con el desarrollo, sistemático, de puras categorías formales, como son las modalidades lógicas. Ciertamente es que una ciencia, como la jurídica, requiere contar con un instrumental lógico confiable, y, por ende, los desarrollos de las modernas lógicas deónticas son bienvenidos. Pero la ciencia del derecho, un tanto paradójicamente, aspira, desde fines del siglo XIX, por lo menos, en forma temática, a ser no sólo una ciencia, como cuerpo de enunciados verdaderos lógicamente integrados, sino también a ser una ciencia empírica, esto es, un cuerpo de enunciados entre cuyos criterios de verdad algunos requieren una confrontación con algún tipo de experiencia. Ya la Escuela Histórica, por cierto, al invocar, como criterio último de validación de las normas, la costumbre o los hábitos de un pueblo —por ambiguo que fuera la noción de *Volksgeist*— había introducido una brecha en la ciencia puramente racional, anteriormente practicada como ciencia del derecho.

Pero si el derecho tiene una faceta empírica, es claro que necesitaremos contar con conceptos descriptivos, con categorías materiales. Y las nociones más generales con que la jurisprudencia contaba, han sido, en ese sentido, especialmente oscuras. Pensemos, por caso, en el concepto de contrato. Por un lado, con ese término los juristas parecieran querer referirse a clases de fenómenos reales: un contrato es un papel firmado que tenemos ante la vista, un documento que los tribunales exigen que les presentemos, un acuerdo de voluntades como un dato real de la vida de ciertas personas. Pero, por el otro lado, la noción de contrato tiende a extenderse y hacerse tan lata que sus contenidos empíricos casi se desvanecen, convirtiéndose en una suerte de categoría universal. ¿Hay fenómeno acaso de la vida social que no haya sido interpretado como un contrato? El matrimonio es un contrato, la propiedad es un contrato, el Estado es un contrato, la comunidad de las naciones cons-

tituye un pacto. Esta categoría pasa así de ser un concepto relativamente descriptivo, y que podría quizás ser definido extensionalmente, a convertirse en una idea de la razón. Para Kant —cabe recordar— el contrato es un acto de la libertad, por la cual, se transfieren posibilidades propias. Pero la libertad, en Kant, no es un fenómeno empírico, sino por definición misma, el objeto metafísico por antonomasia. En Hegel, el contrato es una objetivación de la voluntad, mediante el cual las voluntades subjetivas de otros tantos sujetos, superan la contradicción explícita de ser distintas, para aparecer como una voluntad unitaria. El contrato es definido pues, a través de las nociones de voluntad y de la exteriorización de esos datos metafísicos, como superación de una contradicción aparente al nivel subjetivo: el contrato como “unidad de voluntades distintas” (*Rechtsphilosophie* §§ 72-73). Pero aún en estos pensadores, el contrato —término común si lo hay en el vocabulario de los juristas—, guarda una posición intermedia entre una pura categoría ética o metafísica, y una realidad fenoménica. Sirve para “realizar” voluntades (Kant), para “unificar” voluntades que así se fenomenalizan. Como dice Hegel, el contrato es así un “momento mediador” (*ein vermittelnd Moment*) (§ 76) entre las aparentes y contradictorias voluntades subjetivas, y la voluntad total que es el orden estatal.

Pero, sin recurrir a los filósofos, es notorio que, desde los jurisconsultos romanos, lo propio del contrato —defínaselo como sea— es ser un acto creador de obligaciones, y esta propiedad, el ser creador, por cierto lo distingue de los meros hechos, *facta*, dados y regidos por leyes inmutables de que, al parecer, se ocupan las ciencias físicas clásicas.

Tenemos así, como los conceptos aparentemente materiales, como el de contrato, tienden en manos de los juristas, a adquirir dimensiones no empíricas, cuando no a convertirse en categorías reguladoras del conocimiento mismo. Pues, al fin y al cabo, ¿no se pretende ganar conocimiento cuando se califica al matrimonio o al Estado como un contrato? Veamos ahora el proceso inverso.

7. *Deber y sanción.* Es una idea tradicional que el derecho, el llamado derecho objetivo, es un conjunto de deberes. Las normas son instrumentos conceptuales o lingüísticos que instituyen o explicitan deberes. Lo propio del derecho es establecer los deberes sociales dentro de una comunidad. Por cierto que también este punto de partida ha sido discutido: para muchos el derecho no es un conjunto de deberes. El deber no sería la noción primitiva, sino que el derecho constituiría un conjunto de facultades o derechos subjetivos.

Sea ello como fuere, lo cierto es que, lógicamente, la noción de deber fue formalizada, y, por lo tanto, analizada, recurriendo a la modalización *O*, cuya definición —como suele en lógica— resulta de las proposiciones en que

contextualmente se la define. Así, afirmar el axioma $COpPp$, significa establecer una característica del operador en cuestión. Otras leyes lógicas importantes son aquéllas que establecen las relaciones entre los llamados operadores modales fuertes, la prohibición, la obligación y la facultad. Un hecho o acto p , es obligatorio, siempre y cuando no sea ni prohibido ni facultativo. Esta división es exhaustiva, y por ende, todo acto no vedado ni libre, es, en derecho, necesariamente obligatorio. Si el concepto no es entendido en forma absoluta —donde, claramente Op equivale a VNp y a NPp —, sino como obligación relativa, Op/q , surgen diversas posibilidades de dar algún sentido semántico a la noción lógica de “obligación”. Claro que, en este respecto, poco sirven las nociones tradicionales de la jurisprudencia, donde sostener que obligación es un *vinculum iuris*, fuera de la metáfora, sólo sirve para establecer que la obligación es un nexo, una relación y no un concepto sustancial.

Por cierto que las definiciones lógicas modernas son útiles y han permitido aclarar qué deba entenderse por una lógica del deber; esto es, qué enunciados son formalmente hablando normas obligatorias, y qué consecuencias pueden lógicamente derivarse de enunciados en que aparece el operador O . Otro asunto —que aquí no se tocará— es cómo trasladar los resultados logrados en los lenguajes formales de la lógica, a los lenguajes naturales en que los juristas y los legos hablan de obligaciones.

Pero me interesa señalar aquí cómo esta noción formal, el modalizador O , también ha sido objeto de tentativas de definirlo por remisión a alguna suerte de dato empírico. Me refiero a las conocidas tesis de Ross Anderson, según las cuales, un hecho p , que es obligatorio, Op , implica tanto como sostener que es verdad (o posible) que si Np , entonces se producirá una sanción. Y las sanciones son clases de hechos sociales en que se manifiesta cierto acto de fuerza por parte de la comunidad o de un órgano. Claro que es posible —por ejemplo, en un estudio etnológico— definir por enumeración y descripción, esto es, extensionalmente, clases de actos que, en determinada comunidad, son comúnmente entendidos como sanciones. Ross Anderson,¹ señala que “es característico de los sistemas normativos, seleccionar dentro de las alternativas de que disponen los agentes de un grupo social, algunas posibilidades como requeridas u obligatorias; otras como permitidas (pero no obligatorias); y otras como prohibidas; otras como indiferentes, etc. Desde el punto de vista de las ciencias del comportamiento, entre las primeras preguntas que surgen al examinar un sistema normativo efectivo (*actual*), encontramos la siguiente: “¿qué penalidades o sanciones utiliza el grupo social para imponer (*enforce*) sus normas?” Esta relación, que Ross Anderson entiende como empíricamente dada, le permite sostener, en razón de esa “conexión íntima entre obligación, como arriba se indicó: un estado de hecho p es

¹ Ross Anderson, “The Formal Analysis of Normative Systems” en N. Rescher (ed.), *The Logic of Decision and Action*, U. of Pittsburgh Press, p. 147 ss.

obligatorio, si la falsedad de p implica la sanción S ; $\cdot p$ está prohibido, si p implica S , y p está permitido, "si es posible que p sea verdadero sin que la sanción S sea verdadera".

Se ha señalado, una y otra vez, criticando a Ross Anderson, que esta supuesta reducción de la lógica deóntica a la lógica alética, y por ende, la definición de la noción normativa de obligación a partir del concepto empírico de sanción, supone incurrir en la falacia naturalística. Por el otro lado, al hacer jugar en las definiciones, implicaciones materiales o estrictas, aparecen, como era de esperar, las clásicas paradojas de esa relación lógica, como lo señalara tempranamente Prior.

Pero me interesa destacar que esta tentativa de dar una definición empírica, por reducción de uno de los conceptos básicos en derecho, el de obligación, no cumple satisfactoriamente con las exigencias de un concepto material empírico. En efecto, en los textos mencionados de Ross Anderson es fácil advertir que se recurre —como el autor admite, pues sólo intenta reducir la lógica deóntica a la lógica modal alética— a modalidades tales como las de posibilidad o, quizás, a la de implicación estricta. Por ende, definir, por caso, Pp , diciendo que $M Kp NS$, no es un enunciado empíricamente confrontable, pues aludiría a la posibilidad de la verdad y falsedad de dos *states of affairs*.

Más aún, al analizar Ross Anderson las condiciones de una lógica normativa suficiente, que no incurra en la falacia de Moore, señala la necesidad de que $CMpPp$ no sea teorema de esa lógica; y en su propuesta de lógica deóntica reducida, tiene que introducir un importante axioma: MNS , esto es, puede no darse sanciones. Según Ross Anderson —en su primer trabajo— la introducción de este axioma (MNS) "en cualquier sistema normal alético... provee de una rica fuente de sistemas de lógica deóntica y facilita el estudio comparativo de los principios deónticos". Cree, también que se logra así "una simplificación de los sistemas deónticos", dando una explicación (*a rationale*) para los conceptos deónticos de obligatorio, permitido, etc. (*ibidem*, § II, *in fine*).

8. *Ser y deber*. Es que la falacia naturalista suscita el mismo fantasma que los juristas rechazan, desde Kant, por lo menos, con sin igual energía: la de la confusión entre el ser y deber, entre lo real existente, y lo debido moralmente.

Claro está que la dicotomía ser/deber (*Sein/Sollen*), prohibida ontológicamente por Kant, y lógicamente por Hume, a veces es subrepticamente puesta en tela de juicio, como cuando se sostiene que ciertas normas —estó es enunciados deónticos— derivan de la naturaleza de la cosa. Pero, parece notorio, que la naturaleza de la cosa, tal como la entienden los juristas y la filosofía tradicional, no es un concepto extensional. Hace a la naturaleza de

una cosa aquel conjunto de notas que necesariamente corresponde predicarle, y, por ende, que es imposible negarle. Pero necesidad, imposibilidad, son nociones modales y no empíricas.

A veces —sea dicho al pasar— se recurre, no a una supuesta naturaleza de la cosa, o a lo propio (en sentido aristotélico) como hacía Pothier, sino a la atribución de una finalidad. La cosa —como la acción penal— es definida teleológicamente; pero también el fin es, fuera de las enormes dificultades que tiene desde siempre el pensamiento teleológico, una noción con ribetes modales: es aquel estado de cosas que necesaria o posiblemente se producirá, dado un estado de cosas antecedente.

Intentemos ver cómo aparece, al nivel del lenguaje natural y sus estructuras superficiales, esta manida distinción entre ser y deber. Claro está que, en principio, no habría inconveniente en entender el verbo “deber” como un verbo transitivo, y por ende como núcleo de predicados empíricamente verificables. Si afirmo que “Ticio debió pagar”, queda en claro que cabe atribuir a Ticio un hecho verificable. Pero, en otras formas, por ejemplo, en presente del indicativo: “Ticio debe el precio”, no sabemos muy bien a qué clase de datos referirnos para encontrar la verificación o falsificación del enunciado. Es aquí donde aparecería la distinción entre enunciados modales, intencionales, no susceptibles de plena confirmación por recurso a datos empíricos, y los llamados enunciados empíricos, como sería el que afirma la misma acción de Ticio en el pasado.

La idea —que ha desarrollado Hadlich y quien esto escribe— es que la noción de “deber”, en el lenguaje natural, no es un *sin sentido*, como pretendió Alf Ross otrora, sino un rasgo lingüístico que remite a una estructura profunda, o estructura de sentido más compleja. Decir que “Ticio debe el precio”, es apuntar a una oración imbricada reducida: “Ticio paga el precio”, regida por una oración principal donde la frase verbal afirma, del sujeto Ticio, que éste “debe” algo, a saber: pagar el precio. Por cierto, que, para una interpretación semántica adecuada, habría que poner en juego otras modificaciones gramaticales necesarias, que establezcan órdenes temporales entre oración principal y oración imbricada, una suerte de *consecutio temporum* esencial para comprender el sentido de un enunciado normativo. “Ticio debe algo”, siempre que ese algo sea “el pagar Ticio el precio” después, en lo futuro.

Pero si esto es así, el deber —el *Sollen* kantiano o kelseniano— no constituiría una categoría trascendental, como Kelsen pretende, sino un término indicador de ciertos rasgos semánticos: obliga a establecer órdenes temporales entre hechos enunciados. Lo importante sería, además, que ese rasgo —el verbo “debe” o los otros giros que se utilicen, entre los cuales, muy característicamente, la forma futura de los verbos— es requerido contextualmente en ciertas situaciones pragmáticas.

Alf Ross (en *Directives and Norms*, 1968) se ha ocupado en discutir la conveniencia de aceptar una distinción entre un discurso teórico, puramente enunciativo, y un discurso práctico o directivo. Esta preocupación, en Ross, seguramente tiene su paralelo en la agria discrepancia que Kelsen mantiene con el pensamiento kantiano referente a la razón práctica. Si bien —señala Ross— que la distinción tiene raíces clásicas, en cuanto desde temprano se advirtió que no todas las expresiones gramaticales complejas son susceptibles de tener un valor de verdad, ya en Kant aparecen imperativos “que expresan principios morales con validez absoluta, categórica, imperativos que no son ni subjetivos, ni arbitrarios, sino que provienen a priori de la razón práctica del hombre, siendo aprehendidos con autoevidencia por la intuición racional”. Esta paradoja —imperativos que son verdaderos necesariamente— se mantiene, cree Ross, en la distinción propia de la filosofía analítica entre lenguaje descriptivo y prescriptivo, o de la filosofía jurídica, entre *Seinsurteile* y *Sollensurteile*. Pero, afirma nuestro autor “no se decide, sin embargo, cuál sea el tema de esta distinción, y cuál su fundamento”. No se trata, por de pronto, de una distinción entre fenómenos gramaticales; se trataría de una distinción entre los significados, de una distinción semántica. Pero, aun autores que se inclinan por esta explicación, terminan señalando que la distinción no es sintáctica (gramatical), ni puramente semántica (significativa), sino que deriva de la función que la expresión cumpla en el acto lingüístico. Ross considera (§ 17) que el acto elocucionario, donde una expresión aparece con función directiva (como norma) se da cuando, en la comunicación, se lo adelanta (*advance*) en circunstancias tales que sea, más o menos, probable, que pueda efectivamente influir sobre la conducta del receptor, de acuerdo con la idea de la acción que formula la directiva. Y ello hace de una directiva una norma, sólo cuando entre el enunciado directivo y los hechos sociales se da alguna suerte de correspondencia especial, a saber: “en la mayoría de los casos el modelo de comportamiento presentado en la directiva es seguido por los miembros de la sociedad”. (*Ibidem*, § 21.)

9. *Los viejos dualismos y sus nuevos avatares.* Esta definición de norma remite, parece evidente, a la noción que tanto Kelsen como Ross han tratado de definir como eficacia o vigencia. Se trataría de un concepto empírico: la eficacia de una norma alude a una cierta situación social. De ahí su reconocida vaguedad —cómo medirla, cómo falsificarla—, y los problemas que ha suscitado, por ejemplo, en la teoría kelseniana.

Ross, conforme a sus escritos anteriores y también en “Imperatives and Norms”, tiende a disolver la noción en un supuesto fenómeno psicológico: la eficacia de la norma, su efecto obligatorio (*binding: viculum*), “se encuentra en las experiencias mentales y reacciones del agente mismo o de un espectador”. Se trataría de un *special prompting* o *impulse*, de una *peculiar ex-*

perience of being bound. Pero así como el *vinculum* de los romanos, el *Sollen* kantiano, *die Wille* hegeliano y de la dogmática alemana, tienden a convertirse en entelequias, esta *peculiar experience* es una pura invención: los psicólogos no conocen clases de actos como los que Ross cree identificar como criterio de existencia de una norma.

A la postre, estamos de vuelta en donde partimos. Dice Ross: "Esta experiencia peculiar de sentirse ligado se manifiesta verbalmente en palabras y frases deónticas." Lo cierto es que sólo la experiencia lingüística de "palabras y frases deónticas" nos permite suponer que existe esa "experiencia peculiar", en cuyo respecto Ross se apresura a sostener que "es un problema psicológico que no puede ser tratado aquí" y que, interinamente, será denominado "experiencia de validez" (*ibidem*, p. 86).

Es característico de un concepto ideológico el remitir, para su fundamentación, a experiencias peculiares, esto es, a experiencias en cuyo respecto no contamos con criterios de verificación o falsificación intersubjetivos aceptados.

La ciencia dogmática del derecho padece insuperablemente de esta, diría, sistemática ambigüedad semántica y gnoseológica de sus conceptos más generales: ello apunta a alguna radical falla en su estructura misma. Baste apuntar, al pasar, y como meros ejemplos casi al azar: persona en derecho es, se insiste, el ser humano, pero a veces son personas entidades no humanas, y quizás no sea el ser humano propiamente dicho lo que denominamos persona jurídica; contrato es un acuerdo de voluntades, pero muy frecuentemente tendremos contrato aunque no exista voluntad alguna, ni acuerdo de ninguna especie; posesión es un hecho y un *affectio*, pero a veces la damos por existente, aunque ni hecho ni *affectio* se den; la acción penal es un comportamiento externo de un sujeto, pero a veces no hay manifestación de movimiento corporal perceptible, sino que la acción se reduce a la no manifestación de un acto, a una omisión; y así en otras cosas.

Se ha pretendido caracterizar estas extrañas situaciones que afectan a la ciencia jurídica como dualismos intrínsecos. Así, a Kelsen se le atribuye, como mérito o demérito, haber intentado disolver esos dualismos metodológicamente inaceptables: derecho objetivo/derecho subjetivo, persona física/persona ideal, derecho público/derecho privado, derecho centralizado/Estado, etc. En otros casos se ha considerado que estos dualismos hacen a la estructura categorial misma de la ciencia del derecho, al modo como en el análisis trascendental de la ciencia física newtoniana Kant habría descubierto dualismos que debían ser superados dialécticamente. ¿Por qué no pensar, quizás, que en esta problemática, que tan difícil hace erigir una teoría general suficientemente general —valga la redundancia— aparecen, no sólo inconsecuencias lógico-sistemáticas, sino indicios de problemas ideológicos que, como es propio de los mismos, no se revelan en términos susceptibles de discusión y de esclarecimiento suficiente?

Los dualismos y oscuridades en las categorías más importantes de la ciencia del derecho disimulan discrepancias y conflictos ideológicos que, de ese modo, se mantienen latentes y activos como motivadores.

De ahí esa extraña ambigüedad de la ciencia jurídica contemporánea misma: a mitad de camino entre una ciencia racional suficientemente elaborada, sistemática y lógicamente, y una ciencia empírica con conceptos clasificatorios y categorías materiales unívocas. A mitad de camino entre el discurso científico objetivo y el discurso ideológico adoctrinador.

Si el derecho es tema de una ciencia, y la ciencia jurídica tiene las características que ahora advertimos, ¿cuál función corresponde a una teoría general del derecho?

III

10. *Discurso jurídico y conocimiento jurídico.* Jean Piaget, el eminente psicólogo, luego de pasar revista a los problemas epistemológicos de las ciencias exactas, físico-naturales, sociales y lingüísticas, se preguntaba: “¿cuál es el modo de conocimiento y cuáles son los procedimientos lógicos que caracterizan el derecho?”² Y señala Piaget, muy al pasar: “las disciplinas jurídicas constituyen un mundo aparte”.

Este pronunciamiento es grave, pues indica, por parte de un psicólogo y epistemólogo, cómo parecen extravagantes frente a las prácticas de otras ciencias, las del jurista. Piaget considera el problema: por de pronto, el estudio del derecho está dominado por el problema de normas, y por el de hechos y explicaciones causales, de suerte que el jurista científico tiene que habérselas más bien con “sistemas de obligaciones y atribuciones (imputaciones) y no con una relación funcional atinente a la categoría de verdad”. En cuanto sistema, concluye, debe aparecer un “conjunto de procedimientos lógicos”, en sentido formal y genético. Tendríamos —continúa nuestro autor— un “sistema que se aproxima mucho al constructivismo lógico, desde un punto de vista formal, pero sin necesidad interna en cuanto a los contenidos”: un sistema coherente, pero todo él dominado por la contingencia histórica. El contenido de una norma jurídica “puede ser un contenido cualquiera”; no tiene sentido preguntar en su respecto por la verdad o la falsedad, aunque entren en juego otros valores, como los económicos, por ejemplo, “codificados en forma de obligaciones y atribuciones”.³

Por otro lado, a diferencia de un sistema lógico construido, tenemos como un dato a teorizar “las relaciones entre las normas jurídicas reconocidas en un grupo social y el funcionamiento de esta sociedad”. Estas “normas reconoci-

² Jean Piaget, “Les deux problèmes principaux de l'épistémologie des sciences humaines” en J. Piaget (ed.), *Logique et connaissance scientifique — Encyclopedie de la Pléiade*, Paris, Gallimard.

³ *Ibid.*, p. 1116.

das" interesarían a la sociología jurídica, la cual se despreocupa de la "validez" sistemática de las mismas, para quedarse en las mismas como "hechos normativos". Estos curiosos hechos normativos —el hecho de que ciertas normas sean reconocidas por un grupo social, no es un hecho "epistemológicamente mixto", sino que —apunta Piaget— se trata de un solo dato, la norma, vista desde dos puntos de mira distintos, el sujeto que la reconoce y al cual obliga, y el sujeto que desde fuera observa como otros sujetos se afanan por cumplir normas.

Ahora bien, estas propuestas del gran psicólogo incurren a mi ver en la suerte de eclecticismo a que los juristas estamos ya acostumbrados tan pronto encontramos, en cada recoveco del camino teórico, algunos de los dualismos a que hice referencia en el capítulo anterior. Pues al fin y al cabo, sostener que el jurista por un lado, al conocer, actúa como un lógico ocupado en construir un sistema, y, por el otro, como un sociólogo, interesado en verificar el hecho de que cierto grupo acata ciertas normas, es remitir nuevamente a la vieja distinción entre validez y vigencia, o si se quiere, recurriendo al vocabulario kantiano, entre *das Sein* y *das Sollen*. Cabe agregar que si bien los sociólogos admiten, como un elemento integrante de un sistema social cualquiera, ciertas normas o pautas existentes, por un lado esas nociones revisten una esencial vaguedad: por sistema normativo de una sociedad el sociólogo está dispuesto a aceptar desde formas habituales y convencionales de comportarse, como la moda o los usos de mesa, hasta principios de alcance moral, o normas escritas de derecho. Las formas de verificar estos hechos normativos no es idéntico, puesto que con respecto de una norma de derecho escrito, puede muy bien ser que se compruebe que figure inscripta en un registro oficial como parte del orden jurídico de la sociedad estudiada, comprobándose también que los grupos cuyo comportamiento pretende regir no la acatan; mientras que un uso social, por lo común, es simultáneamente verificado en los comportamientos habituales que lo establecen y mantienen.

Además, pese a la buena voluntad con que Piaget se refiere a la sociología jurídica, como rama de la sociología, no es un secreto para nadie que se trata de una disciplina en cuyo respecto, desde Weber, por lo menos, no existe mayor unanimidad sobre el objeto temático. Weber, por cierto, tuvo también que efectuar la inevitable dicotomía entre la obligatoriedad de las normas, su *Geltung*, de su eficacia, su *Wirksamkeit*. Pero, como Kelsen ha tenido que reiterar una y otra vez, si bien el jurista no puede confundir *Geltung* con *Wirksamkeit*, tampoco puede mantener los conceptos aislados, pues de alguna suerte se condicionan recíprocamente cuando tratamos de un derecho positivo.

Por otra parte, la desconcertante distinción —por tradicional que sea— a que alude Piaget, deja en pie el problema teórico básico: ¿cuenta la ciencia jurídica, y el jurista, con dos conjuntos de categorías? ¿Cuenta con esquemas

diferenciados según se ocupe lógicamente de las normas, o las observe como hechos normativos? Y, en definitiva, ¿cuáles son esos esquemas?

11. *Esquemas cognoscitivos y estructura del discurso jurídico.* Hay un dato real que importa subrayar: contamos con ciencia jurídica, como un hecho cultural indubitable. En ese discurso científico —objeto de producción, transmisión, crítica, reconstrucción y conservación— es donde seguramente encontraremos los indicios de los esquemas cognoscitivos que efectivamente utiliza el conocimiento jurídico. Su desarrollo y explicitación sería la tarea de la epistemología o metodología del derecho; su exposición con miras al trabajo científico efectivo, es la función, creo, de la teoría general del derecho.

Sucede, sin embargo, como es posible comprobar, recurriendo inclusive a técnicas empíricas de análisis de contenido; que rara vez la estructura categorial que el jurista utiliza en su labor teórica específica, coincide con los principios y propósitos metódicos que suele exponer. No es infrecuente el jurista que declara, en las primeras páginas de su obra, asumir las exigencias de un empirismo positivista, y declarar que procederá por vía hipotético-deductiva, como un científico empírico, para luego proceder en forma similar al iusnaturalista tradicional. O al iusnaturalista que, sin dejar de citar a Santo Tomás y la voluntad divina, procede luego como el exégeta más apegado al texto de la ley, sin hacerse cargo siquiera de los difíciles problemas lógicos que la forma de pensar de la escolástica medieval asume al tratar, por caso, del derecho y la justicia. Tenemos, así, juristas declaradamente positivistas, que efectivamente son voceros de alguna revelación que pretenden divina; tenemos iusnaturalistas, que invocando en cada línea la autoridad de un texto revelado, o la voluntad de Dios, en realidad han hecho de pequeños legisladores contingentes, pequeños dioses demasiado humanos.

Si buscamos, en cambio, los esquemas básicos en la ciencia misma, como hecho cultural notorio, creo que no sería demasiado aventurado afirmar que las formas con que la información jurídica —cierta clase de mensajes normativos, axiológicos y declarativos, destinados a establecer y mantener formas de actuar típicas, e inhibir otras— se elabora, conserva y transmite, guarda algún paralelismo interesante con las formas en que esa información se articula. La afirmación, en principio, puede parecer banal: al fin y al cabo, si la ciencia jurídica es el fenómeno en que se hace efectivo un elemento esencial de un sistema social —ciertas pautas normativas importantes—, parece claro que la estructura del discurso científico guardará alguna analogía de estructura, con otros sistemas sociales. Por cierto que sería una exageración, de la cual no hay la menor prueba, afirmar que entre las formas que adquiere el discurso teórico de la jurisprudencia y las formas que adopten los sistemas en que esa información se mantenga y transmita —como ser las formas preceptivas literarias de los libros de derecho, las formas de la enseñanza

institucionalizada del derecho— se dé un exacto isomorfismo. Ni siquiera, hay prueba alguna de que, suponiendo al derecho, como elemento superestructural, un reflejo de estructuras básicas, como las económico-sociales, ese espejismo, en que, como metáfora, se complacen algunos expositores, implique correspondencias que permitan prever cuál será la información normativa, conocida la estructura de la base económica. Ello no es así, ni tampoco a la inversa.

Que el conjunto de ciertas pautas sociales, sea visto como expresión de los derechos de ciertos individuos, o como la formulación de los deberes de otros, no es un mero capricho expresivo, aunque sepamos formalmente que es indiferente formular una norma como un enunciado de obligación o como un enunciado de facultad.

Que ciertas acciones sean vistas como imputables a una persona, y que otras sean consideradas como atribuibles al azar, al curso de la naturaleza, o a fuerzas psicológicas no controlables, tampoco es una distinción gratuita. En otros términos: las categorías clasificatorias y definitorias de la teoría jurídica provienen de distinciones cumplidas en otros planos y, además de consolidarlas y hacerlas explícitas, tienen como función convertirlas en legítimas.

Quizás esto no tenga nada de sorprendente: no hay clasificación inocente, en el sentido de que siempre las efectuamos con ciertos objetivos en mira. Pero las clasificaciones a las que recurrimos en las ciencias exactas o naturales responden muchas veces a estructuras psico-sociales tan arcaicas que no necesitamos explicitar sus consecuencias sociales observables. Que utilicemos corrientemente una lógica binaria, parece provenir de alguna característica lingüística; pero hoy somos maestros y esclavos de aparatos, como las computadoras, que funcionan sobre bases binarias. Que utilicemos el sistema numérico decimal, dicen, proviene de la estructura de la mano —argumento débil, pues los pueblos que no lo utilizan también tienen diez dedos—; esa característica de nuestro sistema numérico afecta todos los intercambios comerciales, financieros, etc. Que dividamos al mundo animado en animal y vegetal hace que nos permitamos destruir, sin mayores remordimientos, los recursos vegetales, pues las plantas no sufren, mientras que el tratamiento de los animales está sometido en muchas culturas, y aún en la nuestra, a reglas rituales.

En las ciencias sociales, claro está, los conceptos descriptivos y clasificatorios no guardan esa ilusoria inocencia. ¿Quién se atrevería a hablar neutramente de una función social, de una clase de estratificación, del poder? Igual nos sucede con los conceptos jurídicos más generales. Pero como éstos han sido englobados en una estructura lógico-sistemática—en una construcción racional—, a veces producen una retroalimentación que es importante atender.

12. *Sistema y situs materiae*. Desde un punto de vista lógico, claro está, el

conjunto de normas que pueden integrar —esto es: que son válidas— el derecho de una comunidad, es rigurosamente infinito, como es fácil demostrarlo. Claro que gran cantidad de normas no son sino las consecuencias derivadas, de algún modo, de otras aceptadas previamente. Pero los juristas se suelen quejar, curiosamente, de la extremada abundancia de normas, como si el legislador contemporáneo se viera afectado de una dolencia de que no hubieran padecido épocas más lacónicas. Así, con alguna miopía teórica, se supone que un cierto “furor” legisferante llevaría a los órganos del Estado a dictar innumerables normas, ante las cuales los ciudadanos, imposibilitados de conocerlas, se verían amenazados, en cuanto no pueden conocer de antemano las consecuencias de sus actos. Pero esta proliferación incesante de normas afecta también al jurista: éste no conoce leyes, en rigor. Sólo conocería principios generales, que le permitirían abrirse camino en la maraña legislativa con mayor facilidad y orientación que el lego. El jurista moderno, pues, es un ordenador de materiales dados. Pero ¿de dónde extrae esos principios generales que le permitirían ordenar el infinito material normativo? En otros términos: ¿cuáles son los criterios de ordenación de normas?

La ordenación ha sido establecida tradicionalmente por la disciplina de los juristas, y, sobre todo, por las exigencias de la transmisión en la enseñanza académica.

El control de los mecanismos de transmisión —y de ordenación— constituye un factor social de grandísima importancia: conocer el derecho es no sólo una actividad prestigiosa, es además, un factor básico de poder. Los pontífices romanos, en la Roma primitiva, retenían ese conocimiento como un secreto: ellos eran a los que había que recurrir para saber qué correspondía hacer socialmente en cada caso. Eran, pues, parte necesaria en toda transacción social. Esa doctrina, o disciplina, secreta, aunque tuviera originariamente el aspecto de un cuerpo de fórmulas mágico-religiosas, fue siempre un mecanismo de orientación. La doctrina sirve para conducir, como lo dice la etimología de la palabra misma. Y, para efectuarlo, estatuye y establece las clasificaciones y distinciones que una sociedad considera importantes para su sobrevivencia. Una doctrina, pues (la *lore* de los anglosajones, la *Lehre* de los alemanes) es un cuerpo de formulaciones que aluden a una dirección. Concretamente a la del surco que el arado traza en la tierra. Quien se desvía de esa línea —*lira* en latín— literalmente “de-lira”, se extravía. La doctrina, pues, fija lo recto: *das Recht*, y los cambios de dirección: la norma. El derecho, como doctrina directiva de los comportamientos sociales, como orientación indicadora, que los romanos tomaron de sus originarias experiencias como poblaciones rurales, sirve para distinguir lo recto y normal. Ese comportamiento es el que corresponde: lo debido: *debere* es lo que ha de hacerse (*dehabere*); así se determina quien queda integrado y quien se desvía de un grupo social dado.

El poder de la doctrina, y, por ende de las normas, se mantiene en la medida en que el grupo que conserva el poder, monopoliza el conocimiento de las mismas. El peligro de la proliferación de normas en los estados burocráticos modernos, a que me refería anteriormente, está dado en cuanto ese monopolio de información afecta a la distribución del poder social mismo. El conocimiento del derecho tiende a convertirse en un secreto ó arcano que una casta detenta como un privilegio; al perder el carácter religioso primitivo, el *ius/fas* de los romanos, el monopolio del conocimiento se mantiene en cuanto adquiere la forma de una especulación técnica. El lego no entiende el lenguaje del derecho, porque éste ha sido establecido para mantener restringida la posibilidad de comunicación. Y cuando la lectura y el derecho escrito se convierten en cosa de todos los días, los juristas señalan —como dice la Corte Suprema argentina— que hay que atenerse al sentido técnico de los textos legales, que no coincide necesariamente con su sentido literal común; o bien, que ese conocimiento sólo interesa en cuanto es sistemático. El jurista no conoce leyes, conoce los principios generales de la ley. ¿Es esto verdad?

La ciencia misma del derecho se ha convertido, contradictoriamente, en una instancia de racionalización de pautas sociales contingentes, por un lado, y en un repositorio de fórmulas enigmáticas, en las cuales el abogado se manejará más por su modo de razonar, más por la estructura de su pensamiento, que por su conocimiento concreto de las normas. Ese modo de razonar, esa estructura del pensamiento, es una aptitud objeto de un aprendizaje especializado. El estudio del derecho, entendiéndolo por tal, el estudio académico de las ciencias jurídicas, es, en rigor, el entrenamiento en una modalidad de pensar que permite manejar, con habilidades adquiridas especiales, las pautas de un grupo.

Al adquirir la ciencia jurídica este papel y función —ajenas, por cierto, al propósito de puro conocimiento que los científicos suelen atribuirle—, pasa que exigencias propias del discurso jurídico organizado se convierten en elementos que afectan o alteran o eliminan el material normativo derivado de las costumbres, o estatuido por el legislador.

Baste referirme a una curiosa técnica interpretativa, sobre la cual Savigny llamara la atención, a saber, la interpretación ateniéndose a la *sedes materiae*. La idea de la que Savigny parte, correctamente, es que no hay interpretación de normas aisladas, sino de normas en relación con conjuntos determinados de normas, de la misma suerte que no cabe entender una palabra al margen de algún contexto. La interpretación sistemática por la *sedes materiae* toma en cuenta, como un hecho que autoriza o impide considerar un enunciado normativo como premisa de la cual deducir otros enunciados, como elemento integrante del contexto sistemático dentro del cual se interpreta, la ubicación de la norma, su localización en el texto o redacción legal. Una norma

no sólo guarda, en la medida en que se la supone válida, relaciones lógicas con las restantes normas válidas del sistema, sino que su sede, esto es, su relación específica con ciertas normas, autoriza o no a configurar subsistemas que determinan como posibles ciertas interpretaciones y excluyen otras. Pero la localización de la norma a la que se presta atención es la concreta ubicación que el legislador —un codificador, por ejemplo— ha dado a una norma en un cierto libro, título o capítulo de la ley. O bien —y ello merece ser destacado— esa ubicación que el teórico atribuye a una norma dentro de ciertos conjuntos, por ejemplo, los denominados “instituciones”. Si una norma es considerada como relativa al derecho de familia, no sería conveniente, quizás, interpretarla relacionándola con normas tomadas de la materia contractual. Determinar, por un fiat del legislador, o por una supuesta decisión teórica del jurista, la *sedes materiae* de una norma, implica tanto como restringir su sentido, que es contextual, a los que permiten las normas en cuya vecindad se la ubica. E implica, más importantemente, crear divisiones dentro de un orden jurídico que se supone general y global; crear subsistemas cuyas consecuencias pueden ser, en buena lógica, muy distintas, según los criterios de clasificación.

Es éste un ejemplo de cómo una tarea aparentemente teórica —el clasificar una norma— tiene consecuencias prácticas: al limitar, la interpretación por la *sedes materiae*, las posibilidades deductivas implícitas en el sistema global, la información normativa se incrementa. Pero el recurso a la *sedes* significa que el jurista cuenta, para ubicar sus normas, con criterios clasificatorios aceptados, con alguna taxonomía válida.

No es novedad afirmar que, durante mucho tiempo —baste leer algunos de los textos canónicos de la enseñanza del derecho romano— la labor teórica de la jurisprudencia se reducía a la función clasificatoria. Y que aún muchos de los criterios clasificatorios aparentemente de origen exclusivamente teórico, siempre responden a razones prácticas expresas o implícitas: por ejemplo, la difícil clasificación de las normas en generales y particulares.

Pero clasificar ya es, de por sí, una tarea lógica: cuando el jurista clasifica —los contratos, los actos ilícitos, los delitos, los derechos reales, los actos de comercio, las sociedades, las formas de Estado y muchas otras cosas— está, por cierto, en actitud teórica. Sólo que los criterios clasificatorios, aunque satisfagan gruesamente ciertos criterios lógicos necesarios, no provienen de una necesidad puramente teórica, sino que siempre apuntan a consecuencias obtenibles o excluibles según sea la clasificación adoptada.

Buena parte de las categorías generales de que se ha ocupado tradicionalmente la teoría general del derecho —o sus fragmentos denominados teoría general de los contratos, teoría general del delito, etc.— son taxonómicas. ¿Cómo entender esa función de la clasificación y la construcción de las categorías usuales en el conocimiento jurídico? ¿Es posible reconstruir la génesis

histórica e ideológica de algunos de esos principios generales, cuyo dominio haría del conocedor de derecho un jurista cabal?

IV

13. *Categorías abstractas, categorías concretas.* La filosofía del derecho, o su avatar positivista, la teoría general del derecho, ha solido ocuparse, en forma casi exclusiva, de unos cuantos conceptos generales —llamémosles “categorías”— derivadas de la terminología clasificatoria clásica de la jurisprudencia romana, en un caso, o de la jurisprudencia blackstoniana o austiniana, en el otro: se trata de nociones tales como “derecho subjetivo”, “persona jurídica”, “responsabilidad”, “interpretación”, “nulidad” y sus variantes y derivaciones. Sin duda, en algunos de sus cultores contemporáneos, epígonos casi todos —sean discípulos consecuentes u opositores recalcitrantes—, el repertorio de problemas deriva, sea de Austin, sea de Kelsen. Con el correr del tiempo, algunas de estas discusiones han perdido fundamento concreto y tienden a convertirse en puras discusiones verbales. En ellas, justamente, ha hecho gravemente mella el instrumental analítico poderoso de las lógicas contemporáneas.

Así, para poner un ejemplo, el concepto de deber jurídico u obligación, tomado del derecho romano, ha ido perdiendo interés práctico, al punto que en Kelsen, en Hart, en Ross, el concepto de obligación se ha esfumado para convertirse, sea en una mera ficción verbal —como afirmara ya en su época Bentham—, o en una construcción secundaria, innecesaria para la labor científica concreta, como en Kelsen. Ciertamente es, como apunta Carrió (en “Sobre el concepto de deber jurídico”), que esta generalización ha efectuado un aporte valioso: frente a la disolución de nociones materiales, pero sumamente vagas de la noción de obligación (como las tomadas de la moral o de algún derecho natural), se han ido perfilando, en el análisis, formas diferenciadas de un concepto, como el de obligación, anteriormente no distinguidas suficientemente. Y el crear nociones generalísimas, como las de acto ilícito y deber jurídico, permite, en alguna medida alcanzar un muñón de teoría general, que sea efectiva teoría metodológica de la ciencia jurídica; y no mantener el vacío teórico en que la jurisprudencia iusnaturalista se encontraba a mitades del siglo XIX, para “superar el inaceptable amontonamiento de informaciones inconexas en que consistía la llamada enciclopedia jurídica” (*Op. cit.*, p. 26). Pero, por el otro lado el afán de generalización —legítimo en la tentativa de establecer un objeto definido para la ciencia jurídica, en épocas en que se pensaba que la unidad gnoseológica de una ciencia quedaba determinada por la llamada unidad trascendental del objeto—, llevó, sin duda, a construir categorías tan universales y alambicadas, que su valor esclarecedor disminuye en razón inversa a la generalidad de la categoría. Se produce así, como re-

cuerda Carrió, citando a Strawson, una suerte de "pérdida del equilibrio conceptual": "una suerte de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual...; deformaciones conceptuales que derivan de una obsesión...: que intenta presentar o explicar (todas las cosas) en término de su modelo preferido". ¿Es posible acaso, explicar cuánta noción efectivamente el jurista utiliza, reduciéndola a la noción de norma primaria, imputación normativa y sanción, como en un kelseniano *à outrance*?

Carrió insiste, por ejemplo, en que la idea de Estado elaborada por la teoría general clásica queda chica frente a la extensión inmensa que las actividades estatales han ido cobrando en los más variados aspectos, desde los económicos hasta los que atañen a la vida privada de los súbditos. Por consiguiente, el intento de elaborar una exclusiva noción de deber jurídico, como categoría importante del pensamiento jurídico, deriva de "una idea obsesiva de distinguir el derecho de otros órdenes sociales" normativos, asignándole "un papel deslumbrante a expensas de otras nociones dignas de atención". La noción propugnada de "deber jurídico", parte de un modelo de "sistema jurídico (como) un tipo de organización social permitida: el Estado gendarme que con técnicas limitadas perseguía finalidades también limitadas"; el Estado como conjunto de órganos sancionadores (*ibidem*, p. 54). De ahí que continúe, como una reminiscencia arcaica, la idea de que "la función primordial del derecho es crear deberes" (p. 50), o, para la otra vertiente, que incurre en iguales distorsiones, "instituir derechos". Baste pensar en la planificación económica "persuasiva", en la actividad pública referente a seguridad social, al control de la comunicación de masas, etc., para advertir hasta qué punto hacen aguas las categorías tradicionales de la teoría general del derecho.

14. *Ciencia unitaria social y conocimiento concreto.* Claro está que, en ese respecto, el intento de elaborar categorías generalísimas y de distinguir claramente los dominios objetivos estudiados, debe ser entendida en el contexto del movimiento, característico del positivismo del siglo XIX, que culmina antes de la segunda Guerra Mundial, de lograr una ciencia unitaria, en cuanto el conocimiento todo se unifica, no por confusión de todos los objetos en una suerte de objeto básico al que cabe reducirlos, sino por la unidad de métodos, recursos lógicos y estructuras sistemáticas. Pero, en las ciencias sociales, y, en especial, en la ciencia jurídica, ese ideal de unificación queda destrozado por la virtual inexistencia de una sociología jurídica suficientemente elaborada, y la tenaz distinción que los juristas continúan manteniendo entre normas válidas, y vigencia o eficacia de algunas de esas normas válidas. La introducción reciente de lógicas normativas especiales —y sus variedades— ha hecho aún mayor la diferenciación con el modelo típico de ciencia pre-

sentado: el de una ciencia empírica cuyas hipótesis son susceptibles de verificación o falsificación por confrontación con alguna experiencia.

Por el otro lado, las ciencias jurídicas particulares, en nuestros días, se mueven, con gran ambigüedad, en diversos planos o niveles de cientificidad. Baste recorrer libros recientes —comentarios a nuevos códigos, por ejemplo, como los que en Brasil se están publicando con respecto a la legislación procesal, o, en la Argentina, con las leyes modificatorias del Código Civil— para advertir que el modelo de ciencia —el paradigma de ciencia, como diría Kuhn— es arcaico y significa un retroceso: se trata de comentarios, con acumulación de erudición, no compatibilizada, de artículo tras artículo. Frente a ello, tenemos tentativas de mantener otro nivel teórico, otro paradigma científico, en los escritos sobre teoría general del delito, o sobre el acto administrativo, para mencionar dos ejemplos, donde muchas veces cabe preguntar cuál es la relación del edificio teórico propuesto —la teoría finalista de la acción, por caso—, y el material normativo que justamente esa teoría tendría que exponer sistemáticamente, extrayendo sus consecuencias compatibles y excluyendo las contradictorias.

La ciencia actual del derecho se mueve en el dilema de una casuística pedestre, o de una especulación tan abstracta que ni el lego ni el especialista saben muy bien de qué se trata.

Junto a ello tenemos, en el *no man's land* del conocimiento dogmático, una serie de conceptos que los juristas utilizan al azar de sus exigencias prácticas: los denominados *standards* jurídicos, no sólo el clásico “buen padre de familia”, sino los más actuales y graves: “orden público”, “interés nacional”, “seguridad pública”, “protección del consumidor”, “defensa de las industrias nacionales”, “cultura nacional”, “ser nacional”, términos todos ellos, cuya extremada vaguedad semántica, los hace sumamente aptos para ser utilizados para fines contrapuestos.

Ahora bien: una ciencia, si bien tiene usos que no pueden ser extraídos de su estructura teórica o de su repertorio de categorías, no es un producto cultural tan adióforo que sea susceptible de ser utilizada para cualquier fin. La ciencia del derecho, sin embargo, desde el dictamen de Kirchmann, nunca ha conseguido levantar el estigma de su oportunismo y, por ende, de sus deficiencias como teoría.

15. *Producción y destrucción de normas.* Una ilusión ya se ha desvanecido: la ciencia del derecho —o mejor: las ciencias del derecho— mal pueden ocuparse de un objeto, el derecho o la justicia, que ya se encuentre dado y concluido. Aún ciertas formas de iusnaturalismo excesivamente tradicionales, han tenido que admitir que el fenómeno es cambiante, que no se trata de una sustancia eterna, cuyas características esenciales o propias quepa determinar de una vez por todas. También el iusnaturalismo tiene que hacerse

cargo de los problemas que la más precisa metodología contemporánea establece. Un sistema propuesto de normas de derecho natural ¿es también un sistema consistente, completo, etc.? ¿Cómo acreditar esas características que hacen a la posibilidad de su invocación como pautas efectivamente rectoras?

El derecho, más que un objeto estático, aparece como un proceso social cuya evolución o involución tienen que ser empíricamente —históricamente— perseguidas. De ahí, el énfasis que la teoría del derecho pone, desde hace tiempo, en fenómenos esencialmente dinámicos, como los de interpretación y aplicación, con sus distinciones derivadas de otras características sociales (como la estratificación social). En especial: el fenómeno de la producción y destrucción (o eliminación) de las normas de un sistema es problema que ha pasado a convertirse en el centro del interés teórico. En ciertas ramas del derecho, obviamente, la cuestión era tan llamativa que no podía menos que atenderse primariamente a ella: pienso en el derecho internacional, cuyas pautas cambian en mérito a trastornos en el juego de poder de las potencias, antes de que los propios juristas puedan tomar conciencia de la problemática (piénsese en la dificultad que tienen los internacionalistas para dar su parte, en el juego normativo internacional, a las grandes compañías internacionales). Pienso en los problemas económicos, internos e internacionales, a los cuales las pautas del derecho comercial, con resabios aún medievales, no son simplemente aplicables: ¿cómo entender una carta de crédito documentado, una operación de *swap* bancario? Pienso en el derecho del trabajo, con fenómenos como los convenios colectivos, la seguridad social, los conflictos y las huelgas.

Es fácil sostener, como en el marxismo, que las normas son expresión, reflejo, de una infraestructura productiva. Y es fácil, porque evidentemente, alguna relación importante tiene que darse entre el sistema normativo jurídico de una sociedad y las formas en que la sociedad se adapta económicamente a su circunstancia socio-física. Es fácil sostener, como lo indicaba Kelsen, que el derecho es, en rigor, un proceso de producción de normas. Lo que el realismo escandinavo y norteamericano había apuntado —el factor de creación personal que el juez introducía al dictar una sentencia—, pudo generalizarse y toda norma ser vista, en definitiva, como el resultado de una creación (como se solía decir hace una década). Esto es: las normas son también productos de una elaboración socialmente organizada, son el resultado de procesos de producción. El conjunto de las normas aparecía así, como Kelsen señalara con una metáfora que para su momento era interesante, aunque inexacta, un “sistema dinámico”. Y, más importante, una norma sólo era norma, en rigor, en tanto “norma válida”; pero el criterio fundamental de validez residía en ser la norma el producto reconocido de un procedimiento de elaboración admitido. No sólo en la sentencia judicial, ni en el contrato privado, ni siquiera en la ley dictada por el parlamento, era donde corres-

pondría visualizar el momento material de producción de una pauta normativa, anteriormente inexistente; sino que la propia constitución del Estado, el régimen interno de la familia, y las reglas de la costumbre internacional, tenían que ser pensadas como momentos en una labor colectiva incesante: la de producción de normas, de directivas mediante las cuales ciertos individuos tratan de provocar o inhibir ciertas conductas en otros individuos; de reglas mediante las cuales ciertos grupos definen su situación frente a otros grupos, para dominarlos, orientarlos, controlarlos o subyugarlos. La producción de normas no es, a la postre, sino la expresión material de cómo el poder social se despliega durante la existencia de una sociedad, entendiendo por poder social, muy clásicamente y como quería Max Weber, la posibilidad de determinar suficiente y necesariamente el comportamiento del otro.

El derecho, como conjunto de las reglas que definen la distribución del poder en una sociedad, no es, por ende, un objeto dado; sólo puede efectuarse en él una suerte de corte anatómico para observar y describir un estado momentáneo. Esta descripción provisional requiere de criterios categoriales de clasificación de los datos, y de la posibilidad de ordenarlos, de sistematizarlos, para que la información no aparezca como una rapsodia inconexa, como decía Kant, sino como un conjunto ordenado.

Si bien el proceso de creación y producción de normas puede ser excesivamente complejo, como lo demuestra la imprecisión de la teoría tradicional de las fuentes del derecho (teoría donde otra vez reaparece el dualismo entre realidad, *Sein*, y deber, *Sollen*, bajo el nombre de fuentes formales y materiales), quizás tenga un mayor interés teórico el problema de la destrucción o eliminación de normas. Adviértanse que aún en los textos canónicos de Kelsen, donde se llamó la atención sobre el problema, la validez de una norma —esto es: su existencia como norma— implicaba atribuirle la característica de formar parte de un sistema u orden positivo, pero también el haber verificado que no había sido excluida del mismo, mediante una derogación o anulación. La regla de reconocimiento de Hart, si bien se dirige a investigar más bien si el órgano creador ha cumplido el acto de su competencia mediante el cual una norma ingresa al orden jurídico reconocido, no excluye que los actos del soberano sean también actos de derogación. Para investigar la validez, pues, es menester contar con reglas de admisión y con reglas de rechazo, como proponen Alchourrón y Bulygin. (Cfr. "Normative Systems").

Pero ¿qué es una regla de rechazo? Ya vimos, al referirnos a la teoría de Ross Anderson, que es necesario contar con axiomas, por decir así, negativos: no es teorema un enunciado que afirme que lo posible es debido. Kelsen, como es sabido, estudió el tema de la derogación (llámesele anulación, revocación, rescisión o como se quiera), indicando una característica antes no apuntada por él de las normas jurídicas: "el derogar, junto al orde-

nar, el permitir y el facultar, constituye una función específica de la norma; se da derogación cuando la validez de otra norma es rechazada. Pero no toda pérdida de validez constituye una derogación: la derogación es la eliminación de la validez de una norma válida por otra norma válida. La norma cuya función es derogatoria, no impone como obligatorio ni el cumplimiento de cierta conducta, ni la omisión de cierta conducta. En rigor, una norma derogatoria no regula ni motiva conducta alguna, con lo cual, sorprendentemente, la función principal que Kelsen atribuye a las normas no se cumple con estas normas, cuya validez verificada es condición de la validez de toda otra norma. Se trata de normas tan especiales que, afirma Kelsen, "no pueden ser violadas" (en *On Derogation*).

Ahora bien: una norma que no puede ser violada —es decir, que no hay conducta que deje de cumplirla—, y, por otro lado, que no motiva conducta alguna, positiva o negativa —es decir, una norma que no hay conducta alguna que sirva para cumplirla—, o bien no es norma alguna, o es una norma puramente formal o tautológica. Sólo con respecto de las tautologías tiene sentido, en las formas corrientes de pensar, afirmar que son normas universalmente válidas, por cuanto acto alguno puede violarlas: toda acción, necesariamente, les da cumplimiento.

Pero es claro que una norma derogatoria no es una norma formal, como son las tautológicas. Kelsen apunta que se trata de normas que aparecen en ciertas circunstancias: cuando hay conflicto entre dos normas, o cuando no lo hay. Pero la norma derogatoria, "no prohíbe ninguna conducta definida, ni obliga a ninguna conducta definida". Más aún, se trata de normas que "no pueden expresarse, como otras normas, mediante un imperativo o un enunciado de deber, puesto que un imperativo o un enunciado deóntico puede expresar la idea de que cierta acción u omisión deba acaecer, pero no puede expresar la eliminación del deber (*ought*) establecido en otra norma" (*ibidem*). La norma derogatoria, concluye Kelsen, más bien "pone término a la validez temporal de otra norma".

Esto es: la norma derogatoria constituye un enunciado relativo al ámbito de validez temporal de otra norma. Por consiguiente, modifica el temor de un enunciado normativo ya tenido por válido. La norma que dice "declárese rescindido a partir del 30 de noviembre de 1977 el contrato firmado entre Ticio y Cayo el 1º de enero de 1977", claro que no impone conducta alguna a Ticio y Cayo, pero impide que, luego del 30 de noviembre, alguien invoque el contrato de marras como norma válida, como norma integrante de un orden jurídico positivo.

Ahora bien, el ámbito temporal de las normas se expresa, en el enunciado normativo, mediante términos que delimitan fechas: el contrato dice que "surtirá efecto entre las partes a partir del 1º de enero de 1977, hasta el 31 de diciembre de 1977". La rescisión —derogación— al 30 de noviembre

deja sin efecto esa mención y, por ende, como bien ve Kelsen, sólo tiene sentido con referencia a la norma derogada. Se trata de una norma relativa al tenor de otra norma, si entendemos que la mención, de alguna suerte, del dominio temporal de validez es una regla de formación de las expresiones bien formadas de las normas que constituyen un orden jurídico positivo.

En ese sentido, la norma derogatoria no se refiere —ni para motivar, ni para obligar, prohibir o facultar— a la conducta de ningún sujeto; se refiere a otra norma, en cuyo respecto adquiere algún sentido: son enunciados que definen, en sentido estricto, el alcance de otras normas y, por ende, que han de ser tomadas en cuenta para poder establecer el contenido de un orden jurídico positivo.

Pero formas de derogación tan explícitas como la rescisión por escrito de un contrato escrito, o la derogación por ley de una ley de derecho escrito, son de comprensión más sencilla, que tipos de actos derogatorios más complejos. ¿Cómo entender la situación cuando un magistrado niega validez a una norma contractual, o aún legal, o aún consuetudinaria, afirmando que carece de validez —que se encuentra derogada— por ser contraria a la moral, o a las buenas costumbres? ¿Cabe pensar a la moral, o las buenas costumbres, en derecho, como especies de estas peculiares normas derogatorias?

Y ¿qué pensar del desuso? O, en términos más amplio, pues abarca sectores mayores del sistema de pautas normativas de un orden social, ¿cómo interpretar la desaparición de una institución —la promesa de esponsales, el mayorazgo, la filiación adulterina, el adulterio como figura penal—; de conjuntos de instituciones entre sí relacionadas —como las concernientes a formas antiguas del transporte marítimo o del comercio de bienes rurales? ¿Y qué de los cambios de jurisprudencia de un tribunal? ¿O de revoluciones que simultáneamente constituyen recepción del sistema jurídico anterior y rechazo de partes del mismo? La revolución funciona, en términos teóricos, como convalidación y derogación, como acto productor y destructor de derecho, en cuanto un orden jurídico toma otra figura luego del acto revolucionario.

Pero, para llevar la paradoja al extremo ¿cómo se destruye una norma, si la norma derogatoria, por especial que sea en sus características, tiene que darse como una norma válida? Es decir: tiene que producirse por las vías, procedimientos y los órganos que dictan normas válidas. Sólo que la norma derogatoria, válidamente creada, no es válida en el mismo sentido que las normas que se refieren al comportamiento de los súbditos y los órganos. Sería imposible una norma derogatoria autoreferente, claro está. ¿Pero no hay una suerte de circularidad en pensar que para verificar la validez de una norma material cualquiera es necesario comprobar si no ha sido afectada por una norma derogatoria también válida, esto es, por una norma que anule o modifique el ámbito temporal de validez de la primera, sin ser autoreferente

y sin estar afectada, a su vez, en su validez, por otra norma derogatoria? ¿Acaso la derogación de una norma no puede quedar sin efecto, esto es, derogada, por el desuso, la moral, la revolución o el cambio de las valoraciones sociales? Acaso, ¿nunca tendremos, en derecho positivo, una norma absolutamente firme en su validez: una especie de cosa juzgada eternamente? Este problema es, de consuno, el de la teoría general del derecho y el de la filosofía del derecho: ¿por qué los juristas, manejándose con normas históricamente contingentes, aspiran a principios supratemporales, a normas inmutables, a normas necesarias?

ROBERTO J. VERNENGO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA
UNIDAD AZCAPOTZALCO. DEPTO. DE DERECHO