

1  
**GENARO R. CARRÍO**

Profesor Titular Investigador Adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas "Ambrosio L. Gioja". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Buenos Aires.

2  
**NOTAS  
SOBRE DERECHO  
Y LENGUAJE**

4  
**TERCERA EDICION AUMENTADA**

*página*

**FUNDACION FERNANDO FUEYO LA  
BIBLIOTECA**



**ABELEDOPERROT**

**BUENOS AIRES**

1986

© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.  
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723  
Todos los derechos reservados  
Lavalle 1280 - 1328, 1048 - Buenos Aires - Argentina

1ª Edición	1965
1ª Edición - 1ª Reimpresión	1967
1ª Edición - 2ª Reimpresión	1969
1ª Edición - 3ª Reimpresión	1971
1ª Edición - 4ª Reimpresión	1972
1ª Edición - 5ª Reimpresión	1975
1ª Edición - 6ª Reimpresión	1976
2ª Edición	1979
3ª Edición aumentada	1986

I.S.B.N. 950-20-0309-8

A MARTHA

"Sobre los límites del lenguaje normativo".

© Editorial Astrea.

"Sentencia arbitraria".

© Revista Jurídica de Buenos Aires.

"Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld".

© Centro Editor de América Latina.

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene facultad a ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN ARGENTINA

## PROLOGO A LA PRIMERA EDICION

*Este es un trabajo de divulgación. Quien recorra sus páginas en busca de contribuciones originales se sentirá defraudado. Los temas que aquí se abordan son susceptibles, sin duda, de una elaboración mucho más profunda. Además, el criterio que apliqué, al elegirlos, excluyó cuestiones muy importantes que, en otras circunstancias, hubiera sido imperdonable omitir. A modo de justificación quiero decir dos palabras sobre el origen de estas notas.*

*En julio de 1963 tuve el honor de participar en los Cursos Internacionales de Temporada, organizados por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Dicté entonces tres clases sobre derecho y lenguaje. Aquí ofrezco al lector el texto completo de ellas; en otra parte se publicará, según entiendo, una versión resumida.*

*La índole del ciclo y su brevedad imponían limitaciones obvias. Pensé que lo más provechoso era circunscribir la exposición a aquellos tópicos en los que la relación entre ciertas características salientes del lenguaje natural o espontáneo, por un lado, y ciertos problemas que preocupan a los prácticos del derecho y a los juristas, por otro, fuese a la vez más directa y más evidente. Con esa idea, elegí dos temas centrales: el de la interpretación, vinculado a la práctica cotidiana del derecho, y el de las discrepancias que dividen a los juristas, ligado (negativamente) al avance de la teoría jurídica. Ellos ocupan la segunda y la tercera parte, respectivamente, de este volumen. La primera, de carácter general e introductorio, suministra las bases para los desarrollos que se hacen en las otras dos. He agregado un apéndice con referencias bibliográficas que estimo de interés.*

*Tal vez debí haber dicho algo sobre otras dos cuestiones, o familias de cuestiones, que revisten capital importancia dentro de una teoría jurídica que podríamos llamar de segundo nivel: 1) las que suscita el análisis de expresiones de gran generalidad,*

tales como "acto ilícito", "derecho subjetivo", "deber jurídico", etc., que los juristas manejan a diario sin mayores dificultades; y 2) las que aparecen cuando procuramos elucidar las complejas relaciones que hay entre las normas de un ordenamiento y los múltiples y heterogéneos enunciados que, con base en ellas o acerca de ellas, formulan los juristas. No creí oportuno transitar por esas honduras en una exposición de carácter elemental, ni creo que hubiera podido decir nada útil en un tiempo tan breve.

Ha pasado más de un año desde que dicté aquellas clases; hoy advierto que cometí unos cuantos errores. No me ha parecido apropiado enmendarlos, pues eso fue lo que dije. Por añadidura, no estoy seguro de poder hacerlo satisfactoriamente.

Los argumentos que constituyen el primer capítulo de la Segunda Parte ("Lenguaje jurídico y lenguaje natural") no fueron expuestos en la versión oral. Los he incorporado a la presente a raíz de una oportuna y justificada observación de Gastón Dassen. En esa Segunda Parte el lector hallará reiteradas referencias críticas a la obra del profesor Sebastián Soler y, en especial, a su último libro La interpretación de la ley. Un factor circunstancial y una razón de fondo hicieron que me ocupara de aquel libro con especial énfasis. El factor circunstancial es que esa obra se conoció en Buenos Aires cuando estaba preparando las clases; ellas reflejan el impacto que me produjo su lectura. La razón de fondo es que, en nuestro medio, Soler es uno de los pocos juristas dogmáticos de primera línea que escribe con rigor sobre temas de teoría general del derecho.

Agradezco a la Revista Jurídica de Buenos Aires su autorización para reproducir mi artículo "Los jueces crean derecho" (Tercera Parte, III) publicado originariamente en ella (Vol. 1961-IV). Para concluir quiero expresar mi gratitud hacia Eugenio Bulygin, que me ayudó a preparar las clases y después las escuchó con resignada entereza, y hacia Roberto J. Vernengo, Eduardo A. Vázquez, Horacio J. Solari, Eduardo A. Rabossi, Carlos E. Alchourrón, Gastón Dassen y Ernesto Garzón Valdés, que leyeron parte de los originales sin horrorizarse o, por lo menos, sin dar muestras de ello. ¿Será necesario agregar, según es de estilo, que la mención de sus nombres no importa atribuirles participación alguna en mis errores?

G. R. C.

Buenos Aires, setiembre de 1964.

## PROLOGO A LA SEGUNDA EDICION

En los casi quince años transcurridos entre la primera edición de este libro y la presente, aparecieron varias reimpresiones de él. Me he decidido a publicar una segunda edición por dos razones.

La primera razón es ésta. La forma como el libro llegaba hasta ahora al lector adolecía de un manifiesto defecto, sólo imputable a mí: las notas y comentarios que complementan el texto principal estaban colocados al final del volumen, impresos en un tipo de letra muy pequeño. Dichas notas y comentarios son tan importantes como el texto. Esto no significa atribuir a éste o a aquéllos algún grado especial de importancia. Puede ser que tengan muy poca. En todo caso, la que tienen es la misma. Pues bien, estoy convencido de que como consecuencia de la ubicación y tipo de letra mencionados, la mayor parte de los lectores del libro jamás se asomaron a ese material complementario. Ahora he procurado evitar que tal cosa siga ocurriendo.

La segunda razón es la siguiente. En su libro Las palabras de la ley el Profesor Sebastián Soler formuló severas críticas a algunas de las ideas centrales expuestas por mí en Notas sobre derecho y lenguaje. Contesté a esas críticas en un pequeño volumen titulado. Algunas palabras sobre las palabras de la ley. Allí procuré aclarar algunos de los desarrollos censurados por Soler y moderar ciertos excesos que padecían deducirse de aseveraciones hechas en Notas sobre derecho y lenguaje. Dadas esas circunstancias, considero que las aclaraciones y morigeraciones incluidas en Algunas palabras..., así como el resto de la exposición allí hecha, deben publicarse junto con el texto originario de las Notas...

Tales son las únicas modificaciones introducidas en la segunda edición. He dejado prácticamente intactos los dos textos



que forman este volumen. Si hoy tuviera que escribir sobre los mismos temas lo haría, sin duda, de manera distinta. A pesar de ello no me he creído con derecho a enmendar ensayos que, cualesquiera sean sus aciertos o errores, integran un intercambio de ideas fructífero, que conserva interés.

Aquellos que deseen conocer los puntos de vista de Soler acerca de cuestiones importantes examinadas en Algunas palabras sobre las palabras de la ley los encontrarán en su artículo "El Juez y el súbdito", La Ley, t. 142, pág. 1094.

G. R. C.

Buenos Aires, mayo de 1979.

## PROLOGO A LA TERCERA EDICION

El presente volumen recoge algunos de los trabajos que he ido publicando con el correr de los años. Pienso que pueden ser razonablemente incluidos bajo el título general que lleva el libro. Eso y la ventaja de presentar reunidos ensayos que, bien o mal, responden al mismo interés del autor me han determinado a publicar esta nueva edición.

Creo conveniente hacer aquí las precisiones que siguen.

a) El ensayo "Principios jurídicos y positivismo jurídico", aparecido inicialmente en 1970, reproduce una conferencia que pronuncié en diciembre de 1969 en el acto de clausura de los cursos de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

Mi objetivo principal fue cuestionar una crítica al positivismo jurídico formulada por Ronald Dworkin. Según ella el positivismo jurídico —y muy especial H. L. A. Hart, uno de sus adalides contemporáneos— concibe el derecho con arreglo a un obsesivo "modelo de reglas" que no deja ver el papel central que en la práctica de aquél desempeñan los principios jurídicos. Estos son pautas o criterios muy distintos de las reglas. Para hacer justicia al papel de tales principios no queda otra alternativa que demoler el positivismo jurídico desde sus cimientos. Tal es la labor que Dworkin auspicia y que cree haber realizado, al menos en parte.

Mi ensayo arranca con la presentación de un modelo tomado de las reglas de un juego. No se me escapa que pese a la existencia de analogías estructuralmente reveladoras, existen importantes diferencias entre las normas jurídicas y las reglas de los juegos. Pero estoy persuadido de que esas diferencias, por grandes que sean, no afectan en nuestro caso la utilidad del modelo.

b) La primera parte de "Sobre los límites del lenguaje normativo" reproduce una conferencia que pronuncié en noviembre de 1972 en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF). A ella agregué luego las notas y comentarios de la segunda parte que complementan el texto principal. Ambas partes fueron publicadas más tarde en la forma de una monografía, (Editorial Astrea, 1973).

Mi intención al preparar el trabajo no fue, por cierto, mostrar con ningún grado de precisión los límites externos e inter-

nos del lenguaje normativo, sino sólo indicar dónde y cómo hay que mirar para comenzar a verlos. A tal fin me valgo de la noción de "sinsentido", usada con el alcance amplio que resulta del texto, para mostrar, con la ayuda de algunos ejemplos, de qué modos diversos se puede transgredir esos límites. La presencia de un sinsentido funciona como una señal de alarma: nos avisa que hemos traspuesto, sin advertirlo, algunas de esas fronteras. De tal modo podemos ver por dónde se encuentra el deslinde que, al precio del absurdo, de la irrelevancia ridícula o de la emisión de series de palabras que no transmiten información alguna, hemos ignorado o desatendido.

El ejemplo del uso del concepto de "poder constituyente originario", allí examinado, configura un caso claro de violación de los límites extremos.

Frente al concebible cargo de que el examen de ese concepto usurpa un lugar demasiado grande en un ensayo demasiado breve, sólo puedo ofrecer una excusa y un atenuante. La Primera es ésta: el uso de dicho concepto en el campo de la teoría constitucional muestra una transgresión documentada y pública, por decirlo así, de los límites del lenguaje normativo, en un área donde muchos no se sentirían naturalmente inclinados a esperar desafueros lingüísticos. Por eso me pareció un ejemplo muy accesible y dotado de gran interés. El atenuante es que soy abogado.

c) El breve ensayo "Sentencia arbitraria" fue inicialmente publicado en la Revista Jurídica de Buenos Aires, 1965, tomos I, II.

Ese artículo anticipa en algo el contenido de mi libro: Recurso extraordinario por sentencia arbitraria cuya primera edición apareció en 1967.

d) Por último la contribución "Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld" vio la luz hace ya más de quince años, sin título y como nota preliminar de mi traducción del opúsculo de Hohfeld (Centro Editor de América Latina, 1968).

Agradezco a la Editorial Astrea, a la Revista Jurídica de Buenos Aires y al Centro Editor de América Latina su autorización para incluir en este volumen los ensayos mencionados precedentemente.

G. R. C.

Buenos Aires, julio de 1985.

## I

# LENGUAJE, INTERPRETACION Y DESACUERDOS EN EL TERRENO DEL DERECHO

## PRIMERA PARTE

### SOBRE LOS LENGUAJES NATURALES

En esta primera parte recordaré cosas elementales, destinadas a facilitar la comprensión de los temas que abordaré en las otras dos. Examinaré aquí algunas características salientes de los lenguajes naturales (el castellano, el inglés, el francés) que son conocidas por todos, pero también frecuentemente desatendidas u olvidadas. Como resultado de tal negligencia se multiplican los obstáculos ficticios, tanto en el campo de la teoría jurídica como en el de la práctica del derecho.

#### I. UNA SITUACIÓN SIMPLE Y DOS PREGUNTAS

El lenguaje es la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres. No siempre, empero, esa herramienta funciona bien. Una comunicación lingüística puede resultar frustrada: el destinatario de ella puede sentirse perplejo ante el alcance de las expresiones que ha escuchado o leído.

Vale la pena distinguir dos fuentes principales de posible frustración. Me limitaré, claro está, a las fuentes interesantes. Excluiré, por ello, los casos de errores de percepción, así como los de confusiones originadas en un conocimiento deficiente del idioma.

Imaginemos una situación simple. Estoy frente a un amigo; tras un silencio éste dice algunas palabras, que oigo bien. Mi aparato auditivo es normal y la acústica excelente. La comuni-

cación ha sido hecha en un idioma que conozco a la perfección. Al hacerlo se abren ante nuestros ojos dos panoramas distintos de problemas, que conviene tratar por separado.

Quizá se pueden resumir en dos preguntas distintas, aunque relacionadas, las dos principales fuentes de posible perplejidad. La primera pregunta puede ser formulada de una de estas dos maneras equivalentes: ¿Cómo *debo* tomar la expresión de mi amigo? o ¿cuál es su *fuerza*? La segunda pregunta es esta otra: ¿Qué *quiere decir* lo que mi amigo dijo?

a) La primera pregunta refleja perplejidad o desconcierto acerca de la "naturaleza", por decir así, del *acto* verbal que mi amigo acaba de protagonizar, ¿Cómo debo tomar sus palabras? ¿Cómo una orden, un consejo, una advertencia, una amenaza, una súplica, un pedido, una instrucción, una exigencia, una aserción, una pregunta, una expresión de deseos, una sugerencia, un saludo, una invitación, un elogio, una broma, una justificación, una excusa, una recomendación, una censura, una atribución de responsabilidad, una oferta, una aceptación, una admisión de responsabilidad, un juramento, una promesa, una maldición, una predicción, un veredicto, una conjetura, una autorización, una prohibición, un insulto, un mero acto de cortesía, etc.?

No sé si la lista de tipos de actos que se pueden *hacer* con palabras es infinita, pero sí que es enormemente más larga que esta tediosa enumeración. Cuando me pregunto cómo debo tomar la expresión de mi amigo, o cuál es su fuerza, me estoy preguntando qué cosa, de las tantas que se pueden hacer con palabras, acaba de hacer mi interlocutor al decir lo que dijo, en las circunstancias y en la forma en que lo dijo.

b) La segunda pregunta es distinta de la anterior. No sé el caso ahora de que no sé cómo tomar lo que me han dicho. Y sé que es una pregunta o una sugerencia, pero no sé qué es lo que me han preguntado o sugerido. Ya sé que es un pedido o una prohibición, pero no sé bien qué es lo que me piden o prohíben.

Estas son las principales fuentes de perplejidad o, en todo caso, las que por las razones que más adelante se verán me interesan examinar aquí. Ambas formas de perplejidad pueden presentarse unidas, pero eso no impide que las distingamos en

## II. LA PRIMERA PREGUNTA: ¿QUÉ HIZO FULANO AL DECIR "X"?

### 1. SOBRE LOS USOS DEL LENGUAJE

Los problemas conectados con la primera pregunta son tratados, comúnmente, bajo el rótulo "los usos del lenguaje". Se trata de una problemática que en muchos aspectos no ha sido aún suficientemente explorada. La lista parcial de actos que se pueden hacer con palabras, que nos demoró hace un momento, muestra, incluso a los ojos del menos alerta, la prodigiosa riqueza y flexibilidad del lenguaje. Este es una herramienta que sirve para los fines más variados. Es un exceso de simplificación (o de dogmatismo) tratar todos esos usos o funciones del lenguaje como si todos tuvieran (o tuvieran que tener) las mismas características.

Nada más que para orientarnos en un territorio frondoso voy a recordar aquí una clasificación corriente, que procura parcelar el área cubierta por estos múltiples usos del lenguaje. No es una clasificación rígida; tampoco es muy satisfactoria. Está armada en torno a ciertos casos paradigmáticos y deja sin iluminar extensas zonas donde proliferan los casos dudosos. Con todo, aunque bastante tosca, es una brújula que ayuda a evitar los extravíos más comunes.

a) En ocasiones usamos el lenguaje con un propósito primordialmente descriptivo: para informar acerca de ciertos fenómenos o estados de cosas. Hay, pues, una función o uso *descriptivo* del lenguaje. Las unidades lingüísticas son aquí aserciones; de ellas —y sólo de ellas— tiene sentido pleno preguntarnos si son verdaderas o falsas. Este es *el test* del uso descriptivo de las palabras, cuyo paradigma es el lenguaje científico.

Claro está que no siempre nos valemos de las palabras para describir o informar; con suma frecuencia las usamos para hacer otras cosas.

b) Solemos valernos de ellas como vehículo o medio para expresar nuestros sentimientos, no en el sentido de describirlos sino de exteriorizarlos; de darles, por decir así, salida o escape. O bien las usamos para provocar en el prójimo ciertos sentimientos, solidarios o no con los nuestros; para despertar en él compasión, admiración, envidia, encono o ira; para justificarnos ante sus ojos; para modificar su actitud frente a algún suceso o persona; para infundir en él resignación u optimismo, etcétera.

En relación con estos casos se habla de una función o uso *expresivo* de las palabras. El paradigma es aquí el lenguaje poético. No tiene sentido preguntarnos si las expresiones que aparecen en una poesía son verdaderas o falsas, ni pretender juzgar el mérito de ella utilizando los cánones adecuados para juzgar una obra científica.

c) Otras veces nuestro propósito central al usar ciertas fórmulas verbales es *dirigir* el obrar de otras personas. Nos valemos del lenguaje para inducir a otro a *hacer* tal o cual cosa, a comportarse de determinada manera. Se habla, por ello, de una función o uso *directivo del lenguaje*. Una orden militar es, quizás, el ejemplo más claro de esta función de las palabras. No tiene sentido preguntarse si una orden es verdadera o falsa. Para destacar sus méritos o defectos no apelamos a esos calificativos. Tampoco tiene sentido afirmar que una ley penal, por ejemplo, es verdadera o falsa. Sí lo tiene, en cambio, decir que es justa o injusta, oportuna o inoportuna, progresista o retrógrada.

d) Se habla también de un uso "operativo" (*performative*) del lenguaje, que ofrece características muy especiales. Cuando al otorgar su testamento ológrafo el testador escribe: "Instituyo como heredero universal de mis bienes a X", está usando palabras de una manera no asimilable a los otros usos del lenguaje hasta aquí aludidos. Ese enunciado no es, obviamente, una descripción de lo que el testador está haciendo, ni de ninguna otra cosa. Si bien exterioriza un cierto estado de ánimo (el deseo de beneficiar a X), su función central no es esa, sino la de beneficiar a X (lo que no impide que, en los hechos, pueda resultar un intento frustrado de ello).

Al formular ese enunciado el testador está haciendo una cosa específica, que presupone la existencia de un sistema de

reglas vigentes: está instituyendo un heredero. Del mismo modo, cuando digo a otro "lo saludo cordialmente", o "le prometo que iré", estoy realizando con palabras actos que, según ciertas convenciones en vigor, constituyen un saludo o una promesa, cualquiera sea el grado de sinceridad que haya detrás de ellos. Para aludir a esta función de las palabras —que tanta importancia tiene en el campo del derecho— se puede hablar de un uso *operativo* del lenguaje.

Dejemos a un lado esta clasificación rudimentaria y recordemos la nutrida lista de actos de lenguaje que mencioné, a título de ejemplo, al tratar de precisar el alcance de las preguntas. ¿Cómo debo tomar una expresión lingüística? o ¿Cuál es su fuerza?

Dada la enorme variedad de actos de lenguaje, ¿qué guía tenemos para no equivocarnos al "interpretar" lo que hemos llamado la fuerza de una expresión? Lo cierto es que las más de las veces no erramos, pero no es insólito que ocurra lo contrario o, al menos, que nos sintamos inicialmente desconcertados a ese respecto.

La forma gramatical de la expresión no es, ciertamente, una guía segura. No siempre las órdenes, por ejemplo, se dan usando el modo imperativo. Si le digo a mi empleado "mañana llevará esta carta al correo", el contexto y la situación indican con claridad que se trata de una orden y no de una profecía, a pesar de que la frase está en futuro del indicativo y no en imperativo. Y hasta sería una insolencia, o signo de una alarmante estupidez, que al día siguiente el empleado me dijera: "Señor, se equivocó, no llevé su carta al correo". Es una deliberada confusión de ese tipo, precisamente, la que confiere un grato sabor de sorpresa a la frase "el juez le vaticinó, con toda verdad, diez años de cárcel".<sup>1</sup>

Si generalmente no nos equivocamos es porque manejamos muy bien, aunque no sepamos hacer explícito, el complejo sistema de reglas implícito en el uso de las palabras. Tales reglas,

<sup>1</sup> Jorge Luis BORGES, *Historia Universal de la Infamia*, Emecé, Buenos Aires, 1962, pág. 62.

que relacionan ciertos giros y expresiones con situaciones sociales o interindividuales típicas, determinan con claridad, en la mayoría de los casos, qué clase de acto verbal es el que se ha efectuado.

## 2. SOBRE EL LLAMADO "SIGNIFICADO EMOTIVO" DE LAS PALABRAS

Una de las causas que hacen que la forma gramatical sea una guía segura es que existen numerosas palabras que, en margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo, tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres.

Los ejemplos son, por cierto, abundantes. Las palabras que se usan con mayor frecuencia y brío en la oratoria política pertenecen a esa copiosa familia. Algunas de ellas tuvieron inicialmente, quizás, un significado claro, que con el correr del tiempo se fue haciendo cada vez más borroso. Otras han ido cambiando de significado descriptivo, sin cambiar su tonalidad, ennobiliándose o peyorativa, según el caso. Se trata de palabras que son usadas, en forma ostensible o encubierta, para exteriorizar, despertar o agudizar ciertas actitudes de aprobación o desaprobación. "Libertad", "democracia", "imperialismo", "oligarquía", "comunista", "nacionalista", son sólo un puñado de las numerosas palabras que, en determinados contextos, desempeñan tal función.

Entre esas palabras, que ordinariamente se manejan con tremenda imprecisión y que son utilizadas como dardos en las luchas ideológicas, se encuentran, por desdicha, el término "derecho" y buena parte de las expresiones derivadas de él o emparentadas con él. Esta es una de las causas que explican por qué el positivismo jurídico, que ha pretendido redefinir "derecho" en las palabras satélites en términos desprovistos de carga emotiva, ha suscitado tantas incomprensiones, cuando no reacciones airadas. Resulta difícil eliminar el halo emotivo de una palabra por vía de una redefinición de su contenido descriptivo. No basta

con anunciar que en adelante la palabra se usará con tal o cual sentido, y que en ese sentido ella carece de implicaciones emotivas. Estas no pueden suprimirse por decreto, máxime si se trata de términos incorporados desde tiempo inmemorial al lenguaje cotidiano.

Frente a esta dimensión del lenguaje se habla del "significado emotivo" de ciertas palabras, como cosa distinta del significado descriptivo de ellas. Aunque tal modo de hablar no puede aceptarse sin reservas —que no puedo desarrollar aquí—, no veo inconvenientes mayores en usar esa fórmula verbal, que hace referencia a ciertas características disposicionales de algunos términos o expresiones.

En algunos casos, frente al uso de ciertas palabras, resulta tarea poco menos que imposible señalar con qué estados de cosas se hallan conectadas. Si un desconocido nos dice que tal película es un "opio", o si una jovencita sostiene que un disco es "brutal" o "fabuloso", o si un filósofo afirma que una tesis es "plausible", es muy probable que no sepamos qué propiedades constituyen el criterio de aplicación de esas palabras. Solo sabremos que ellas exteriorizan aprobación o desaprobación, tal como podrían exteriorizarlas un aplauso, una silbatina o cualquier otro movimiento o gesto dotado de uno u otro valor convencional.

Claro está que con palabras como "democracia" o "derecho" no ocurre necesariamente lo mismo. Esas palabras pueden tener, según las ocasiones, un significado descriptivo aceptablemente claro. Pero no siempre es ese el caso. No lo es cuando tales términos aparecen en contextos pertrechados de alta carga emotiva; por ejemplo, en las campañas políticas. Todos los partidos reivindican para sí el uso del término "democracia"; todos pretenden ser voceros de la "verdadera" democracia. Aquí nos topamos con otro fenómeno lingüístico frente al cual hay que estar precavidos.

Supongamos que A dice que el "verdadero significado" de la expresión "enseñanza libre" es "régimen de enseñanza liberado de todo dogmatismo, incluso el religioso". Supongamos que B le contesta que el "verdadero significado" de dicha expresión no es ese sino "régimen de enseñanza que acuerda a los padres

el derecho de educar a sus hijos en la fe de sus mayores, si lo desean". A primera vista parecería que A y B se han limitado a definir de distinta manera "enseñanza libre" y que su desacuerdo, por lo tanto, es puramente verbal. Pero lo que uno y otro han hecho con esa expresión, que en el uso corriente tiene un significado nebuloso, o una imprecisa acumulación de ellos, adjudicarle significados descriptivos distintos, con el propósito de aprovechar su indudable valor emotivo para dirigir el comportamiento ajeno según cierto rumbo.

Cuando intentamos redefinir el significado de un término o expresión procurando mantener intacto su valor emotivo estamos dando lo que Stevenson ha llamado una *definición persuasiva*<sup>2</sup>.

### 3. "SIGNIFICADO EMOTIVO" BAJO ROPAJE DESCRIPTIVO

Puede ocurrir que en un contexto aparentemente descriptivo esas palabras grávidas de carga emotiva nos jueguen una mala pasada. Es posible "describir" un mismo conjunto de hechos utilizando un lenguaje neutro o un lenguaje con distintas connotaciones emotivas.

Podemos decir, por ejemplo, "los abogados piden la actualización de su arancel de honorarios". O bien, "los avenegados pretenden ganar todavía más". O, por último, "los auxiliares de la justicia estiman que la compensación de sus servicios profesionales no está de acuerdo con la jerarquía de los mismos". Son tres maneras de "describir" un mismo hecho, a saber, que los abogados piden una mayor retribución. Mediante el empleo de ciertos giros, se capta de describir una determinada pretensión, la presenta como absurda o inaceptable, o bien como digna de ser acogida.

Una coalición política puede ser "descripta" como "un acuerdo inter-partidario que es índice de madurez cívica y de espíritu de conciliación" o como un "contubernio". El uso de esta última palabra revela una clara actitud denigratoria.

<sup>2</sup> Charles L. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale University Press, 7ª edición, 1958, Cap. IX.

Estos ejemplos pueden parecer demasiado toscos y quizás lo sean. Pero el disfraz suele presentarse en formas mucho más sutiles y menos ostensibles. Ello ocurre cuando se usan palabras bivalentes; esto es, términos que en algunos contextos funcionan descriptivamente y en otros emotivamente. En tales casos es posible que pasemos por alto la duplicidad funcional y seamos inducidos a error por ella.

### 4. SOBRE LAS DISCREPANCIAS ENTRE LOS JURISTAS: REMISION

Pienso que en parte no desdeñable las disputas entre los juristas están contaminadas por falta de claridad acerca de *cómo deben tomarse* ciertos enunciados que típicamente aparecen en la teoría jurídica. Mientras no se ilumine este aspecto del problema quedará cerrada toda posibilidad de superar los múltiples desacuerdos que tales enunciados generan. Si no tenemos en claro cuál es el fondo o la raíz de las discrepancias, vale decir, por qué se discute, será estéril todo esfuerzo de argumentación racional y las disidencias persistirán, quizás agravadas. Obtener claridad acerca de esto no es, por cierto, condición suficiente para eliminar el desacuerdo, pero sí condición necesaria.

Frente a cualquier enunciado que aparece en un texto de teoría jurídica y que no nos satisface, antes de salir a buscar argumentos para refutarlo debemos hacernos una serie de preguntas. ¿Qué es esto? ¿Es una aserción, es decir, un enunciado que se propone describir un cierto estado de cosas? ¿O es una recomendación disfrazada bajo la forma de una aserción, esto es, un enunciado que disimuladamente trata de ensalzar cierto estado de cosas "describiéndolo" con lenguaje aprobatorio? ¿O es un anuncio o advertencia de que tal palabra será utilizada exclusivamente con determinado sentido? ¿O es una definición que simplemente recoge el uso central o típico de un vocablo? ¿O es una definición persuasiva, esto es, un recurso técnico que emplea el autor para obtener que el lector apruebe sus tesis, colocándolas bajo el manto protector de alguna palabra rica en carga emotiva y pobre en significado descriptivo? ¿O es otro tipo de aser-



ción o de definición, caracterizado por el uso de afirmaciones paradójicas que no tienen otro fin que el de subrayar algo importante que hasta ese entonces los teóricos habían desatendido?

Este tipo de investigación o examen previo es fundamental para los juristas, por lo común, prescinden de él y al abrigo de esa actitud negligente prosperan muchas polémicas claramente prescindibles.

En la tercera parte trataré de demostrar, con un ejemplo, la importancia que tiene ese tipo de análisis para clarificar muchas disputas entre juristas<sup>3</sup>. No pretendo que él proporciona una receta para solucionar o superar todas las discrepancias. Al menos permite ubicarlas en el plano adecuado y, en algunos casos, puede mostrar que la polémica, tal como está planteada, se limita a recorrer, en interminable vaivén, una vía muerta.

### III. LA SEGUNDA PREGUNTA: ¿QUÉ QUIERE DECIR "X"?

Spongamos ahora que no tengo dudas acerca de la fuerza de una expresión: se cómo debo tomarla. Se trata, claramente, de un *encargo*; mi mujer me ha dicho: "Si vas al centro, compra un Y", y la palabra "Y" alude aquí a cierto tipo de objetos. O se trata, claramente, de una *instrucción*; un amigo que está por salir de vacaciones me ha pedido que me quede al cuidado de su casa y, antes de partir, me dice: "Si ocurre W, haz Z", y aquí las palabras "W" y "Z" aluden, respectivamente, a un cierto tipo de evento y a cierto tipo de acción humana.

Los problemas que quiero presentar ahora no se vinculan, pues, con la fuerza de la expresión, sino con estos otros interrogantes, que expresan una distinta perplejidad o duda: "¿Es este objeto individual que tengo frente a mí un Y (lo que mi mujer me encargó que le comprara)". O bien, "¿Es este hecho concreto, que acaba de ocurrir, un W (el hecho ante el cual mi amigo me indicó que adoptara ciertas medidas)". O si no, "¿Es esta acción que tengo en mira una conducta Z (la que mi amigo me instruyó que siguiera si ocurría tal suceso)?"

<sup>3</sup> Ver *infra*, pág. 90 y sigs.

Este es un tipo de perplejidad independiente de la anterior. Los problemas conectados con ella tienen singular relevancia en la práctica cotidiana del derecho. Se justifica, por lo tanto, que los examinemos en forma somera.

### 1. EL USO DE PALABRAS GENERALES

Una de las principales funciones de las palabras —aunque no la única— es hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc. Como nuestro equipo lingüístico no es lo suficientemente rico, ni habría ventaja alguna en que lo fuera tanto, no disponemos de una palabra para cada objeto individual, para cada hecho concreto, para cada propiedad de cada objeto individual o hecho concreto, etcétera. Que yo sepa, sólo Ireneo Funes, filólogo y pensador de Fray Bentos, República Oriental del Uruguay, concibió seriamente y terminó por desechar, si bien por motivos estrictamente personales, un lenguaje de esas características. El nuestro está armado en base a palabras generales que sirven para aludir a grupos o familias de objetos, hechos o propiedades, y no en base a nombres propios de objetos, hechos o propiedades individuales.

Es aquí, en el uso de palabras generales, que son palabras clasificadoras, donde se halla la raíz de ciertas incertidumbres que pueden, y suelen, frustrar una comunicación lingüística.

A esta altura un crítico imaginario podría observar lo siguiente:

"Es cierto que usamos palabras generales que cubren grupos o familias de objetos (en sentido amplísimo). Pero, ¿qué dificultad genuina puede suscitar el uso de ellas? Los distintos objetos designados por una misma palabra no están agrupados en forma arbitraria o casual; siempre hay un criterio o regla tras el uso del término. Agrupamos distintos objetos y aludimos a ellos con una misma palabra porque ellos tienen ciertas propiedades en común. Y es la presencia de esas propiedades comunes lo que justifica el agrupamiento.

"Esas palabras cumplen una doble función: *denotan* el conjunto de objetos que exhiben las características o propiedades



por cuya virtud les aplicamos la misma palabra, y *connotan* esas propiedades. Podemos decir entonces que tales palabras tienen un significado denotativo o *extensión* (el conjunto de objetos a los cuales se aplica la palabra) y un significado connotativo o *intensión* (las propiedades por virtud de las cuales aplicamos a esos objetos una misma palabra). Por lo tanto, la pertenencia de un objeto al grupo de objetos denotados por una palabra queda determinada por el hecho de que el primero exhibe las propiedades connotadas por la segunda. El criterio para el uso correcto de ella, por ende, es la presencia, en un objeto determinado, de las propiedades en cuestión. Si en nuestro lenguaje una palabra se usa para connotar la reunión o suma de las propiedades A, B y C, entonces todos los objetos del universo quedan automáticamente clasificados en dos grupos distintos y complementarios: el de los objetos que tienen las propiedades A, B y C y el de los que no las poseen. A los objetos que tienen tales propiedades les será aplicable la palabra; a los otros, no. ¿Qué problemas pueden presentarse aquí? Por supuesto que cuando usamos las palabras podemos no ser conscientes de esto, pero nuestra tarea sencilla hacer explícitos esos criterios de aplicación. Es necesario, *definir* las palabras que usamos. Una vez que tenemos la correcta definición según el uso vigente, ¿qué problemas de clasificación puede haber?, ¿Cómo es posible que surjan perplejidades genuinas o reales desconciertos?..

Hasta aquí nuestro crítico imaginario. Por desdicha, el cuadro diseñado por él es excesivamente idílico. Las cosas no son tan simples.

## 2. AMBIGÜEDAD

En primer lugar, las complica un fenómeno corriente y, a primera vista, trivial. No es cierto que todas las palabras son usadas en todos los contextos, para connotar las mismas propiedades. Si uno de mis hijos me pregunta "¿Qué quiere decir 'radio'?" no tengo más remedio que contestarle con otra pregunta: "¿En qué frase u oración?". Porque en algunas significará algo así como "aparato eléctrico que sirve para escuchar música y no

cias"; en otras, "metal descubierto por los esposos Curie"; en otras "la mitad del diámetro"; en otras, cosas tan poco precisas como las que indicamos al hablar del radio de acción de cierta influencia política, o del radio céntrico de la ciudad.

Este ejemplo simple nos muestra que el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas. Claro está que el contexto y la situación, en la generalidad de los casos, disipan toda posibilidad de confusión. Sobre todo cuando, como ocurre en el caso de "radio", el uso de una misma palabra con distintos significados es un puro accidente lingüístico.

Otras veces, en cambio, advertimos que una misma palabra tiene distintos criterios de aplicación, pero que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de mera homonimia, esos criterios están unidos entre sí por conexiones más o menos complicadas. En algunos casos hay algo así como un significado originario central, y extensiones metafóricas o figurativas. Hablamos, por ejemplo, de una conferencia pesada, o de un escritor oscuro o de una personalidad opaca, y, obviamente, una conferencia no es pesada en el mismo sentido en que lo es una caja de hierro, ni un escritor es oscuro en el mismo sentido en que lo es una habitación interna (o un determinado designio humano), ni una personalidad es opaca en el mismo sentido en que lo es un cuerpo sólido.

Pero además de estos usos extensivos o metafóricos hay muchos otros casos, más complicados y más interesantes, de palabras que se aplican a una multitud de objetos que no presentan propiedades comunes connotadas por aquéllas y donde, a pesar de ello, tenemos la impresión firme de que el uso de una misma palabra no es un mero accidente.

Tomemos el ejemplo que trae Wittgenstein<sup>3</sup>. Hablamos de "juego" para aludir a la rayuela, al fútbol, a los juegos de palabras, al rugby, a los juegos malabares, al polo, a los solitarios, al ajedrez, a la escoba de quince, a la lotería, al pato, a la ruleta, a las rondas infantiles, al bridge y a la taba. ¿Qué tienen de común

<sup>3</sup> *Philosophical Investigations*, Mac Millan Co., New York, 1953, apartado 66.

estas cosas? ¿Qué propiedad común justifica que se hable de "juego" para aludir a actividades tan disímiles? Se podrá decir, quizás, que en todos estos casos hay una cierta actividad humana guiada por un fin de diversión y entretenimiento. Pero ¿quién compra billetes de lotería para entretenerse? ¿Diremos entonces que la característica "esencial" es que se trata de actividades humanas guiadas por reglas, donde se gana o se pierde? Pero esto no parece convenir a buena parte de los juegos infantiles.

Por otro lado, ¿por qué en castellano —o, al menos, en la variante de él que hablamos los argentinos— llamamos "juego" al fútbol y al rugby y no llamamos "juego" al box y a la lucha grecorromana? ¿Por qué hablamos de jugadores de basket-ball y no de jugadores de esgrima? ¿En qué medida el fútbol y el rugby son más parecidos a la ruleta o al bridge que al box o a la lucha, para que hablemos de "juego" en el caso de los cuatro primeros y no apliquemos el término a los dos últimos? ¿Hay alguna regla o principio oculto tras este aparente desorden? Cuando alguien me da una orden en la que aparece la palabra "juego" ¿cómo debo entenderla? ¿Se han querido incluir todas las variadísimas actividades cubiertas por la palabra o sólo algunas? Y si es esto último, ¿cuál o cuáles de ellas?

También aquí el contexto y la situación eliminan por sí mismas toda duda razonable. Pero hay casos en los que el dilema subsiste a pesar de nuestros esfuerzos por hacerlo desaparecer.

Los problemas de este tipo son analizados y estudiados bastante

<sup>4</sup> He aquí un intento de respuesta (parcial) a estas últimas preguntas. No hablamos de "juego" para referirnos al box o a la lucha grecorromana porque si bien estas actividades se asemejan al fútbol o al rugby en muchos aspectos importantes, difieren de ellos en un punto capital. A saber, que tanto el box como la lucha grecorromana se parecen mucho a cosas que los hombres hacen a veces "en serio" —pelearse entre sí— lo que no ocurre con el fútbol o el rugby. El parecido con una actividad "natural" neutraliza las semejanzas que el box y la lucha tienen con el fútbol y el rugby (el propósito de competencia, la aceptación de reglas, etc.) y excluye la aplicación de la palabra juego en relación con los dos primeros deportes. Esto puede explicarse, tal vez, porque no llamamos juegos a deportes tales como la equitación, la esgrima, las carreras pedestres, la caza, la pesca, el automovilismo, etcétera.

el rótulo de "ambigüedad de los lenguajes naturales". Las dificultades prácticas pueden superarse si tomamos la precaución de precisar, en todos los casos de posible duda, el sentido con que hemos empleado tal o cual palabra o expresión.

### 3. VAGUEDAD

Hay otros casos en que la incertidumbre en la aplicación o interpretación de ciertos términos no brota de que no sabemos en qué sentido han sido usados, porque sobre eso no tenemos dudas.

Aquí ocurre lo siguiente. Me hallo frente a un caso o ejemplo concreto, cuyas características individuales he podido examinar en detalle, pero a pesar de todos mis empeños no sé si se trata de un ejemplo de la palabra general "X", esto es, de un caso de aplicación de ella. Mi duda no se origina en falta de información acerca del objeto; sé todo lo que necesito saber de él. Ella se origina en que no sé bien dónde termina el campo de aplicación de la palabra "X" y este caso parece hallarse en las proximidades de esos desdibujados linderos, cuya ubicación no puedo precisar. Más fundamental aún: tengo la impresión de que carece de sentido hablar aquí de límites precisos.

Tal fenómeno acaece, por ejemplo, cada vez que una palabra tiene como criterio relevante de aplicación la presencia de una característica o propiedad que en los hechos se da en la forma de un continuo, como la edad, o la altura, o el número de cabellos que un hombre puede tener, y pretendemos hacer cortes en ese continuo valiéndonos de palabras o expresiones tales como "joven", "adulto", "anciano", "hombre edad madura"; o "alto", "bajo", "retacón"; o "calvo", "hirsuto", etc.

Ya sabemos lo que quiere decir "joven" o "calvo". No se trata aquí de un problema de ambigüedad. El problema es este otro: carece de sentido preguntarse a qué precisa edad se deja de ser joven, o cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo, o cuánto hay que medir para ser alto. Todo cuanto podemos decir es que hay casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie vacilaría en aplicar la palabra, y casos claros de exclusión respecto

de los cuales nadie dudaría en no usarla. Pero en el medio hay una zona más o menos extendida de casos posibles frente a los cuales, cuando se presentan, no sabemos qué hacer.

El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión. Tales vocablos cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales y también en el lenguaje del derecho. Hablamos corrientemente de plazo razonable, de error sustancial, de culpa o de injuria grave, de peligro inminente, de velocidad excesiva, etc.

Para aludir a este fenómeno se habla de la "vaguedad de los lenguajes naturales". No todas las palabras vagas lo son de la misma manera. Hay veces en que las vacilaciones que suscitan la aplicación de un rótulo general a un hecho o fenómeno concreto se originan en que los casos típicos están constituidos por un conjunto de características o propiedades que allí aparecen estructuradas o combinadas en una forma especial, y no resulta claro si el criterio implícito en el uso del término considera todas ellas, o sólo a algunas, condición necesaria y suficiente para su "correcta" aplicación. El problema irrumpe con la aparición de los casos marginales o atípicos, en los que faltan algunas propiedades, por lo común concomitantes, o está presente una adicional, de carácter insólito. ¿Habremos de seguir usando el mismo rótulo, a despecho de la anomalía presente en el caso atípico? ¿O esta disparidad tiene una relevancia tal que justifica la no aplicación del término clasificatorio general? Muchas veces el uso establecido carece de respuesta para esos interrogantes. No cabe duda de que un automóvil es un "vehículo", pero ¿podemos llamar "vehículo" a un ascensor? ¿Y a una escalera mecánica?

Tomemos, adaptándolo, un ejemplo de Max Black<sup>5</sup>: el uso de las palabras con que pretendemos distinguir entre diversas razas caninas. Veamos cómo define el Diccionario de la Real Academia algunas de esas palabras:

<sup>5</sup> "Definition, Presupposition and Assertion", en *Problems of Analysis*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1954, Cap. II.

"Lebrel": "Variedad de perro que se distingue en tener el labio superior y las orejas caídas, el hocico recio, el lomo recto, el cuerpo largo y las piernas retiradas atrás".

"Mastín": "El (perro) grande fornido, de cabeza redonda, orejas pequeñas y caídas, ojos encendidos, boca rasgada, dientes fuertes, cuello corto y grueso, pecho ancho y robusto, manos y pies recios y nervudos, y el pelo largo, algo lanoso".

"Danés": "El (perro) que participa de los caracteres del lebel y del mastín".

Parece claro que con esta información es imposible salir por los campos a buscar lebreles, mastines o daneses. Aquellas palabras no son definibles con la misma técnica que emplea un pémetro para definir sus términos. Definir "triángulo" es proporcionar las condiciones necesarias y suficientes que sirven como criterio para la aplicación de esa palabra y que permiten acotar, en forma rígida y nítida, una clase de objetos.

No ocurre lo mismo en nuestro ejemplo canino. No hay aquí ninguna propiedad o conjunto de propiedades que sean condición necesaria y suficiente para el uso de "lebel", "mastín" o "danés". Para enseñar a alguien a usar estas palabras hay que mostrarle lebreles, mastines o daneses típicos y, después, ejemplares atípicos situados a distinto grado de proximidad de los casos centrales. Las palabras de nuestro ejemplo no acotan una clase de objetos, sino un *campo* de límites imprecisos, dentro del cual podemos, ciertamente, señalar casos claros. Pero además de los casos claros hay numerosísimos ejemplares que se asemejan en grado decreciente a aquéllos. Entre el área de los casos claros y la de los inequívocamente excluidos se extiende una imprecisa zona de fronteras, no susceptible de deslinde, como no sea por una decisión arbitraria. No se vaya a pensar, dice Black, que esta indefinición o indeterminación es un producto espurio de la promiscuidad perruna. Todas las palabras que se usan para hablar del mundo, para aludir a los fenómenos de la realidad, participan de las mismas características.

Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad cir-

cundante donde caen todos los casos en los que no se duda que el uso de un vocablo en la práctica cotidiana, siempre es no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que usamos diariamente para aludir al mundo en que vivimos y a los que nosotros mismos llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión.

Pero, se me dirá, ¿no hay en esto una exageración patente? No es cierto que todas las palabras exhiben tal indeterminación. Tomemos, por ejemplo, la palabra "hombre" (en el sentido de "ser humano"). En condiciones de observación normales —sin guiría la objeción— jamás dudamos si a algo que tenemos ante nuestros ojos le es o no aplicable ese término.

Quizás se pueda responder a esa objeción señalando las vacilaciones de los antropólogos respecto del modo de clasificar ciertos especímenes primitivos. O preguntando (y preguntándonos) si según el uso establecido la palabra "hombre" se aplica claramente a un cadáver, y, si la respuesta es afirmativa, preguntando (y preguntándonos) si el uso ha fijado también con precisión cuándo, esto es, en qué momento, los despojos mortales de un hombre quedan fuera del campo de aplicación de la palabra.

Pero hay otra respuesta mucho más reveladora, y menos manifiesta, que ésta. Es verdad que *de hecho* usamos muchas palabras sin que se susciten oportunidades de duda; tales palabras no son actualmente vagas. Pero también es verdad que *todas* las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y que nosotros mismos, son, al menos, *potencialmente* vagas. Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos, circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término.

Todos usamos, por ejemplo, la palabra "escribir"; no parece, a primera vista, que ella sea actualmente vaga. Pero si nos mostraran una máquina que transformase las palabras habladas en palabras escritas, sin intermediario humano, ¿cómo describiríamos la actividad de la persona que habla ante la máquina? ¿Diríamos o no que está "escribiendo"? Por consolidado que pa-

#### 4. LA TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE

Es corriente presuponer que los criterios que presiden el uso de las palabras que empleamos para hablar acerca de la realidad están totalmente determinados. Pero eso no es más que una ilusión.

Si se nos pide que hagamos explícito el criterio de aplicación de una palabra podemos indicar un cierto número de características, o propiedades definitorias, y creer que todas las otras propiedades posibles no incluidas entre aquellas están, por ello, excluidas como no relevantes. Esta creencia es equivocada. Sólo pueden reputarse excluidas como irrelevantes las propiedades o características posibles que *han sido consideradas*, pero no las que no lo han sido. Estas últimas no están excluidas; cuando se presenta un caso en el que aparece una o más de ellas es perfectamente legítimo que sintamos dudas que no pueden ser eliminadas por un proceso de pura deducción a partir del significado corriente de la palabra. El uso puede estar, a este respecto, totalmente "abierto". Es decir, no decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones.

Imaginemos que alguien me pregunta si hay un gato en la habitación de al lado. Abro la puerta y veo un animal cuya apariencia reúne todas las características que normalmente exhiben

<sup>6</sup> Cf. su artículo "Verifiability", publicado en *Logic and Language* (primera serie), antología compilada por A. N. G. Flew, Blackwell, Oxford, 1951, pág. 119.

<sup>7</sup> Cf. su artículo "Significado y sinonimia en los lenguajes naturales", en *Antología Semántica*, compilada por Mario Bunge, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, págs. 25/44.

los gatos. Contesto, por lo tanto, que sí. Mi interlocutor insiste: "¿Está usted seguro?" Abro nuevamente la puerta y examino al animal más de cerca. En ese momento el gato me mira y en un impecable castellano exclama: "¿Se dejará usted de amolar?" (palabras equivalentes), al par que empieza a crecer y en un instante alcanza dos metros de altura, para volver de inmediato a su tamaño y parquedad habituales. ¿Seguiré llamando "gato" a este curioso espécimen? ¿Y si nunca más, en el resto de sus días, vuelve a conducirse en forma tan poco oxtodoxa, o sólo lo hace en ocasiones rarísimas, comportándose, por lo demás, como el resto de los gatos? Cualquiera sea la resolución que tome, ella no estará controlada por los usos vigentes, sino que será una decisión adoptada frente al caso insólito.

Se dirá, expresa Waismann, que esas cosas no ocurren. Pero basta con que sean *posibles* para que se nos haga patente que palabras generales que usamos no están perfectamente definidas cualesquiera sean nuestras creencias sobre el particular. Cuando pensamos haberlas delimitado en todas las direcciones, el caso insólito nos muestra que en un aspecto no contemplado falta la determinación. No disponemos de un criterio que nos sirva para incluir o excluir *todos* los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles. No podemos agotar la descripción de un objeto material ni, por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia. Estas aptitudes no forman parte del equipamiento de los seres humanos ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial. Es por ello que las palabras presentan una característica de vaguedad potencial o textura abierta; y es por ello, también, que tal característica constituye, por decir así, una enfermedad incurable de los lenguajes naturales.

Todas estas cosas tienen una enorme importancia para los problemas que los juristas analizan bajo el rótulo de "interpretación". Así lo veremos en la segunda parte (pág. 49 y siguientes).

## NOTAS Y COMENTARIOS

Las notas y comentarios que siguen complementan la exposición precedente. Buena parte de ellos proporcionan fuentes bibliográficas, en muchos casos con transcripciones breves o resúmenes. Hay otras notas que procuran aclarar cosas que quedaron oscuras en el texto principal o hacer explícito el criterio seguido en el tratamiento de algunos temas. La indicación entre paréntesis que sigue al título de cada nota remite al lugar correspondiente en el texto principal. Esto es, al apartado y punto que se busca complementar.

Estas mismas observaciones se aplican a las notas y comentarios que se insertaron después de las partes segunda y tercera (págs. 73 a 89 y 115 a 128).

### 1. FUERZA VS. SIGNIFICADO DE UNA EXPRESION (APARTADO I)

La terminología es de J. L. Austin, *How to do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962. Véase, por ejemplo, págs. 33, 73, 98, 99, 100 y la nota de págs. 114-5. En este último sitio Austin señala que "podemos estar de acuerdo sobre cuáles fueron las palabras que efectivamente se pronunciaron, o incluso cuáles fueron los sentidos en los que se las usó y las realidades a las que ellas hicieron referencia, y sin embargo podemos todavía discrepar acerca de si, en las circunstancias, esas palabras constituyeron una orden, o una amenaza o simplemente un consejo o una advertencia". Seguidamente hace notar que, del mismo modo, podemos estar en desacuerdo respecto del significado y la referencia de un acto de lenguaje, y no obstante ello concordar en que se trata, por ejemplo, de una orden (*op. cit.*, pág. 115).

Véase también el artículo del mismo Austin "Performatif-Constatif", que forma parte del simposio *La Philosophie Analytique*, publicado por Les Éditions de Minuit, 1962, págs. 271 y siguientes. Durante la discusión posterior, Austin expresó lo siguiente: "En dehors de ce que nous entendons par la 'signification' d'une phrase, et je sais tout ce que cette appellation peut avoir d'obscur, même quand nous la restreignons à l'usage banal qu'on en fait, nous avons toujours quelque chose que nous appelle-

rons, puisqu'il faut lui donner un nom, sa 'force'. Nous pourrions toujours attribuer un sens, même s'il s'agit d'un faisceau de significations et d'intentions extrêmement complexes, à une expression comme 'j'ai mal dormi cette nuit', sans avoir abordé pour autant la question qui se pose sur un tout autre plan: ¿est-ce un énoncé constatif? ¿Est-ce une plainte? ¿est-ce un avertissement? ¿est-ce une menace, etc...? Nous avons là comme une deuxième dimension. Nous pourrions là encore parler de *signification*, mais puisque nous nous sommes déjà servi de ce mot à l'étage inférieur, choisissons un mot différent, et efforçons nous d'élaborer une doctrine nouvelle, pour rendre compte de ce qu'on peut appeler la *force* de cette expression". . . . "En essayant d'expliquer le second, ou la force d'une expression. . . , nous nous efforçons de qualifier le genre d'acte du discours qu'elle manifeste". "Il y a là un problème tout à fait distinct de celui de la signification qui ne se situe pas sur le plan du contenu factuel des expressions, mais sur le plan des forces qui se manifestent quand nous parlons" (*op. cit.*, págs. 293-4).

## 2. ACTOS QUE SE PUEDEN HACER CON PALABRAS. EL LENGUAJE COMO HERRAMIENTA (APARTADOS I Y II, 1)

"Pero ¿cuántos géneros de frases hay? Digamos ¿aserción, pregunta y orden? Hay un *número infinito* de géneros: incontables tipos diferentes de lo que llamamos 'símbolos', 'palabras', 'frases'. Y esta multiplicidad no es algo fijo, dado de una vez para siempre; nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, podemos decir, aparecen, y otros pierden vigencia y pasan al olvido". . . . "Aquí uso la expresión 'juego de lenguaje' para destacar el hecho de que el *hablar* un lenguaje constituye parte de una actividad o de una forma de vida".

"Examinad la multiplicidad de juegos de lenguaje en los ejemplos siguientes, y en otros:

- Dar órdenes y obedecerlas;
- Describir la apariencia de un objeto, o indicar sus propiedades;

- Construir un objeto a partir de una descripción (un dibujo);
- Dar cuenta de un hecho;
- Especular acerca de un hecho;
- Formar y poner a prueba una hipótesis;
- Presentar los resultados de un experimento en cuadros y diagramas;
- Inventar un cuento y leerlo;
- Representar una pieza teatral;
- Cantar estribillos jocosos;
- Resolver acertijos;
- Hacer una broma; contar un chiste;
- Resolver un problema de aritmética práctica;
- Traducir de un idioma a otro;
- Preguntar, agradecer, maldecir, saludar, orar.

Es interesante comparar la multiplicidad de las herramientas del lenguaje y de las maneras como son usadas, con lo que los lógicos (incluido el autor del *Tractatus Logicus Philosophicus*) han dicho acerca de la estructura del lenguaje". (Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, The MacMillan Co., New York, 1953, parágrafo 23).

"Pensad en las herramientas contenidas en una caja de herramientas: hay un martillo, tenazas, un serrucho, un destornillador, una regla, cola, un recipiente para prepararla, clavos y tornillos. Las funciones de las palabras son tan diversas como las de estos objetos (Y en uno y otro caso hay semejanzas)" (Wittgenstein, *op. cit.*, parágrafo 11).

Véase también Karl Bühler, *Teoría del Lenguaje* (traducción de Julián Marías), Revista de Occidente, Madrid, 2ª edición, 1961. Este autor afirma que "se ha hallado algo así como un hilo de Ariadna, que saca de toda clase de confusiones comprendidas a medias, cuando se define el hablar como acción. . . . "Al pensamiento antiguo, que identificaba total o casi totalmente lenguaje y *logos*, se le escapó precisamente la fecundidad de este punto de vista. . . ." (*op. cit.*, pág. 78). Para Bühler "el lenguaje humano. . . pertenece a los 'instrumentos'". . . . "La lingüística encuentra así en el axioma de la naturaleza de signo



propia del lenguaje el modelo mental del *homo faber*, un fabricante y usuario de instrumentos". "... Aquello que se emplea con valor de signo en el tráfico intersubjetivo [se puede caracterizar] como un instrumento de orientación de la vida de la comunidad" (*op. cit.*, pág. 73).

### 3. DOGMATISMO FRENTE A LA INAGOTABLE MULTIPLICIDAD DE LAS FUNCIONES QUE CUMPLE EL LENGUAJE (APARTADO II, 1)

En el texto se alude a lo que Austin llamó "descriptive fallacy" o, mejor, "constative fallacy" (*How to do...*, pág. 55). Esto es, a la presuposición obstinada de que todas las expresiones con sentido —salvo las tautológicas— cumplen una sola función: la de describir o registrar estados de hecho. Sobre el particular véase J. O. Urmson, *Philosophical Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 1958, págs. 196-9. Recuérdense las palabras finales del párrafo 23 de las *Philosophical Investigations*, transcritas en la nota anterior. Ya Berkeley había anotado que la opinión aceptada que el lenguaje no tiene otra finalidad que la comunicación de las ideas ("Tratado...", Introducción, pero "la comunicación de las ideas señaladas por las palabras no es ni el principal ni el solo fin del lenguaje, como se supone comúnmente" (*op. cit.* Introducción, 20); ver, además, nota siguiente.

### 4. INTENTOS DE CLASIFICAR LOS USOS DEL LENGUAJE (APARTADO II, 1)

La clasificación que se bosqueja en el texto es la que propone Irving Copi, *Introducción a la Lógica* (traducción de Néstor Míguez), Eudeba, Buenos Aires, 1962, cap. II, "Los usos del lenguaje", págs. 34 y sigtes. Bühler sostiene que el signo lingüístico (complejo) cumple tres funciones distinguibles: 1) "símbolo en virtud de su ordenación a objetos y relaciones"; 2) "Síntoma (indicio), en virtud de su dependencia del emisor, de su interioridad expresa", y 3) "Señal en virtud de su apelación

al oyente, cuya conducta externa o interna dirige como otros signos de tráfico" (*op. cit.*, pág. 51-2). Sobre esta base dicho autor distingue tres funciones del lenguaje: *representación*, *expresión* y *apelación*. Bühler recurre a casos paradigmáticos para ilustrar su clasificación. Se refiere, así, a 1) "fenómenos verbales en los que resulta visible por vez primera que casi todo puede trazarse y prepararse sobre la sola función representativa de los signos lingüísticos" y dice que "esto es seguramente válido del modo más manifiesto para el lenguaje científico"; 2) señala que el rendimiento de la función expresiva como tal "... será, por supuesto, más rico en el lírico"; y 3) destaca que "para una función exacta de apelación está preparado todo, por ejemplo, en el lenguaje de mando" (pág. 55). (Los subrayados son míos). Véase también Charles Morris, *Signos, Lenguaje y Conducta* (traducción de José Rovira Armengol, al cuidado de Ansgar Klein), Losada, Buenos Aires, 1962, págs. 109 y 141 y siguientes.

Esto de reconocer la importancia de los múltiples usos o funciones del lenguaje —que parece tan de nuestros días— tiene precedentes ilustres en Hobbes (*Leviathan*, Parte I, cap. IV) y en Berkeley (*A Treatise concerning the Principles of Human Understanding*, Introducción, 19 y 20). Creo que se justifican algunas transcripciones:

—Hobbes distingue entre 1) un *uso general* del lenguaje, que "consiste en transponer nuestros discursos mentales en verbales", ya para hacer un "registro de las consecuencias de nuestros pensamientos", ya para significar unas personas a otras "lo que conciben o piensan de cada materia; y también lo que desean, temen o promueve en ellas otra pasión"; y b) *usos especiales*, entre los que menciona (1) "registrar lo que por meditación hallamos ser la causa de todas las cosas, presentes o pasadas, y lo que a juicio nuestro las cosas presentes o pasadas pueden producir, o efecto"; (2) "mostrar a otros el conocimiento que hemos adquirido, lo cual significa aconsejar y enseñar uno a otro"; (3) "dar a conocer a otros nuestras voluntades y propósitos, para que podamos prestarnos ayuda mutua"; (4) "complacernos y deleitarnos nosotros y los demás, jugando con nuestras palabras inoportunamente, para deleite nuestro" (Cito de la traducción castellana

de Manuel Sánchez Sarto, publicada por el Fondo de Cultura Económica, México 1940, págs. 23-4). Tiene cuatro partes. Debemos (1) hacer que el auditorio esté bien dispuesto hacia nosotros y mal dispuesto hacia el adversario; (2) magnificar o empequeñecer los hechos principales; (3) provocar el estado emotivo requerido en los oyentes; y (4) refrescar su memoria". . . "(3) Luego, cuando los hechos y su importancia han sido entendidos con claridad, debemos excitar el lenguaje. . ." "Hay otros fines, tales como hacer surgir ciertas emociones de nuestros oyentes. Ellas son la piedad, la indignación, la ira, el odio, la envidia, la emulación, la belicosidad, la disposición particular" (*op. cit.*, Introducción, 19). "El fin ya he mencionado previamente las líneas de argumentación a ser empleadas para estos fines" (*op. cit.*, Libro III, cap. 18, 1419b).

—Berkeley, a su vez, señala que si bien "es opinión ario; (2) magnificar o empequeñecer los hechos principales; (3) provocar el estado emotivo requerido en los oyentes; y (4) refrescar su memoria". . . "(3) Luego, cuando los hechos y su importancia han sido entendidos con claridad, debemos excitar el lenguaje. . ." "Hay otros fines, tales como hacer surgir ciertas emociones de nuestros oyentes. Ellas son la piedad, la indignación, la ira, el odio, la envidia, la emulación, la belicosidad, la disposición particular" (*op. cit.*, Introducción, 20). "El fin ya he mencionado previamente las líneas de argumentación a ser empleadas para estos fines" (*op. cit.*, Libro III, cap. 18, 1419b). Véase también Alexander Bryan Johnson, *A Treatise on Language or the Relation which Words bear to Things*, New York, 1836, Conferencia I, parágrafo 5; Bentham, *The Handbook of Political Fallacies*, Parte IV, "Falacias de Confusión", caps. 1, 2, 3, 6 y 8; Ogden y Richards, *El significado del significado* (traducción de Eduardo Prieto), Paidós, Buenos Aires, 1954, págs. 35, 141 y sigtes. etc.; Charles L. Stevenson, *Ethics and Language*, Yale University Press, New Haven, 1944, especialmente capítulos VI, IX y XI.

presentación de las ideas de aquellos individuos que se supone ellos designan. Por ejemplo, cuando un escolástico me dice: 'Ados por Glanville Williams en *The Law Quarterly Review*, vol. 61 toteles lo ha dicho', lo único que entiendo es que él intenta y 62, bajo el título de "Language and the Law" (números de enero, abril, julio y octubre de 1945 y octubre de 1946); en especial sumisión que la costumbre ha asociado a ese nombre" (*op. cit.* véase el parágrafo 7, "The Emotive Function of Words", en *cit.*) (Cito la traducción de Risieri Frondizi, *Tratado sobre principios del conocimiento humano*, Losada, Buenos Aires, 1945, págs. 29-30). Véase igualmente la importante serie de artículos publicados por Glanville Williams en *The Law Quarterly Review*, vol. 61 toteles lo ha dicho', lo único que entiendo es que él intenta y 62, bajo el título de "Language and the Law" (números de enero, abril, julio y octubre de 1945 y octubre de 1946); en especial sumisión que la costumbre ha asociado a ese nombre" (*op. cit.* véase el parágrafo 7, "The Emotive Function of Words", en *cit.*) (Cito la traducción de Risieri Frondizi, *Tratado sobre principios del conocimiento humano*, Losada, Buenos Aires, 1945, págs. 29-30). Véase también Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, capítulo XIV.

##### 5. EL USO EXPRESIVO DE LAS PALABRAS (APARTADO II, 1)

Véase Aristóteles, *Retórica*, Libro I, 1355b, 26 y 1356b, Libro III, cap. 14, 1415a, cap. 15, 1416a; cap. 18, 1419b, 1961, págs. 220-239. En ese artículo se formula una oposición tajante entre las expresiones operativas, por un lado, y las descriptivas o "constative" por el otro. Más tarde Austin eliminó, al caso, o incluso a apartarla de él, porque asegurarla no es por engañosa, esa oposición (ver los dos trabajos citados en la pre una ventaja. . ." (*op. cit.*, Libro III, 1415a). "El Ephiota 1). En la nueva versión se reconoce a los verbos operati-

##### 6. USO OPERATIVO (APARTADO II, 1)

Véase, por supuesto, J. L. Austin, "Performative Utterances", en *Philosophical Papers*, Oxford University Press, Oxford, 1961, págs. 220-239. En ese artículo se formula una oposición tajante entre las expresiones operativas, por un lado, y las descriptivas o "constative" por el otro. Más tarde Austin eliminó, al caso, o incluso a apartarla de él, porque asegurarla no es por engañosa, esa oposición (ver los dos trabajos citados en la pre una ventaja. . ." (*op. cit.*, Libro III, 1415a). "El Ephiota 1). En la nueva versión se reconoce a los verbos operati-



vos el papel de *hacer explícita* la fuerza del acto verbal de que se trata (ver nota 1). Ese acto verbal puede tener, pongo por caso, la fuerza de una aserción o de una descripción. Para el primer supuesto hay expresiones que incluyen un verbo operativo especial: "*Afirmo que p*", "*Yo le digo que q*" "*Sostengo que r*" etcétera. (No existe, en cambio, "*Describo que p*"). Estos ejemplos muestran que la dicotomía mencionada al comienzo es insatisfactoria. En *How to do...* Austin modificó su análisis para superar las limitaciones del enfoque originario.

#### 7. IMPORTANCIA DEL USO OPERATIVO EN EL CAMPO JURIDICO (APARTADO II, 1, *IN FINE*)

Véase J. L. Austin, "*How to do...*", pág. 4 (n. 2), 7, 12, 22, 24, 31-2, 33, 35, 36, 42-43, 150, 153, 154, 156. También "*Performative Utterances*", en *Philosophical Papers*, pág. 22. Cf. además H. L. A. Hart, "*The ascription of responsibility and rights*", en Flew, *Logic and Language* (first series) Blackwell, Oxford, 1951, págs. 145-6. He aquí algunos ejemplos triviales de expresiones jurídicas que envuelven un uso operativo de las palabras: "Interpongo el recurso de apelación contra el auto de fs...", "Renuncio a mis derechos contra x"; "Acepto su oferta del 6 del corriente"; "Autorizo al portador, Sr. x, a hacer z"; "Solicito se me concedan los beneficios de la jubilación ordinaria"; "Me opongo a la repregunta"; "Por la presente me comprometo a pagar al Sr. x la suma de..."; etc. Sobre los enunciados operativos en el lenguaje jurídico véase Karl Olivecrona, "*Legal Language and Reality*", en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs-Merrill Company Inc., 1962, págs. 151-9, en especial págs. 177 y sigtes. (Hay traducción castellana, aún inédita, de Ernesto Garzón Valdés). Olivecrona se empeña en atribuir a los enunciados operativos un innecesario "sentido mágico", cosa que no beneficia su análisis.

#### 8. EL LLAMADO "SIGNIFICADO EMOTIVO" DE LAS PALABRAS (APARTADO II, 2)

En Hobbes, *Leviathan*, parte I, cap. IV, *in fine*, se lee lo siguiente:

Los nombres de las cosas que nos afectan, es decir lo que nos agrada y nos desagrada (porque la misma cosa no afecta a todos los hombres del mismo modo, ni a los mismos hombres en todo momento) son de significación *inconstante* en los discursos constantes de los hombres. Adviértase que los nombres se establecen para dar significado a nuestras concepciones, y que todos nuestros afectos no son sino concepciones; así cuando nosotros concebimos de modo diferente las distintas cosas, difícilmente podemos evitar llamarlas de modo distinto. Aunque la naturaleza de lo que concebimos sea la misma, la diversidad de nuestra recepción de ella, motivada por las diferentes constituciones del cuerpo y los prejuicios de opinión prestan a cada cosa el matiz de nuestras diferentes pasiones. Por consiguiente, al razonar un hombre debe ponderar las palabras; las cuales, *al lado de la significación que imaginamos por su naturaleza, tienen también un significado propio de la naturaleza, disposición e interés del que habla...* (Esta última bastardilla es mía). Y en la misma Parte Primera, cap. XI, agrega Hobbes: "De esa misma ignorancia se deduce que los hombres dan nombres distintos a una misma cosa, según las diferencias de sus propias pasiones. Así, quienes aprueban una opinión privada la llaman opinión; quienes están inconformes con ella, herejía, y sin embargo herejía no significa otra cosa sino opinión particular, sólo que tiene un mayor tinte de cólera" (Cito la traducción castellana de Manuel Sánchez Sarto mencionada *supra*, nota 4. Los dos pasajes transcritos aparecen en las págs. 30-31 y 83, respectivamente, de esa traducción).

Sobre el "significado emotivo" de los términos éticos, véase Stevenson, op. cit. en nota 5, especialmente cap. III y R. M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1952, especialmente Parte II, caps. 6 y 7.

#### 9. "SIGNIFICADO EMOTIVO" BAJO ROPAJE DESCRIPTIVO (APARTADO II, 3)

Véase Glanville Williams, "Language and the Law" (V), en *The Law Quarterly Review*, vol. 62, oct. 1946, págs. 389-90.

En la Tercera Parte me ocupó específicamente de esa cuestión. En el Apartado II, 5, Controversias generadas por un desacuerdo en el valorativo encubierto y Apartado III, "Los jueces crean derecho". Para un análisis de los términos "bivalentes" que poseen tan un uso encubiertamente exhortativo, o de recomendación, censura, crítica, etc., de ciertos enunciados aparentemente descriptivos, véase Nowell-Smith, *Ethics*, Blackwell, Oxford, 1957: "Como señaló Hume, hay algunas palabras que describen la manera en que un hombre se comporta y a la vez tienen una fuerza laudatoria o peyorativa" (*op. cit.*, pág. 89). Seguidamente Nowell-Smith enuncia lo que llama "principio de Jano": "una palabra determinada no solo puede cumplir dos o más tareas al mismo tiempo, sino que a menudo, y salvo prueba en contrario o reserva expresa, se presume que está haciendo dos o más trabajos a la vez". En los análisis que hace a continuación hay numerosas muestras de la verdad de ese principio (ver, p. ej. cap. 8).

#### 10. AMBIGÜEDAD SISTEMÁTICA EN LA FUERZA DE LOS ENUNCIADOS QUE FORMULAN LOS JURISTAS (APARTADO II, 4)

Véase Alf Ross, *op. cit.* en nota 5, págs. 45-49, donde se examina la dificultad que existe en "trazar una línea divisoria nítida entre los pronunciamientos que corresponden a la esfera de la política jurídica y a la de la política jurídica".

#### 11. EL USO DE PALABRAS GENERALES (APARTADO III, 1)

Véase Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, Libro III, capítulo III, 1, 2, 3 y 4; Hospers, *Introducción al Análisis filosófico*, Macchi, Buenos Aires, 1962, cap. 1, págs. 17 y 18.

De la empresa de Ireneo Funes (1868-1889), aludida en el texto, sólo se conserva la minuciosa crónica que el Dr. Seamus O'Connor trae en sus manuscritos, depositados, desde 1902, en la biblioteca del Trinity College (Dublin). Ni la extraordinaria empresa de Funes, ni los prolijos manuscritos de O'Connor,

despertado el interés de los filósofos. Tengo entendido que al menos un literato sudamericano se ha ocupado superficialmente de la primera, sin mencionar (supongo que por olvido) la existencia de los segundos.

#### 12. DENOTACION Y CONNOTACION. EXTENSION E INTENSION (APARTADO III, 1)

Véase John Stuart Mill, *A System of Logic*, Libro I, cap. II, parágrafo 5; Copi, *op. cit.* págs. 107-111; Hospers, *op. cit.*, págs. 8-19, 25-26; Morris Cohen y Ernest Nagel, *An Introduction to Logic and Scientific Method*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1934, págs. 30-33; L. Susan Stebbing, *A Modern Introduction to Logic*, Methuen & Co. Ltd., Londres, 7ª edic., 1950, págs. 27-32.

#### 13. AMBIGÜEDAD (APARTADO III, 1)

Véase Aristóteles, *Tópica*, Libro I, capítulos 15 y 18; Libro I, cap. 3; Libro VI, capítulos 2 y 10; Libro VIII, cap. 3; *Metafísica*, Libro IV, cap. 2; Libro VII, cap. 4 y Libro XI, cap. 3; *Ética a Nicómaco*, Libro I, cap. VI; Hume, *An Enquiry Concerning Human Understanding*, Secc. VII, parte I, 48; Locke, *op. cit.*, Libro III, cap. IX, 4-11. Cf. también Hospers, *op. cit.* págs. 22-25 y Copi, *op. cit.* págs. 93 y sigtes.

Sobre las distintas razones que justifican que diferentes clases de cosas sean llamadas de la misma manera, ver J. L. Austin, "The meaning of a word" en *Philosophical Papers* (ver *supra*, nota 6), págs. 23-43. Ver en especial págs. 37-42. Ver también Hart, *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, págs. 18-19 y 296.

Sobre la noción de "parecido de familia" ver Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, parágrafo 67 y siguientes.

#### 14. VAGUEDAD (APARTADO III, 3)

Cf. Bertrand Russell, "Vaguedad", publicado en *Antología de Semántica*, compilada por Mario Bunge, Nueva Visión, Buenos

Aires, 1960, págs. 14-24; Locke, *op. cit.*, Libro III, capítulo 47, Libro IX, 13-17. Véase también Copi, *op. cit.*, págs. 9 sigtes.; Hospers, *op. cit.*, págs. 39 y sigtes.; Cohen y Nagel, *op. cit.*, págs. 117-8; Glanville Williams, "Language and the Law", *The Law Quarterly Review*, vol. 61, abril 1945, (págs. 181-190) y julio 1945 (págs. 293-302). Sobre la vaguedad de "hombr" véase Locke, *op. cit.*, Libro III, cap. VI, 27.

## 15. TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE (APARTADO III, 4)

Además del trabajo de Waismann citado en el texto, véase Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, parágrafo 80: "Yo voy 'Allí hay una silla', ¿Qué pasa si voy hacia ella, con el propósito de tomarla, y súbitamente desaparece de la vista? — que no era una silla, sino una especie de ilusión'. Pero en esos momentos la vemos de nuevo y podemos tocarla, etc. — 'Así, después de todo la silla estaba allí y su desaparición fue una especie de ilusión'. — Pero supongamos que después de un tiempo desaparece de nuevo, o da la impresión de que desaparece. ¿Ben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto habremos de decir ahora? ¿Tenemos reglas listas para tales casos, reglas que digan si podemos usar la palabra 'silla' de manera de incluir este tipo de cosa? ¿Pero es que echamos de menos esas reglas cuando usamos la palabra 'silla'? ¿Y habremos de ellas de decir que en realidad no atribuimos ningún significado a la palabra porque no estamos provistos de reglas para toda la variación posible de ella?"

Ver también Austin, "The meaning of a word", en *Philosophical Papers*, citado *supra* en nota 6. Ver especialmente págs. 35-37, donde el autor argumenta que el lenguaje ordinario está en crisis ante los casos extraordinarios, dado que no existen convenciones semánticas, explícitas o implícitas, que los incluyan.

El curioso espécimen de apariencia gatuna, que en la p. 34 del texto habla y muda de dimensiones, está emparentado con el que se echa una filípica en el citado artículo de Austin con el que exhibe pasmosa elasticidad en "Verifiability" Waismann.

## SEGUNDA PARTE

### SOBRE LA INTERPRETACION EN EL DERECHO

#### I. LENGUAJE JURÍDICO Y LENGUAJE NATURAL

##### 1. TESIS

Espero que se me conceda sin necesidad de una elaborada demostración que las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto ministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellos.

Esa no es una circunstancia meramente accidental; tampoco debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia ineliminable de la técnica de control social que llamamos derecho. El uso eficaz de esta técnica reclama que las reglas jurídicas sean comprendidas por el mayor número posible de hombres. La función social del derecho se vería hoy seriamente comprometida si ellas estuvieran formuladas de manera tal que sólo un grupo muy pequeño de iniciados pudiese comprenderlas. Por ello es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural sino que, en cierto sentido, *tienen* que hacerlo.

##### 2. UNA POSIBLE OBJECION

Frente a lo que acabo de decir se podría replicar que desde tiempos muy lejanos los juristas vienen elaborando un lenguaje

especializado, compuesto de términos que no forman parte del lenguaje natural, y que esas palabras técnicas, susceptibles de una definición precisa, se han incorporado a las leyes y demás normas jurídicas escritas.

Así —continuaría la objeción— cuando el Código Civil argentino usa términos o expresiones tales como “locación”, “compraventa”, “donación”, “culpa”, “derechos reales”, “mandato”, “nulidad de los actos jurídicos”, etc., está valiéndose de palabras o expresiones que tienen una altísima precisión. Esto es, de fórmulas verbales cuyos criterios de aplicación son de una nitidez equivalente a la que poseen los criterios de aplicación de palabras o expresiones tales como “cuadrado”, “pentágono”, “triángulo isósceles”, “tetraedro”, etc.

Esa convicción inspira algunos desarrollos hechos por bastián Soler en sus libros *Fe en el Derecho*<sup>1</sup> y *La interpretación de la ley*<sup>2</sup>. En el primero se lee que “el comportamiento del derecho guarda relación con las matemáticas en los dos sentidos: por la forma en que se constituyen los conceptos jurídicos y por la manera en que recíprocamente los conceptos jurídicos integran las normas y por la manera en que recíprocamente las normas se han incorporado a las normas jurídicas, por lo menos en algunos sectores (p. ej., en el derecho civil). También es verdad que la semejanza entre esta clase de conceptos y los conceptos matemáticos es profunda. Entre el concepto de hipoteca y el de triángulo isósceles existe la coincidencia de que ambos están constituidos por un número limitado de elementos puestos” (pág. 162)<sup>3</sup>.

En *La interpretación de la ley* Soler repite que “la relación que efectivamente guardan los conceptos jurídicos con los conceptos matemáticos, especialmente con las figuras de la geometría... consiste en que ambos son conceptos dados o puestos, hipótesis, integrados, además, por un número determinado de elementos necesarios” (pág. 42). A continuación da el siguiente ejemplo: “Si hay un acuerdo para transferir el dominio de una cosa mediante un precio, hay compraventa; si suprimimos el precio, hay donación; si en vez de la cosa suponemos un crédito, hay cesión; si no hay acuerdo sino engaño, hay estafa. De acuerdo con la primera definición no podemos tocar nada, según se ve, sin que la figura se desmorone, como cuando a un triángulo le quitamos un lado” (*op. y loc. cit.*).

Esta equiparación, en el mejor de los casos, es engañosa. Sugiere que las palabras y expresiones jurídicas tienen la misma precisión que las palabras que usa el geómetra para aludir a sus objetos construidos. Si fuera correcta, refutaría mi afirmación de que las normas se valen de un lenguaje que tiene básicamente las mismas características que los lenguajes naturales. Sostengo que no lo es y que la objeción que me ocupa no tiene sino una fuerza aparente. Veamos por qué.

### 3. CONTRARREPLICA

Es verdad que los juristas se han esforzado por crear un lenguaje en cierto modo artificial, de contornos más precisos, para alcanzar un mayor rigor expositivo. Esa terminología especial se ha incorporado a las normas jurídicas, por lo menos en algunos sectores (p. ej., en el derecho civil). También es verdad que palabras tales como “capacidad”, “menor”, “heredero”, “domicilio”, en boca de un jurista y en un contexto jurídico, tienen por lo general mayor precisión que en boca de un lego y en un contexto de lenguaje cotidiano. Es innegable que “donar”, como palabra jurídica, tiene contornos más definidos que la palabra coloquial “regalar”; que “pagar”, en el lenguaje de los juristas, significa lo mismo que “pagar” en el habla del hombre de la calle; que “constituto posesorio” no significa absolutamente nada en este último, etcétera.

Podemos conceder todo eso sin dificultad y seguir sosteniendo con firmeza que existen diferencias fundamentales entre el lenguaje de los juristas y un lenguaje formalizado. El primero no es sino una forma menos espontánea y menos imprecisa de lenguaje natural, que muchos juristas usan con la pretensión, consciente o no, de estar usando un lenguaje absolutamente riguroso.

No puedo desarrollar aquí este tema con la extensión que merece. Me limitaré a señalar algunas pocas cosas.

<sup>1</sup> *Fe en el Derecho y otros ensayos* (T.E.A., Buenos Aires, 1955).

<sup>2</sup> *La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962.

<sup>3</sup> Ver también, *op. cit.*, págs. 165/68, 259/60, 269 y 281/85.

a) No es verdad que los términos y los conceptos jurídicos se asemejen a los de la geometría en que unos y otros están integrados por un número determinado de elementos necesarios para que no se puedan tocar sin que la figura (jurídica o geométrica) se desmorone. No es cierto que las llamadas figuras jurídicas poseen "purísimos perfiles indeformables"<sup>4</sup>.

Tomemos, por ejemplo, la palabra "compraventa". No tenemos que para que ella sea aplicable a una cierta transacción tiene que haber precio. Pero, si se me permite el giro, ¿cuánto precio? Porque si la cantidad de dinero prometida o entregada a cambio de una cosa es insignificante en relación con el valor de ésta, los juristas dirán, sin duda, que hay una donación encubierta de la cosa, y no una compraventa. Y si el valor del dinero es desproporcionadamente mayor que el de la cosa, dirán que habido una donación encubierta del dinero, y no una compraventa. ¿Por dónde pasa la línea, si es que hay tal línea, que para las compraventas genuinas de las donaciones encubiertas? ¿No es más atinado decir que hay aquí una apreciable zona de penumbra, a semejanza de lo que ocurre con "calvo", "joven" y "alto", y a diferencia de lo que acontece con "triángulo" y "cubo" (en el uso que dan a estas palabras quienes hacen geometría pura)?

b) Precisamente porque las palabras jurídicas de cierto nivel están circundadas por una zona de penumbra no son insoslayables los casos marginales o dudosos. Los juristas los enfrentan con vacilación; no saben si asignarles un lugar en algunas de las figuras reconocidas que simultáneamente los reclaman y los rechazan, o remitirlos al cajón de sastre de las instituciones jurídicas, innominadas o *sui generis*. Nada de esto ocurre en la geometría.

Los ejemplos pueden multiplicarse. Hay situaciones dudosas entre compraventa y locación de cosas, v. gr.: la llamada venta a alquiler, o la venta de frutos o cosechas en pie cuando el comprador toma posesión del inmueble para recolectarlos (Bordas y Bratton, *Contratos*, I, 20/1 y 429; Puig Brutau, *Fundamentos...*, II, 393/415 y, entre nosotros, Héctor Masnatta, *El Contrato atípico*, Abeledo-Perrot, 1961).

<sup>4</sup> SOLER, *Fe en el Derecho*, pág. 168.

¿Cuántas reformas puedo ordenar en el traje de semi-confección que he "comprado" sin que la compra se "transforme" en locación de obra? ¿Y cuántas bastan para poder hablar de "locación de obra"? ¿Hay algún criterio único o alguna suma o disyunción finita de criterios que sean condición necesaria y suficiente para decir que en un caso dado hay "relación de dependencia" y que, por lo tanto, no hay locación de obra sino locación de servicios?

c) La complejidad de las situaciones de hecho desborda las clasificaciones tradicionales. Ello ha impulsado a los juristas a ocuparse, con creciente interés, de problemas como los que se examinan bajo el rótulo de "contratos atípicos" (Ver, Puig Brutau, *Fundamentos...*, II, págs. 393/415 y, entre nosotros, Héctor Masnatta, *El Contrato atípico*, Abeledo-Perrot, 1961).

Por más que los juristas vuelvan su atención a las nuevas estructuras de derechos y deberes que las necesidades cambiantes y el ingenio humano crean día a día, y se afanen por rotularlas (contrato de edición, de exposición, de filmación, contrato deportivo, etc.) y por exponer sus características centrales, aquellas mismas necesidades y esa misma inventiva irán elaborando nuevas estructuras atípicas, frente a las cuales resultará siempre insuficiente el arsenal terminológico y conceptual de los juristas. Y ello es así por las mismas razones que señalé en la primera parte, al destacar por qué la "textura abierta" es una característica irremediable de los lenguajes naturales.

d) Pero no se piense que sólo en el campo de los contratos ocurren estas cosas. Aun en los sectores aparentes más formalizados y abstractos nos damos en definitiva con problemas de penumbra, en cuanto intentamos usar las reglas y los conceptos jurídicos para lo que básicamente sirven. Esto es, para guiar la conducta de los hombres de una comunidad y justificar reclamos y decisiones.

No hace falta mucha agudeza para advertir que, en nuestro sistema, no podemos saber si a un ser humano le es o no aplicable el rótulo jurídico "incapaz" (o "capaz") sin determinar entre otras cosas, si le son o no aplicables los rótulos "demente" o "sordomudo que no sabe darse a entender por escrito". No cabe duda de que estas últimas palabras no tienen, en modo alguno, un campo rigurosamente preciso de aplicación. No hace falta meditar mucho para advertir que si bien la expresión jurídica "domicilio real", equivalente a "asiento principal de la residencia y negocios", tiene ejemplos claros de aplicación, hay numerosos supuestos ante los cuales su aplicabilidad suscita dudas que no pueden resolverse sin tomar una genuina decisión. No menester gran perspicacia para darse cuenta de que, en nuestro sistema, la expresión altamente técnica "acto jurídico" es oponible a una determinada acción o transacción humana según que ésta pueda o no ser calificada de "acto realizado con discernimiento, intención y libertad", no opuesto a "las buenas costumbres" ni incompatible con "la libertad de la conciencia", expresiones que, huelga decirlo, no acotan una clase de actos perfectamente definida. Lo mismo puede decirse de distinciones tales como las que marcan las palabras "delito" y "cuasidelito", ligadas a "dolo" y "culpa"; o "acto válido" y "acto nulo" ("anulable"), ligadas a expresiones tales como "error sustancial", "dolo grave, determinante, que ocasiona un daño importante", "injustas amenazas de sufrir un mal inminente y grave", etcétera.

Nadie puede negar que estas fórmulas verbales son claramente aplicables a algunos supuestos de hecho, claramente aplicables a otros, y dudosamente aplicables a casos atípicos, malos o marginales. No podemos encerrarnos en la falsa seguridad de que los tecnicismos del lenguaje jurídico pueden eliminar esta última categoría de casos. La diaria experiencia de los tribunales y, en general, el contacto profesional con el derecho nos enseñan que esa seguridad es quimérica.

e) Los juristas (no todos) se dan cuenta (no siempre) de estas cosas. Cuando no los obsesiona el afán de alcanzar una inalcanzable seguridad, o el deseo de presentar, con fines didácticos, un cuadro de perfiles nítidos, libre de zonas grises, reconocen que "las categorías jurídicas no presuponen identidad de

las categorías y conceptos de otras ciencias, sino que se inspiran más bien en los conceptos vulgares" (Rotondi, *Instituzioni di Diritto Privato*, pág. 412), y admiten que por fuerza "tenemos que tropezar con la imprecisión o relatividad de los conceptos jurídicos", pues "existen numerosas zonas de transición, en las que el jurista debe estar alerta para no caer en una peligrosa geometría jurídica" (Dassen-Vera Villalobos, *Manual de Derechos Reales*, Parte General, Tea, 1962, pág. 1).

Los juristas advierten entonces que las clasificaciones jurídicas —incluso algunas tan básicas como la división entre derechos reales y personales— constituyen un "intento de agrupar distintos fenómenos" según caracteres que "no se dan en forma aislada sino en una gran variedad de matices y combinaciones", por lo que "necesariamente debemos contentarnos con criterios aproximativos y flexibles" (Dassen-Vera Villalobos, *ob. cit.*, pág. 4). Y destacan que nociones aparentemente tan precisas como "responsabilidad contractual" y "acción contractual", no son otra cosa que "conceptos clasificadores, cómodos, orientadores y útiles, pero siempre un poco arbitrarios y cuantitativos, como toda tentativa de trazar una línea divisoria allí donde existen matices, gradaciones y zonas de transición" (Gorla, *El contrato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pág. 13).

Podemos afirmar, en conclusión, que el lenguaje jurídico tiene básicamente las mismas características que los lenguajes naturales. Señalaré, a continuación, y en forma esquemática, algunas consecuencias que cabe extraer de ello.

## II. CASOS TÍPICOS Y CASOS MARGINALES

### 1. DISTINTOS TIPOS DE CASOS

Las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas, y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar estas últimas, tienen, pues, una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso marginal o atípico. En su presencia, quien trata de orientar su conducta se-



gún la regla, o apreciar el comportamiento ajeno a la luz de lo que se siente desconcertado. El caso no está claramente incluido en el área de significado central donde se congregan los casos típicos o paradigmáticos, ni claramente excluido de ella.

Por lo tanto, cualquier descripción honesta de lo que ocurre cuando un intérprete (un juez, un funcionario o un particular) trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de una regla, tiene que admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan los mismos problemas. Dicha descripción debe distinguir entre estos dos tipos de casos:

a) aquellos cuyos hechos constitutivos están claramente comprendidos por el área de significado central de los términos o expresiones en que la regla consiste; y

b) aquellos que se encuentran en lo que —siguiendo a Hart<sup>1</sup>— hemos llamado zona de penumbra, es decir, que son marginales o atípicos, en cualquiera de las múltiples formas en que esto puede ocurrir.

Esta distinción, a su vez, es vaga, porque depende de la distinción de zona de penumbra, que también lo es.

## 2. DESCUBRIR Y ADJUDICAR UN SENTIDO<sup>2</sup>

La solución de los casos del primer tipo, que para abreviar llamaré casos claros, puede ser adecuadamente descripta us

<sup>1</sup> Véase H. L. A. Hart, "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis* (traducción de Genaro R. Carrió), Depalma, Buenos Aires, 1962, págs. 116/19 y sigtes.; y *El Concepto de Derecho* (traducción de Genaro R. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, Cap. VII, 1. "La textura abierta del derecho". Los desarrollos que seguidamente se hacen en el texto están influenciados visiblemente por las enseñanzas de Hart y por el análisis que trae Alf Ross en el capítulo IV de *Sobre el derecho y la justicia* (traducción de Genaro R. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1963.

<sup>2</sup> En el uso de esta terminología sigo a Ross y a Perelman. Del primero véase *Sobre el Derecho y la Justicia*, págs. 116/19 y 131 y sigtes. Del segundo, "Avoir un sens et donner un sens", en *Logique et Analyse*, nº 20, diciembre de 1962, pág. 225 y sigtes.

do expresiones tales como "el intérprete descubrió o halló el significado que tal o cual norma tiene", o bien "el intérprete aplicó tal o cual regla en su significado objetivo". Pero esa manera de hablar no debe ocultarnos el hecho de que el significado "descubierto" u "objetivo" no puede ser sino una de estas dos cosas: (1) el significado que efectivamente quiso poner en la norma la autoridad que la sancionó: o (2) el significado que en contextos y situaciones semejantes le acuerda hoy el uso lingüístico preponderante, ya sea en la comunidad como un todo, ya en algún sector de ella a cuyos usos lingüísticos se atribuye un carácter privilegiado (por ejemplo, los jueces).

En cambio, la solución de los casos del segundo tipo, es decir, los de la zona de penumbra, no puede ser descripta de ese modo sin engendrar graves equívocos. Estamos frente a un caso atípico, marginal o insólito, en algún aspecto relevante. El caso no está claramente incluido ni claramente excluido por el significado "descubrible" de las palabras de la ley. El intérprete ha agotado todos los métodos de tipo cognoscitivo y su duda sigue en pie. Ella no deriva de ignorancia de los hechos, sino de ignorancia del significado efectivo de la regla en relación con esos hechos.

Para resolver el problema se ve forzado a *decidir*, bajo su responsabilidad, si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, a ese respecto, son indeterminadas. Su decisión, en consecuencia, no está controlada por ellas.

Para considerar al caso como incluido o como excluido el intérprete se ve forzado a *adjudicar* a la regla un sentido que, en lo que hace al caso presente, hasta ese momento no tenía. Sólo así puede fundar en ella la inclusión o la exclusión. Ese sentido o significado no estaba en la regla. Claramente ha sido *puesto* por el intérprete sobre la base de una decisión no determinada por los hábitos lingüísticos establecidos. Si esta adjudicación de sentido no es arbitraria (y no tiene por qué serlo), estará guiada por ciertos *standards* valorativos, sociales, políticos, económicos, etc., a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la inclusión o exclusión. Estos criterios adicionales son los que dan fundamento a la decisión; no la regla o reglas del orden jurídico, que simplemente *no se oponen* a ella.

De todo esto se siguen algunas consecuencias cuya enunciación resultará, para muchos, bastante menos monótona que las aparentes trivialidades que recordé en la primera parte, al destacar algunas características de los lenguajes naturales. Esas consecuencias, empero, se siguen *necesariamente* de tales supuestas trivialidades.

### 3. TRES CONSECUENCIAS

*Primera consecuencia:* Es falsa la afirmación, tan repetida, de que el derecho, es decir, un cierto orden jurídico, es un sistema cerrado, dotado de "plenitud hermética" o "finitud lógica", del cual pueden derivarse, por deducción, las soluciones para todos los casos posibles. El derecho, o sea un orden jurídico determinado, *tiene lagunas*, en el sentido de que hay casos que no pueden ser resueltos con fundamento exclusivo en sus reglas o en alguna combinación de ellas.

En relación con esto se hacen necesarias, creo, algunas aclaraciones. [En primer lugar, cuando afirmo que, en el sentido indicado, todo orden jurídico tiene "lagunas", no quiero decir únicamente que el legislador es incapaz de dar solución anticipada a todos los supuestos, sino algo mucho más radical. A saber, que aun admitiendo que el orden jurídico está integrado también por las pautas jurisprudenciales vigentes, fruto de la labor judicial que va llenando los "vacíos" de la legislación y haciendo frente, con mayor o menor imaginación y coraje, a las cambiantes necesidades del cuerpo social, y aun concediendo que de algún modo no clarificado ese orden se complementa con los conceptos dogmáticos elaborados por los juristas teóricos, siempre quedan y quedarán zonas de indeterminación, cuyos límites son indeterminables. Los casos que se suscitan en ellas reclamarán, en su momento, auténticas decisiones (y no simples deducciones). Una vez consolidadas, esas decisiones aportarán certeza a un área que, hasta entonces, carecía de ella.] Es, precisamente, el papel principal de la jurisprudencia.

En segundo lugar, si al afirmar que un orden jurídico tiene "lagunas" queremos decir todo eso, pero nada más que es

entonces no sirve como contra-argumento sostener que no existen "lagunas" porque los jueces no deben dejar de fallar. Tal réplica es insuficiente, aunque se la apoye diciendo que cuando los jueces rechazan una pretensión porque no hay norma positiva que la sustente están aplicando el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, que sería una parte "necesaria" de todos los órdenes jurídicos y que, operando como norma de clausura, los presentará como sistemas herméticos, plenos o finitos.

Son varias las razones que hacen que éste no sea un buen contra-argumento. En la mayoría de las ramas del derecho el rechazo de la demanda no es la única alternativa frente a la ausencia de normas expresas que justifiquen claramente su aceptación. No parece serio, por otra parte, sostener que no hay "lagunas" porque los jueces las colman. Tampoco lo parece admitir sin análisis que cuando decimos que en ciertos casos los jueces, al rechazar la demanda o al absolver al acusado, *aplican* el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, "aplican" tiene el mismo sentido que cuando decimos que los jueces, al condenar a alguien por homicidio simple, *aplican* el artículo 79 del Código Penal argentino. Pero aunque pudiéramos superar estas dificultades y sostener, sin hacer distinguos, que para todo supuesto hay reglas "aplicables" (las normas positivas o el llamado principio de clausura), siempre cabría preguntarse si podemos deslindar el área cubierta por las primeras y el área "cubierta" por la última mediante un conjunto determinado de criterios precisos que, sin vacilaciones, nos permiten ubicar en uno u otro sector a todos los casos posibles. Porque si no existen tales criterios hay penumbra y, en el sentido en que he usado la palabra, hay "lagunas".

La última aclaración es ésta. De lo expuesto se sigue que no es muy afortunado hablar de "lagunas", pues esta metáfora sugiere la existencia de una clara línea de delimitación entre los casos claros y los que (todavía) no lo son. El uso de una metáfora que posee tal sugerencia puede provocar confusión. Tal vez sea mejor prescindir de ella y decir, simplemente, que el orden jurídico no es un sistema cerrado o finito, sino un "sis-



tema abierto"<sup>3</sup>, y si esto no suena bien, negar derechamente carácter sistemático al orden jurídico, entendido como un conjunto de reglas *usadas* por funcionarios y particulares como pautas o criterios de conducta, y no como una estructura coherente de reglas y principios *mencionados* por teóricos y profesores a quienes acucia el deseo de presentar, a cualquier precio, una imagen pulcra y nítida.

*Segunda consecuencia:* Si los jueces no quieren resolver ciegos o en forma arbitraria los casos de la penumbra (que por razones obvias constituyen una importante proporción de los que se litigan), no les basta con conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ni saber armar con ellas estructuras coherentes.

Tienen que poseer, además, una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones en apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento. Algo semejante se requiere de los jueces que no se resignen a ser meros espectadores de un espectáculo que no entienden. De lo contrario ni unos ni otros estarán en condiciones de cumplir una función social verdaderamente útil.

*Tercera consecuencia:* Es verdad que los casos ubicados en la zona de penumbra tienen título suficiente para atraer, en todo momento, la atención de los juristas profesionales. Pero la aparición siempre constante no es incompatible con el hecho, fácilmente comprobable, de que la aplicación y el uso cotidiano de la mayoría de las reglas que componen un orden jurídico suscitan, por lo general, problemas semejantes a los que aquéllos casos plantean. Importantes sectores de la vida comunitaria están controlados por reglas cuyo significado cubre claramente la enorme mayoría de los supuestos de hecho que están destinados a regular.

<sup>3</sup> Sobre el sistema jurídico como "sistema abierto" ver Levi, *Introducción al razonamiento jurídico* (traducción de Genaro R. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 1964, apartado I, y nota del traductor nº 3.

Hay que tener en cuenta, además, que existen zonas donde por diversas razones se hace necesaria la intervención de los jueces en la aplicación de las reglas, aunque no haya, ni en el caso quepan, interpretaciones discrepantes. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con la aplicación de las normas penales, de las relativas a divorcio, a trámites sucesorios, a cuestiones que involucren la persona o los bienes de incapaces, etc. En buena parte de estos casos de aplicación de reglas no se requiere que los jueces adopten ninguna actitud crítico-valorativa frente a ellas, ni que escudriñen su finalidad social, ni que se coloquen en una posición análoga a la del legislador. Tales casos pueden estar, en una proporción importante, claramente comprendidos por el significado "natural" de las reglas, que reciben allí una aplicación, por así decir, "automática".

Algo semejante puede llegar a ocurrir en otras áreas del derecho cuando, por razones ligadas a circunstancias económicas especiales, proliferan artificialmente los litigios porque muchos prefieren afrontar un pleito, aun con la certeza de que la resolución final les será adversa, con tal de demorar el cumplimiento de sus obligaciones.

Hablar en todos estos casos de la función "creadora" de los jueces o intérpretes es, sin duda, un abuso de lenguaje y una grave fuente de confusiones, tan grave como hablar de "mera aplicación" en los supuestos de genuina decisión de casos difíciles o dudosos.

### III. DOS TIPOS DE UNIFORMIDAD DEFORMANTE

Es equívoco describir la tarea de administración de justicia (o de aplicación de reglas generales a casos concretos) como si todos los casos fueran del tipo de los casos claros o todos del tipo de los casos de la penumbra. El uso de la misma palabra, "interpretación", para aludir a dos actividades básicamente distintas, borra una distinción útil y sugiere una homogeneidad inexistente. Así lo ha demostrado Ross con gran penetración<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> *Sobre el derecho y la justicia*, capítulo IV, págs. 131 y sigs.

Cuando la homogeneidad se alcanza sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos con los que hemos llamado casos claros, se incurre en el vicio de *formalismo* (o racionalismo). Consiste, fundamentalmente, en *no ver* los problemas de la penumbra.

Cuando la homogeneidad se alcanza sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos con los casos de la penumbra, se incurre en el vicio opuesto que, a falta de una denominación corrientemente aceptada llamaré *realismo extremo*, o más brevemente "realismo". Consiste, fundamentalmente, en *no ver sino* los problemas de la penumbra.

Se trata de dos exageraciones de signo opuesto que parecen reclamarse dialécticamente. La segunda surgió como una respuesta a la primera y advino a la palestra poseída de un impulso destructor demolidoramente eficaz. Más adelante veremos que una y otra exageración, que ejercen una seducción irresistible sobre el espíritu de los juristas, son tributarias del mismo tipo de error respecto de ciertas características del lenguaje del derecho y, en particular, del papel que en la guía de la vida de una comunidad desempeñan las normas jurídicas.

### 1. LA POSICION FORMALISTA

Tomemos como modelo la variedad de formalismo más elaborada y más influyente, por lo menos entre nosotros: la dogmática jurídica.

Sus tesis principales pueden ser resumidas como sigue:

a) El derecho es un sistema cerrado, dotado de plenitud hermética o finitud lógica, del que pueden derivarse —esto es, deducirse— soluciones para todos los casos individuales, reales posibles.

b) No es correcto identificar el sistema jurídico con la voluntad histórica de un legislador o de una sucesión de legisladores. La ley, una vez dictada, adquiere una suerte de vida propia. Su significado no permanece estático sino que evoluciona con el cambio de los tiempos, siguiendo una línea de desarrollo que va actualizando sus virtualidades.

c) Compete a los juristas —los científicos del derecho— exhibir y fijar en conceptos los pasos de esa evolución. A tal fin, con métodos específicos propios de su disciplina, ellos operan abstracciones de primer grado: a partir del material en bruto de las normas positivas arriban a conceptos jurídicos dotados de nitidez y fijeza absolutas. Esos conceptos jurídicos, a su vez, pueden servir de base para sucesivas abstracciones de grado superior. El resultado final es un conjunto sistemático y coherente de proposiciones, construidas exclusivamente a partir del material positivo dado.

d) La tarea del juez o del intérprete se reduce a *descubrir* la regla general que ha de resolver el caso concreto que se le presenta. Esa tarea se alcanza, cuando la complejidad del caso lo requiere, mediante una integración sistemática, coherente y dinámica, de conceptos y figuras jurídicas tomadas de todo el ordenamiento. El material está dado exclusivamente por el orden jurídico; no es legítimo echar mano de elementos de otro origen, a menos que las normas jurídicas expresamente lo admitan. Nada en la actividad del juez o del intérprete puede describirse como "creación": si bien él elabora la regla general bajo la que va a subsumir el caso, todos los elementos que entran en esa elaboración le están dados o impuestos por el orden jurídico y exclusivamente por él. Todo consiste en saber descubrir la combinación adecuada.

Espero que esa caracterización, aunque esquemática, no será considerada una caricatura. Al formularla he tenido principalmente en cuenta el ya citado libro de Soler, *La interpretación de la ley*, que representa, según mi modo de ver, la más completa elaboración de la posición dogmática escrita en nuestro idioma.

Esta posición puede ser explicada en función de un conjunto de factores históricos que permiten entender cómo se llegó a ella. Para comprender por qué se la sigue sosteniendo hoy se hace menester reparar en ciertas motivaciones de tipo ideológico. Hay de por medio un explicable anhelo de *seguridad*. Se prefiere concebir el derecho como una voluntad impersonal y objetiva, liberada de las apetencias e intereses de los seres humanos, porque se piensa que esa es la única alternativa frente a

los regímenes caracterizados por las decisiones incontroladas de hombres providenciales. Se trata de optar entre un gobierno de leyes y un gobierno de hombres. Lo primero, que se reputa indudablemente preferible, requiere adherir a las tesis resumidas más arriba. Tal es el planteo.

La variante de formalismo más influyente en nuestro medio es heredera, consciente o no, de la jurisprudencia conceptual (*Begriffsjurisprudenz*) alemana, que mereció primero la adhesión entusiasta y luego el caústico repudio de Ihering. En el mundo anglosajón hubo también una variedad de formalismo protagonizada por algunos epígonos de Austin que, apartándose del fundador de la *Analytical Jurisprudence*, creyeron que toda la faena de los juristas consiste en la ordenación y sistematización de los conceptos jurídicos de diverso nivel y que la de los jueces se agota en deducir soluciones correctas a partir de reglas pre-determinadas.

## 2. LA REACCION REALISTA

El formalismo desencadenó reacciones a ambos lados del Atlántico. Las hubo moderadas, y también extremas. Entre las primeras debe señalarse la línea sociológica —este rótulo es quizás demasiado impreciso— que en forma directa o indirecta se apoya en el último Ihering, el de *Der Zweck*. Allí se ubica la jurisprudencia de intereses (*Interessenjurisprudenz*), cuyo expositor más brillante es Philipp Heck. Entre las reacciones moderadas se cuenta también la que tuvo como inspirador a Gény. La contrapartida de la *Interessensjurisprudenz* en el mundo de habla inglesa está representada principalmente por Pound y Cardozo.

Entre las reacciones extremas hay que mencionar dos: la *Freirechtslehre*, o concepción del derecho libre, de origen alemán, y su contrapartida en el mundo anglosajón, el llamado realismo jurídico norteamericano de la década 1930/40. Este último movimiento tuvo mucha mayor influencia que su equivalente europeo. Son numerosos los factores que permiten explicar por qué germinó en el suelo de los Estados Unidos y alcan-

zó allí desarrollos tan importantes. No puedo detenerme en eso. El llamado realismo jurídico escandinavo tiene otro alcance y otras pretensiones, aunque comparte ciertos puntos de vista básicos con el realismo norteamericano.

Las críticas al formalismo han seguido, en líneas generales, estas dos direcciones: se le ha reprochado que es *falso* en cuanto descripción de lo que efectivamente acontece en la administración de justicia, y que es *inconveniente* en cuanto modelo de lo que deben hacer los jueces o funcionarios al decidir casos concretos.

No voy a reproducir aquí esas críticas en detalle. Ellas son bien conocidas. Sólo quiero señalar que en su afán crítico los "realistas" llegaron a negar que las normas y los conceptos generales desempeñaban un papel importante en la práctica del derecho. Esto es excesivo y su postulación no es necesaria para demostrar las insuficiencias y errores de la posición formalista.

Los "realistas", es verdad, pusieron ante nuestros ojos hechos muy importantes que la teoría jurídica había pretendido ignorar. Pero también es verdad que muchos de ellos confundieron sistemáticamente los problemas psicológicos implicados en la génesis o motivación de las decisiones judiciales y los problemas de un tipo completamente distinto vinculados a la justificación de ellas. Al incurrir en esa confusión echaron por la borda mucho más de lo que era necesario para refutar el esquema formalista.

Para ello no era menester ponerse la máscara siniestra del Mal Hombre, cuyo punto de vista, dicho sea de paso y mal que nos pese, esclarece mucho de lo que tienen de distintivas ciertas actividades específicas de los abogados. Bastaba con recuperar el punto de vista del Hombre Sensato, para no pasar de una exageración a la opuesta o, en otros términos, para no saltar de un enfoque afectado por una cierta deformación profesional (la de los profesores de derecho) a otro afectado por una deformación profesional distinta (la de los abogados). Los excesos en la crítica condujeron, como suele ocurrir, a un resultado contrario al buscado. Sirvieron para robustecer las convicciones formalistas de muchos cultores de la teoría jurídica y para desprestigiar una actitud crítica sana y fecunda.

## IV. DOS CRÍTICAS AL FORMALISMO

Ya dije que no voy a reproducir las críticas de los "realistas". En este apartado me limitaré a destacar dos objeciones que los realistas no hicieron, por lo menos en la forma en que la expondré. En el apartado siguiente añadiré una tercera, que los "realistas" no pudieron haber hecho porque también los alcanza.

Las dos primeras objeciones apuntan a una de las tesis principales de la dogmática: la que afirma que mediante la síntesis o combinación de conceptos precisos, extraídos exclusivamente del orden jurídico, es siempre posible construir la norma que permitirá, por deducción, fundar la solución del caso y que, por lo tanto, el sistema es cerrado y completo. La tercera objeción apunta a un falso dilema aceptado —expresa o tácitamente— por formalistas y "realistas".

## 1. PRIMERA CRÍTICA: "UMBRAL" VS "ZONA DE PENUMBRA"

Se pretende que los conceptos jurídicos que entrarán en la síntesis son fijos y nítidos. Esto es, que carecen de lo que hemos llamado zona de penumbra y que a su respecto solo cabe hablar de "umbral". Esta última figura de expresión, muy reveladora, pertenece a Soler. En *La interpretación de la ley* este autor señala que la imagen kelseniana del "marco" legal dentro del cual el intérprete crea su decisión puede convenir al caso en que un juez, frente a una estafa, fija la pena en concreto dentro de los límites, mínimo y máximo, autorizados por la ley. Ese elemento cuantitativo, dice Soler, se presta a la imagen del marco, pero si reparamos sólo en él operaremos una especie de escamoteo que ocultará lo más importante de la faena interpretativa. Vale la pena transcribir las palabras de nuestro autor:

"En el caso referido, además de la tarea de escoger entre un mes y seis años, está el de saber, comprender o entender el significado de 'defraudar' y de 'ardid', porque con respecto a esos elementos de la ley es absolutamente claro que, contrariamente a lo que dicen los neorrealistas del tipo de Gray, no es cierto que será *defraudar* y *ardid* lo que los jueces digan efectivamente que lo es... Acaso sea exacto en algunos casos

seguir hablando de un marco, pero nos inclinamos a creer que esos conceptos más bien responden a la idea del sí o del no, están compuestos por un conjunto de notas que se dan o no se dan y, en consecuencia, son o no son. La idea del marco dentro del cual nos movemos libremente no parece convenir en absoluto para definir la actividad desarrollada en este punto por el juez; parece convenir más bien la idea de umbral; lo importante no es lo que haremos una vez que estemos dentro de la casa; lo importante es decidir si entramos o no entramos: estamos frente a un dilema" (*op. cit.*, págs. 73/74).

Soler vuelve sobre el punto un poco más adelante, cuando hace referencia a una distinción entre dos tipos de normas, las que "expresamente crean un marco y las que plantean un dilema en el cual *tertius non datur*" (*op. cit.*, pág. 77). Ya en *Fe en el Derecho* el mismo autor había sostenido que "la fórmula jurídica, reguladora de acciones, se encuentra siempre ante una situación dilemática, que termina en sí o en no, es decir, en la absoluta precisión. En ese plano, *tertius non datur*: podemos o no podemos hacer con derecho"<sup>5</sup>.

Pues bien, esta figura del "umbral", que trata de presentar gráficamente la existencia de una alternativa gobernada por el principio del tercero excluido, es claramente inadecuada. También lo es, dicho sea de paso, la imagen kelseniana del "marco", en cuanto sugiere la existencia de un área de contornos netamente definidos, que separan los supuestos que están dentro y los que están fuera del campo de aplicación de una norma.

La imagen del "umbral" es inadecuada por la siguiente razón. Para que los conceptos y términos jurídicos puedan ser usados para regular una cierta realidad, para autorizar o prescribir acciones humanas, para justificar decisiones acerca de ellas, etc., tales conceptos y términos tienen que ser definibles,

<sup>5</sup> *Op. cit.*, pág. 130. En el capítulo XIX de ese libro, bajo el título "La solidez ideal del derecho", el autor formula apreciaciones coincidentes. En la pág. 216 se lee que los conceptos jurídicos "tienen cierto alcance, con un mínimo indispensable y una capacidad de absorción que llega hasta cierto punto. Antes de alcanzar ese límite, no hay nada, sobrepasado el máximo, hay otro concepto". Véanse también págs. 245/46; 259/60; 269 y 281/85, todas ellas reveladoras de la posición que criticamos en el texto.

por fuerza, en términos del lenguaje natural. Y ya hemos visto que las palabras del lenguaje natural no tienen criterios de aplicación rígidos o de perfiles nítidos. Todas ellas son actual o potencialmente vagas. No es verdad que su aplicación plantee necesariamente un dilema en el cual *tertius non datur*. El principio del tercero excluido sólo vale para símbolos no interpretados; esto es, en dominios donde —como ocurre en matemática pura o en lógica— se opera con símbolos precisos.

Las afirmaciones de Soler, o bien presuponen que un sistema jurídico está constituido a semejanza de un sistema de geometría pura —y esta presuposición abre un flanco difícilmente defendible frente a las críticas de los “realistas”— o no se hacen cargo de ciertas características de los lenguajes naturales que desde hace algún tiempo se vienen destacando con insistencia.

A la imagen del “umbral”, a la concepción de que el lenguaje de los juristas está integrado por palabras “que responden a la idea del sí o del no”, a la afirmación de que tales términos se refieren “a un conjunto de notas que se dan o no se dan”, en consecuencia, “son o no son”, de suerte que su aplicación nos coloca “frente a un dilema ante el cual *tertius non datur*” cabe responder con estas palabras de Bertrand Russell<sup>6</sup>:

“Consideremos las diversas formas en que las palabras comunes son vagas, y comencemos con una palabra como ‘rojo’. Es perfectamente evidente, desde que los colores constituyen un continuo, que hay matices de color que dudaremos en llamar o no rojos, no porque ignoremos el significado de la palabra ‘rojo’ sino porque es una palabra cuyo campo de aplicación es esencialmente dudoso. Esta es por cierto, la respuesta al viejo acertijo del hombre que se volvió calvo. Se supone que al principio no era calvo, que perdió sus cabellos uno por uno y que sólo entonces quedó calvo; por lo tanto, si arguye, debe haber habido un cabello cuya pérdida lo convirtió en un hombre calvo. Esto, por supuesto, es absurdo. El ‘calvicie’ es un concepto vago; algunos hombres son efectivamente calvos, algunos no lo son, mientras que entre ellos ha-

<sup>6</sup> “Vagueness”, *The Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, t. 1, pág. 84, año 1923; artículo traducido al castellano bajo el título de “Vaguedad”, y publicado en *Antología Semántica*, compilada por Mario Bunge, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, págs. 14/24.

hombres de quienes no es verdadero afirmar que deben ser calvos o no. *La ley del tercero excluido es verdadera cuando se emplean símbolos precisos, pero no es verdadera cuando los símbolos son vagos, como lo son de hecho todos los símbolos. Todas las palabras que describen cualidades sensibles tienen la misma clase de vaguedad que la palabra ‘rojo’...* El hecho es que todas las palabras son sin duda atribuibles en cierto dominio, pero se tornan cuestionables dentro de una penumbra, fuera de la cual son sin duda no atribuibles. Alguien podría tratar de obtener precisión en el uso de las palabras, diciendo que ninguna palabra puede ser aplicada en la zona de penumbra; pero por fortuna *la penumbra misma no es exactamente definible*; y toda la vaguedad que confiere al uso primario, la confiere también cuando tratamos de fijar un límite a su indudable aplicabilidad”. (Las bastardillas son mías).

Esta cita resulta tan oportuna que no he podido resistir a insertarla, pese a su extensión. Porque no puede caber duda de que “ardid” o “defraudar” son palabras que acotan cierto campo de la realidad —en este caso, del comportamiento humano— con una vaguedad o imprecisión por lo menos igual, si no mayor, que la que exhiben los ejemplos utilizados por Russell.

## 2. SEGUNDA CRÍTICA: EL CARACTER INFINITO DE LAS COMBINACIONES POSIBLES Y LA REGLA O REGLAS DE SELECCION

La segunda crítica nos llevará menos tiempo. Puede ser formulada así:

El número de síntesis o combinaciones posibles es infinita. Así lo hace notar Soler en *La interpretación de la ley*. Véase, por ejemplo, la comparación con el alfabeto (pág. 161) y especialmente las págs. 165/66, donde dice: “Las combinaciones en que cada letra puede entrar *son infinitas* y con suma frecuencia, sobre todo en ciertos idiomas, la función cumplida por la letra es muy diferente, según sea el lugar que ocupa en las palabras, y según sean las vecinas entre las cuales se encuentre... *Semejantemente ocurre en el derecho*. La función cumplida por un precepto varía intensamente según el complejo en que se inserte” (Las bastardillas son mías).

Pues bien, si la elección de una de esa infinita serie de combinaciones o síntesis posibles no se efectúa al azar (y asumo que nadie pretenderá que así ocurren las cosas ni, mucho menos que así deben ocurrir), entonces ella estará guiada por algún principio o criterio de selección y síntesis. Si se piensa que ese criterio selectivo es externo al sistema —ciertos juicios de valor fundados en consideraciones políticas, económicas, etc.— ello importa admitir que el mismo *no es completo*. Pero aunque se considere que es interno al mismo, como parte de sus reglas de decisión (algo así como reglas de segundo grado que prescribirían la forma de realizar las síntesis para cada caso), tales reglas de segundo grado tendrían por necesidad —salvo que fuesen vacuas— su propia penumbra de vaguedad o textura abierta y así hasta el infinito.

No es posible remediar la indeterminación que surge de la textura abierta, porque las reglas destinadas a ello llevarían consigo su propio halo de penumbra. Recuérdese la parte final de la cita de Russell: “la penumbra misma no es exactamente definible; y toda la vaguedad que confiere al uso primario la confiere también cuando tratamos de fijar un límite a su indudable aplicabilidad”. La indeterminación marginal del orden jurídico es algo con lo que tenemos que contar; no puede ser eliminada con esperanzas ilusorias, por muy dignos que sean los motivos que las inspiran. La certidumbre absoluta en estas cuestiones es algo que falta, como tantas otras cosas, en el limitado equipaje de los hombres.

## V. UNA CRÍTICA A FORMALISTAS Y “REALISTAS”

Hay una tercera objeción básica que también apunta al olvido de ciertas características de los lenguajes naturales, evidenciado en la aceptación dogmática de un falso dilema. Esta objeción alcanza por igual a formalistas y “realistas”. Unos otros presuponen sin análisis la verdad de esta alternativa: las normas determinan la totalidad de la conducta o no las normas sino puras decisiones individuales. El formalista, que tiene explicable horror ante la inseguridad, se decide por el p-

mer término. El “realista”, que sabe que la seguridad absoluta no es bien deparado a los mortales y que está persuadido, por ello, de que las normas jurídicas no pueden proporcionarlo, se decide por el segundo término.

Para un ejemplo claro de la aceptación del falso dilema por un pensador de cuño formalista puede verse el ya citado libro *La interpretación de la ley*, de Soler. Criticando a Recasens Siches, expresa dicho autor:

“No entendemos, por ejemplo, cómo puede reconocerse que el derecho debe ‘elaborar conceptos abstractos’ pero no tomarlos como ‘mandatos inflexibles’. La cuestión consiste en saber —según lo veremos más adelante— si puede haber normas en general sin que ellas estén constituidas necesariamente por abstracciones, cuestión a la que no parece que puede darse más que respuesta afirmativa. Si esa es una necesidad de toda norma, está sobrando la referencia a los mandatos *inflexibles*. O ponemos las normas mediante abstracciones porque no hay otra manera de ponerlas, o no las ponemos; pero parece un poco juguetón el pensamiento que después de reconocer el primer término del dilema se complace en acariciar la esperanza de que pongamos las normas para no cumplirlas, o bien, al menos para que sean siempre flexibles, aun cuando las hayamos querido poner como inflexibles”<sup>7</sup>.

La idea de que los “realistas” pagan tributo, paradójicamente, al mismo error, está expuesta por Dickinson<sup>8</sup> y por Hart. Dice este último<sup>9</sup>: “El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son los que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico

<sup>7</sup> *Op. cit.*, págs. 35/36. Para otros ejemplos de la aceptación expresa o tácita del falso dilema ver *op. cit.*, págs. 3, 44, 127, 128, 132, 137-38, etc.

<sup>8</sup> “Legal Rules. Their Function in the Process of Decision”, 79 *University of Pennsylvania Law Review*, 833, pág. 835, y “Legal Rules. Their Application and Elaboration”, en 79 *University of Pennsylvania Law Review*, pág. 1059.

<sup>9</sup> *El concepto de Derecho*, págs. 173/74.



sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que ha ya o que pueda haber regla alguna".

La buena tesis consiste en rechazar por inaceptable el dilema. Ese rechazo halla fundamento seguro en un buen análisis de las características del lenguaje. Hay normas jurídicas y ellas desempeñan un papel indispensable en la práctica cotidiana del derecho. Pero esas normas no determinan toda la conducta pues tienen una textura abierta o presentan una zona de penumbra dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad. Tal decisión no puede ser razonablemente descrita como una simple deducción a partir de reglas que ya tenían un significado que aquél se limitó a descubrir. En otros términos, las reglas del sistema controlan los casos claros, pero no los de la penumbra. Y en eso exhiben las mismas características que el lenguaje natural.

## NOTAS Y COMENTARIOS

### 1. LENGUAJE JURIDICO Y LENGUAJE NATURAL (APARTADO I)

"El lenguaje ordinario, en el que el derecho está necesariamente expresado —porque, de otro modo, ¿cómo podría preservarse su contacto con la vida real?— no es un instrumento de precisión matemática, sino que presenta lo que con acierto ha sido llamado una "textura abierta" (Dennis Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, Stevens & Sons, Londres, 1959, pág. 398).

En *Fe en el Derecho y otros ensayos*, T.E.A., Buenos Aires, 1956 (págs. 129-130), Soler expresa que "el primer objeto de las normas consiste en que las gentes las entiendan, sin distinciones sociales y a pesar de los grandes desniveles que existen dentro de una misma comunidad". A diferencia de la doctrina jurídica, que "puede... presentarse con un mayor o menor grado de hermetismo defensivo de su exactitud", la norma, "término y fin de toda teoría jurídica, es decir, el verdadero derecho, no tiene más remedio que sumergirse en el mundo de las palabras: debe recoger y emplear esos modos expresivos que la vida cotidiana crea, deforma, amplía y corrompe, porque aspira a regir la conducta de todos. Su primera necesidad es la de ser entendida, para que pueda ser obedecida". Soler cree, sin embargo, que con ese material es posible —aún más, es necesario— acuñar fórmulas verbales rigurosas, dotadas de absoluta precisión: "La exactitud tajante de las palabras de la ley es una exigencia de la necesaria exactitud de sus disposiciones, no ya en (sic) una mera complacencia estética. La ley debe a un tiempo

ser inteligible con facilidad para todos e intergiversable; con labras corruptas debe acuñar fórmulas nítidas..." (ob. cit., págs. 130-131). Claro que esto es imposible; en el texto encontramos esa posición (ver apartado IV, Dos críticas al formalismo).

Para una apreciación inteligente del problema del lenguaje de las normas jurídicas, véase el artículo de Jerzy Wroblewski "Semantic basis of the theory of legal interpretation" (*Logique Analyse*, nos. 21 a 24, diciembre de 1963, págs. 397-416). Allí se lee: "Las reglas sobre la comprensión inmediata de las normas jurídicas no son más explícitas que las reglas del mismo tipo relativas al lenguaje cotidiano. El análisis de éste no ha avanzado aún lo suficiente para explicar su contenido y operación. Construir lenguajes artificiales diversos, tales como los de los cálculos formalizados de los distintos sistemas deductivos, es tarea más fácil que hacer explícitas las reglas subyacentes al lenguaje cotidiano, con todas sus incertidumbres y faltas de precisión. Sin embargo, a pesar de ese inconveniente, usamos el lenguaje cotidiano sin trabas; éste funciona bien para la transmisión ordinaria de informaciones en el universo del discurso de nuestra vida diaria. Lo mismo puede decirse de las reglas de comprensión inmediata en el lenguaje jurídico, que se encuentran 'entre' el lenguaje cotidiano y los lenguajes artificiales, más precisamente quizás al primero que a los últimos. Es difícil formular reglas, pero la comprensión de las normas jurídicas que no admiten dudas constituye la prueba empírica de la existencia de reglas semánticas de este tipo, que se han incorporado a los modos jurídicos de pensar, mediante la educación y la tradición jurídicas" (ob. cit., pág. 409; el subrayado es mío).

Cf. también Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, cap. 7, Topica y Axiomática, donde el autor alude al lenguaje espontáneo como herramienta necesaria del sistema específicamente jurídico. Esto es, el sistema que sirve para decidir conflictos, como es distinta del sistema didáctico, que puede presentar un carácter unívoco y claro a los fines de la enseñanza del derecho (ver págs. 98-104 de la edición italiana, *Topica e Giurisprudenza*, traducida de Giuliano Grifò, Ed. Giuffrè, Milán, 1962).

Véase igualmente Philipp Heck, *Begriffsbildung und*

*ressensjurisprudenz*, trabajo traducido al inglés bajo el título de "The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests" que es parte del volumen *The Jurisprudence of Interests*, (traducción de M. Magdalena Schoch) Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1948, págs. 101-256. En la pág. 147 de ese volumen se lee lo siguiente: "Los conceptos jurídicos tienen en común con los de la vida ordinaria la cualidad de que usualmente no están definidos en forma tajante. Todo concepto tiene un núcleo de perfiles nítidos y una penumbra que gradualmente se va esfumando". (Heck se equivoca, empero, cuando habla de núcleo "de perfiles nítidos". Hay en eso una contradicción con lo expresado antes).

## 2. CASOS TÍPICOS Y CASOS MARGINALES (APARTADO II, 1)

Cf. Hart, "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", que integra el volumen *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, pág. 1-64. Véanse en particular págs. 25-28, donde se habla de los "problemas de la penumbra" y págs. 39-40, donde se les contraponen "un elemento central del derecho vigente que puede ser visto como un núcleo de significado central de las reglas". Del mismo Hart ver también *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, cap. VII. Ver también Dickinson, "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", 79 *University of Pennsylvania Law Review*, pág. 833; en especial págs. 846-47.

## 3. DESCUBRIR Y ADJUDICAR UN SENTIDO (APARTADO II, 2)

"Pero nosotros sabemos... que un texto que parece perfectamente claro puede dejar de serlo cuando se hace necesario aplicarlo a situaciones imprevistas, y en las que el legislador no había podido pensar. Nociones claras son aquellas cuya extensión es conocida; pero lo que caracteriza a toda legislación que impone la obligación de juzgar es que es posible que ella de-



ba ser aplicada a situaciones radicalmente nuevas. ¿Cómo hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo plicar los cambios de jurisprudencia que se producen de modo que la conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que regular en todos los sistemas jurídicos? Cuando ante un texto las palabras generales que usamos... tengan algún ejemplo típico nuevo la interpretación antigua es considerada contraria al tipo respectivo del cual no existen dudas acerca de la aplicación de finalidad de una institución jurídica, la decisión jurisprudencial aquéllas. Tiene que haber un núcleo de significado establecido, podrá dar a un texto antiguo un sentido nuevo" (Perelman, pero también habrá una penumbra de casos discutibles en los "Avoir un sens et donner un sens", en *Logique et analyse*, 1962, pág. 235 y sigs. El párrafo transcrito no aplicables. Cada uno de estos casos tendrá algunas notas en rece en pág. 238).

"Si por una razón u otra (es decir, ya sea porque las características que no estaban presentes en aquél. La in-puede hallar prueba concluyente o porque la intención no inventiva humana y los procesos naturales aportan en forma confu-suficiente profundidad) no es posible llevar adelante la intención tales variaciones respecto de lo familiar, y si hemos de de-tación más allá de un punto que deja abierto un número de decidir que esta clase de hechos cae o no bajo lo prescripto por sibilidades, entonces el intérprete debe abandonar. Si, con las reglas existentes, entonces quien clasifica tiene que adoptar do, elige una posibilidad en particular, ello no constituye el una decisión que no le es impuesta, porque los hechos y los ximo paso dentro de una interpretación sino que es una decisión enómenos a los que conformamos nuestras palabras, y a los motivada por consideraciones ajenas al deseo de aprehender que aplicamos nuestras reglas son, como quien dice, mudos"... significado de una expresión. La interpretación de directiva "Las situaciones de hecho no nos aguardan netamente rotuladas especialmente, exige decisiones de este tipo" (Alf Ross, *Sobre y plegadas; su clasificación jurídica no está escrita en ellas pa-Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pág. 117). "ra que los jueces simplemente la lean. Por el contrario, al apli-inevitable vaguedad de las palabras y la inevitable limitación car las reglas jurídicas alguien debe asumir la responsabilidad la profundidad intencional hacen que, a menudo, sea imposi-de decidir que las palabras se refieren o no a cierto caso, con establecer si el caso está comprendido o no por el significatodas las consecuencias prácticas que esta decisión implica" de la ley. El caso no es obvio. Es razonablemente posible (Hart, "El positivismo jurídico..." en *Derecho y Moral...*, finir el significado de las palabras de tal manera que los hechos págs. 25-26).

resulten comprendidos por la ley. Pero también es posible Véase también el importante trabajo de Dickinson "The Pro-forma igualmente razonable definir el significado de las pblem of the Unprovided Case", publicado en el Recueil Gény, bras de tal manera que el caso quede fuera del campo de re. II, pág. 503 y sigtes. (Hay traducción castellana publicada rencia de aquélla. La interpretación (en sentido propio, es de en *La Ley*, t. 4, sección doctrina, pág. 32).

como actividad cognoscitiva que solo busca determinar el sig-ficado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar. Po-el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidir y esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, una valoración. Su interpretación de la ley (en un sentido m-amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructi-Hart y John Dickinson. no un acto de puro conocimiento" (Ross, *ob. cit.*, pág. 133).

"Si hemos de comunicarnos de algún modo con los dem-Quarterly Review, vol. 61, julio 1945, págs. 302-3: "He seña-y si, como en el caso de las fórmulas más elementales del derecho ya unas cuantas moralejas en el curso de este apartado, pero

#### 4. LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO: CONSECUENCIAS (APARTADO II, 3)

Es adecuado citar aquí a tres autores: Glanville Williams, Hart y John Dickinson.

a) Dice el primero en "Language and the Law", *The Law Quarterly Review*, vol. 61, julio 1945, págs. 302-3: "He seña-

todavía quedan por extraer algunas conclusiones generales. (1) Ante de verdad. Hart rechaza la invitación a ampliar el primer lugar, la teoría sostenida aquí [la de la vaguedad o significado de "derecho" de modo de incluir las pautas valorativas o potencial de todas las normas] destruye en forma total y por los criterios de conveniencia social que se usan para destruir siempre la ilusión de que el derecho puede ser completamente racionalmente los casos de la penumbra. Una de las dos es cierto. Dado que el derecho tiene que expresarse en palabras que da para no aceptar ese modo de presentar las cosas y las palabras poseen una penumbra de incertidumbre, lo es que ellas pueden ser exhibidas de manera mucho menos que presentarse casos marginales. Se advierte aquí que la misteriosa. A saber, diciendo simplemente que las normas jurídicas es una cuestión de grados. (2) Correlativamente, la teoría jurídicas "padecen de una incurable insuficiencia" (o son "esencialmente incompletas"), y que aquellas pautas o criterios valorar el derecho. Al decidir los casos marginales los jueces no forman parte del sistema jurídico, sino que sirven para que ejercer funciones de carácter legislativo. Por lo tanto, la suplir su irremediable déficit. La otra razón es ésta. Admitir distinción entre una administración mecánica de reglas fijas y que esas pautas o criterios valorativos son parte del sistema, con bre discreción judicial, sólo es una distinción cuantitativa iguales o mejores títulos que las reglas cuya aplicación cotidiana tajante, como a veces se da por supuesto. Esto no equivale la enorme mayoría de los casos, es admitir "que no hay decir que los jueces gozan de un poder creador ilimitado. Ningún elemento central del derecho vigente que pueda ser visdentro de la discreción de un juez incluir un bote-volador como un núcleo de significado central de las reglas" o, lo que una regla que se refiere a barcos o navíos, pero no incluir a ser lo mismo, "que en la naturaleza de una regla no automóvil. Si admitimos que cuando un juez opera en las hay nada incompatible con que todas las cuestiones estén abiertas marginales no interpreta una intención preexistente, sino es a reconsideración a la luz de criterios de conveniencia social". ejerce una potestad de tipo legislativo, debemos concluir Hart entiende que ello borra una distinción que debe ser prehabría que prestar menos atención a los significados del derecho. (ob. cit., pág. 40).

Esto se conecta con la tercera de las consecuencias indi-

b) La idea de que la textura abierta del lenguaje apoyadas en el texto. Si bien las reglas tienen una zona de penumbra — conclusión de que no hay órdenes jurídicos sin lagunas — erra, tienen también un área de incuestionable aplicación. Quien sentido que esta última palabra recibe en el texto — está niega esto, dice Hart, está obsesionado por la penumbra (*ob. cit.* en desarrollos de Hart (ver “El positivismo jurídico”, pág. 40).

separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral*. c) En “The Problem of the Unprovided Case” (Recueil pág. 35 y 38-39). Véase también Kantorowicz, “La lucha por el derecho”, en *La ciencia del derecho*, II, 503) Dickinson hace referencia a la noción corriente de que las reglas jurídicas están ligadas de tal manera que no se puede escapar de ellas. En *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1949, págs. 337: “No se encuentran casos que no estén previstos. Esta creencia, usualmente lagunas en la ley, lo que pasa es... que hay lagunas en la ley”. Dickinson, halla expresión en la teoría de que no es necesario salir del derecho existente para fundar la solución de los casos nuevos. En otros términos, que el derecho es completo o auto-suficiente (*ob. cit.*, pág. 507). Para sostener el carácter auto-suficiente del orden jurídico hay que presuponer que sus reglas pueden ser extendidas a casos nuevos mediante analogía y que no nos encontremos con sus contornos borrosos. Aquí hay sin duda exageración, pero hay también una gran verdad: el procedimiento puramente deductivo, que no necesita atender a las consideraciones de otro tipo (*ob. cit.*, págs. 512 y 517). Cuan-

do se produjo la reacción contra ese modo de ver, y se reaccionó con insistencia que los juristas manejaran conscientemente criterios valorativos que venían usando a ciegas, tanto al seleccionar las premisas como al atribuirles sentido, tuvo lugar, en Dickinson, una llamativa paradoja. Quienes más destacaron la necesidad de esa "apertura" sostuvieron también que los valores materiales debían ser considerados parte del derecho. Ello resultaban víctimas de una vieja presuposición: creer que en la formación del derecho no puede entrar nada que no sea derecho. He aquí, con otro ropaje, el dogma de la auto-suficiencia del sistema jurídico (*ob. cit.*, pág. 521).

Dickinson se resiste a admitir que las pautas o *standards* valorativos que los jueces usan para decidir los casos de la penumbra sean considerados parte del derecho. Da para ello tres razones: primero, que esas pautas carecen de claridad y precisión; segundo, que no están revestidas de autoridad (*ob. cit.*, pág. 522). El intento de aplicar a tales criterios valorativos el concepto de "derecho" sigue dos vías principales: 1) Se procura mostrar que ellos poseen la misma claridad, precisión y autoridad que las normas jurídicas en sentido estricto. Este es el camino que toman algunos neo-jusnaturalistas y algunos militantes del sociologismo jurídico; o 2) Se busca mostrar que las normas jurídicas no tienen claridad ni precisión alguna, sino que son solo las consideraciones o pautas valorativas. Este es el camino que toman los llamados realistas jurídicos, que disuelven el derecho en una masa fluida de factores de todo tipo. (*ob. cit.*, págs. 524-25).

Dickinson advierte que la textura abierta del derecho constituye una fatal para el mito de la auto-suficiencia de éste ("Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", 79 *Pennsylvania Law Review* 833, especialmente págs. 851, 853, 862; "Legal Rules: Their Application and Elaboration", 79 *University of Pennsylvania Law Review* 1052, especialmente págs. 1072, 1073 y sigtes., 1084-85, etc.; "The Law behind the law", 29 *Columbia Law Review* 113 y 285, especialmente págs. 117 y 314). Ve que los casos no previstos, o casos de la penumbra, son resueltos por aplicación de criterios valorativos, pero no encuentran ventaja alguna en extender el significado de "derecho" para que engloba esas otras pautas. Finalmente, cree que si se pres-

el sentido restringido de "derecho" —y sin perjuicio de admitir la radical insuficiencia de las reglas que quedan incluidas en él— se hace justicia al hecho de que hay numerosísimos supuestos frente a los cuales las reglas no ofrecen dificultades de interpretación. En otros términos, que los casos de la penumbra son, si puede decirse así, patológicos o anormales, aunque sean frecuentes. (Ver "Legal Rules: Their Function in the Process of Decision", págs. 838, 846-47, "The Law behind the law", pág. 116).

Para un intento reciente de restablecer la auto-suficiencia del orden jurídico injertando en él los criterios o *standards* valorativos que permiten dar solución racional a los casos de la penumbra, ver Ronald Dworkin, "Judicial Discretion", en 60 *Journal of Philosophy* 624 (1963). Dworkin no se hace cargo de las razones que tienen Hart y Dickinson para no dar ese paso.

## 5. LA POSICION FORMALISTA (APARTADO III, 1)

### a. Caracterización.

En "Sul formalismo giuridico" (*Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, N.S.I., 1958, págs. 977-998) Bobbio distingue cuatro significados de "formalismo jurídico": 1) una concepción formal de la justicia (para la que "acto justo es aquel conforme a las leyes e injusto aquel que está en desacuerdo con ellas"; 2) una concepción formal del derecho (que lo "presenta como una forma, generalmente constante, respecto a su contenido, generalmente variable"); 3) una concepción de la ciencia del derecho como ciencia formal (es decir, como un "saber que no tiene por objeto hechos... sino calificaciones normativas de hechos, y cuya tarea no es la explicación, propia de las ciencias naturales, sino la construcción, y, en general, el sistema"; y 4) una teoría formal de la interpretación jurídica (caracterizada por la "preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica"). En el texto usamos la expresión "formalismo jurídico" en un sentido afín al significado *sub* 4 de Bobbio, y, parcialmente, al significado *sub* 3, en la medida en que la técnica de la dogmática incide (ilegítimamente) en la praxis jurídica y en la teoría de la interpretación.

Para una esclarecedora explicación del origen de esa actitud ante los problemas jurídicos, véase J. Walter Jones, *Historia de la Introducción a la Teoría del Derecho*, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1940, caps. I y II, y Max Weber, *Economía y Sociedad* (traducción de Eduardo García Maynez y Eugenio Imaz), Fondo de Cultura Económica, México, 1944, tomo I (Sociología del Derecho), págs. 183-85. En esta obra Weber describe con singular precisión la actitud formalista. Sostiene que ella se traduce en la adhesión a estos cinco postulados:

"1) Toda decisión jurídica concreta representa la 'aplicación' de un precepto abstracto a un 'hecho' concreto; 2) es posible encontrar, en relación con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en los preceptos abstractos en vigor; 3) el derecho objetivo vigente es un sistema 'sin lagunas' de preceptos jurídicos, o encierra tal tema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicación del mismo a casos singulares; 4) todo aquello que no es posible construir de un modo racional carece de relevancia para el derecho; 5) la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como 'aplicación' o 'ejecución' o, por el contrario, como 'infracción' de preceptos jurídicos" (*ob. cit.*, t. I, págs. 26-27). Dentro de ese modo de ver se asigna capital importancia a la sistematización jurídica, que "consiste en reorganizar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, en principio, de lagunas, exigencia que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues de lo contrario, éste carecería de su garantía esencial" (*ob. cit.*, t. III, pág. 25).

#### b. Formalismo y positivismo jurídico.

La posición que en el texto llamamos "formalismo" suele ser caracterizada como una variedad de positivismo jurídico. La última expresión es altamente imprecisa; se la usa para designar a diferentes ideas o concepciones que no tienen entre sí

ninguna relación necesaria. El intento más fecundo de clarificación es el de Hart ("El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, págs. 1-64). Allí se expresa que uno de los significados de "positivismo" se identifica con la pretensión de que "un sistema jurídico es un 'sistema lógicamente cerrado' en el que las decisiones... correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, *standards* morales, etc." (*ob. cit.*, pág. 16, nota 25, 4). Hart hace un penetrante análisis de lo que cabe entender por "formalismo" y de las relaciones que, se pretende, vinculan aquella actitud con la de pensadores positivistas (véase, además, *El concepto de derecho*, págs. 161-2).

También Bobbio dice cosas importantes y esclarecedoras en su trabajo "Sul positivismo giuridico", en la *Rivista di Filosofia*, LIII, 1961, págs. 14-34 (Hay traducción francesa publicada en *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, Sirey, París, 1961, tomo I). Distínguese allí tres significados de "positivismo jurídico", o, como prefiere decir Bobbio, tres aspectos de las corrientes confusamente identificadas bajo ese rótulo ambiguo: 1) "El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho" (desde esta perspectiva "positivismo jurídico" se opone a *jusnaturalismo*); 2) El positivismo jurídico como teoría "que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el estado", o "teoría estatal del derecho" (desde esta perspectiva el positivismo jurídico aparece contrapuesto al sociologismo o al realismo); y 3) "El positivismo jurídico como ideología", que "confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo" (esta ideología es lo que Alf Ross denomina *cuasi-positivismo*, y lo opone al positivismo genuino; ver el artículo del jurista danés "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural", publicado en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, IV, págs. 47-91 (traducción de Genaro R. Carrió y Osvaldo Pascherero)).

Lo que en el texto llamamos formalismo es una variedad exacerbada de positivismo jurídico en el sentido *sub 2* de Bobbio,

o, si se prefiere, es la actitud que resulta de poner un desmedido énfasis en ciertas facetas del aspecto *sub 2* distinguido por aquí. En relación con esto Bobbio hace notar que a “ese segundo aspecto del positivismo jurídico, es decir a la concepción estatal del derecho, están vinculadas algunas conocidas teorías que a menudo son consideradas como características del positivismo jurídico: . . . 3ª) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes. . . 4ª) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también la coherencia y ausencia de antinomias; 5ª) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad del jurista o del juez, como actividad esencialmente lógica, particular, la consideración de la ciencia jurídica como método hermenéutico (escuela francesa de la exégesis) o como dogmática (escuela pandectista alemana)”. Estas teorías entre sí complementarias caracterizan lo que en el texto llamamos formalismo (ver la coincidencia con el punto de vista de Max Weber, reproducido *supra*, en esta misma nota). Del mismo Bobbio véase también “Ancora sul positivismo giuridico”, en *Rivista di Filosofia*, LIII, págs. 335-45. Los tres artículos del jurista italiano que he mencionado en esta nota han sido traducidos al castellano por Ernesto Garzón Valdés, junto con un cuarto —“Giusnaturalismo e positivismo giuridico”, *Rivista di diritto civile*, VIII, 1960, págs. 503-515— para ser publicados en forma de libro bajo el título *El problema del positivismo jurídico*. Agradezco a Garzón Valdés haberme facilitado su traducción; las citas que anteceden están tomadas de ella.

### c. Formalismo y jurisprudencia de conceptos.

En ocasión de sus conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Alf Ross resumió las principales tesis sostenidas por pensadores identificados como positivistas y, entre ellas, destacó la llamada “concepción mecanicista de la función judicial” (nuestro “formalismo”). Distinguió, además, seis corrientes principales dentro de lo que tradiciona-

mente se llama “positivismo jurídico”; una de ellas es la jurisprudencia de conceptos alemana, cuyos cultores más notables han sido, amén del primer Ihering, Windscheid, Merkel, Laband, Binding, etc. (Ver Genaro R. Carrió, “Nota sobre la visita de Alf Ross”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, IV, págs. 205-20). Del mismo Ross véase también el importante artículo “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural” citado más arriba.

La jurisprudencia de conceptos “reducía al juez a la función de subsumir hechos bajo conceptos jurídicos. De acuerdo con ello, el orden jurídico fue concebido como un sistema . . . ‘completo’ . . . deductivo o analítico. De los conceptos generales provenían conceptos especiales; de los conceptos surgían, por deducción lógica, las reglas jurídicas aplicables a los hechos. Se enseñaba, por lo tanto, que la determinación de conceptos causales permitía a los juristas establecer nuevas reglas. El sistema llegó a ser considerado como una fuente inagotable de ‘material nuevo’. Se entendía que la función de la ciencia jurídica era extraer conceptos causales de las reglas jurídicas establecidas, definir con precisión o, para usar la expresión técnica, ‘construir’ esos conceptos, y erigir con ellos un sistema completo que, a su vez, produjera nuevas reglas. Aun cuando en realidad una regla fuera descubierta con la ayuda de consideraciones prácticas, se pensaba que era necesario representarla como lógicamente derivada de un concepto” (Heck, “The formation of concepts and the jurisprudence of interests”, en *The Jurisprudence of Interests*, citado en nota 1. El párrafo transcripto está en las págs. 102-103).

El método empleado para alcanzar esos resultados era el de la “construcción”. Al aplicarlo se usaba abusivamente de los conceptos clasificatorios —cuya finalidad legítima es expositiva o de presentación— y se los hacía servir como punto de arranque o como base para la deducción de nuevas reglas (Heck, *ob. cit.*, págs. 111, 149 y 153). Esta forma de proceder es llamada por Heck “método de inversión” (*ob. cit.*, págs. 157 y 172-73), o “método jurídico conceptualista”.

La función del juez queda reducida, como dijimos, a “aplicar el derecho, subsumiendo un conjunto dado de hechos bajo



conceptos jurídicos". "Estaba fuera de lugar pensar en una valoración del juez. Se hablaba, en consecuencia, de la aplicación del derecho como de 'un cálculo de conceptos'... "El orden jurídico era considerado 'completo' o 'pleno'... Todo cuanto debía hacer el juez era 'percibir' o 'entender' reglas de derecho... (Heck, *ob. cit.*, pág. 171).

El primer desarrollo coherente de esta actitud metodológica está en Ihering, *El espíritu del Derecho Romano*. En el volumen *La dogmática jurídica* (Ed. Losada, Buenos Aires, 1946) se incluyen los pasajes de esa obra que tienen más interés desde este punto de vista. Véanse, en especial, págs. 28-35, 108 y siguientes, 128, 131 y siguientes, 151-57, etc.

Véase, además, Antonio Hernández-Gil, *Metodología del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, cap. IV, "Métodos dogmáticos y constructivos (Positivistas, Formalistas)", págs. 101-47. Cf. también Julius Stone, *The Province and Function of Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1950, págs. 160-62. Para una apreciación de tipo crítico véase el excelente libro de José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona, s/f, especialmente cap. I, 3.

#### 6. REACCIONES MODERADAS CONTRA EL FORMALISMO (APARTADO III, 2)

Véase W. Friedmann, *Legal Theory*, 4ª edición, Stevens and Sons Ltd., Londres, 1960, págs. 277-80 (sobre Ihering como fundador de la jurisprudencia sociológica), págs. 284-88 (sobre Gény), págs. 289-93 (sobre la jurisprudencia de intereses), págs. 293-99 (sobre la "ingeniería social" de Pound, Cardozo, etc.). Cf. también, Julius Stone, *ob. cit.* en nota 5, págs. 299-301 y 649-51 (sobre el Ihering antiformalista), págs. 151-69 (sobre el aporte crítico de Gény), págs. 164-65 (sobre la jurisprudencia de intereses). El libro de Stone es un intento de desarrollar los puntos de vista de Pound. Ver igualmente Hernández-Gil, *ob. cit.* en la nota 5, págs. 174-183 (sobre Ihering como revisor de los métodos dogmáticos), págs. 205-31 (sobre Gény y la llamada escuela científica francesa), págs. 271-77 (sobre la jurisprudencia

de intereses). El libro de Hernández-Gil, que en otros aspectos es muy completo, carece de toda referencia a la teoría jurídica anglo-sajona.

Véase, además:

1) Ihering, *Der Zweck im Recht*, dos tomos (1877 y 1884); (hay traducción castellana del primer tomo, hecha por Adolfo Posada, *El fin en el Derecho*); *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (hay traducción castellana de Roman Riaza, *Jurisprudencia en broma y en serio*); Dino Passini, *Saggio sul Ihering*, Ed. Giuffrè, Milán, 1959, con exhaustiva bibliografía.

2) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899 (hay traducción castellana publicada por la Editorial Reus, Madrid, 1925, 2ª edición); *Science et Technique en droit privé positif*, Sirey, París (1923-24).

3) Sobre la jurisprudencia de intereses, véase el volumen *The Jurisprudence of Interests*, citado en la nota anterior, que contiene trabajos de Max Rümelin, Philipp Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder y Hermann Isay; cf. también Heck, *El problema de la creación del derecho* (traducción de Manuel Entenza), Ariel, Barcelona, 1961.

4) Pound, "The scope and purpose of sociological jurisprudence", 24 *Harvard Law Review*, 591 y 25 *idem* 140 y 489; "A survey of social interests" 57 *Harvard Law Review* 1 (hay traducción española de Alberto Ciria, *Examen de los intereses sociales*, Perrot, Buenos Aires, 1959); *Interpretations of Legal History*, 1923 (libro traducido al castellano por José Puig Brutau bajo el título de *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1950); *An Introduction to the Philosophy of Law*, edición revisada, Yale University Press, New Haven, 1954; etc. Véase, además, el estudio preliminar de Puig Brutau a *Las grandes tendencias...*, citado más arriba, con abundante bibliografía; Cardozo, *La naturaleza de la función judicial* (traducción de Eduardo Ponssa y prólogo de Cossio). Arayú, Buenos Aires, 1955; *The Growth of the Law*, Yale University Press, New Haven, 1924; *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928.

## 7. REACCIONES EXTREMAS CONTRA EL FORMALISMO (APARTADO III, 2)

a. La escuela o movimiento del derecho libre. Cfr. Storob. cit. en la nota 4, págs. 164 y 745 y sigs.; Friedmann, *ob. cit.* págs. 299-301, 250-51, 258 etc.; Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowicz) *La lucha por la ciencia del derecho* (traducción castellana de Werner Goldschmidt) en el volumen *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, págs. 323-371; Ehrlich *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (traducido parcialmente al inglés en el tomo IX de las Modern Legal Philosophy Series, *The Science of Legal Method*).

b. El realismo jurídico norteamericano. Véase el excelente libro de Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico norteamericano*, Ed. Giuffrè, Milán, 1962 y la abundante bibliografía citada en él; véase igualmente Puig Brutau, *La jurisprudencia...*, cap. I. El expositor más lúcido y más contenido, dentro de los "realistas" es, sin duda, F. S. Cohen, *El método funcional en el derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962. Para una presentación general de las circunstancias culturales dentro de las que apareció este movimiento, consulte Morton White, *Social Thought in America, (The Revolt against Formalism)*, Beacon Press, Boston, 1957.

Para una crítica certera al "realismo" jurídico norteamericano, véase Hart, *El concepto de derecho*, cap. VII, y Dickenson, trabajos citados en la nota 4.

## 8. UNA CRÍTICA A FORMALISTAS Y REALISTAS (APARTADO V)

"La creencia errónea en un sistema completo de reglas que puedan hacerse cargo por anticipado de todos los casos de duda subyace también a mucha confusión filosófica. Así, se tiene la sensación de que una regla que deja áreas sin determinar no es en realidad una regla, aunque sea imposible satisfacer el requerimiento de reglas que lo contemplen todo" (Lloyd, *Introducción to Jurisprudence*, pág. 209, nota 26).

Véase especialmente Wittgenstein, *Philosophical Investigations*,

*tions*, párrafos 68, 84, 99 y 100. Dice Pole, *The late philosophy of Wittgenstein*, 1958, pág. 33: "Una regla está propiamente formulada cuando cumple su función en el contexto para el que fue concebida. Nuestro error radica en pretender reglas perfectas y completas".

He aquí otro ejemplo de la aceptación del falso dilema por un jurista incurso en formalismo: "El problema consiste en elegir entre dos posibilidades: una regla fija, que quizás a veces no concuerde en todo con el propósito de que el ciudadano puede regirse y ser regido por ella, o una valoración de intereses inconstante e imprevisible, por obra del juez" (von Thur, *Derecho Civil*, tomo I, Prefacio, pág. 5). He tomado esta cita del ensayo del Dr. Orgaz, "El problema de la interpretación de la ley", incluido en *Nuevos estudios de Derecho Civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, págs. 298 y sigs. El Dr. Orgaz parece aceptar la idea de von Thur.



### TERCERA PARTE

## SOBRE LOS DESACUERDOS ENTRE LOS JURISTAS

Me ocuparé ahora de las controversias o desacuerdos entre los juristas, en la medida en que tales discrepancias están relacionadas con problemas del lenguaje. Por razones de precisión terminológica quiero aclarar que uso aquí la palabra "juristas" en un sentido amplio: ella comprende no sólo a los cultores de la dogmática jurídica, sino también a los teóricos del derecho político y a los filósofos del derecho.

La relación que existe entre aquellos desacuerdos y los problemas del lenguaje es muy grande; mucho más de lo que de ordinario advertimos. Hasta se podría decir, sin pecar de exageración, que la mayor parte de las agudas controversias que, sin mayor beneficio, agitan el campo de la teoría jurídica, deben su origen a ciertas peculiaridades del lenguaje y a nuestra general falta de sensibilidad hacia ellas.

Comenzaré señalando algunas cosas generales, muchas de las cuales han sido expresadas, presupuestas y/o sugeridas en la primera parte.

### I. GENERALIDADES: RECAPITULACION

a) Todo lenguaje es un sistema o conjunto de símbolos *convencionales*. Esto último quiere decir que no hay ninguna relación necesaria entre las palabras, por un lado, y, por el otro, los objetos, circunstancias, hechos o sucesos, en relación con los cuales aquéllas cumplen sus múltiples funciones. La convención que acuerda a una palabra o expresión una función determinada

puede ser explícita y *ad hoc*, como ocurre en el caso de un lenguaje artificial cualquiera, o tácita y general, como ocurre en el caso de los lenguajes naturales.

b) El "significado" de una palabra o expresión lingüística depende, por lo tanto, de una convención. Definir una palabra es hacer explícitas las reglas de uso de la misma, esto es, decir para qué sirve, y señalar cuáles son las oportunidades, circunstancias o fenómenos en presencia de los cuales es "correcto" — según esas reglas de uso — valerse de la expresión definida. Tal reglas pueden ser más o menos precisas.

Alcanzan su precisión máxima en las ciencias formalizadas. Allí la regla de uso incluye un conjunto de condiciones siempre necesarias y suficientes para el empleo de la palabra, cualquiera sea el contexto en que ella aparezca. De ese modo, los objetos a que la misma se aplica constituyen una clase rígida e inequívocamente delimitada.

Ya vimos que no es así como se usan y definen las palabras de que nos valemos en los lenguajes naturales para hacer referencia a los fenómenos de la realidad. Decir esto, y afirmar que las palabras son actual o potencialmente vagas, o que el lenguaje exhibe una irremediable textura abierta, es, para estos fines, decir la misma cosa.

Si la palabra es *vaga*, cualquier definición que intente recoger con fidelidad sus reglas de uso en vigor, tendrá por fuerza que recoger la imprecisión de la palabra definida. Si por alguna razón particular deseamos dar a la palabra una precisión que ella no tiene (por ejemplo: "para estos fines definiremos 'ciudad' como todo conglomerado humano de más de 60.000 habitantes"), entonces estamos haciendo una cosa distinta de lo que hacemos cuando nos limitamos a recoger el significado que la palabra tiene según los usos lingüísticos vigentes. Ahora estamos *estipulando* un significado o, si cabe la expresión, legislando una *nueva* regla de uso, de aplicación circumscripita.

c) Las definiciones del primer tipo son llamadas *léxicas*. Ellas describen, en forma resumida, un uso lingüístico vigente, y, pueden ser calificadas, por lo tanto, de verdaderas o falsas. Tal es el caso, por ejemplo, de las definiciones de los diccionarios corrientes.

Las otras, es decir, aquellas que delimitan para ciertos fines el campo de acción de una palabra vaga, o se deciden por uno de los significados múltiples de una palabra ambigua o, más típicamente, *introducen* un *nuevo* símbolo en reemplazo de una descripción (por ejemplo "llamaremos 'cinerama' a este nuevo sistema de filmación y proyección de películas, que presenta tales características"), esas otras definiciones son llamadas *estipulativas*. Ellas carecen de valor de verdad; podrán ser útiles o inútiles, cómodas o incómodas, pero no son verdaderas ni falsas. No son aserciones, sino *decisiones* lingüísticas.

Uno y otro tipo de definición, por lo tanto, son definiciones *de palabras*. Proporcionan algo así como una traducción del símbolo verbal o, mejor aún, un compendio de las reglas de su uso, vigentes o propuestas. Se ha hablado tradicionalmente, y se sigue hablando, de un tercer tipo de definiciones, las llamadas "definiciones reales". Esto es, no definiciones de palabras, sino de "cosas". Pero ese modo de hablar es fuente de numerosos equívocos, que nos demorarán más adelante.

d) La tarea de definir léxicamente —vale decir, de explicar reglas de uso vigentes o, en otros términos, de expresar el significado o significados vigentes de una palabra— no sólo tropieza con la dificultad de la indeterminación o textura abierta del lenguaje, ya aludida. Tropieza con muchas más. Me interesa aquí volver a destacar dos de ellas:

1) Por un lado, el hecho de que una misma palabra puede tener significados radicalmente distintos, o poseer un significado central y extensiones figurativas o metafóricas de fácil comprensión, o ser aplicable a una familia de diversos objetos, hechos, situaciones, etc., que no poseen propiedades en común. La presencia de propiedades comunes no es el único justificativo para usar una misma palabra en relación con distintos objetos individuales. Estos pueden exhibir un "parecido de familia", o hallarse vinculados de modos muy diversos a un caso central, etcétera.

2) La otra dificultad es que muchas palabras tienen además de significado o significados descriptivos, un *significado emotivo*. Esto es, una disposición permanente para provocar ciertas reacciones anímicas en quienes las oyen o leen, unida a

cierta aptitud permanente para constituirse en vehículos mediante los cuales quienes las usan dejan escapar, por decir así, sentimientos. Hay palabras que prácticamente no tienen otro significado que el descriptivo; otras un significado puramente emotivo; y en el medio, palabras que exhiben una variadísima gama de combinaciones de uno y otro ingrediente. El significado emotivo puede quedar atenuado, o aun cancelado, por el contexto. Otras veces puede operar en forma encubierta. De allí la enorme flexibilidad y riqueza del lenguaje persuasivo.

En el curso de esta recapitulación preliminar he destacado algunas características del lenguaje, a cuyo olvido o ignorancia puede atribuirse el carácter aparentemente insoluble de muchas controversias entre juristas. Porque sucede que al participar en la disputa estos suelen pasar por alto algunas de las siguientes cosas —muy ligadas entre sí— o todas ellas:

1) Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados “intrínsecos”, “verdaderos” o “reales”, al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado. Es vana la tarea de “descubrir” tales significados inexistentes; por esa vía no es dable alcanzar ninguna información valedera.

2) Es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y sólo uno; la gran mayoría de ellas tiene pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente —salvo los casos de mera homonimia— que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estamos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a la misma cosa. Suele ser esclarecedor, empero, el esfuerzo por desentrañar la regla tácita —si la hay— que rige el uso de la palabra común.

3) No puede hablarse, por lo tanto, sin grave riesgo de equívocos, de dar “definiciones reales”, o de “describir el significado intrínseco o esencial de un término o expresión”, o de “determinar la naturaleza de la entidad designada por la palabra

Es verdad que los hombres hemos pretendido, y seguimos pretendiendo, hacer estas cosas, pero también lo es que al amparo de estos rótulos oscuros se hacen muchas cosas distintas, que no deben ser confundidas. De lo contrario se multiplican los equívocos, favorecidos por la ambigüedad, no siempre advertida, de preguntas tales como “¿Qué es democracia?” “¿Qué es usufructo?” o “¿Qué es derecho?”.

4) Es verdad que quien se vale de una palabra apartándose del significado usual que en contextos análogos ella recibe, o escogiendo como único aceptable uno de los significados usuales con exclusión de los otros, corre el riesgo de que los demás no lo entiendan, o lo entiendan mal, si no hace explícita la estipulación o ella no resulta del contexto. Pero tal estipulación no puede ser calificada de verdadera ni de falsa, y, por lo tanto, no puede ser probada ni refutada mediante la invocación de hechos. Tampoco pueden serlo los enunciados que se derivan directamente de ella.

5) No todas las palabras u oraciones se usan exclusivamente para describir. Otras se usan, además (o únicamente), para recomendar, aprobar o desaprobar, o, también, para llamar la atención sobre algo previamente desatendido colocándolo, por decir así, en un sorpresivo primer plano que destaca su importancia.

## II. DISTINTOS TIPOS DE DESACUERDO

Veamos ahora en qué medida las discrepancias o desacuerdos de los juristas son tributarios de inadvertencias respecto de esas cosas.

### 1. SEUDO-DISPUTAS ORIGINADAS EN EQUIVOCOS VERBALES

Se suele creer —y los teóricos del derecho no somos inmunes a tal creencia— que cada palabra tiene un significado intrínseco o propio, que no puede ni debe confundirse con las extensiones que la licencia lingüística pretende añadirle. Esto tie-

ne graves consecuencias. Empezamos preguntando por el significado de la palabra "derecho" (dando por sentado que sólo uno es legítimo), y de allí hay un solo paso —y muy breve— la pregunta por la "naturaleza" o la "esencia" del Derecho, pregunta que sólo puede ser contestada —presuponemos— describiendo las características de la entidad en que el significado de la palabra "derecho" consiste. Todo ello se ve favorecido por la ambigüedad de la pregunta "¿Qué es derecho?", en que no está claro si estamos pidiendo se nos indique el significado (o significados) de la palabra "derecho", o que se nos describan las propiedades o características típicas de los fenómenos usualmente designados con ella, o alguna otra cosa.

Pero es el caso que la palabra "derecho" tiene muchos significados, no uno solo. Para que cualquier discusión sobre las características de los fenómenos designados por ella sea una ruina discrepancia —y no el fruto de un simple equívoco verbal— tiene que mediar *acuerdo previo* sobre el significado que la disputa, damos a las palabras claves.

Porque de lo contrario puede ocurrir que uno de los antagonistas las use en un sentido, y el otro en un sentido diferente. En tal caso, aunque las propiedades que atribuyan a los objetos de que uno y otro hablan sean absolutamente incompatibles, habrá entre ellos ninguna contradicción. Sólo habrá una ilusión de contradicción. Es inútil que nos pongamos a discutir sobre las características que tiene o deja de tener "el derecho", si previamente no nos ponemos de acuerdo sobre cuál de los sentidos de la multívoca palabra está en juego. Sería tan absurdo como ponerse a discutir fervorosamente si Carlos Gómez es o no jubilado ferroviario, sin tomar previamente la precaución de averiguar si estamos hablando del *mismo* Carlos Gómez.

Todo esto parece trivial, pero es el caso que hay muchas controversias entre juristas que tienen ese origen, y, constituyen por lo tanto, monumentos a la esterilidad. Para evitar que ocurra hay que observar esta precaución obvia: no embarrarse nunca en una discusión sin estar absolutamente seguros de cuál es el sentido con que nuestro oponente está usando las palabras claves.

## 2. SEUDO-DESACUERDOS DE HECHO EN TORNO A PROPOSICIONES ANALÍTICAS

Supongamos que siguiendo el consejo antedicho hemos llegado a precisar en qué sentido nuestro contendor usa una palabra o expresión ambigua. El es un jurista naturalista y usa la expresión "orden jurídico" con el sentido de "régimen normativo coactivo, compuesto de reglas intrínsecamente justas". Supongamos, además, que en el curso de su exposición nuestro contendor afirma: "todos los órdenes jurídicos son justos". Supongamos, por último, que yo, que en la hipótesis soy un jurista convencido, quiero *refutar* esa apreciación, que me parece falsa, o, por lo menos gruesamente exagerada.

Pues bien, si no me hago cargo exactamente de la situación, es muy probable que todos mis esfuerzos dialécticos sean estériles, pues cada vez que señale a mi adversario ejemplos de órdenes coactivos injustos, su respuesta será la misma: "Sí, pero eso no es un orden jurídico". Y si le pregunto por qué no lo es, me contestará lisa y llanamente, "porque es injusto".

Su enunciado, por lo tanto, resulta irrefutable. No tengo manera de probar la falsedad de lo que ha dicho, mientras él siga coherentemente refugiado en la definición que le sirve de inexpugnable fortaleza. ¿Cómo es posible esto? La respuesta es simple: el enunciado de ese tipo *no puede* ser refutado alegando hechos contrarios, por la sencilla razón de que no es una aserción de hecho; ese enunciado no nos suministra *ninguna información* sobre los fenómenos del mundo.

Solo es síntoma o indicio de cómo usa la expresión "orden jurídico" mi interlocutor. Pero nos dice tan poco sobre el mundo como un enunciado del tipo de "todos los gatos negros son negros". La diferencia con enunciados de este último tipo es puramente externa, y radica en que "todos los órdenes jurídicos son justos" no exhibe, a primera vista, su carácter tautológico. Este sólo se hace presente cuando advierto que mi adversario usa la expresión "orden jurídico" con el sentido de "orden coactivo justo". Mientras tal cosa no se advierte, "todos los órdenes jurídicos son justos" se parecerá mucho a "todos los órdenes jurídicos penan el homicidio", proposición que no es tautológica,

siempre que esté dispuesto a reconocer que es falsa si alguien señala un orden jurídico donde no esté penado el homicidio más claramente, siempre que no me niegue a aplicar el rótulo "orden jurídico" a un sistema coactivo que no pena el homicidio o para ser más claro aún, siempre que mi definición de "orden jurídico" sea *independiente* de que el orden normativo en cuestión castigue o no el homicidio.

Muchas disputas entre juristas se originan y perduran no advertir estas cosas. Se pretende refutar y apoyar enunciados que sólo explicitan parte de la definición de un término apelando para uno y otro fin, a argumentos de hecho. Claro está que esta disputa resulta así mal encaminada y la situación parece no tener salida. ¿Significa ello que frente a un enunciado del tipo de "los dos órdenes jurídicos son justos" puesto en boca de un jurista, no tenga más alternativa que limitarme a decirle "Bueno, eso es una mera tautología resultante de su decisión previa de reservar el rótulo 'orden jurídico' para los órdenes justos"? Esto puede ser una manera rápida de poner fin a una conversación fastidiosa, pero no es, claramente, la única alternativa.

Porque siempre cabe la posibilidad de argumentar acerca de las *desventajas* de una definición que hace depender la aplicación de una palabra de un determinado criterio en cierto modo subjetivo; o siempre cabe sostener que tal limitación del uso del "orden jurídico" divide artificialmente un campo que, por razones de *conveniencia teórica*, es *preferible* mantener unido, o que las características estructurales son lo suficientemente analogas y los puntos de analogía lo suficientemente importantes como para que la ciencia se *beneficie* con un tratamiento unificado de problemas similares. Son muchas las razones de este tipo o de tipo semejante que cabe dar, pero todas ellas tienen carácter valorativo (teórico o práctico) y ninguna de ellas fuerza conclusiva.

### 3. DISPUTAS SOBRE CLASIFICACIONES

Otras veces las discrepancias entre los juristas presuponen una creencia errónea sobre el papel o función que desempeñan las clasificaciones. Este es un vicio que no es privativo de

juristas, pero que asume entre ellos rasgos particularmente nocivos.

Tal vez ello se deba a que la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria. Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la *verdadera* forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos —se cree— deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa.

Buena parte de las controversias entre juristas consisten en problemas de clasificación, abordados como si se tratara de cuestiones de hecho. No se advierte que no tiene sentido refutar como "falsa" una clasificación —o sus resultados— y postular en su reemplazo otra "verdadera", como si se tratara de dos modos excluyentes de reproducir con palabras ciertos parcelamientos y subdivisiones que están en la "naturaleza de las cosas".

Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.

Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidirse por una de ellas no está dado sino por consideraciones de *conveniencia* científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es. Porque la fidelidad o infidelidad del mapa tiene como *test* una cierta realidad geográfica, que sirve de tribunal inapelable, con sus ríos, cabos y cordilleras reales, que el buen mapa recoge y el mal mapa olvida. Decidirse por una clasificación es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses. Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas.

Las disputas clasificatorias de los juristas pueden ser interminables si en lugar de allegar argumentos valorativos en favor de un modo de clasificar, los contendores se empeñan en mostrar que la clasificación propia —y no la ajena— refleja la verdadera “naturaleza de las cosas”, o es la única clasificación compatible con la “esencia” de los objetos clasificados. Mucho tiempo y mucha tinta se habrían ahorrado con sólo recordar cosas tan simples.

#### 4. CONTROVERSIAS SOBRE LA “NATURALEZA JURIDICA” DE UNA INSTITUCION

Hay otro tipo de discrepancias, directamente conectadas con las anteriores, que se originan en algo que parece ser una enfermedad profesional de nuestro gremio. Me refiero a la proclividad a pesquisar la llamada “naturaleza jurídica” de una institución de un hecho o de una relación que preocupa a los juristas, y a la facilidad con que éstos entran en polémicas sobre el punto. Sin embargo, no se trata de una debilidad peculiar de los juristas, sino que de algún modo responde a una inclinación general, derivada a su vez —en sus formas no legítimas— de falta de seriedad frente a problemas de tipo lingüístico.

Muchas veces cuando, en contextos no jurídicos, preguntamos “¿Qué es X?”, esta pregunta ambigua no busca, como en otros casos, una definición de la palabra “X”, ni una descripción de la cosa X, ni un encasillamiento de ella respecto de una particular propiedad que tenemos tácitamente en mira. Lo que buscamos es una *clave* que nos brinde el acceso a todos los hechos relevantes acerca del objeto X en una fórmula breve. En otros términos, pedimos que se nos destaque un hecho acerca de la cosa X del que se pueda deducir todo lo que es verdad respecto de ella. Así, para valarme de un ejemplo de Richard Robinson —a quien sigo en esta parte— cuando preguntamos “¿Qué es el Cristianismo?”, o “¿Cuál es la esencia del mensaje de Cristo?” esperamos que se nos dé una respuesta breve, quizás una so-

<sup>1</sup> *Definition*, Oxford University Press, Oxford, 1954, pág. 163.

máxima, de la que puedan derivarse todas las enseñanzas de Jesús.

Buscamos —dice Robinson— una especie de llave única para un gran edificio. Tal cosa, posible en la geometría, no se puede conseguir siempre. Esas supuestas definiciones claves tienen que incluir, o presuponen, una decisión estipulativa. Porque “es muy improbable —dice nuestro autor— que alguna definición o fórmula breve pueda generar afirmaciones verdaderas acerca de todos los tipos de fenómenos efectivamente cubiertos por el uso común de la palabra, ya que es muy improbable que la palabra cubra un campo totalmente homogéneo”.

Es eso lo que buscan los juristas, me parece, cuando tratan de hallar, por encima o por detrás de las reglas positivas del sistema, en cierto campo o sector, la “naturaleza jurídica de una determinada institución”. De allí brotan en tropel una multitud de teorías encontradas. Las pesquisas y las polémicas suelen estar, desde el comienzo, envueltas por una espesa maraña de confusión acerca del verdadero alcance de la tarea que se cumple y de los desacuerdos que sus distintos resultados originan. En ciertos casos, parece imposible alcanzar claridad o avenimiento. Y ello, porque no sabemos bien qué es lo que quiere decir la afirmación: “Tal es la naturaleza jurídica del concordato”, ni sabemos bien en qué consiste precisamente la discrepancia cuando otro nos refuta “No, la naturaleza jurídica del concordato no es esa sino esta otra”, ni tampoco sabemos bien cuál es el criterio para decidimos por una de las dos afirmaciones discrepantes.

Hace algunos años escribí estas palabras, quizás un poco duras, que vienen ahora al caso <sup>2</sup>.

Las afanosas pesquisas de los juristas por “descubrir” la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe.

Al preguntarse por la “naturaleza jurídica” de una institución cualquiera los juristas persiguen este imposible: una justificación

<sup>2</sup> Prólogo a la excelente monografía de Eugenio Bulygin, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Abeledo-Perrot, 1961.

NATURALEZA JURIDICA, INTERROGANTE  
ESTÉRIL.



ficación *única* para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. Es decir, aspiran a hallar un último criterio de justificación que valga tanto para los casos típicos como para los que no lo son. Por supuesto que no hay tal cosa. El fin de ella, sin embargo, no obedece meramente a un obstinado capricho. Varios factores ayudan a explicar el fenómeno:

a) El deseo de los juristas de procurarse una *guía* para resolver aquellos casos cuya solución no puede extraerse de las normas del sistema;

b) El deseo —muchas veces no consciente— de conseguir el propósito expresado sin abdicar de estas dos ideas, que definen cierta forma de positivismo jurídico: 1) el orden jurídico es completo, no tiene lagunas: las soluciones de *todos* los casos concretos pueden ser deducidas de las normas del sistema, siempre que sepamos integrar a éstas con una adecuada captación de la naturaleza jurídica de las figuras que aquéllas diseñan; 2) no se puede de buena ley fundar la decisión frente al caso concreto en las consecuencias de adoptar tal o cual solución;

c) El deseo de hallar un punto de partida incontestable para la ulterior tarea de clasificación y sistematización;

d) En cierta medida, el deseo de emparentar las instituciones de aparición reciente con otras de linaje ilustre, atenuando así el choque de la novedad mediante su absorción por un modo familiar de ideas ya elaboradas.

La conclusión que entonces aventuré fue ésta: no es correcto hablar de la "naturaleza jurídica" de tal o cual institución, ya que ello, si bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización.

A ello quiero agregar ahora que las discusiones sobre las puestas naturalezas jurídicas, en cuanto los contendores hacen claramente cargo de lo que están buscando, ni de la verdadera causa de su desacuerdo, son a la vez estériles e insolubles. El despilfarro de esfuerzos se origina, en este caso, en lo siguiente: se piensa que cada vez que un conjunto de reglas se presenta con una determinada unidad, que lo hace acreedor a una

nación unificadora, esa designación es el nombre de una entidad *sui generis*, poseedora de alguna característica o propiedad central (su naturaleza jurídica) de la que derivan, como quien dice en forma genética, todas las reglas del sector en cuestión, y también otras que, si bien no están contenidas expresamente en él, son "engendradas" —al igual que las primeras— por la fecunda idea central, o naturaleza jurídica. Este modo de presentar las cosas es, según Heck<sup>3</sup>, un resabio del pensamiento de la Escuela Histórica, que ha perdurado en la teoría jurídica de Europa Continental mucho después que las banderas de aquel movimiento romántico fueron arriadas.

Se trata, en suma, de un exceso cometido al amparo de la pretensión de dar definiciones reales, o de explicitar el verdadero, único o último significado de ciertas expresiones de estructura y comportamiento muy complejos.

Parásitas de las controversias sobre la naturaleza jurídica de tal o cual institución, son las numerosas polémicas que versan sobre si determinada característica es de la "esencia" de una institución, o simplemente de su "naturaleza". No vale la pena detenerse en ellas.

## 5. CONTROVERSIAS GENERADAS POR UN DESACUERDO VALORATIVO ENCUBIERTO

Existen muchos otros tipos de desacuerdos o seudodesacuerdos dignos de presentación y análisis. Como no puedo ocuparme de todos ellos prefiero dedicar lo que resta a un tipo especial, estrechamente conectado con el uso o función emotivos de ciertas palabras que aparecen con frecuencia en el campo de la teoría jurídica y en el de la teoría política.

Cuando están de por medio esas palabras, la pretensión de dar "definiciones reales", esto es, de "descubrir" el significado "verdadero" de una palabra o expresión, asume la forma de lo

<sup>3</sup> *Begriffsbildung und Interessensjurisprudenz*, traducido al inglés en el volumen *The Jurisprudence of Interests*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1948, págs. 99-256.



que Stevenson ha llamado "definiciones persuasivas". De ellas me ocupé, rápidamente, en la primera parte<sup>4</sup>.

Una definición persuasiva es una especie de trampa verbal que se tiende al oyente o al lector. Tomemos una palabra que en el uso común tiene una fuerte carga emotiva, por ejemplo "cultura". Esta palabra tiene, a la vez, un uso neutro o puramente descriptivo, que es el que se le da en los tratados de antropología. Allí se habla de la cultura de los arunta o de los hotentotes, sin que ello importe sugerir que estos caballeros hayan alcanzado un aceptable grado de refinamiento en algún aspecto. En el uso corriente, por el contrario, el sustantivo "cultura" y el adjetivo "culto" tienen, como señalé, un fuerte significado emotivo, de naturaleza, claro está, aprobatoria, mientras que el significado descriptivo de ambas palabras es altamente impreciso. No todo el mundo quiere decir lo mismo cuando califica a un hombre de "culto", aunque en todos los casos ello evidencia una actitud aprobatoria y de recomendación. En tales circunstancias adjudicar a la palabra "cultura" un significado descriptivo preciso por vía de supuesta definición, y sostener por ejemplo, que la verdadera cultura es el conocimiento de las ciencias físicas, matemáticas y de las técnicas derivadas de ellas, o que la verdadera cultura no es eso sino el conocimiento de las humanidades, o que un hombre verdaderamente culto no es el que conoce cosas, sino el que sabe conducirse sin hacer papelones en ciertos círculos sociales, etc. es una manera de dirigir la carga emotiva de la palabra en una determinada dirección, para colocar bajo una luz favorable ciertas actividades, como si ellas, y sólo ellas, fueran dignas de encomio, desde el particular punto de vista del juego.

Formular una "definición persuasiva" es, por lo tanto, recomendar un ideal, modificando el significado descriptivo de la palabra sin cambiar su significado emotivo. Otras veces lo que se procura es destacar la importancia de ciertos aspectos o circunstancias que se consideran injustamente desatendidos. Tal es el papel de las llamadas definiciones "re-enfáticas" (Stevenson, *Ethics and Language*, XIII, 3).

<sup>4</sup> Ver *supra*, págs. 23-24.

Estos juicios de valor encubiertos no sólo se ocultan tras la apariencia de definiciones. También suelen cubrirse con el ropaje de descripciones, en cuyo caso generan disputas que parecen disputas sobre hechos. Esto último ocurre con frecuencia en el campo de la teoría jurídica, donde abundan las discrepancias valorativas disfrazadas de otra cosa.

No hace mucho me ocupé de una de ellas, y como me parece buen ejemplo, volveré sobre el particular. Me refiero a la encendida polémica que se ha generado en torno a la verdad o falsedad de una proposición de cuatro palabras: el lacónico y explosivo enunciado "los jueces crean derecho"<sup>5</sup>.

### III. "LOS JUECES CREAN DERECHO" (Examen de una polémica jurídica)

#### 1. LA CONTROVERSIA

El enunciado que sirve de título principal a este apartado ocupa el centro de una agitada polémica entre nuestros juristas. Puede decirse sin exageración que éstos se hallan divididos, a su respecto, en dos bandos irreconciliables: los que afirman enfáticamente que es verdadero, y los que, con igual énfasis, sostienen que es falso. Para los primeros, la posición de los segundos importa negar una característica obvia de la práctica del derecho, y —se suele agregar— ello sólo puede explicarse como una forma de ceguera o de torpeza mental. Para los segundos, la posición de los primeros importa desconocer una distinción tan elemental como la que existe entre las nociones de creación

<sup>5</sup> Lo que sigue es una reproducción, con ligeros retoques, de mi trabajo "Los jueces crean derecho", publicado en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV. En la exposición oral hice una síntesis del mismo; la lectura de la versión taquigráfica me hizo ver la conveniencia de reproducir aquí (sin cortes) la versión original. Ello evitará —creo— riesgos de confusión. Ya el profesor Ves Losada ha sostenido que mi trabajo constituye una apreciable contribución al caos (ver su comentario al mismo en el número 1 de *Notas de Filosofía del Derecho*, pág. 48). No quiero hacerme realmente acreedor a ese reproche.

y aplicación de normas jurídicas, negar la evidente fuerza obligatoria del derecho y, por lo tanto, fomentar la anarquía y el caos, lo que —se suele agregar— sólo puede explicarse como una forma de predilección por el mal.

La polémica ha asumido en ocasiones un tono de particular vehemencia. Poco y nada se ha progresado, empero, en la eliminación del desacuerdo. Por el contrario, éste parece haberse agravado por la misma discusión. En tales circunstancias puede resultar útil, ensayar un bosquejo de análisis de algunos aspectos del significado o significados de “los jueces crean derecho”, para procurar esclarecer el alcance de la controversia. Tal es la finalidad de estas líneas.

Antes de entrar en tema quiero destacar dos cosas. Primero, que todo cuanto se expresa en lo que sigue se refiere a la afirmación de “los jueces crean derecho” (y a su negación) con el significado que efectivamente tienen dichos enunciados en el contexto polémico en que aparecen. Segundo, que lo que diré ha sido pensado teniendo en vista la disputa tal como se presenta entre los juristas del ámbito jurídico de Europa continental, en particular del nuestro; en el mundo del *common law* jueces y otros factores que requerirían una consideración especial que no puedo dedicarle aquí.

## 2. ¿ES UNA CUESTION DE HECHO?

La situación es, a primera vista, profundamente desconcertante. El desacuerdo versa, al parecer, sobre qué es lo que hacen los jueces. Unos dicen que crean derecho; otros lo niegan rotundamente. ¿Será posible, cabe preguntar, que los juristas no hayan podido ponerse de acuerdo respecto de un hecho tan fácilmente verificable? La labor de los jueces no se desarrolla en el misterio sino a la vista de todo el mundo; constituye un aspecto central del funcionamiento de cualquier sociedad organizada. Los miembros de la magistratura no se reclutan entre los iniciados de alguna secta esotérica; tienen el mismo adiestramiento básico que los protagonistas de la controversia. Los fallos judiciales se publican, analizan, discuten

impugnan. ¿Cómo es posible, entonces, que los teóricos del derecho sigan discrepando acerca de qué es lo que hacen los jueces? ¿Qué esperanzas podemos razonablemente depositar en una empresa con pretensión científica que no consigue acuerdo sobre una cuestión al parecer tan circumscripita? ¿Qué pensaríamos de la ciencia botánica y de sus cultores si en su ámbito persistiera una encendida controversia acerca de la verdad de la proposición “los robles producen bellotas”? Estas preguntas reflejan el desconcierto aludido más arriba y reclaman una urgente respuesta.

## 3. ¿ES UNA CUESTION PURAMENTE VERBAL?

Hay una manera seductoramente simple de terminar con el problema: sostener que el desacuerdo no versa sobre hechos sino que es puramente terminológico, una mera cuestión de palabras. El argumento podría desarrollarse más o menos así:

A diferencia de “los robles producen bellotas”, “los jueces crean derecho” es un enunciado altamente ambiguo. Los términos que lo componen tienen muchos diferentes significados posibles, y también los tiene el todo. En algunos significados el enunciado es verdadero y en otros es falso. Si reemplazamos la fórmula originaria ambigua por el conjunto de proposiciones diversas que la aparente unidad de aquélla encubre, los protagonistas de la disputa concordarán en cuanto a la verdad o falsedad de cada una de las proposiciones resultantes. Quedará demostrado así que la discrepancia inicial era consecuencia de no haber precisado el sentido de los términos en uso. Una vez efectuada esa clarificación desaparece todo desacuerdo pues este es puramente terminológico.

Para ello bastaría, quizás, con:

a) precisar si en la disputa la expresión “los jueces” se usa como sinónimo de (1) “cada uno de los jueces” o de (2) “el conjunto de los jueces, o los jueces como cuerpo”;

b) estipular un significado libre de vaguedad —en sentido restringido— para el vago término “crean”<sup>6</sup> y, una vez hecho eso,

<sup>6</sup> “Crear”, “creador”, “creación” son palabras vagas; en muchos casos el uso no nos indicará con claridad si la situación queda adecuada-

precisar si, en el contexto, "crean" significa (3) "siempre crean" o (4) "dadas ciertas circunstancias crean"; y

c) precisar el significado o significados que, en el contexto de la polémica, puede tener la multívoca palabra "derecho" que tanto puede querer decir allí (5) "normas generales sancionadas por el legislador", o (6) "normas generales, legislativas o no, impuestas por el poder público, incluido los jueces", o "normas generales, legislativas o no, impuestas por el poder público, incluidos los jueces, o normas individuales que no son mera deducción a partir de aquellas normas generales", o "normas —generales o individuales— impuestas por el poder público, incluidos los jueces".

Si para eliminar la ambigüedad de "los jueces crean derecho" sustituimos ese enunciado por las proposiciones que resultan de las clarificaciones y precisiones sugeridas, desaparece toda discordancia. Pues entonces aquel enunciado puede que decir, simplemente, algunas de estas cosas:

I) "El conjunto de los jueces, dadas ciertas circunstancias elaboran, normas generales" (significado incluido en [(2) (4) + (6)]);

mente descripta por ellas. En nuestro caso, ¿vamos a exigir una creación *ex nihilo*? ¿Nos vamos a conformar con la introducción de un cambio sustancial en lo existente, incluso con la de cualquier modificación o añadido? Y si adoptamos el *test* del cambio sustancial que por un lado reduce el peligro de que "crear" quede sin aplicación posible y, por otro, no trivial el uso de esa palabra, ¿qué habremos ganado con sustituir un término vago por una fórmula que incluye otro, "sustancial", que por la vaguedad en persona? Quien resuelve un caso por aplicación de una regla que resulta de combinar otras reglas de modo original, ¿ha "creado" algo, en el sentido del *test* intermedio que examinamos? La misma pregunta puede formularse respecto de aquel que adjudica sentido a un término vago frente a un caso no típico que se presenta por vez primera. Las dificultades para atribuir a "crear" uno o varios significados descriptivos precisos son enormes, y en ello, —así como en la fuerte carga emotiva que en el contexto lleva consigo la palabra— está, quizás, la raíz de la controversia. Ver *infra* apartado 4 (v). Aquí asumimos, a riesgo de dejar a un lado algo demasiado importante, que las partes estipulan un significado descriptivo unívoco (o varios) para "crean".

II) "Los jueces, es decir cada uno de ellos, siempre dictan sentencias" [significado incluido en (1) + (3) + (8)];

III) "En ciertas circunstancias los jueces dictan sentencias que no son el resultado de una mera deducción a partir de normas generales preexistentes" [significado incluido en (1) + (4) + (7)].

La afirmación (I) importa reconocer el carácter de fuente de derecho autónoma pacíficamente asignado a la jurisprudencia. La afirmación (II) es una verdad de Perogrullo que no ha de conmover a nadie y con la que nadie puede honestamente disentir. La afirmación (III) tampoco suscitará divergencias siempre que las partes entiendan lo mismo por "mera deducción".

Paralelamente puede ser que al sostener la falsedad de "los jueces crean derecho" todo cuanto se quiera decir sea una de estas dos cosas, o ambas:

IV) "Es falso que los jueces, ya actuando individualmente, ya como cuerpo, dicten leyes" [significado (1 y 2) + (3 y 4) + (5)];

V) "Es falso que los jueces actuando en forma individual dicten normas generales" [significado (1) + (3 y 4) + (6)].

Es perfectamente posible que los antagonistas originarios concuerden acerca de (IV) y (V), sin que al sostener la falsedad del enunciado "los jueces crean derecho" se pretenda, por lo demás, negar la verdad de (I) y [(II) o (III)], que, por otra parte, sería todo lo que quieren afirmar quienes lo afirman.

Al comienzo de este apartado dije que reducir la controversia a una cuestión puramente verbal era una vía seductoramente simple. Quiero decir ahora que, además, es una manera engañosamente fácil de terminar con el problema. Es concebible, en efecto, que después de efectuadas todas las sustituciones del caso, y exhibidas las concordancias existentes, una de las partes exprese: "Todo está muy bien, pero cuando yo sostengo que los jueces crean derecho no me limito a afirmar cosas tan obvias como 'los jueces dictan sentencias' o 'la jurisprudencia es elaborada por los jueces'. Tampoco me limito a admitir el hecho indiscutible de que, a veces, las sentencias judiciales no son mera deducción a partir de la ley". Es concebible, además, que a otra parte agregue: "Y cuando yo digo que los jueces no crean

derecho no me limito a negar que los jueces sancionan leyes, pero lo que la sentencia de un juez sea una norma general obligatoria para sus colegas".

Uno y otro pretenden que "los jueces crean derecho" algo más que en lo que nuestro análisis le hemos hecho. Y respecto de ese "algo más" el desacuerdo subsiste, porque ambas partes pueden decir a dúo: "Estamos de acuerdo en todo lo que usted ha señalado, a saber (1) que los jueces nunca dictan leyes; (2) que el conjunto de los jueces, en ciertas circunstancias, establecen jurisprudencia; (3) que los jueces siempre dictan sentencias; (4) que las sentencias judiciales, en ciertos casos, no constituyen una pura deducción a partir de la ley; y (5) que una sentencia judicial no constituye una norma general obligatoria para otros jueces. Pero no obstante ello estamos en desacuerdo respecto de una cosa *distinta*, a saber, si los jueces crean derecho".

A esta altura de las cosas podemos tomar uno de dos caminos: o hacemos oídos sordos a estas protestas, decretando que ellas son ininteligibles, un mero sinsentido, o bien tratamos de explicarnos la trama de tan pertinaz desacuerdo. Me parece preferible el segundo.

#### 4. LA CONTROVERSIA COMO DESACUERDO DE ACTITUD

Reduciré lo que sigue a la enunciación de una serie de hechos que creo que pueden demostrarse, pero cuya demostración no voy a intentar aquí:

i) Es cierto que la divergencia entre los juristas que afirman "los jueces crean derecho" y los que lo niegan no es un desacuerdo de hecho sobre lo que hacen los jueces (Ver supra, p. 2). Tampoco es una disputa puramente verbal (ver *supra*, p. 2). Aunque hay de por medio, claro está, la elección de ciertas palabras verbales. Se trata, en lo sustancial, de lo que con terminología de Stevenson llamaremos un "desacuerdo de actitud".

<sup>7</sup> Charles L. Stevenson, *Ethics and Language*. Yale University Press, Cap. 1, "Tipos de acuerdo y desacuerdo"; apartado 2, "Desacuerdo de creencia y desacuerdo de actitud". "Comencemos distinguiendo amplias clases de desacuerdos. Podemos hacer esto de una manera totalmente general, suspendiendo en forma temporaria cualquier decisión

ii) Este desacuerdo de actitud versa sobre dos cosas: a) sobre lo que *deberían* hacer los jueces; y b) sobre lo que *deberían* hacer los juristas al teorizar acerca de la labor judicial. Para quienes afirman "los jueces crean derecho", los jueces deberían impuñar más resueltamente el haz de sus atribuciones y actuar con clara conciencia de la importante función que les toca cumplir en la sociedad; y los juristas deberían atender más a los hechos y problemas concretos que aparecen al nivel de la función judicial y dedicar menos atención al irreal mundo de las normas generales. "Los jueces crean derecho" resume o destaca esta doble actitud, del mismo modo que, en el contexto de la polémica, su negación resume o destaca la actitud opuesta.

iii) El significado de "los jueces crean derecho" y el de su negación *tienen* que ser aprehendidos en el contexto en que típicamente se formulan ambos enunciados, que es el de la polémica a que he venido refiriéndome. El uso que reciben allí esos enunciados *no es descriptivo*. Al sostener "los jueces crean de-

recho" se afirma de qué clase es más típica de la ética normativa, y extrayendo nuestros ejemplos de otros campos. Los desacuerdos que tienen lugar en la ciencia, en la historia, en la biografía y en sus contrapartidas en la vida cotidiana, sólo requerirán breve consideración. Los problemas sobre la naturaleza de la transmisión de la luz, los viajes de Leif Ericsson, y la fecha en que Jones llegó tarde a tomar el té, se asemejan todos en que ellos pueden encerrar una oposición que es primariamente de creencias... En tales casos un hombre cree que p es la respuesta, y otro cree que es no-p, o bien uno trata de dar algún tipo de prueba de su opinión, o revisarla a la luz de información adicional. Llamaremos a esto 'desacuerdo de creencias'. Hay otros casos, que difieren agudamente de éstos, que pueden ser llamados 'desacuerdos' con igual propiedad. Ellos implican una oposición, a veces insinuada y gentil, a veces enérgica, que no es de creencias, sino de actitudes, es decir, una oposición de propósitos, aspiraciones, necesidades, preferencias, deseos, etc. Llamaremos a los desacuerdos de este tipo 'desacuerdos de actitud'... Los dos tipos de desacuerdo difieren principalmente a este respecto: el primero tiene que ver con la forma como las cosas han de ser fielmente descriptas y explicadas; el último tiene que ver con la forma como han de ser preferidas (*favoured*) o no preferidas, y, por ello, con la forma como ellas han de ser conformadas por los esfuerzos humanos". (La traducción es mía). Ver también Stevenson, *The Nature of Ethical Disagreement*, en Feigl y Sellars, *Readings in Philosophical Analysis*, Appleton Century-Crofts Inc., 1949, pág. 587.

CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO. CUESTIÓN DISCUTIDA. SOLUCIÓN.

recho" no se pretende suministrar cierta información sobre que hacen los jueces, sino destacar o subrayar, para fines prácticos y teóricos, la enorme *importancia* que tiene la labor judicial en la dinámica de los fenómenos jurídicos. Se apela para a un *slogan* vívido, encaminado a obtener que quienes han entendido crónicamente la función judicial por considerarla actividad secundaria se sientan movidos a ocuparse de ella. En el contexto de la polémica "los jueces crean derecho" no tiene a describir el quehacer judicial sino que procura suscitar o provocar ciertas reacciones. El enunciado "los jueces no crean derecho", en ese mismo contexto, es vehículo de la actitud opuesta.

iv) El *slogan* que nos ocupa puede llegar a alcanzar una formulación extrema que tiene cierto aire de paradoja. Allí, quizás, se hace más patente el carácter no descriptivo del enunciado. De "los jueces crean derecho" se pasa a la expresión, mucho más fuerte, "sólo los jueces crean derecho" o "todo el derecho es creado por los jueces" (John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 125). Tal es el grito de batalla del realismo jurídico norteamericano, movimiento que ha procurado por sobre todo reformar el estado de cosas existente, no describirlo<sup>8</sup>.

v) La verdadera índole de la cuestión queda usualmente encubierta porque el enunciado "los jueces crean derecho" (como su negación) pareciera estar describiendo el quehacer de los jueces. En presencia de casos como éste podemos hablar de enunciados "pseudo-descriptivos" o, tal vez mejor, de un "pseudo-descriptivo" del lenguaje. La expresión "crear derecho" posee una poderosa carga emotiva que es factor central en esa dimensión "pseudodescriptiva" del enunciado. "Crear" significa, en la mayoría de los contextos, que lo que se hace es importante. Llamar a alguien el "creador" de algo, y a este algo "creación", traduce, bastante claramente, una actitud de aprobación o reconocimiento.

<sup>8</sup> Kelsen analiza "all the law is judge-made law" en *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pág. 150. Sobre el realismo jurídico y el llamado "escepticismo ante las reglas" véase Hart, *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, Depalma, 1961, págs. 24/40. El *Concepto de Derecho* Abeledo-Perrot, 1963, Cap. I, "Formalismo y escepticismo ante las reglas", págs. 155 y sigtes.

No es necesario abundar mucho, por otra parte, para poner de manifiesto el carácter encomiástico que tiene, prácticamente en todos los contextos, la palabra "derecho". El agregado "crear derecho" tiene el significado emotivo de "hacer algo muy importante y digno", significado emotivo que obviamente no posee "dictar sentencias".

vi) En relación con esto último cabe señalar, además, que el carácter "pseudo-descriptivo" (y encubiertamente emotivo-descriptivo) está en función de la altura de nivel, por decir así, a que se pretende colocar la referencia. Tomemos un ejemplo de Perelman. Frente a la misma situación de hecho podemos contestar a la pregunta "¿Qué está haciendo Fulano?" de las siguientes maneras: "Fulano está fabricando tornillos", o "está trabajando en la fabricación de topadoras", o "se está ganando el sustento", o "está colaborando en el esfuerzo económico nacional", etc. En cierto sentido todas estas proposiciones se refieren al comportamiento de Fulano. Pero resulta patente que a medida que "ascendemos" de nivel, las proposiciones van perdiendo significado descriptivo y adquiriendo mayor significado emotivo. Puede sostenerse, me parece, que "los jueces crean derecho" está, respecto de "los jueces dictan sentencias", en una relación semejante a la que tienen entre sí "Fulano está colaborando con el esfuerzo económico nacional" y "Fulano está fabricando tornillos".

vii) El uso de expresiones pertrechadas de una alta dosis de carga emotiva para dirigir las actitudes o el comportamiento humano es característico del vocabulario político, en sentido amplio. Dichas formas de expresión están destinadas a proporcionar

<sup>9</sup> Al preparar las conferencias advertí algo que no había visto cuando escribí el artículo. A saber, que la palabra "derecho" puede tener en el contexto de esta polémica, por lo menos para uno de los sectores, un sentido paradójicamente peyorativo: el de "restricción a la libertad propia impuesta por otros hombres, con independencia de nuestro consentimiento". En tal supuesto el agregado "crear derecho" presenta el significado emotivo de "hacer algo muy importante y de consecuencias graves para la libertad individual". Este matiz adicional no afecta, me parece, lo sustancial del desarrollo hecho en el texto, aunque obligaría a afinar el análisis.



nar una "imagen" o "cuadro" capaz de provocar adhesión, subrayar ciertos aspectos insuficientemente atendidos. Ellas describen nada o, al menos, no es ese su uso primario<sup>10</sup>. "Los jueces crean derecho" (o su negación), tal como se da en la polémica que le sirve de contexto, pertenece a esa familia de enunciaciones. No debemos olvidar las numerosas y ramificadas implicaciones políticas que tiene nuestro enunciado. Algunas apuntan al controvertido principio de la división de los poderes y su significado actual; otras remiten al problema de las relaciones entre los organismos legislativos, elegidos por sufragio popular y la judicatura, generalmente designada por métodos no democráticos; otras se refieren al conflicto entre el principio de legalidad considerado como bastión del liberalismo político, y ciertas concepciones de justicia totalitaria que ha conocido nuestro siglo, etcétera.

viii) El hecho de que la divergencia sea básicamente un desacuerdo de actitud: a) explica que la controversia puede subsistir aunque se logre una completa concordancia en cuanto a los hechos y se llegue a estipular una notación descriptiva unívoca y precisa; y b) pone de manifiesto lo inadecuado de la postura de quienes se empeñan en ventilar la controversia como si se tratara de una divergencia sobre lo que hacen los jueces. Tal es el resultado que del problema conduce a una interminable reiteración de posiciones originarias y, en definitiva, a la exasperación y cansancio.

<sup>10</sup> Ver Margaret Mac Donald, "The Language of Political Thought", publicado en *Essays on Logic and Language*, editados por A. G. Flew, 1ª Serie, Blackwell, 1960, pág. 167. Ver también Stephen Min, *Reason in Ethics*, Cambridge at the University Press, 1960, pp. 195-199.

## NOTAS Y COMENTARIOS

### 1. EL CARACTER CONVENCIONAL DEL LENGUAJE (APARTADO I)

Ya San Agustín dividió a los signos en naturales y convencionales. Los primeros son aquellos que, con independencia de toda intención o deseo de usarlos como signos, conducen al conocimiento de algo distinto; así, por ejemplo, el humo es signo de fuego. La conexión se basa en la experiencia (*De la doctrina cristiana*, Libro II, cap. 1, ap. 2). Los signos convencionales, en cambio, son aquellos que los seres vivos intercambian mutuamente con el propósito de mostrar sus sentimientos, percepciones o pensamientos (*ob. cit.*, Libro II, cap. 2, ap. 3). Entre estos signos el lugar principal corresponde a las palabras (*ob. cit.*, Libro II, cap. 3, ap. 4). En cuanto a signos convencionales, ellas afectan el espíritu según las convenciones vigentes en la comunidad donde cada hombre vive, y afectan los espíritus de los distintos hombres de distinta manera. Ello es así porque esas convenciones son diferentes. Los hombres no se han puesto de acuerdo en usar las palabras como signos porque éstas tengan ya significado; por el contrario, ellas tienen ahora significado porque los hombres se han puesto de acuerdo al respecto (*ob. cit.*, Libro II, cap. 24, ap. 37).

La distinción entre signos naturales y convencionales, y la inclusión de las palabras entre los últimos, son hoy moneda corriente (ver, por ejemplo, Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, pág. 109).

## 2. LAS DEFINICIONES EN LAS DISCIPLINAS FORMALES FUERA DE ELLAS (APARTADO I)

Expresa Max Black en "Definition, Presupposition and Assertion", incluido en *Problems of analysis*, Routledge & Kegan Paul, Londres 1954, págs. 24-45: "Cuando los lógicos hablan de la definición de un término, por lo común tienen en mente el análisis o la descripción de la connotación de ese término. Aquí un enunciado característico: 'Definir un término es expresar su connotación o enumerar los atributos que implica. Así, el paralelogramo como figura cuadrilátera de lados paralelos'. Una definición de ese tipo proporciona una condición necesaria y suficiente para la aplicación del término; de ese modo, una definición es correctamente llamada 'paralelogramo' si y solo si es una figura cuadrilátera y tiene lados paralelos. Otra manera de plantear la cuestión es decir que las cosas a las que se aplica el término (esto es, su extensión) constituyen una clase delimitada en forma tajante: todo cuanto existe tiene que hallarse totalmente dentro de la clase de los paralelogramos o totalmente fuera de ella. El criterio necesario y suficiente para la aplicación del término 'paralelogramo' proporciona un *test* concluyente para determinar la pertenencia a la extensión de ese término, esto es, la pertenencia a la clase correspondiente".

"No es accidental que los ejemplos favoritos de este tipo de definición tradicional de definición *per genus et differentiam* se extraigan de las matemáticas. Porque en un *calculus* tales definiciones suelen ser prácticas y útiles. Puesto que los términos de tal *calculus* suelen ser 'no interpretados', las reglas que los conectan pueden ser tan simples como las del ajedrez. Pero tan pronto como pasamos de la matemática 'pura' a la 'aplicada' se hace difícil hallar definiciones del tipo tradicional que sea precisa y útil. El tipo de definición que consiste en dar la connotación de un término en la forma de una condición necesaria y suficiente que determine una clase, lejos de ser normal o sólita, es algo excepcional y poco practicable".

Seguidamente Black se ocupa de los problemas que surgen con la definición de términos actual o potencialmente vagos, como son "todos los términos familiares de las artes y oficios, del

recho, de la política, de la educación, de la estética, etc." (*ob. cit.*, pág. 28). Aquí no es posible usar aquella técnica de definición. Ella tiene que ser reemplazada por la exhibición de 'paradigmas' y la elucidación de los múltiples y complejos criterios de aplicación de la palabra, que no acota una clase nítidamente deslindada, sino un campo de contornos imprecisos" (ver en el texto, Primera Parte, III, 3 y 4).

## 3. DEFINICIONES LEXICAS Y ESTIPULATIVAS (APARTADO I)

Sobre esto (y, en general, sobre el problema de la definición) véase el libro de Richard Robinson, *Definition*, Oxford at the Clarendon Press, Oxford, 1954. El cap. III se ocupa de las definiciones léxicas y el IV de las estipulativas.

En cuanto a las llamadas "definiciones reales", véase el cap. VI, donde Robinson analiza con gran penetración las diversas actividades que ese rótulo común encubre, y concluye por sugerir la conveniencia de reservar la palabra "definición" para las definiciones de palabras (o "nominales"). "Propongo que por 'definición' signifiquemos siempre un proceso relativo a símbolos... y que nunca usemos 'definición' para referirnos a un proceso que no es acerca de símbolos, porque con ese uso aquel término es ambiguo y debería ser reemplazado por palabras más específicas" (*ob. cit.*, pág. 191). Sobre algunas de las heterogéneas actividades cubiertas por el rótulo común "definiciones reales" y sobre su incidencia en el problema que aquí nos ocupa, ver en el texto Apartado II, e *infra*, notas 5 y 7.

## 4. SOBRE LOS SIGNIFICADOS "INTRINSECOS", "VERDADEROS" O "REALES" (APARTADO I)

Ya hemos visto, con San Agustín, que el lenguaje es convencional (*supra*, nota 1). No obstante ello, desde tiempos remotísimos, y hasta nuestros días, los hombres se afanan en buscar el significado "intrínseco", "verdadero", "real", etc., de las



palabras, como si en ellas residiera algún valor propio, independiente de las reglas de uso que les asignan tal o cual función. La denuncia de la inutilidad de esa pesquisa y de los peligros que ella implica, véase Weldon, *The vocabulary of politics*, Guin, Londres, 1953, págs. 11-12 y 17-30, Kantorowicz, *definition of law*, Cambridge at the University Press, 1958, I (hay una reciente traducción castellana editada por Rev de Occidente, con errores difícilmente excusables); Robinson *ob. cit.*, págs. 153-56, etcétera.

Weldon (*ob. cit.*, págs. 11-12) critica la "creencia primaria, y generalmente no cuestionada, de que las palabras, y especial las que normalmente aparecen en las discusiones políticas —términos tales como 'Estado', 'ciudadano', 'derecho', 'libertad'— tienen significados intrínsecos o esenciales, que los filósofos políticos deben descubrir y explicar. Sócrates, con esas investigaciones comienza la filosofía occidental, dio por sentado que 'justicia', 'coraje', 'templanza', así como 'Estado', nombres de cosas, y se puso a descubrir las cosas que esas palabras nombran".

Ese tipo de creencia fue "peligrosamente equívoco, porque condujo insensiblemente a la presuposición adicional de que el análisis de las palabras y de las formas lógicas podía por sí proporcionar información sobre cuestiones de hecho. Se creía que con solo pensar, sin ninguna observación o consideración de los hechos concretos, era posible hallar los significados verdaderos de las palabras, y que este proceso, por alguna vía indefinible, daría información sobre la naturaleza y relaciones de las cosas a las que las palabras se refieren. ...

... La investigación, sin embargo, está condenada a la esterilidad, porque las palabras no tienen significado en ese sentido; simplemente tienen usos. No hay nada divino o mágico acerca de 'justicia' o 'libertad'; solo son parte del aparato verbal de que nos valemos para describir y criticar ciertos tipos de conducta humana. Ellas no son el nombre de Ideas o arquetipos... porque no son el nombre de nada. Conocer sus significados es saber cómo usarlas correctamente, esto es, de modo que sean generalmente inteligibles" (*ob. cit.*, pág. 19).

## 5. DEFINICIONES REALES (APARTADO I)

Robinson comienza así el capítulo VI de *Definition*: "Los capítulos anteriores, salvo el primero, han versado sobre la definición de palabras. Según un gran número de excelentes pensadores hay también otro tipo de definición, a saber, la de cosas. Los inventores de la noción de definición, Sócrates y Platón, obviamente sólo pensaban en las definiciones de cosas y en modo alguno en la de palabras. La búsqueda de la definición de piedad en el *Eutifron* es ciertamente una pesquisa acerca de la cosa piedad, no acerca de la palabra "piedad". Sócrates no le pregunta a Eutifron qué es piedad porque esa palabra sea nueva para él, o porque no se le ocurra un método efectivo para enseñar el uso de ella a quienes no lo conocen. Sócrates no formula una pregunta sobre la palabra 'piedad', sino que usa esa palabra para formular una pregunta sobre la cosa piedad, y da por sentado que su interlocutor y él ya conocen el uso de la palabra" (*ob. cit.*, pág. 149).

Robinson señala poco más adelante que la creencia de que hay algo así como definiciones de cosas ha sido sustentada por pensadores ilustres, y se pregunta si ella es verdadera. "Mi respuesta es que la búsqueda de definiciones reales, iniciada por Sócrates y seguida hasta nuestros días, no ha sido una actividad de tipo único; ha incluido varias clases distintas de actividades. Quienes las practican no han percibido esas diferencias y han considerado que tales actividades son una misma cosa: definición. Una de ellas, al menos, es decididamente mala, porque presupone algo falso, mientras que las otras son malas en el confuso estado en que aparecen bajo el rótulo de definición, pero pueden ser buenas si se las desenmaraña" (*ob. cit.*, pág. 152).

A continuación distingue doce actividades diferentes que se ocultan bajo aquella engañosa denominación unitaria. Me interesa aquí recordar cinco de ellas:

- 1) La definición real como búsqueda de una inexistente identidad de significado (*ob. cit.*, págs. 152-53).
- 2) La definición real como búsqueda de esencias (*ob. cit.*, págs. 153-56);

3) La definición real como tautología directamente derivada de una definición nominal (*ob. cit.*, págs. 158-61);

4) La definición real como búsqueda de una clave (*ob. cit.*, págs. 162-65); y

5) La definición real como adopción y recomendación de ideales (*ob. cit.*, págs. 165-71).

En la nota 7 se verá, espero, por qué destaco esto.

#### 6. LA AMBIGÜEDAD DE LA PREGUNTA "¿QUÉ ES X?" (APARTADO I)

En el libro citado en la nota anterior Robinson se pregunta por qué tantas actividades han sido confundidas bajo el rótulo de definición real. Esta es su contestación: "En la vida muy importante el nacimiento y larga vida de este concepto, definición real, se debe sin duda a la aparición del lenguaje, o por lo menos en los lenguajes indo-europeos, de la forma de pregunta: "¿Qué es x?". La definición real aparece por primera vez en la literatura como respuesta a preguntas de esa forma, hechas por Sócrates. Y el carácter confuso del concepto de definición real es un efecto de la vaguedad de la fórmula "¿Qué es x?". Porque esa es la forma más vaga de pregunta salvo un gruñido inarticulado. La definición real florece por eso, florece la forma de pregunta '¿Qué-es-x?'; y esto último ocurre precisamente porque esa fórmula es vaga. Nos ahorra la molestia de pensar y expresar con exactitud qué es lo que queremos saber acerca de x. Al decir '¿Qué es x?' podemos dejar a nuestro interlocutor la tarea de descubrir qué información buscamos acerca de x buscamos. Podemos usar esa forma de pregunta para expresar un deseo general de recibir cualquier información acerca de x". (*ob. cit.*, pág. 190).

Sobre este mismo problema véase Hart, *Definition Theory in Jurisprudence*, Oxford University Press, 1953 (traducción castellana de Genaro R. Carrió bajo el título "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y Moral*, págs. 93-138): "Preguntas como las que he mencionado: '¿Qué es derecho?', '¿Qué es derecho subjetivo?' presentan

ambigüedad. La misma forma verbal puede emplearse para pedir una definición, o bien la causa, propósito, justificación u origen de una institución jurídica o política".

#### 7. DISTINTOS TIPOS DE DESACUERDOS ENTRE JURISTAS (APARTADO II)

En el texto se distinguen cinco tipos de desacuerdos. Esa lista, que no es ni pretende ser exhaustiva, puede parecer rápida o arbitraria. Creo, sin embargo, que hay "some method in its madness". Está inspirada, en gran medida, en el análisis de las (pretendidas) "definiciones reales" que hace Robinson (ver *supra*, nota 5). He aquí una somera explicación:

a) No hay disciplina menos liberada de "magia verbal" que la que nosotros llamamos, bastante pomposamente, "ciencia del derecho". La búsqueda de significados "reales", "intrínsecos" o "verdaderos" es actividad casi *full time* de los juristas. Tal actitud se conecta con el hecho de que buena parte de los juristas están enrolados, consciente o inconscientemente, en una postura formalista (ver en el texto Parte Segunda, Apartado III, 1). Una de las tesis centrales del formalismo, si no la definitiva, es la que postula la auto-suficiencia del orden jurídico y, con ello, veda recurrir a elementos de juicio valorativos, para argumentar en términos de consecuencias, para fundar soluciones. Solo queda, por lo tanto, el recurso a los conceptos "consuetudinarios" a partir de las reglas positivas.

b) En esa (pretendida) tarea de hallar significados "verdaderos" y formular las correspondientes "definiciones reales" los juristas no siempre coinciden. Mejor dicho, discrepan con alar frecuencia. De hecho aquella faena encubre actividades heterogéneas, mal disimuladas. Esas actividades son, precisamente, algunas de las que Robinson trae a luz. Ellas suelen conducir a conclusiones discrepantes, lo que genera abundantes polémicas que tienen garantizada una vida perdurable. A veces, porque sólo hay una posición de desacuerdo; otras, porque las tesis en juego son rigurosamente irrefutables, pero también rigurosamente vacuas; otras, porque los contendores discuten mal, es decir, no se hacen cargo

de la índole del desacuerdo y dirigen equivocadamente la actividad de su argumentación.

c) En el texto se puntualizan y examinan, muy rápidamente, cinco tipos de desacuerdos entre juristas. Los del primer punto (seudo-disputas originadas en equívocos verbales) y los del tercer punto (disputas sobre clasificaciones) se vinculan a las actividades que Robinson examina bajo los títulos "la definición como búsqueda de una inexistente identidad de significado" y "la definición real como búsqueda de esencias". Los del segundo punto (seudo-desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas) se conectan con la actividad que aquél llama "la definición real como tautología directamente obtenida de una definición nominal". Los del cuarto punto (controversias sobre la "naturaleza jurídica de una institución") tienen que ver con la actividad que Robinson llama "la definición real como la búsqueda de una clave". Los del quinto y último punto (controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto) relacionan con la actividad que el nombrado llama "la definición real como adopción y recomendación de ideales".

#### 8. SEUDO-DISPUTAS ORIGINADAS EN EQUIVOCOS VERBALES (APARTADO II, 1)

Véase Hume, *Treatise*, Sección VIII, Parte I, 62: "It may reasonably be expected in questions which have been canvassed and disputed with great eagerness, since the first origin of science and philosophy, that the meaning of all the terms, at least should have been agreed among the disputant; and our enquiries, in the course of two thousands years, been able to pass from words to the true and real subject of the controversy. . . . From the circumstance alone that a controversy which has been long kept on foot remains still undecided, we may presume that there is some ambiguity in the expressions, and that the disputant affix different ideas to the terms employed in the controversy". Véase también Aristóteles, *Tópica*, Libro VIII, cap. 3; Descartes, *Reglas...*; Regla XIII; Bacon, *Novum Organon*, Libro I, Aforismos 43, 59-60; Locke, *Essay...*, Libro III, cap. V, ap. 4-11 y

cap. IX, ap. 16-17 y 21, cap. X, ap. 21 y 22 y cap. XI, ap. 6 y 7.

En particular, y con referencia al enfoque que aquí adoptamos, consúltese Robinson, *ob. cit.*, pág. 152-3; Weldon, *ob. cit.*, pág. 13; Glanville Williams, "Language and the Law" IV, *The Law Quarterly Review*, vol. 61, oct. 1945, págs. 384-90. De este último autor véase también "The controversy concerning the word 'law'", en Laslett, *Philosophy, Politics and Society*, Blackwell, Oxford, 1956, págs. 134-56, especialmente págs. 148 y sigtes. Williams enumera allí distintos factores, estrechamente ligados entre sí, que, a su juicio, hacen que subsistan muchas disputas jurídicas, que no son otra cosa que "meras cuestiones verbales".

Se ha criticado a Williams que su intento de disolver la mayoría de las discrepancias jurídicas en "meras cuestiones verbales" es demasiado simplista. Se ha sostenido también que, en el mejor de los casos, las afirmaciones de dicho autor solo pueden valer como paradojas, dirigidas a mostrar en forma llamativa que tales desacuerdos no son semejantes a las discrepancias de hecho comunes. Para la crítica véase Hart, "Definición y Teoría...", en *Derecho y Moral...*, págs. 95-96, y *El concepto de derecho*, págs. 6-7. La apreciación mencionada en segundo término es de Wisdom, "Gods" y "Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis", artículos incluidos en *Philosophy and Psycho-analysis*, Blackwell, Oxford, 1957 (ver págs. 157-58 y 249-54).

La creencia de que se tiene firmemente asido el significado único y propio del sustantivo "derecho" y del adjetivo "jurídico" suele ser fuente de afirmaciones intrépidas. Véase, por ejemplo, la admirable ingenuidad del autor de la nota publicada en *La Ley*, tomo 45, págs. 839-46 (especialmente Apartado I, El Derecho en tanto objeto).

Hay un ejemplo mayúsculo de controversia jurídica incurablemente afectada por los dos males que denunciábamos en el apartado II, puntos 1 y 2, del texto. Nos referimos a la ya secular polémica en torno a la noción de "causa" de las obligaciones. Es normal que los juristas empiecen distinguiendo dos acepciones de la palabra causa: 1) como "causa-fuente" y 2) como "causa-fin". La primera acepción suele ser descartada co-

mo no problemática y el examen doctrinario, con su secuencia de disputas, suele converger sobre la segunda. Una vez hecha esa distinción, el método de esclarecimiento cambia. De la palabra causa, en el oscurísimo sentido de "causa-fin", se salta inmediato a la supuesta *entidad* que —se cree— aquella palabra nombra. Irrumpe entonces la pregunta "¿Qué es la causa?", pregunta que es generalmente formulada con la seguridad de que aquella tosca distinción terminológica basta para garantizar un fructífero intercambio de ideas y, eventualmente, la seriedad de la discusión.

Esa pregunta ha recibido numerosas respuestas heterogéneas. Se ha dicho que la causa es la finalidad abstracta, impersonal y objetiva, que cada tipo de acto jurídico lleva en sí el fin inmediato y determinante que las partes han tenido en mira al otorgar el acto; o los motivos expresados en él; o la función económica o social del mismo; o un elemento justificativo de la fuerza obligatoria atribuida al acuerdo de voluntades; y muchísimas cosas más.

Un lego inteligente podría preguntarse cómo es posible que los protagonistas de la polémica no adviertan que, cada uno por su lado, están hablando de cuestiones distintas. Ese mismo lego podría extrañarse ante el hecho de que la tarea de clarificación, que permitió distinguir entre "causa-fuente" y "causa-fin" como dos centros de problemas distintos, se haya detenido tan prematuramente. Y si nuestro lego llegase a leer la completa revista de las posiciones doctrinarias que trae Busso (*Código Civil Anotado*, III, págs. 114 y sigtes.), recibiría, junto con un *shock* de estremecimiento, la impresión de que eso no tiene remedio.

Porque ¿cuántos significados distintos de la palabra causa están en juego en la controversia? ¿Qué sentido tiene preguntarse cuál de ellos es el verdadero? (¿Por qué no indagar también si el significado real de "causa" es "causa-fuente" o "causa-fin"?). ¿Cómo es posible que pensadores serios invoquen seriamente afirmaciones que no son otra cosa que desarrollos analíticos de una decisión previa (la que asignó a la palabra causa el sentido X), para "refutar" otras afirmaciones que, a su vez, no son más que desarrollos analíticos de una decisión pre-

distinta (la de otro pensador que asignó a la palabra causa el sentido Z)? ¿Hay acaso una misma entidad —la causa— que es para unos una finalidad impersonal y abstracta, para otros un cúmulo de móviles concretísimos, para otros un standard valorativo, etc.? ¿O todo cuánto hay como elemento unificador del debate es una misma *palabra*?

Sólo en medio de un clima de gran confusión se pueden decir cosas de este tipo: "El neocausalismo coincide, con la teoría clásica en afirmar la necesidad de que a la causa se la considere un elemento de la realidad jurídica, pero discrepa fundamentalmente en cuanto a determinar qué debe entenderse por causa" (Busso, *ob. cit.*, III, 118). Esto no parece mucho más juicioso que decir, por ejemplo, que Juan y Pedro están de acuerdo en que la democracia es el sistema político más adecuado, pero discrepan totalmente acerca del significado de la palabra "democracia", al punto de que para el primero no es aplicable a los regímenes comunistas y para el segundo sólo es aplicable a ellos.

#### 9. SEUDO-DESACUERDOS DE HECHO EN TORNO A PROPOSICIONES ANALÍTICAS. (APARTADO II, 2)

"Siempre que hallemos que una persona está absolutamente segura respecto de algún enunciado de vasta generalidad, es prudente investigar si el enunciado es verdadero por definición y, por ende, carente de importancia práctica, aun cuando su sostenedor crea que se trata de una valiosa pieza de psicología o de otra ciencia positiva" (Robinson, *ob. cit.*, pág. 159-60).

#### 10. DISPUTAS SOBRE CLASIFICACIONES (APARTADO II, 3)

Para un examen esclarecedor del papel que los juristas erróneamente asignan a las clasificaciones, ver Heck, "The formation..." en *The Jurisprudence of Interests*, págs. 107, 111, 149-155, 157, 171-75, 195, 213, 217-35. En el apéndice titulado "Las controversias de construcción y la posibilidad lógica de la de-

finición múltiple de conceptos", se examinan las estériles proposiciones que aquella actitud origina (*ob. cit.*, págs. 235-43). En el mismo volumen véase el trabajo de Rümelin "Developments in legal theory and teaching during my lifetime", págs. 3-27, en especial págs. 10-13.

#### 11. CONTROVERSIAS GENERADAS POR UN DESACUERDO VALORATIVO ENCUBIERTO (APARTADO II, 5)

Cf. Robinson, *ob. cit.*, págs. 165-70. Ver también págs. 76-77, donde el autor expone y censura el procedimiento de tipular una definición "neutra" para un término con carga emotiva, y usarlo después con todas las implicaciones que la definición pretendía excluir.

En "Language and the Law" - V, *The Law Quarterly Review*, vol. 62, oct. 1946, págs. 389-90, Glanville Williams ocupa de aquel abuso de lenguaje que tiene lugar "cuando el uso emotivo de palabras es disfrazado estratégicamente de enunciación referencial. En lugar de expresar francamente emoción por el uso de palabras adecuadas a ese propósito (tal como los enunciados de 'deber ser' y los adjetivos 'bueno' y 'malo') ... la frecuencia nos encontramos con que resulta más convincente usar en lugar de aquéllas, la terminología de los enunciados referenciales (tal como el indicativo 'es' y los adjetivos 'verdadero' y 'falso'). Incluso puede ocurrir que la persona que habla se da cuenta de engañar por su propio lenguaje, y crea que está expresando un enunciado de hecho. Esta tendencia a vestir los enunciados emotivos con el ropaje de los enunciados referenciales es endémica en los trabajos de filosofía, sociología y teoría jurídica. Tal como este tipo de literatura tiende a confundir las proposiciones de hecho con definiciones, así también tiende a confundir las proposiciones de hecho con juicios de valor. La mayor parte de lo que conocemos como filosofía política, ciencia política y teoría jurídica, consiste en elaboradas definiciones, mezcladas con juicios de valor. El todo va usualmente disfrazado de enunciación de hecho. Buena parte de la literatura es polémica: cada autor expone su propio conjunto de definiciones y juicios de valor."

oposición a otros autores. Como ni una definición ni un juicio de valor pueden en última instancia ser lógicamente refutados, resulta imposible arribar a ninguna solución definitiva sobre el "punto".

Sobre las definiciones y las aserciones re-enfáticas, ver Stevenson, *Ethics and Language*, cap. XIII. Véase también Hart, *El concepto de derecho* (págs. 293-94), quien señala que las afirmaciones de los juristas que cita en el capítulo primero "son formas paradójicas o exageradas de destacar algunos aspectos del derecho que, según la opinión del respectivo autor, son oscurecidos por la terminología jurídica ordinaria o bien han sido indebidamente desatendidos por los teóricos anteriores. En el caso de cualquier jurista importante, es frecuentemente provechoso proponer la consideración de la pregunta acerca de si sus enunciados sobre el derecho son literalmente verdaderos o falsos, y examinar en primer término las razones detalladas dadas por él en apoyo de sus enunciados y, en segundo término, la concepción o teoría que sus enunciados tratan de desplazar. Es familiar en el campo de la filosofía un uso similar de afirmaciones paradójicas o exageradas, como método para destacar verdades desatendidas".

#### 12. DESACUERDOS DE CREENCIAS Y DE ACTITUD (APARTADO III, 4)

Cf. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, págs. 297-306.

#### 13. EL REALISMO JURIDICO NORTEAMERICANO COMO MOVIMIENTO PRIMORDIALMENTE REFORMADOR (APARTADO III, 4)

"Los primeros realistas, Holmes entre ellos, estaban muy interesados en promover una actitud nueva, más experimental y más constructiva, frente a la vida social y al pensamiento sobre lo social, pero se abstuvieron de formular proyectos específicos. ... (Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, págs. 207-8). "Los 'realistas' han cumplido su parte en provocar un cambio de enfoque y actitud frente al sistema jurídico y a la función del dere-

cho y de los juristas en la sociedad. Tal cambio se ha hecho sentir prácticamente en todas las facultades de derecho del mundo del *common law*, salvo las más tradicionales" (*ob. cit.*, p. 209). Véase también Morton White, *Social Thought in America; The Revolt against Formalism*, cap. V.

En el prólogo a la sexta impresión de *Law and the Modern Mind* (noviembre de 1948), dice Jerome Frank: "La verdad es que, como a la mayoría de los 'escépticos constructivos' [entre los que Frank da a los realistas] a mí me guiaba un deseo ávido—quizás demasiado ávido— de reformar nuestro sistema judicial, de inyectar, en cuanto fuese practicable, más razón y justicia en su funcionamiento cotidiano" (Anchor Books edición, New York, 1963, pág. xxx).

## II

### ALGUNAS PALABRAS SOBRE LAS PALABRAS DE LA LEY



El 5 y el 12 de setiembre de 1970 pronuncié dos conferencias en la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano, como parte de un ciclo que contó con la participación de varios juristas. Se trataba, según entendí, de aportar algunas contribuciones, desde distintas perspectivas, a la clarificación del cúmulo de problemas que los teóricos del derecho tratan bajo el confuso rótulo de "interpretación".

El presente ensayo reproduce lo que juzgué útil y apropiado decir en esa oportunidad. No he modificado el texto de las conferencias sino en aspectos de detalle.

Agradezco a la Universidad de Belgrano por haberme invitado a hablar en ese ciclo y expreso mi reconocimiento a Eduardo A. Rabossi por sus observaciones críticas al manuscrito original.



## CAPÍTULO I

### INTRODUCCION

Siguiendo una vieja y aceptable práctica voy a comenzar por el principio. Hace ya unos años —siete, para ser preciso— dicté tres clases en un ciclo organizado por la Universidad Nacional de Buenos Aires, a cuyo cuerpo docente por ese entonces pertenecía. No recuerdo con exactitud el título general con que bauticé a mis clases; sólo recuerdo que era largo y atroz. Dos años más tarde, en 1965, las conferencias fueron publicadas. Introduje en ellas algunas modificaciones de detalle y muy pocos agregados. Además, les adosé un apéndice, consistente en comentarios al texto y en referencias bibliográficas. El resultado fue un pequeño volumen que apareció bajo el título de *Notas sobre derecho y lenguaje*<sup>1</sup>.

Durante el tiempo que medió entre las conferencias y la publicación del libro advertí que había incurrido en no pocos errores. No intenté enmendarlos entonces ni lo he hecho hasta ahora. Alguna vez trataré de hacerlo. Ninguno de esos errores, empero, afecta de manera sustancial las ideas centrales que expuse en relación con los problemas que los juristas examinan bajo el rótulo impreciso de "interpretación".

Algunas de esas ideas han dado lugar a malos entendidos. Sería una inaceptable presunción de mi parte suponer que las incomprensiones no me son imputables, ni siquiera parcialmente. Más bien me inclino a creer que no supe expresarme con

<sup>1</sup> Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

claridad. Como ese defecto es remediable, trataré de poner remedio.

Utilizaré como guía para hacer las aclaraciones y/o rectificaciones del caso las críticas que me ha formulado el Profesor Sebastián Soler en su reciente y notable libro *Las palabras de la ley*<sup>2</sup>. He elegido ese camino por tres razones de distinto po y peso. Primero, porque pienso que si un lector tan lúcido e informado como Soler ha entendido mal ciertos pasajes de mi obra esos pasajes adolecen de oscuridad. Segundo, porque creo que la discrepancia polémica, cuando se ejerce con altura y respeto mutuo, y cuando hay el sincero intento de comprender el punto de vista ajeno, constituye un motor indispensable para el progreso de una disciplina como la Teoría General del Derecho. Finalmente, porque entiendo que si Soler me ha hecho el alto honor de criticar en detalle cosas que yo he escrito, tengo el deber — sé si moral o académico — de ocuparme de sus objeciones. Ser por lo menos una falta de urbanidad dejarlas caer en el vacío.

Dividiré la exposición en dos partes. La primera consistirá a) en una síntesis de los puntos de vista principales que, en relación con algunos aspectos de la llamada "interpretación" o "interpretación de la ley", sostuve y defendí en el ensayo de 1965 y b) en una síntesis de las críticas que a esos puntos de vista ha hecho Soler en su libro. Así quedarán planteados los términos del desacuerdo, que parece ser abismal.

En la segunda parte confrontaré las críticas con las tesis criticadas. Examinaré en qué medida las últimas resisten el embate de las primeras, si es que lo resisten. Veremos entonces si las objeciones obligan a reformular las tesis objetadas y, en su caso, qué aspectos de estas últimas requieren tal reformulación y hasta dónde la hacen necesaria.

## CAPÍTULO II

### SINTESIS DE LAS POSICIONES ENCONTRADAS

#### 1. SINTESIS DE LA POSICION CRITICADA

Las tesis o puntos de vista en juego, que han sido blanco directo o indirecto de críticas, son los que se resumen a continuación.

A. El lenguaje del derecho, esto es, el de las normas o reglas jurídicas, es lenguaje natural. Aquí la expresión "lenguaje natural" se opone a la expresión "lenguajes formalizados". Estos últimos se caracterizan porque sus términos son absolutamente precisos y rigurosamente inequívocos. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en el campo de la lógica simbólica y en el de la geometría pura, disciplinas muy poco proclives al eufemismo y al *calembour*. Las palabras de los lenguajes naturales, entre ellas las que aparecen en las normas jurídicas, no poseen aquellas características. Como el derecho es una técnica de control social cuyas reglas se usan para dirigir u orientar acciones humanas concretas, para posibilitar acciones humanas concretas y para juzgar acciones humanas concretas, sus reglas *tienen* que estar formuladas en lenguaje natural o ser definibles en palabras pertenecientes a este último.

B. Los lenguajes naturales exhiben ciertas notas que es pertinente destacar aquí. Antes de indicar someramente cuáles son, vale la pena señalar que, pese a las mismas, que desde el punto de vista de los lenguajes formalizados, o de las disciplinas que se valen de ellos, suelen verse como deficiencias de los lenguajes naturales, éstos son y serán una insustituible herramienta de comunicación para todos los fines de la vida práctica.

<sup>2</sup> Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

Las notas aludidas son las siguientes:

a) Los lenguajes naturales contienen expresiones *ambiguas*. Esto quiere decir que una misma palabra, en tanto fonema o morfema, puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos. Quiere decir también que junto a los usos propios de un vocablo hay extensiones metafóricas y figurativas.

Con estas características se conecta, además, el hecho importante de que una misma palabra puede ser usada para designar una multitud de objetos que no tienen propiedades comunes a todos ellos. Existen reglas complejas, muchas veces no detectables sin esfuerzo, que suministran los criterios de aplicación de esa palabra. La existencia de propiedades comunes es solo una de las muchas razones que pueden justificar el uso de una misma palabra para referirse a una variedad de hechos, situaciones o fenómenos concretos aparentemente disímiles. Muchas veces éstos se hallan unidos por intrincadas relaciones de parentesco que, por un lado, no responden a la existencia de propiedades comunes a todos los objetos y, por otro, fuerzan a descartar la pretensión de que todo cuanto hay es una mera homonimia.

Pongamos un ejemplo que puede ayudar a entender mejor el fenómeno que me interesa destacar. La palabra "derecho" quiere decir cosas distintas —o, en todo caso, no quiere decir exactamente lo mismo— en las siguientes frases:

- i) La esclavitud es una institución contraria a derecho.
- ii) El derecho francés se asemeja más al derecho español que al inglés.
- iii) Los padres tienen el derecho de guiar la educación de sus hijos.
- iv) Hasta hace unos treinta años las mujeres argentinas no tenían derecho a votar.
- v) Mientras que la Física y la Astronomía son ciencias naturales, el Derecho y la Historia no lo son.
- vi) El doctor Eduardo A. Vázquez es profesor de Introducción al Derecho.
- vii) Francisco Real era un hombre derecho.

Sería muy interesante, sin duda, que nos detuviéramos a examinar en qué difieren estos usos y cuáles son las reglas lingüísticas que justifican el empleo de la palabra "derecho" con significados o matices de significación distintos en esos distintos contextos. La tentación es grande pero no podemos ceder a ella sin riesgo de desarticular la exposición.

b) Los lenguajes naturales contienen palabras *vagas*. Con esto quiero referirme al siguiente fenómeno: muchas veces el foco de significado es único, y no plural ni parcelado, pero el uso de una palabra tal como de hecho se la emplea, hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella. Hay casos típicos frente a los cuales nadie en su sano juicio dudaría en aplicar la palabra en juego. Hay casos claramente excluidos del campo de aplicación del vocablo. Pero hay otros que, a diferencia de los primeros y de los segundos, no están claramente incluidos ni excluidos.

Estos hechos u objetos, de clasificación dudosa, están ubicados, por decirlo así, en una *zona de penumbra* que circunda el área de significado claro de la palabra. La duda es legítima y no surge de un desconocimiento de las propiedades del objeto a clasificar. No es como la duda que puedo tener sobre si la sombra que veo en el jardín es proyectada por un árbol o por un visitante furtivo. A esa duda puedo disiparla examinando las cosas más de cerca. La otra duda, la que aquí nos interesa, no se origina en ignorancia acerca de los hechos del mundo, sino que es producida por las características de muchas de las palabras clasificadoras que empleamos. Por eso no puede ser aventada de aquella misma manera. Dichas palabras son periféricamente indeterminadas. Para incluir o excluir el caso marginal es menester tomar una decisión.

No todas las palabras vagas lo son de la misma manera ni lo son por las mismas razones. La vaguedad de las palabras "noche" y "día", que priva de sentido a la pregunta "¿a qué hora precisa comenzó la noche (o el día)?", es de distinto tipo que la vaguedad de la palabra "edificio". No hay duda de que el Palacio del Congreso es un edificio y de que la Venus de Milo

no lo es. Pero ¿qué diremos de una tapera, de una casa fabricada, de un faro, de una atalaya, del Coliseo Romano, un igloo, de un galpón, de la Pirámide de Cheops, de un refugio antiaéreo subterráneo, de un palomar, del Puente del Río, de una gigantesca burbuja de material plástico donde se aloja una exposición o de la tumba de Rivadavia?

A diferencia de lo que ocurre con palabras como "noche", "día", "joven", "viejo", "alto" y "bajo", en cuyo uso normal el lenguaje recoge propiedades que se presentan en la forma de un continuo que sólo puede recortarse nítidamente pagando un precio de la arbitrariedad, en el caso de "edificio" el uso determina con precisión cuáles son las condiciones necesarias y suficientes que debe satisfacer un ejemplar concreto para ser "correctamente" llamado "edificio".

c) Los lenguajes naturales exhiben una *textura abierta*. Esto quiere decir que aún en el supuesto del empleo de palabras que no son de hecho usadas con vaguedad pueden presentar perplejidades o desconciertos legítimos. Ello ocurre cuando aparece un caso lo suficientemente anómalo como para poner en crisis los criterios de aplicación de las palabras, criterios que genuamente creíamos delimitados y precisos. No es posible elaborar la descripción de un objeto material. Por ello tampoco podemos prever todos los aspectos del mismo en que puede darse una modificación relevante ni, por supuesto, los alcances o efectos de tal modificación. No todas las características no connotadas por una palabra están por ello excluidas como irrelevantes. Algunas no han sido consideradas.

Supongamos que en un rincón inexplorado del planeta habita una comunidad de individuos que, súbitamente, toman contacto por vez primera con un grupo de hombres. Esos individuos tienen forma humana; hablan un lenguaje traducible con gran esfuerzo al idioma de los hombres que los han descubierto; imprimen y leen libros; aman, odian, sufren y se alegran como nosotros y por motivos semejantes a los nuestros; han desarrollado ciencias y artes; poseen una tecnología avanzada y viven bajo instituciones políticas semejantes a las nuestras. ¿Estarían dispuestos a llamarlos "hombres" —en el sentido corriente y vulgar de esta palabra— si, además de esas características,

vieran una estatura promedio de quince centímetros y durmieran durante todo el invierno? ¿Y si su estatura y hábitos de descanso fueran como los nuestros pero vivieran trescientos años? ¿Y si vivieran lo que vivimos nosotros pero su existencia fuera discontinua, esto es, salpicada de eclipses totales de variada duración? Es evidente que nuestro lenguaje no está equipado para hacerse cargo de hechos o situaciones que divergen considerablemente de las usuales o que se dan en una coyuntura o se proyectan en un trasfondo totalmente inesperado.

Este fenómeno de la textura abierta o vaguedad potencial de las palabras afecta a *todas* las que usamos para hablar del mundo en que vivimos y de nosotros mismos. Cuando se presenta el caso anómalo, su inclusión o exclusión bajo el dominio de la palabra en juego no están guiados por los usos lingüísticos vigentes. Si lo incluimos o excluimos es en base a otras consideraciones.

C. Es verdad que desde mucho tiempo atrás los juristas se han preocupado por dar precisión a los términos que emplean, muchos de los cuales son ininteligibles para los legos, o tienen un sentido distinto del que la misma palabra posee en el habla común. También es cierto que ese esfuerzo de los juristas se ve reflejado en las reglas de derecho positivo, que han acogido muchas de esas expresiones técnicas. A pesar de todo, aunque atenuadas, las incertidumbres subsisten. Y ello es así por algo que ya señalamos. A saber, porque el derecho no podría cumplir sus funciones de guiar actos humanos y posibilitar su apreciación si sus palabras no fueran definibles en términos del lenguaje natural.

Por lo tanto, las características de los lenguajes naturales que señalé en el apartado anterior aparecen también, en mayor o menor grado, en las normas jurídicas.

D. Los hechos que acabo de destacar influyen obviamente sobre la situación del juez, o de cualquier otra persona que, a semejanza de éste, tiene que determinar si un caso concreto dado se encuentra o no comprendido por las palabras generales de una regla o de un conjunto de ellas. El juez tiene frente a sí hechos o situaciones que muestran una enorme riqueza y

variedad de notas y matices, y debe alojarlos en los casilleros diseñados de antemano por las reglas generales.

Hay casos concretos que quedan comprendidos por el claro de significado central de las reglas, pero también hay otros que quedan ubicados en la zona de penumbra de ellas. La solución de los casos claros no ofrece problemas. Los problemas se presentan cuando se trata de resolver los casos dudosos. Las reglas no dictan la solución. Para que ésta no sea arbitraria, y no tiene por qué serlo, tendrá que estar fundada en consideraciones no recogidas por el insuficiente lenguaje de aquéllas.

E. De lo que llevamos dicho se sigue:

a) Que las reglas del sistema no solucionan todos los casos concretos; para resolver los que se hallan ubicados en la zona de penumbra los jueces tienen que adoptar decisiones propias y fundarlas en otros criterios de justificación.

b) Que, por eso mismo, para ser un buen juez no basta con conocer las normas vigentes. Además hay que tener una conciencia sensible a los valores morales, económicos y políticos —en sentido amplio— que están en juego, así como una adecuada información de hecho relacionada con esos problemas valorativos.

c) Que si bien las normas del sistema no dictan las soluciones de los casos de la penumbra, sí estructuran y organizan innumerables situaciones de hecho concretas que quedan comprendidas por el área central de significado de aquellas reglas. Los casos litigiosos, por fortuna, son una minoría. Si hay zona de penumbra es porque hay focos de luz.

F. Hay pensadores que son ciegos frente a los problemas de la penumbra y creen —o prefieren creer— que todos los casos concretos pueden ser resueltos con fundamento exclusivo en las reglas del sistema, o en combinaciones de ellas. Se los ha llamado “formalistas”.

Hay otros pensadores que, obsesionados por los problemas de la penumbra, no advierten —o no quieren advertir— el problema primordial que las reglas desempeñan en la vida cotidiana de una sociedad. Se los ha llamado “realistas”.

Unos y otros están equivocados. No estamos compelidos a optar entre un mundo de reglas rígidas e inflexibles y un caos de decisiones individuales. No tenemos que elegir entre el paraíso de los conceptos jurídicos justamente satirizado por Ihering y el infierno que sería una sociedad sometida a los reflejos condicionados de los jueces de Jerome Frank. Si se me permite una metáfora lúdica diré que no estamos forzados a decidir entre el ajedrez y el *catch*, actividades ciertamente disímiles pero que, no obstante su radical desemejanza, o, paradójicamente, quizás por ella, tienen algo importante en común. A saber, que pueden fácilmente prescindir del árbitro, porque en la primera casi no hay zonas de penumbra y en la segunda casi no hay reglas.

Aún a riesgo de incurrir en el pecado de abusar de una metáfora, diré que el “juego” del derecho no se puede jugar bien sin árbitro, porque a diferencia de lo que ocurre en el *catch*, en el derecho hay muchísimas reglas, y todas ellas, o casi todas ellas, a diferencia de lo que ocurre en el ajedrez, están circundadas por una zona de penumbra.

Los “formalistas” y los “realistas” están equivocados. El dilema “o reglas inflexibles y completas o ausencia total de normatividad” es manifiestamente falso, pese a que recibe la adhesión expresa o tácita de ambos bandos. La verdad es que hay reglas y que ellas desempeñan una función primordial en la vida de toda sociedad, pero esas reglas no resuelven todos los problemas concretos. La expresión “reglas inflexibles” no es tautológica y la expresión “reglas periféricamente indeterminadas” no es contradictoria.

## 2. INTERMEDIO

Tales son, sintéticamente expuestos, los puntos de vista que hace ya varios años, sostuve en relación con algunos aspectos de los numerosos y heterogéneos problemas que los juristas examinan bajo el rótulo espuriamente unificador de “la interpretación de la ley”. Esas enunciaciones, por supuesto, están muy lejos de agotar el tema. Este tiene muchos otros aspectos que yo no he tocado.

Para concluir con esta síntesis haré referencia a algo que no sostuve, pero que se me atribuye haber sostenido. En el capítulo primero de *Notas sobre derecho y lenguaje* creí conveniente distinguir entre dos posibles fuentes de confusión capaces de afectar o frustrar una comunicación lingüística. Una de ellas es manifiesta en aquellas situaciones en las que nos sentimos concertados porque no sabemos cómo tomar algo que hemos escuchado o leído. Esto es, porque tenemos dudas acerca de su fuerza.

Con otros términos, no sabemos si se trata de una exhortación, de un ruego, de una amenaza, de una orden, de la presión de un propósito, de una promesa, de una pregunta o algunas de las muchas otras cosas que se pueden hacer con palabras.

Es cierto que introduje ese tema y que me detuve en el tiempo suficiente como para cometer algunas equivocaciones que preferiría no haber cometido. Pero no traje a cuento ese tema para conectarlo con ninguno de los llamados problemas de "interpretación", someramente examinados en el capítulo II del libro. Lo hice para conectarlo con las disputas entre los juristas, cuestión que examiné, también someramente, en el capítulo III.

En ninguna parte sostuve que la incertidumbre o el cerniente a la fuerza de un enunciado constituía un factor adicional de imprecisión en la labor interpretativa que realizan los jueces. Quizás no hubiera sido desacertado haber dicho algo al respecto; lo cierto es que no lo dije.

Veremos seguidamente cuáles son las críticas que la posición reseñada ha merecido o, en todo caso, que ha recibido. Enfrentaré cada tesis con su intento de refutación porque, más de ser de ejecución difícil, ese método afectaría la coherencia interna de la postura crítica, que deseo presentar con claridad y sin distorsiones. Para eso trazaré un cuadro general de ella, dividido en aserciones separadas, que no se corresponden una a una con las que acabo de resumir como sustentadas por mí.

En la segunda parte, como dije, haré un balance de los dos enfoques y trataré entonces de analizar las posiciones opuestas

—o aparentemente opuestas— con mayor grado de precisión.

### 3. SINTESIS DE LAS CRITICAS

La posición que sustenté en el ensayo de 1965 ha sido severamente criticada por Soler. La crítica, aunque cortés, ha sido implacable. Puede sintetizarse de la manera siguiente.

A. Para advertir cuáles son las características del lenguaje jurídico —esto es, el de las normas de derecho— no hay que leer a estas últimas como las lee el juez en trance de dictar sentencia. Hay que leerlas como las leen los hombres corrientes en cuanto miembros de una *polis* para la cual las palabras de las normas constituyen derecho positivo. Ver al derecho tal como lo ve el juez en el momento en que tiene que interpretarlo es concebir al derecho como derecho judicial. Ese es un error de graves consecuencias.

B. Es cierto que el lenguaje común es ambiguo y vago. También es verdad que el lenguaje jurídico no es, ni podría ser, un lenguaje formalizado. Lo que ocurre es que la sola inserción de un modo expresivo en el contexto de una norma convierte en *expresión técnica* a la más común de las palabras. Esa transformación basta para corregir las deficiencias del lenguaje común. No es que la ciencia del derecho cree un sistema de significaciones precisas que cede en préstamo al legislador. El proceso real se produce precisamente en la dirección inversa.

C. Tal transformación del sentido vulgar de las palabras en sentido técnico y preciso está ligada a cinco fenómenos o procesos que —se dice— son distinguibles. Se trata de los siguientes:

a) *Operatividad*. La incorporación de un modo expresivo a la estructura de una norma jurídica hace que esa expresión adquiere un inequívoco sentido dispositivo. No narra, ni aconseja ni se burla; manda, y entiende mandar una cosa precisa. Esto significa, pues, que cuando la ley emplea una expresión ésta tiene un sentido preciso y dispositivo.



b) *Definición*. Cuando la ley habla, siempre acota, limita, define. La ley no puede mandar y prohibir la misma cosa simultáneamente. El principio normativo de no contradicción lima las asperezas de las palabras comunes. Las pule, limpia y decora siempre a su gusto y voluntad.

c) *Cuantificación*. La cuantificación de lo cualitativo es uno de los procedimientos técnicos típicos del derecho. Las palabras de la ley juegan con fuego. Es menester prestar atención suficiente al destino operativo específico del lenguaje jurídico. Es verdad que la palabra "calvo" es vaga. Pero si la cuestión fuera la de cobrar impuestos a los calvos o de imponerles multas, es seguro que ese estado de hecho relevante habría sido definido de alguna otra manera. Así ocurre con todas las otras palabras cualitativas. La ley civil, la comercial, la penal, fija límites absolutamente precisos para determinar, decretar e imponer cuándo un sujeto es "joven", "adulto", "capaz", "imputable", etc. Todo eso es un medio técnico para que la autoridad o el juez puedan en efecto decir "sí" o "no", eliminando ese "quién sabe" que el realismo parecería postular.

d) *Tipificación*. El objeto de la ley finca en la necesidad de tipificar para regular, es decir, en construir esquemas abstractos que *constituyen* efectivamente las hipótesis desencadenantes de la coacción jurídica. Una vez que la realidad ha sido tipificada, es decir, transformada en un esquema, en una abstracción, lo fluido queda solidificado, lo borroso recortado. Aun en aquellos casos en que la ley ha tomado del lenguaje vulgar una palabra y la ha tomado con orla y todo, es como si a ésta el derecho mismo la hubiera puesto con deliberación. Cuando la ley se expresa debe entenderse que ha querido decir algo y que, además, ha querido decir precisamente lo que dice. Si lo que dice es vago, esto significa que para ella es indiferente el matiz siempre que el valor sea como tal reconocido.

e) *Constitución*. Hay, por último, otro procedimiento técnico que salva plenamente los peligros y asechanzas de las palabras comunes. La ley crea su propia terminología; inventa palabras que antes no existían. Es inútil buscar indefiniciones, es

fumaduras o borrones en esos conceptos, porque se trata de conceptos constituidos al modo como la geometría construye los suyos. Son en sí mismos definiciones y nada más que definiciones, fuera de cuyos límites no hay nada y si hay algo es exactamente como si no lo hubiera. Las palabras de ese tipo no nombran una realidad fluida, sino una figura o estructura precisa y cerrada. El intento de borrar o esfumar una figura jurídica no puede prosperar. Las abstracciones son siempre muy resistentes.

Así si alguien arguye, por ejemplo, que frente a un caso concreto pueden suscitarse dudas razonables acerca de si la transacción que se examina fue una compraventa o una donación encubierta, porque existió una significativa desproporción entre el valor de la cosa y el dinero que a cambio de ella se recibió, basta con hacerle ver al borroneador recalcitrante que su esfuerzo es vano porque *no puede* haber lugar para ninguna duda razonable, ya que si en lugar de precio hay falso precio la venta se transforma en donación.

D. ¿Cuáles son las características del lenguaje del derecho, visto, como se propugna, desde el punto de vista del súbdito, una vez que los procedimientos técnicos resumidos han producido efecto? Lo que se ve es esto:

a) Todo lo que hay para estudiar y conocer se encuentra en el plano de lo posible. En él todo es anterior al hecho. Dentro de la serie infinita de actos posibles el derecho selecciona los actos debidos, para lo cual tiene que recurrir forzosamente a abstracciones conceptuales o tipos que hacen referencia a series o clases de acciones.

b) Las reglas que constituyen esos tipos no pueden ser sino reglas fijas. Esta expresión es pleonástica y hace referencia al carácter inflexible de toda regla. Por supuesto que las normas de derecho positivo no son universales y eternas. Pero no pueden dejar de ser inflexibles, porque si no lo fueran no reglarían nada.

c) Para delimitar los actos debidos el derecho acota clases de actos que contendrán determinadas notas relevantes y una in-

finidad de notas indiferentes, que no forman parte del cuadro abstracto. Todo lo que la ley no ha puesto como definitivo de la figura queda por ello descartado como carente de relevancia.

d) La cara que el derecho presenta a los súbditos por rasgos propios que lo asemejan a un objeto ideal. Los objetos del conocimiento jurídico son, desde ese punto de vista, finos, precisos y exactos. Para que podamos actuar, nuestro cálculo jurídico tiene que fundarse en datos normativos sólidos y seguros. Esa es la característica del conocimiento dogmático, que se da en el sistema jurídico desde adentro.

e) El conocimiento dogmático no toma en cuenta el principio de la infinitud de lo real. Por eso se diferencia netamente del conocimiento predicativo. Este último será siempre mutable, creciente, perfectible, revisible, objetivo, teórico. El conocimiento dogmático, en cambio, que contempla a su objeto desde adentro y está sometido al mismo movimiento que el objeto, ve a éste como algo quieto, invariable, intemporal. Los enunciados normativos, vistos desde adentro, son preceptos concluyentes, cerrados en sí mismos. Están constituidos exclusivamente por las notas que se consideran suficientes para fundar la consecuencia jurídica. De las normas, así consideradas, no fluye una corriente inagotable de predicaciones posibles. El conocimiento dogmático no responde a la ley derivada de la infinitud de lo real. Lo que aquí interesa conocer es siempre un esquema. Un esquema rígido, completo y seguro de sí mismo.

f) El conocimiento de esos esquemas rígidos, completos y seguros de sí mismos no puede crecer en forma indefinida; tiene topes límites más allá de los cuales se torna inválido. Es un conocimiento *para*; no es un conocimiento en sí, desinteresado, invisible y perfectible.

g) Estas son las características que el derecho exhibe cuando nos referimos al sistema de normas en cuanto componentes de la acción humana y reguladoras de la conducta social. En vez de buscar el derecho en la jurisprudencia debemos buscarlo en su momento vital y dinámico. Precisamente porque estamos

localizados en el plano de la *praxis* existe una correspondencia precisa que supera todas las imperfecciones del lenguaje y que no se da en el plano puramente teórico.

E. Concebir el derecho pensando en el momento de su interpretación por los jueces y señalar además, que las normas jurídicas suelen ser ambiguas y/o vagas, y que poseen necesariamente una textura abierta, es adoptar una posición escéptica ante las reglas. Esta posición no se hace cargo de las características especiales que tienen las palabras de la ley para el conocimiento dogmático.

Ella paga tributo a un nominalismo que se entretiene en juegos verbales que a veces pueden ser ingeniosos pero que siempre son inconducentes. O, más grave aún, ese modo de ver las cosas no es otra cosa que la unión ilegítima del nominalismo con el realismo nihilista, mortal y artero enemigo de la seguridad jurídica, que se complace en exagerar las imperfecciones del lenguaje para alojar en ellas las pretendidas facultades creadoras de los jueces.

F. Distinguir entre casos claros de aplicación de una regla y casos dudosos de aplicación de ella (casos de la zona de penumbra), y sostener, además, que la distinción entre uno y otro tipo de casos no es nítida o tajante, significa negar la distinción inicial y sumir en la penumbra a toda la normatividad. Ello equivale, en definitiva, a la negación del derecho como norma. Otra vez nos damos con el maridaje espurio del nominalismo con el realismo nihilista.

G. Es absolutamente erróneo invocar como motivo escéptico adicional la posible ambigüedad de la fuerza de una expresión dada. Las normas jurídicas jamás pueden ser ambiguas en ese sentido porque su fuerza operativa es una sola: mandar. Transferir al campo de las normas jurídicas las perplejidades o desconciertos que podemos tener frente a la fuerza de una expresión, constituye, en el mejor de los casos, una generalización precipitada. El error de ese enfoque escéptico consiste en querer trasladar a las normas jurídicas las posibles dudas que pueden suscitar enunciados de otro tipo.

Ya hemos visto, en forma resumida, cuáles son las propuestas y cuáles son las objeciones a ellas. En la segunda te procuraré hacer un balance imparcial de unas y otras. Esto no incurriré en balance falso. Si bien me comprenden las generales de la ley, me esforzaré por ser sincero, objetivo y veraz. Remos qué ocurre.

### CAPÍTULO III

## CONFRONTACION Y BALANCE DE LAS DOS POSICIONES

### 1. INTRODUCCION

En la parte preliminar anuncié que, siguiendo una vieja y aceptable práctica, iba a comenzar por el principio. Después, tras una especie de obertura, la exposición se desarrolló en dos movimientos. En el primero resumí algunos aspectos salientes de la posición sostenida por mí en *Notas sobre derecho y lenguaje*. En el segundo, resumí algunos aspectos, también salientes, de una posición aparentemente contrapuesta a la anterior, sustentada por el Profesor Sebastián Soler en su libro *Las palabras de la ley*. De aquí en adelante, por razones de comodidad, llamaré "posición A" a la primera (esto es, la que yo sostuve en las conferencias de 1963 y en el ensayo de 1965) y "posición B" a la segunda (esto es, la que sostuvo Soler en su libro de 1969).

La primera parte concluyó con una promesa. Prometí que procuraría hacer un balance imparcial, con ánimo constructivo, de la posición A y de la posición B. Vale decir, una confrontación de ambas, para ver en qué medida la primera resistía los embates de la segunda, si es que los resistía; para examinar si las objeciones hechas obligaban a reformular las tesis objetadas y, en su caso, qué aspectos de estas últimas requerían tal reformulación y hasta dónde la hacían necesaria.

Esto es lo que me proponía hacer ahora. Los lectores podrán decir, al final, si he hecho eso o una cosa distinta.

Recordaré, ante todo, que las posiciones A y B parecían crepar, en forma casi abismal, acerca de un tópico, o familia de tópicos, que los juristas estudian bajo el rótulo "la interpretación de la ley".

Estaba sinceramente dispuesto a transitar por esa forma nigna y beneficiosa de esquizofrenia que consiste en ver las ideas propias con objetividad, para rectificarlas o atenuarlas en aquello en que sean erróneas o exageradas. Pero cuando me aproximaba a emprender esa noble y difícil tarea advertí algo en cierto modo paradójico. Advertí que pese a que mis primeras palabras invocaron la arraigada práctica de comenzar por el principio yo había sido infiel a esa práctica; no había comenzado por el principio. Entre las circunstancias que precedieron y en cierto modo condicionaron las conferencias de 1963 y el volumen de 1965 —la posición A— hubo una cosa muy importante que había omitido consignar y que es casi indispensable para entender en sus justos alcances el significado de esa posición: saber, que ella configuraba, en medida importante, una respuesta o intento de crítica a otra posición, que llamaré B', y que había sido sostenida poco antes por el mismo Soler en su libro *La interpretación de la ley*<sup>3</sup>. Ese libro se conoció en Buenos Aires en mayo de 1963. Mis clases, lo reitero, fueron dictadas en junio de ese mismo año.

Exponer la posición A —como lo hice en la primera parte— sin relacionarla con la posición B' (o, mejor dicho, con la inteligencia que en 1963 atribuí a la posición B'), constituyó, en duda, una forma poco feliz de desarrollar mis argumentos. La mutilación despojó a la posición A del contexto adecuado para comprenderla cabalmente.

Lo que correspondería ahora, en estricto rigor, sería desarrollar en forma resumida la posición B', para hacer más inteligible la posición A e, indirectamente, la posición B. Sin embargo no voy a hacer eso; no voy a desarrollar en forma resumida la posición B' (las cosas que Soler dijo en su libro *La interpretación de la ley* y contra las que reaccioné en las *Notas sobre derecho y lenguaje*). La técnica del *racconto* suele resultar atra-

<sup>3</sup> Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.

en manos de los cineastas de talento. Usarla aquí sería, en cambio, francamente imperdonable.

## 2. UNA INTERPRETACION DE "LA INTERPRETACION DE LA LEY"

En vez de hacer una síntesis de la posición B' voy a indicar la médula de lo que creí ver en ella y que me movió a criticarla en la forma en que lo hice. Creí que el autor de *La interpretación de la ley* se había propuesto, primordialmente, decirnos qué es lo que hacen los jueces cuando, teniendo frente a sí una cuestión o una disputa concreta, la deciden por aplicación de reglas generales. Nunca vi bien claro, para ser sincero, si el autor quería explicar qué es lo que realmente hacen los jueces de carne y hueso en tal situación, o bien recomendar lo que deberían hacer para ser buenos jueces. Pero de lo que no dudé entonces fue de esto: que la expresión "la interpretación de la ley" designaba paradigmáticamente, en el contexto del libro que lleva ese título, cierta tarea que los jueces despliegan (o deben desplegar) al dictar una sentencia.

Consideré entonces que, en relación con esa faena, muchas de las descripciones (o quizás prescripciones) contenidas en *La interpretación de la ley* mostraban una manifiesta falta de sensibilidad frente a los numerosos problemas que surgen cuando empleamos palabras generales clasificadoras para identificar como un caso de aplicación de ellas un fenómeno, situación o hecho concreto dado. Esa tarea de reconocer en un fenómeno concreto un caso de aplicación de una regla general cualquiera, está expuesta a las frecuentes pero remediabiles incertidumbres que se originan en la ambigüedad y vaguedad de muchas de las expresiones de los lenguajes naturales, y a la irremediable incertidumbre que nace del hecho de que esos lenguajes tienen una textura abierta.

Tuve la impresión de que el autor de *La interpretación de la ley* no había visto ni vislumbrado esas incertidumbres de origen semántico, tal como otros juristas, ubicados en las antípodas de dicho autor, sólo tienen ojos para ellas. Con apoyo en las ense-

ñanzas de Hart traté de presentar una vía media, libre, a la vez de aquella forma de ceguera y de esta morbosa atracción por lo patológico. Esa vía media, me pareció, reproduce, además, con aceptable fidelidad, lo que de hecho ocurre en toda sociedad medianamente organizada en la que hay reglas y también pleitos.

Ese fue el punto de vista general desde el que concebí la parte crítica desarrollada en el capítulo II de las *Notas sobre derecho y lenguaje*. Es posible que allí haya dicho más de lo que de no haber estado inspirado por un afán polémico, hubiera podido prudente decir. Por eso estaba dispuesto a rectificarme a conceder todo lo que fuese razonable conceder.

### 3. ¿FUE CORRECTA ESA INTERPRETACION?

Resulta, empero, que algunos pasajes del libro *Las palabras de la ley* (pasajes que integran la posición B), parecen privar de toda pertinencia a la mayor parte de las cosas sostenidas en la posición A (la de las *Notas sobre derecho y lenguaje*). Esos pasajes parecen transformar el intento de confrontar las posiciones A y B, para sacar alguna enseñanza de esa confrontación en una empresa tan poco sensata como sería la de proponer extraer valor elucidatorio o didáctico de un diálogo entre esos dos.

Veamos esto más de cerca, con citas concretas. En las páginas 166/167 de *Las palabras de la ley* se dice textualmente:

"Dejemos de lado, sin embargo, la consideración del valor de lo que los realistas han creado sobre tales bases, para ocuparnos ahora de examinar especialmente las críticas al lenguaje legal, tema que les proporciona la base y punto de partida para su construcción. Eso sí, recordaremos una vez más que entendemos siempre referirnos a las palabras de la ley, de la ley misma. Para evitar equívocos, no pensemos leerlas como las lee el juez para dictar una sentencia. Más bien supondremos que éste las leerá como nosotros, como los habitantes de una polis, para la cual esas palabras constituyen el derecho positivo. Desde esta posición mediremos las afirmaciones escépticas y trataremos de discernir su verdad o su error

y las consecuencias que de ellas se derivan. En una palabra, una vez más veremos al derecho antes de su transgresión y en su relación con la acción humana. Lo que dirá el juez después, o lo que deberá decir, es tema separado".

Ese pasaje corrobora, como en él se expresa, lo dicho en otros de la misma obra. Así, por ejemplo, en la página 56 se lee que "hay otro tipo de enunciados que solamente son comprensibles bajo el supuesto de concebir el derecho como derecho judicial, pensando en el momento de su interpretación por parte de los jueces. Nos parece típica en tal sentido la exaltación de la vaguedad o equivocidad de los textos legales como un valor..." (La bastardilla es mía).

La posición A se había apoyado, en medida importante, en la crítica a ciertos puntos de vista por considerar que ellos constituían, por lo menos, una inadecuada descripción de lo que hacen los jueces cuando identifican un caso concreto individual como incluido en el campo de aplicación de una regla o de un conjunto de ellas. Ahora bien, si los puntos de vista criticados por esa posición no pretenden referirse a lo que hacen los jueces cuando fallan, sino a otra cosa, entonces aquélla no merece ser tenida siquiera en cuenta.

La posición A parece quedar en una situación bastante desairada, por no decir ridícula. ¿Qué hacer? Estoy dispuesto, como dije, a incursionar en una forma benigna de esquizofrenia, pero no a entregarme a prácticas masoquistas. Por ello creo necesario decir algo en favor de la posición A, como excusa, o quizás como justificación, por haberla sustentado. A tales fines me parece justo señalar que si yo entendí mal al autor del libro *La interpretación de la ley*, este libro favoreció la desinteligencia y lo hizo en una medida tal que, en todo caso, habría una manifiesta culpa concurrente.

Podría multiplicar las transcripciones de distintos pasajes del libro *La interpretación de la ley* que sustentan con holgura la teoría de la culpa concurrente. Pero ya que como muestra hasta un botón, me voy a limitar a hacer una sola transcripción, desusadamente larga, pero que considero necesaria. Los pasajes transcriptos arrancan en la página 72 del libro y forman parte

del capítulo VIII, que se llama "Imposibilidad de eliminar el proceso de interpretación".

"Supongamos una norma que diga: se aplicará prisión de un mes a seis años al que defraude a alguien mediante ardid. Con el planteamiento a que nos venimos refiriendo, pareciera que el proceso interpretativo consistiera solamente en la acción concreta del juez, el cual, frente a una determinada estafa, crea la pena que impone a un sujeto, entre un mes y seis años: creación dentro del marco legal.

"Es evidente, sin embargo, que la consideración de este aspecto de la actividad del juez no significa apreciar completamente la acción que ese órgano cumple. Desde luego que es un problema el de elegir entre un mes y seis años, y que en él la voluntad del juez se mueve con bastante amplitud, aunque cuando ésta no sea tanta como algunos teóricos parecen inclinados a creer, pues la determinación de una pena concreta dentro de un sistema de escalas penales está, a su vez, regulada en gran medida por otras normas distintas de las que hemos tomado como ejemplo, normas contenidas en todos los sistemas de derecho positivo y que constituyen otros tantos marcos a los cuales el órgano debe ajustar su acción.

"Hemos elegido deliberadamente ese ejemplo, sin embargo, por otro motivo, y es éste: en la referida norma hay un elemento cuantitativo que se presta dócilmente a la imagen del marco; pero que se presta igualmente para ocultar la parte de la norma que plantea propiamente la tarea de la interpretación. La doctrina que estamos examinando procede aquí con una especie de escamoteo, al transformar el tema de la interpretación como tema de libre arbitrio judicial, y ahí reside el error.

"En el caso referido, además de la tarea de escoger entre un mes y seis años, está el de saber, comprender o entender el significado de 'defraudar' y de 'ardid', porque con respecto a esos elementos de la ley es absolutamente claro que no es cierto que será *defraudar* y será *ardid* lo que los jueces digan efectivamente que lo es. No es un problema de elección libre de invento. Acaso sea exacto en algunos casos seguir hablando de un marco, pero nos inclinamos a creer que no; que esos conceptos más bien responden a la idea del sí o no, estos compuestos por un conjunto de notas que se dan o no se dan, y, en consecuencia, son o no son. La idea de marco dentro del cual nos movemos libremente no parece convenir en absoluto para definir la actividad desarrollada en este punto por

el juez; parece convenir más bien la idea de umbral; lo importante no es lo que haremos una vez que estemos adentro de la casa; lo importante es decidir si entramos o no entramos: estamos frente a un dilema. En el caso recordado, pues, no negaremos que sea un problema el de escoger una pena correcta entre un mes y seis años y no dudamos también que en esta tarea de aplicación el juez cumple una función específica en la cual dispone, a veces, de verdaderos marcos, más o menos amplios. Nos parece dudoso, sin embargo, que a esa actividad se la llame 'interpretación' y, en todo caso, negamos que esa sea la totalidad de la tarea del juez y que ella constituya el tipo de la actividad cumplida por él, es decir, que esa operación de determinar la pena sea exactamente igual a la de determinar si existe o no existe defraudación. Esta es la determinación que la doctrina examinada parece inclinada a no considerar en sus caracteres específicos...".

"Si bien es exacto que a veces la ley deja librada al órgano de aplicación la elección entre varias posibilidades conceptuales previstas o no expresamente, es también cierto que al tomar ese aspecto del proceso de interpretación como el único, se descuida que aun en ese supuesto el órgano inferior debería asumir una doble tarea: 1º determinar cuál es el margen de facultades; 2º escoger dentro del margen determinado. La primera determinación no solamente reaparecerá en cada supuesto que pongamos, sino que por poco que nos detengamos a considerar el tema, deberemos lealmente reconocer que constituye por excelencia el cuerpo de toda resolución judicial. Aunque el juez no diga expresamente que está interpretando la ley, es decir, entendiéndola y aplicándola de determinada manera, es lo cierto que eso constituye, cuando menos, la mitad de su tarea. La otra mitad consiste en la fijación e interpretación de los hechos, operación también penetrada de conceptos jurídicos, porque todo hecho procesal es un hecho jurídicamente calificado.

"La posición que estamos examinando, acaso movida por un espíritu realista, de hecho se ha alejado de la realidad de manera profunda. Basta pensar en lo que es ordinariamente un pleito para convencerse de la incorrección de aquel planteamiento. Basta abrir un repertorio de jurisprudencia... Lo que se discute siempre es si algo constituye o no un contrato, si un acto es nulo o no, si una obligación subsiste o está prescrita, si un sujeto es capaz o incapaz, si un hecho es o no un delito, si un término procesal está o no vencido, si un crédito debe ser pagado antes o después de otro. Y ese debate,



que es un verdadero debate y no una conferencia, asume por esencia forma dialéctica, es decir de afirmación y negación contrapuestas, resultando la contraposición de las formas discrepantes de fundarse en el precepto jurídico.

"Y ahí tenemos el problema planteado ante el juez. La imagen del marco (creación dentro del marco normativo) debe ser directamente desechada como descripción adecuada de la tarea del juez, porque lo que éste debe hacer, lo que de él se espera, no es que cree nada, sino que decida, que se pronuncie a favor de una u otra pretensión, que escoja determinado marco y no otro".

#### 4. INTENTO DE CONCILIACION

Ahora bien, admitamos provisionalmente que para apreciar las características del lenguaje de las reglas jurídicas hay que abandonar el punto de vista del juez en trance de dictar sentencia, tal como lo preconiza la posición B. Surge entonces, en forma casi inevitable, esta pregunta: ¿por cuál habremos de sustituirlo?

Una manera posible de contestarla, que halla sustento en la equivocidad de la expresión "la interpretación de la ley", sería decir que el punto de vista adecuado es el del jurista dogmático que, con pretensión científica, organiza y expone en la forma de un sistema coherente el contenido de las normas de un ordenamiento positivo dado o, más plausiblemente, de sectores de él de varias dimensiones.

Tal respuesta daría pie, por ejemplo, a estas dos aserciones prometedoras: 1) que desde el punto de vista de la ciencia dogmática del derecho el concepto de compraventa es absolutamente rígido y fijo, pues está constituido por tres notas y nada más que por ellas: acuerdo para transferir el dominio; cosa cuyo dominio se transfiere por virtud de ese acuerdo; y precio; y 2) que, por lo tanto, ninguna de las tribulaciones por las que tienen que pasar los jueces para decidir si una transacción concreta es o no una compraventa, afecta la fijeza y rigidez del concepto, ni su carácter de esquema abstracto, cerrado en sí mismo.

La ambigüedad y vaguedad de muchas de las expresiones de los lenguajes naturales, y la textura abierta de éstos, sólo ten-

drían relevancia al nivel de la faena judicial. Esto es, cuando los jueces tienen que preguntarse ¿es este X concreto un individuo comprendido por el significado de la regla 1? y dar una respuesta fundada a esa pregunta o a preguntas similares. Pero esas características de los lenguajes naturales no introducirían incertidumbre alguna en la tarea de los tratadistas o expositores dogmáticos de un derecho dado, porque ellos, a diferencia de los jueces, no tienen que clasificar individuos concretos sobre la base de criterios generales de clasificación, sino simplemente decirnos, en forma sistemática, libre de incongruencia y de superposiciones, cuáles son esos criterios.

Si esa fuera la salida, resultaría que la posición A no sería incompatible con una posición que viera el paradigma de "la interpretación de la ley" en lo que hacen los juristas dogmáticos. Ambas posiciones serían compatibles, porque la primera tomaría las cosas donde la segunda las deja. Una y otra serían verdaderas y útiles en sus respectivos campos.

#### 5. FRACASO DEL INTENTO DE CONCILIACION

Infelizmente en nuestro caso, donde se trata de comparar constructivamente las posiciones A y B, no podemos resolver el diferendo existente entre ambas mediante una sencilla operación de deslinde y amojonamiento, seguida de un tratado que obligase a los contendores de ayer, hoy reconciliados, a respetar los límites establecidos. Esos límites deslindarían dos campos distintos. En uno reinaría la posición B y en el otro la A, y los respectivos reinados serían indisputables.

Para ver por qué no está a nuestro alcance una solución tan sencilla, tan agradable, tan civilizada, hay que tomar en cuenta algunas cosas, que expondré en forma resumida.

A. La posición B se rehúsa a adoptar el punto de vista del juez en trance de dictar sentencia. Pero no lo desecha para sustituirlo por el de los juristas dogmáticos. Lo descarta para reemplazarlo por el de los hombres corrientes, los miembros de la *polis* para los que las normas de cuya interpretación se trata son derecho positivo.

Se afirma, además, que para el súbdito, que ve el derecho desde adentro, éste posee rasgos que lo asemejan a un objeto ideal. Los objetos del conocimiento jurídico son, desde ese punto de vista, fijos, precisos y exactos. Para poder actuar, los hombres corrientes necesitamos que nuestro cálculo jurídico se funde en datos normativos sólidos, seguros. Los enunciados normativos vistos por el hombre corriente desde el interior del sistema, son preceptos conclusivos, cerrados en sí mismos. El objeto por conocer es quieto, invariable, intemporal. Lo que interesa conocer para poder actuar, son esquemas rígidos, completos y seguros de sí mismos.

B. Ese hombre corriente o miembro de la *polis*, que ve el derecho así, con aquellos rasgos de fijeza y rigidez que convierten en hueco parloteo a todas las observaciones sobre la ambigüedad, vaguedad y textura abierta de los lenguajes naturales, ese ciudadano común cuya mirada da fijeza y rigidez absolutas al contenido de las reglas, porque si no las viera así no podría actuar, ese arquetipo o paradigma del sujeto cognoscente del derecho es, lo digo sin vacilaciones, un personaje mítico. Una suerte de Superman jurídico, sembrador infatigable de precisiones y claridades.

Permítaseme agregar que si los hombres comunes vieran el contenido de las reglas jurídicas con la claridad y precisión con que las ve ese personaje mítico, estaríamos de más los abogados. Quizás haya buenas razones para recomendar una rápida y radical eliminación de nuestro gremio pero, sin duda, *esa* no es una de ellas.

C. El ciudadano corriente que tiene que tomar una decisión concreta en la que esté involucrada la interpretación de normas jurídicas —y no deseo cuestionar la afirmación de que prácticamente no hay decisión humana en la que de un modo u otro no esté de por medio una o más reglas de derecho— ese ciudadano corriente, digo, se encuentra en una situación semejante a la del juez que tiene que decidir un pleito o una causa aplicando normas generales. Frente a una mayoría de casos el ciudadano común sabrá a qué atenerse en ese respecto, esto es, sabrá cómo la decisión concreta que contempla se inserta en el orden jurídico

o qué sentido recibe de éste. No tiene necesidad de consultar a un abogado para saber si puede o no válidamente comprar un paquete de cigarrillos o regalarle un tapado a su mujer. Y si se lleva mal con ésta, al punto de que la vida en común con ella le resulta intolerable, el ciudadano común sabe, sin necesidad de consultar a un abogado, que no está facultado para matarla. Esos son casos claros. Pero si la decisión a tomar tiene ingredientes más complejos y se trata, por ejemplo, de saber si es o no constitutivo de monopolio un determinado contrato que la sociedad anónima que nuestro imaginario ciudadano común preside proyecta celebrar con otra sociedad, es muy probable que nuestro ciudadano tenga enormes dudas sobre el particular y que se decida a consultar a un abogado, cuyas dudas serán quizás mayores. Ni el ciudadano común ni el abogado ven a las figuras diseñadas por la ley represiva de los monopolios como esquemas rígidos, precisos, fijos, cerrados en sí mismos, etcétera. Las ven como lo que son, como caracterizaciones que si bien permiten reconocer con facilidad los casos concretos típicos, están circundadas por una considerable zona de penumbra en la que tendrán cabida los casos concretos dudosos, frente a los que decir tajantemente "sí" o "no" puede constituir una muestra de admirable aplomo, pero también de ignorancia o de irresponsabilidad, o de ambas cosas a la vez.

Con otros términos, la situación del hombre corriente que se ve en la necesidad de tomar una decisión concreta, y que tiene que saber, para adoptarla, cuál es el significado que las reglas generales del sistema acuerdan a lo que proyecta hacer, se asemeja mucho a la del juez. A veces la acción proyectada queda comprendida en el área central de significado de una regla o de un conjunto de ellas; a veces no, y si ocurre lo último el hombre común duda y su duda es razonable. Si consulta a un abogado consciente puede ser que éste le resuelva el problema en un santiamén, pero también puede ocurrir que le pida unos días para estudiar el problema. Esto es lo que nos enseña la experiencia de todos los días.

D. Tanto el hombre corriente como el juez se encuentran con alguna frecuencia frente a casos dudosos, ubicados en la zona

de penumbra. Esto es así porque no es verdad que el derecho elimina todas las posibles áreas de indeterminación mediante cinco procedimientos que resumí en la segunda mitad de la primera parte. Examinémoslos brevemente uno a uno. Se denominaban "Operatividad", "Definición", "Cuantificación", "Tipificación" y "Constitución".

a) *Operatividad*. La posición B sostiene, según dijimos, la incorporación de un modo expresivo a la estructura de la norma jurídica hace que esa expresión adquiera un inequívoco sentido dispositivo. Ella transforma en expresión técnica — afirma — a la más común de las palabras. Además, la ley narra, ni aconseja ni se burla: manda y entiende mandar una cosa precisa. Cuando la ley emplea una expresión, ésta tiene un significado preciso y dispositivo.

Este primer fenómeno no surte, ciertamente, todos los efectos que se le atribuyen. Aunque fuera exacto que las leyes hacen otra cosa que mandar, es innegable que puede haber órdenes confusos, ambiguos, vagos e imprecisos. Del hecho de que algo sea una orden no se sigue que ese algo tiene un significado preciso. "¡No te demores demasiado!" y "¡Quedate aquí!" pueden ser órdenes, no obstante su manifiesta falta de precisión, si las expresiones son proferidas por las personas adecuadas, a las personas adecuadas y en el contexto adecuado.

Además las leyes no sólo mandan, es decir no sólo crean deberes mediante órdenes y prohibiciones. También confiere derechos, autorizaciones, permisos precarios, privilegios, exenciones, inmunidades, etcétera. Otras veces imponen cargas o condiciones que no son deberes. En circunstancias dadas puede constituir un problema arduo determinar con precisión cuál de las cosas ha hecho la ley, problema que algo tiene que ver, si no me engaño, con la "fuerza" específica del enunciado normativo. Pero no es esa la objeción principal. La objeción principal a la posición B, en este respecto, es que no es cierto que la mera incorporación de una palabra o expresión en el texto de una norma jurídica convierte a esa palabra o expresión en técnica y precisa.

El ejemplo que trae *Las palabras de la ley* en la parte final de la página 171 y a comienzos de la 172 es suficientemente

ilustrativo de una situación opuesta a la que se pretende ejemplificar con él. Transcribo: "En el derecho argentino se puede probar, por ejemplo, que la expresión 'bajo la influencia de la fiebre puerperal' a la que los médicos tienden a acordar, explicable, pero ingenuamente, un sentido médico, quiere técnicamente decir más o menos 'algún tiempo no muy largo'...".

Dudo que esta última expresión sea técnica, pero ciertamente no es precisa.

b) *Definición*. Ya vimos que la posición B sostiene que cuando la ley habla, siempre acota, limita, define, porque la ley no puede mandar y prohibir la misma cosa simultáneamente. El principio normativo de no contradicción — dice la posición B — lima las asperezas de las palabras comunes. Las pulen, limpia y decora siempre a su gusto y voluntad.

Para mostrar con fuerza de convicción que no siempre que la ley habla hace todo eso, bastan algunos contraejemplos tomados de las recientes modificaciones introducidas al Código Civil argentino. Igual resultado se obtendría examinando algunas de las recientes reformas hechas al Código Penal.

—Así, el art. 152 bis, inc. 2º del Cód. Civ., establece que podrá inhabilitarse judicialmente a los "disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el Juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio".

—El nuevo art. 954, 2º párrafo del Cód. Civ. dispone que "también podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en casos de notable desproporción de las prestaciones".

—El nuevo art. 1071 del mismo código reza: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reco-

nocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena moral y las buenas costumbres".

—El nuevo art. 1198, 2º párrafo del Cód. Civ. expresa "en los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato".

Pues bien, frente a estas nuevas disposiciones podemos preguntarnos qué grado de precisión ha añadido a las palabras expresiones claves que figuran en ellas el "hecho político" de inserción en un texto legislativo. Esto es, cuál es el territorio que esas expresiones ahora acotan, limitan y definen, de modo de eliminar los casos concretos dudosos.

La pregunta tiene una respuesta sencilla. Obviamente ninguna de esas expresiones delimita o acota un territorio preciso cuya clara delineación permita contestar siempre con un rotundo "sí" o con un rotundo "no" a quien nos interroga si un caso concreto dado está o no incluido en las reglas respectivas. La situación es muy distinta a la que se da cuando alguien nos pregunta si un número cualquiera dado es par o impar. A diferencia de lo que ocurre en este último supuesto, los criterios de aplicación que presiden el uso en concreto de aquellas expresiones a veces no sirven para presentar las cosas en blanco y negro. Hay zonas grises y no puede de menos que ser así. En el campo de enunciados predicativos el principio de no contradicción no contribuye a abolir las vacilaciones que uno puede sentir antes de decidirse a sostener que un individuo dado es o no calvo.

c) *Cuantificación.* Es cierto que en el derecho, como en otros campos normativos —por ejemplo en muchos juegos— utiliza el proceso de cuantificar lo cualitativo para ganar en certeza, al precio, muchas veces, de una buena dosis de arbitrariedad. (¿Por qué una jugada brusca debe ser sancionada con un penalti si se ha cometido cinco centímetros dentro del área, y con

simple tiro libre si, con igual intensidad y mala intención, la falta se hubiera cometido cinco centímetros afuera de ella?). Pero en contra de lo que sostiene la posición B, no todas las palabras cualitativas son cuantificables. Por lo pronto no lo es la palabra "capaz" que en *Las palabras de la ley* se pone como ejemplo. Y no lo es, entre otras razones, porque no lo es la noción de "persona disminuida en sus facultades" que aparece en el ya citado art. 152 bis, inc. 2º del Cód. Civ. y que está en juego cuando se trata de determinar si una persona es o no capaz. ¿Y cómo haríamos para cuantificar la palabra "obsceno"?

d) *Tipificación.* Es cierto que la ley tipifica para regular y que ese procedimiento consiste en crear esquemas abstractos, compuestos por un número finito de notas relevantes. Pero la aserción de que todo lo que la ley no pone como relevante es *eo ipso* indiferente o irrelevante, no pasa de ser un dogma, que puede muy bien ser postulado por un pensador decidido a construir sobre esa base un sistema para su uso personal o para recomendarlo a quienes deseen seguirlo, pero que no se compadece con lo que ocurre en la realidad.

A cada rato vemos que los jueces se rehúsan a incluir un ejemplar concreto en el esquema rígido del tipo porque el ejemplar en cuestión exhibe características especiales, en aspectos concomitantes, que lo hacen atípico, o porque el trasfondo de circunstancias generales sobre las que el caso se proyecta es tan inesperado o insólito que el encasillamiento del caso singular en el tipo, en tales circunstancias, sería una evidente muestra de falta de inteligencia en el intérprete.

¿Por qué no se sanciona como incursos en prevaricato a los camaristas en lo civil que han resuelto que la conformidad expresa de los hijos mayores de edad, que son a la vez los únicos descendientes de un matrimonio, habilita a los integrantes de éste a adoptar un niño, no obstante que la ley de adopción argentina dice que quienes tienen hijos de sangre no pueden adoptar?

¿Y qué opinaríamos de un agente de tránsito que, imperturbable, se ocupara concienzudamente de hacer boletas por circular de contramano a todos los conductores de automóvil que, explicablemente despavoridos, huyesen por la calle Corrientes,

en dirección al Once, ante una sorpresiva invasión de broncos que avanzaran implacablemente por esa arteria desde río?

La concesión que la posición B expresa cuando admite la posibilidad de que las "palabras de la ley" recojan un término cotidiano o vulgar, "con orla y todo", no se hace cargo adecuadamente del problema. Esa concesión, que conduce a afirmar con cierto aire de paradoja, que en esos casos la ley ha querido ser precisamente imprecisa, pone límites artificiales a la zona de imprecisión sin advertir que ésta se caracteriza por la ausencia de límites definidos. Con otros términos, cuando "las palabras de la ley" recogen un vocablo circundado por una zona de penumbra, lo problemático es cómo clasificar los casos dudosos: eso no puede describirse adecuadamente diciendo que la ley es deliberadamente imprecisa en cuanto acepta como válidos todos los matices que caben en la zona de penumbra, porque ello equivaldría a pretender delimitar esta zona con precisión, lo que es imposible. Si fuera posible, no cabría hablar de zona de penumbra, sino de una simple ampliación del concepto, que quedaría tan delimitado como antes, sólo que ahora con un mayor radio de acción.

e) *Constitución*. Es cierto que el lenguaje del derecho es integrado, parcialmente, con palabras inventadas o constituidas por él, que no corresponden a términos del lenguaje vulgar, importan haber adjudicado a éstos un sentido radicalmente distinto. Admitamos que la palabra "compraventa" —o el concepto que ella expresa— es una de esas palabras inventadas. Admitamos también que sus notas son tres y sólo tres: consentimiento, cosa y precio. No obstante ello la clasificación de una transacción concreta como un caso concreto de compraventa puede dar origen a dudas, porque las palabras con que esas notas se definen rematan necesariamente en términos dotados de textura abierta.

Supongamos que el Jardín Zoológico de Buenos Aires quiere de un explorador un curioso espécimen de figura simio que durante las primeras semanas de cautiverio se comporte como sus congéneres. Con el transcurso del tiempo el primate va mostrando una admirable capacidad de imitación. La ad-

misión llega al colmo cuando se comprueba que, aunque en forma rudimentaria, ha aprendido a imitar el habla de los empleados que limpian su cubículo. El simio no sólo repite lo que sus cuidadores habitualmente dicen, sino que comienza a armar frases por su cuenta, la mayor parte de ellas incomprensibles o incoherentes, pero otras dotadas de sentido. Claro está que su dicción dista mucho de ser impecable; es una media lengua contaminada de gruñidos aunque en muchos aspectos se asemeja al habla humana. Su temática es monacorde pero en lo que le interesa consigue darse a entender. Sus modales siguen siendo zafios; difícilmente sería aceptado como socio por el Círculo de Armas. Con todo, es posible mantener una conversación con él sobre aspectos muy elementales del mundo que lo rodea. Así, por ejemplo, no expresa convicciones políticas pero suele tener duras palabras de crítica para la comida que se le suministra.

Enterado de todas estas sorprendentes novedades el explorador que vendió el simio pide la nulidad de la venta, alegando que lo vendido no fue una cosa sino un ejemplar de hombre primitivo. Al mismo tiempo, y sobre la base de consideraciones similares, un abogado de esta capital, que se ha hecho merecidamente famoso por su activa defensa de los derechos humanos, interpone un *habeas corpus* en favor del extraño cautivo.

¿En qué medida el juez que debe pronunciarse sobre la validez o nulidad de la compraventa es inmune a los peligros y asechanzas de las palabras comunes por el hecho de que el término "compraventa" es una palabra de factura jurídica, construida al modo como los geómetras construyen sus objetos, si su problema depende de decidir si el ser animado objeto de la transacción es un mono que habla o un hombre primitivo? ¿En qué medida el juez que tiene que pronunciarse en el *habeas corpus* se ve libre de aquellos mismos peligros por el hecho de que la expresión *habeas corpus* también es de factura jurídica, si su problema central es determinar si el beneficiario del recurso es o no un hombre?

Por otra parte, si alguien sostiene que la clasificación de una transacción concreta como "compraventa" o "donación encubierta" depende de la proporción o desproporción que exista entre el valor intrínseco de la cosa y el de la cantidad de dinero



que se da a cambio de ella, y que esa clasificación puede ser dudosa e incierta, el que sostenga eso no quedará satisfecho con la respuesta de que no puede haber problema alguno porque el precio es falso o no, y si ocurre lo primero hay donación mientras que si ocurre lo segundo hay compraventa. No quedará satisfecho porque aunque enriquezcamos nuestro arsenal de conceptos con el concepto de "falso precio" siempre quedará subsistente frente a un caso concreto, la posibilidad de que haya dudas razonables acerca de si éste debe o no ser clasificado como un caso de "falso precio". El concepto de "falso precio" carece de límites precisos y definidos en lo que concierne a su aplicación a los casos concretos, tal como carece de límites semejantes el concepto de "hombre de edad madura", que podría quizás invocarse para pretender eliminar la vaguedad de "joven" y "viejo". Esa técnica reduce la vaguedad pero no la elimina. El concepto "falso precio" introduce su propia zona de penumbra, y la posible determinación subsiste, quizás atenuada. Elló no impide, por cierto, que en la realidad se den muchos casos frente a los cuales no haya dudas de que el precio es falso.

## 6. ALGUNAS CONCLUSIONES

A esta altura de la exposición podemos hacer las observaciones siguientes:

*Primero.* La posición A, correctamente reformulada, o liberada de las exageraciones con que, quizás, fue originariamente expuesta, no es incompatible con una disciplina como la dogmática jurídica, que expone y caracteriza a los conceptos jurídicos como compuestos por una cantidad finita de notas precisamente indicadas.

*Segundo.* La posición A, en cambio, con su formulación primitiva o con su reformulación más cuidadosa, es incompatible con una posición que niega la existencia de dudas justificadas en la aplicación de reglas generales a algunos casos concretos o en la clasificación de estos casos concretos bajo reglas generales, o que esa tarea de clasificación la ejerza un juez al resolver

pleito o una causa, sea que la ejerza un particular para determinar en concreto qué curso de conducta seguir, o aconsejar a un tercero que siga.

*Tercero.* Por lo tanto, la posición A no es compatible con la posición B, en la medida en que ésta niega la existencia de casos de la penumbra cuando se trata de determinar si un caso concreto es o no un ejemplar de una regla general. La posición A, reformulada y liberada de exageraciones polémicas, es preferible a la posición B porque hace más justicia a los hechos y tiene mayor poder explicativo. Lo tiene porque ayuda a entender una cantidad de fenómenos de la experiencia cotidiana del derecho que, en caso de adoptarse la posición B, quedarían como aberraciones inexplicables e incluso inconcebibles (votos en disidencia, sentencias revocatorias, dictámenes fiscales no coincidentes con los fallos, cambios de jurisprudencia, discrepancias de buena fe entre litigantes que no concuerdan en la forma de calificar hechos sobre cuya ocurrencia coinciden, etcétera).

*Cuarto.* La posición A, que reconoce abiertamente la fundamental importancia que tienen las reglas en toda sociedad organizada, y que limita la incertidumbre a los casos que se presentan en la zona periférica de las reglas, no puede ser considerada una posición de escepticismo frente a éstas. El cargo es manifestamente inmerecido.

No hay puntos de contacto fundamentales entre la posición A y el realismo nihilista. Sólo los une tener un enemigo común: la posición B y sus congéneres.

*Quinto.* La posición A afirma que entre los casos concretos claros y los casos concretos dudosos (casos de la penumbra) no hay una distinción nítida y tajante, porque esa distinción depende de la noción de zona de penumbra, que es vaga. La posición B objeta que eso significa negar la distinción inicial y sumir en la penumbra a toda la normatividad. Tal reproche es equivalente a este otro y tiene la misma —escasa— fuerza de convicción: si alguien afirma que en una habitación hay un foco de luz que gradualmente va transformándose en penumbra, sin que pueda decirse con precisión dónde concluye la luz y dónde empieza la penumbra, la persona que afirma eso está negando la



distinción entre zona de luz y zona de penumbra y está sumado en penumbra toda la habitación.

*Sexto.* La posición A no ha introducido ningún factor adicional de escepticismo frente a las reglas al destacar las distintas "fuerzas" que pueden tener las expresiones lingüísticas. La posición A no ha dicho nada al respecto, aunque, como suena más arriba, quizás pudo y debió haberlo dicho.

#### 7. FINAL

Terminaré con dos últimas observaciones de un tipo distinto a las anteriores.

En primer lugar, considero de estricta justicia decir que no habría advertido ciertas extralimitaciones en que incurri mis *Notas sobre derecho y lenguaje*, si no me las hubieran señalado, con amable insistencia, mis amigos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Agradezco a ambos su amabilidad y también su insistencia.

En segundo lugar, espero que nada de lo que he sostenido en este ensayo sea interpretado como expresión o indicio de una actitud desconsiderada frente a las ideas que he criticado ni frente a quien las ha expuesto con extraordinario brillo. Constituye un alto honor para mí polemizar en un tono de cordial discordancia con quien es, sin duda, uno de los más destacados juristas de nuestra lengua.

### III

## SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER JURIDICO

## PRIMERA PARTE INTRODUCCION

### I

En setiembre de 1965 participé en un seminario internacional realizado en Bellagio, Italia. Su objeto era analizar el concepto del deber jurídico. Durante una semana, en la que fuimos huéspedes de la *Rockefeller Foundation*, un pequeño grupo de estudiosos —en su mayor parte europeos—, nos reunimos diariamente en jornadas de cinco o seis horas, y aun de mayor duración, para discutir el tema. La segunda parte de esta monografía consiste en mi contribución al mismo <sup>1</sup>.

La idea del seminario, así como su organización, correspondió a los profesores Norberto Bobbio, de la Universidad de Turín; Alessandro Passerin D'Entrèves, de la Universidad de Milán; Herbert L. A. Hart, de la Universidad de Oxford. Los nombrados habían convenido que el último de ellos escribiera un ensayo breve que, sugiriendo los tópicos básicos del debate, sirviera de guía a éste. El profesor Hart remitió una colaboración preparada al efecto: "The Concept of Obligation" <sup>2</sup>. Ella fue

<sup>1</sup> Agradezco a la *Rivista di Filosofia* su generosa autorización para publicar ese material, originariamente aparecido en ella. (Vol. LVII, Nº 2, págs. 141/55).

<sup>2</sup> En el número de la *Rivista di Filosofia* citado en la nota anterior, bajo el título de "Il Concetto di obbligo" (págs. 125/40), se publica el ensayo del profesor Hart, traducido al italiano por el profesor Giacomo Gavazzi. Se trata de un fascículo especial de la *Rivista* que reúne colaboraciones especialmente escritas por otros estudiosos que asistieron al seminario de Bellagio.

distribuida con la debida antelación entre los participantes del coloquio.

A modo de introducción indispensable resumiré seguramente aquellas partes del trabajo de Hart cuyo conocimiento da por supuesto en mi ensayo. No pretendo sintetizar todo el artículo del profesor de Oxford, muy rico en contenido y en gerencias. Sólo me referiré, como digo, a aquellos pasajes en él que están aludidos en el mío. Trataré de que la síntesis sea más fiel posible.

## II

1. Con el propósito de identificar el tema de los debates Hart creyó necesario distinguir tres tipos de contexto o discurso en los que puede aparecer la noción de obligación o deber jurídico:

a) El lenguaje de los textos formalmente revestidos de autoridad: v.gr., códigos, leyes, reglamentos administrativos, resoluciones oficiales de otro tipo, decisiones judiciales, etc. Este es el lenguaje *del* derecho.

b) La exposición dogmática del derecho (o sectores de él), ya sea por obra de los juristas académicos, ya sea (especialmente en las jurisdicciones del *common law*) por obra de los jueces, al fundar sus decisiones. Este es lenguaje *acerca del* derecho o, más concretamente, *acerca de* un ordenamiento jurídico dado; y

c) Los escritos de los filósofos o de los teóricos del derecho, que no se ocupan de un ordenamiento específico sino de las características generales de aquél.

2. Hart hace notar que en los contextos o discursos de segundo tipo la palabra inglesa *obligation* lleva todavía consigo un débil resabio de la *obligatio* romana, concebida como un *vinculum juris* entre personas determinadas. Y afirma que es con ese alcance, que dicha palabra es usada con más naturalidad —tal como lo es la palabra italiana *obbligazione*, distinta de

"*obbligò*"— para indicar el correlato de un derecho patrimonial *in personam*, del que son ejemplos paradigmáticos las obligaciones emergentes de los contratos y los cuasicontratos, y las de resarcir los daños causados por el incumplimiento de un contrato o por un delito civil.

En todos estos casos la palabra obligación es empleada para referirse al derecho y, más específicamente, a ciertos tipos de situaciones creadas por él.

En los contextos o discursos del tercer tipo —el lenguaje de los teóricos (generales) del derecho, de los jusfilósofos, de los cultores del derecho político— nos damos con un uso general de las expresiones "obligación jurídica" y "deber jurídico" que abarca todos los campos del derecho. (En italiano se emplea, en estos casos, "*obbligò*" y no "*obbligazione*").

Hart sostuvo que, sin duda, era este uso indiferenciado de "deber jurídico" el que habría de merecer, más que los otros, nuestra atención. Así lo entendí al escribir el ensayo que reproduzco en la segunda parte.

3. Con el propósito de presentar un modelo de análisis de "deber" y, muy en especial, de "deber jurídico", que, pese a sus obvios defectos, reúne los méritos de la claridad y de la sencillez, Hart expuso la médula del modelo de Bentham.

Para este último los sustantivos "deber" y "obligación" no son nombres de entes reales sino de ficciones. Como tales, requieren un tipo particular de definición y análisis; esas palabras no pueden definirse *per genus et differentiam*. Ellas reclaman un método distinto, que consiste en buscar una oración completa en la que la palabra en juego cumpla su papel característico (v. gr. "tiene la obligación de pagar cien mil pesos a Y") y, luego, traducir la oración entera de modo tal que, en la traducción, la palabra que designa la entidad ficticia desaparezca<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Sobre todo esto ver Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford Univ. Press, 1953 (Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, bajo el título de "Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica", publicada en Hart, *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, págs. 93 y sigtes.

Usando este método, Bentham llegó a la conclusión siguiente: afirmar que un hombre tiene la obligación o el deber de realizar un acto C equivale a decir que si ese hombre no se comporta así probablemente sufrirá un mal (un dolor o la privación de un placer). Este mal puede ser de diferentes tipos, y las diversas fuentes en donde puede originarse constituyen las diferentes "sanciones" que permiten clasificar los distintos tipos de deberes.

Así, hay sanciones (y deberes) *físicos*, si el sufrimiento resulta del curso de la naturaleza, sin intervención humana o divina; *políticos* o *jurídicos*, si el sufrimiento proviene de los funcionarios, que tienen que administrarlo con arreglo al derecho *morales* o *populares*, si es infligido por personas indeterminadas de la sociedad y no según reglas establecidas; *religiosos*, si las sanciones son administradas por un "ser superior invisible".

4. Hart critica a fondo el "modelo de Bentham". Le reprocha fundamentalmente, no haberse hecho cargo de los elementos normativos incorporados al uso convencional de las expresiones "deber jurídico" u "obligación jurídica", por haber concentrado su atención en una forma de nexo, que Hart llama "conexión predictiva", entre las acciones humanas y el sufrimiento infligido por los funcionarios.

Esta perspectiva distorsionada importa el paralelo olvido de otro tipo de nexo entre las acciones humanas y el sufrimiento que Hart llama "conexión normativa". Ésta presupone la existencia (o, lo que es lo mismo, la aceptación social) de reglas que, entre otras funciones, cumplen la de *justificar* la aplicación del castigo frente a ciertos comportamientos.

No me ocuparé aquí de la crítica de Hart a aquel análisis de "deber jurídico" que sólo atiende a la "conexión predictiva" ni de su ventajoso reemplazo por un análisis en términos de "conexión normativa". Este último requiere, como cuestión previa, un adecuado esclarecimiento del complejo fenómeno social en que consiste la "aceptación de una regla" por una comunidad determinada. Hart ha tratado estos temas con singular brillo

en otro lugar<sup>4</sup>. Además, su exposición no es necesaria para entender el sentido de la que hago en la segunda parte.

5. Sí considero necesario, en cambio, a los mismos fines, resumir otras cosas que Hart dijo. A saber, cuáles pueden ser los criterios para decidir si un análisis de "deber jurídico" o de "obligación jurídica" es o no adecuado. Hart distingue y aplica dos criterios fundamentales y postula la conveniencia, frente al caso, de usar un tercero.

a) El primer criterio para juzgar el grado de adecuación de dicho análisis, es la correspondencia entre los resultados de éste y las ideas corrientes que se manifiestan en los usos habituales y efectivos de las expresiones analizadas.

b) El segundo criterio —completamente distinto del anterior— no considera al análisis como una tentativa de explicar un uso existente, sino como un intento de *introducir* un concepto que aísla e identifica una situación que se presenta en forma recurrente en la práctica efectiva de un sistema jurídico. El grado de adecuación de tal concepto debe ser juzgado en función de su *utilidad* como medio para alcanzar los fines teóricos y prácticos, o de otro tipo, que quien introduce el concepto se propone lograr.

En el caso del "modelo de Bentham", su autor se propuso, por un lado, manejarse exclusivamente con conceptos definibles en términos que representasen entidades reales (o lo que él entendía por ello). Por otro, suministrar una herramienta conceptual que subrayara aquellos aspectos del derecho que más importancia tienen para un crítico utilitarista; a saber, las zonas o sectores donde el derecho mismo crea, o hace probable, el sufrimiento humano. De ese modo, cuando se ponen tales aspectos en relieve, el orden jurídico aparece como un mal necesario, que sólo puede contribuir a la felicidad de los hombres si es usado con inteligencia.

4 Hart, *The Concept of Law*, Oxford Univ. Press, 1961, caps. V y VI. (Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, *El concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).

c) Hart se pregunta, por último, si los criterios precedentes son los únicos relevantes para juzgar un determinado análisis de "deber jurídico". Esto es, si son exhaustivos. Con referencia especial al "modelo de Bentham", se pregunta si es posible criticarlo, aun aceptando que logra los objetivos que su autor se propuso, sobre la base de que suprime o ignora cosas demasiado importantes.

Aquí es donde Hart desarrolla la crítica a Bentham, aludida brevemente más arriba. Ella consiste, como vimos, en reprocharle su ceguera frente a la "conexión normativa" y todo lo que ésta presupone e implica.

### III

Mi contribución, como veremos de inmediato, consiste en dar una respuesta quizás heterodoxa, y sin duda susceptible de desarrollos mucho más refinados e inteligentes, a las preguntas de Hart que acabo de mencionar. Sólo que no he tenido principalmente en vista el "modelo de Bentham" sino otro con mayor vigencia, por lo menos en la teoría jurídica general predominante en nuestro ámbito. Me ha guiado el propósito de cuestionar la utilidad de un concepto de deber jurídico —el que maneja la Teoría General del Derecho de orientación positivista— que es hoy excesivamente restringido y empobrecedor y, por ello mismo, peligrosamente dañino.

Las líneas que siguen dirán en qué medida he conseguido cumplir ese propósito que, me apresuro a admitirlo, puede parecer demasiado destructivo.

## SEGUNDA PARTE

### SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER JURIDICO

El artículo de Hart, glosado, en lo pertinente, en la primera parte, me ha sugerido, entre otras, las reflexiones que en forma sucinta expondré a continuación. No se me escapa que son demasiado generales y temo, con fundamento, que su utilidad sea inversamente proporcional a su latitud. Espero, con todo, que alguien saque algún provecho de ellas.

#### I

1. Es conveniente distinguir, como lo hace Hart, entre (i) la noción generalísima de deber jurídico (en italiano "obbligo"), que se usa al nivel de la Teoría General del Derecho, y (ii) el concepto técnico de obligación (en italiano "obbligazione") que se usa al nivel de la dogmática jurídica. El primero es un concepto creado por los teóricos generales del derecho y no halla correspondencia en el uso de los juristas (civilistas, comercialistas, penalistas, etcétera). Estos no han sentido la necesidad de aislar un elemento tan general.

La Teoría General del Derecho<sup>1</sup>, *Allgemeine Rechtslehre*, *General Jurisprudence*, se ocupa principalmente de la elucidación

<sup>1</sup> Aquí se hace necesaria una aclaración terminológica. En este artículo uso la expresión "Teoría General del Derecho" en el sentido que le da Bobbio, en su *Teoria della Scienza Giuridica*, Torino, 1950 (págs. 12, 18/9, 33/4, 156, 157/8 y 167/8). Es decir, me refiero con ella a la disciplina constituida en la segunda mitad del siglo pasado para a) llenar el vacío dejado por la estrepitosa caída de la escuela del derecho natural y b) superar el inaceptable amontonamiento de informaciones inconexas en que consistía la llamada enciclopedia jurídica. Sobre sus orígenes y

ción o análisis de los conceptos básicos que emplean los juristas para describir o representar un sistema positivo cualquiera (véase "sujeto de derecho", "acto jurídico", "derechos *in rem*", etc.). No se limita, sin embargo, a eso. También ha *elaborado* hermenéuticas conceptuales *nuevas*, tales como las nociones generales de acto ilícito y deber jurídico, que no recogen un uso existente entre los juristas.

2. Puede haber y hay, por consiguiente, diversos conceptos de deber jurídico. O, con mayor precisión, más de un concepto de deber-jurídico. Es común que los autores elaboren su propia noción y desplieguen el contenido de ella en la forma de una definición estipulativa que, usualmente, será una construcción (o una reconstrucción muy general) a partir de ciertas situaciones típicas propias de algún sector específico del ordenamiento (por ej. el derecho penal).

Tales definiciones estipulativas están guiadas, desde luego, por algún propósito. A la luz del mismo, o más exactamente, cómo la noción definida o analizada lo promueve, puede apreciarse el valor de ésta. La concordancia con el uso vigente entre los juristas y hombres de derecho (legisladores, jueces, abogados, etc.) no es un buen criterio, por la simple razón, ya apuntada, de que *no hay* tal uso vigente. Esos análisis de la noción de deber jurídico nos invitan a examinar todo el ordenamiento desde una perspectiva especial.

características iniciales véase Korkounov, *Theorie Générale du Droit*, París, 1914, § 1 a § 4. Bobbio señala que los problemas de la Teoría General del Derecho son estructurales. Por ejemplo: el de las fuentes del derecho; el de la composición típica de la norma jurídica y de sus elementos constitutivos (sujeto activo, sujeto pasivo, prestación); el de las diversas figuras normativas: deber jurídico, acto ilícito, derecho subjetivo, etc. (*op. cit.*, pág. 167). Dicha disciplina se distingue, por un lado, de la Filosofía del Derecho (que se centra en torno al problema de la justicia) y de la Sociología Jurídica (que se ocupa de la interacción entre derecho y sociedad) y, por otro, de las ciencias jurídicas particulares (que exponen el contenido de los distintos sistemas de derecho positivo) (Bobbio, *op. cit.*, Cap. I).

3. Creo, como Hart, que los dos criterios de apreciación aludidos (concordancia con el uso y utilidad para promover los fines teóricos o prácticos perseguidos por el autor) no son exhaustivos. Hay lugar para otros. En verdad, hay lugar para un enjuiciamiento más radical, que será el tema central del presente ensayo. A saber, si se justifica o no seguir hablando de deber jurídico en términos de tanta generalidad. Con otras palabras, si resulta útil, desde el punto de vista de alguna finalidad teórica o práctica *importante*, seguir usando un concepto de esas características.

Para abordar tal cuestión conviene ver un poco más de cerca uno de los criterios de apreciación arriba identificados: el que tiene en cuenta el objetivo que se propone alcanzar un autor al presentar su análisis de "deber jurídico". Hart ha expuesto cuáles fueron las finalidades perseguidas por Bentham al analizar su concepto de deber jurídico en términos de la probabilidad de sufrir un daño a manos de los funcionarios; ellas están vinculadas a los postulados básicos del utilitarismo.

Vale la pena examinar cuáles han sido los objetivos que ha tenido en mira, al definir "deber jurídico", la Teoría General del Derecho más difundida en Europa continental. Me refiero a la Teoría Pura del Derecho. Usaré, pues, el "modelo de Kelsen", aunque sin entrar en los detalles de su construcción pues ello nos llevaría demasiado lejos.

## II

4. Lo que sigue no pretende reproducir exactamente el "modelo de Kelsen". Sólo me interesa destacar dos aspectos fundamentales del mismo. El primero apunta a la *manera* cómo nuestro autor aísla o circunscribe el concepto de deber jurídico; el segundo a la *función* que, en relación con otros, se hace desempeñar a dicho concepto.

a. *Manera de caracterización.* Según Kelsen, se puede afirmar que existe un deber jurídico si, y solo si, existe una norma de derecho tal que (puede ser descrita mediante una proposición jurídica que) imputa una sanción, esto es, un acto de fuer-



za administrado por los órganos de la comunidad, a un determinado comportamiento humano. "Existe, en efecto, identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a hacer el servicio militar y la que dice que debe ser castigado si no lo cumple. La primera expresa exactamente lo mismo que la segunda"<sup>2</sup>. El acto contra el cual "reacciona" la sanción se llama delito; el comportamiento contrario, deber jurídico.

Sólo si existe una norma de derecho que permite afirmar que un acto de fuerza está imputado, como sanción, al acto X se puede afirmar que alguien tiene el deber jurídico de realizar el acto no-X. (Es así, por lo tanto, que los órganos o funcionarios supremos no tienen deberes jurídicos)<sup>3</sup>. Pero no toda norma que ordena o autoriza un acto de fuerza configura un delito ni indirectamente, un deber jurídico; sólo puede hablarse de delito, deber y sanción (en sentido estricto) si en la proposición jurídica el acto de fuerza está imputado a un comportamiento humano. (Es así, por lo tanto, que la norma que faculta u obliga a un funcionario a internar a un enfermo contagioso no basta para crear un deber jurídico al último. El acto de fuerza puede ser llamado aquí sanción si se da a esta palabra un sentido amplio)<sup>4</sup>.

2 Kelsen, *Theorie Pure du Droit* (en adelante citada como TPD, Neuchâtel, 1953, pág. 67. (Hay traducción castellana de Moisés Níñez Eudeba, Buenos Aires, 1959). "No hay obligación jurídica de comportarse de una manera determinada sino en el caso en que una norma jurídica establece un acto de fuerza para sancionar la conducta contraria" (id., pág. 69). Del mismo autor véase también *General Theory of Law and State* (en adelante GTLS), Harvard Univ. Press, 1945, pág. 59; *Reine Rechtslehre* (en adelante RR), Wien, 1960, págs. 26, 36, 51/2, 118, 120/1, 122 etc. (Hay traducción castellana de la primera obra, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, 1949, hecha por Eduardo García Máynez).

3 "No hay pues obligación de aplicar una sanción más que en el caso en que la ejecución de ella es a su vez la condición de un nuevo acto de fuerza. . . Con otras palabras, habrá siempre sanciones que no constituirán el contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos, presentes, pasados o futuros" (TPD, pág. 73). Véase también GTLS, págs. 29 y 59/60.

4 "Pero no todas las normas que establecen un acto de fuerza ordenan una cierta conducta, más precisamente, la conducta contraria. Sólo

La caracterización que he resumido se complica i) con la distinción entre deber y responsabilidad, y (ii) con la dificultad de identificar en forma clara, y sin circularidad, qué actos de fuerza han de ser considerados sanción (en sentido estricto). El esquema kelseniano suscita, en estos puntos, problemas muy serios. No me ocuparé de ellos para no apartarme del camino trazado.

b. *Función*. El concepto de deber jurídico pertenece al núcleo del aparato conceptual que elabora y analiza Kelsen. En el centro de ese núcleo hallamos las nociones de imputación (*Sollen*) y sanción. Más hacia afuera, las de acto ilícito, responsabilidad y deber jurídico. Unas y otras, tanto las centrales como las periféricas, componen el lente a través del cual se nos invita a ver los fenómenos jurídicos. "La noción de *deber jurídico* está ligada a la de *acto ilícito*, mientras que la de *responsabilidad* se vincula a la de *sanción*. A su vez el acto ilícito y la sanción están unidos en la proposición jurídica por el *principio de imputación*. Tales son las *nociones primordiales* de una teoría del derecho" (TPD, p. 80; los subrayados son míos).

Esos conceptos "nucleares" van a la zaga —son el resultado— de un determinado concepto de derecho "La definición del derecho supuesta con la norma fundamental tiene por consecuencia que una conducta no puede ser considerada como jurídicamente ordenada, o como el contenido de una obligación jurídica, más que si la conducta contraria está prevista como condición de un

lo hacen aquellas que ordenan el acto de fuerza como reacción contra una cierta conducta humana; con otras palabras, como sanción" (RR, pág. 59). Kelsen distingue más de un sentido de "sanción"; el señalado es el sentido estricto. En una acepción más amplia se puede hablar de "sanción" para aludir a "todos los actos de fuerza establecidos por el orden jurídico, que reacciona de esta manera frente a un hecho o a una situación socialmente no deseada y afirma el carácter de indeseable de uno u otro mediante dicha reacción" (RR, pág. 43). Sobre los actos coactivos que no son sanciones (*strictu sensu*) ver también RR, págs. 41/3, 80 y 114 ("internación de enfermos, de miembros de ciertas comunidades raciales, destrucción de oficio de bienes en aras del interés público, etc."). Cfr. igualmente GTLS, pág. 279.

acto de fuerza dirigido contra el sujeto que la ha realizado (o sus prójimos)" (RR, págs. 51/2). "Si se concibe el derecho como un orden de fuerza no se puede decir que una conducta dada es objetivamente prescripta en derecho, y que ella puede por tanto ser considerada como el objeto de una obligación jurídica, en el sentido que si una norma jurídica une a la conducta contraria la sanción de un acto de fuerza" (RR, pág. 120)<sup>5</sup>.

Para Kelsen el derecho es una técnica de control social caracterizada esencialmente por el uso de la fuerza: todo ordenamiento jurídico no es sino una ordenación de ella. Esa técnica opera, típicamente, provocando ciertos comportamientos deseados (el cumplimiento de los deberes jurídicos) mediante la amenaza de un acto de fuerza (la sanción, en sentido estricto) para el supuesto de comportamientos contrarios (la comisión de actos ilícitos)<sup>6</sup>. La sanción —en sentido amplio— es un elemento necesario de toda norma jurídica: *Pour qu'on soit en présence d'une norme juridique il est essentiel qu'une sanction soit statué*... (PTD, pág. 74).

Por ello los conceptos de sanción e imputación, como centrales, más los de acto ilícito, responsabilidad y deber jurídico, están, como vimos, en el núcleo del aparato conceptual kelseniano. Fuera de ese núcleo se hallan nociones tales como las de derecho subjetivo, persona jurídica, capacidad, nulidad, etc., que la Teoría Pura redefine a partir de los conceptos "nucleares". El proceso de redefinición las aleja considerablemente de las nociones de derecho subjetivo, persona jurídica, etc. que usan los juristas. Buena parte de los conceptos que éstos emplean a diario quedan descalificados; se les reprocha ser portadores de gémenes jusnaturalistas o, en general, hallarse contaminados por elementos espurios. Si Holmes se propuso lavar los conceptos

5 Véase también TPD, pág. 70: "La situación sería diferente si el derecho no fuese definido como un orden de coacción... En esta hipótesis las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva". Cfr. RR, págs. 54/5 y TPD, págs. 67/8.

6 Cfr. GTLS, Cap. I, B: "El criterio del derecho (El derecho como una técnica social específica)"; RR, Cap. 6, b; TPD, Cap. III, 3.

jurídicos con ácido cínico, Kelsen los somete a una rigurosa antisepsia.

Tras esta operación nos queda un puñado de nociones básicas, definidas a partir de los conceptos primitivos de sanción e imputación. Una de ellas es la de deber jurídico; por su vecindad al centro del núcleo ocupa una posición muy importante. Hay una hipertrofia de la función que se atribuye a las nociones "nucleares" y una atrofia de la que se asigna a las otras. "Obligar es la función esencial del derecho; es menester aún admitir que es su función primera..." (RR, pág. 123). "El derecho subjetivo es el mero reflejo de la obligación jurídica de otro..." (RR, págs. 132/3); "...Es esa obligación jurídica misma" (RR, pág. 135). "Desde el punto de vista de una ciencia del derecho que describe el orden jurídico en proposiciones de derecho, la función del orden jurídico consiste en ligar a ciertas condiciones determinadas por él la consecuencia de un acto de fuerza igualmente definido por él. Este acto de fuerza es la consecuencia *par excellence*. ...Es la última consecuencia, la verdadera consecuencia de derecho" (RR, pág. 150).

5. Claro está que para comprender debidamente el enfoque kelseniano hay que verlo a la luz de la filosofía general que presupone o, en todo caso, que originariamente suponía. Kelsen se ha reconocido deudor del neo-kantismo de Marburgo y, en particular, de las enseñanzas de Herman Cohen<sup>7</sup>. Algunos, al menos, de los que he llamado conceptos "nucleares" han sido presentados por Kelsen como conceptos *a priori*, constitutivos de

7 Cfr. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª ed., Tübingen, 1923, pág. XVII, donde el creador de la Teoría Pura reconoce haber tomado de la interpretación de Kant hecha por Cohen "el punto de vista epistemológico decisivo para la correcta construcción de los conceptos de derecho y estado". En "Rechtswissenschaft und Recht" (*Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. 3 [1922-3], págs. 103-235), Kelsen afirma que el derecho, en cuanto objeto de la ciencia jurídica, es un sistema de juicios acerca del derecho, del mismo modo que la naturaleza, en cuanto objeto de las ciencias naturales, es un sistema de juicios acerca de la naturaleza (pág. 182; ver también pág. 161). En otros escritos Kelsen ha reconocido la influencia de Cassirer (*Staatsbegriff*... pág. 212). Cfr. igualmente *Das Problem der Souveränität*, Tübingen, 1920, pág. 10.

los fenómenos jurídicos. Es decir, como condición de posibilidad del conocimiento del derecho o, lo que para aquella escuela filosófica es equivalente, como condición de posibilidad del derecho mismo. Resulta difícil apreciar en qué medida la última versión de la Teoría Pura sigue siendo fiel a esos presupuestos.

Desde luego que no toda la Teoría General del Derecho de Europa continental se nutre en el mismo suelo. Pero a riesgo de incurrir en otra simplificación excesiva, podemos decir que sus principales exponentes, aunque con distinciones de matices, aceptan estas dos ideas centrales: (i) No se puede definir "deber jurídico" sin la ayuda de la noción de fuerza socialmente organizada (sanción). El nexo entre ambos conceptos es muy fuerte, al punto de que se afirma que sólo tenemos el deber jurídico de hacer X si hacer no-X trae aparejada una sanción; (ii) La noción de deber jurídico, caracterizada de esa manera, es fundamental. El derecho es esencialmente un sistema coactivo que impone deberes: un conjunto orgánico de mandatos y prohibiciones impuestos por la fuerza<sup>8</sup>.

### III

6. La Teoría General del Derecho que sustenta esas ideas nació y se constituyó a impulso de las siguientes pretensiones fundamentales: a) La repulsa del jusnaturalismo y la consiguiente vindicación del derecho positivo como *único* derecho; b) el afán de echar las bases de una *ciencia* jurídica rigurosa y autónoma, que se ocupe del derecho positivo y nada más que de él; c) la pretensión de distinguir entre el derecho y otros órdenes sociales (en especial, la moral positiva) en base a criterios externos fácilmente identificables<sup>9</sup>; y d) la idea de que el

8 Cfr. Alf Ross, *Toward a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen 1946, pág. 164/6. (Hay traducción castellana de Julio Barboza, *Hacia una Ciencia Realista del Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961).

9 Véase Roguin, *La Règle de Droit*, 1889. (Cito de la traducción española de José M. Navarro de Palencia, Madrid, ed. La España Moderna, sin fecha). "Este carácter de coacción física en la vida terrena es

recho tiene una función primordial, si no exclusiva: ordenar o prohibir coactivamente ciertos actos.

La definición de "deber jurídico" y, sobre todo, el 'papel' atribuido a ese concepto, están afectados (o infectados) por esas ideas fijas, que se presentan como un cuadro casi obsesivo.

7. La obsesión de reducirlo todo a un grupo pequeño de nociones, que se seleccionan, definen y estructuran en función de aquellas ideas preconcebidas, conduce a un laberinto de perplejidades y paradojas. ¿Cómo es posible que el orden jurídico no imponga deber alguno a los funcionarios u órganos supremos? ¿Es posible que *no pueda* haber colisión entre un deber jurídico y un deber moral? ¿Es realmente derecho el derecho internacional? ¿Es concebible que un jurista no pueda, sin dejar de actuar como tal, criticar una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada?

Las paradojas y las perplejidades son índice seguro de una grave *pérdida del equilibrio conceptual*. He tomado esta expresión de Strawson, quien describe el fenómeno con agudeza y brillo, aunque, claro está, sin referirlo específicamente al caso de la teoría jurídica. Yo no podría, sin duda alguna, decir eso mismo de manera mejor:

"La pérdida del equilibrio conceptual es el resultado de una especie de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular. Se trata

que mejor distingue la legislación de la religión y de la moral. La sanción jurídica siempre es susceptible de coacción externa en este mundo; de otra suerte se llevaría a la mayor confusión a la ciencia de la moral", (p. 79). "Conviene reservar ciertas palabras como 'ley', 'derecho', 'jurídico', para la norma prevista de una sanción susceptible de realizarse por la fuerza, es decir terrena y con el apoyo de la autoridad; de otra suerte desaparece completamente la diferencia entre el Derecho y la Moral social. *Para distinguirlos no hay otro criterio*" (pág. 120; el subrayado es mío. Ver también págs. 123 y 125). Varias decenas de años más tarde Kelsen repite exactamente lo mismo; Cr. RR, págs. 55, 64/5 y 67; TPD, pág. 71. Para un enfoque mucho más rico y esclarecedor ver Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, págs. 84, 168/76, 194/5 221/6.

de una situación que puede manifestarse en muchas formas. Puede ocurrir que momentáneamente nos domine un solo modo de funcionamiento lógico de las expresiones lingüísticas, o una sola manera de emplear el lenguaje, o un solo tipo lógico o categorial de objetos, o una sola especie de explicación, o un solo grupo de ejemplos de la aplicación de un concepto cualquiera. Las deformaciones conceptuales que derivan de una obsesión tal son, igualmente, de diversas especies. Puede ocurrir que quien esté bajo esa dominación intente presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido o recurriendo a analogías con él; o bien que quiera privarla del rango conceptual que le pertenece relegándola a una condición inferior. Para rectificar esas deformaciones es necesario comprender los verdaderos modos de operación de los conceptos, o de las categorías del discurso, que han sido deformados; es menester, al mismo tiempo, hacer ver las diferencias y las relaciones que existen entre aquellos modos de operación y los de los conceptos o categorías modelos. Al proceder así se hará ver también, en la medida en que ello es posible, cuáles son las fuentes del poder de obsesión y de engañamiento que ejercen los casos modelos”<sup>10</sup>.

El diagnóstico parece hecho de medida para los teóricos generales del derecho, aquejados de una gravísima afección reduccionista. ¿Habrá alguna terapéutica eficaz para sus males? Para poder contestar esta pregunta tendremos que avanzar un poco más.

8. La pérdida del equilibrio conceptual que padece la Teoría General del Derecho se ha ido acentuando y, a la vez, haciéndose más patente, con la progresiva multiplicación y diversificación de los fines del Estado y de los tipos de normas que se emplean para alcanzarlos. La imagen simplista del Estado como organismo que dicta las leyes del juego y proporciona un *referente* es inadecuada; ella no hace justicia a los hechos. También son inadecuados, por idénticas razones, los conceptos creados para apuntalar un concepto de derecho que presupone esa imagen. En buena medida, la Teoría General del Derecho de Europa continental sigue prisionera de ella.

10 P. F. Strawson, “Analyse, Science et Metaphysique”, en *La Philosophie Analytique*, París, 1962, págs. 105/18. La cita corresponde a la pág. 113.

Es sabido que aun los conceptos técnicos entran en crisis, o dejan de funcionar satisfactoriamente, cuando han ocurrido cambios sustanciales en el contexto que encuadraba su creación o adopción. Es cierto, observa Ryle, que quienes emplean términos técnicos —expresiones con reglas de uso parcialmente explícitas— usualmente no se sienten perplejos en ocasión del manejo regular de ellos, pero hay situaciones en las que tal perplejidad se hace presente. “La primera de ellas se da cuando la teoría, ocupación o actividad que el aparato conceptual sirve está sometida a un proceso de desarrollo o cambio sustancial. Es decir, cuando las funciones de todos o de la mayoría de los integrantes de ese aparato se han expandido o han experimentado distorsiones...” Ocurre entonces que “muchos de los términos técnicos empleados no pueden desempeñar sus nuevas funciones; quien se vale de ellos duda, por momentos, si no está manejando con mucha ligereza los significados *reales* de los mismos. Es decir, los significados que aprendió tiempo atrás”<sup>11</sup>.

9. Sería ocioso mencionar aquí en detalle los extraordinarios cambios operados en el contexto social desde que se colocaron los pilares de la Teoría General del Derecho a que me vengo refiriendo<sup>12</sup>. Quizás basten las siguientes observaciones.

El Estado regula hoy la economía en sus menores aspectos. Sus armas son la conducción de la política fiscal y monetaria, el control de los cambios y del crédito, la regulación del comercio exterior, etc. Muchos de los servicios públicos principales, si no la mayoría de ellos, están en sus manos o bajo su inmediato control; numerosas empresas nacionalizadas y de economía mixta actúan en órbitas que estaban reservadas a los particulares. Hay actividades subsidiadas o desgravadas; otras son gravadas en forma discriminatoria, para desalentarlas. Todo un comple-

11 G. Ryle, *Dilemmas*, Cambridge Univ. Press, ed. 1964, págs. 127/128.

12 Véase el admirable estudio de O. Kahn-Freund, publicado como introducción a la traducción inglesa de Renner (*The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Londres, 1949). Ver en particular págs. 29, 37, 39, 43, 62, 63, 65, 114, 162 y 163.



jo sistema de cupos, licencias, cuotas, permisos previos, etc. condiciona la actividad productiva en sus fases más importantes.

Las poderosas organizaciones sindicales y los poderosos organismos de empresarios acuerdan convenios colectivos de trabajo que obligan incluso a quienes no los han suscripto ni están afiliados a aquéllos. El Estado encauza las negociaciones, actúa de mediador y califica de legales o ilegales las prácticas de ambos grupos, incluyendo huelgas y *lock-outs*. Hay vastos sistemas de seguridad social, asistencia médica, retiros, etc., que conceden beneficios que no pueden ser renunciados.

Se ha creado una inmensa burocracia que coopera en la prestación de los múltiples servicios que el Estado suministra y en el control de los que promueve, regula o simplemente vigila. Los empleados públicos ejercen el derecho de huelga y, en general, recurren a las principales tácticas de lucha gremial, a veces al amparo de reglas que los autorizan a ello.

Todas estas actividades están sometidas a una frondosa reglamentación. Las normas que se emplean responden a los tipos más diversos. Las autoridades utilizan, además, diversas técnicas y métodos de persuasión, desde las campañas educativas hasta las formas menos loables de la propaganda. El Estado suele controlar poderosos medios de comunicación masiva y se vale de ellos para promover sus fines. También estas actividades están sometidas a normas *sui generis*.

¿Por qué no habremos de llamar jurídicas a las reglas que gobiernan todo este quehacer incesante y proteico, así como a las pautas y criterios que señalan los límites de su incidencia en la vida del ciudadano común? Y si nos decidimos a llamarlas jurídicas, ¿adónde conducen los esfuerzos más o menos ingeniosos para reducirlas a uno o dos tipos de reglas que revelarían, por su forma privilegiada, la "quintaesencia" del derecho? No cabe duda de que una prolija y paciente clasificación de ellas, libre de dogmatismos, arrojaría valiosa luz sobre muchos problemas de la teoría jurídica<sup>13</sup>.

13 Hart admite que su distinción entre reglas primarias que imponen deberes y reglas secundarias que confieren potestades (públicas o privadas) no es más que el comienzo de una clasificación mucho más detallada que aún está por hacerse (*op. cit.*, pág. 32).

No es concebible que el aparato conceptual que la Teoría General del Derecho homologó persista inalterado a través de mutaciones tan radicales. Porque las características que toscamente acabo de reseñar no existían hace setenta años. Hay acuerdo unánime en el sentido de que muchos de los conceptos generales que emplean los juristas (propiedad, responsabilidad, contrato) no significan ya lo que significaban a fines del siglo pasado; en la medida en que se pretende preservar el significado anterior se opera con herramientas ineptas. ¿Por qué los conceptos creados por la Teoría General del Derecho habrían de ser inmunes a todo cambio sin mengua de su utilidad? Salvo que se crea que son entidades eternas, o que ellos y su combinación en una cierta estructura tienen asegurada, de hecho, una inexplicable perdurabilidad.

10. Es natural, por otra parte, que un concepto que ha sido elaborado con miras a hacerle cumplir una cierta faena (v. gr.: subrayar ciertas distinciones que se juzgan importantes) resulte inadecuado cuando se lo quiere emplear para otros fines. Así, un concepto de deber jurídico armado con vistas a perfilar con total nitidez la distinción entre derecho y moral, puede erigirse en obstáculo para hacer o reconocer otras distinciones. Por ejemplo, las que Hohfeld y Koucourek formulan —o mejor, recogen— cuando aíslan las diferentes modalidades pasivas<sup>14</sup>.

Además, puesto que el derecho es empuñado hoy como herramienta para alcanzar las finalidades más variadas, es posible preservar la utilísima distinción entre derecho y moral sin que esa distinción nos comprometa a adoptar un concepto de deber jurídico rígidamente definido ni a hipertrofiar su función. Hoy es sin duda demasiado tosco decir que el *único* criterio distintivo entre derecho y moral (o, si se prefiere, entre deber jurídico y deber moral) es el tipo de sanción que en uno y otro dominio

14 Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, 1919, reimp., 1964; Koucourek, *Jural Relations*, Indianápolis, 1927. Véase también Ross, *On Law and Justice*, Londres, 1958, Cap. V. (Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963).

se emplea, así como afirmar que la función primordial del derecho es crear deberes<sup>15</sup>.

## IV

11. A esta altura podrá advertirse ya que el "modelo de Bentham" y el "modelo de Kelsen" se asemejan más de lo que a primera vista pudiera parecer. Porque en ambos la noción de deber y sanción es de tipo predictivo, mientras que en el de Kelsen el aspecto coactivo del derecho ocupa un primerísimo plano que afecta toda la perspectiva.

Es cierto que en el "modelo de Bentham" la relación entre deber y sanción es de tipo predictivo, mientras que en el de Kelsen es —en cierto sentido— de tipo normativo. Pero esta diferencia es menos importante que las similitudes y, por eso, pese a las protestas de Kelsen y de sus acólitos, no es una aberración que los juristas de habla inglesa vean en las sucesivas ediciones de la *Reine Rechtslehre*, otras tantas reediciones tardías, aunque más refinadas (o, quizás, menos claras) de las *Lectures* de Austin.

Las semejanzas son más importantes que las diferencias porque la dimensión normativa que Kelsen acoge no es la dimensión normativa de que nos habla Hart en la parte final de su artículo. El complejo fenómeno que este último llama "la aceptación general de una regla"<sup>16</sup>, sin la comprensión del cual no puede entenderse qué significan las aserciones "Tengo el deber de hacer X", "Tienes el deber de hacer Y", no forma parte de la temática kelseniana; al menos no desempeña en ella ningún papel central. Lo que Kelsen llama eficacia o vigencia del ordenamiento

15 Para una crítica a la artificial y nociva rigidez de tales postulados, véase Hart, *op. cit.* En las páginas 168/76 y 223/4 se exhiben diversos criterios cuya suma o combinación ayuda a ver con más claridad la distinción entre derecho y moral y a hallarle fundamentos atendibles. Los capítulos II a IV constituyen una eficaz crítica a la concepción que afirma que las "verdaderas" normas jurídicas son preceptos que imponen deberes o establecen sanciones.

16 *The Concept of Law*, págs. 54/60, 78/88 y 106/7.

tiene más puntos de contacto con el hábito de obediencia de Austin.

La dimensión normativa ha sido tradicionalmente para Kelsen un puro rodaje epistemológico-científico: la imputación es la categoría propia del conocimiento (supuestamente) riguroso de cierta área de fenómenos. "La Teoría Pura... traslada el principio de lógica trascendental de Kant viendo en el *Sollen* una categoría lógica de las ciencias sociales normativas y de la ciencia del derecho en particular. Al colocar así la imputación sobre el mismo plano que la causalidad, ella tiene un carácter anti-metafísico y anti-ideológico" (*TPD*, pág. 60)<sup>17</sup>.

12. Los modelos de Bentham y de Kelsen exhiben, pues, características comunes muy importantes. Ellas aparecen también en lo que, sin duda en forma simplista, he llamado la Teoría General del Derecho de Europa continental. Esas características comunes han constituido el tema de las observaciones críticas que he sugerido. Antes de concluir quisiera resumirlas —y generalizarlas— de la siguiente manera:

I) Las diversas nociones de deber jurídico elaboradas por la Teoría General de Derecho (expresión que ahora y en lo que sigue incluye a la *General Jurisprudence* inglesa) muestran importantes notas comunes, que cruzan las fronteras idiomáticas y culturales, superan las diferencias de tradición filosófica y permiten hablar, con las reservas del caso, de la noción de deber jurídico.

17 Cfr. *supra*, N° 8. Ver, además, *Reine Rechtslehre*, 1933. (Hay traducción castellana de Jorge Tejerina, *La Teoría Pura del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1941). "El *Sollen* limitase a existir como una categoría relativamente apriorística para la aprehensión del material jurídico empírico". "Este *Sollen* sólo significa —como categoría del Derecho— el sentido específico en que la condición jurídica y la consecuencia jurídica se corresponden en la proposición jurídica... Es (una) categoría gnoseológico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana..." (Cap. III, punto 11, b). Sobre la naturaleza y el papel de la *Grundnorm* ver *op. cit.*, Cap. V, 29 y el prólogo de Cossio a la traducción española (*La Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, 1941, págs. 7/15).



II) Esta noción desempeña un papel prominente dentro de un aparato conceptual que resulta en gran medida inadecuado. Se trata de un concepto excesivamente general y tosco, que no sirve ya los propósitos teóricos o prácticos que, en el pasado, justificaron su adopción y empleo.

III) La infecundidad actual de esa noción tiene tres raíces fundamentales: a) es un concepto elaborado bajo la presión de la idea obsesiva de distinguir el derecho de otros órdenes sociales (en particular, de la moral positiva) sobre la base de criterios puramente externos; b) se le asigna un papel deslumbrante a expensas de otras nociones dignas de atención, que quedan desdibujadas, cuando no desfiguradas; c) al definir "deber jurídico", y atribuir una función a ese concepto, se presupone como modelo de sistema jurídico un tipo de organización social perimida: el Estado gendarme que con técnicas limitadas perseguía finalidades también limitadas.

IV) Las perplejidades y paradojas que de todo ello resultan constituyen un índice inequívoco de que los cultores de la Teoría General del Derecho han perdido el equilibrio conceptual. Esto se refleja, por lo pronto, en una lamentable incomunicación entre aquéllos y los juristas. Éstos ven que el aparato conceptual que se les quiere imponer les sirve de poco; es un mapa demasiado pobre para un territorio de geografía hartamente complicada.

V) La Teoría General del Derecho tiene que revisar con urgencia su aparato conceptual y también sus pretensiones. En vez de encerrarse en un recinto hermético de pre-conceptos (o de prejuicios) los teóricos generales del derecho deben descender al ruedo donde los juristas, con mayor o menor destreza y fortuna, lidian a diario con los más bravíos problemas de nuestra sociedad. Se impone efectuar una nueva tarea de clarificación que sin abandonar la orientación analítica pero usando métodos más refinados, nos muestra cómo los juristas, aguijoneados por las preocupaciones y las necesidades del presente, han ido introduciendo modificaciones importantes, aunque no suficientemente percibidas, en su aparato conceptual.

13. Sería exagerado decir que la Teoría General del Derecho de nuestros días es un gigantesco anacronismo. También sería injusto, porque se advierten en ella importantes influencias renovadoras. La obra de Hart<sup>18</sup> —y en especial su fundamental libro *The Concept of Law*— constituye un paso decisivo en la dirección indicada. Se podrá decir, quizás, que no ha avanzado aún lo suficiente, pero es difícil negar que nos ha enseñado el camino.

18 Sobre el sentido y alcance de la obra de Hart véase Mario Cattáneo, introducción a la traducción italiana de *The Concept of Law* (*Il Concetto di Diritto*, Torino, 1965, págs. ix a xvii). Véase también Genaro R. Carrió, estudio preliminar a *Derecho y Moral: Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, 1962, Depalma, págs. ix a xxii; este libro contiene la traducción española de tres ensayos de Hart.

**IV**  
**PRINCIPIOS JURIDICOS Y**  
**POSITIVISMO JURIDICO**

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCION

El título de esta conferencia, "Principios jurídicos y positivismo jurídico", es inquietante. Amenaza con una poderosa tiniebla, con palabras sonoras, con copiosas abstracciones. Sólo yo soy culpable de haberlo elegido. Para aliviar mi conciencia y disipar las aprensiones de quienes me escuchan voy a comenzar hablando de fútbol. No procedo así para congraciarme con ustedes, siguiendo el camino fácil de la paradoja. Sucede que el derecho, en cuanto estructura normativa, comparte algunos problemas con estructuras de tipo análogo. La utilización de modelos no jurídicos suele ayudar a ver con claridad dificultades que no sabemos o no podemos superar en el campo del derecho. En algunos casos contribuye a resolverlas o a disolverlas. Eso basta —creo— para explicar por qué comenzaré hablando de fútbol. En un segundo tiempo, como quien dice, hablaré de otras cosas.

## CAPÍTULO II

### UN MODELO NO JURIDICO

Supongo que la mayoría de ustedes están suficientemente familiarizados con el juego del fútbol como para saber que hay en él reglas de diverso tipo. Señalemos por ahora dos tipos de ellas:

1) Las que prohíben y sancionan una conducta precisa, específicamente determinada, v.gr.: la regla del *hand*, según la cual a todos los jugadores, salvo al arquero dentro del área penal, les está prohibido tocar intencionalmente la pelota con la mano. La sanción es un tiro libre directo ejecutado desde el lugar donde se cometió la infracción.

2) Las que prohíben y sancionan una variedad físicamente heterogénea de comportamientos que no están definidos en forma específica y precisa sino por referencia a una pauta amplia. Tal es la regla que sanciona con un tiro libre indirecto a los futbolistas que juegan "en forma peligrosa", o la que dispone que un jugador será amonestado "si su conducta es incorrecta a juicio del árbitro".

Es fácil encontrar análogos jurídicos para estos dos tipos de reglas. Las primeras, que llamaré reglas específicas, son análogas a las que sancionan el homicidio y el robo. Las segundas, que llamaré *standards*, son análogas a las que prohíben causar daño a otro con culpa o negligencia.

Dentro del fútbol hay por lo menos una regla que desempeña una función distinta a las de las señaladas, diverge de éstas

respecto de la persona de sus destinatarios y tiene consecuencias normativas diferentes. Sus análogos jurídicos, por ello, son distintos a los de las otras, y lo son en todos esos aspectos.

Los *referees* del mundo entero aplican hoy sin vacilar, aunque con distinto énfasis, una regla que puede ser enunciada así: no debe sancionarse una infracción (un *hand*, un *foul*, un *off side*, una jugada peligrosa) cuando como consecuencia de ello resultaría beneficiado el bando infractor y perjudicado el bando víctima de la infracción. Se la conoce familiarmente con el nombre de "ley de la ventaja".

Esta regla tiene numerosas aplicaciones. Avanza un delantero del equipo A. Un defensor del equipo B, para despojarlo de la pelota o hacerle perder el control de ella, le comete un claro *foul*. El delantero trastabilla pero no pierde el balón y sigue su marcha con posibilidades de riesgo para la valla rival. En ese supuesto el árbitro *debe abstenerse* de castigar el *foul*, por manifestado que haya sido, porque si lo castigara cortaría el avance del equipo A y beneficiaría de ese modo a B, el bando infractor.

Tengo entendido que esa regla no figuraba en el reglamento oficial del fútbol. Fue incorporada formalmente a él bastante después que los árbitros comenzaran a emplearla con frecuencia. Pasó a integrar con toda naturalidad la reglamentación efectiva del juego por la vía, si podemos llamarla así, de la "jurisprudencia referil".

Esa regla posee cuatro características centrales:

i) Versa sobre la aplicación de otras reglas del juego (la del *hand*, las del *foul*, la del *off side*, la de la jugada peligrosa). Se la puede considerar, pues, como una regla de segundo grado.

(ii) Se dirige primordialmente a los árbitros, o a quienes hacen sus veces, y no a los jugadores en cuanto tales, en el sentido de que impone un deber a los primeros —el de no sancionar ciertas infracciones— sin alterar, por lo menos en lo que aquí interesa, el *status* normativo de los segundos. Habría mucho que decir acerca de esto, pero no cabe duda de que no sólo sería falso sino también *absurdo* —sin sentido— sostener que porque en virtud de la ley de la ventaja no se sanciona el *foul* ineficaz

del defensor de nuestro ejemplo, ella confiere a dicho jugador el *derecho* a cometer *fouls* ineficaces, y sólo le veda incurrir en jugadas bruscas exitosas.

(iii) Sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas de primer grado (la del *hand*, las del *foul*, la del *off side*, la de la jugada peligrosa); para restringir el alcance de éstas; para justificar la actitud del árbitro cuando no sanciona algo que, según esas reglas, constituye una infracción patente.

(iv) Presenta cierto grado de neutralidad tópica o, con otras palabras, de indiferencia de contenido, toda vez que se la usa para restringir el ámbito de reglas que prohíben conductas heterogéneas (v.gr.: tocar la pelota intencionalmente con la mano; hacerle una zancadilla a un jugador contrario; levantar excesivamente la pierna en la vecindad de un integrante del equipo rival, etc.).

La "ley de la ventaja" es, sin duda alguna, una de las reglas del fútbol. Hoy forma parte del reglamento del juego tal como ha sido aprobado por la autoridad competente. Era una regla de juego aun antes de su incorporación formal a ese reglamento en cuanto los árbitros la aplicaban de manera regular, en un contexto normativo de crítica y justificación reflexivas, que permitía afirmar que era aplicada y seguida como una *regla* del juego y no como un simple hábito o como una censurable corruptela.

### CAPÍTULO III

#### UN SIGNIFICADO DE LA EXPRESION "PRINCIPIO JURIDICO"

Ya vimos que es fácil encontrar análogos jurídicos a reglas específicas tales como la del *hand* o a *standards* tales como los que prohíben las jugadas peligrosas o el comportamiento incorrecto de los jugadores. ¿Ocurre lo mismo con la ley de la ventaja? ¿Hay en el derecho pautas o criterios que presentan características similares a esta última?

La respuesta es afirmativa. Nada costaría, con un poco de ingenio, elaborar una situación imaginaria en la que resultase "natural", por así decirlo, que los jueces de una comunidad aplicaran una pauta equivalente a la ley de la ventaja para evitar que un infractor recibiera beneficios de su transgresión y se sintiera estimulado a reincidir en ella y otros a imitarlo. Pero no hace falta forzar la imaginación en busca de analogías de contenido. Hay analogías funcionales y eso basta a los fines que persigo.

Usaré un ejemplo extraído del derecho norteamericano. Se trata del famoso caso *Riggs vs. Palmer* (115 N. Y. 506; 22 N. E. 188), resuelto en 1899 por un tribunal de Nueva York. X había otorgado testamento; en él dejaba un importante legado a su nieto Y. Sabedor de esta circunstancia, Y asesinó a X para heredarlo. Sobrevenio un pleito entre el homicida, que pretendía recibir el legado, y los herederos *ab intestato* de X que, por supuesto, se oponían a ello. El tribunal destacó que si se interpretaban literalmente las normas relativas a los efectos de los testa-



mentos y las reglas generales del derecho sucesorio, de suerte que en ningún caso pudiera restringirse su alcance, no cabría otra solución que entregar el legado al homicida. Ninguna de esas normas obstaba en forma explícita a la pretensión de éste. Sin embargo el tribunal la rechazó.

Entre otros argumentos la sentencia hizo el siguiente. Se tuvo que "todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación por máximas generales y fundamentales del *common law*. A nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventajas de su propia transgresión... Estas máximas están inspiradas por consideraciones que atañen al orden público, tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todos los países civilizados y no han sido derogadas por las leyes". Seguidamente el tribunal citó diversos casos judiciales de aplicación de la "máxima" que establece que a nadie debe permitírsele sacar beneficio de su propio dolo u obtener provecho de su propio fraude. Agregó que "aunque ninguna ley les ha dado vigencia, estas máximas controlan con frecuencia los efectos de los testamentos y prevalecen sobre el lenguaje de éstos".

Prescindamos de la peculiar fraseología con que el tribunal de Nueva York envolvió su uso efectivo de la "máxima" en cuestión. Limitémonos por ahora a indagar si existe alguna similitud funcional entre el papel que se le hizo desempeñar en *Riggs vs. Palmer* y el que la ley de la ventaja desempeña en el fútbol. Ampliando un poco la perspectiva diré que esa "máxima", junto con muchas otras que se invocan en la práctica cotidiana del derecho, presentan las siguientes características:

(i) Presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. Son, por eso, pautas de segundo grado. La que se usó en *Riggs vs. Palmer*, por ejemplo, versa sobre las normas concernientes a la validez y fuerza obligatoria de los testamentos, contratos y otros actos jurídicos.

(ii) Se dirigen a quienes se encuentran en situación de justificar en concreto decisiones, reclamos, defensas, etc., con base en las reglas de primer grado. Con muchas salvedades y pre-

cisiones podríamos decir que se dirigen primordialmente a los jueces y sólo secundariamente a los súbditos.

(No puedo desarrollar aquí todos los argumentos que sería menester introducir para elucidar adecuadamente este aspecto del problema. Sólo señalaré que lo que en la ley de la ventaja salta a la vista, a saber, que ella es concebida de manera mucho más natural si la vemos como dirigida al árbitro o a quienes hacen sus veces, en la "máxima" que reza que a nadie debe permitírsele obtener ventajas de su propia transgresión eso mismo aparece en forma atenuada.

En efecto, ya vimos que es absurdo decir que la ley de la ventaja limita el deber de los jugadores frente a las reglas del *hand*, del *foul* etc., en cuanto por virtud de ella resultaría que sólo deben abstenerse de cometer *hands* o *foul* eficaces. En cambio, no es absurdo decir que la "máxima" usada en *Riggs vs. Palmer* prohíbe a los súbditos obtener beneficios mediante la comisión de transgresiones. Sin embargo, esta manera de describir la situación dista de ser satisfactoria, ya que lo prohibido —y por otras normas— es cometer transgresiones. La fórmula alternativa según la cual la "máxima" en cuestión impone a los súbditos el deber de abstenerse de reclamar los beneficios que deriven de sus transgresiones y el de restituir todo aquello que represente una ventaja así obtenida, no es del todo satisfactoria. No lo es porque esa fórmula, expresada como está en términos de deberes, oscurece o distorsiona una potestad judicial que no es reducible a ellos).

(iii) Proporcionan una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan; qué alcance darles; cómo combinarlas; cuándo otorgar precedencia a algunas de ellas, etc. Además, y en ciertas circunstancias, indican cómo colmar las lagunas que dejan ciertos grupos de reglas de primer grado o, con otras palabras, cómo justificar, dentro del proceso de decisión, nuevas reglas específicas para dar solución —*lato sensu*— a casos no contemplados por aquéllas.

(iv) Exhiben un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, en el sentido de que traspasan los límites de distintos campos de regulación jurídica.

Encontramos aquí, *mutatis mutandi*, las cuatro notas o propiedades funcionales que nos permitieron, dentro del fútbol, distinguir la ley de la ventaja de reglas específicas como la del *hand* o de *standards* como el de la jugada peligrosa.

Aunque no siempre con igual nitidez, y muchas veces con variaciones importantes de matiz o énfasis, podemos encontrar características semejantes en una vasta familia de pautas jurídicas. A ella pertenecen, entre muchas otras, pautas tales como la que sirve para poner coto al ejercicio abusivo de los derechos; la que niega protección jurisdiccional a quien invoca su propia torpeza; la que proscribe la interpretación analógica de las leyes penales; la que reza que las leyes sociales —de jubilaciones y pensiones, de accidentes del trabajo, etc.— deben aplicarse con criterio amplio; la que en materia de tenencia de hijos, tutela, adopción, etc., ordena consultar ante todo el interés de los menores; la que establece la presunción de legitimidad de los actos del poder público; la que en lo concerniente a la aplicación de leyes impositivas prescribe atender a la realidad económica sustancial y no a las normas jurídicas que la encubren; la que en materia de servicios públicos dispone que debe asegurarse la continuidad del servicio; la que circunscribe la potestad jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de las leyes a aquellos casos en que tal declaración sea inevitable; la que en lo concerniente a documentos negociables por endoso manda asegurar la celeridad de las transacciones; la que veda decretar la nulidad por la nulidad misma; la que ordena estar a la amplitud de la prueba; la que dice que los contratos se firman para ser cumplidos; la que dispone que en caso de duda acerca de la procedencia o improcedencia de un gravamen debe estarse a favor del contribuyente; la que en materia de seguros establece que el contrato debe ser resarcitorio y no constituirse en fuente de lucro; la que en materia de interpretación de las normas de derecho marítimo dispone que debe favorecerse todo aquello que tienda a que el buque siga en navegación; la que en materia de leyes de previsión social expresa que los fines que las inspiran deben prevalecer sobre “el puro rigor de razonamientos lógicos de interpretación”; la que reza que los privilegios son de carácter

ter excepcional y de interpretación restrictiva, por lo que no pueden ser acordados al margen de lo establecido por la ley, ni siquiera aunque medie consentimiento del deudor; la que prescribe que las normas que declaran la nulidad de actos jurídicos deben interpretarse restrictivamente; la que establece que la interpretación de las leyes debe practicarse de modo que éstas concuerden con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional en cuanto sea posible sin violación de su letra y de su espíritu; la que dice que la interpretación de las leyes relativas al contrato de trabajo debe ser hecha de modo de favorecer la estabilidad del vínculo y no su disolución; y muchas otras más.

Todas estas pautas, y sus semejantes, pueden ser denominadas “principios jurídicos” y distinguidas de las reglas específicas y de los *standards* variables. Cuando las llamamos así nos apartamos del uso corriente. Debemos agregar, sin embargo, que esa expresión tiene muchos otros sentidos que luego examinaremos. De todos modos aquí tenemos un primer uso de ella.

¿En qué sentido de la palabra “jurídico” son jurídicos estos principios? X puede ser jurídico: 1) porque el derecho de una comunidad se refiere a X acordándole una calificación o un *status* o atribuyéndole ciertas consecuencias (se habla así de hechos jurídicos y de actos jurídicos); 2) porque X se refiere al derecho de la comunidad, versa sobre él (se habla así de un libro jurídico, de una teoría jurídica) y 3) porque X es parte del derecho de una comunidad (se habla así de una norma jurídica).

Nuestros principios, ya lo hemos visto, son pautas de segundo grado que versan sobre reglas jurídicas de primer grado. Por lo tanto son jurídicos, ello es indudable, en el segundo de los sentidos que acabamos de distinguir. ¿No podrá sostenerse con buenas razones que, además, lo son en el tercero de esos sentidos, es decir, como *partes* del derecho? ¿Hemos de definir el derecho de una comunidad de forma tal de incluir en él, al lado de las reglas específicas y de los *standards*, que incuestionablemente lo integran, los principios jurídicos que indican cómo deben entenderse, manejarse y complementarse esas otras pautas?

¿Son estos principios jurídicos parte del derecho positivo, tal como la ley de la ventaja es parte de las reglas del fútbol?

Por ahora dejaré estas preguntas sin respuesta. Procedo así no sólo para introducir un elemento de suspenso, sino porque sería prematuro intentar contestarlas antes de dar varios pasos previos. Uno de ellos consiste en examinar en qué otros sentidos se suele hablar de principios jurídicos.

#### CAPÍTULO IV

#### OTROS SIGNIFICADOS DE LA EXPRESION "PRINCIPIOS JURIDICOS"

No siempre que se habla de "principios" en contextos jurídicos esa palabra es empleada con el alcance que acabo de señalar. Muy lejos de ello. Si pretendiera que he caracterizado *el* significado de la expresión "principio jurídico" estaría en realidad apoyándome en una definición estipulativa que sólo homologuearía *uno* de los sentidos corrientes de aquélla o, en todo caso, le atribuiría una posición privilegiada. No es ese, por supuesto, el único sentido con que se emplea dicha fórmula verbal. Conviene examinar esos otros significados. Sólo entonces tendremos un panorama más claro y podremos decir algo de provecho acerca de la relación entre los principios jurídicos y el positivismo jurídico.

En el lenguaje ordinario el concepto de principio se vincula, por lo menos, a siete focos de significación. Podemos decir que ese concepto está emparentado:

(I) Con las ideas de "parte o ingrediente importante de algo", "propiedad fundamental", "núcleo básico", "característica central";

(II) Con las ideas de "regla, guía, orientación o indicación generales";

(III) Con las ideas de "fuente generadora", "causa" u "origen";

(IV) Con las ideas de "finalidad", "objetivo", "propósito" o "meta";

(V) Con las ideas de "premisa", "inalterable punto de partida para el razonamiento", "axioma", "verdad teórica postulada como evidente", "esencia", "propiedad definitoria";

(VI) Con las ideas de "regla práctica de contenido evidente"; "verdad ética incuestionable".

(VII) Con las ideas de "máxima", "aforismo", "proverbio", "pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición".

Estos siete focos de significación han tenido y tienen relevancia dentro del campo del derecho. Los juristas se apoyan en mayor o menor medida en ellos, o en combinaciones derivadas de ellos. La palabra "principio" se usa en contextos jurídicos con sentidos diversos que espejan tales focos de significación y forman una familia compleja unida por intrincados lazos de parentesco. Ello ocurre en relación con las distintas actividades que tienen que ver con el derecho. Esto es, con la exposición del mismo, con su crítica, justificación y reforma y con su manejo práctico. Trataré de mostrarlo. El tema merece un análisis minucioso. Aquí sólo me haré cargo de distinciones más bien gruesas.

Además del uso que examiné en el apartado anterior —que llamaremos uso (1)— la expresión "principio jurídico" se emplea:

(2) para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él. (Por ejemplo, el llamado principio de la separación de los poderes, el de la inamovilidad de los jueces, el de la indisolubilidad del matrimonio, el de la socialización de la propiedad raíz y de los medios de producción). Este uso vincula al foco de significación (I).

(3) para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema. (Por ejemplo, el principio de que no hay responsabilidad sin culpa, el de que no hay responsabilidad

penal por hechos ajenos, o el de buena fe en las transacciones). Este uso se vincula a los focos de significación (I) y (II).

(4) para referirse a la *ratio legis* o *mens legis* de una norma dada o de un conjunto dado de normas, esto es, a su propósito, objetivo, meta, *policy*, etc. Este uso está ligado al foco de significación (IV).

(5) para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo. (Por ejemplo, el principio que prohíbe discriminar entre los seres humanos por motivos raciales o religiosos o el que proscribe la esclavitud.) Este uso está ligado al foco de significación (VI).

(6) para identificar ciertos requisitos formales o externos que —se dice— todo orden jurídico debe satisfacer. (Por ejemplo, que las normas deben ser generales, no retroactivas, suficientemente claras, no contradictorias, que deben ser promulgadas, que no deben requerir cosas imposibles, etc. Son las exigencias que menciona Lon Fuller bajo el rótulo de "la moralidad del derecho")<sup>1</sup>. Este uso está ligado a los focos de significación (V) y (VI).

(7) para hacer referencia a guías dirigidas al legislador que sólo tienen un carácter meramente exhortatorio. (Por ejemplo, algunas cláusulas constitucionales no operativas, como lo son, al menos en parte, las del artículo 14 bis de la Constitución argentina). Este uso está ligado al foco de significación (II).

(8) para aludir a ciertos juicios de valor que recogen exigencias básicas de justicia y moral positivas y que se dicen sustentados en la "conciencia jurídica popular". Este uso está ligado a los focos de significación (II) y (III).

(9) para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica. Este uso está ligado al foco de significación (VII).

<sup>1</sup> Lon L. Fuller, *The morality of law*, 1964, Yale University Press, 1964. Capítulo II (Hay traducción castellana *La moral del derecho*, de Francisco Navarro: Editorial F. Trillas, México, 1967).

Por último, la palabra "principio" es empleada en contextos jurídicos con alcances muy peculiares, que han sido blanco de duras críticas. Estos usos están asociados —conscientemente o no— a dos corrientes de pensamiento que pese a haber sido declaradas difuntas siguen muy activas;

(10) El primero acusa la influencia de la escuela histórica del derecho. La palabra principio se emplea a veces para designar una misteriosa fuente generadora que se encuentra, por así decirlo, por debajo de grupos de reglas del sistema y que, tal como engendró a éstas, sigue engendrando reglas nuevas. Este uso está ligado al foco de significación (III).

(11) El segundo acusa la influencia de la jurisprudencia de conceptos. La palabra "principio" se emplea a veces para analizar enunciados que, según se pretende, derivan de una enigmática esencia de los conceptos jurídicos considerados como entidades. (Por ejemplo, el principio de que no hay patrimonio sin sujeto ni sujeto sin patrimonio, o el que expresa la esencialidad de todo patrimonio). Este uso está ligado al foco de significación (V).

Quiero defenderme de una objeción anticipable: entre estos usos puede haber superposiciones porque la lista que he formulado no pretende poner orden y claridad sistemática en el manejo de una expresión. Sólo procura recoger ese manejo con fidelidad.

## CAPÍTULO V

### LOS PRINCIPIOS JURIDICOS Y EL POSITIVISMO JURIDICO: PRIMERA APROXIMACION AL TEMA

En los dos apartados precedentes he exhibido una lista rapsódica de los distintos usos que en contextos jurídicos se hace de la palabra "principios". No pretendo que sea completa aunque no me disgustaría que lo fuera.

¿En qué medida esos usos son compatibles con la actitud frente al derecho que vagamente se llama "positivismo jurídico"? Para contestar esta pregunta hay que clarificar qué se entiende por "positivismo jurídico". Esta expresión no es unívoca. Comencemos a desbrozar el terreno sobre la base de dos caracterizaciones negativas de ella.

1) En el más amplio y menos preciso de sus sentidos la expresión "positivismo jurídico" se usa para *excluir* aquella actitud según la cual la descripción y, en general, el manejo del derecho, exigen tomar en cuenta pautas que necesariamente integran todo orden jurídico porque son intrínsecamente justas o porque derivan del significado mismo de la expresión "orden jurídico". Si por positivismo jurídico entendemos la actitud que se limita a negar eso, es decir, a rechazar el jusnaturalismo en todas sus formas, el positivismo jurídico sólo es incompatible con los usos (5) y (6) de la expresión "principios jurídicos" y es compatible con los restantes.

2) En un segundo sentido de "positivismo jurídico" esa expresión excluye no sólo las diversas formas de jusnaturalismo,



sino también toda referencia a entidades metafísicas tales como fuerzas generadoras subyacentes o esencias ocultas y demás metafísico de estancias supraempíricas. Si por "positivismo jurídico" entendemos esto, el positivismo jurídico es incompatible no sólo con los usos (5) y (6) de "principios jurídicos" sino también con los usos (10) y (11), y es compatible con los restantes.

Es decir, es compatible (i) con el empleo de esa expresión para referirse a características importantes del orden jurídico a generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de sus reglas a reglas no operativas dirigidas al legislador (usos 2, 3 y 7); (ii) con el empleo de esa expresión para referirse a nuestros principios jurídicos, es decir, a las pautas de segundo nivel que cumplen la función que analizamos a partir del modelo de la ley de la ventaja (uso 1); y (iii) con el empleo de esa expresión para referirse a objetivos, propósitos y *policies* atribuibles a las reglas del sistema, a exigencias de justicia y moral positivas y a máximas legadas por la tradición jurídica (usos 4, 8 y 9).

Después de haber usado el filtro de las caracterizaciones negativas de "positivismo jurídico" nos quedan, pues, tres grupos de significados de la expresión "principio jurídico" que son compatibles con la actitud positivista, así entendida. El primero de ellos carece de interés. Concentremos nuestra atención en los otros dos. Ellos constituyen dos importantes núcleos de significado de la palabra "principio" usada en contextos jurídicos. Vale la pena repetirlos y darles mayor precisión.

Según uno de ellos, los principios jurídicos son pautas de segundo nivel, funcionalmente análogas a la ley de la ventaja de fútbol, que indican cómo deben entenderse, aplicarse y, a veces, complementarse las reglas de primer grado. De aquí en adelante llamaré a estos "Principios 1".

Según el otro, los principios jurídicos son los propósitos, objetivos, metas o *policies* de una regla o conjunto de reglas del sistema, ciertas exigencias fundamentales de justicia y moral positivas y ciertas máximas o piezas de sabiduría jurídica tradicionales. Aquí introduciré un elemento provisional de legislación, por así decir, y, para pensar con más claridad, agregaré el requi-

sito de que estos principios no sean "Principios 1". Los llamaré "Principios 2".

Si nos limitamos a utilizar la caracterización negativa de "positivismo jurídico" adoptada más arriba, parece claro que ambos modos de entender la expresión "principios jurídicos" son compatibles con esa caracterización. Nada hay en el positivismo jurídico, así entendido, que vede hablar de principios jurídicos en esos dos sentidos. Sin dejar de adherir al positivismo, dentro de esa caracterización negativa, uno puede utilizar ambos conceptos de "principios jurídicos" como herramientas de descripción, crítica y aplicación del derecho.

Las dificultades comienzan cuando queremos dar un contenido afirmativo a la noción de "positivismo jurídico". O, para decirlo con palabras de Alf Ross, cuando, habiendo tomado conciencia de la ambigüedad de la palabra "positivismo", queremos pasar del significado de ella que la hace equivalente de "lo apoyado en la experiencia" al significado que la hace equivalente de "lo que está formalmente establecido"<sup>2</sup>.

En esa tarea nos encontramos con enfoques tales como los que representan las contribuciones de Kelsen y Hart. Estos dos juristas son considerados los adalides contemporáneos de una forma de positivismo jurídico vinculada —se piensa— al punto de vista de Austin. Por ello, para muchos, ambos pensadores están situados en la línea de la más pura tradición positivista. En sus aportes —se nos dice— debemos ver al positivismo jurídico por excelencia.

Ha llegado el momento de formularnos la pregunta crucial que el título de esta charla sugiere. Hemos limitado los significados de "principios jurídicos" a dos núcleos: los "Principios 1" y los "Principios 2". Para dar mayor claridad a la exposición hemos añadido, en forma provisional, el ingrediente artificial de que ambas categorías, aunque no exhaustivas, son excluyentes. Además, aceptando una opinión generalizada, hemos erigido en paradigma de lo que hoy se entiende por positivismo jurídico a las

<sup>2</sup> Alf Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres, apartado XIX, *in fine*. (Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963).



contribuciones de Kelsen y de Hart, que tienen importantes puntos de contacto, no obstante sus importantes diferencias. Por las razones que se verán más adelante usaré la concepción de Hart. Pues bien, ¿en qué medida los "Principios 1" y/o los "Principios 2" caben dentro de una concepción que ve el derecho de la comunidad como un conjunto de reglas o normas identificadas por medio de una regla de reconocimientos aceptada (o de una *Grundnorm* presupuesta) que especifica los criterios que deben satisfacer las reglas o normas particulares para ser consideradas como parte del sistema?

En lo que sigue, y hasta concluir, procuraré contestar esta pregunta.

## VI

## EL "MODELO DE REGLAS"

El positivismo jurídico y, en particular, la obra de Hart, ha sido recientemente objeto de una seria crítica. Ella se funda, precisamente, en que ese modo de ver el derecho es ciego frente al papel central que desempeñan los principios en la experiencia cotidiana de los tribunales. Tal es, en tosca síntesis, la posición expuesta por Ronald M. Dworkin, profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, en su lúcido e incitante artículo "The model of rules"<sup>3</sup>.

Según esa crítica Hart emplea un modelo insatisfactorio para entender el derecho. Ese esquema conceptual, o "modelo de reglas", puede ser caracterizado —se dice— de la siguiente manera:

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas. Por "regla" se entiende una pauta del tipo de "la velocidad en las carreteras no puede sobrepasar los 80 km/h" o "un testamento válido necesita la firma de tres testigos". Se aplican a la manera "todo o nada". Es decir que si se dan los hechos que la regla contempla pueden ocurrir dos cosas: o bien ella es una norma válida del sistema y entonces determina totalmente el resultado, o bien no lo es, y entonces nada tiene que ver con la decisión del caso. Si una regla prescribe la consecuencia C cuando concurren

<sup>3</sup> Publicado originariamente, bajo ese título, en 35 *University of Chicago Law Review*, 14 (1967), y reproducido bajo el título "Is law a system of rules?" en *Essays in Legal Philosophy*, volumen compilado por Robert S. Summers, Blackwell, Oxford, 1968, págs. 25-60.

las condiciones X, Y y Z no puede ser que concurran estas tres y no deba aplicarse C. Una regla puede tener excepciones en tal caso su enunciación es incorrecta si no las expresa a todas. Esto siempre es posible en teoría. Mientras más excepciones enumeremos más completa será la enunciación de la regla. Una regla se aplica o no se aplica. Si dos reglas están en conflicto una de las dos no puede ser válida.

b) Decir que una regla es válida significa que satisface los criterios establecidos en una regla suprema, o "regla de reconocimiento", aceptada por la comunidad. Esos criterios no se refieren al contenido de las reglas particulares sino a su origen *pedigree*. Esto es, a la manera como han sido adoptadas. La regla de reconocimiento, según palabras de Hart, especifica "alguna característica o características cuya posesión por un regla es considerada como una indicación afirmativa concluyente de que ésta es una regla" del sistema.

Si se quiere ser congruente —sugiere Dworkin—, el único criterio que la regla de reconocimiento puede incorporar es la aprobación de las reglas particulares por una autoridad competente en un acto deliberado de creación jurídica. Se sigue de aquí que en realidad no hay más normas particulares que las leyes y que las contenidas en los precedentes. Si se admiten otras —gr.: normas consuetudinarias o jurisprudenciales— hay que abandonar la teoría de la regla de reconocimiento.

c) Nada que no sea una regla, así caracterizada y así identificable, puede integrar el orden jurídico. En particular, el derecho de una comunidad no está integrado por principios tales como, por ejemplo, el que reclama que a los fabricantes de automóviles se les apliquen *standards* de responsabilidad más severos que a los que fabrican objetos menos peligrosos, o al que establece que nadie puede beneficiarse con su propia transgresión. Los principios son lógicamente diferentes de las reglas.

d) Cuando los jueces deben enfrentar un caso no cubierto claramente por una regla el derecho no les proporciona indicación alguna. En tal supuesto deben ejercer una discreción guiada por pautas jurídicas. Si su fallo impone una obligación

o confiere un derecho, ni aquélla ni éste son la actualización o el reconocimiento de una obligación o un derecho preexistentes.

Tal es, en síntesis, el "modelo de reglas" que el Profesor Dworkin expone y critica. Antes de examinar qué ofrece en su reemplazo veamos cuál es la médula de su crítica. El concepto de "regla" que maneja el positivismo y el método que emplea para identificar las unidades que integran el derecho no le permiten ver el riquísimo mundo de los principios. Estos concuerdan sustancialmente con lo que he llamado "Principios 2": son objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc. y exigencias de justicia, equidad y moral positivas. Los principios son distintos de las reglas y no pueden ser identificados de la manera simple sugerida. Integran el derecho, en una acepción de "derecho" que los positivistas *à la Hart* no están dispuestos a aceptar. La admisión de la existencia de principios como rodajes indispensables de todo orden jurídico importa el colapso del positivismo y de su "modelo de reglas". Sólo si admitimos que los principios integran el derecho y desempeñan en él un papel central podremos hacer justicia a la complejidad de aquél y representarnos adecuadamente la tarea de los jueces, quienes están siempre guiados por principios jurídicos y únicamente ejercen discreción en un sentido muy trivial de esta palabra. El positivismo, con su "modelo de reglas", nos proporciona una imagen empobrecida del orden jurídico y una visión distorsionada de la labor judicial. Ello ocurre porque se asoma a los fenómenos desde una perspectiva artificialmente estrecha.

Veremos ahora qué se nos ofrece en reemplazo del "modelo de reglas".

## CAPÍTULO VII

### UN MODELO "ANTIPOSITIVISTA"

En sustitución del llamado "modelo de reglas" el Profesor Dworkin aboga por una concepción que exhibe las siguientes características.

a) El derecho de una comunidad es un agregado de reglas y principios. Estos últimos, a diferencia de las primeras, pueden ser descriptos así:

(i) Los principios no exigen un comportamiento específico. Establecen una meta por alcanzar —como el principio de la mayor responsabilidad de los fabricantes de automóviles— por lo general "una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad" (*policies*), o bien —como el principio de que nadie debe beneficiarse con su propia transgresión— consagran "una exigencia de justicia o de equidad (*fairness*) o de alguna otra dimensión de la moral positiva" (principios en sentido estricto).

(ii) Los principios no son aplicables a la manera "todo o nada". No establecen condiciones que hagan necesaria su aplicación ni consecuencias que se sigan automáticamente de ciertas condiciones. Más bien enuncian *una* razón para decidir en determinado sentido, sin obligar a una decisión particular. Pueden concurrir otros principios que den una razón para decidir en sentido distinto. Cuando afirmamos que algo es un principio de nuestro derecho sólo queremos decir que los funcionarios de-

ben tenerlo en cuenta como una consideración que apunta a cierto sentido.

Por ello es que los contra-ejemplos de un principio no son tratados como excepciones al mismo y no son susceptibles de ser enunciados exhaustivamente, ni siquiera en teoría.

(iii) Los principios poseen una dimensión de "peso" o "importancia". Para resolver el conflicto entre dos principios hay que tomar en cuenta el peso o importancia relativo de ellos en el contexto del caso concreto. Un principio que es desplazado por otro de más peso sobrevive intacto aunque en esa ocasión no prevalezca.

(iv) El test del origen o *pedigree* no sirve para identificar a los principios. La regla de reconocimiento sólo sirve para identificar reglas que, como las leyes o los precedentes, son el producto de un acto deliberado de creación jurídica. El concepto de validez, que funciona respecto de las reglas así creadas, no funciona respecto de los principios. Es un concepto que, como el de regla, opera a la manera "todo o nada"; esta manera de operar es incompatible con la dimensión de "peso" o "importancia" que tienen los principios. La afirmación de que éste o aquel principio es un principio de nuestro derecho no se sustenta en una verificación tan simple (o simplista) como la que propone la teoría de la regla de reconocimiento. Se sustenta en una compleja argumentación que exige apreciar una rica variedad de *standards*, prácticas, creencias y actitudes.

b) Ese agregado de reglas y principios en que consiste el derecho excluye la discreción judicial. Los jueces están siempre guiados por principios. Es verdad que éstos no determinan la decisión de la manera como lo hacen las reglas. Pero en todos los casos, aun en los más arduos, proporcionan una orientación suficiente. Por lo tanto, los jueces *nunca* tienen que buscar el fundamento de sus decisiones en pautas que no integran el derecho.

c) No sólo las reglas confieren derechos o imponen obligaciones. Esa función es cumplida también por la operación com-

binada de un conjunto de principios. Habría que decir, quizás, que existe la obligación jurídica de hacer algo cuando el argumento que sustenta la existencia de esa obligación, en términos de principios jurídicos de tipos diferentes, es más fuerte que el argumento en sentido contrario.

Este modelo "antipositivista", que presenta como idea central la de que los "Principios 2" son parte del derecho, cancela la útil distinción entre fuentes formales y materiales de aquél y lo disuelve en un continuo de factores e ingredientes sociales. No hay lugar o papel para la regla de reconocimiento. Las *policies* y las exigencias de justicia y moral positivas que integran el derecho sólo son identificables como partes de él en función de su impacto efectivo o probable en el proceso de adjudicación. El derecho de una comunidad es una heterogénea aglomeración de pautas y criterios de muy variado origen y textura. Cualquier intento de dar a la palabra "derecho" mayor precisión requeriría hacer distinciones artificiales en un continuo que no las tolera.

Queda por ver si esta imagen del derecho es la única alternativa posible frente al "modelo de reglas" que ella se propone suplantarlo. ¿Es verdad que *tenemos* que elegir entre ese rígido y austero molde conceptual y esta abrumadora masa amorfa? Trataré de demostrar que no. Al intentarlo procuraré también contestar otras preguntas que fueron quedando sin respuesta en lo que llevo dicho.

## CAPÍTULO VIII

### UN MODELO DE REGLAS ESPECIFICAS, STANDARDS Y PRINCIPIOS

Pienso que un positivista de la línea de Hart, animado del deseo de afirmar el espíritu de la concepción de éste sin hacer violencia a su letra, puede rechazar por igual el "modelo de reglas" y el "modelo antipositivista" sobre la base de argumentos y consideraciones del tipo siguiente.

(i) *Reglas*. El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas. La palabra "regla" no sólo designa pautas semejantes a "la velocidad en las carreteras no debe exceder los 80 km por hora" o "para que un testamento sea válido debe llevar la firma de tres testigos". Estas son reglas específicas; sólo constituyen un tipo dentro de la variedad de reglas que forman parte de un orden jurídico. Además de ellas hay *standards* muy generales que limitan de manera peculiar las atribuciones de cuerpos administrativos encargados de aplicarlos y hay *standards* variables que, como el de *due care* (debido cuidado) no requieren conductas específicas de parte de sus destinatarios. Estos *standards* también son reglas, con sentido amplio (ver Hart, *El concepto de derecho*, págs. 163/66 y 316)<sup>4</sup>. Nada hay en este sentido amplio de la palabra regla que impida ver en una pauta del tipo de "no debe permitirse que una persona se beneficie con su propia transgresión" una

<sup>4</sup> Esta cita y las que siguen corresponden a la traducción castellana de *The concept of law* (Oxford University Press, 1961) hecha por Genaro Carrió y publicada bajo el título de *El concepto de derecho* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).



regla perteneciente a un sistema jurídico determinado. Que sea o no depende de otras cosas.

(ii) *Reglas y excepciones*. Todas las reglas, incluso las específicas, poseen una textura abierta. Por ello tienen excepciones que no son exhaustivamente especificables por adelantado (Hart, *op. cit.*, pág. 173). “Una regla que concluye con la expresión ‘menos que...’ sigue siendo una regla”. (Hart, *op. cit.*, pág. 174). “No podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano...” (Hart, *op. cit.*, pág. 160).

(iii) *Reglas y principios*. De lo expuesto se sigue que no existe la pretendida “diferencia lógica” entre las reglas jurídicas y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión. No es cierto que las reglas son siempre aplicables de la manera “todo o nada”. Tampoco es cierto que las reglas permiten, al menos en teoría, enumerar de antemano todas sus excepciones. Para ello habría que imaginar de antemano todas las circunstancias posibles de aplicación lo que, obviamente, es imposible. Por otra parte, los conflictos entre reglas no siempre se resuelven negando la validez de una de ellas; muchas veces es menester fundar la decisión —que puede incluso asumir la forma de un compromiso— en algo muy semejante al “peso” relativo de una y otra pauta en el contexto particular del caso que da lugar al conflicto (Hart, *op. cit.*, págs. 160/61). La dimensión de “peso” no es propiedad exclusiva de pautas como la que establece que a nadie debe permitírsele sacar ventajas de su transgresión.

(iv) *Textura abierta de la regla de reconocimiento*. Es cierto que las reglas del sistema son identificables por referencia a una regla de reconocimiento aceptada que especifica disyuntivamente los criterios que aquéllas deben satisfacer. La regla de reconocimiento, como toda regla de derecho, es periféricamente indeterminada. Posee una textura abierta. (Hart, *op. cit.*, págs. 152/53, 120/21, 183/84) <sup>5</sup>.

5 Véase además Hart “Scandinavian Realism” en *Cambridge Law*

Esta característica de la regla de reconocimiento se manifiesta, en lo que aquí nos interesa, de la siguiente manera. Es posible que frente a una regla particular tengamos dudas razonables acerca de si ella integra o no el derecho de la comunidad. La pregunta “¿es esta pauta una regla del sistema?” no puede siempre responderse con un categórico “sí” o con un categórico “no”.

Aunque enunciemos la regla de reconocimiento con la mayor precisión posible ella no determinará cuántas veces debe observarse una concreta pauta de comportamiento para que sea considerada ya una costumbre jurídica, ni cuántas veces los jueces deben fundar su decisión en una regla general para que ésta sea considerada ya una norma jurisprudencial, ni cuántas veces debe dejar de observarse una ley para que ella no sea ya una norma del sistema (en aquellos órdenes jurídicos cuya regla de reconocimiento acuerda carácter derogatorio a la *desuetudo*).

El carácter periféricamente indeterminado de la regla de reconocimiento no excluye, por supuesto, la existencia de casos centrales a cuyo respecto los criterios que ella incorpora permiten afirmar, con total seguridad, que una regla determinada es parte del sistema. Es en esos casos que la posesión de la característica o características establecidas en la regla de reconocimiento “es tomada como una indicación afirmativa concluyente” de que la regla particular en cuestión integra el sistema. Pero de la existencia de casos claros no se sigue que todos los casos sean claros. Tal situación es perfectamente compatible con la existencia de casos dudosos, frente a los cuales la regla de reconocimiento no proporciona ninguna indicación afirmativa (ni negativa) concluyente.

Esta indeterminación de la regla de reconocimiento puede afectar la identificación de reglas específicas, de *standards* variables y de cualquier otro tipo de reglas de cuya pertenencia al sistema se trate.

*Journal*, noviembre 1959, págs. 239/40, donde hace referencia a la vaguedad o indeterminación de los criterios del sistema para identificar las reglas particulares y a la consiguiente penumbra de incertidumbre que rodea a los enunciados de validez.



v) *Regla de reconocimiento y principios*. Los “principios de derecho positivo”. La regla de reconocimiento, con su núcleo central del significado claro y su periferia de casos dudosos, constituye el criterio último que el sistema ofrece para identificar las reglas particulares del mismo, ya se trate de reglas específicas de *standards* o reglas de otro tipo. Nada hay en la noción de una regla de reconocimiento que obste a que una pauta del tipo de la que dice que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión sea una regla del sistema si satisface los requisitos establecidos en aquella regla última.

Con más generalidad, nada obsta a que sean reglas del sistema aquellas pautas de segundo nivel, primordialmente dirigidas a los jueces, que sirven para ajustar, ampliar, restringir, etc., las reglas de primer nivel y exhiben un cierto grado de neutralidad tónica o indiferencia de contenido (Principios<sub>1</sub>). Nada obsta además, a que sean reglas del sistema aquellas metas, objetivos, *policies*, exigencias de justicia, de equidad y de moral positivas que he llamado “Principios<sub>2</sub>”, siempre que sean formulables como “Principios<sub>1</sub>”, es decir, como reglas que posean las características de éstos, o utilizables como *standards* del sistema.

Los “Principios<sub>1</sub>” (y los “Principios<sub>2</sub>” reducibles a ellos o utilizables como *standards*) que satisfacen los requisitos de la regla de reconocimiento son principios jurídicos en el sentido de que forman parte del derecho positivo como las restantes reglas del sistema. Para evitar confusiones los llamaré en adelante “principios de derecho positivo”.

(vi) *Los criterios de la regla de reconocimiento y los principios del derecho positivo*. Es muy posible, eso sí, que las características de las pautas de segundo grado que he llamado “Principios<sub>1</sub>”, hagan inaplicable, a su respecto, algunos de los criterios establecidos en la regla de reconocimiento. Así, por ejemplo, resulta claro que el precedente único, que en los países del *common law* basta para incorporar una regla al sistema, es insuficiente para incorporar un “Principio<sub>1</sub>”, toda vez que el precedente único, ligado como está a los hechos específicos del caso, sólo vale como regla para casos de *ese* tipo, regla que, por ello, carece de la relativa indiferencia de contenido que caracteriza a los “Prin-

cipios<sub>1</sub>”. Por ejemplo, todo lo que como precedente único el caso *Riggs vs. Palmer* —el del nieto apurado— autoriza a inferir, es la regla específica de que el que mata a otro para heredarlo no lo hereda.

En el mismo orden de ideas, parece dudoso que la costumbre general —como cosa distinta de la costumbre judicial o jurisprudencia— pueda constituirse en fuente de “Principios<sub>1</sub>” pues estos, como vimos, están primordialmente dirigidos a los jueces. La costumbre judicial o jurisprudencia parece ser la forma más adecuada de “positivización” de los “Principios<sub>1</sub>”. Con otras palabras, entre los criterios de la regla de reconocimiento el del *usus fori* es el que mejor se adecua a la naturaleza de ellos. Cabe observar, sin embargo, que nada en la naturaleza de los “Principios<sub>1</sub>” obsta a que se incorporen al derecho de una comunidad por vía de sanción legislativa.

Por otro lado se puede concebir como posible que la regla de reconocimiento de un sistema admita entre sus criterios algunos que sean únicamente aplicables a la identificación de “Principios<sub>1</sub>” e inaplicables a la de otras reglas. Tal podría ocurrir, por ejemplo, con la doctrina preponderante o con la tradición jurídica.

(vii) *Principios jurídicos que no son partes del derecho*. Los principios que no satisfacen los requisitos de la regla de reconocimiento —sean “Principios<sub>1</sub>” o “Principios<sub>2</sub>”— quedan fuera del derecho. No son “principios de derecho positivo”: Pueden ser llamados “principios jurídicos” en cuanto se refieren a aquél pero no en cuanto partes de él. El uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor. Sólo por vía de decisión arbitraria puede determinarse con precisión cuántas veces debe aplicarse un criterio, y por cuántos tribunales, para que el mismo pase a integrar el derecho jurisprudencial de la comunidad a que esos jueces pertenecen. Pero esta indeterminación no excluye la manifiesta existencia de casos claros de principios de derecho positivo y, ade-

más, ella no afecta exclusivamente a los principios. También puede afectar, como vimos, a las reglas de otro tipo.

(viii) *Fuentes permisivas y principios de derecho positivo*. No toda exigencia formulada en una regla es concebida en términos de deber. Que lo sea o no depende del grado de presión social que se ejerce para procurar la conformidad y del tipo de reacción que originan las desviaciones (Hart, *op. cit.*, págs. 107/8 y 269). Así, si bien es cierto que hay una regla que dice que debemos mandar un telegrama de felicitación cuando un conocido nos participa su casamiento, sería por lo menos una exageración decir que tenemos el deber de hacerlo. Esto, que vale para las reglas en general, vale también para las reglas jurídicas, en especial para algunas de las que tienen como destinatarios a los jueces. No todos los cánones y pautas aplicables a la faena judicial son concebidos en términos de deber. Hay reglas que el juez debe seguir para dictar una *buen*a sentencia, pero ni la presión social que en ese respecto se ejerce sobre él tiene la suficiente insistencia, ni las críticas y censuras a que da lugar la no observancia de la regla tienen la suficiente fuerza, como para que concebamos como deber lo que ésta requiere. Precisamente por ello se puede distinguir entre fuentes jurídicas obligatorias y fuentes jurídicas permisivas<sup>6</sup>. Estas últimas, en caso de silencio de las primeras, proporcionan una guía u orientación que puede bastar para justificar una decisión concreta sin que, paralelamente,

6 "En los sistemas en que la ley es una fuente formal o jurídica de derecho, los tribunales, al decidir los casos, están obligados a tomar en cuenta una ley relevante aunque, sin duda, tienen una considerable libertad para interpretar el significado del lenguaje legislativo. Pero a veces el juez tiene mucho más que libertad de interpretación. Cuando él considera que ninguna ley u otra fuente formal de derecho determina el caso a decidir puede fundar su fallo por ejemplo, en un texto del Digesto, o en la obra de algún jurista francés... El sistema jurídico no lo *obliga* a usar estas fuentes, pero está aceptado como cosa perfectamente correcta que lo haga. Ellas son, por lo tanto, más que meras influencias históricas o causales, pues tales textos son considerados como 'buenas razones' para los fallos. Quizás podríamos llamar a tales fuentes 'fuentes jurídicas permisivas' para distinguirlas tanto de las 'obligatorias' o formales, como la ley, como de las históricas o materiales". (Hart, *op. cit.*, pág. 312).

te, el hecho de que no se las siga baste para descalificar una decisión concreta en sentido distinto.

Pues bien, las "exigencias" de algunos principios de derecho positivo parecen más naturalmente concebibles al modo como son concebidos los "requerimientos" emanados de fuentes meramente permisivas. Esto no afecta el hecho incuestionable de que en todo sistema de derecho hay un núcleo central de reglas, *standards* y principios cuya observancia es obligatoria.

(ix) *Discreción judicial*. En todo aquello en que el orden jurídico —con sus reglas específicas, *standards* y principios— no guía o pone límites a la labor judicial, los jueces deben fundar sus sentencias en pautas razonables que no son parte del derecho. El caso queda librado a su discreción, que no es sinónimo de antojo o capricho, sino de sensatez, cordura, buen juicio. Es decir, deben fundar sus fallos en pautas razonables que no son parte del derecho.

No se ve cómo la existencia de principios que, se admite, entran frecuentemente en conflicto con otros de "peso" semejante, puede bastar para eliminar la discreción de los jueces. A menos que se postule la existencia de otros principios de un nivel superior que indicarán cuándo debe darse preferencia a un principio respecto de otro, y así hasta el infinito.

(x) *El modelo de reglas específicas, standards y principios y la definición de "derecho"*. Puede parecer que al rechazar el rígido concepto de regla que el "modelo de reglas" incluye, al admitir el carácter periféricamente indeterminado de la regla de reconocimiento y al aceptar la distinción entre fuentes obligatorias y permisivas y el papel de ambas, hemos desdibujado en demasía el derecho y cancelado la posibilidad de definirlo.

Esto último, empero, no debe preocuparnos demasiado. Frente a la persistente pregunta "¿qué es derecho?" quizás lo más saludable es admitir de entrada que "nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una definición puede proporcionarle una respuesta satisfactoria. Las cuestiones subyacentes son demasiado distintas entre sí y demasiado fundamentales para ser susceptibles de este tipo de solución" (Hart, *op. cit.*, págs. 19/20; ver también pág. 296).

## CAPÍTULO IX

### CONCLUSION

Comencé hablando de fútbol y terminé hablando de cosas muy distantes, muchas de ellas cuestionables. Lamentaría que ustedes se fueran con la idea de que hubiese sido mejor que no abandonara el fútbol. Para concluir quiero formular tres observaciones:

1) Me preocupó saber si las pautas o criterios llamados "principios jurídicos" son parte del derecho tal como se ve a éste desde el punto de vista del positivismo jurídico. Para eso analicé los distintos sentidos de aquella expresión y los reduje a los únicos *prima facie* compatibles con ese enfoque y, a la vez, interesantes. Como paradigma del positivismo jurídico usé la versión más reciente de él. A saber, la que expone Hart en su libro *El concepto de derecho*. La otra versión contemporánea del positivismo, la de Kelsen, quedó tácitamente descartada por cuanto no permite dar los pasos necesarios para alojar a los principios dentro del orden jurídico con el rango que me pareció justo reconocerles.

2) Se puede objetar que el enfoque de Hart, porque permite dar esos pasos y en la medida en que permite darlos, no constituye una variante del positivismo jurídico sino una cosa distinta. Con otros términos, que la defensa de ese enfoque sólo sirve para demostrar que para dar cabida a los principios hay que maquillar de tal manera al positivismo jurídico que éste queda irrecor-

nocible. Para medir la solidez de este cargo habría que saber cuál es la imagen del positivismo que se tiene en mente y por qué se la acepta como la vera efigie de esa actitud frente a los problemas jurídicos. Analizar esto me obligaría a usurpar vuestra atención, o lo que a esta altura de las cosas queda de ella, durante un tiempo tan largo como el que llevo consumido hasta ahora. De más está decir que no lo haré.

3) Sea cual fuere la fuerza de esa objeción lo cierto es que la crítica antipositivista que examinamos dirige su artillería a un llamado "modelo de reglas" que difiere sustancialmente de la teoría que pretende abatir. Aunque se cuestionen los títulos que esta última tiene para ser llamada positivista, es indudable que ella sobrevive indemne al ataque, por la sencilla razón de que éste ha equivocado el blanco.

## V

# SOBRE LOS LIMITES DEL LENGUAJE NORMATIVO

## PRIMERA PARTE

### LOS LIMITES

#### I. TRES ACLARACIONES INICIALES

Como el título de este ensayo lo sugiere con cierta vehemencia voy a ocuparme del lenguaje normativo y de sus límites. Creo que se imponen tres aclaraciones o advertencias iniciales.

1º) Por "lenguaje normativo" entenderé, sin gran precisión, el lenguaje que usamos para realizar actos tales como prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar; atribuir o reconocer derechos, afirmar que alguien tiene (o no tiene) una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad; imponer deberes u obligaciones; afirmar que algo hecho por alguien es (o no es) una transgresión o que merece (o no) un premio o un castigo, etcétera.

2) Por "límites del lenguaje normativo" entenderé un grupo no homogéneo de cosas que —espero— se harán aceptablemente claras en el curso de la exposición. Para que desde ya se vaya haciendo inteligible a qué me refiero con esa expresión, diré que el uso del lenguaje normativo o de ciertas expresiones pertenecientes a él produce, a veces, distintas formas de sinsentido, en una acepción amplia de esta palabra, que incluye lo disparatado y lo absurdo. Y añadiré que es útil explorar esas formas de sinsentido, entre otras razones porque algunas de ellas ayudan a delimitar, desde afuera, el área dentro de la cual el lenguaje normativo puede usarse, por decirlo así, "en serio" y con

eficacia, y fuera de la cual, para repetir una metáfora conocida, se va de vacaciones y empieza a operar locamente como una turbina que girase en el aire fuera de sus engranajes<sup>1</sup>.

3º) El tema de este ensayo me fue sugerido por algunos problemas jurídicos estrechamente vinculados con cuestiones de enorme interés general. No obstante ello procuraré que la exposición no tenga un interés puramente jurídico, si es que tiene alguno. No me ocuparé de los límites del lenguaje normativo jurídico, sino de los límites del lenguaje normativo a secas, aun que uno de mis ejemplos —el que recibirá más desarrollo— tiene que ver con el derecho.

## II. SOBRE LOS LÍMITES INTERNOS DEL LENGUAJE NORMATIVO

Empezaré mostrando, con unos pocos ejemplos, algunos sinsentidos que origina el uso del lenguaje normativo cuando quien lo emplea quiere realizar la difícil pirueta de atravesar algunos de los límites o fronteras internos del mismo sin atravesarlos realmente. Esto es, cuando uno usa una herramienta lingüística que sirve para ciertos fines y quiere hacerle servir un fin, emparentado con esos otros, para el que ella no es idónea. Algo así como querer tomar la sopa con el tenedor. Como ocurre en el caso de esta analogía, el resultado de ese mal uso suele ser cómico o ridículo. Al obrar así producimos una forma de sinsentido que se caracteriza por ese especial tipo de resultado.

Es bien conocida la distinción entre justificación y excusa; entre el acto de justificar un comportamiento y el acto de excusarlo. La confusión entre la función que uno y otro cumplen —por ejemplo, querer justificarse invocando algo que sólo da para una excusa— produce por lo común formas particulares de sinsentido. Recuerdo una vieja película francesa de la década del 30 en la que había un extraordinario personaje que in-

curría reiteradamente en dicha confusión y el resultado tenía gran eficacia cómica. Este hombre era un noble venido a menos que robaba cosas en los comercios. Era, como se suele decir, un mechero. Cuando lo pescaban *in fraganti* y querían impedirle que siguiera alzándose con lo ajeno, el duque o conde en cuestión adoptaba un aire de duque o conde ofendido, y sacando un pañuelo arrugado del bolsillo se lo refregaba a su interlocutor por las narices, al tiempo que le decía: "No me incomode, señor. ¡Sepa Ud. que soy cleptómano declarado tal por la Facultad de Medicina de París!".

Lo cómico de la situación deriva, claro está, de que nuestro personaje trata de justificarse usando una excusa. Como si en lugar de servir, en el mejor de los casos, para excusarlo, el certificado de cleptómano fuese algo así como un diploma o una patente que le da derecho a robar.

Otras veces esta forma de sinsentido, que se produce —como dije— cuando queremos trasponer ilegítimamente ciertos límites internos del lenguaje normativo, consiste en confundir exención y transgresión. Tal es patentemente el caso de la señora que, en algún cuento de Chamico, explica con satisfacción que su hijo se salvó del servicio militar por desertor. Una pirueta semejante, aunque no del todo igual, es la que, a sabiendas del efecto que produce, hace el prologuista de una edición de *The Anatomy of Melancholy*, de Burton, cuando recuerda el caso del párroco inglés entrado en años que "había conseguido aliviar el peso de sus deberes mediante la delegación y la negligencia".

## III. SOBRE EL LENGUAJE NORMATIVO Y ALGUNAS DE SUS PRESUPOSICIONES CONTEXTUALES

Los ejemplos que pondré seguidamente exhiben otra forma de sinsentido, digna también de atención. Supongamos que una noche entran ladrones en mi casa. Consiguen reducir a toda la familia y nos congregan en el *living*, a punta de revólver. Mientras un par de los ladrones nos mantienen encañonados, un tercero se encuentra en la tarea de meter en una bolsa cuanto objeto de valor encuentra. De repente este último hace un alto y,

<sup>1</sup> La metáfora es de Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Blackwell, § 38, 88, 132, etcétera.



dirigiéndose a mí y señalando el aparato del teléfono, me pregunta: "¿Me permite hacer una llamada?"

Es obvio que esta pregunta está completamente fuera de lugar. Tanto una respuesta afirmativa como una respuesta negativa a ella serían absurdas, como lo es la pregunta misma. Así como se viértase, porque tiene interés, que una pregunta similar, así como sus posibles respuestas, serían igualmente absurdas si la situación fuera otra. En mi casa se ha declarado un incendio. Para atacar el foco y llegar también hasta donde, cercados por el fuego, nos hallamos mi familia y yo, los bomberos rompen pared tras pared golpes de pico. Por último un pequeño contingente de bomberos voltea la última pared y llega hasta nosotros, envuelto por el humo y el polvo de los escombros. El jefe del piquete ve el teléfono y me pregunta: "¿Me permite hacer una llamada?"

¿En qué consiste el absurdo de esos pedidos de permiso en circunstancias como las narradas? Consiste en que en circunstancias como esas están ausentes, de manera manifiesta y dramática, algunos de los principales presupuestos que tácitamente condicionan el acatamiento "en serio" de ciertas normas de cortesía. Es por eso que lo que el cumplimiento de lo que en circunstancias normales ellas exigen —pedir permiso si uno quiere usar el teléfono cuando está en casa ajena— resulta patentemente absurdo y como consecuencia, resulta tan absurdo responder diciendo "sí" como responder diciendo "no".

Esta forma de sinsentido es distinta de la que ejemplifiqué en el apartado anterior. No se trata ya de la violación de una frontera interna del lenguaje normativo: no es que queramos usar para hacer una cosa una herramienta que sirve para hacer otra distinta. No es como pretender tomar la sopa con el tenedor. Más bien es como si un buzo se pusiera el traje de buzo, con escaphandra y todo, para ir al cine.

Aquí falla uno o más de los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones pertenecientes al lenguaje normativo (en el caso, expresiones que presuponen la vigencia actual o la pertinencia de ciertas reglas de cortesía). Preguntas del tipo "¿Me permite hacer esto?" implican contextualmente una serie de hechos o circunstancias cuya ausencia en una situación dada

hace que la pregunta esté "fuera de lugar", por decirlo así, y que no pueda ser contestada "en serio" ni por sí ni por no.

He aquí, por lo tanto, una nueva forma de sinsentido que revela la existencia de otros tipos de límites. Estos son límites que excluyen o "dejan afuera" la aplicación de un conjunto de reglas pertenecientes a una dimensión del lenguaje normativo por fallas en las presuposiciones contextuales que conciernen a esa dimensión (o, mejor dicho, a esas reglas). No sólo sería absurdo pedir permiso para usar el teléfono en circunstancias como las relatadas. También sería absurdo que yo criticara a los asaltantes o a los bomberos por haberse ido sin saludar y, en general, que emitiese juicio acerca del comportamiento de unos u otros, en las respectivas emergencias, desde el punto de vista de ciertas reglas de urbanidad, o que invocase derechos o exigiera el cumplimiento de deberes conferidos o impuestos por esas reglas. Ellas, decididamente, no están en juego en tales circunstancias.

#### IV. SOBRE LOS LÍMITES EXTERNOS DEL LENGUAJE NORMATIVO

##### A) Una extraña consulta

Nos estamos acercando a una forma mayúscula y desaforada de sinsentido normativo —o mejor dicho, a un área de estrictos sinsentidos— cuya presentación y examen nos demorará durante más tiempo. Ella pone de manifiesto —ya lo veremos— que hay límites externos, por decirlo así, del lenguaje normativo, y ayuda a explorar la zona donde podemos encontrarnos con ellos. Conviene que nos acerquemos de a poco; para esto puede ser útil el siguiente ejemplo, obviamente imaginario.

Supongamos que el doctor K ejerce su profesión de abogado en un país de América Latina. El doctor K goza de un merecido prestigio; se lo considera un profesional serio e idóneo. Una mañana llega a su bufete y la secretaria le informa que unos señores X, Y y Z han pedido hora para hacerle, los tres juntos, una consulta. En el momento previsto llegan los nuevos clientes, el doctor K los hace pasar a su despacho. Tras los saludos de rigor,

los invita a exponer su problema. Los visitantes comienzan diciendo que usaron los nombres falsos X, Y y Z por razones —expresan— su interlocutor comprenderá fácilmente. Los recién llegados informan al doctor K que son militares de muy graduación y que ocupan puestos claves en las estructuras armadas del país. Luego le anuncian que todas las fuerzas armadas, sin exclusión, están complotadas en un movimiento revolucionario, que estallará esa misma noche para derrocar al gobierno. Tienen, dicen, un programa popular que les asegurará el control de la gran mayoría de la población. Desean saber si de acuerdo con el derecho vigente en el país poseen atribuciones para sustituir al gobierno por uno nuevo. Desean saber además les interesa mucho conocer la opinión del doctor K al respecto si tienen atribuciones para reformar una serie de cláusulas de la Constitución hasta ese momento vigente, porque consideran el éxito del programa popular que se disponen a implantar en esas reformas.

Explicablemente desconcertado, el doctor K trata de esquivar el bulto. Finge entender que sus interlocutores quieren que les diga qué grado de probabilidad hay de que los cambios y reformas que se proponen llevar a cabo reciban acatamiento general y perduren. El doctor K empieza a decirles que para contestar esa pregunta tendría que conocer, entre otras cosas, cuáles son esas reformas. Se ve bruscamente interrumpido. “No —dice uno de los visitantes— nosotros no queremos saber qué ocurrirá que probablemente ocurrirá en el futuro. Lo que queremos saber es si *ahora* tenemos competencia o atribuciones para hacer lo que pensamos hacer. Esto es, instaurar un nuevo gobierno o modificar la Constitución, todo ello por vía revolucionaria.”

Los nuevos clientes le dicen al doctor K que no tienen tiempo para contestarles en ese momento; prefieren que estudie la cuestión y les prepare un dictamen escrito, fundado en las enseñanzas de los mejores expertos en Derecho Constitucional. Anuncian que lo pasarían a buscar por la tarde.

Cuando queda solo, tras rehacer sus fuerzas después del *shock*, el doctor K se pregunta “¿Qué les contesto a estos señores?”. Pero antes de empezar a buscar respuestas a esa pregunta

se formula esta otra, que considera indiscutiblemente previa: “¿Qué es, exactamente, lo que sus nuevos y extraños clientes quieren saber?”. Ellos no pueden ignorar que el Código Penal reprime la rebelión; que la rebelión es un delito, algo prohibido. Pero pensándolo bien —se dice el doctor K— ellos no le han preguntado si está permitido o prohibido rebelarse, esto es, realizar una serie de acciones con el propósito de derrocar a las autoridades, o, lo que es lo mismo, de impedirles, por la fuerza, seguir gobernando. Lo que le han preguntado es si tienen atribuciones (o competencia o potestades) para instaurar un nuevo gobierno en reemplazo del que se disponen a derrocar —instauración que presupone el hecho del derrocamiento— y si tienen atribuciones (o competencia o potestades) para reformar la Constitución. No se trata de un problema acerca de la licitud o ilicitud de ciertas acciones, sino de la existencia o inexistencia de atribuciones para realizar ciertos actos normativos —instaurar un nuevo gobierno, reformar la Constitución— y, corolario de lo anterior, de la validez o invalidez de los actos que realicen y de las normas que dicten en ejercicio de esas pretendidas atribuciones.

Al doctor K, intuitivamente, le choca pensar que el derecho vigente —que *cualquier* orden jurídico— confiera tales atribuciones a sus visitantes y a las fuerzas que ellos comandan. Le parece que hay algo incongruente en la idea de que un orden normativo pueda conferir atribuciones para que lo sustituyan por la fuerza. El doctor K no ignora, claro está, que en el pasado han ocurrido revoluciones y que los tribunales han reconocido la fuerza obligatoria a las órdenes generales emanadas de los que llegaron revolucionariamente al poder y consiguieron instalarse en él, y que tal reconocimiento ha alcanzado incluso a órdenes generales que, sin duda, eran incompatibles con el texto de la Constitución vigente al tiempo de la revolución. Pero el doctor K intuye que del hecho de que alguien haya conseguido derrocar a un gobierno para sustituirlo por otro no se sigue que tuviera atribuciones para efectuar tal sustitución ni, mucho menos, que otros tengan en el futuro iguales atribuciones frente a otros gobiernos. Quien pretendiera inferir estas atribuciones del éxito de aquella empresa —piensa el doctor K— estaría incurriendo

en algún tipo de falacia que no debe ser difícil desenmascarar si no está ya desenmascarada.

Por otro lado, empero, al doctor K también le resulta intuitivamente chocante dictaminar que no vale la pena que sus nuevos clientes se tomen el trabajo de hacer la revolución porque todo cuanto hagan, aunque triunfen, será irremediablemente nulo. Si la respuesta afirmativa ("tienen atribuciones") le parece intuitivamente, fundada en un razonamiento falaz, la respuesta negativa ("no tienen atribuciones") le parece imperdonablemente ingenua, simplista o incluso irrelevante. No se ve qué sentido tiene decirles a los revolucionarios que su empeño es vano, y que sólo conseguirán realizar actos nulos o dictar normas nulas, porque los revolucionarios saben que si toman el poder y consiguen que sus órdenes reciban acatamiento general, esas órdenes serán, a la corta o a la larga, reconocidas como normas válidas toda vez que los cartabones que hubiesen justificado calificarlas de nulas habrían perdido vigencia por el hecho mismo del triunfo de la revolución.

Tras muchas cavilaciones el doctor K cae en la cuenta de que una pregunta que no admite respuesta sensata es una pregunta insensata, y que a las preguntas insensatas hay que rechazarlas. Piensa que esa es la única actitud que cabe adoptar. Pero cuando se pone a escribir recuerda que sus visitantes le pidieron que fundara su opinión en las enseñanzas de los expertos en Derecho Constitucional. Antes de negarse a responder explicando por qué se rehúsa a hacerlo, el doctor K juzga prudente ver si esos expertos tienen algo útil que decirle a quien se halla en una situación tan fuera de lo común como la situación en que él se encuentra.

#### B) El concepto de poder constituyente originario

¿Qué tipo de ayuda encontraría entre los maestros del Derecho Constitucional aquel que alguna vez tuviera que recurrir a sus textos para evacuar una consulta como la que tanto preocupa a nuestro doctor K?

Los teóricos del Derecho Constitucional le dirían algo así como esto:

1. Las constituciones suelen prever su propia reforma, por lo común mediante un procedimiento *ad hoc* y/o por un órgano *ad hoc*. Tal como existen los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, cada uno de los cuales está constituido por la Constitución como un conjunto limitado de competencias, existe un poder constituyente, igualmente constituido por la Constitución, que sólo puede actuar sujetándose a las formalidades previstas y dentro de la órbita prevista.

2. En expresiones tales como "poder legislativo" y "poder ejecutivo", la palabra "poder" designa, unas veces, un conjunto de competencias o atribuciones, y otras, según el contexto, el órgano titular de ellas. Lo mismo ocurre con la palabra "poder" cuando hablamos del poder constituyente constituido por la Constitución.

3. El poder constituyente constituido por la Constitución es una criatura de ésta, como lo son los otros poderes (el legislativo, el ejecutivo, el judicial). Por eso los teóricos del Derecho Constitucional lo llaman "poder constituyente derivado" y lo contraponen a lo que llaman "poder constituyente originario". El concepto de poder constituyente originario no designa a una criatura de la Constitución, sino al creador de ella, o bien al ilimitado conjunto de competencias supremas ejercidas al crearla.

4. El poder constituyente originario es inicial, autónomo e incondicionado. Es inicial porque por encima de él no hay, ni en los hechos ni en el derecho, ningún otro poder. Su autonomía no es sino el corolario de su carácter inicial. Es incondicionado, pues en su cometido no se subordina a ninguna regla de fondo ni de forma (Burdeau, *Traité de Science Politique*, t. III, p. 174).

5. El poder constituyente originario está siempre fuera del orden jurídico. Su naturaleza misma es la insubordinación. Aparece en su plenitud en los períodos de crisis, cuando la colectividad desborda los cuadros políticos y sociales de manera revolucionaria (Burdeau, ob. cit., t. III, ps. 171, 172, 173 y 174).

6. El poder constituyente originario "no tiene más que un

rostro, aquel bajo el cual se revela con independencia de todo ordenamiento estatal" (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 203). Si hubiéramos de elaborar un *identi-kit* de ese rostro único, tendríamos que tener en cuenta los siguientes rasgos o facciones, que son los que le asignan quienes lo describen (o, mejor dicho, quienes creen estar describiendo algo):

— Es —como ya señalamos— inicial, autónomo e incondicionado;

— Es por naturaleza insubordinado;

— Es unitario, indivisible y absolutamente libre (Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 88; Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, p. 148);

— Es el que, siendo informe, forma todas las formas (Schmitt, ob. cit., p. 91);

— Es la autoridad suprema, libre de toda formalidad, que se funda sobre sí misma y en sí misma (Xifra Heras, ob. y lugar citados);

— Su fuerza vital y su energía es inagotable (Schmitt, ob. cit., p. 95);

— Es una facultad omnímoda e incontrolable (Imaz, *El poder Constituyente*, LL, t. 82, p. 971).

7. Estas letanías no agotan la caracterización del poder constituyente originario; la lista de ellas podría ser mucho más larga. Se trata de que entendamos que es (o posee) una competencia anterior a toda normación y que esa competencia es ilimitada o total. El uso típico del concepto "poder constituyente originario", aunque no el único, es el de legitimar o justificar la creación revolucionaria de normas constitucionales.

8. Frente al poder constituyente originario, cuyo "rostro único" acabamos de caracterizar con la ayuda de los expertos en Derecho Constitucional, se yergue —más bien habría que decir, se prosterna— el poder constituyente derivado. Esto es, el

poder de revisión constitucional establecido y reglamentado por la Constitución misma. ¿Cómo es caracterizado este último poder? Las cosas que de él se dicen son de este tipo:

— Es una "forma benigna" del verdadero poder constituyente (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 172);

— Es "un artificio imaginado para reemplazar, en la medida de lo posible, el poder constituyente espontáneo" (Burdeau, ob. y lugar citados);

— No tiene valor en sí; sólo vale en la medida en que es una expresión, parcial e imperfecta, del poder constituyente originario (Burdeau, ob. y lugar citados);

— Es una desnaturalización, una parodia, del poder constituyente originario (Burdeau, ob. cit., t. III, ps. 179 y 207);

— Es congénitamente impotente (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 215).

Esta última metáfora —la de la impotencia congénita del poder constituyente derivado— es llevada casi hasta el terreno de la obscenidad cuando se compara a dicho poder, sin apearse de dicha metáfora, con el omnipotente poder constituyente originario. Se llegan a decir, por ejemplo, cosas como éstas: "Se desnaturaliza al poder constituyente incorporándolo en un órgano de revisión, pues, tras haberlo públicamente emasculado, se maneja su ejercicio según las conveniencias del régimen. A medida que el tiempo pasa puede llegarse a creer que la operación ha tenido éxito. Pero llega el día en que Sansón, reencontrando su virilidad, rompe todas las columnas de cartón que sostenían el edificio constitucional" (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 179).

9. Este lenguaje rico en fuerza alegórica campea en buena parte de los intentos de caracterizar el poder constituyente originario o, para decirlo con sobriedad, de definir la expresión "poder constituyente originario". Se ha dicho, así, que "es un poder que no puede localizarse por el legislador, ni formularse por el filósofo; porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las constituciones; si aparece alguna vez, inflama la atmósfe-

ra, hiere a la víctima y se extingue" (Donoso Cortés, *Lecciones de Derecho político*, Madrid, 1836/37, p. 237, citado aprobatoriamente por Xifra Heras, ob. cit., p. 147).

10. El poder constituyente originario, aunque insubordinado, espontáneo e incontrolable, no es, empero, una pura fuerza, algo a-jurídico. Con la expresión "poder constituyente originario" se pretende hacer referencia, por lo menos en una de las acepciones de esta expresión ambigua, a una serie ilimitada de atribuciones, a una competencia absolutamente primera y total, a una infinita y eterna suma de prerrogativas. Se dice, así, que es la "facultad de acción que deriva del derecho originario de la colectividad a proveer a su organización política y jurídica, estableciendo e imponiendo, como regla obligatoria de conducta, una Constitución. Es un poder esencialmente jurídico que, por su naturaleza, está destinado a producir efectos jurídicos: las normas fundamentales de la vida asociada, sobre las que deberá fundarse el restante ordenamiento del Estado." (Messineo, *Il potere costituyente*, 1946, ps. 11 y 12). Aun quienes prefieren caracterizar el poder constituyente en términos de desnuda voluntad política no pueden evitar atribuirle autoridad; considerarlo "facultado" (Schmitt, ob. cit., p. 125), asignarle el papel de "fundamento de validez" (Schmitt, ob. cit., ps. 86 y 87).

Para algunos, lejos de ser algo a-jurídico, pre-jurídico o meta-jurídico, es nada menos que "el derecho mismo en la espontaneidad de su evolución" (Burdeau, ob. cit., t. III, pág. 172), o "un poder de derecho: el poder a través del cual la idea de derecho se hace reconocer" (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 175).

Para otros es "la facultad propia del pueblo de organizarse políticamente" (Imaz, ob. y lugar citados), la "facultad de la comunidad para instituir la norma fundamental del ordenamiento jurídico" (ídem). Se le atribuyen o reconocen "prerrogativas que no se conciben más que pertenecientes a un poder constituyente verdadero" (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 174); son las "prerrogativas constituyentes" del soberano (Burdeau, ob. cit., ídem), de la "autoridad suprema" (Burdeau, ob. cit. t. III, p. 203). Pero "no es un poder más, coordinado con los otros distintos

poderes. Es la base que abarca todos los otros 'poderes' y 'divisiones de poderes'" (Schmitt, ob. cit., p. 88).

Este poder constituyente originario, como lo sugiere la última transcripción, tiene ciertas características muy peculiares que lo distinguen radicalmente de los poderes constituidos. No sólo se distingue de ellos por la ausencia de condicionamiento previo de sus prerrogativas y por el carácter ilimitado y total de éstas. También se distingue de ellos por lo que los teóricos llaman su "eficacia actual". Es importante recordar, para algunas cosas que veremos más adelante, qué se quiere significar con esto de la "eficacia actual".

Decir que el poder constituyente posee eficacia actual significa que "debe consistir en una fuerza histórica efectiva, apta para realizar los fines que se propone". Más claramente: "no basta con la justificación trascendente para la creación de un orden nuevo; es preciso, además, que quien invoque este derecho esté en condiciones, por razón de la fuerza de que dispone, o de la autoridad de que se halla investido, de realizar esta creación del orden frente a fuerzas que pueden oponérsele". "La mera formulación de un nuevo orden o el propósito revolucionario de realizarlo que no entre en vías de eficacia de cumplimiento, o el intento frustrado de cumplir esa transformación, aun cuando la revolución haya sido dueña por un espacio más o menos prolongado de un poder efectivo, no son suficientes para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente. Es preciso la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto creando un orden nuevo" (Sánchez Agesta, *Principios de teoría política*, ps. 330 y 331; Xifra Heras, ob. cit., t. I, p. 149).

Es por eso que el titular del poder constituyente "no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente *quien puede*, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden" (Sánchez Agesta, ob. cit., p. 332). Por eso es que "el éxito de conquista y realización puede decirse que es la piedra de toque en que se contrasta esa calidad" —la de ser el poder constituyente originario (Sánchez Agesta, ob. cit., p. 331).



Por eso, finalmente, es que se lo define como "la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo", y se dice que "está siempre en estado de naturaleza" (Schmitt, ob. cit., ps. 86 y 91).

Conviene recordar todas estas cosas, referidas a la característica del poder constituyente originario que algunos llaman "eficacia actual", porque ellas empiezan a mostrarnos que, para decirlo en el estilo que parece ser *de rigueur* cuando uno habla de estas cosas, el poder constituyente no tiene el "rostro único" que las recordadas letanías describen y exaltan, sino que tiene por lo menos dos: uno que se asemeja a la fisonomía noble y animosa del doctor Jekyll y otro que recuerda la faz torva y amenazadora de mister Hyde.

Pero dejemos las críticas para más adelante. Para concluir con esta parte de la exposición señalemos que, con el concepto "poder constituyente originario", caracterizado en la forma que acabamos de ver, se pretende justificar —y no simplemente explicar— la asunción y el ejercicio de supuestas prerrogativas de reforma constitucional por vías distintas de las que la Constitución autoriza y con independencia de las limitaciones que ella fija. Desde este punto de vista, pues, en toda revolución exitosa hay que ver el ejercicio de la ilimitada competencia de ese poder constituyente inicial, autónomo, incondicionado, chúcaro, cerril, montaraz, bagual, zafado, cimarrón, indómito y bravío.

Desde ese punto de vista la validez de las normas constitucionales creadas revolucionariamente está dada por la competencia inalienable e infinita de que goza el titular de ese poder o en que ese poder esencialmente consiste. Pero el titular de ese poder no goza de él porque haya una norma o un conjunto de normas que previamente se lo han conferido; goza de él porque puede llevar a la práctica lo que quiere. Esto es, porque es de hecho capaz de adoptar decisiones a la vez globales y concretas acerca de los modos de existencia de la comunidad política.

### C) Crítica del concepto de "poder constituyente originario"

En lo que sigue formularé una crítica resumida del concepto "poder constituyente originario", tal como se lo usa en los contextos de justificación que acabo de indicar. Me propongo mostrar cómo y por qué al usar esa noción, tal como se la usa y para lo que se la usa, se intenta llevar a cabo una empresa insensata. A saber, querer hablar normativamente más allá de los límites externos del lenguaje normativo.

1. *El concepto de poder constituyente originario en la teoría constitucional y el concepto de Dios en la filosofía de Spinoza.* El *identi-kit* del rostro del poder constituyente originario, que elaboramos más arriba con ayuda de las "descripciones" de los expertos en Derecho Constitucional, recuerda vívidamente al que podríamos elaborar sobre la base de los atributos que en la filosofía de Spinoza se asignan a Dios<sup>2</sup>.

Para Spinoza el concepto "Dios" (o "Naturaleza") designa una sustancia única que es y tiene que ser indeterminada desde afuera de sí misma, ilimitada e infinita. Dios es absolutamente libre.

"'Dios' (o 'Naturaleza') es el inevitable nombre de la única, infinita y omnicomprensiva sustancia. Es libre y existe por la mera necesidad de su propia naturaleza y está determinado en sus acciones únicamente por sí mismo"<sup>3</sup>.

"Dios (o la Naturaleza) es eterno, auto-creador y auto-creado, posee atributos infinitos y es libre en el sentido de que actúa meramente con arreglo a las necesarias leyes de su propia naturaleza"<sup>4</sup>. Sólo Dios (o la Naturaleza) es absolutamente libre.

Sin embargo, Spinoza distingue entre a) la Naturaleza en cuanto se crea a sí misma y despliega sus poderes esenciales en sus infinitos atributos (*Natura naturans*), y b) el sistema de lo creado, como sistema establecido (*Natura naturata*)<sup>5</sup>.

2 Cfr. Spinoza, *Ética*, especialmente definiciones 6 y 7; Propositiones 11 y 13; corolarios de la Proposición 16; Propositiones 17, 18 y 19.

3 Hampshire, *Spinoza*, Penguin, p. 39.

4 Hampshire, ob. cit., p. 48.

5 Hampshire, ob. cit., p. 46.



Son manifiestas las analogías que hay entre el concepto de poder constituyente originario de los constitucionalistas y el concepto de Dios (o Naturaleza) de Spinoza. El poder constituyente originario sería algo así como la *Natura naturans* jurídica y los poderes constituidos, junto con las normas creadas por ellos, serían algo así como la *Natura naturata* del derecho. Aquí se hace obligatoria una comparación. Las abstractas especulaciones sobre el Universo, à la Spinoza, que constituyeron el trasfondo de la investigación científica en la infancia de la ciencia experimental, han sido desechadas una por una por el conocimiento científico<sup>6</sup>. Éste no se satisface con enunciados que pretenden decirnos algo acerca de la textura del Universo y que no son refutables por la experiencia. El *analogon* jurídico del concepto spinoziano de Dios (o Naturaleza), esto es, el concepto de poder constituyente originario, en cambio, sigue ocupando hasta hoy un lugar de prominencia en la teoría del Derecho Constitucional y se recurre a él con la pretensión de elucidar cuestiones que preocupan a los teóricos del derecho y con la pretensión de justificar prescripciones que afectan a vastas comunidades de seres humanos.

2. *El concepto de poder constituyente originario como idea de la razón.* Kant sostuvo que los hombres nos sentimos "compelidos a formarnos la idea de una super-realidad ilimitada que corresponde a la suma de todas las posibilidades que en los individuos concretos se dan como limitadas"<sup>7</sup>. Pretendemos concebir esa ilimitada super-realidad para atribuirle la función de fuente o fundamento último de aquellas posibilidades limitadas<sup>8</sup>. Ese pseudo-concepto es una idea reguladora de nuestro conocimiento y no es, ni puede ser, un objeto del mismo. Es una idea forjada por la razón en procura de alcanzar una meta inalcanzable: la unidad sistemática total de nuestro conocimiento<sup>9</sup>.

Ese afán por alcanzar lo incondicionado nos compele a pretender zafarnos mentalmente, por decirlo así, de la cadena cau-

6 Hampshire, *ob. cit.*, p. 15.

7 Strawson, *The Bounds of Sense*, Methuen and Co. Ltd., p. 222.

8 Strawson, *ob. y lugar citados*.

9 Strawson, *ob. cit.*, p. 227.

sal. La categoría de causa conecta una existencia empírica a otra en una serie que no tiene principio ni fin. Es también una idea de la razón que nos lleva a postular la existencia de Algo que no ha sido causado, sino que es causa de sí mismo y causa mediata de todo lo que existe. Ese algo no pertenece al mundo de la causalidad, que es el mundo de nuestros sentidos. Está fuera de él<sup>10</sup>.

Kant sostuvo que al comportarnos de esa manera, al presentar como objetos del conocimiento lo que no es otra cosa que ideas reguladoras de la razón, incurrimos en un grave pecado que frustra necesariamente nuestros esfuerzos. Cuando, por ejemplo, nos empeñamos en usar el principio de causalidad más allá del mundo de los sentidos, lo queremos usar más allá del campo en que el concepto de la causa opera significativamente, porque ese concepto sólo permite pasar de una existencia empírica a otra, en el mundo de los fenómenos, pero no permite saltar a este mundo desde un reino noumenal.

La filosofía contemporánea de orientación lingüística condena, como Kant, los intentos de llevar el lenguaje más allá de los límites dentro de los cuales puede funcionar significativamente. Cuando se trasponen esos límites —para repetir una metáfora afortunada— el lenguaje sale de vacaciones y empieza a operar locamente como si fuera una turbina que girase fuera de sus engranajes.

El uso del concepto de poder constituyente originario para justificar la reforma revolucionaria de normas constitucionales importa la pretensión de llevar el concepto normativo de competencia (en el sentido de "potestad" o de "atribución") más allá de los límites dentro de los cuales este último concepto puede ser usado informativamente o servir realmente de justificación. Cuando para justificar o convalidar una reforma de la Constitución impuesta por la fuerza se habla de la "competencia inicial e ilimitada" del titular del poder constituyente llamado "originario" se dice algo que carece de sentido. Un sujeto jurídico dotado de una competencia total e ilimitada es tan inconcebible como un objeto que tuviera todas las propiedades posibles.

10 Strawson, *ob. cit.*, p. 223.

El concepto de "competencia" funciona informativamente dentro de un orden normativo cuya existencia es presupuesta al afirmar que alguien tiene una competencia. Además, ese concepto funciona informativamente en contraste, por decirlo así, con un trasfondo de incompetencias. Toda competencia deriva de una regla o conjunto de reglas que al conferir la competencia excluyen al mismo tiempo aquellas cosas para las que no se otorga competencia. La idea de una competencia sin reglas de las que derive es algo así como la de un hijo sin padres, y la idea de una competencia total es algo así como la de una relación de parentesco total.

Usar el concepto de competencia fuera de esas condiciones —esto es, para referirse a una supuesta competencia ilimitada y total— es usar el concepto de competencia más allá de los límites dentro de los cuales ese concepto puede integrar expresiones lingüísticas usadas "en serio" con fuerza informativa, prescriptiva, justificativa, etc., según sea el acto lingüístico de que se trate.

3. *El concepto de poder constituyente originario y el requisito de la llamada "eficacia actual"*. El concepto de poder constituyente originario se apoya al máximo en la ambigüedad de la palabra "poder". A veces esta palabra quiere decir "potestad" (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir "fuerza" (potencia, poderío, dominio, dominación, etcétera).

Tal como se usa el concepto de poder constituyente originario, su uso parece querer apoyarse a la vez en esas dos acepciones distintas de la palabra "poder". En ese sentido es un concepto híbrido, mestizo; un concepto Jekyll-Hyde. Los autores no suelen advertir los problemas de tipo conceptual que trae aparejados el manejo de un concepto de esas características, y creen haber identificado, con ayuda de él, una entidad, el poder constituyente, al que le asignan una "naturaleza híbrida" (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 171), cuando en realidad todo se origina en el carácter ambiguo de la palabra "poder" y en su uso híbrido en la expresión "poder constituyente". Hablan así de la "co-

existencia de dos aspectos del poder constituyente" (Burdeau, ob. cit., t. III, p. 172), cuando con más sobriedad debieran hablar de la coexistencia de dos significados de la palabra "poder" en la expresión "poder constituyente". Dicen que el poder constituyente originario "opone una resistencia insuperable a ser integrado en su plenitud en un organismo constituido" (Burdeau ob. cit., t. III, ps. 208 y 209) cuando con sobriedad debieran decir que el concepto "poder constituyente originario" es, por definición, no reducible al concepto "poder constituyente derivado", etcétera.

La sistemática ambigüedad de la expresión "poder constituyente originario" hace que ella quiera decir a veces "facultad o potestad suprema" y otras veces "fuerza política o poderío político supremos". Esa sistemática ambigüedad explica el intento de superponer ambas acepciones con la pretensión de aislar o identificar, mediante dicha expresión, un supuesto sujeto o entidad que —se dice— tiene atribuciones supremas e ilimitadas para dictar normas y, a la vez, fuerza suficiente para hacerlas acatar. De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza y sólo hay otro paso más a sostener que decir que ese sujeto tiene las atribuciones significa lo mismo que decir que tiene la fuerza.

A esta altura se justifica recordar lo manifestado anteriormente acerca de la llamada característica de "eficacia actual" que se predica del poder constituyente originario. "Titular del poder constituyente... no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino más simplemente *quien puede...*" "Para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente" es necesaria "la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto creando un orden nuevo" (Sánchez Agesta, ob. cit., p. 330, 332).

Si para saber si estamos o no en presencia de un acto del poder constituyente originario, de un ejercicio de su incondicionada e ilimitada competencia, hace falta la plena consumación del hecho, los enunciados que afirman que algo es (ha sido) una manifestación o ejercicio del poder constituyente originario sólo pueden referirse al pasado. Hay que esperar a que la revolución

tenga éxito para poder decir que, al instaurar un nuevo gobierno y, en su caso, reformar la Constitución, los revolucionarios ejercieron el poder constituyente originario o, lo que es lo mismo, realizaron actos y dictaron normas en ejercicio de competencias o prerrogativas propias de dicho poder.

Dentro de esta línea de pensamiento, la fuerza o el papel legitimador que tiene o cumple la invocación del poder constituyente originario, en tales circunstancias, no parece ser mayor que la fuerza o el papel que tiene o cumple la invocación de la voluntad divina en la cuarteta que, con un dejo de desencanto, informa que "vinieron los sarracenos / y nos molieron a palos / que Dios ayuda a los malos / cuando son más que los buenos".

Frente a estos desbordes del lenguaje seudonormativo con los que se pretende legitimar ciertos fenómenos presentándolos como el resultado del ejercicio de competencias conferidas por un orden normativo, es correcto señalar, en son de crítica, que si bien "todos decimos que la lluvia moja... a nadie se le ocurre decir que 'tiene competencia' para mojar"<sup>11</sup>. Pero para que esa crítica se haga cargo del problema en sus adecuadas dimensiones hay que agregar que, porque hemos traspuesto los límites fuera de los cuales el lenguaje normativo cesa de funcionar significativamente, no sólo carece de sentido decir que la lluvia "tiene competencia" para mojar, sino que también carece de sentido decir que la lluvia "no tiene competencia" para ello.

La expresión "si el sujeto X realizó el acto A dicho sujeto tenía atribuciones para hacerlo" sólo puede ser comprendida como una manera de expresar la suma o agregado de estas dos cosas: a) que X sólo realiza un acto cuando está seguro de que tiene atribuciones para hacerlo, y b) que X nunca se equivoca acerca de cuáles son sus atribuciones. Esa oración, en cambio,

11 El ejemplo de la lluvia es de Sebastián Soler. Criticando el dictamen de la Comisión Asesora del Plan Político en un artículo aparecido en "La Nación" del 27 de julio de 1971, dice lo siguiente: "El dictamen no dice simplemente que los gobiernos de facto producen actos revolucionarios, sino que 'tienen competencia' para producirlos. Todos decimos que la lluvia moja, pero a nadie se le ocurre decir que 'tiene competencia' para mojar".

es un sinsentido, si lo que se quiere decir con ella es que todo acto realizado por X, por el mero hecho de ser X quien lo lleva a cabo, es un acto que X tiene atribuciones para hacer. Es un sinsentido porque en esa oración, así "entendida", la palabra "atribuciones" no quiere decir nada.

## V. CONCLUSION

Es fácil explicar por qué los hombres violamos ciertos límites internos del lenguaje normativo y caemos en confusiones del tipo de la que comete, por ejemplo, quien pretende justificar su comportamiento mediante la invocación de algo que, en el mejor de los casos, sólo sirve para excusarlo. Razones de conveniencia personal a veces, o falta de prolijidad conceptual, otras veces, pueden explicar ese fenómeno.

También es relativamente fácil explicar por qué los hombres solemos pasar por alto la ausencia de ciertos presupuestos que condicionan o limitan la aplicabilidad de reglas pertenecientes a ciertas dimensiones del lenguaje normativo, como cuando alguien pretende usar (invocar, seguir, hacer cumplir, etc.) reglas de cortesía en circunstancias en que ellas no están ni pueden estar en juego. Hay formas de estupidez humana, por desgracia no infrecuentes, que se manifiestan en una obstinación en querer usar ciertos tipos de reglas fuera del contexto en que normalmente cumplen el papel que justificó su adopción y coadyuva a justificar su supervivencia.

Algo menos fácil —bastante más difícil y por ello más interesante— es explicar por qué en el lenguaje de la teoría jurídica, que debería ser más riguroso que el lenguaje de todos los hombres y de todos los días, se siguen cometiendo transgresiones tan gruesas a los límites del lenguaje normativo —a los límites externos de él— como las que ejemplifiqué con el uso que los teóricos del derecho constitucional hacen del concepto mestizo de poder constituyente originario.

Tal vez sea útil terminar esta monografía con un intento, sin duda insuficiente, de ofrecer un ensayo de respuesta a este último problema. Hubiese sido más satisfactorio apuntar a una

respuesta de alcance general, que explicase el por qué de otros desafueros lingüísticos semejantes perpetrados por los teóricos del derecho, pero yo no me animo a llevar a cabo esa empresa, y, aunque juntara coraje y me animase, el contexto de este trabajo no sería suficientemente amplio como para alojarla. Es por eso que mi intento de explicación estará específicamente referido al concepto de poder constituyente originario, con el que tenemos ya cierta familiaridad de trato.

1. El concepto de poder constituyente originario no es una herramienta útil para la teoría constitucional toda vez que su uso en expresiones normativas o, mejor dicho, pseudo-normativas, nos lleva más allá de aquellos límites traspuestos los cuales este tipo de lenguaje cesa de operar con significado. Lejos de ser una herramienta teórica útil es un factor de confusión.

2. La noción de poder constituyente originario responde a una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo incondicionado. En este caso lo que se busca es una fuente única, ilimitada y suprema de toda normación jurídica y de toda justificación jurídica. Tal fuente, si la hay, está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento y de expresión. De allí las interminables letanías, el lenguaje coloridamente alegórico, los reiterados sinsentidos.

3. El concepto de poder constituyente originario, aunque desprovisto de utilidad teórica, tiene en cambio una vital *importancia práctica*. Si se lo conecta con la idea de que no hay otro titular del poder constituyente que el pueblo —y esa es una creencia de difundido arraigo a esta altura de nuestro siglo—, el concepto en cuestión, con toda la carga emotiva que le es propia, integra un cuadro o pintura de la organización social apto para promover la ideología democrática y para mover a los hombres a defenderla.

En relación con esto me parece necesario, para concluir, agregar estas dos cosas.

Primero. El principio del gobierno de la mayoría puede conducir a la intolerable opresión de las minorías y de los individuos, si se lo exalta al plano de un principio absoluto y no se lo mitiga

o modera con un método eficaz de protección de los derechos humanos. La postulación de la entidad "poder constituyente originario", a la que se asignan los atributos de ilimitación y omnipotencia, no favorece, precisamente, esa indispensable moderación.

Segundo. Una vez que el principio del gobierno de la mayoría se complementa con los dispositivos apropiados para tutelar a las minorías y a los derechos fundamentales de los seres humanos individualmente considerados, la ideología resultante de aquel principio y del principio paralelo que reclama la adopción de tales dispositivos, puede ser adecuadamente defendida y difundida sin necesidad de echar mano de una noción tan confusa e inasible como el concepto de poder constituyente originario.

## SEGUNDA PARTE

### NOTAS Y COMENTARIOS \*

#### I. LA EXPLORACION DE LOS LIMITES DEL LENGUAJE COMO TAREA DE UNA FILOSOFIA CRITICA

En el prólogo de su *Tractatus Logico-Philosophicus* dice Wittgenstein: "El libro, por lo tanto, trazará un límite al pensamiento o, más bien, no al pensamiento sino a la expresión de pensamientos; porque para trazar un límite al pensamiento tendríamos que poder pensar a ambos lados de ese límite (tendríamos que poder, en consecuencia, pensar lo que no puede ser pensado). El límite, pues, sólo puede ser trazado en el lenguaje, y lo que se encuentra del otro lado del límite será, simplemente, un sinsentido".

Y en la proposición 4.0031 afirma: "Toda la filosofía es crítica del lenguaje".

No conozco una exposición más lúcida de las líneas generales y fases de la filosofía (o las filosofías) de Wittgenstein que la que hace David Pears en su breve y sustancioso libro *Wittgenstein* (Fontana - Collins, Londres, 1971). Salvo indicación en contrario las transcripciones que aparecen en esta nota y en la siguiente corresponden a esa obra.

a) Es común ver dos etapas agudamente diferenciadas, si no contrapuestas, en el pensamiento filosófico de Wittgenstein. La

\* Las notas y observaciones que siguen están referidas al texto precedente. Las dos primeras son de alcance general. Respecto de las restantes se indica cuáles son los pasajes con los que están particularmente conectadas.



primera tiene como exponente el *Tractatus* (publicado en 1921); la segunda, las reflexiones contenidas en su obra póstuma *Philosophical Investigations* (publicada en 1953). Esta última suele ser considerada —o solía serlo— como una refutación del *Tractatus*. Cualquiera que sea el grado de verdad o de exageración que hay en ese modo de apreciar los cambios operados en su filosofía, es correcto decir que “en ambos períodos su objetivo fue comprender la estructura y los límites del pensamiento. Como Kant, Wittgenstein creía que los filósofos, a menudo y sin proponérselo, trasponen esos límites y se pierden en un tipo de sinsentido de noble aspecto, que parece expresar pensamientos genuinos pero en realidad no lo hace. Quería descubrir la ubicación exacta de la línea que separa el sentido y el sinsentido, de modo que los hombres pudiéramos darnos cuenta de que hemos llegado a ella y detenernos. Esa es la cara negativa de su filosofía y es la que provoca la primera impresión en sus lectores, que suele ser también la más profunda. Pero esa filosofía tiene otra cara, más positiva. La finalidad que este autor persiguió no fue simplemente dar instrucciones destinadas a evitar que los hombres tratemos de decir lo que no se puede decir con palabras, también procuró entender la estructura de lo que puede decirse con ellas. Creyó que la única manera de llegar a entender eso es explorar los límites, porque los límites y la estructura tienen un origen común. La naturaleza del lenguaje dicta tanto lo que podemos como lo que no podemos hacer con él. Todas las doctrinas de Wittgenstein están relacionadas con su idea de que el lenguaje tiene límites impuestos por su estructura interna” (p. 12).

“Por debajo de los cambios en los puntos de vista de Wittgenstein hay mucho que permaneció constante. Lo más obvio y quizá lo más importante fue su concepción general acerca de la filosofía. Porque siguió considerándola como una crítica del lenguaje, preocupada por ver los límites de lo que puede ser dicho con sentido” (Pears, David, *Wittgenstein and Austin*, en “British Analytical Philosophy”, Ed. Bernard Williams y Alan Montefiore, Routledge y Kegan Paul, Londres, 1966, ps. 17, 40. El pasaje transcrito está en la p. 37).

b) Lo que tiene de común la empresa filosófica de Wittgenstein a lo largo de sus dos etapas permite ver sus semejanzas con la filosofía de Kant, en lo concerniente a los objetivos de una y otra. Tal similitud ha sido puesta de manifiesto muchas veces (véase, por ejemplo, Erik Stenius, *Wittgenstein's Tractatus*, Blackwell, Oxford, 1960, cap. XI, ps. 214, 230): “Wittgenstein como filósofo kantiano”. La filosofía lingüística es una filosofía crítica; en ella el pensamiento se vuelve sobre sí mismo para examinar sus límites y su estructura. “Cuando el pensamiento gira y se examina a sí mismo, ¿dónde comienza la investigación?”. “Hay dos formas en las que los datos por investigar pueden ser presentados. Pueden ser presentados en forma psicológica, como ideas, pensamientos y modos de pensamientos; o pueden ser presentados en forma lingüística, como palabras, oraciones y tipos de discurso. La crítica de Kant comienza por datos del primer tipo, y la segunda ola de filosofía crítica, el movimiento lógico-analítico de este siglo, comienza con datos del segundo tipo” (ps. 27 y 28). La contribución filosófica de Wittgenstein, tanto la del *Tractatus* como la de *Philosophical Investigations* pertenece a esa “segunda ola de filosofía crítica”.

Para Kant “la metafísica especulativa solamente examina las sombras de sus propias ideas en el vacío, porque las proyecta demasiado lejos y, por lo tanto, sobre nada. Pero el pensamiento ordinario acerca de hechos y la ciencia usan una clase diferente de proyección. Operan dentro de los límites de la experiencia posible y por ello tienen algo sobre lo cual proyectar sus ideas. Tienen lo que está dado por la experiencia”. “Cuando transportamos esa distinción a nuestro siglo y la aplicamos a la filosofía lingüística, obtenemos un resultado aproximadamente similar. Si las palabras se aplican a un material genuino y apropiado, tienen sentido; de lo contrario, como dice Wittgenstein, son engranajes ociosos en la máquina” (p. 32).

## II. LÍMITES INTERNOS Y LÍMITES EXTERNOS DEL LENGUAJE

a) Cuando en el *Tractatus* Wittgenstein “habla de los límites del lenguaje, se refiere a los límites del lenguaje que des-



cribe hechos o lenguaje fáctico (*factual language*), y los problemas filosóficos que tiene *in mente* están planteados, como casi siempre lo están, en términos que no los distinguen claramente de los problemas fácticos. Su primera tesis es que esos problemas filosóficos se resuelven mediante una crítica del lenguaje que fije los límites del discurso fáctico" (p. 55).

b) En *Philosophical Investigations*, la tarea de Wittgenstein sigue siendo "explorar el límite del lenguaje, pero había llegado a adoptar un punto de vista distinto acerca de lo que esta tarea supone. Ya no espera que el límite sea una línea continua. Porque el discurso fáctico ya no ocupa un lugar de privilegio en el tablero de dibujo, y cuando Wittgenstein se concentra en él, descubre que en realidad su rica variedad de formas diferentes no puede ser derivada de una única esencia" (p. 95).

Wittgenstein vio que su tarea, tal como la concebía ahora, era relacionar las múltiples subdivisiones del lenguaje lógico "una con otra, trazando la red de líneas que hay entre ellas. Puede parecer que esta tarea es completamente distinta de la que se había propuesto llevar a cabo en el *Tractatus* y que sólo la imaginación nos hace creer que se trata de una distinta manera de concebir la misma tarea. Porque ¿de qué manera esta filigrana de líneas se asemeja a la línea continua del *Tractatus*? Ciertamente, la línea del *Tractatus* fue concebida como el límite externo del lenguaje, fuera del cual no hay nada, mientras que las nuevas líneas marcan subdivisiones internas" (p. 96).

c) Comparemos las preguntas "¿Podría A haber tenido la misma sensación que ahora tiene B?" y "¿Podría A haber tenido el mismo automóvil que ahora tiene B?". "Un automóvil puede ser identificado cuando sale de la fábrica y es cosa contingente que luego lo compre A o B, y si lo compra B es otra cosa contingente que en lugar de B lo hubiera podido comprar A". "Pero la adscripción de sensaciones y la identificación de ellas no operan así; es por eso que no podríamos dar a la pregunta relativa a la sensación de B un alcance y sentido generales iguales a los de la pregunta relativa al automóvil de B. Si tratáramos de hacerlo estaríamos intentando una proeza conceptual imposible: esta-

riamos tratando de cruzar un límite interno entre dos áreas del discurso fáctico sin cruzarlas realmente" (p. 100).

"¿Qué pasa cuando se transgrede un límite?". "En el sistema del *Tractatus*, quien transgrede un límite externo del discurso fáctico produce sinsentido fáctico. De modo semejante, la idea que está detrás de la nueva filosofía es que quien transgrede uno de sus límites internos produce sinsentido fáctico" (p. 101).

d) El uso de las expresiones "límites externos" y "límites internos" que, en relación con el lenguaje normativo, hago en el texto, está sugerido por los pasajes de Pears que acabo de transcribir.

### III. EXCUSA Y JUSTIFICACION (AP. II, PAGS. 238, 239)

"Resulta claro, por lo tanto, que la responsabilidad jurídica no queda necesariamente excluida por la demostración de que el acusado no podía haber observado la norma que transgredió; por el contrario, en el campo de la moral 'no pude evitarlo' es siempre una excusa, y la obligación moral sería totalmente diferente de lo que es si el 'deber' moral no implicara, en este sentido, un 'poder'. Es importante, sin embargo, advertir que 'no pudo evitarlo' es sólo una excusa (aunque una buena excusa), y distinguir entre excusa y justificación; porque, como hemos dicho, la pretensión de que la moral no prescribe conducta externa reposa en una confusión entre estas dos ideas. Si las buenas intenciones fueran una justificación para hacer lo que las reglas morales prohíben, nada habría que lamentar en la acción de un hombre que accidentalmente, y a pesar de haber tomado todas las precauciones, ha matado a otro. Consideramos esto del mismo modo que consideramos la muerte de un hombre por otro en legítima defensa. La última está *justificada*, porque matar en tales circunstancias es un tipo de conducta que el sistema no tiene interés en impedir y hasta puede estimular, aunque por supuesto es una excepción a la prohibición general de matar. Cuan-

do alguien es *excusado* porque ha transgredido una norma sin intención, la concepción moral subyacente no es que esta acción es del tipo de aquellas que el derecho permite o incluso acoge favorablemente; lo que ocurre es que cuando investigamos las condiciones mentales del transgresor concreto, nos encontramos con que no tenía la capacidad normal para ajustar su conducta a las exigencias del derecho. Por ello es que este aspecto del 'carácter interno' de la moral no significa que ésta no es una forma de control de la conducta externa, sino solamente que es condición necesaria de la responsabilidad moral que el individuo tenga un cierto tipo de control sobre su conducta. Aun en el campo moral hay una diferencia entre 'X no hizo nada malo' y 'X no pudo evitar hacer lo que hizo' (Hart, *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, ps. 221-222).

El ejemplo del texto procura subrayar la diferencia que hay entre justificarse y excusarse, y sobre todo, el absurdo que produce quien pretende justificarse usando una excusa. Tal situación absurda o ridícula configura una forma de sinsentido, muy particular. "El continuo descubrimiento de nuevos tipos de sinsentido ha sido en conjunto beneficioso, por poco sistemática que haya sido la clasificación de ellos, y por misteriosa que haya seguido siendo su explicación" (Austin, J. L., *Palabras y acciones*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Paidós, Buenos Aires, 1971, p. 42).

#### IV. IMPLICACION CONTEXTUAL

(AP. III, PAG. 240)

a) "Las nociones de presuposición y de implicación contextual, que compararemos y contraponemos a continuación, han llegado a desempeñar papeles de creciente prominencia en la literatura filosófica del mundo de habla inglesa en los últimos veinticinco años. Este desarrollo no es accidental; surge del énfasis que nuestro siglo ha puesto en el análisis como modo de indagación filosófica. Las nociones de presuposición y de implicación contextual desempeñan, dentro de esta orientación general, papeles a la vez negativos y positivos. Negativamente, son herra-

mientas que los pensadores contemporáneos utilizan para minimizar la tendencia de los filósofos, y de otras personas dedicadas a la reflexión, a ver el mundo a la luz de modelos conceptuales simplistas. Positivamente, funcionan como instrumentos para la disección y comprensión última de ciertas actividades humanas, especialmente aquellas que suponen los esfuerzos de los seres humanos por comunicarse entre sí, como ocurre al prometer, aseverar, decir, dar a entender. Algunos filósofos piensan que esos esfuerzos se ven dificultados u obstruidos por la tendencia natural de las personas dadas a la reflexión a subsumir tales actividades bajo descripciones excesivamente simples. Recurrir a las nociones de presuposición y de implicación contextual ha servido así para ampliar —y al mismo tiempo para hacer más precisas— nuestras concepciones de las circunstancias en que tiene lugar la comunicación entre los hombres" (Avrum Stroll, en "The Encyclopedia of Philosophy", editor general Paul Edwards, The Macmillan Company and The Free Press, Nueva York, 1967, VI, voz "Presupposing", p. 446).

Tras poner algunos ejemplos de enunciados anómalos del tipo de "Pedro se ha ido, pero yo no lo creo", Stroll se pregunta cuál es la fuente de su naturaleza anómala, dado que ellos no suponen ningún error de tipo lógico o gramatical. Y contesta: "Existe hoy acuerdo general de que la extrañeza que experimentamos al oír oraciones de ese tipo surge de una disparidad entre las condiciones que damos por sentado que están satisfechas siempre que alguien trata de comunicarse con otro, por un lado, y las expresiones que, esperamos, se emplearán en tales circunstancias, por otro. En efecto, esto es decir que ciertos supuestos, o presuposiciones, que los seres humanos que se comunican entre sí hacen en el intercambio verbal de todos los días y que forman así el fundamento de tal intercambio, no se dan en las circunstancias o han sido violados".

"Hablar de presuposiciones y hablar de lo que está contextualmente implicado por las palabras de alguien que dice algo, tienen así en común una referencia al trasfondo de condiciones que normalmente esperamos que estén presentes cuando emitimos una expresión lingüística".

"La presuposición y la implicación contextual pueden ser concebidas como elementos que forman parte del trasfondo de la situación esto es, como factores que permanecen implícitos a menos que se los haga explícitos, pero que no obstante ello son factores esenciales en la comunicación. Parte de la tarea que tiene frente a sí el estudioso de la lógica informal es especificar cuáles son esas condiciones, de qué modo hacen su contribución al trasfondo que posibilita la comunicación, y qué tipos de relaciones existen entre ellos, por una parte, y, por la otra, las expresiones que ocupan el primer plano durante la transmisión de la información".

"El de presuposición es un concepto que se refiere a aquellas condiciones que deben satisfacerse para que una expresión pueda ser un enunciado, o si 'enunciado' se define de manera tal que los enunciados tienen que ser necesariamente verdaderos o falsos (...) entonces el concepto de presuposición se aplica a aquellas condiciones que tienen que estar satisfechas para que un enunciado sea verdadero o falso. El de implicación contextual, por otra parte, es un concepto que se aplica a aquellas condiciones que deben hallarse satisfechas para que una expresión lingüística pueda ser tenida por 'normal' en las circunstancias en que es emitida..." (Avrum Stroll, ob. y lugar citados, pág. 447).

b) Sobre las presuposiciones e implicaciones contextuales de actos lingüísticos que no consisten (simplemente) en aseverar algo, confróntese J. L. Austin (ob. cit., cap. IV).

c) Sobre las presuposiciones e implicaciones contextuales del uso eficaz, "en serio", de ciertos enunciados jurídicos típicos, confróntese los siguientes pasajes de Hart (ob. cit., en la nota anterior):

"Tenemos que distinguir entre la ineficacia de una regla particular, que puede o no afectar su validez, y una inobservancia general de las reglas del sistema. Ésta puede ser tan completa y tan prolongada que, si se tratara de un nuevo sistema, diríamos que nunca se estableció como sistema jurídico de un determinado grupo, o si se tratara de un sistema que estuvo esta-

blecido alguna vez diríamos que ha dejado de ser el sistema jurídico del grupo. En uno u otro caso falta el contexto o trasfondo normal para formular cualquier enunciado interno en términos de las reglas del sistema. En tales casos generalmente *carecería de objeto* determinar los derechos y deberes de los particulares por referencia a las reglas primarias del sistema, o determinar la validez de cualquiera de sus reglas por referencia a su regla de reconocimiento. Insistir en aplicar un sistema de reglas que nunca ha sido realmente efectivo, o que ha sido desechado, sería, excepto en circunstancias especiales (...) tan inútil como determinar la marcha de un juego por referencia a una regla de tanteo que nunca fue aceptada o que fue desechada. Se puede decir que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema, *presupone* la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en tal contexto de eficacia general" (ps. 129, 130).

"La verdad del enunciado fáctico externo, que un observador podría recoger, de que el sistema es generalmente eficaz y probablemente seguirá siendo así, se presupone normalmente por quienquiera acepte las reglas y formule un enunciado interno de obligación o validez" (p. 131).

"Lo que queda así sin expresar, forma el trasfondo o contexto normal de los enunciados de validez jurídica, y se dice, por tal razón, que es 'presupuesto' por ellos. Pero es importante ver cuáles son precisamente estas cuestiones presupuestas y no oscurecer su carácter" (p. 135).

Véase también Hart (*Definición y teoría en la ciencia jurídica* en "Derecho y moral: contribuciones a su análisis", trad. de G. R. Carrió, Depalma, 1962). Se dice allí que es obvio que el uso de oraciones tales como "A tiene derecho a que B le pague diez libras" o "A tiene el deber de colocar una baranda de protección alrededor de esta máquina", tácitamente presuponen un trasfondo muy complicado y especial, a saber, la existencia de un sistema jurídico con todo lo que esto implica en cuanto a obediencia general, a la aplicación de sanciones del sistema y a la probabilidad general de que esto habrá de continuar. Pero

aunque esta compleja situación es presupuesta en el uso de estas proposiciones, ellas no afirman que aquella situación existe (p. 104).

d) Para un intento de hacer explícitas algunas presuposiciones o implicaciones contextuales de toda aplicación de normas de derecho positivo, confróntese Fuller, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de G. R. Carrió y L. J. Niilus, Abeledo-Perrot, 1961, ps. 19, 22).

#### V. LOS JURISTAS Y LA FALACIA DENUNCIADA POR HUME

(AP. IV, A, PAG. 241)

a) La falacia que vislumbra el doctor K (p. 32) es una auténtica falacia filosófica. Consiste en derivar una prescripción (*lato sensu*) de premisas puramente descriptivas. "Un error denunciado por Hume pero que se sigue cometiendo con frecuencia es el de argumentar a partir de premisas que sólo contienen palabras descriptivas y [alguna inflexión del verbo] 'ser' como cópula, para arribar a una conclusión que contiene como cópula [alguna inflexión del verbo] 'deber'. Esta es una falacia en sentido estricto: los argumentos de este tipo no pueden ser válidos, pero a menudo se los hace aparecer como plausibles mediante el uso ambiguo de palabras tales como 'razonable', 'adecuado', 'autoridad', 'beneficioso', 'valeroso', 'moderado', 'justo' y 'correcto' y aún la misma palabra 'bueno'. Cualquiera de estas palabras puede ser usada primero en un sentido puramente descriptivo e interpretada luego en un sentido parcialmente descriptivo y prescriptivo" (Mackie, J. L., en "The Encyclopedia of Philosophy", ob. cit. en la nota anterior, vol. "Phalacies", t. 3, ps. 169, 179. El pasaje transcrito está en la p. 178). Esta falacia se vincula con la que, en relación con el análisis de la palabra "bueno", G. E. Moore llamó la "falacia naturalista" (*Principia Ethica*, § 10). Pero es menester ponerse en guardia frente a las cosas distintas que puede querer decir esta expresión (Cf. Rabossi, Eduardo A., *La falacia naturalista*: al-

gunas notas críticas, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", octubre-diciembre 1961, ps. 201-214).

b) Hasta el día de hoy los juristas no son inmunes a la falacia denunciada por Hume (ni, dicho sea de paso, a ninguna otra). Hart muestra un ejemplo interesante, revelador de una manifestación compleja, aunque benigna, de ella. El ejemplo muestra, mejor dicho, un recurso ficticio —e ineficaz— para prevalecerse contra la caída en dicha falacia. Veámoslo: "Quizás una forma de 'error' formalista sea, precisamente, pensar que todo pado dado por un tribunal está cubierto por una regla general que le confiere de antemano la autoridad para darlo, de suerte que sus poderes creadores son *siempre* una forma de potestad legislativa delegada. La verdad puede ser que cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas más fundamentales de la Constitución, ellos *obtienen* que se acepte su autoridad para decidir las después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada" "Pero cuando están en juego cuestiones sociales menos vitales, es posible que se acepte en protestas una pieza muy sorprendente de creación judicial de derecho relativa a las propias fuentes de éste. Cuando tal cosa ocurre, a menudo se dirá *retrospectivamente*, y ello puede parecer genuino, que los tribunales siempre tuvieron la potestad 'inherente' de hacer lo que hicieron. Esta, sin embargo, puede ser una ficción piadosa si la única prueba es que las cosas salieron bien" (*El concepto de derecho*, p. 190).

c) La falacia denunciada por Hume se manifestaría de manera menos benigna en quien razonara así:

1. En la comunidad C, se ha dado el caso de que grupos de hombres, valiéndose de la fuerza, han derrocado presidentes, disuelto legislaturas y destituido jueces.
2. Esos actos han tenido éxito; esto es, quienes llegaron al poder por la fuerza fueron reconocidos como autoridades de la comunidad C, y quienes se vieron de ese modo privados del ejercicio de sus cargos dejaron de ser reconocidos como tales.

*Ergo*: Los grupos de hombres protagonistas de tales actos tenían atribuciones (competencia, prerrogativas, etc.) para llevarlos a cabo; la ejecución de esos actos presupone la facultad (atribución, competencia, etc.) de ejecutarlos.

Puede objetarse, empero, que no hay aquí ninguna falacia del tipo de la que Hume denunció. Si las premisas del razonamiento se formulan en forma correcta —seguiría la objeción— se verá que en ellas aparece una norma. A saber, la norma que establece que cuando una revolución derroca a un gobierno constituido los que llegaron al poder por esa vía *deben* ser considerados autoridades y sus órdenes *deben* ser acatadas, siempre que controlen la situación y sean generalmente obedecidos.

Es más, se puede argüir, con fundamento en la autoridad de Kelsen, que ésta es una norma de derecho positivo: el llamado “principio de efectividad” del derecho internacional público consuetudinario. “Efectivamente, ese derecho internacional contiene una norma que constituye el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales. Por lo tanto, este fundamento se puede encontrar en el derecho internacional positivo. Y por eso mismo tal fundamento es una norma puesta y no una norma simplemente presupuesta. Habitualmente esta norma de derecho internacional se formula diciendo que conforme al derecho internacional general un gobierno que ejerce un control efectivo, independiente de todo otro gobierno, sobre la población que vive en un territorio, constituye el gobierno legítimo y que la población que vive en ese territorio, bajo ese gobierno, forma un Estado en el sentido del derecho internacional sin que haya que considerar si el gobierno en cuestión ejerce ese control efectivo sobre la base de una Constitución que estaba ya en vigor cuando dicho gobierno llegó al poder o si por el contrario, lo ejerce sobre la base de una Constitución establecida revolucionariamente por él. Esta idea se expresa en lenguaje jurídico diciendo que una norma de derecho internacional general habilita a un individuo o a un grupo de individuos, como gobierno legítimo, a dictar y aplicar sobre la base de una Constitución eficaz un orden normativo coactivo. Esta norma legitima así este orden coactivo

como orden jurídico válido para el ámbito territorial de su eficacia efectiva y confiere la calidad de Estado, en el sentido del derecho internacional, a la colectividad que funda ese orden jurídico. Esto, sin tener para nada en cuenta la manera en que el gobierno de que se trata haya llegado al poder, sea de manera legítima con arreglo a una Constitución preexistente sea por vía revolucionaria. Según el derecho internacional ese poder debe ser considerado como un poder *de jure*. Esto significa que el derecho internacional legitima la revolución que ha triunfado al reconocerla como procedimiento creador de derecho” [Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Viena, 1960, cap. V, p. 34, h), ps. 221, 222].

¿Qué más hace falta —proseguiría la objeción— para demostrar que el razonamiento que he criticado no está incurso en la falacia que denunció Hume? La objeción podría reforzarse imaginando el caso de una comunidad en la que las revoluciones y golpes de estado se suceden con cierta frecuencia —cosa que no requiere gran esfuerzo imaginativo— en la que ha llegado a tener vigencia una norma consuetudinaria de rango “superconstitucional” (o, si se prefiere, rango constitucional, como parte de la Constitución en sentido material), que dispone que si un grupo de hombres asume el poder revolucionariamente y consigue que sus órdenes sean obedecidas por la mayoría de los miembros de la comunidad la mayoría de las veces ese grupo de hombres *debe* ser reconocido como autoridad y dichas órdenes *deben* ser obedecidas.

La falla principal de esta posible objeción puede ser resumida como sigue. Al razonar como lo hace, quien formula la objeción usa de manera desviada o aberrante las reglas que invoca. Esto es, las reglas relativas al reconocimiento de nuevos Estados y nuevos gobiernos. Rectamente entendidas, ellas sólo prescriben cómo deben comportarse *los demás* —los otros Estados, los tribunales del propio país, quizá los súbditos de este último— frente a los protagonistas de una revolución triunfante y a las órdenes dictadas por éstos tras el éxito de la revolución. Pero esas reglas en modo alguno confieren competencias (atribuciones, prerrogativas, etc.) para hacer revoluciones. Si uno pretendiera usarlas



como si fueran normas que confieren potestades de ese tipo, tendría que decir que ellas facultan a hacer revoluciones triunfantes, pero no a hacer revoluciones fracasadas. Esto parece tan poco sensato como decir que la "ley de ventaja", en el fútbol, autoriza a los jugadores a cometer *fouls* ineficaces (cf. mi ensayo "Principios jurídicos y positivismo jurídico", págs. 195 y sigtes.).

La siguiente comparación es quizás más esclarecedora, sobre todo si tenemos presente lo dicho en el apartado II del texto. Usar las reglas sobre reconocimiento de nuevos estados o nuevos gobiernos para fundar la conclusión de que los revolucionarios tienen atribuciones para derrocar al gobierno constituido es lo mismo, *mutatis mutandi*, que usar las normas que prescriben cómo debemos comportarnos frente a las sustracciones cometidas por los cleptómanos —no castigarlos, no hacerlos objeto de reproche moral, etc.— para extraer de ellas la conclusión de que los cleptómanos tienen derecho a robar. Claro está que no es así porque haya alguna semejanza entre los revolucionarios y los cleptómanos, sino porque hay semejanzas importantes —de función, no de contenido— entre las reglas que conforman el acto de excusar determinadas acciones humanas y las que conforman el acto de reconocer un gobierno surgido de una revolución.

#### VI. EL CONCEPTO SPINOZIANO DE "DIOS" (O "NATURALEZA") Y SU COMPARACION CON EL CONCEPTO "PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO"

(AP. IV, C, PÁGS. 251 A 252)

Esa comparación no se me ha ocurrido por cierto a mí. La he tomado de Schmitt, quien se ocupa de ella, aunque muy brevemente, en su *Teoría de la Constitución*. Se me ha hecho notar que en uno de sus primeros trabajos Kelsen utilizó el concepto spinoziano de "Dios" (o "naturaleza") para compararlo con la noción de "soberanía".

#### VII. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE SOBERANO DE LA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

(AP. IV, PÁG. 253 y SS.)

Para ver con más claridad algunas de las cosas que se dicen en el texto acerca de las atribuciones, competencias o facultades jurídicas del llamado poder constituyente originario, vale la pena hacer una breve referencia al concepto de soberano de la escuela de jurisprudencia analítica. Es concebible que se quiera ver una analogía entre ese concepto y el de poder constituyente originario que manejan los constitucionalistas. Sin embargo, la comparación entre uno y otro exhibe diferencias significativas. Ellas revelan la contradicción en que caen quienes asignan atribuciones, competencias o facultades *jurídicas* al llamado "poder constituyente originario". Austin no incurre en una contradicción de ese tipo cuando caracteriza su concepto de soberano; por el contrario, la denuncia (esto no excluye, por cierto, que ese concepto exhiba *otras* anomalías).

a) El soberano de Austin, por definición, no está limitado jurídicamente (John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, edición Library of Ideas, Londres, 1954, ps. 253, 76): "Ahora bien, de la esencial nota distintiva de un derecho positivo y de la naturaleza de la soberanía y de toda sociedad política independiente, se sigue que el poder de un monarca propiamente dicho, o el poder de un cuerpo colegiado soberano considerado como tal, no es susceptible de limitación *jurídica*. Un monarca o un cuerpo soberano, limitado por un deber jurídico, estaría sometido a un soberano de jerarquía más alta o superior. Lo que equivale a decir que un monarca, o un cuerpo soberano, limitado por un deber jurídico, sería soberano y no soberano. El poder supremo limitado por el derecho es una lisa y llana contradicción" (Austin, ob. cit., p. 254).

b) Pero decir que el soberano no tiene deberes jurídicos, o que "es absolutamente libre de las trabas del derecho positivo" (Austin, ob. cit., p. 254), no significa en modo alguno atribuirle competencias o facultades jurídicas de carácter ilimitado.

En rigor de verdad, para Austin el soberano no tiene facul-



tad jurídica alguna respecto de sus súbditos, y ello por la misma razón de que no tiene deber jurídico alguno. A saber porque tanto para tener deberes jurídicos como para tener facultades jurídicas hay que estar regido por el derecho positivo y el soberano de Austin, por definición, no lo está.

“Antes de examinar el origen de la sociedad y el gobierno —dice Austin— examinaré brevemente un tópico ligado a la libertad de los soberanos respecto de restricciones políticas o jurídicas. Un gobierno soberano... no tiene facultades jurídicas (*legal rights*)... *contra sus propios súbditos*” (ob. cit., ps. 277, 78); subrayado en el original).

“Toda facultad jurídica es criatura del derecho positivo: corresponde a un deber correlativo impuesto por el derecho positivo sobre una persona o personas distintas de la persona o personas titulares de la facultad. En toda facultad jurídica hay, pues, tres partes: el gobierno soberano... que establece el derecho positivo y que por medio de éste confiere la facultad jurídica e impone el deber correlativo; la persona o personas a quienes se confiere la facultad jurídica; la persona o personas sobre las que se impone el deber o a quienes se dirige el derecho positivo” (ob. cit., ps. 278, 81).

“Un gobierno soberano no puede adquirir facultades jurídicas por medio de prescripciones jurídicas establecidas por él para sus súbditos”. “Quienquiera posee una facultad (divina, jurídica o moral) la ha adquirido mediante la fuerza o el poder de otro; es decir, mediante una prescripción y un deber (propio o impropio) establecidos por esa otra parte sobre una tercera. En consecuencia, si un gobierno soberano tuviera facultades jurídicas sobre sus súbditos, esas facultades serían criaturas de prescripciones jurídicas positivas establecidas para esos súbditos por una tercera persona o cuerpo. Y, como toda prescripción jurídica positiva es impuesta por un gobierno soberano a una persona que le está sometida, esa tercera persona o cuerpo sería soberana en esa comunidad cuyo propio gobierno sería el titular de las facultades jurídicas. Es decir, la comunidad estaría sometida a su soberano propio y estaría también sometida a un soberano que confiere facultades a ese soberano propio, lo que es imposible y absurdo” (Austin, ob. cit., ps. 284, 86).

c) Para atribuir facultades al soberano frente a sus súbditos es necesario, según Austin, buscar sustento en la ley de Dios o en la ley moral, en cuanto estas leyes “en sentido impropio” —así las llama— pueden imponer sobre los súbditos el deber de obedecer al soberano. Pero entonces tales facultades del soberano no son facultades jurídicas (ob. cit., ps. 287, 88).

## VIII. EL LENGUAJE DE LA TEORIA POLITICA

El título de este apartado es la traducción del que lleva un iluminador ensayo de Margaret Mac Donald, publicado en *Essays on Logic and Language - First series* (ed. por A. Flew, Blackwell, Oxford, 1960, ps. 167, 186). De ese trabajo he entresacado las siguientes consideraciones:

a) Expresa la autora que leer los textos clásicos de filosofía política, con mirada crítica, es quedar a la vez fascinado y perplejo por el curioso lenguaje en que están escritos. “Nos encontramos allí con un ‘contrato’ que —se nos previene cuidadosamente— nunca fue celebrado; con un ‘organismo’ desconocido para la biología; con una ‘persona’ superior o un ‘yo’ de jerarquía más elevada con el cual es imposible conversar; con una ‘asociación’ o una ‘corporación’ cuyo objeto es oscuro y que no figura en ninguna de las guías de sociedades. Todas esas descripciones, analogías o figuras han sido aplicadas al Estado”. En esos textos encontramos también “elaboradas discusiones y disputas acerca de si los hombres son ‘naturalmente’ sociales o no; si ‘realmente’ quieren lo que no quieren (...), si la libertad, o la libertad ‘objetiva’, no consiste en verdad en una juiciosa coerción impuesta en interés del orden, etc. Estos extraños usos de palabras ordinarias o comunes tienen un aire genuinamente filosófico”. (p. 167).

b) “Lo que tiene que considerarse también son los efectos prácticos y psicológicos de estos problemas y de sus respuestas. Nadie puede negar que en las cuestiones políticas el sinsentido filosófico puede tener serios efectos. ¿Es esto filosóficamente relevante? Negar que lo es parece reducir el filosofar a un simple

verbalismo escolástico". Ello es así "porque quien no procura entender cómo es que el lenguaje tiene efectos, aun cuando puede ser que no proporcione información, pasa por alto la mitad de la relevancia filosófica de la cuestión y, por ende, hace mala filosofía. La relevancia filosófica de una observación (o la relevancia de una observación que tiene interés filosófico) está conectada, por lo menos en parte, con la causa o razón que lleva a los hombres a continuar formulándola, aunque no pueda ser corroborada ni refutada por prueba empírica alguna. La observación puede ser falsa, puede incluso carecer de significado si la tomamos literalmente, pero los hombres sienten que sirve para algo. Esto parece ser relevante para la comprensión de algunas observaciones filosóficas, si no de todas" (p. 170).

c) Si la diferencia entre los enunciados en que se expresan dos teorías políticas no es empírica, "si ellos no difieren en cuanto a su verdad o falsedad, ¿qué tipo de diferencia hay entre ellas? ¿Cómo pueden tener distintos significados sin diferir en sus consecuencias verificables? ¿Pero cómo es que *en realidad* difieren? Difieren, obviamente, en que representan (o 'pintan') las relaciones políticas con la ayuda de dos imágenes muy distintas" (p. 172).

"Las teorías de los hombres de ciencia ofrecen nueva información acerca de hechos empíricos; también provocan ciertas actitudes emotivas e intelectuales. El lenguaje de los poetas es predominantemente emotivo; el de los filósofos lo es menos, pero ambos guardan relación con ciertos hechos, aunque no una relación como la que la aplicación de una analogía científica supone. Ambos lenguajes, empero, en parte por el uso de ciertas imágenes y metáforas, expresan o destacan, de manera muy vivida, hechos y experiencias que todos conocemos pero que, por alguna razón, parece importante subrayar. No quiero decir que la filosofía es poesía (inferior) y no (pseudo) ciencia, porque no es una cosa ni la otra, sino filosofía. Pero cuando se examinan teorías filosóficas, y en particular teorías políticas, a veces es útil darse cuenta de cuán distintas son las teorías científicas, en algunos aspectos, y cómo se asemejan, en otros, a las obras de los poetas" (p. 176).

d) Cuando con ilimitada generalidad los teóricos de la política se preguntan, por ejemplo, "¿por qué he de obedecer las leyes?" sin precisar de qué leyes o de qué tipo de leyes se trata, "buscan una respuesta siempre e infaliblemente correcta, tal como los epistemólogos buscan una garantía de que hay objetos materiales o de que la generalización que incluye casos no examinados tiene que ser válida. Pero todas éstas son preguntas carentes de sentido, porque se originan en haber llevado el lenguaje más allá de los límites dentro de los cuales tiene significado" (p. 184).

e) "El valor de los teóricos de la política, sin embargo, no radica en la información general que nos dan acerca del fundamento de la obligación política, sino en su habilidad para subrayar en un momento crítico un criterio que tiende a ser pasado por alto o negado. El sentido común de Locke y la elocuencia de Rousseau reforzaron y orientaron la rebelión contra la autoridad dogmática, al aislar y subrayar, de manera vívida, mediante la metáfora del contrato social, el hecho de que nadie está obligado a obedecer leyes acerca de las cuales no ha tenido oportunidad de expresar conformidad o disconformidad" (ps. 186-187).

\*

VI

“SENTENCIA ARBITRARIA”

En este breve ensayo sólo pretendo contribuir a clarificar ciertas dificultades que origina la noción de sentencia arbitraria, o, mejor dicho, el *manejo* que de ella hace nuestra Corte Suprema<sup>1</sup>. Procuraré disipar algunos errores comunes que suelen oscurecer el tratamiento del tema.

El llamado "recurso extraordinario por sentencia arbitraria" constituye, sin duda, un quebradero de cabeza para los abogados y una zona minada para la generalidad de los teóricos del derecho constitucional y del derecho procesal, quienes rara vez se aventuran en ella. Espero que la exposición siguiente, aunque demasiado general, será de utilidad para abogados y teóricos. Me interesa, sobre todo, sugerir un punto de vista fructífero que permita abordar adecuadamente una heterogénea familia de problemas, muy necesitados, hasta ahora, de análisis y elucidación.

## I

Desde el caso "Rey vs. Arocha", resuelto a fines de 1909<sup>2</sup>, la Corte viene utilizando la expresión "sentencia arbitraria" en

1 En 1967 apareció mi libro *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. Allí encaro un estudio detallado del tema, con propósitos sistemáticos (en la medida en que ello es posible). El artículo "Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa", que publiqué en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, (1959, tomo IV, pág. 85), no fue más que un intento de clarificación parcial, bastante insatisfactorio.

2 Fallos, 112, p. 384.

muchísimas decisiones. Las más de las veces la emplea para decir que el pronunciamiento judicial que examina no merece ese rótulo. En una pequeña minoría de casos la ha usado para descalificar decisiones que se auto-titulaban sentencias. Es conveniente distinguir tres períodos en la historia del uso de aquella expresión por parte del Alto Tribunal:

a) En una primera etapa, que va desde diciembre de 1909 hasta 1947, la Corte se limitó a enunciar el principio, pero sólo en una oportunidad hizo *uso positivo*, por decirlo así, de la herramienta que aquél proporciona. El principio es éste: el remedio federal establecido por la ley 48, art. 14 y siguientes, no permite revisar cuestiones de hecho, ni la interpretación de los códigos comunes y de las leyes locales, salvo en los supuestos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces<sup>3</sup>. La herramienta es, por supuesto, la imprecisa noción de sentencia arbitraria. La primera ocasión en que la Corte la empleó positivamente fue el caso "Storani"<sup>4</sup>.

Durante los treinta años que transcurrieron entre "Rey vs. Arocha" y "Storani" el Alto Tribunal no encontró, o no se le presentó, ninguna oportunidad para descalificar como arbitraria una sentencia llevada a su conocimiento.

b) La segunda etapa va desde 1948 hasta setiembre de 1955. En ese lapso se producen tres casos de uso positivo de la herramienta<sup>5</sup>. El más importante es, sin duda, "Municipalidad vs. Compañía de Gas". Durante este lapso las consideraciones políticas tuvieron preponderancia excesiva. La lectura de "Municipalidad vs. Compañía de Gas" deja la impresión de que la

3 Ver, entre otros, además de "Rey versus Arocha", los casos publicados en *Fallos*, t. 131, pág. 387 y t. 150, pág. 84. En "Carlozzi versus Ballesteros" (*Fallos*, t. 207, pág. 72) hay una formulación explícita.

4 *Fallos*, t. 184, pág. 137, resuelto el 26-6-39.

5 "Municipalidad versus Compañía de Gas", (*Fallos*, t. 211, pág. 958, resuelto el 30-7-48); "Foschetto versus Struhl" (*Fallos*, t. 219, p. 392, resuelto el 16-5-51) y "Arcapalo versus Numancia" (*Fallos*, t. 222, pág. 292, resuelto el 17-4-52).

Corte está blandiendo con inequívoco designio un arma utilísima, aunque algo enmohecida, providencialmente puesta en sus manos.

Este segundo período ofrece muy escaso material para una labor de sistematización. Ello no fue óbice para que en esos años se escribieran dos de los principales ensayos sobre el tema: el de Linares y el de Imaz<sup>6</sup>.

c) Con el reemplazo de los miembros de la Corte operado en 1955, las cosas cambiaron. Comienza entonces una tercera etapa, que llega hasta nuestros días. Ella se caracteriza por un frecuente uso positivo de la expresión "sentencia arbitraria" y por un constante crecimiento del radio de acción cubierto por ella. Así, v. gr.: entre octubre de 1955 y diciembre de 1960 prosperaron —salvo error u omisión— setenta y siete casos de recursos extraordinarios por sentencia arbitraria. En los cuarenta y cinco años anteriores sólo habían tenido éxito cuatro impugnaciones de este tipo.

La cuestión ha adquirido, pues, una enorme importancia práctica. La herramienta forjada en 1909, empleada por vez primera en 1939 y blandida como arma en 1949, es hoy de uso corriente, aun teniendo en cuenta que sólo prospera un ínfimo porcentaje de los recursos extraordinarios interpuestos con fundamento en lo que, con expresión no muy feliz, se ha dado en llamar —inclusive por la propia Corte— la "doctrina de la arbitrariedad". Pareciera que hay ya material de sobra para encarar una labor sistemática.

## II

No obstante la importancia del tema y el enorme interés que existe en calificarlo, se ha progresado muy poco en este último

6 Juan Francisco Linares, "El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, t. XXVII, nos. 3 y 4 (conferencia pronunciada en esa institución el 29-9-49); Esteban Imaz, "Arbitrariedad y Recurso Extraordinario", *La Ley*, t. 67 (julio-setiembre de 1952), pág. 741, trabajo reproducido en *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, Ed. Arayú, 1954, págs. 77 y sigtes. A ese período corresponde también el artículo de Erik Strohm, citado *infra*, nota 7.

sentido. La confusión reinante proviene de ciertos errores de enfoque que generan expectativas desmedidas y, como reacción natural ante la frustración de ellas, desalientos o escepticismos injustificados. Trataremos de diagnosticar las fuentes del mal y sugerir una línea terapéutica comparativamente sencilla.

El error principal es el siguiente: se da generalmente por sentado que para entender el papel de la expresión pivote "sentencia arbitraria" es menester descubrir y mostrar la propiedad que poseen en común todas las sentencias que reciben ese rótulo. Se da por sentado que un uso coherente de aquella expresión reclama que todas las sentencias arbitrarias participen de una misma Forma o Esencia: la Arbitrariedad (con mayúscula). Una vez que revelemos en qué consiste la Arbitrariedad, pero no antes, podremos resolver los problemas que nos preocupan. Esto es, elaborar una teoría que dé cuenta del recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Cualquier otro empeño, al parecer, es andar-se por las ramas.

Pero, cabe preguntar, ¿es que hay tal propiedad común? ¿Es que *tiene* que haberla para que sea posible edificar una teoría aceptable y fructífera? Por lo pronto, debemos responder que si hay tal propiedad es enormemente difícil señalarla y describirla en términos que no importen una explicación *obscurum per obscurum*. Hasta ahora nadie lo ha conseguido<sup>7</sup>. Es comprensible

<sup>7</sup> En 1949 Linares identificó el *significado* de "sentencia arbitraria" con el de "sentencia que excede del límite de posibilidades interpretativas que el ordenamiento deja al arbitrio del juez" (*op. cit.*, pág. 222), o, en términos más simples, con "sentencia dictada fuera del género legal" (pág. 242). Esto parece reducir mucho las cosas, sobre todo si se compara la tesis de Linares con los desarrollos que el recurso tuvo en los años posteriores a 1955. Imaz, por su parte, demostró en 1952 que no toda sentencia dictada fuera del género legal es arbitraria y que no toda sentencia arbitraria es una sentencia dictada fuera del género legal. (*La esencia de la cosa juzgada*... p. 84). Ello lo condujo a sostener la "insuficiencia de la tesis formal de la excedencia de los géneros legales para la solución del (*sic.*) problema de la arbitrariedad" (*op. cit.*, pág. 81). En su reemplazo propuso la tesis de que "el concepto de error inexcusable, en su doble aspecto de contradicción lógica y de deficiencia total axiológica" es capaz de comprender "los supuestos posibles de arbitrariedad" (*op. cit.*, pág. 104). En otras palabras, que "sentencia arbitraria" es sinónimo de "sen-

que, ante el fracaso de los mejores expertos, muchos se den por vencidos antes de intentar la empresa.

La actitud de desaliento podría expresarse de esta manera: lo único que tienen en común las numerosas sentencias que la Corte ha declarado y sigue declarando arbitrarias es que el Alto Tribunal las declara tales: sentencia arbitraria es aquella decisión que la Corte llama arbitraria. Esta actitud escéptica es compartida por la mayoría de los abogados, para quienes el empleo que hace la Corte de la noción de sentencia arbitraria constituye, paradójicamente, el paradigma de la arbitrariedad. La actitud algo cínica de los escépticos es la reacción contra el ilimitado optimismo de quienes se obstinan en perseguir la esquivia arbitrariedad, cuyo apresamiento, contemplación y descripción serían requisito necesario y suficiente para elucidar el tema que nos ocupa.

tencia inexcusablemente errónea". Vista desde la perspectiva de hoy (e incluso desde la de Imaz en 1952), la crítica de éste a Linares es correcta.

Linares e Imaz escribieron en un momento en que no había materia en reemplazo no nos hace avanzar mucho. Mejor dicho, nos deja donde estábamos, porque la expresión "sentencia inexcusablemente errónea" ofrece las mismas dificultades que la que pretendía elucidar.

Linares e Imaz, escribieron en un momento en que no había materia prima suficiente, por decirlo así, para elaborar una teoría genuina. Por ello sus enunciados son directivas, más que aserciones (o, más precisamente, directivas presentadas como si fueran aserciones).

Erik Strohmer, que se ocupó del tema en 1954 ("Sentencias inconstitucionales", *Jurisprudencia Argentina*, 1954, t. III, sección doctrina, pág. 12), se muestra menos rígido que Linares y mucho más cauteloso, o más sagaz, que Imaz. Dice Strohmer: "Nada sencillo resulta reducir a una fórmula el concepto de la arbitrariedad de las sentencias judiciales pese a la jurisprudencia establecida sobre el punto y a los estudios doctrinarios que se le han dedicado. Pero si no deslindar la naturaleza de la arbitrariedad, es posible destacar las características de los supuestos en que el recurso se ha concedido con base en aquélla". En el presente ensayo he seguido la "línea Strohmer" en lugar de la "línea Imaz".

También me ha sido útil el trabajo de Fiorini, "Sentencias arbitrarias y sentencias inconstitucionales" (*La Ley*, t. 88, pág. 921), escrito años después. La contribución de Fiorini habría sido mucho más esclarecedora si el autor no hubiera estado tan preocupado por cuestiones puramente verbales.



El dilema puede presentarse así: 1) o "existe" la Arbitrariedad como entidad abstracta de la que participan todas las sentencias arbitrarias, pues "arbitraria" es el nombre de una propiedad de esas sentencias, aun no identificada con precisión; o 2) "sentencia arbitraria" no es más que un rótulo engañosamente único que la Corte usa para expresar y encubrir su versátil sentimiento de repulsa frente a decisiones que no le caen bien. En otros términos, 1) o los problemas centrados en torno a la noción de sentencia arbitraria sólo pueden ser resueltos por quienes están dispuestos a adentrarse en la selva oscura de la Metafísica (excursión que, dicho sea de paso, no parece atraer mucho a los juristas); o 2) tales problemas son absolutamente insusceptibles de tratamiento racional, ni siquiera en la forma de un sistema, por decirlo así, de categorías móviles, y todo empeño de teorizar en esta zona es tan vano como querer dibujar un huracán.

En lo que sigue trataré de eludir ese supuesto dilema, que pareciera obligarnos a optar entre una Metafísica de dudosas credenciales y el melancólico reconocimiento de nuestra impotencia. Invito al lector a que me acompañe en una breve gira; comenzaremos atacando el problema por el reverso y concluiremos —espero— mostrando una salida aceptable.

### III

a) A riesgo de dogmatizar un poco, señalemos, en primer término, que la expresión "sentencia arbitraria", tal como la maneja nuestra Corte Suprema, está relacionada con los siguientes preceptos de la Constitución Nacional: 1) con el art. 17, en cuanto establece que ningún habitante puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia *fundada* en ley, y que ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o de sentencia *fundada* en ley; y 2) con el art. 18, en cuanto declara que ningún habitante puede ser juzgado sin juicio previo *fundado* en ley anterior al hecho del proceso y, tras establecer algunas inmunidades específicas, consagra la *inviolabilidad de la defensa en juicio* de la persona y de los derechos.

b) Estas normas, a su vez, se vinculan con la Enmienda V (e indirectamente con la Enmienda XIV) de la Constitución norteamericana. Ambas enmiendas incluyen la famosa prescripción de que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal (*due process of law*).

Es sabido que la expresión "*due process of law*" ha recibido dos acepciones distintas y en cierto modo complementarias. En el sentido de "debido proceso sustantivo", constituye un *standard* o pauta para apreciar la validez constitucional de actos legislativos (*lato sensu*); en el sentido de "debido proceso adjetivo (*procedural due process*)", constituye un *standard* o pauta para apreciar la validez constitucional de actos jurisdiccionales (*lato sensu*). Aquí sólo nos interesa esta segunda acepción; nos demoraremos un poco en ella.

c) La noción de debido proceso adjetivo cubre un área heterogénea. Por un lado, hallamos los requisitos trillados o manidos que ese *standard* impone (v. gr.: que el demandado o acusado reciba una adecuada notificación de la existencia del proceso; que tenga una razonable oportunidad de hacer descargos y de ofrecer prueba, etc.)<sup>8</sup>. Pero las exigencias del debido proceso adjetivo no se reducen a esos requisitos pacíficamente catalogados y rotulados. Van más allá de ellos; reclaman, según parece, algo adicional.

Es aquí, precisamente, donde comienzan los problemas serios. Porque tan pronto se intenta dar un poco de precisión a lo que ha de entenderse por "debido proceso adjetivo", de modo de incluir también el área no trillada, los jueces y los expertos caen en enunciados de una vaguedad (o vacuidad) casi insuperables, cuando no apelan a fórmulas ampulosas de clara inspiración jusnaturalista<sup>9</sup>. En ocasiones se ha preferido admitir la

<sup>8</sup> Sobre las exigencias ubicadas en área trillada, ver Corwin, *The Constitution of the United States*, 1953, págs. 847 y sigtes. y 1070 y siguientes.

<sup>9</sup> "Lo que [la cláusula del debido proceso de la Enmienda XIV] requiere es que la acción del estado, ya sea a través de una u otra agencia, sea compatible con los principios fundamentales de libertad y justicia que se hallan en la base de todas nuestras instituciones civiles y po-

conveniencia de no intentar una precisión mayor<sup>10</sup>. El caso es que hasta ahora nadie parece haber determinado las condiciones necesarias y suficientes que ha de satisfacer un pronunciamiento jurisdiccional para pasar el *test* del *procedural due process*<sup>11</sup>. ¿Cómo se explica esto?

d) He aquí una respuesta. Nadie ha podido hasta ahora determinar esas condiciones necesarias y suficientes, porque ello

líticas y que con frecuencia son designados como 'ley de la tierra' (Ministro Devanter, en "Herbert versus Louisiana", 372 US 312 [1926]). En "Snyder versus Massachusetts" (291 US 97, 105 [1934]) Cardozo se refirió a "algunos principios de justicia tan arraigados en las tradiciones y en la conciencia de nuestro pueblo como para ser considerados fundamentales". Ver también la opinión del mismo Cardozo en "Palko versus Connecticut" (302 US 319, 325) donde habló de aquellas inmunidades "que se hallan implícitas en el concepto de libertad ordenada". Frankfurter a su vez, citando el caso "Malinski", remite a "aquéllos cánones de decencia y equidad (*fairness*) que expresan las nociones de justicia de los pueblos de habla inglesa" "Rochin versus Colorado", (342 US 165 [1952]). Véase también la opinión del mismo Frankfurter en "Joint Anti Fascist Refugee Committee versus Mc Grath" (341 US 123, 162 [1961]), donde no obstante repetir vaguedades como las transcritas, dice que el significado de "due process" no puede ser aprisionado "dentro de los traicioneros límites de ninguna fórmula".

Sobre la influencia jusnaturalista en algunos intentos de dar contenido positivo a la noción de "due process", ver la crítica de Black en su disidencia en "Adamson versus California" (332 US 46 [1947]).

10 "Pocas frases en el derecho son tan poco susceptibles de aprehensión exacta como la frase 'debido proceso legal'. Esta Corte se ha rehusado siempre a dar una definición comprensiva de ella, y ha preferido que su sentido pleno sea determinado gradualmente mediante el proceso de inclusión y exclusión en el curso de las decisiones de los casos a medida que ellos se presentan" Ministro Moody en "Turning versus Nueva Jersey" (211 US 78 [1908]). Treinta años antes el Ministro Miller había dicho palabras similares en "Davidson versus New Orleans" (96 US 97, 104 [1877]). Para una versión más reciente de esa actitud ver todo el voto de Frankfurter en "Rochin versus California" (342 US 165 [1952]).

11 Ver Freund, Sutherland, De Wolfe Howe y Brown, *Constitutional Law*, Little, Brown & Co., Boston, 1954, t. II, Cap. 13, págs. 954/55 y, en general, Cap. XIII, Sección A.

es imposible. Decidir que una sentencia satisface el *test* del debido proceso legal no es reconocer en ella ni atribuirle una elusiva e indefinible propiedad o característica, sino que es señalar que *no exhibe* ninguna de las muy variadas anomalías que directa o indirectamente pueden afectar un acto tan complejo como el de dictar una decisión judicial. La complejidad del acto se refleja en la riqueza y complejidad de los cánones que se usan para apreciar sus variados momentos. Son innumerables los modos en que estos cánones pueden ser transgredidos.

La lista de posibles anomalías sustanciales, por lo tanto, no es finita; ella debe concluir con un "etcétera". Decidir que una sentencia satisface los requisitos del *procedural due process* es *excluir* una serie heterogénea de deficiencias; no es reconocerle ni atribuirle una propiedad positiva homogénea que ella, y todas las sentencias que pasan el *test* necesariamente poseen. La expresión *procedural due process* (o "debido proceso legal adjetivo"), tal como la maneja la Corte norteamericana, es una expresión "excluidora" (si cabe la palabra) no obstante su engañosa apariencia positiva<sup>12</sup>.

12 Las ideas que expongo en el texto se inspiran en algunos pasajes del ya clásico artículo de Hart, "The ascription of responsibility and rights" (*Logic and Language* [1ª serie], edit. por A. G. N. Flew, Blackwell, Oxford, 1951, págs. 145 y sigtes.). Hart señala que los conceptos jurídicos poseen ciertas características que hacen que a menudo sea absurdo usar en conexión con ellos el lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes (págs. 146/47). Mas adelante ejemplifica con la noción, corriente entre los civilistas, de que la existencia de "libre consentimiento" es condición necesaria para que haya un contrato válido, y con el principio, corriente entre los penalistas (por lo menos en Inglaterra), de que la existencia de *mens rea* (o elemento subjetivo) es condición necesaria para que haya responsabilidad penal. En relación con este último ejemplo el filósofo inglés dice lo siguiente: "Sin embargo, lo que se quiere decir al aludir al elemento subjetivo en la responsabilidad penal (*mens rea*) sólo ha de entenderse considerando ciertas defensas o excepciones, tales como las de error de hecho, accidente, coerción, amenazas, provocación, demencia, minoridad, la mayoría de las cuales han llegado a ser admitidas en la mayoría de los delitos, y en algunos casos excluyen totalmente la responsabilidad, mientras que en otros simplemente la 'reducen'. El hecho de que éstas sean admitidas como defensas o excepciones constituye el valor efectivo (*cash value*) de la máxima 'actus non

Lo excluido es una serie no finita de anomalías. Tal serie no es agotable, porque son inagotables las maneras en que puede fallar el complejo acto de fallar. De allí que no se pueden suministrar condiciones necesarias y suficientes. La nómina de aberraciones y extravíos conocidos siempre está dispuesta a enriquecerse con nuevos miembros.

e) Espero que esta sucinta referencia al derecho norteamericano no haya sido inútil. La noción de debido proceso adjetivo desempeña un papel semejante al que entre nosotros cumple la de inviolabilidad de la defensa en juicio. También esta última cubre un área trillada y una zona complementaria que hace que sea imposible ser preciso al modo convencional<sup>13</sup>. Es en esta área

est reus nisi mens sit rea'. Pero al perseguir el atractivo espejismo de una fórmula general, los juristas han tratado de imponer una unidad espuria sobre estas heterogéneas defensas y excepciones, sugiriendo que ellas son admitidas simplemente como prueba de la ausencia de algún elemento único ('intención') o, según teorías más recientes, de dos elementos ('previsión' y 'voluntariedad') universalmente exigidos como condiciones necesarias para que haya responsabilidad penal. Y esto es engañoso porque lo que los juristas erróneamente presentan como prueba que excluyen la presencia de los necesarios elementos subjetivos son, en verdad, criterios o fundamentos múltiples que frustran la alegación de responsabilidad. Pero es fácil sucumbir a la ilusión de que es posible dar una 'definición' correcta de nociones tales como 'voluntariedad', puesto que el carácter lógico de palabras tales como ella es anómalo y mal comprendido. Tales palabras son tratadas en dichas definiciones como si fueran palabras dotadas de fuerza positiva y, sin embargo, como para verse en la discusión que trae Aristóteles en el Libro III de la *Ética* o Nicomaco, la palabra 'voluntario' sirve en verdad para excluir un campo heterogéneo de casos tales como: compulsión física, coerción por amenazas, accidentes, errores, etc., y no para designar un elemento subjetivo de estado; del mismo modo 'involuntario' no significa la ausencia de un elemento o estado subjetivo".

Véase también el capítulo VII del libro de J. L. Austin, *Sense and Sensibilia*, Oxford University Press, 1962, pág. 62, y sigtes., y el artículo "Excluders", de R. Hall, en el volumen *Philosophy and Ordinary Language*, Editado por Charles E. Caton, University of Illinois Press, 1961, pág. 67.

<sup>13</sup> Ver González Calderón, *Derecho Constitucional*, t. II, págs. 132, 153 y 165; Joaquín V. González, *Manual*, p. 192 y 199; Linares Quintana,

contigua donde opera —todavía no hemos visto cómo— la noción de sentencia arbitraria.

En los últimos diez años nuestra Corte ha utilizado la expresión "sentencia arbitraria" como herramienta para descalificar decisiones que venían auto-rotuladas como sentencias judiciales y no vulneraban las exigencias específicas o concretas de la defensa en juicio. La Corte ha usado esa herramienta para denunciar, caso por caso, deficiencias de textura y origen diverso que, de maneras distintas, pueden restar toda fuerza a un acto pretendidamente jurisdiccional. En otros términos, nuestra Corte, con el auxilio de aquella noción, ha ido precisando qué es lo que excluyen las expresiones "excluidoras" "sentencia fundada en ley" e "inviolabilidad de la defensa en juicio". Esa tarea de dar contenido positivo a aquellas expresiones jamás podrá darse por concluida.

Al proceder de esa manera la Corte ha cumplido una útil función de policía del servicio de administración de justicia estableciendo ciertos cánones mínimos para su adecuada presencia. (Es de lamentar, empero, que la eficacia de tal función haya seriamente resentida por el lenguaje críptico de muchos de los fallos del Alto Tribunal).

#### IV

Un par de advertencias preliminares nos habilitará ahora para estas dos cosas: (1) para entender por qué los intentos de elucidar la noción de sentencia arbitraria, dentro del

... t. V, pág. 268. Este último destaca, citando el caso Aybar (t. 127, pág. 36), que la garantía de la defensa supone la "observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, sentencia dictadas por los jueces del reo". Esto de las "formas sustanciales"—agrego yo— incluye exigencias manidas (como la de que no puede ser juzgado sin ser oído) y muchas otras que no lo son. Las primeras han sido desarrolladas y hechas valer por la Corte (y los tribunales inferiores) en infinidad de decisiones. Las segundas están en proceso de constante formulación.

II Fallos, 247, pág. 176.

contexto del recurso extraordinario, no han dado hasta ahora frutos apreciables, y por qué, no obstante ese fracaso, la actitud escéptica carece de justificativos, y (2) para mostrar el camino que conduce a un tratamiento adecuado del problema, con posibilidades de sistematización.

A) Antes que nada, las advertencias. En *primer lugar* es conveniente insistir en que la expresión "sentencia arbitraria", tal como la usa la Corte en los contextos típicos, desempeña una *función descalificadora*. "Arbitraria" no es allí una palabra descriptiva. Cuando la Corte decide "Tal sentencia es arbitraria", no se limita a reconocer en ella una o más propiedades discernibles con mayor o menor trabajo. *Hace* algo distinto, aunque eso que *hace* está vinculado al hecho de que se dan tales o cuales propiedades.

Así como el adjetivo "bueno" se usa primariamente para elogiar, recomendar o ensalzar, el adjetivo "arbitrario" (en el contexto de las decisiones de la Corte y en su uso típico) se emplea para descalificar. "Esta sentencia es arbitraria" no es una descripción sino un acto de rechazo. No es menester, pues, que busquemos la propiedad o propiedades que la palabra "arbitraria" designa. "Arbitraria" (como "bueno") no es primariamente una palabra descriptiva; es, también como "bueno", una palabra valorativa.

En *segundo lugar*, hay que destacar lo siguiente: frente a toda palabra o expresión valorativa es esclarecedor distinguir entre (a) su específico significado valorativo y (b) los criterios de aplicación de ella<sup>15</sup>. El primero no cambia; es siempre el mismo en todos los casos en que la palabra o expresión se emplea para cumplir la función lingüística con la que está convencionalmente conectada (el *acto* verbal de elogiar, de censurar, de descalificar, etc., según sea el caso). Los segundos remiten a las circunstancias o condiciones en presencia de las cuales se juzga apropiado —según el uso vigente, si lo hay— emplear la expresión de que se trata. Estos criterios de aplicación, a diferencia del significado

15 Ver Hare, *The Language of Morals*, Oxford University Press, 1952, Capítulos 6 y 7.

valorativo constante, son variables y heterogéneos. Cambian según el tipo de objeto o de actividad que se recomienda, censura, etc.; o, si se trata de una actividad compleja, según las distintas fases de ella.

Así, por ejemplo, los criterios de aplicación de la palabra "bueno" son muy distintos según que se trate de recomendar un rifle o un violín. Las propiedades que hacen que un violín sea un buen violín son muy distintas de las que hacen que un rifle sea un buen rifle. Pero el significado valorativo de "bueno" es el mismo en las frases: "este violín es bueno" y "este rifle es bueno". Lo mismo vale, *mutatis mutandi*, para una actividad compleja y sus distintas fases o elementos.

B) Si recordamos estas cosas podremos volver a nuestro problema con mejores posibilidades de éxito, porque ahora estamos en condiciones de afirmar lo siguiente:

1) Es legítimo (más aún, es indispensable) distinguir entre (a) el significado valorativo específico de la expresión "sentencia arbitraria", significado que coincide con la función descalificadora que le hace cumplir la Corte, y (b) los múltiples criterios de aplicación que usa el Alto Tribunal cuando le hace cumplir esa tarea. El significado valorativo es siempre el mismo. Los criterios de aplicación son heterogéneos; su variedad está íntimamente relacionada con el carácter complejo de la operación cuyo producto final es un fallo judicial.

Si no distinguimos entre el significado valorativo constante y los criterios de aplicación múltiples y variables, podemos caer en uno de estos dos errores:

—tomar la permanencia o constancia del significado valorativo como índice (falso) de la presencia siempre constante de una misma propiedad en todas las sentencias arbitrarias, y lanzarnos esperanzadamente a la vana búsqueda de ella; o

—tomar la heterogeneidad o multiplicidad de los criterios de aplicación como índice (falso) de que la Corte cambia el significado de "sentencia arbitraria" de caso a caso, y limitarnos a criticar con mayor o menor vehemencia lo que parece ser una inconcebible volubilidad del Alto Tribunal.

El primer error puede inclusive conducirnos a buscar la supuesta esencia de la Arbitrariedad *fuera* de las decisiones de la Corte, como exploradores solitarios de inexplorados reinos metafísicos. No creemos que esa gallarda empresa pueda ser de mucha ayuda para quienes sólo desean clarificar el recurso extraordinario por sentencia arbitraria en el derecho positivo argentino.

2) Con lo expuesto queda sugerida cuál es la labor que deben cumplir los juristas para empezar a domar el hasta ahora montaraz recurso extraordinario por sentencia arbitraria. No sería juicioso depositar en ella esperanzas demasiado ambiciosas, pero tampoco lo es entregarse a desalientos prematuros. La búsqueda de la esencia de la Arbitrariedad, para identificar después en función de ella las sentencias arbitrarias y distinguirlas de las que no lo son, es una vía que promete llevarnos muy lejos, pero que no conduce a ninguna parte. Tampoco nos lleva a ningún lado, obviamente, la actitud de los escépticos, que se dan por derrotados antes de emprender el viaje. Si bien es cierto que la palabra "arbitraria" no designa una propiedad que todas las sentencias arbitrarias exhiben o ejemplifican, no es menos cierto que sería dogmático descartar sin examen que esa palabra de descalificación es empleada por el Alto Tribunal siguiendo criterios consistentes, aunque múltiples y no subsumibles bajo un género "natural" común.

Dado que esta posibilidad no puede ser excluida de antemano, vale la pena tratar de formular un repertorio sistematizado de los múltiples criterios de aplicación que usa la Corte para descalificar decisiones por arbitrarias, o, para decirlo con una expresión familiar a los juristas, de las diversas "causales" de arbitrariedad. Este repertorio, para ser útil, tendría que venir ordenado siguiendo un esquema flexible de clasificación en función de las características propias del complejo acto de sentenciar, cuyo producto final es el que está en tela de juicio.

Dichos criterios de aplicación o "causales" incluirán quizás otras palabras valorativas que, a su vez, requerirán una actividad elucidatoria adicional. Pero es probable que muchas de ellas —es decir, de las nuevas palabras valorativas— tengan criterios

SENTENCIA ARBITRARIA, RECURSO EXTRAORDINARIO - ARGENTINA -  
VER: ARBITRARIEDAD - SIGNIFICACIÓN, ARGENTINA -  
SENTENCIA ARBITRARIA, SIGNIFICACIÓN, ARGENTINA -  
VER: ARBITRARIEDAD -

de aplicación establecidos, aceptados por jueces y juristas (cosa que no ocurre con el uso general de la palabra "arbitrario"). Ello significa de por sí una enorme ventaja. A ella hay que agregar esta otra, sin duda importantísima: sólo si nos hacemos cargo de la existencia de una diversidad de criterios de aplicación no reducibles los unos a los otros, seremos conscientes de que la expresión "sentencia arbitraria" encubre numerosos problemas heterogéneos, cada uno con sus dificultades propias y sus mayores o menores posibilidades de solución. Siempre ganamos en claridad cuando conseguimos fraccionar racionalmente una cuestión intrincada de apariencia monolítica.

V

No es este el lugar adecuado para desarrollar el tema. Sólo deseo agregar, antes de concluir, que un estudio de la jurisprudencia de la Corte que hice hace ya algún tiempo me mostró que los criterios de aplicación de la fórmula "sentencia arbitraria" (o, si se prefiere el giro, las causales de arbitrariedad) remitían, de distintas maneras:

(I) Al OBJETO o TEMA de la decisión. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:

(1) omiten considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas; o

(2) resuelven cuestiones no planteadas.

(II) A los FUNDAMENTOS de la decisión, y dentro de ellos:

A) Al establecimiento de la premisa mayor. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:

(3) fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico;

(4) prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o

ARBITRARIEDAD, SENTENCIA, SIGNIFICACIÓN, ARGENTINA,



- (5) aplican preceptos derogados; o
- (6) dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables.
- B) *Al establecimiento de la premisa menor.* Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrariedad en razón de que:
  - (7) prescinden de prueba decisiva; o
  - (8) invocan prueba inexistente; o
  - (9) Contradicen abiertamente otras instancias de los autos.
- C) *Al establecimiento de la premisa mayor o al de la premisa menor, o al tránsito de ellas a la conclusión.* Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:
  - (10) hacen afirmaciones dogmáticas; o
  - (11) incurren en excesos formalistas o rituales; o
  - (12) son autocontradictorias.

(III) A los EFECTOS de la decisión. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:

- (13) pretenden dejar sin efecto decisiones definitivas firmes.

Bajo los números (1) a (13) se indican, en forma abreviada, los criterios de aplicación que entonces creí hallar. El esquema no pretendía ni pretende ser exhaustivo; sólo procura reproducir criterios efectivamente usados, hasta un determinado momento, por el Alto Tribunal. Creo que una sistematización de ese tipo, o de un tipo análogo, puede rendir frutos interesantes.

## VI

Se me podrá objetar, claro está, que todo cuanto he hecho

ha sido proponer una tarea pedestre y, por qué no decirlo, bastante aburrida. A saber: elucidar la noción de "sentencia arbitraria" en términos de los criterios que de hecho emplea la Corte para aplicar esa expresión descalificadora. Inclusive, puede cuestionarse también la viabilidad de la empresa. Frente a esas posibles objeciones sólo puedo contestar que la tarea es practicable —aunque no lo haya podido probar aquí— y que, pedestre o no, sus resultados son beneficiosos.

Fuera de ella, por otra parte, poco es lo que se puede hacer con el tema, como no sea acumular oscuridades, paladear frases declamatorias o encenderse en airadas voces de protesta. Respecto de esto último, permítaseme añadir que la actividad de protestar no es mala *in se*; en ciertas circunstancias puede ser la única actitud apropiada. Sólo que no es legítimo entregarse a ella sin haber intentado el esclarecimiento y la ordenación del aparente desorden que provoca nuestra ira. Porque si no hacemos ese intento nuestra protesta es ciega, y eso es intrínsecamente malo.



HOHFELD, WESLEY NEWCOMB. JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

① VER:

## VII

### LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DE W. N. HOHFELD

② EN:

JURISPRUDENCIA ANALÍTICA. HOHFELD,  
W. N.

① VER:

② EN:

1. La existencia de un orden jurídico en una determinada comunidad humana se traduce en la paralela existencia de situaciones de tipo muy diverso en la que pueden hallarse los miembros de esa comunidad. Por lo pronto, ello posibilita afirmar que hay acciones u omisiones *jurídicamente* prohibidas, obligatorias o permitidas. Estos calificativos deónticos no agotan, por cierto, el arsenal de términos que los juristas —y también los legos— emplean para hablar *acerca* de aquellas situaciones o, en términos genéricos, para describirlas. Los mencionados son los predicados deónticos más generales y, en ese sentido, los de más alto nivel.

2. Son numerosos los términos y expresiones que usan los juristas para aislar o identificar las múltiples y complejas situaciones que derivan de la existencia de un orden jurídico. En esta nota preliminar vamos a referirnos especialmente a un grupo de palabras y expresiones —a las que, por ahora, llamaremos “expresiones B” — que se encuentran ubicadas, por decirlo así, en un nivel intermedio entre (A) los términos deónticos más generales ya señalados (jurídicamente prohibido, obligatorio, permitido), y (C) las expresiones que los juristas emplean para aludir a las situaciones específicas de que se ocupan las disciplinas en que se divide la (bien o mal) llamada Ciencia Dogmática del Derecho. Me refiere a expresiones tales como “hipoteca”, “heredero aparente”, “obligación solidaria”, “avalista”, “cesación de pagos”, “préstamo a la gruesa”, “excusa absolutoria”, “legítima defensa”, “delito instantáneo”, “excepción dilatoria”, “tercería de dominio”, “acto administrativo”, “debido proceso legal”, “desviación de poder”, “preaviso”, etcétera.

Las expresiones B poseen una órbita de aplicación que excede el campo particular de las distintas disciplinas dogmáticas (el derecho civil, comercial, procesal, etcétera). Sirven para aislar e identificar situaciones de tipo general que, si cabe el giro, cruzan los límites que separan, en forma más o menos clara, los dominios adjudicados a aquéllas. Estas expresiones B son, por ejemplo, "derecho subjetivo", "deber jurídico", "responsabilidad", "sanción", "acto ilícito", etcétera. No hay una separación nítida entre las expresiones B y las expresiones, más específicas, del grupo C.

3. En términos generales puede decirse que, mientras los juristas dogmáticos usan las expresiones B al trabajar en sus respectivas disciplinas (para aludir con ellas a las situaciones generales que esas expresiones aíslan, o bien, con más frecuencia, para caracterizar por su intermedio a figuras o instituciones de alcances más específicos), los teóricos generales del derecho mencionan tales expresiones B para elucidar su significado, sus relaciones y sus criterios de aplicación.

En conexión con esta (pretendida) división o asignación de tareas, y con lo que ella da por supuesto, caben estas dos observaciones:

(i) No siempre los autores de Teoría General del Derecho se ocupan de elucidar nociones que son de uso frecuente entre los juristas dogmáticos. Algunos de los conceptos de que se ocupa la Teoría General del Derecho han sido creados por ella —esto es, introducidos y definidos estipulativamente— con la finalidad de presentar los fenómenos del derecho en una perspectiva que se juzga más esclarecedora o más rica en consecuencias teóricas. Tal ocurre, por ejemplo, con la noción de "deber jurídico" entendida en su alcance más lato<sup>1</sup>.

Esta introducción de nociones, que no responde a un uso vigente entre los juristas, puede ser presentada como una expli-

<sup>1</sup> Cfr. *Sobre el concepto de deber jurídico*, en este volumen, páginas 169 y siguientes. Allí adopto y desarrollo una idea expuesta por Hart en "Il concetto di obbligo", *Rivista di filosofia*, volumen LVII, n.º 2, págs. 125 a 40.

cación de presupuestos que, se afirma, los juristas aceptan tácitamente. Tal es en parte la pretensión de Kelsen; véase, por ejemplo —y en otro contexto—, cómo caracteriza su noción de norma fundamental<sup>2</sup>.

(ii) No siempre los juristas que trabajan en las disciplinas dogmáticas se limitan a usar las expresiones del tipo B. También suelen ocuparse de ellas, con el propósito de definir las y describir sus relaciones recíprocas. Estas excursiones por el campo de la Teoría General del Derecho no suelen ser muy afortunadas.

4. Pues bien, los "conceptos jurídicos fundamentales" de Hohfeld corresponden a nuestras "expresiones B". Hohfeld no se refiere a todas ellas —o, mejor dicho, a los conceptos correspondientes— por la sencilla razón de que su interés central fue esclarecer dos familias de términos ligados, de maneras oscuras y complejas, a la pareja de opuestos "derecho (subjetivo)" — "deber (jurídico)". Para aclarar un poco los términos de esta oposición, digamos:

a) que el primero de ellos ("derecho") tiene allí el sentido (impreciso) con que se usa la palabra en fórmulas del tipo de "X tiene derecho a...", o "Y tiene el derecho de...", fórmulas que son usuales en contextos jurídicos; y

b) que el segundo término ("deber") no tiene allí el alcance generalísimo a que aludimos en el punto anterior, sino una acepción más circunscripta, en la que suele aparecer típicamente como el complemento o "correlato" del término con el cual se lo presenta en oposición.

Si nos aproximamos al lenguaje que usan los juristas, podemos observar que cada uno de estos términos parece presidir, por así decirlo, una familia de expresiones o palabras emparentadas

<sup>2</sup> Cfr. por ejemplo, *General Theory of Law and State*, Harvard Univ. Press, 1945, Cap. X, C. a., in fine (hay traduc. castellana de Eduardo García Máynez, Ed. Imprenta Universitaria de México, 1950). Igualmente *Théorie Pure du Droit*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, Cap. IX, 3 (hay traducción castellana de Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960).

entre sí. Las relaciones internas de cada familia distan mucho de ser precisas. No se sabe si algunos de sus miembros son recíprocamente sustituibles, y si no lo son, por qué no lo son. No se sabe a ciencia cierta si el uso que estas palabras reciben admite áreas de superposición y, en su caso, cómo y con qué criterio puede ser acotada la zona común y deslindada de la que no lo es. No se sabe tampoco si esos términos se emplean siempre con un significado unívoco o si por el contrario sus reglas de uso toleran ambigüedades que el contexto puede, o no, ayudar a disipar. Hay, en suma, un aparente caos terminológico que, en este caso, parece ser un indicio de caos conceptual.

(i) Así, a la primera familia, presidida por la palabra "derecho" (en el impreciso sentido sugerido), corresponden expresiones tales como "inmunidad", "libertad", "privilegio", "prerrogativa", "facultad", "exención", "potestad", "poder", "pretensión legítima", "interés legítimo", "atribución", "garantía", "capacidad", "competencia", "autorización", "permiso", "licencia", "franquicia", "impunidad", "concesión", "título", "opción", "limitación de responsabilidad", "prioridad", "preferencia", "jurisdicción", "independencia", "autarquía", "autonomía", "inoportunidad", etcétera.

(ii) Así, a la segunda familia, presidida por la palabra "deber" (en el impreciso sentido sugerido), corresponden expresiones tales como "obligación", "responsabilidad", "incapacidad", "incompetencia", "prohibición", "limitación", "caducidad", "carga", "condición", "prestación", "servicio", "gravamen", "impedimento", "incompatibilidad", "inhabilidad", "ausencia de derecho", "restricción", "ligamen", "débito", "inhibición", etcétera.

5. La Teoría General del derecho ha intentado poner orden en el aparente desorden terminológico que acabo de ejemplificar. Con el riesgo de incurrir en una simplificación excesiva, podemos hablar de dos tipos de soluciones frente a este problema. O, si se quiere, de dos técnicas de ataque para resolverlo. No digo que no puede haber otras; estas dos son las principales que se han dado o empleado.

(i) La primera de dichas soluciones consiste en *reducir* los conceptos ligados a las dos familias de expresiones en cuestión, *redefiniendo* "derecho subjetivo" y "deber jurídico" de manera tal que esas expresiones tengan, en todos los contextos, un significado unívoco y, a su vez, no dependiente el uno del otro. Esto significa, por escrito así, "oficializar" sólo una acepción de cada una de esas expresiones, y *decidir* que todas las demás expresiones de uso corriente, emparentadas con ellas, o poseen un significado reducible a los homologados, o bien carecen de un contenido significativo relevante para la adecuada representación de un sistema jurídico sobre bases científicas.

Esta primera solución que he presentado, claro está, en la forma de una apretada síntesis y, por ello, con un considerable sacrificio de matices, parece ser la de la Teoría Pura del Derecho. Aceptarla es alejarse a sabiendas de los usos vigentes entre los juristas; tales usos quedan descalificados. La reducción y la redefinición correlativa son impuestas por los requisitos de la llamada pureza metódica. Esto es, por la necesidad de *construir* un aparato conceptual coherente y "económico" a partir de un grupo muy pequeño de nociones básicas. Estas últimas, a su vez, han sido seleccionadas en función de los ideales científicos del positivismo jurídico (en cierto sentido de "positivismo jurídico").

(ii) Una segunda solución posible es mantenerse *relativamente* cerca de los usos vigentes, para *reconstruir* los distintos conceptos jurídicos fundamentales que la profusa terminología en boga encubre. No se trata aquí tanto de introducir definiciones puramente estipulativas, como de recoger, con las necesarias precisiones, el núcleo de significado central de expresiones vigentes.

Esta solución procura tomar el lenguaje de los juristas como punto de partida y, sin presupuestos rígidos, rescatar aquellos usos que efectivamente marcan distinciones útiles, aunque muchas veces ese uso enmascare la distinción bajo el empleo ambiguo de un mismo término que se utiliza para describir situaciones distintas, o recurra a una prescindible batería de sinónimos perfectos, en la creencia errónea de que las distintas palabras identifican o aíslan situaciones también distintas.

6. Esta última parece ser la solución de Hohfeld, tal como resulta de lo que llamaré la "pretensión moderada" de su ensayo. Claro está que la tarea de Hohfeld exige efectuar delimitaciones más o menos drásticas en los lindes imprecisos de los términos jurídicos vigentes. También es cierto que Hohfeld se ve obligado en un caso a introducir un nombre para contribuir a efectuar una distinción que, según pretende, es efectivamente hecha por los juristas, pero no adecuadamente reconocida por ellos ni, menos aún, identificada mediante una designación específica. No obstante estas dos maniobras —la redefinición parcial y la introducción de algún término nuevo—, la tarea de Hohfeld no se confunde con la que he llamado la primera solución.

Esto es así porque tras la concepción de nuestro autor, en esta interpretación que se apoya en su "pretensión moderada", opera la idea de que buena parte de lo que hacen los juristas al clasificar y calificar las diversas situaciones jurídicas es básicamente aprovechable, al punto de que Hohfeld busca apoyo en una multitud de ejemplos tomados de la experiencia de los tribunales y de los textos de los autores, y escribe con la pretensión de mejorar la práctica diaria del derecho. No debe olvidarse que el título completo del ensayo es *Los conceptos jurídicos fundamentales tal como son aplicados en el razonamiento judicial (Fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning)*. Hay pues, una marcada diferencia de presupuestos de métodos y de objetivos entre una concepción a la manera de Hohfeld y las concepciones puramente reduccionistas.

7. Cabe hacer notar, sin embargo, que si bien Hohfeld enuncia el propósito de recoger y precisar los núcleos de significado central de nociones jurídicas vigentes, en otras partes atribuye a su ensayo conquistas que pueden calificarse de excesivas. Esta dualidad autoriza a distinguir entre una "pretensión moderada" y una "pretensión máxima" de la doctrina. En efecto, nuestro autor pretende haber llegado a aislar ocho conceptos jurídicos fundamentales, cuatro de ellos pertenecientes a la familia presidida por "derecho" y cuatro de ellos pertenecientes a la familia presidida por "deber", que constituirían los "mínimos denominadores comunes" a los que se podrían reducir todas las si-

tuaciones o relaciones jurídicas concebibles para dar acabada cuenta de ellas. Algo así como si esas nociones nos proveyeran de ocho géneros próximos (o categorías) únicos y exclusivos, que permitirían definir, con el aditamento de las diferencias específicas del caso, todos los conceptos jurídicos imaginables.

En la medida en que Hohfeld creyó realmente haber hecho eso, su empresa está expuesta a numerosas críticas que no sería oportuno ni adecuado desarrollar aquí. Ese modo de entender a Hohfeld recoge la pretensión máxima de su doctrina. Como ella es separable de la que he llamado su "pretensión moderada", prefiero moverme dentro de esta última. Es decir, en la interpretación menos ambiciosa —y, a mi juicio, más sensata— que he sintetizado en el punto 6<sup>3</sup>.

8. Hohfeld cumple su tarea mediante el examen de una abundante cantidad de usos vigentes, tomados de fallos judiciales y de obras teóricas de juristas. Sobre esa base aísla ocho conceptos jurídicos fundamentales, que agrupa en dos tablas, una de correlativos y otra de opuestos. Ambas tienen los mismos ingredientes, sólo que agrupados con criterios distintos.

(i) En la tabla de los correlativos se destacan las cuatro modalidades activas —que suelen ser encubiertas por un uso in-

3 Arthur L. Corbin subraya lo que llamo "interpretación moderada": "Hohfeld luchó con gran éxito para restringir cada uno de los ocho términos fundamentales a aquel significado con el que es más comúnmente usado por los jueces y los juristas" (prólogo a Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, ed. 1964, Yale University Press, pág. XIII). También la destaca Walter W. Cook: "Así, el análisis jurídico, para Hohfeld, era principalmente un auxilio necesario para descubrir cuáles son exactamente los problemas que los tribunales y los abogados deben enfrentar y, a la vez, para hallar analogías útiles que de otra manera podrían quedar encubiertas". Añade Cook que por eso el verdadero carácter del interés de Hohfeld en el campo analítico lo muestra el título completo de su famoso ensayo *Los conceptos jurídicos fundamentales tal como son aplicados en el razonamiento judicial*; eso —dice Cook— "es lo importante; los conceptos jurídicos fundamentales no en absoluto, sino usados concretamente para resolver los problemas prácticos que surgen en el trabajo diario de los abogados y los jueces" (prólogo a Hohfeld, *op cit.*, págs. 4 y 5).

discriminado de la palabra "derecho" (subjetivo)— y se las presenta en su relación con las cuatro modalidades pasivas correspondientes. Mientras que cada una de las modalidades activas identifica la situación de un sujeto A en su relación con un sujeto B, cada una de las modalidades pasivas identifica la situación que, en cada caso, tiene B frente a A. A la modalidad activa "derecho" (en sentido estricto) le corresponde como su complementaria, en cabeza de otro sujeto, la modalidad pasiva "deber"; a la modalidad activa "privilegio" le corresponde la modalidad pasiva "no-derecho"; a la modalidad activa "potestad" le corresponde la modalidad pasiva "sujeción"; y a la modalidad activa "inmunidad" le corresponde la modalidad pasiva "incompetencia".

Con otros términos: Si A tiene *derecho* a que B haga el acto X, B tiene el *deber* frente a A de hacer el acto X. Si A tiene frente a B el *privilegio* de hacer el acto X, B no tiene el derecho (tiene el *no-derecho*) de exigir que A se abstenga de hacer X. Si A tiene la *potestad* de producir ciertos efectos jurídicos respecto de B, mediante el acto X, B está sujeto (está en un estado de *sujeción*) frente a A, en el sentido de que la situación jurídica de B se verá alterada por los efectos del acto X. Si A tiene frente a B una situación de *inmunidad* respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, B es incompetente (tiene *incompetencia*) para alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de A.

Cada una de las modalidades jurídicas activas reclama a la modalidad pasiva que está correlacionada con ella.

(ii) Distinta es la situación que exhibe la tabla de los opuestos. Aquí cada modalidad jurídica activa es presentada en conexión con aquella modalidad pasiva que, en lugar de complementarla, se le opone como su contradictoria en cabeza del mismo sujeto. A la modalidad activa "derecho" se opone —en el sentido de que es su negación contradictoria— la modalidad pasiva "no-derecho"; a la modalidad activa "privilegio" se opone la modalidad pasiva "deber"; a la modalidad activa "potestad" se opone la modalidad pasiva "incompetencia"; y a la modalidad activa "inmunidad" se opone la modalidad pasiva "sujeción".

Con otros términos: si A tiene frente a B el *derecho* de que

B haga X, ello excluye que A no tiene el derecho (tiene el *no-derecho*) de que B haga X. Si A tiene frente a B el *privilegio* de hacer X, ello excluye que A tiene frente a B el *deber* de hacer X. Si A tiene la *potestad* de producir ciertos efectos jurídicos respecto de B mediante el acto X, ello excluye que A es incompetente (tiene *incompetencia*) para alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de B. Si A tiene frente a B una situación de *inmunidad* respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, ello excluye que A está sujeto (se encuentra en un estado de *sujeción*) frente a B respecto del acto X y de sus efectos jurídicos.

Cada una de las modalidades jurídicas activas excluye a la modalidad pasiva opuesta.

9. Las distintas modalidades jurídicas activas no se excluyen entre sí. Tampoco se excluyen necesariamente entre sí las modalidades jurídicas pasivas. Lo que quiero decir se verá más claro con el siguiente ejemplo. Decir que A es propietario del objeto Z, importa afirmar que A tiene, frente a cada uno de los otros miembros de la comunidad, un cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades superpuestos, relativos al objeto Z. A tiene el derecho de que B (otro miembro de la comunidad) no use el objeto Z; tiene, frente a B, el privilegio de usarlo; tiene, frente a B, la potestad de abandonarlo; tiene, frente a B, la inmunidad consistente en que este último no puede, digamos, enajenar dicho objeto. A puede, sin embargo, en sus relaciones con B (o con cualquier otro miembro de la comunidad), limitar ese cúmulo de derechos, privilegios, potestades e inmunidades. Por ejemplo, concediendo a B el derecho (o el mero privilegio) de usar el objeto, o comprometiéndose frente a B a no usarlo, u otorgando a éste la potestad de venderlo.

10. No voy a caracterizar y desarrollar aquí todas las modalidades jurídicas. Solo quiero mostrar cómo ayudan a clarificar algunos de los problemas que preocupan a los juristas. A tal fin utilizaré un ejemplo no jurídico, pero del cual puede extraerse más de una moraleja con relevancia para el derecho. Se conecta con el par de correlativos "privilegio-no derecho" y con el par de opuestos "privilegio-deber".<sup>4</sup>

4 Alf Ross ha mejorado la caracterización de "privilegio" que trae



Supongamos que queremos representar la situación normativa recíproca de dos púgiles durante un combate de boxeo, usando exclusivamente la relación "derecho-deber" caracterizada de la siguiente manera estricta:

a) Decir que el sujeto A tiene el derecho de hacer (omitir) el acto X significa que A está autorizado a comportarse así y, específicamente, que el sujeto B tiene el deber de no impedir que aquél realice (omita) tal acto (o, lo que es lo mismo, que el primero puede exigir que el segundo se abstenga de impedirse-lo); y

b) Paralelamente, decir que A tiene el deber de hacer (omitir) el acto Y significa decir que a A le está prohibido comportarse de manera contraria y, más específicamente, que B tiene el derecho de impedir que A omita (haga) dicho acto (o, lo que es lo mismo, que B puede exigir que A se comporte en la forma debida).

A y B son nuestros púgiles. Sus acciones en el *ring* constituyen el universo de nuestro discurso. No hay otras reglas aplicables que las del boxeo. Nos proponemos representar la recíproca posición normativa de A y B en función de esas reglas, utilizando exclusivamente el par de nociones "derecho-deber" con el sentido que acabamos de precisar.

No cabe duda, en tales circunstancias, de que tanto uno como otro púgil tiene el deber de no dar golpes bajos ni cabezazos a

---

Hohfeld y, en lugar de "privilegio", habla de "libertad" (*On Law and Justice*, Stevens and Sons, Londres, 1958, Cap. V. Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963). Mientras que para Hohfeld la expresión "A tiene frente a B el privilegio de hacer el acto X" sería analizable diciendo que A no tiene frente a B el deber de hacer X y que B no tiene el derecho (tiene el no derecho) de que A omita X, para Ross la expresión "A tiene frente a B la libertad de hacer X" es analizable diciendo que A no tiene frente a B el deber de hacer ni de omitir X, y que B no tiene el derecho (tiene el no derecho) de que A omita o haga X. Considero preferible, hasta allí, la caracterización y la terminología de Ross. No obstante, en el ejemplo del texto usaré el vocabulario de Hohfeld. No creo que ello afecte la inteligencia de lo que digo.

su oponente, así como el derecho de que su oponente no le dé golpes bajos ni cabezazos. Podemos identificar de la misma manera una importante serie de derechos y deberes de ambos contendores.

Pero, ¿qué diremos del acto de dar un golpe "correcto" al oponente? No cabe duda de que las reglas del boxeo no prohíben que A aseste a B un impecable golpe de puño en la mandíbula. Lejos de ello, el esfuerzo de A en tal sentido parece corresponder claramente al espíritu del deporte y A está autorizado expresamente a hacerlo. Es más, las reglas del mismo lo estimulan a comportarse así. Pero aunque las reglas del boxeo autorizan a A a dar golpes "correctos" a B, sería indudablemente falso decir que A tiene el derecho de golpear así a B (en el sentido de "derecho" caracterizado más arriba). A no tiene ese derecho, por la sencilla razón de que sería no sólo falso, sino absurdo, sostener que B tiene el deber de no impedir que A le dé golpes de esa clase. Las reglas del boxeo expresamente autorizan a B a impedir que A le dé golpes "correctos", y aún más, estimulan a B a comportarse así. A no tiene el derecho de golpear a B ni B tiene el deber de dejarse golpear (y lo mismo vale, por supuesto, respecto de B y A). Pero el hecho de que B (o A) no tenga el deber de dejarse golpear no significa que tenga el derecho de que A (o B) no lo golpee, en el sentido de que A (o B) tendría el deber de no golpearlo.

Es obvio que la terminología de derechos y deberes, en el sentido definido, fracasa totalmente para dar cuenta de la recíproca situación normativa de nuestros dos púgiles a la luz de las reglas del boxeo. No se trata de que esta terminología refleje inadecuadamente o distorsione las cosas; simplemente, no funciona en absoluto.

Frente a nuestro ejemplo, Hohfeld sacaría a relucir, sin duda, su par de nociones "privilegio-no derecho". Cada púgil tiene, frente al otro, el privilegio de darle golpes "correctos", en el sentido de que no tiene el deber de abstenerse de ello. Ninguno de los púgiles tiene ese deber y uno y otro tiene el no-derecho correlativo al privilegio de su oponente. Pero como un no-derecho no se confunde con un deber, cada uno de los púgiles pue-

de, legítimamente, realizar todo lo que esté a su alcance (sin violar ningún deber genuino) para impedir que su rival ejerza el privilegio de que goza.

Hay, en suma, dos privilegios enfrentados, circunscriptos, por supuesto, por un perímetro de derechos y deberes en el específico sentido que da Hohfeld a estos términos (por ejemplo, los derechos y deberes relativos a los golpes bajos, cabezazos y actos semejantes, descritos por normas prohibitivas)<sup>5</sup>. Ninguno de los boxeadores tiene el derecho (en el sentido específico de Hohfeld) de darle al otro golpes "correctos", y ninguno de ellos tiene el deber (también en el sentido de Hohfeld) de dejárselos dar. Ambos gozan del privilegio de darlos y sobre ambos pesa un no-derecho, a saber, el que hace que no puedan exigir que el otro se abstenga de dárselos pero que no les veda impedirle al otro que se los dé. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio del perímetro de derechos y deberes genuinos que encierran el área dentro de la cual se enfrentan los dos privilegios.

Hay algo así como una institucionalización de la lucha, regulada por normas que permiten usar las nociones de "privilegio-no derecho" en el interior del perímetro y las nociones de "derecho-deber" (en el sentido específico de Hohfeld) en el perímetro y fuera de él. La situación no puede ser entendida ni representada si sólo intentamos verla, como quisimos más arriba, a la luz de las normas perimetrales o, mejor dicho, de los conceptos jurídicos usados para hablar acerca de la incidencia de ellas en la calificación del comportamiento de los púgiles.

Este ejemplo aparentemente trivial no está alejado como parece de tópicos que preocupan seriamente a los juristas. También en la vida de una comunidad hay formas de institucionalización de la lucha que sólo pueden ser adecuadamente comprendidas si hacemos funcionar, al lado de las nociones "derecho-deber", en sentido específico, las nociones "privilegio-no derecho". Las primeras demarcan una zona dentro de la cual está legitimado

<sup>5</sup> La imagen del perímetro de derechos y deberes que circundan los privilegios (en sentido de Hohfeld) es de Hart. Se la escuché en el ciclo de conferencias que dictó en la Universidad de Oxford, sobre "Derechos y Deberes", durante el año académico 1964/65.

el combate, o sea, donde se enfrentan válidamente dos privilegios en pugna. Las formas más importantes de esta institucionalización de la lucha en el contexto social son, quizás, la competencia económica y las formas legítimas de enfrentamiento que caracterizan a las relaciones entre el capital y el trabajo<sup>6</sup>.

Es notoria la enorme importancia que tiene el enfoque de Hohfeld para conceptualizar con claridad y provecho estos fenómenos tan característicos de los tiempos en que nos ha tocado vivir. Es previsible el cúmulo de perplejidades en que puede verse envuelta —y de hecho se ve— la teoría jurídica, si pretende analizar estos problemas valiéndose únicamente de una noción tan inadecuada para esos fines como el concepto de derecho subjetivo, entendido en su correlación estricta con el de deber jurídico. Ante el fracaso del análisis siempre es posible, claro está, apelar a la declamación. Pero ese, aunque ampuloso, es en verdad un magro sustituto.

11. Para apreciar mejor el valor de la contribución de Hohfeld me parece conveniente, ante de concluir, destacar estas tres cosas:

(i) Hohfeld sólo se propuso elucidar el *significado* de las nociones fundamentales y sus relaciones recíprocas. No se propuso, en cambio: a) establecer si en un determinado orden jurídico o más precisamente, en cierta área del mismo, se dan tales o cuales derechos, privilegios, potestades, etcétera: éste es un problema para los llamados juristas dogmáticos, por oposición a los teóricos generales del derecho; b) establecer cuáles son los factores de condicionamiento social dentro de los cuales es probable que surjan ciertos derechos, privilegios, potestades, etcétera (o que surja reclamo en favor de su implantación), ni cuáles son las consecuencias reales que para una comunidad determinada

<sup>6</sup> Véase Hart, "Are there any natural rights?", *Philosophical Review*, vol. 64, nº 2, pág. 15 y sigtes. (Hay traducción castellana de Genaro R. Carrió, bajo el título de "¿Hay derechos naturales?", en Hart, *Derecho y moral: contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, pág. 65 y sigtes. Véase, en especial, pág. 72).

Véase *op. y loc. cit.*, en la nota 4.

tiene el hecho de que se implanten ciertos derechos, privilegios, potestades, etcétera (o que se reclame su implantación): éste es un problema que concierne básicamente a los sociólogos; c) establecer si en un determinado orden jurídico o, más precisamente, en cierta área del mismo, es justo o conveniente que haya tales derechos, privilegios, potestades, etcétera: éste es una problema para los legisladores, los políticos, los filósofos de la política y los filósofos del derecho.

Con lo que antecede quiero destacar que el trabajo de Hohfeld es un ensayo de jurisprudencia analítica. No resuelve problemas como los indicados. Sólo puede ayudar a solucionarlos en cuanto contribuye a pensar en ellos con más claridad. Tal es su único mérito que, por supuesto, es enorme.

(ii) Si bien el trabajo de Hohfeld fue concebido en función de las peculiaridades del sistema jurídico anglosajón y con referencia principal al aparato de conceptos que emplean los juristas de ese ámbito, sus logros son perfectamente adaptables a nuestro sistema jurídico y a nuestro aparato de conceptos. Cuando digo "nuestro", aludo al sistema de derecho y al conjunto de nociones jurídicas básicas características de Europa continental, que hemos recibido los pueblos de América latina.

Una prueba concluyente de que los frutos del trabajo de Hohfeld son aprovechables en nuestro ámbito la constituye el hecho de que un autor de tanta gravitación como el dinamarqués Alf Ross se haya ocupado de las modalidades jurídicas, utilizando una versión refinada del análisis de aquél.

Por otra parte, el hecho de que nuestros juristas no hablen expresamente pongo por caso, de "no-derecho" o de "sujeción" carece de importancia. Lo que importa es ver si esas distinciones están incorporadas a su aparato conceptual, en cuanto se traducen en otras que, de no aceptarse aquéllas, no se formularían. Importa ver, además, si el hecho de introducir en forma explícita las distinciones conceptuales que las expresiones de Hohfeld marcan, ayudan, o no, a entender mejor los problemas que preocupan a los hombres de derecho.

(iii) Puede afirmarse que la contribución de Hohfeld reviste un valor considerable dentro de los estudios de jurisprudencia

analítica. Su elucidación de los "conceptos jurídicos fundamentales" puede ser objeto de rectificaciones —algunas de ellas importantes—, y la nómina de ellos seguramente debe ser enriquecida para poner a la Teoría General del Derecho a la altura de los tiempos y acercarla más a las preocupaciones efectivas de los juristas<sup>8</sup>. Tal tarea está aún por hacerse, pero nada de ello resta valor a lo que el joven Hohfeld escribió hace ya más de cincuenta años.

12. Wesley Newcomb Hohfeld nació en Estados Unidos en 1879 y murió en 1918, cuando aún no había cumplido 39 años. Este artículo fue escrito en 1913. Todos cuantos conocieron a Hohfeld quedaron asombrados por su clara inteligencia y su brillante capacidad de análisis. Enseñó en las universidades de Stanford y de Yale. El presente ensayo, y otro publicado cuatro años más tarde, con el mismo título, han sido reunidos en el volumen *Fundamental Legal Conceptions*, que lleva un estudio introductorio de Walter Wheeler Cook. La edición de 1964 tiene un prólogo de Arthur L. Corbin.

La influencia de la obra analítica de Hohfeld en el mundo jurídico anglosajón ha sido considerable, no sólo en el campo de la teoría, sino en el de la reformulación de las normas vigentes: secciones enteras del *restatement* de contratos llevan la impronta de sus ideas a través de algunos de sus principales epígonos. Su ensayo *Conceptos jurídicos fundamentales* es ya una obra clásica.

8 Véase mi ensayo citado en la nota 1.

## INDICE DE NOMBRES

### A

Alchourrón, C. E.; 11, 168.  
Aristóteles; 42, 47, 122, 292.  
Austin, J.; 64, 190, 215, 275, 276, 277, 292.  
Austin, J. L.; 37, 40, 43, 44, 47, 48, 262, 266, 268.

### B

Bacon; 122.  
Bentham; 43, 174, 175, 176, 190, 191.  
Berkeley; 40, 41, 42, 174, 175, 176, 190, 191.  
Binder, J.; 87.  
Black, M.; 32, 33, 116.  
Bobbio, N.; 81, 83, 84, 177, 178.  
Borda, G.; 52, 53.  
Borges, J. L.; 21.  
Brown; 290.  
Buhler, K.; 39, 40, 41.  
Bulygin, E.; 11, 101, 168.  
Bunge, M.; 35, 47, 68.  
Burdeau; 245, 246, 247, 248, 255.  
Burton; 239.  
Busso, E.; 124, 125.

### C

Cardozo, B. N.; 64, 86, 87.  
Carnap, R.; 35, 36.  
Carrió, G. R.; 56, 60, 83, 85, 120.

Cassirer, E.; 183.  
Caton, C.; 292.  
Cattáneo, M.; 193.  
Ciria, A.; 87.  
Cohen, H.; 183.  
Cohen, F. S.; 88.  
Cohen, M.; 47, 48.  
Cook, W. N.; 306, 314.  
Copi, J.; 40, 47, 48.  
Corbin, A. L.; 306, 314.  
Corwin; 289.  
Cossio, C.; 87, 191.

### D

Dassen, G.; 10, 11.  
Dassen, J.; 55.  
D'Entrèves, A. P.; 171.  
Descartes; 122.  
De Wolfe Howe; 290.  
Dickinson, J.; 70, 75, 77, 79, 80, 81, 88.  
Donoso Cortés; 248.  
Dworkin, R.; 81, 217, 218, 221.

### E

Ehrlich, E.; 88.  
Entenza, M.; 87.

### F

Flew, A.; 277, 291.  
Frank, J.; 127, 140.

Freund; 290.  
Friedman, W.; 86, 87.  
Frondizi, R.; 42.  
Fuller, L.; 211, 270.  
Funes, I.; 27, 46.

## G

García Máinez, E.; 82.  
Garzón Valdés, E.; 11, 44, 84.  
Gény, F.; 64, 86.  
Goldschmidt, W.; 88.  
González Calderón; 292.  
Gorla, G.; 55.  
Gray, J. Ch.; 112.  
Grifo, G.; 74.

## H

Hampshire, S.; 251, 252.  
Hare, R.; 45, 294.  
Hart, H. L. A.; 44, 47, 56, 74, 75, 77, 78, 79, 81, 83, 88, 112, 120, 123, 127, 152, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 185, 188, 190, 193, 215, 216, 217, 219, 225, 226, 230, 231, 233, 266, 269, 291, 301, 311, 312.  
Heck, Ph.; 64, 74, 75, 85, 87, 103, 125.  
Hernández-Gil, A.; 86, 87.  
Hobbes; 41, 44, 45.  
Hohfeld, W. N.; 189, 299, 305, 306, 309, 310, 311, 312, 313, 314.  
Holmes, O. W.; 182.  
Hospers, J.; 46, 47, 48.  
Hume; 47, 122, 271, 272, 273.

## I

Ihering, R.; 64, 86, 87.  
Imaz, E.; 82, 246, 248, 285, 286, 287.

Isay, H.; 87.

## K

Kahn Freund, O.; 187.  
Kant, E.; 183, 191, 252, 253, 262.  
Kantorowicz, H.; 78, 88, 118.  
Kelsen, H.; 112, 179, 180, 181, 183, 190, 215, 216, 233, 272, 273, 302.  
Klein, A.; 41.  
Kocourek; 189.  
Korkounov; 178.

## L

Levi, E.; 60.  
Linares, J. F.; 285, 286, 287.  
Linares Quintana, S. V.; 292.  
Locke; 46, 47, 48, 122, 279.

## M

Mac Donald, M.; 114, 272.  
Mackie, J. L.; 270.  
Marías, J.; 39.  
Masnatta, H.; 53.  
Messineo; 248.  
Míguez, N.; 40.  
Mill, J. S.; 47.  
Montefiore, A.; 262.  
Moore, G. E.; 270.  
Morris, Ch.; 41.

## N

Nagel, E.; 47, 48.  
Nowell Smith, P.; 46.

## O

O'Connor, S.; 46.  
Oertmann, P.; 87.  
Ogden, S. N.; 43.  
Olivecrona, K.; 44.  
Orgaz, A.; 89.

## P

Paschero, O.; 83.  
Passini, D.; 87.  
Pears, D.; 261.  
Perelman, Ch.; 56, 76, 113.  
Pole, D.; 89.  
Ponssa, E.; 87.  
Posada, A.; 87.  
Pound, R.; 64, 86, 87.  
Prieto, E.; 43.  
Puig Brutau, J.; 52, 53, 86, 87.

## R

Rabossi, E. A.; 11, 132, 270.  
Recassens Siches, L.; 70.  
Riaza, R.; 87.  
Richards, I. A.; 43.  
Robinson, R.; 100, 101, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 125, 126.  
Roguin; 184.  
Ross, A.; 43, 46, 56, 61, 76, 84, 85, 115, 119, 127, 184, 189, 215, 308, 309.  
Rotondi, M.; 55.  
Rousseau, J. J.; 279.  
Rovira Armengol, I. J.; 41.  
Rumelin, M.; 87, 126.  
Russell, B.; 47, 68, 69, 70.  
Ryle, G.; 187.

## S

San Agustín; 115, 117.  
Sánchez Agesta; 249, 255.  
Sánchez Sarto, M.; 45.  
Schmitt, K.; 246, 248, 249, 250, 274.  
Schoch, M. M.; 75.  
Solari, H. J.; 11.  
Soler, S.; 10, 13, 14, 50, 52, 63, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 134, 143, 149, 150, 256.  
Spinoza, B.; 251, 252.

Stebbing, L. S.; 47.  
Stenius, E.; 263.  
Stevenson, Ch. L.; 24, 43, 45, 45, 104, 110, 111, 127.  
Stoll, H.; 87.  
Stone, J.; 86, 87.  
Strohm, E.; 285, 287.  
Stroll, A.; 267, 268.  
Summers, R.; 217.  
Sutherland; 290.

## T

Tarello, G.; 88.  
Toulmin, S.; 114.

## U

Urmson, J. O.; 40.

## V

Vázquez, E. A.; 11.  
Vera Villalobos, E.; 55.  
Vernengo, R. J.; 10.  
Ves Losada, A.; 105.  
Viehweg, T.; 74.

## W

Waismann, F.; 35, 48.  
Weber, M.; 82, 84.  
Weldon, T. D.; 118, 123.  
White, M.; 88, 127.  
Williams, G.; 43, 45, 48, 77, 123, 126, 262.  
Wisdom, J.; 123.  
Wittgenstein, L.; 29, 39, 47, 48, 88, 238, 261, 262, 263, 264.  
Wroblewski, J.; 74.

## X

Xifra Heras; 246, 248, 249.

## INDICE

	<i>Pág.</i>
Prólogo a la primera edición .....	9
Prólogo a la segunda edición .....	11
Prólogo a la tercera edición .....	13

### I

## LENGUAJE, INTERPRETACION Y DESACUERDOS EN EL TERRENO DEL DERECHO

### PRIMERA PARTE

#### SOBRE LOS LENGUAJES NATURALES

I. — <i>Una situación simple y dos preguntas</i> .....	17
II. — <i>La primera pregunta: ¿Qué hizo Fulano al decir "X"?</i> ....	19
1. Sobre los usos del lenguaje .....	19
2. Sobre el llamado "significado emotivo" de las palabras	22
3. "Significado emotivo" bajo ropaje descriptivo .....	24
4. Sobre las discrepancias entre los juristas. Remisión ....	25
III. — <i>La segunda pregunta: ¿Qué quiere decir "X"?</i> .....	26
1. El uso de palabras generales .....	27
2. Ambigüedad .....	28
3. Vaguedad .....	31
4. La textura abierta del lenguaje .....	35
Notas y Comentarios .....	37

### SEGUNDA PARTE

#### SOBRE LA INTERPRETACION EN EL DERECHO

I. — <i>Lenguaje jurídico y lenguaje natural</i> .....	49
1. Tesis .....	49
2. Una posible objeción .....	49
3. Contrarréplica .....	51
II. — <i>Casos típicos y casos marginales</i> .....	55



1. Distintos tipos de casos .....	55
2. Descubrir y adjudicar un sentido .....	56
3. Tres consecuencias .....	58
III. — <i>Dos tipos de uniformidad deformante</i> .....	61
1. La posición formalista .....	62
2. La reacción "realista" .....	64
IV. — <i>Dos críticas al formalismo</i> .....	66
1. Primera crítica: "Umbral" vs. "Zona de penumbra" .....	66
2. Segunda crítica: El carácter infinito de las combinaciones posibles y la regla o reglas de selección .....	69
V. — <i>Una crítica a formalistas y realistas</i> .....	70
Notas y Comentarios .....	73

### TERCERA PARTE

#### SOBRE LOS DESACUERDOS ENTRE LOS JURISTAS

I. — <i>Generalidades: Recapitulación</i> .....	91
II. — <i>Distintos tipos de desacuerdos</i> .....	95
1. Seudo-disputas originadas en equívocos verbales .....	93
2. Seudo-desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas .....	97
3. Disputas sobre clasificaciones .....	98
4. Controversias sobre la "naturaleza jurídica de una institución" .....	100
5. Controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto .....	103
III. — <i>"Los jueces crean derecho"</i> (Examen de una polémica jurídica) .....	105
1. La controversia .....	105
2. ¿Es una cuestión de hecho? .....	106
3. ¿Es una cuestión puramente verbal? .....	107
4. La controversia como desacuerdo de actitud .....	110
Notas y Comentarios .....	115

## II

#### ALGUNAS PALABRAS SOBRE LAS PALABRAS DE LA LEY

### CAPÍTULO I

#### INTRODUCCION

1. Introducción .....	133
-----------------------	-----

### CAPÍTULO II

#### SINTESIS DE LAS POSICIONES ENCONTRADAS

1. Síntesis de la posición criticada .....	135
2. Intermedio .....	141
3. Síntesis de las críticas .....	143

### CAPÍTULO III

#### CONFRONTACION Y BALANCE DE LAS DOS POSICIONES

1. Introducción .....	149
2. Una interpretación de "La interpretación de la ley" ....	151
3. ¿Fue correcta esa interpretación? .....	152
4. Intento de conciliación .....	156
5. Fracaso del intento de conciliación .....	157
6. Algunas conclusiones .....	166
7. Final .....	168

## III

#### SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER JURIDICO

### PRIMERA PARTE

#### INTRODUCCION

Introducción .....	171
--------------------	-----

### SEGUNDA PARTE

#### SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER JURIDICO

Sobre el concepto de deber jurídico .....	177
---	-----

## IV

#### PRINCIPIOS JURIDICOS Y POSITIVISMO JURIDICO

Capítulo I. — Introducción .....	197
Capítulo II. — Un modelo no jurídico .....	199

Capítulo III.	— Un significado de la expresión “Principio jurídico” .....	203
Capítulo IV.	— Otros significados de la expresión “Principios jurídicos” .....	209
Capítulo V.	— Los principios jurídicos y el positivismo jurídico: primera aproximación al tema .....	213
Capítulo VI.	— El “modelo de reglas” .....	217
Capítulo VII.	— Un modelo “antipositivista” .....	221
Capítulo VIII.	— Un modelo de reglas específicas, standards y principios .....	225
Capítulo IX.	— Conclusión .....	233

## V

## SOBRE LOS LIMITES DEL LENGUAJE NORMATIVO

## PRIMERA PARTE

## LOS LIMITES

I.	— Tres aclaraciones iniciales .....	237
II.	— Sobre los límites internos del lenguaje normativo .....	238
III.	— Sobre el lenguaje normativo y algunas de sus presuposiciones contextuales .....	239
IV.	— Sobre los límites externos del lenguaje normativo .....	241
V.	— Conclusión .....	257

## SEGUNDA PARTE

## NOTAS Y COMENTARIOS

I.	— La exploración de los límites del lenguaje como tarea de una filosofía crítica .....	261
II.	— Límites internos y límites externos del lenguaje .....	263
III.	— Excusa y justificación .....	265
IV.	— Implicación contextual .....	266
V.	— Los juristas y la falacia denunciada por Hume .....	270
VI.	— El concepto spinoziano de “Dios” (o “naturaleza”) y su comparación con el concepto “poder constituyente originario” .....	274

VII.	— Breve referencia al concepto de soberano de la escuela de jurisprudencia analítica .....	275
VIII.	— El lenguaje de la teoría política .....	277

## VI

## “SENTENCIA ARBITRARIA”

Sentencia arbitraria .....	283
----------------------------	-----

## VII

LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES  
DE W. N. HOHFELD

Indice de nombres .....	319
-------------------------	-----

Se terminó de imprimir el 17 de enero de 1986,  
en GRAFICA PAERNOR S. R. L., sito en calle  
Nicaragua 4462, Buenos Aires, y fue encua-  
dernado en los Talleres de Encuadernación  
DISTEFANO, calle Bacacay 2844, Buenos Aires.

I  
II  
IV  
V.  
VI