

## NOCIONES GENERALES DE DERECHO

### I - Concepto de derecho.

Si nos preguntamos qué es derecho? podríamos obtener muy variadas respuestas y eso que se trata de una pregunta formulada con bastante frecuencia.

El interminable debate teórico sobre el contenido y la naturaleza del derecho, contrasta, extrañamente, con la capacidad de la mayoría de los hombres para citar ejemplos de derecho.

Debemos comenzar por aclarar que la palabra "derecho" es ambigua y que para colmo padece de la peor ambigüedad, pues no sólo se trata de la mera sinonimia accidental, - por ejemplo la de la palabra "banco" (banco como elemento para sentarse y banco, entidad financiera), sino la constituida por el hecho de tener varios significados estrechamente ligados entre sí.

- 1) El derecho argentino prevé la pena capital.
- 2) Tengo derecho a vestirme como quiera.
- 3) El derecho es una de las disciplinas teóricas más antiguas.

En la primera proposición se hace referencia a lo que con mayor precisión se denomina "derecho objetivo" o - sea un ordenamiento o sistema de normas (por ejemplo conjunto de leyes, decretos, costumbres).

En la segunda se usa como "derecho subjetivo", es la facultad, atribución o permiso.

En la tercera acepción se refiere a la investigación, al estudio de la realidad jurídica, que tiene como objeto el derecho en las otras dos acepciones.

En general, para evitar confusiones, se convie-



ne en que "derecho" a secas denota el ordenamiento jurídico y que los demás sentidos sean mencionados como "derecho subjetivo" y "ciencia del derecho".

Pero que resulta que también la expresión es vaga y tiene una fuerte carga emotiva.

Una carga emotiva favorable, pues nombrar con esta palabra a un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir la adhesión de la gente.

Cuando una palabra tiene carga emotiva, esto -afecta su significado cognoscitivo, por que cada uno extiende o restringe el uso del término para abarcar o dejar fuera los fenómenos que aprecia o que rechaza, según el significado sea emotivamente favorable o desfavorable.

Las connotaciones emotivas de la palabra derecho, se deben a que los fenómenos jurídicos están estrechamente relacionados con valores morales, en especial el de la justicia.

## II - Derecho Positivo y Derecho Natural.

Hay una vieja polémica entre el denominado "derecho natural", mejor dicho entre los iusnaturalistas y los -positivistas, es decir los sostenedores del "derecho positivo". Polémica que en realidad gira alrededor de la relación -existente entre derecho y moral.

A grandes rasgos y en una descripción bastante simplista del contenido de esa polémica puede decirse que -mientras el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre el derecho y la moral, el positivismo jurídico -niega tal conexión.

El iusnaturalismo puede caracterizarse diciendo que su concepción consiste en sostener conjuntamente estas -

dos tesis:

a) Una tesis de filosofía ética que sostiene - que hay principios de moral y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.

b) Una tesis acerca del concepto del derecho, - según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales y de justicia.

Los matices dentro del iusnaturalismo y que dan pie a las diversas tendencias se centran en el origen o fundamento de esos principios morales o de justicia que conforman el llamado derecho natural:

origen en Dios - iusnaturalismo teológico  
en la razón humana - iusnaturalismo racional  
a partir del desarrollo de la historia humana - historicista

Mucho más difícil resulta caracterizar el positivismo, pues esta expresión es ambigua, algunos autores que son o han sido positivistas lo niegan, es una palabra con carga emotiva.

Hay también en esta gran tendencia diferentes matices, pero en realidad coinciden en caracterizar al derecho, en dar un concepto en términos no valorativos y haciendo alusión a propiedades fácticas, sin ninguna posición valorativa acerca de cómo deben ser las normas jurídicas y cuál es la actitud que debe adoptarse frente a ellas.

Decimos entonces que el positivismo puede extenderse desde una postura extrema, denominada positivismo ideológico que sostiene que cualquiera que sea el contenido de la norma de derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas



por la población y aplicable por los jueces (con lo que se legítima cualquier sistema).

En el otro extremo encontramos a los también positivistas (conceptuales) que dicen que cierto sistema es un orden jurídico pero que si es demasiado injusto no debe ser obedecido, la diferencia con el iusnaturalismo es que éste dirá que entonces no es un orden jurídico.

Un caso especial es el de Hans Kelsen, eminente pensador de la escuela vienesa, que dejó de lado el crudo positivismo, fue el autor decisivo en lo que atañe al análisis del pensamiento jurídico.

El marcó toda una época con su famosa Teoría Pura del Derecho.

El sostiene que las normas jurídicas existen en tanto y en cuanto son válidas o tienen fuerza obligatoria. Tal validez o fuerza obligatoria deriva, de su famosa norma básica que dice lo que en un orden coactivo eficaz "debe ser". No es una norma moral sino una hipótesis de trabajo. Como este autor pretende fundar una ciencia jurídica valorativamente neutra, rechaza la pretensión iusnaturalista de que la validez o fuerza obligatoria de las normas jurídicas deriva de sus concordancias con principios morales o de justicia.

Se accede así a la verdadera realidad jurídica, compuesta por entidades denominadas "normas jurídicas que pertenecen al mundo del "debe ser", Kelsen no dice que haya una obligación moral de obedecer o aplicar toda norma jurídica, él no niega que los jueces puedan dejar de aplicar en sus decisiones normas jurídicas por razones morales, él solo habla de la aceptación hipotética de la norma básica por parte de los juristas teóricos para describir -no para aplicar- el derecho.

Nosotros diremos que el derecho es un sistema - normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa.

Como vimos, en la doctrina tradicional del derecho natural hay un carácter ideológico. En el derecho positivo, el derecho y la moral son dos cosas distintas.

Dice Kelsen: el derecho positivo y la moral son órdenes normativos distintos uno de otro. Esto no significa - que sea menester renunciar a que se juzgue el derecho de bueno o malo, justo o injusto, solo considerándolo distinto podemos calificarlo.

La crítica valorativa de un objeto, de un individuo o de una institución presupone una comparación con otros que pertenecen a la misma especie por compartir, todos, ciertas propiedades fácticas. Cuando uno dice que un objeto es un mal cuchillo o que una persona es un mal profesor o un mal - alumno, no se dice que sea mal objeto o mala persona, si el - mero hecho de ser malos los excluyera de la clase de los cuchillos o de los profesores o de los alumnos, ya no podríamos predicar de ellos que son malos y no podríamos comparar.

Lo mismo ocurre con el concepto de derecho, si decidiéramos que este concepto solo es aplicable a los sistemas buenos o justos, no podríamos hacer comparaciones entre - un sistema jurídico bueno y otro malo, porque este último sistema no sería un sistema jurídico.

El sistema jurídico impuesto en la Alemania Nazi, nos choca como tan radicalmente injusto, precisamente por haber sido un sistema jurídico, o sea un sistema que compartía ciertas propiedades fácticas comunes con el sistema francés o el norteamericano, si lo viéramos como un orden normativo de una organización delictiva y no como un orden jurídico,



lo seguiríamos considerando aberrantes, pero dejaríamos de percibir claramente la horrenda iniquidad involucrada en la implantación de un sistema respaldado por el monopolio de la fuerza en un cierto territorio, constituido por leyes y aplicado por jueces y funcionarios, pero que a diferencia de otros sistemas que comparten estas propiedades, no estaba dirigido a garantizar a toda la población condiciones de vida razonablemente equitativas y seguras, sino a asegurar el predominio de otras razas.

Consecuentemente, agrupamos conceptualmente en una misma clase a sistemas normativos que presentan rasgos comunes de índole fáctica, de relevancia para todo análisis social y de ese modo los diferenciamos de otros fenómenos sociales. Si no utilizáramos la palabra derecho para denominar a todos los miembros de esa clase, tendríamos que inventar otra, por ejemplo flux.

El resultado de esta discusión nos permite concluir las razones de peso en favor de la posición adoptada por el positivismo conceptual respecto de la definición del derecho. Por eso la propuesta positivista de autores como Hart, Ross, y Kelsen de definir "derecho" como un sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa.

El que considera justa o injusto un orden jurídico o algunas de sus normas, se funda, a menudo, no sobre una norma puesta, sino presupuesta por él.

Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. También podría colocarse en la otra postura y decir que es justo porque garantiza la seguridad social.

La cuestión es el valor que consideremos preemi

mente.

El juicio de valor tiene pues un carácter subjetivo.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden, siendo tal, es justo o injusto.

La teoría pura del derecho se esfuerza, pues, por eliminar el elemento ideológico al brindar la definición de orden jurídico y en consecuencia, de norma jurídica.

### III - La ciencia del derecho.

Entonces inquirir el concepto de sistema jurídico, habrá de llevarnos al famoso concepto del derecho, si es que como acordamos utilizamos esta última palabra, en el sentido de derecho objetivo, como sinónimos.

El sistema jurídico es un sistema normativo, de interferencias intersubjetivas, con carácter coercitivo institucionalizado, es decir que regula el empleo de la fuerza como monopolio de ciertos órganos. Es el objeto de la ciencia del derecho.

Digamos desde ya que no obstante que es universalmente aceptado que el derecho es una ciencia, no ha habido precisión en cuanto a la determinación de su objeto.

La intangibilidad del derecho como objeto de la ciencia del derecho, dada la evolución que ha sufrido, sufre y sufrirá, hizo decir a un agudísimo estudioso que la ciencia del derecho no existía. Este estudioso llamado Kirschman, que era procurador del rey en Prusia en 1847 decía: el sol, la luna, las estrellas, brillan hoy al igual que hace milenios, las plantas crecen igual, el derecho ha variado con el tiempo, el matrimonio, el Estado, la familia han variado y seguirán haciéndolo. Si tras largos esfuerzos se ha llegado a des-



cubrir las leyes de la naturaleza esas leyes valen tanto para el presente como para el futuro, no sucede lo mismo con la disciplina del derecho. Dos palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir bibliotecas enteras en basura.

Si se presta atención a las críticas de Kirchmann se advierte que apuntan al objeto. Mientras el mundo de la naturaleza está creado de una vez y para siempre, el del derecho es algo inestable porque se re-crea de continuo.

En esta postura hay una comprobación rigurosamente correcta y es que lo jurídico no se presta a ser aprehendido científicamente con la manera propia de las ciencias naturales. Pero esa no es la única forma posible de conocimiento científico.

Y esta aseveración nos acerca al tema de las: Ciencias causales y las ciencias normativas.

Las ciencias causales son en principio las ciencias naturales en las que la condición es una causa y la consecuencia su efecto, sin perjuicio de que el principio de causalidad ha sido también aplicado a las conductas humanas consideradas como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza, en la medida en que la psicología, la historia o la sociología busquen explicar conductas humanas estableciendo entre ellas relaciones de causa a efecto,

Otras ciencias sociales, por ejemplo del derecho, aplican el principio de imputación que caracteriza a las ciencias normativas:

Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igual. Sería difícil, sin embargo admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, com-



parable a la de la dilatación de los metales.

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de la relación no es la misma en los dos casos.

Principio de causalidad: Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá.

Si un metal es calentado se dilatará.

Principio de imputación: Si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse.

El ladrón debe ser encarcelado.

Si alguien os presta un servicio -  
debeis agradecerlo.

En el principio de causalidad la condición es causa y la consecuencia es efecto. No interviene ningún acto humano o sobrehumano.

En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte la causalidad no conoce punto final, pues hay por definición cadenas infinitas de causas y efectos.

En cambio el acto bueno al cual se imputa la gratitud, o el robo al cual se imputa el encarcelamiento son el punto final de la imputación.

Lo que es decisivo en la imputación, a la inversa de lo que ocurre con la causalidad, es que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma jurídica, o religiosa o moral establece la condición de una consecuencia específica.

Hacemos esta diferenciación, para ubicar a la ciencia del derecho entre las ciencias normativas. Para él como ciencia normativa, la sociedad es un orden normativo constituido por un conjunto de normas. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a las normas.

En primer lugar la ciencia del derecho, que estudia su objeto en sus dos aspectos estático y dinámico, es decir como ese sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres y también la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado ese sistema normativo,

La ciencia del derecho estudia el derecho vigente. Se pregunta la ciencia del derecho: ¿Qué ha sido establecido como derecho por un cierto sistema?.

En su indagación dogmática del derecho aquí y ahora, está de algún modo también en contacto con el derecho en su universalidad y necesidad, con las verdades universales y necesarias que constituyen el objeto del estudio de la filosofía jurídica. Sólo que la ciencia del derecho, no hace investigación de ellas, no son objeto de su estudio, son los supuestos sobre los que descansa su indagación empírica.

El jurista estudia el sentido de un hecho aquí y ahora. Este sentido es el deber ser de un hombre con relación a otro (Ud. no debió hacer eso, lo pueden demandar) sentido precisado y fijado en definitiva por la comunidad, la que no solo se expresa en términos generales o genéricos (leyes, costumbres) sino que también individualiza sus juicios por intermedio de órganos adecuados, en los casos particulares ocurrentes (jurisdicción).

En relación a ese sentido de conducta, a ese deber ser o debe hacer vigente en una comunidad determinada, se



caracteriza la ciencia del derecho como su indagación intencional, conciente, metódica, racional, con pretensión de verdad objetiva (y por lo tanto de validez intersubjetiva) destinada a la comunicación y formulada, por tanto, en conceptos de la mayor exactitud y en juicios ordenados y trabados sistemáticamente.

Por su parte, la filosofía del derecho busca el conocimiento absoluto de lo jurídico, un conocimiento rigurosamente universal y necesario sobre lo jurídico.

La filosofía jurídica impone al interés cognoscitivo, un giro crítico, reflexivo, haciendo objeto de su investigación a la propia ciencia dogmática.

La historia del derecho se ocupa del cambio temporal efectivamente ocurrido desde la organización legal desconocida en las comunidades primitivas hasta las instituciones jurídicas de las sociedades contemporáneas.

La historia del derecho es parte de la historia de la cultura y se basa en los siguientes postulados:

- a) Para comprender mejor un ordenamiento jurídico hay que indagar el proceso de su desenvolvimiento;
- b) las series históricas deben relacionarse entre sí, integrando cada institución y su devenir en el derecho nacional y en el comparado.

La sociología del derecho se ocupa de los procesos que condicionan o determinan causalmente el cambio o desarrollo del derecho, trata de describir las condiciones sociales del medio, de profundizar sobre leyes generales, pues apunta hacia estructuras que tipifican y circunscriben el curso de los acontecimientos humanos.