Universidad Nacional de San Juan
Facultad de Ciencias Sociales
Departamento de Ciencias Jurídicas
Carrera de Abogacía
Curso de Nivelación Ingreso 2020

Nociones de Derecho

Autor del documento: Gerardo Tripolone

Índice

Presentación 4
I. ¿Qué es el derecho? 5
Dos precauciones 6
El derecho, producto humano 7
El derecho, producto social 8
¿Y si el hombre no fuera un animal social? 10
El derecho, producto histórico 11
El derecho como orden de conducta 13
No todo orden de conducta es derecho 14
II. ¿Qué es una norma jurídica? 17
Lenguaje y derecho 17
Normas y enunciados normativos 18
Algo que debe suceder 19
Reconocer una norma 21
Validez de la norma jurídica 22
Normas coactivas, exigibles por una autoridad 23
Tipos de normas jurídicas 25
Generales y particulares 26
Escritas y no escritas 27
Directivos y justificativos 28
Normas y principios 29
Recapitulación 31
III. ¿Tiene que ver con la moral? 32
Algunos casos difíciles 32
Tú no eres de aquí 32
¡No escaparás! 33
Obediencia debida 33
Moral y derecho 34
Dos maneras de entender el derecho 35
Iusnaturalismo 36
Iuspositivismo 38
La inevitable inclusión de la moral 40
¿Cuándo actuamos *bien*? 40

¿Qué diría papá Bentham? 41
Aristóteles educador 42
¡Si Kant te viera! 43
Recapitulemos 44
¿Y para qué todo esto? 44
IV. ¿Qué es la Ciencia Jurídica? 46
Los científicos usan guardapolvo 46
¿Qué es una ciencia? 46
Ciencia jurídica, ciencia social 47
Pero, ¿queremos ser "científicos"? 48
Entonces, ¿qué hace un jurista? 49
Describir 49
Sistematizar 52
No le digas lo que debe hacer 53
Dogmática jurídica 55
Otras ideas sobre la ciencia jurídica 56
Una ciencia para el iusnaturalismo 56
Dígame lo que sucede realmente 57
El derecho y el poder o el derecho es poder 58
V. ¿Qué hace un abogado? 60
Una de Abogados 60
Un estudio propio 61
Del otro lado del mostrador 63
Mejor un mal arreglo que un buen juicio 65
Otros poderes del Estado 67
Enseñanza e investigación 68
Otras posibilidades 69
Lo que este país necesita, ¿es más abogados? 69
Más preguntas, señor Juez. A modo de epílogo y de prólogo 72

Presentación

¡Bienvenido a la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de San Juan! Desde el módulo de Nociones de Derecho, será un placer acompañarlo en este recorrido por algunas preguntas fundamentales sobre el derecho.

El gran músico argentino Gustavo Cerati escribió en la canción "Magia" que *nada me importa más que hacer el recorrido /Más que saber a dónde voy.* Lo que buscamos es plantear preguntas interesantes y comenzar a andar el camino de posibles respuestas. No importa, por ahora, a dónde lleguemos. Lo importante es el recorrido.

Algunas de las preguntas quizás ya se las hizo. Otras son nuevas. Vamos a pensar, debatir y generar ideas. ¿Está preparado?

I. ¿Qué es el derecho?

“¡No hay derecho a que hagan eso!”. “Tengo derecho a transitar libremente”. “Queremos que respeten el derecho de la población”. “Trabajar es un derecho”. “Nadie se preocupa por los derechos de los pueblos originarios”. “El derecho civil regula las conductas privadas de las personas”. “Los animales deberían tener derecho”. “Según el derecho penal, usted debería estar preso”. “Voy a estudiar derecho”.

Habrá escuchado esta y otras muchas frases similares. Usted tal vez dijo alguna de ellas frente al televisor, con sus amigos o en familia. En todas se utiliza el término derecho. Quizás apeló al término derecho para argumentar una posición o reclamar algo que cree pertenecerle. Pensó que no había “derecho” para cobrar una entrada a un lugar público o que el “derecho” lo protegía frente a los ruidos molestos del vecino.

Hoy está interesado en estudiar “derecho” y por eso decidió inscribirse a la carrera de Abogacía. Hay muchas razones para hacerlo, algunas de las cuales tienen que ver con su voluntad personal, vocación o aptitudes individuales. También pueden influir tradiciones familiares o amigos que lo entusiasmaron con la carrera. Quizás está fascinado con *La ley y el orden*, leyó a John Grisham.

Es probable (ojalá que así sea) que quiera defender alguna causa justa y piense (con razón) que la abogacía le ayudará: luchar contra daños ambientales, defender a pobres, excluidos, estafados o desamparados. Otros querrán una carrera política y consideran (con razón) que como abogados tendrán buenos conocimientos para ser asesor, diputado, senador u ocupar algún ministerio. Tal vez quiera ser juez o defensor oficial o fiscal.

Es también posible que busque los conocimientos jurídicos porque considera que le ayudará para continuar algún negocio familiar. Quizás usted sea policía o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad y le interesa profundizar sus conocimientos en derecho. O, simplemente, usted quiere *saber* más, conocer más sobre el derecho, por el saber mismo.

¡Bienvenidos todos a este curso!

Sea cual fuere el motivo, usted intuye qué hace un abogado y/o conoce abogados de carne y hueso (los hay sin alma, pero ninguno sin huesos). Sin embargo, ¿conoce el derecho? ¿Ha visto usted al derecho? ¿Sabe lo que es el derecho? ¿Podría definir qué es el derecho?

Se lo diré sin tapujos. Usted va a estudiar la carrera que en Argentina se llama Abogacía, pero en otras partes del mundo se la conoce como Licenciatura en Derecho. Ha escuchado hablar del derecho penal, constitucional, laboral, civil, comercial, ambiental, etc. Conoce de derechos humanos, derecho internacional, provincial y procesal. Sabe que el derecho penal condena el homicidio, que el derecho constitucional le atribuye ciertas facultades al Congreso Nacional y que el civil permite el matrimonio entre dos personas.

Ahora bien, ¿qué sabe del derecho, a secas? Si ha decidido estudiar derecho es porque alguna noción de lo que va a estudiar tiene, ¿o no? Quiero que detenga su lectura y medite sobre la siguiente pregunta: ¿qué estudiaré a lo largo de los próximos cinco, seis o más años?

¿Lo pensó? ¿Logró alguna respuesta? ¿No? ¡No se preocupe! Es muy normal. Uno de los problemas básicos que presentan las ciencias sociales (y el derecho lo es) es la determinación de su objeto de estudio. Podríamos hablar de una *in*determinación del objeto de estudio.

La pregunta por el derecho
La filosofía del derecho es una rama de la filosofía que se pregunta por el derecho. Sus preguntas básicas son: (i) qué es el derecho; (ii) cómo *debería* ser el derecho idealmente y (iii) cómo se justifica el conocimiento jurídico. Estas cuestiones atravesarán su carrera. No esperamos contestarlas en este trayecto, pero sí empezar a preguntarnos sobre ellas.

A la ciencia política le cuesta definir qué es la política, a la sociología qué es la sociedad, a la ciencia de la comunicación, qué es la comunicación. Con la ciencia jurídica (o ciencia del derecho) pasa algo similar. No sabemos bien qué es el derecho. No sabemos cuál es nuestro objeto de estudio. Decimos estudiar el derecho, pero nos cuesta precisar qué es.

Esto no es algo exclusivo de los ingresantes de Abogacía. Es más, cientos de abogados se egresan de las universidades del país por año, millones lo hacen en todo el mundo y muy pocos de ellos podrían dar una definición de derecho con algún tipo de precisión y sin incurrir en vaguedades.

Aún más: ofrezco que quien esté leyendo haga la prueba de consultar a un abogado consagrado, de esos que poseen matrículas de algún colegio profesional[1] de número bien bajo. Diríjase a uno de esos abogados versados en la materia. Pregúntele: "Doctor – porque a los abogados les gusta que le digan doctor aunque no sea totalmente preciso–, ¿qué es el derecho?". No se asuste si trastabilla, comienza a transpirar, se acomoda la corbata o, en el mejor de los casos, da rodeos interminables (típicamente abogadiles) para no decir mucho. Lo más probable es que usted quede insatisfecho.

Y aunque me gane broncas en mi gremio, pruebe preguntándole a un docente en ciencias jurídicas (no de Introducción al Derecho o de Filosofía del Derecho, porque ellos *se dedican* a precisar qué es el derecho). Digamos, tome a un profesor de Derecho Penal, Derecho Civil o Derecho Financiero, por nombrar algunas ramas. Quizás tenga suerte y el profesor sea un cultor de la Teoría del Derecho. Sin embargo, es muy posible que el interpelado titubee, evada la pregunta o, en caso de dar una definición, ésta sea bastante desilusionante.

¡Pero Atención! Es posible que el egresado, abogado o docente dé una definición corta y contundente. Una definición del tipo: "el derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la sociedad". O "el derecho es la justicia". En ese caso, agradézcale su amabilidad, salúdelo cortésmente y vuelva a estas páginas para contrastar la rápida definición del afable interlocutor con las discusiones que veremos.

Dos precauciones

Quiero advertirle dos cosas. Se dice que el que avisa no traiciona. No es para que se arrepienta y abandone Abogacía. Simplemente quiero precaverlo de posibles malos entendidos.

Precaución número uno: dude de las afirmaciones contundentes y definiciones asumidas como verdad. Como pensaba el filósofo de la modernidad René Descartes, use la duda como método de trabajo. Lee en un libro una definición e inmediatamente se

[1] ¿Qué es un colegio profesional? Puede averiguarlo muy fácilmente si piensa en el Foro de Abogados de San Juan. Seguro encontrará a quién preguntarle o información en internet al respecto.

cuestiona si está bien, si le parece sólida, coherente. Medite críticamente sobre lo que está leyendo en este texto. Y sobre lo que escuche en clases. Dude, sobre todo, de lo que usted mismo dice y piensa.

Precaución número dos: dude de quienes asumen una definición como *la* definición de derecho. Esa persona probablemente sea dogmática. ¿Quién es una persona dogmática? Es aquella que asume la verdad de una o varias afirmación/es sin discutirla/s. Acuérdese de los dogmas religiosos. Ningún cristiano puede discutir la deidad de Cristo. Pero no estamos en la Iglesia. En las aulas de derecho discutiremos las definiciones. No asumiremos nada como sabido *porque lo dijo alguien*.

Por eso, lo que vamos a hacer ahora es pensar sobre el derecho para intentar rastrear ciertos rasgos típicos, pero *no vamos a imponer ninguna definición*. Porque no pensamos que haya *una*. Lo que hay es un debate permanente que interpreta el concepto de derecho. Un diálogo siempre inacabado sobre lo que es el derecho.

¡Bienvenido al debate! Luego del recorrido que haremos usted será libre de valorar las distintas posiciones y está invitado a participar del diálogo. A pensar cuál es el sentido que mejor le cabe al derecho.

El derecho, producto humano

Cuando usted nació, nació en una sociedad con un orden jurídico particular. Para decirlo gráficamente, había un Código Civil que regulaba las relaciones familiares que surgieron con su nacimiento. Para usted y para mí, la legislación argentina es previa a nosotros y seguirá existiendo cuando ya no estemos.

Sin embargo, el derecho no es anterior al ser humano como especie. El derecho es un producto cultural. ¿Qué significa que sea un producto cultural? Que es generado por el quehacer humano. La cultura puede entenderse en dos sentidos, uno subjetivo y uno objetivo. En el sentido subjetivo implica el *cultivo* de la persona. Etimológicamente cultura proviene de cultivar. Por tanto, una persona es culta en la medida en que está cultivada, que ha aprehendido saberes, conocimientos, etc.

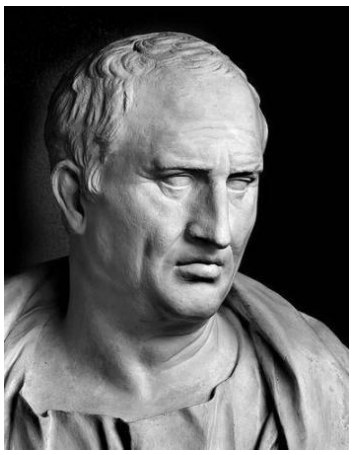
Una creación de la humanidad
"Una de las grandes creaciones de la humanidad es el derecho, tan grande como el arte y la ciencia". Carl Joachim Friedrich, *La filosofía del derecho*, 1955, p. 328.

En sentido objetivo, la cultura es todo producto de la labor humana. Los árboles, los animales o el cielo no son productos humanos. Sin embargo, una obra de arte, una computadora o un texto sobre derecho para ingresantes de Abogacía son ejemplos de objetos culturales. No están en el mundo con antelación a la creación de los seres humanos.

Con el derecho sucede lo mismo. La primera precisión acerca del objeto de estudio de las ciencias jurídicas es que estudiamos un producto humano. Fíjese que las ciencias naturales estudian objetos, justamente, naturales. Por ejemplo el biólogo que estudia el comportamiento de un insecto. El insecto no es producto del hombre. Al contrario, el jurista estudia un producto humano, como es el derecho.

Al menos esta es la concepción actual y quizás la más aceptada. Veremos más adelante que existen posiciones que hablan de un derecho inmutable, previo y con independencia de la intervención humana. El filósofo, político y jurista romano Cicerón, afirmaba que el derecho es "algo eterno que rige al mundo entero por la sabiduría de lo que ordena y de lo que prohíbe" (*De legibus*, II, 4). Como heredero de la filosofía estoica, Cicerón pensaba que el derecho formaba parte de una ley universal que rige

todo el universo. Las plantas, el cosmos, los animales, la naturaleza en general tienen su ley. Los hombres también. Esa ley es independiente de lo que quieran o crean los seres humanos. Al hombre le toca conocer la ley, pero no producirla.



Busto de Marco Tulio Cicerón

Esta idea, sumamente interesante, se contrapone a la que ve en el derecho un producto puramente humano. Que el derecho sea un producto humano no significa que el hombre pueda existir *sin* derecho. Alguien podría decir que el derecho es algo *natural* pero sólo en el sentido en que siempre que hay un grupo humano (más de una persona que se relacionan) existe derecho, aun cuando no esté escrito. Sin embargo, la forma y el contenido que toma ese derecho *no es* natural, en el sentido en que no es inmutable ni universal ni necesario. Cada sociedad produce su orden jurídico, aun cuando no exista sociedad sin derecho.

Esto, que parece banal, es fundamental y a veces es olvidado. Mauro Benente, profesor de derecho de Buenos Aires, advierte sobre el error de pensar al derecho como algo natural. Analizando algunos libros sobre derecho ve cómo ciertos autores hablan de que tal ley "nació" en tal año, o que el Código tal "surgió" en una época determinada (M. Benente, "Derecho y derecha. Notas sobre enseñanza de derecho", *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia*, 76, pp. 296-301). ¿Nacer? ¿Surgir? ¡No son animales ni plantas! El derecho no nace ni surge de forma espontánea. Nacer y surgir son términos que pueden ser usados en un sentido puramente figurativo para referirse al derecho. El derecho lo produce el ser humano. Es una obra del ser humano y de él depende.

El derecho, producto social

Si el derecho es un producto humano, entonces es social. Es famosa la afirmación del filósofo griego Aristóteles[2]: "el hombre [en sentido de ser humano] es un *zoon politikón*". *Zoon politikón* significa "animal político" (Aristóteles, *Política*, 1253a). Político viene de *polis*, que era la ciudad. ¿Por qué el hombre es un animal político? Porque no se puede ser hombre, pensaba Aristóteles, si no se vive en sociedad.

El razonamiento de Aristóteles es el siguiente:

a) El hombre posee *logos*, que significa "razón" y también "lenguaje". La razón, entendida como cierta capacidad exclusivamente humana, va ligada al lenguaje.

[2] ¿Conoce a Aristóteles? Seguro escuchó hablar de él. ¿Por qué no busca más información acerca de esta figura central del pensamiento occidental?

Razonamos mediante el lenguaje. Pensamos con el lenguaje. Y quienes no son racionales no poseen lenguaje.

- Aristóteles afirmaba que el resto de los animales que no son seres humanos poseen *phoné*, pero no *logos*. *Phoné* significa sonido. Cualquier animal emite sonidos, pero no habla. La *phoné* son los sonidos que utilizan los animales para expresar placer y dolor (los perros lloran). Los seres humanos también tienen *phoné* (también lloran). Sin embargo, a diferencia del resto de los animales, poseen *logos* que le permite razonar y comunicarse mediante el lenguaje.

b) El *logos* permite comunicarnos. En efecto, mediante el lenguaje y la razón nos comunicamos con las otras personas. Aristóteles afirma que el lenguaje nos permite decir "lo justo y lo injusto, lo conveniente y lo inconveniente".
c) Ahora bien, si el lenguaje sirve para comunicarse, entonces se necesitan dos personas para que se genere. Sólo hay lenguaje cuando hay interrelación humana.
d) La naturaleza, dice Aristóteles, no hace nada en vano. Si la naturaleza no hace nada en vano, significa que le otorgó el lenguaje por alguna razón.
e) La razón es que el hombre *debe* vivir en sociedad.

Fíjese entonces cómo llega Aristóteles a la conclusión de que el hombre es un animal social. Observa que tiene lenguaje. Si tiene lenguaje, es por alguna razón. La razón es la necesidad de que se relacione con otros seres humanos. Luego, el hombre es un animal social.

Aristóteles va tan lejos en su razonamiento, que afirma que el hombre que no vive en sociedad "es una bestia o un dios". En efecto, sólo una bestia o un dios pueden vivir por fuera de la sociedad.

Esta concepción aristotélica ha impactado hasta la actualidad en la idea que tenemos sobre los seres humanos. Casi intuitivamente afirmamos que los hombres son seres sociales. Creemos que no podríamos desarrollar todo nuestro potencial sin una vida en sociedad. Incluso no seríamos felices si no es en sociedad.

Pues bien: fíjese que en el subtítulo anterior vimos que el derecho es un producto humano. Si ahora decimos que el ser humano es un ser social, entonces es evidente extraer una conclusión: el derecho es un producto social.

Evidente, ¿no es cierto? El derecho surge porque deben regularse conductas entre seres humanos. Un individuo aislado no necesita derecho. Es más: en ese caso no existe el derecho.

La determinación de lo humano, un problema jurídico

Kasper Hauser fue un niño alemán que vivió entre 1812 y 1833. Fue hallado en la selva aislado de todo contacto humano. Kasper constituye el ejemplo típico de "niño salvaje". Su vida y su muerte están rodeadas de gran misterio. Lo interesante es que nunca pudo insertarse en la vida social, por más esfuerzos que se hicieron al respecto. Esto genera un problema jurídico fundamental que invito que piense profundamente. El niño no sabía hablar. No podía comunicarse por el lenguaje. El resto de las personas no le comprendían. Parecía *no tener razón*. No parecía manifestar el *logos* del que hablaba Aristóteles. Un individuo de esas características, ¿es un ser humano?

Esto que le parece evidente al lector tiene consecuencias sumamente importantes. Si el derecho es un producto social, entonces variará de acuerdo a la sociedad que genere ese derecho. No es lo mismo el derecho en América Latina que en Medio Oriente. El derecho en China no es igual al de Australia y los países europeos poseen órdenes jurídicos diversos a los africanos.

¡Obvio!, afirma quien lee estas líneas. Sí, es verdad, parece obvio. Sin embargo, ¿no ha escuchado hablar de los derechos humanos *universales*? ¿No se dice que los derechos humanos los tienen todos los seres humanos *por el hecho de ser tales*? Entonces, ¿no sería el derecho, al menos en ese caso, *igual* para todas las sociedades?

Lo repetiré en varias oportunidades, pero quisiera que recuerde esto de ahora en más: el derecho no es algo dado al hombre. El derecho es algo *producido* por el hombre *en un contexto social* particular y, por tanto, el derecho *está determinado* por ese contexto social.

¿Y si el hombre no fuera un animal social?

Aristóteles dice que el hombre *es* un animal social. Teniendo en cuenta que el derecho es un producto del hombre, la conclusión es que el derecho es un producto social. Pero mí lector atento se preguntará (y le preguntará al docente en clase): "¿y si el hombre no fuera un animal social?"

¡La pregunta es válida! La idea antropológica[3] de Aristóteles no es unánime. En el siglo XVII un gran filósofo inglés llamado Thomas Hobbes discutió la posición de Aristóteles. Recuerde el nombre de Thomas Hobbes, lo verá en varios momentos durante su carrera. Su obra más importante lleva el curioso título *Leviatán* y fue publicada en 1651.

Una de las ideas más controvertidas de Hobbes fue que el hombre *no* es un animal social. De hecho, al hombre no le gusta la sociedad. El hombre sólo se relaciona con otros seres humanos por interés, no por una supuesta naturaleza social (el ataque contra Aristóteles es directo).

En su origen, el hombre *no vivía* en sociedad. El hombre vivía solo y no se relacionaba con otros seres humanos más allá de la guerra y la confrontación. El hombre vivía en un estado de caos sin derecho, sin justicia y sin ley. Hobbes llamó a esa situación "estado de naturaleza".

¿Por qué estado de naturaleza? Porque no existía ningún orden social que controlase las pasiones del hombre. El hombre quiere poder y gloria, afirma Hobbes. Antes de que venga un poder político y jurídico que limite esas ansias de poder y gloria, los hombres tienden a pelearse entre sí. Incluso se matan por poder y por gloria.

De ahí que la vida en el estado de naturaleza sea "miserable" (son palabras de Hobbes). De ahí que el hombre haya querido salir de ese estado.

Para abandonar el estado de naturaleza, el hombre acordó la creación del Estado (con mayúscula) y un orden jurídico que limite las pasiones humanas. Con el acuerdo por la creación del Estado surgió el "estado civil" que se opone al "estado de naturaleza", sin ley ni justicia.

Ahora viene la respuesta a la impugnación del lector curioso: aunque, como Hobbes, usted piense que el hombre *no es* un animal social, el derecho surge sólo cuando el

[3] La antropología puede ser entendida como disciplina filosófica y, también, como una disciplina de las ciencias sociales. Aquí hablamos de la antropología como disciplina filosófica. La cuestión central de la antropología en este sentido es la pregunta por el *ser* del hombre. Por ejemplo, se cuestiona: ¿qué es el hombre?; ¿cuáles son sus características esenciales? O, mejor, ¿tiene características esenciales? O bien, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de "esencia" humana? También se pregunta por el *origen* del hombre y por la existencia de una *finalidad*.

hombre *traspasa* el estado de naturaleza (a-social, es decir, no social) a un estado civil y a la formación de la sociedad. Mientras el hombre viva en el estado de naturaleza, no hay derecho. No lo hay porque el derecho sólo es concebible en un contexto social.

Gregory Peck (izquierda) representa al abogado Atticus Finch, quien defiende en juicio a Tom Robinson (Brock Peters), acusado de abuso sexual en *Matar a un ruiseñor* (1962). La discriminación racial presente en Estados Unidos durante la época en que la película está ambientada (década de 1930) influía en el derecho y en las decisiones judiciales.

El derecho, producto histórico

Si es humano y social, es histórico. "El derecho –afirma el filósofo alemán Friedrich– es historia congelada" (C.J. Friedrich, *La filosofía del derecho*, p. 331).

Quiero advertirle, querido ingresante, que el derecho que usted estudiará durante cinco o más años, cambiará. Usted estudiará el Código Civil vigente al momento de cursar Derecho de las Obligaciones, Derecho de los Contratos o Derechos Reales. Usted podrá obtener excelentes calificaciones en todas las materias referidas al tema. Se sentirá experto en manejar el Código. Lo conocerá tan bien que si busca el artículo 985, abrirá el Código en la página exacta donde se encuentra el artículo. Máximo dos páginas de diferencia.

Sin embargo, faltando dos meses para recibirse, el Congreso Nacional puede decidir cambiar el Código Civil. Los diputados y senadores deciden que el Código que usted tan bien maneja está obsoleto, es antiguo y merece una profunda revisión. Deciden derogarlo e introducen una reforma que lo cambia totalmente.

Alarmante, ¿cierto? ¡Descuide! Primero, no sería ni el primero ni el último al que le sucede algo así (mal de muchos consuelo de…, pero igual sirve). Lo más importante es que, en verdad, las modificaciones a las leyes suelen ser positivas, son muy comunes y no le generarán ningún problema si ha estudiado correctamente el derecho.

Memorizar normas y artículos no es el objetivo del estudio del derecho. Juan Bautista Alberdi, gran jurista argentino e inspirador de la Constitución histórica de nuestro país en 1853, decía que "saber derecho no es saber leyes".

Quien se pasa toda la carrera memorizando artículos sufrirá las consecuencias de hacerlo si modifican las leyes que tanto esfuerzo le demandó memorizar. En cambio, quien aprende los principios jurídicos; quien entiende la lógica del derecho; quien capta los fundamentos históricos, políticos, constitucionales y sociales del derecho; quien, en definitiva, sabe razonar como jurista, rápidamente se adaptará a la nueva legislación.

El punto que quisiera señalar aquí es que el derecho, al ser un producto humano y social, es también histórico. Porque el ser humano es un ser histórico. Está circunscripto

a un espacio y tiempo determinado. Usted y yo no seríamos los mismos en otras circunstancias históricas. Juana Azurduy fue la mujer que fue no sólo por sus capacidades extraordinarias en distintos aspectos. Lo fue también por el contexto en que nació, se formó y vivió.

El carácter histórico del ser humano y, por tanto, de la sociedad, se traslada al derecho. El derecho del siglo XXI tiene que regular temas como: cambios de sexo, inteligencia artificial, navegación del espacio aéreo, utilización de recursos de los fondos marinos, ocupación del espacio exterior (digamos: ¿alguien puede apropiarse de la Luna? ¿Se ríe? ¡Un abogado norteamericano inscribió la Luna a su nombre!, por suerte el registro de propiedad del condado lo rechazó), clonación, etc. Esta lista mínima de problemas actuales no era imaginable hace cien o incluso cincuenta años.

A su vez, las respuestas dadas por el derecho están circunscriptas a un espacio y tiempo determinado. Fíjese este ejemplo: hasta el año 1967, en Argentina, la mujer casada era considerada incapaz de derecho. Es decir, el marido tenía que autorizar a su esposa para realizar ciertos actos jurídicos, tales como vender algunos bienes. Increíble, ¿no? Eso se modificó gracias a las luchas de las mujeres por sus derechos.

Quiero que note que no fue "porque sí" que la mujer fue, con esta y otras modificaciones, conquistando nuevos derechos (al menos formalmente). Fue porque el contexto histórico de luchas y reivindicaciones hicieron que los legisladores modificaran la ley. La historia explica al derecho. Por eso todas las carreras de Abogacía cuentan con alguna materia referida a la Historia del Derecho.

Le voy a dar otro ejemplo para que vea cómo la historia influye en el derecho. El art. 14 de la Constitución Nacional reconoce el derecho a "asociarse con fines útiles". Cualquier persona puede fundar o asociarse a una empresa, una asociación civil, un club de fútbol, una ONG, siempre que la finalidad sea útil y, por supuesto, conforme al derecho (no se permiten asociaciones cuyo fin sea, por ejemplo, traficar obras de artes robadas de museos).

Pues bien, a fines de la década de 1980 la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) quiso fundar una asociación civil en defensa de los derechos de los homosexuales. Sin embargo, el Estado argentino le rechazó la petición. El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el máximo tribunal del país.

En 1991, la Corte Suprema afirmó que la asociación civil CHA no tenía un fin social útil y, por tanto, no podía admitirse como asociación de las reconocidas en la Constitución Nacional. La defensa de los derechos de las personas homosexuales no era, para los jueces en ese momento, un fin social que sea aceptable en Argentina. En el fondo había una consideración peyorativa de la homosexualidad.

Hoy en día, entrado el siglo XXI, esto es impensable. Decenas de asociaciones reconocidas por el Estado luchan por los derechos de minorías sexuales. Es más, en 2010 se modificó el Código Civil Argentino y se legitimó el matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Mucha atención a este dato: diecinueve años antes se había prohibido, por contrariar los fines de la Constitución, que se reconozca a la asociación civil Comunidad Homosexual Argentina como una legítima ONG. En menos de dos décadas, se legitimaba el matrimonio de parejas homosexuales.

¿Qué cambió? Sobre todo, el contexto histórico. Los valores sociales, las perspectivas y las visiones sobre los derechos de minorías sexuales. Cambio la historia, lo cual repercutió en un cambio del derecho.

Soledad Villamil y Ricardo Darín en el edificio de tribunales en Buenos Aires en la película *El secreto de sus ojos* (2009), de Juan José Campanella.

El derecho como orden de conducta

El derecho es un producto humano, social e histórico. De acuerdo. Sin embargo, una obra de arte también lo es. Piense en el *Martín Fierro* de José Hernández. Es humano porque no es algo natural y previo al hombre. Es social porque surgió en un particular contexto y, a pesar de que fue escrito por un autor, éste no podría haberlo escrito en otro contexto social. Es histórico por lo anterior y, también, porque responde a un particular momento en la vida de nuestro país.

¿Qué distingue al derecho de cualquier otro producto humano, social e histórico? La noción más intuitiva que tenemos es que el derecho determina *pautas de conducta*. En la vida social actuamos de cierta forma, al menos en parte, porque el derecho determina que ciertas conductas son obligatorias, que otras están permitidas y que otras están prohibidas.

Seguramente usted conduce por el carril derecho de la ruta. Es muy probable que antes de retirarse del supermercado con los productos, pague por ellos. Estoy seguro que, al menos la mayor parte de las veces, usted arroja la basura en tachos colocados con ese fin. ¿Por qué lo hace? Al menos en alguna medida, porque hay pautas de conducta que le ordenan hacerlo.

También creo no equivocarme si digo que usted no es de las personas que matan a otras. Es muy probable que usted no trafique drogas y me parece que usted no es del tipo de persona que evade impuestos colocando su dinero en paraísos fiscales. No lo hace, al menos en parte, porque esas conductas están prohibidas por el derecho. Si hace alguna de ellas, recibirá una pena (cárcel, multa, inhabilitaciones).

Como ve, el derecho le obliga cosas y también le prohíbe otras. Ahora bien, ciertas conductas se las *permite*. La Constitución Nacional reconoce el derecho de "publicar ideas por la prensa" (también en el artículo 14). Sin embargo, millones de personas pasan sus vidas sin publicar ideas en la prensa. Algunos ni siquiera tienen ideas. La Constitución no obliga ni prohíbe a nadie a publicar las ideas (ni a tenerlas). Lo que hace es *permitir* que las personas publiquen sus ideas (si las tienen) en la prensa. En la

redacción del texto no hay ninguna prohibición dirigida a nadie, ni tampoco una obligación.

Si está leyendo atentamente, debe estar inquietándose: ¿cómo que no hay ninguna prohibición? ¡Muy sagaz! Claramente la permisión de publicar ideas en la prensa incluye una prohibición. En efecto, en el momento en que le permite al individuo publicar sus ideas, lo que está haciendo es prohibirle al Estado y a otros particulares que interfieran en esa publicación.

Esto es completamente cierto: los derechos "a algo" (publicar ideas en la prensa, transitar libremente, navegar los ríos, etc.) poseen siempre tres elementos (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, pp. 163-164):

(i) El portador del derecho (la persona que tiene derecho a publicar sus ideas en la prensa).
(ii) El destinatario del derecho, es decir, quien está obligado a respetar el derecho (el Estado, que no debe intervenir en la publicación de las ideas).
(iii) El objeto del derecho, que es la acción que el destinatario debe realizar (no interferir en la publicación).

Como se ve, para el destinatario existe una prohibición, lo que es lo mismo que una obligación *de no hacer* algo. Sin embargo, no es un error decir que desde el punto de vista del sujeto que va a publicar sus ideas (el portador del derecho), sólo existe una *permisión*: el derecho otorga la facultad de publicar las ideas, pero no obliga a publicarlas.

¿Cómo otorga el derecho estos permisos, cómo determina prohibiciones y cómo obligaciones? Estamos entrando a uno de los problemas más importantes y complejos del derecho: el concepto de norma jurídica. El derecho, si regula conductas, lo hace por medio de normas. ¿Qué son las normas jurídicas? ¿Qué son las normas en general? Aquí surge la segunda gran pregunta que abordaremos en el próximo capítulo.

No todo orden de conducta es derecho

Antes de pasar a la pregunta por las normas jurídicas, es importante que anote algo: el derecho *no* es el único orden normativo. Es decir, no es el único sistema que regula y ordena la conducta de los individuos.

En el subtítulo anterior le mostré algunos ejemplos de órdenes y de prohibiciones jurídicas. Pero también hay órdenes y prohibiciones de otro tipo: existe la moral y existen los usos y las costumbres.

Más adelante veremos con detenimiento qué es la moral y qué relación tiene con el derecho. Sólo quisiera adelantar lo siguiente: cuando decimos que algo es "bueno" o "debido" estamos haciendo un juicio moral. Por ejemplo, es "bueno" tratar de consolar a un amigo que reprobó un examen. Es "malo" reírme de él a sus espaldas.

Esta es una obligación moral pero no es jurídica. Las normas jurídicas no me obligan a consolarlo ni establecen un castigo si me burlo de él a sus espaldas. Es la moral la que determina estas pautas. Como dije, los problemas que surgen de la moral y las relaciones con el derecho serán tratados más adelante. Lo importante que quiero que note es que hay aquí una orden de conducta que no es jurídico.

En cuanto a los usos y costumbres, sucede algo similar. Usted sabrá que existe un uso en la carrera de abogacía: los estudiantes varones rinden los exámenes finales orales vestidos de traje y corbata. Las estudiantes lo hacen con ropa formal. No sé bien por qué debemos someternos a rendir un examen final en febrero, a la siesta, en San Juan, de traje (quizás si el uso fuera rendir de mangas cortas, el rendimiento sería mejor; piénselo). La cuestión es que existe una costumbre que hace que la mayoría de los estudiantes rindan de traje o con vestimenta muy formal el examen final.

Ahora bien, no hay ninguna norma jurídica nacional, provincial o interna de la Universidad que obligue a vestir traje en los exámenes. Tampoco hay una que prohíba asistir a un examen si no es de traje. Ni siquiera existe una norma moral al respecto. Nadie actúa "mal" o "bien" por no usar traje en los exámenes. Lo que existe es una pauta de conducta generada por la práctica de hace muchos años de rendir de traje.

Como puede comprobar, hay aquí otro orden de conducta que no es ni jurídico ni moral. Pues bien, ¿qué hace que un orden de conductas sea jurídico? La respuesta, no ajena a polémicas y debates, es que es un orden de conducta emitido por el Estado y respaldado por su aparato coercitivo. El derecho establece conductas que está obligado a realizar *y* establece órganos que están encargados de velar porque efectivamente las realice. Si no las realiza, esos órganos pueden coactivamente imponerle la conducta.

A diferencia del orden de conductas impuesto por la moral, el derecho ofrece una razón suficiente para actuar de una determinada forma. La moral indica pautas de conducta y en esto se iguala al derecho. Si usted no actúa de forma moralmente correcta tendrá un reproche social. Por ejemplo, si no ayuda a un amigo en problemas, probablemente la amistad se resienta o dejen de ser amigos. Quizás se comente en su círculo social que usted no es un amigo fiel. No más allá de eso llegará el reproche.

Supongamos ahora que un amigo suyo está en problemas y le pide que lo ayude justo cuando va a comenzar la semifinal de la Copa del Mundo de fútbol. Usted tendrá que decidir entre satisfacer su deseo de ver el partido y ayudar al amigo. Evaluará razones para actuar de una u otra forma. Se preguntará "¿cómo actúa un buen amigo en este caso?". O quizás se pregunte "¿qué consecuencias me traería no ayudarlo?". O bien "¿cuál es mi deber como amigo?".

En cambio, cuando el orden jurídico le indica que si firmó un cheque debe pagar el valor expresado en él, no lo invita a que piense las razones morales o de otra índole para pagar el cheque. Que una norma jurídica le indique que debe pagar los cheques es razón suficiente para que deba pagarlo. El pago del cheque no está sometido a ninguna creencia ni cuestionamiento moral. *No son necesarios* estos argumentos. Es *suficiente* con el argumento jurídico de que la ley lo ordena para que usted deba pagar el cheque.

Quien lea estas páginas se preguntará, "¿y por qué debemos someternos a una institución, como el derecho, que nos impone pautas de conducta respaldadas por el aparato coactivo del Estado?". La pregunta es sumamente importante y su respuesta abrumadoramente compleja. Formulada de otra forma sería, ¿para qué queremos el derecho?

Como toda institución, el derecho tiene una finalidad. No es que exista un grupo de personas que se esconden y maquinan un gran plan de dominación de los súbditos. El derecho *es* un mecanismo de control de las personas, sin dudas. Pero ese control tiene una razón de ser. Como dice el filósofo del derecho chileno Fernando Atria, el derecho

tiene una finalidad y esa es hacer posible lo que sin el derecho es improbable (*La forma del derecho*, Marcial Pons, 2016).

Imagine un mundo sin derecho. Piense qué sucedería si, ante un delito, no se castigara al delincuente. Imagínese si ante el incumplimiento de una deuda usted no tuviese a quién recurrir porque no existiesen jueces ni leyes. ¿Qué sucedería? Lo que sucedería es que las disputas se resolverían de manera privada.

Por ejemplo, usted debería ir y reclamar la deuda. Si el deudor voluntariamente paga, problema solucionado. Pero si el deudor posee un arma (y usted no), lo amenazará y no pagará. Su alternativa será masticar bronca o comprar un arma y enfrentarlo. Creo que ya puede darse cuenta a qué lleva todo esto. A la anomia, el caos, la guerra civil.

La paz social sería improbable sin el derecho. Con el derecho es posible, más allá de que no siempre se alcance. Pongámoslo así: la paz es imposible sin el derecho, aunque es cierto que a veces no hay paz habiendo derecho.

Para cerrar, le hago dos preguntas: ¿es clara la distinción entre el orden de conducta moral y el jurídico? ¿Queda más o menos claro cuál es la finalidad del derecho? Son ideas que vamos a desarrollar y necesita ser matizada. Sin embargo, es importante que pueda apreciar en este punto la distinción.

Quedémonos, para cerrar, con esta idea: el derecho ofrece razones suficientes para actuar porque hace probable lo que sin el derecho es improbable, es decir, la paz. Entonces, ¿toda obligación que imponga el derecho debe cumplirse, cualquiera sea su contenido? ¡Ojo con la respuesta! Lo analizaremos más adelante. Ahora pasemos a tratar un concepto fundamental de la ciencia jurídica que adelantamos: el de norma jurídica.

Miembros de la Fracción del Ejército Rojo, agrupación terrorista alemana durante las décadas de 1960 y 1970, son juzgados en un proceso penal en el film *El complejo de Baader Meinhof* (2008).

II. ¿Qué es una norma jurídica?

Lenguaje y derecho

Normas, en general, no se encuentran sólo en la ciencia jurídica. La sociología, la etnología, la filosofía moral, la lingüística, entre otras ciencias, utilizan, estudian y elaboran normas. Además, las normas como órdenes normativos que indican conductas –como recordará del capítulo anterior– no son exclusivamente jurídicas. La moral y los usos también determinan pautas de comportamiento.

Si queremos saber qué es una norma jurídica, primero tendremos que decir algo sobre lo que son las normas en general. Y si queremos saber qué son las normas en general, tenemos que tener algunas nociones mínimas sobre los usos del lenguaje.

Una norma (en general, no sólo las jurídicas) forma parte del lenguaje "prescriptivo" (C. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, p. 63). ¿Qué significa esto?

Con el lenguaje pueden hacerse muchas cosas. Cuando emitimos una oración (acto locucionario) tenemos una intención (acto ilocucionario) (J. Searle, *Actos de habla. Ensayos de filosofía del lenguaje*, Planeta-Agostini, pp. 31-34). A su vez, lo que decimos genera un efecto, es decir, consecuencias en el mundo real. Esto es lo que Austin llamó actos "perlocucionarios".

Usamos el lenguaje para *describir* la realidad (o intentar hacerlo), por ejemplo, diciendo "el documento de nociones de derecho es largo". Se puede también *expresar una emoción* diciendo "¡qué agradable leer sobre nociones de derecho!". También se puede *requerir información*, como cuando un estudiante del cursillo de ingreso pregunta "¿hay que estudiar todo el documento de nociones de derecho?". Se puede *suplicar* pidiéndole al profesor que no obligue a leer el texto entero o bien *aconsejar* a un amigo que lo lea completo.

El uso del lenguaje también puede constituir *la acción misma* como cuando el testigo en un juicio afirma: "juro decir la verdad". En ese caso *está jurando*. La acción de jurar consiste en *decir* que jura decir la verdad.

Descriptivo y prescriptivo
Con el lenguaje no sólo se describen realidades, sino que –entre otras cosas– se prescriben conductas.

Por último, una persona también puede intentar *dirigir* la conducta de otra a través de una orden, como cuando el policía grita "¡alto ahí!" a un delincuente que intenta escaparse. En este sentido se utiliza el lenguaje prescriptivo, es decir, cuando la función que cumple el lenguaje es *dirigir el comportamiento de las personas*.

Por supuesto, quien lea esto rápidamente agrega que la función que cumple el lenguaje depende de la situación. Y tiene razón. La proposición "está caliente" parece descriptiva. Está constatando una realidad. Sin embargo, si un padre o una madre le grita esta frase a su hijo menor que está caminando con los bracitos extendidos hacia una olla en ebullición, hasta el menor sabrá que lo que está queriendo decir es: "¡no toques la olla!". Es decir, está prescribiendo una conducta y no describiendo la temperatura del metal.

Hecha esta aclaración, volvamos a las normas. Las normas son, entonces, prescriptivas. Indican acciones que debe realizar un sujeto. Como señala Nino, jurista argentino del siglo XX, las prescripciones implican una superioridad física o moral del

individuo que la emite sobre el sujeto que debe acatar el mandato. Sólo quien tiene autoridad para mandar a otro prescribe conductas. Nadie le ordena qué hacer al jefe (y dura en el trabajo para contarlo).

Ya sabemos del capítulo anterior que una norma puede prescribir una obligación o una prohibición. Se obliga cuando se indica una acción que sí o sí hay que hacer. La maestra le *ordena* al estudiante que haga su tarea. Para el estudiante no es facultativo hacerla.

Se prohíbe cuando se veda la posibilidad de realizar una acción. Está prohibido pisar el césped, puede anunciar un cartel en un parque. La acción está, en este caso, vedada.

Finalmente, la norma también puede *permitir* hacer algo, como cuando en un museo el encargado nos indica que "puede visitar la muestra permanente". También podemos ir al museo sólo a comprar recuerdos y sacarnos una foto. Nadie nos obliga a visitar la muestra permanente. Podemos *no* hacerlo. Cuando la norma permite, podemos tanto hacerlo como no hacerlo.

Sin embargo, en este caso no parece que haya una indicación de conducta del dueño del museo hacia el visitante. Lo que existe aquí es una promesa del museo de no interferir en la visita a la muestra permanente. Recuerde en este punto el ejemplo que vimos antes: la Constitución garantiza que los habitantes publiquen sus ideas en la prensa. Hay una permisión. No obstante, también hay una prohibición dirigida a terceros. ¿La recuerda?

Normas y enunciados normativos

Atención aquí. No deben confundirse las normas de los enunciados normativos. Es cierto que a lo largo de su carrera en la Universidad como en su vida profesional utilizará indistintamente ambos términos. Incluso en estos textos de nociones de derecho los confundiremos (conscientemente). Sin embargo, es importante saber que una norma no es lo mismo que un enunciado normativo.

Robert Alexy, un importante jurista alemán, da un ejemplo de enunciado normativo (*Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, pp. 33-34):

> "Ningún alemán puede ser extraditado[4] al extranjero" (artículo 16 párrafo 2 frase 1 de la Ley Fundamental alemana).

El enunciado transcripto *expresa* la norma, pero *no es* la norma. La norma podría ser expresada por otro enunciado normativo. Podría decirse: "Está prohibida la extradición de los alemanes al extranjero". La norma es la misma, más allá de que el enunciado normativo es distinto. La norma es el significado del enunciado normativo. El enunciado normativo es el *vehículo* en el cual se expresa la norma.

Veamos un ejemplo del derecho argentino. El artículo 10 de la Constitución Nacional afirma:

> "En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional".

[4] ¿Qué es extraditar? Si no lo sabe, puede buscarlo en internet y seguro encontrará una definición rápida para utilizar ahora y que luego profundizará durante la carrera.

El enunciado normativo vehiculiza una norma que prohíbe establecer impuestos para la comercialización de bienes de producción o fabricación nacional. Por "circulación de los efectos" debe entenderse el transporte de una provincia a otra de lo producido por industrias nacionales. Que un producto sea "libre de derechos" significa que no está gravado por impuestos. El bodeguero que produce vinos en San Juan puede venderlos en Mendoza y el traslado está libre de impuestos.

Ahora bien, preste la debida atención a que el enunciado normativo afirma que la circulación de efectos "*es* libre de derechos". A primera vista parece que el enunciado es descriptivo, es decir, constata una situación de hecho. Afirma que, efectivamente, en la Argentina *es* libre de derechos la circulación de efectos de origen nacional.

Sin embargo, la norma no está describiendo, sino que está prohibiendo el establecimiento de derechos a la circulación de los efectos de producción nacional. En otras palabras, el enunciado normativo vehiculiza una norma que afirma: "la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional *debe ser* libre".

Esto último es importante porque las normas (en general y también las jurídicas), recuérdelo siempre, pertenecen al lenguaje prescriptivo y no descriptivo, más allá de que parezca lo contrario.

Es necesario poder desobedecer la norma jurídica
¿Qué? Sí, eso mismo. Las normas jurídicas deben regular conductas que sean posible desobedecer. *Una norma jurídica supone la posibilidad de su incumplimiento*. ¿No me cree? Imagine la siguiente norma: "es obligatorio pestañar al menos una vez por hora". No tendría sentido una norma así porque no es posible violarla. No podría usted incumplir la obligación de pestañar una vez por hora. Una norma jurídica tiene sentido si es posible incumplir la conducta obligada o realizar la prohibida. Por ejemplo, está prohibido vender algo que no me pertenece. La norma tiene sentido porque realmente podría hacerlo y, de hecho, algo así ha sucedido y sigue sucediendo. Por ejemplo, Victor Lustig, un persuasivo sujeto que vendió la Torre Eiffel a unos incautos que realmente creyeron que era suya. ¿Se imagina a alguien vendiendo y otro comprando el Monumento a la Bandera de Rosario?

Algo que debe suceder

Hans Kelsen elaboró una teoría de las normas jurídicas en varias de sus obras. Para el autor oriundo de Praga, una norma establece un "querer", un "acto de voluntad" por el cual el legislador consigna que algo "debe suceder". La norma señala una conducta "debida", es decir, que debe ser realizada por el agente (*Teoría Pura del Derecho*, p. 60-62).

La pregunta es: ¿qué debe suceder?

Las normas jurídicas *prohíben*, *ordenan* o *permiten* ciertas conductas (¿cuántas veces lo va a repetir?):

- ✓ Está *prohibido* ser legislador nacional y ministro del Poder Ejecutivo a la vez.
- ✓ Es *obligatorio* que los funcionarios públicos presenten su declaración jurada.
- ✓ Está *permitido* formar parte de una asociación civil legítima.

Como puede ver, en la prohibición la acción está absolutamente vedada. El ordenamiento jurídico proscribe que un individuo sea ministro del Poder Ejecutivo y, a la vez, senador o diputado nacional.

El segundo caso es un mandato, es decir, una obligación de realizar algo. En otras palabras, no puede no realizarse. La doble negación ("no puede no…") es equivalente a la obligación de realizar.

Ya vimos que en la permisión (el tercer supuesto) existe un permiso de hacer y un permiso de omitir. Está permitido asociarse, pero también está permitido no asociarse. Usted puede afiliarse al Club Sportivo Desamparados, pero también puede decidir no hacerlo.

Sobre la *permisión* hay algo interesante que resaltar y que analizará con mucho detenimiento a lo largo de la carrera. El artículo 19 de la Constitución Nacional establece:

> "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe".

De esta norma resulta una *permisión general* de *todas* las conductas que no estén expresa o tácticamente prohibidas ni ordenadas. Los habitantes de la Nación pueden realizar todo lo que no está prohibido y pueden no realizar todo lo que no esté obligado.

Veamos el caso de asociarse o no al Club Sportivo Desamparados. El derecho de asociarse a un club de fútbol es parte del más general "derecho a asociarse" a cualquier entidad con fines lícitos y "útiles". El deporte es un fin útil y lícito, como lo son las ONG, las fundaciones, las asociaciones de trabajadores, patronales, cámaras empresarias, etc. Este derecho de asociación está expresamente establecido en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Todos los habitantes de la Nación, según la Constitución, tienen derecho a "asociarse con fines útiles".

Alguien que lea estas líneas podría exclamar: "¡¿para qué este artículo?! ¿Qué necesidad hay de colocar un artículo expreso en el que se determine que está permitido asociarse con fines útiles? Si asociarse con fines útiles no está ni prohibido ni obligado –piensa con sagacidad– entonces ¡está permitido por el artículo 19 de la Constitución! El artículo 14 es redundante"

La Constitución, norma suprema
Todo el ordenamiento jurídico debe subordinarse a la Constitución Nacional, que es suprema. En la misma jerarquía que la Constitución se encuentran ciertos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros. En un escalón inferior se hallan otros tratados internacionales. Más abajo se encuentran las leyes emanadas del Congreso de la Nación y luego los decretos presidenciales. Las sentencias judiciales deben adecuarse a esta legislación.

No parece necesario consagrar expresamente la permisión de asociarse. En la medida en que no esté ni obligado ni prohibido, está –por el artículo 19 de la Constitución– permitido. Parece *redundante* o bien *superfluo* consagrar una permisión, porque se deduce del principio general que afirma que lo que no está obligado ni prohibido está permitido.

Sin embargo, la norma *no* es superflua por una razón fundamental. Usted seguramente ya sabe que la Constitución Nacional es la norma suprema de la Nación. Las normas dictadas por el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional, las legislaturas provinciales, los gobernadores provinciales y las sentencias de los jueces son *normas de rango inferior* a la Constitución. Las normas de rango inferior nunca pueden contradecir la Constitución.

Pues bien, si la permisión de asociarse está consagrada en la Constitución, sancionar una ley del Congreso que *prohíba* u *obligue* asociarse es *inconstitucional* (contrario a la Constitución). Al contrario, si no existiese el artículo 14 de la Constitución que

garantiza el derecho a asociarse, una ley de rango inferior a la Constitución podría prohibir u obligar a asociarse.

Henry Fonda (a la derecha, de pie) representa a un joven Abraham Lincoln, quien luego sería presidente de Estados Unidos, cuando ejercía la abogacía. La imagen es del clásico film de John Ford, *El joven Lincoln* (1939). Detrás se ve el jurado siguiendo atentamente el proceso penal.

Reconocer una norma

Es fácil reconocer una norma porque se utilizan ciertos términos comunes al lenguaje prescriptivo. Por ejemplo: "se prohíbe"; "no podrá"; "podrá"; "se permite"; "está facultado para"; "se permitirá"; "está obligado", "deberá". Sin embargo, hay normas que no utilizan estos conceptos. Es más, hay un ejemplo importante de un cuerpo normativo que no lo utiliza: el Código Penal.

En efecto, el Código Penal establece prohibiciones de conductas de otra forma. No dice: "Se prohíbe hurtar cosas". Lo que establece es una pena para quien hurte algo. Fíjese cómo está redactado el artículo 162 de nuestro Código Penal:

> "Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena"[5].

Note, querido lector, que el Código Penal parece estar dejándole libertad para que hurte (¡no lo haga!), sólo que le impone una pena si lo hace. Algo así como "si usted quiere hurtar, hurte, pero aténgase a las consecuencias (de un mes a dos años de prisión)".

¡Pero pensar así sería sólo un sofisma!, es decir, una afirmación que parece verdadera, pero no lo es. Si a usted le imponen una pena por una acción, entonces esa acción no está permitida, por más que no se usen conceptos como "está prohibido".

Me explicaré mejor haciendo referencia a la noción de libertad. Thomas Hobbes, un gran filósofo inglés del siglo XVII, afirma que la libertad se reduce a la posibilidad de movimiento físico. Mientras usted pueda moverse, es libre. Si alguien es llevado al borde de un barco en alta mar y es amenazado "o saltas por la borda o te mato", esa persona es, según las ideas de Hobbes, *libre* de saltar o no. El infeliz puede *elegir* entre las opciones: saltar por la borda (y seguramente morir) o morir en manos del amenazante marino.

---

[5] Este breve enunciado normativo contiene múltiples conceptos que verá a lo largo de la carrera: "prisión", "apodere ilegítimamente", "cosa mueble", "total o parcialmente ajena". Lo importante, por ahora, es que comprenda de forma genérica e incluso imprecisa qué es hurtar algo.

Usted verá fácilmente que no puede decirse que el desdichado sea libre. Nadie es libre si es coaccionado física o moralmente. De forma análoga, nadie está facultado a realizar una conducta cuando existe una amenaza de sanción si se realiza. De esta forma se entiende por qué el Código Penal prohíbe hurtar (y robar[6], matar, secuestrar, corromper menores, abusar sexualmente, extorsionar, entre otras cosas) más allá de que nunca lo enuncia expresamente. El *enunciado normativo* sólo dice que se penará con prisión al ladrón. La *norma*, que uce el significado del enunciado, explicita que está prohibido hurtar.

Validez de la norma jurídica

La norma, entonces, explicita lo que está prohibido, permitido, facultado u obligado. Ahora bien, ¿cuándo esa norma es obligatoria para los sujetos? Es decir, ¿cuándo existe como norma jurídica dentro de un sistema jurídico? Preguntar por su existencia es preguntar por su *validez* como norma jurídica.

Notará quien lea estas líneas cuán importante es esta pregunta. Hemos atrasado la respuesta por varias páginas, pero ahora debemos afrontarla.

Aristóteles afirma que la validez de la ley deriva de su obediencia. Específicamente dice:

> "la ley no tiene ninguna otra fuerza más que hacerse obedecer, a no ser la costumbre, y eso no se produce sino con el paso de mucho tiempo" (Aristóteles, *Política*, 1269ª 24).

En otras palabras, Aristóteles está diciendo que una norma es obligatoria porque es obedecida o porque la costumbre lo indica así. Si la ley que impone abrocharse el cinturón de seguridad al conducir es válida es porque es obedecida o porque la repetición de la conducta en el tiempo (la costumbre) así lo indica.

Aunque con modificaciones, esta posición es sostenida por filósofos del derecho en la actualidad. Se afirma que la validez del derecho es inseparable de la obediencia de las normas. El derecho es válido porque la población lo cumple (que es lo que normalmente sucede) en cierto grado. Y si alguien no lo cumple, la validez del derecho se prueba porque existe una *reacción* por parte del Estado para hacerlo cumplir.

Veamos un ejemplo: es obligatorio cumplir los contratos. Esto está expresado en una norma válida porque la población, en su abrumadora mayoría, obedece el precepto y los cumple. Pero en caso de que ciertas personas no lo hagan, el Estado reacciona ante la demanda del afectado y obliga coactivamente a cumplirlo.

De esa forma el afectado satisface su derecho a que se cumpla el contrato. Pero también es importante que note la función *comunicativa* del derecho. El Estado le "dice" (en sentido figurado, entenderá quien me esté leyendo): "tu acción de no cumplir el contrato es contraria al derecho; el derecho es válido y, por tanto, tienes que cumplirlo".

Usted, que ha leído atentamente lo anterior, detiene la lectura aquí y exclama: "pues entonces las normas *que no se obedecen*, ¡carecen de validez!". Si de forma generalizada no se obedece el derecho o si ante violaciones a la ley no hay una reacción estatal, entonces el derecho no sería válido.

[6] ¿Sabe cuál es la diferencia entre robar y hurtar? Lo invito a buscarla.

Esto puede ser cierto si la situación es constante en el tiempo. Pero cuidado con afirmarlo a la ligera. Por más que muchos hechos que en apariencia son delictivos no sean penados o que ciertas leyes no se cumplan en casos individuales (aunque sean más casos que los deseables), esto no significa que la norma jurídica no sea válida.

Es más, hay autores que no hacen depender la validez de la norma en su cumplimiento. Hans Kelsen, por ejemplo, exigía un mínimo de eficacia en las normas jurídicas. Pero la validez se relacionaba principalmente con que la norma jurídica emane de una autoridad legitimada por el orden jurídico para dictarla. Es decir, la norma jurídica será válida si existe, a su vez, otra norma que permita al órgano dictarla.

¿Complejo? Veamos un ejemplo: aunque no nos guste, el artículo 75 inciso 2 de la Constitución Nacional faculta al Congreso de la Nación a crear ciertos impuestos. Si el Congreso dicta una ley que crea un impuesto en base a esta facultad constitucional, la norma será válida.

La razón de la validez no está en el cumplimiento de la ley, sino en que ha sido emanada de un órgano que está facultado por una norma para hacerlo. Si el impuesto lo hubiese creado el presidente, la norma sería inválida porque el Poder Ejecutivo no tiene esa facultad. Sólo el Congreso puede hacerlo.

Por último, hay quienes argumentan que la validez de una norma jurídica estará dada por su compatibilidad con un sistema moral. Esto significa que la norma será válida solamente en caso en que sea *moralmente* válida. Si una norma no es moralmente válida, entonces no podrá ser válida jurídicamente. Este es uno de los temas más importantes de la filosofía del derecho y volveremos sobre él más adelante cuando tratemos la relación entre el derecho y la moral.

Validez y vigencia

Para que sea más preciso y claro el análisis del derecho, es posible distinguir la idea de validez de la de vigencia. La validez refiere a la existencia de una norma jurídica y, por tanto, a la pertenencia de ella a un sistema jurídico. La vigencia del *sistema jurídico* es algo distinto. Ahí sí vamos a analizar el grado de cumplimiento de las normas. Como afirma Nino, el sistema tiene vigencia, cuando las reglas que impone "*son generalmente observadas*" por los sujetos obligados y "*son efectivamente aceptadas* [las normas] *en sus decisiones por los órganos que tienen, de hecho, la posibilidad de disponer la ejecución de medidas coactivas*" (Nino, *Introducción al…*, p. 140). Es decir, una norma sistemática y generalizadamente incumplida por la población, sumado al desentendimiento del Estado por hacerla cumplir, puede no tener vigencia, pero sí validez.

Normas coactivas, exigibles por una autoridad

La norma jurídica explicita una conducta que es debida. ¿Qué pasa si quien está obligado a realizar cierta conducta no la realiza?

Supongamos que su vecino, fruto del ahorro, compra una casa. Todos tenemos derecho a que se respete nuestra propiedad privada según el artículo 17 de la Constitución Nacional. Ese derecho impone conductas al resto de la sociedad y al Estado sobre la casa de su vecino. Una conducta que impone es la de *no violar su domicilio*, es decir, no entrar en su propiedad sin autorización del dueño.

¿Qué sucede si usted, aprovechando que su vecino se fue a dar un paseo en lancha con piso transparente, entra a su nueva casa, organiza allí una fiesta y, peor aún, no quiere devolverla? Él tendrá una acción judicial para *desalojarlo*. Su propiedad está protegida por el derecho y la forma de protegerla es ofreciendo la posibilidad de que, por medio de una demanda, un juez le ordene que libere la vivienda.

Bart notan que su casa ha sido usurpada

Los ejemplos podrían multiplicarse. Si usted es contratado en una empresa, tiene derecho a cobrar su salario y, por tanto, su empleador[7] está obligado por una norma jurídica a pagarle el sueldo. ¿Qué implica esto? Implica que, en caso de que no le pague, podrá exigirlo mediante una demanda judicial u otro medio legal.

En base a estas ideas es que Hans Kelsen postula que toda norma jurídica, para serlo, debe contener una acción (el deber ser) que sea *exigible coactivamente por medio de una autoridad*. No existe norma jurídica si no puede imponerse la acción prescripta por medio de la coacción. Una norma jurídica sin dicha acción es, para Kelsen, "irrelevante". Kelsen sostiene que el derecho debe:

> "hacer valer el incumplimiento de [la] obligación [que establece la norma jurídica] mediante demanda, es decir, de poner en marcha el proceso que lleva al establecimiento de la sentencia judicial en la cual se estatuye una sanción concreta como reacción contra la violación de la obligación" (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 181).

"No hay derecho sin espada"
Esta frase resume una idea importante sobre el derecho. Para que exista una obligación o un derecho, debe existir "una espada" (el Estado) que coactivamente imponga el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del derecho. ¿De qué serviría tener el derecho a la remuneración por el trabajo si, en caso en que no se hace efectivo, no puedo recurrir a un juez que coactivamente obligue al empleador a abonármelo?

¿A eso se reduce una norma jurídica?

La teoría es seductora. Es bastante sensato pensar que, en la medida en que no podamos hacer efectivos mediante un juicio los derechos consagrados en las normas jurídicas, no podemos decir que tengamos ese derecho. Suelen ofrecerse ejemplos de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos que, lamentablemente, no se cumplen ni se poseen acciones para cumplirlas.

¿De qué sirve el derecho a un ambiente sano y saludable para la persona que vive a metros de un basural y un juez rechaza su demanda para que se limpie la zona? O, peor aún, ¿de qué sirve la sentencia de un juez que ordena al Estado a limpiar el basural pero éste último no cumple la orden?

Esta teoría, siendo plausible, contiene un problema: no todas las normas jurídicas poseen la estructura con la que Kelsen las definió. Este es el punto importante ahora: no

[7] ¿Sabe la diferencia entre "empleado" y "empleador"? Aclarar estos términos le servirá para entender el ejemplo.

todas las normas jurídicas imponen obligaciones que pueden ser exigidas judicialmente. El sistema jurídico está integrado por distintos tipos de normas.

Tipos de normas jurídicas

Hasta ahora hemos visto un tipo de normas jurídicas: aquellas que establecen un comportamiento debido y la consecuencia que surge de no realizarlo. Por ejemplo, la norma jurídica que permite publicar ideas en la prensa que, como vimos, posee una prohibición para el Estado de interferir en la publicación de la idea. Si el Estado interfiere, un juez podría ordenar que cese esa interferencia e incluso establecer una sanción. Estas normas son conocidas por el jurista inglés Herbert L. A. Hart como normas *primarias*. Las normas primarias necesitan, para funcionar, de normas *secundarias* (Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, pp. 113-114).

Un sistema jurídico no puede componerse sólo de normas que enlazan conductas con reacciones del ordenamiento jurídico. Antes de saber cuáles son las conductas obligadas, permitidas y prohibidas por el derecho, debería preguntarse lo siguiente: ¿cómo reconozco cuáles son las normas jurídicas que establecen conductas?

Necesito una regla *que me indique cuáles son las reglas jurídicas* que establecen conductas. Este es un tipo de norma secundaria y Hart le llama "*regla de reconocimiento*". La regla de reconocimiento posibilita identificar qué normas constituyen el derecho válido.

En el derecho primitivo, el problema era que no se sabía qué normas componían el sistema jurídico. Había una falta de certeza sobre las normas jurídicas. Los sistemas jurídicos contemporáneos poseen una regla de reconocimiento que establece que un cierto conjunto de normas primarias integran el sistema jurídico.

Por ejemplo, ¿cómo sabe usted cuáles son las normas jurídicas que integran el sistema jurídico argentino? Lo sabe porque tenemos una Constitución Nacional que indica, entre otras cosas, que las normas jurídicas dictadas por el Congreso de la Nación o los decretos del presidente constituyen normas primarias que establecen conductas que debemos cumplir.

Por otra parte, usted sabe que además de un Código Civil existen leyes que determinan *cómo debe aplicarse ese Código*. ¿Ha escuchado hablar del Derecho Procesal? Puede ser que sí. Y si no, con seguridad ha escuchado hablar de los procesos judiciales.

Los procesos judiciales (los juicios, para decirlo rápidamente) están guiados por una serie de reglas destinadas a determinar *quién* aplica las normas primarias y *cómo* deben aplicarse. Este es el segundo tipo de normas secundarias llamadas "*reglas de adjudicación*" e indican cómo debe aplicarse la ley.

Normas primarias y secundarias
Las normas primarias enlazan conductas a premios y castigos. Si usted realiza algo que está prohibido (pasar un semáforo en rojo), obtendrá un castigo (pago de multa). A su vez, si usted alcanza una cierta edad y ha realizado aportes previsionales durante cierta cantidad de años, recibirá una jubilación. Las normas primarias tratan sobre las *conductas de los humanos*.
Las normas secundarias (tanto las de reconocimiento como las de cambio y adjudicación) establecen potestades para ciertos órganos o personas. El Congreso de la Nación puede modificar una norma primaria (regla de cambio) y son los jueces los habilitados para aplicar estas normas primarias (regla de adjudicación). Además, determinan qué normas son primarias (regla de reconocimiento). Las normas secundarias tratan sobre cómo operan *las normas primarias*.

La norma primaria establece que si el inquilino no paga el alquiler de un departamento, el propietario podrá desalojarlo. Ahora bien, ¿quién ordenará el desalojo? ¿Cómo se probará que efectivamente no ha pagado el alquiler? Llegado el caso, ¿cómo se realizará el desalojo?

Necesitamos normas de adjudicación que prescriban, por ejemplo, que es un juez el que debe ordenar el desalojo. Debe determinarse qué pruebas necesita el propietario, los momentos para que el inquilino se defienda (alegando que sí ha pagado el alquiler, por ejemplo), entre otras cuestiones.

Finalmente, también sabe –y lo hemos visto antes– que es posible *modificar el Código Civil*. Para hacerlo es necesario que existan "*reglas de cambio*".

Ya vimos (con horror, quizás) que la legislación puede cambiar. El Código Civil, Penal o la Constitución Nacional pueden ser modificados. Pero esto no puede hacerlo cualquiera, en cualquier momento y por cualquier método. Debe determinarse qué órgano puede modificar qué tipo de normas, por qué procedimientos y en qué circunstancias.

Por ejemplo, la modificación del Código Civil debe hacerla el Congreso Nacional. Que lo deba hacer el congreso y no, por ejemplo, el presidente, lo imponen las reglas de cambio.

Llegado a este punto, ¿podría explicar cuáles son los tipos de normas según Hart?

Generales y particulares

Todos los ejemplos que hemos visto constituyen normas jurídicas *generales*. ¿Qué significa esto? Que prescriben conductas para todos los miembros de una clase en relación a una generalidad de actos. Por ejemplo, a "ningún habitante de la Nación" se lo puede penar "sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" (artículo 18 de la Constitución Nacional). Fíjese que esta norma protege a todos los habitantes de la Nación en la generalidad de los procesos criminales.

No está demás repetirlo: se habla de una generalidad de actos (en este caso, los juicios criminales) y para todos los miembros de una clase de personas (en este caso, los habitantes de la Nación).

Veamos otro caso. El artículo 238ter del Código Penal prescribe una pena para el militar que desobedece una orden legal de un superior frente a un enemigo. ¿Es general o particular?

Alguien podría decir, "es particular, porque no abarca a todos los habitantes". Pero quien ha leído atentamente ha tomado nota de que la norma es general en la medida en que prescriba conductas generales aplicables a todos los miembros de una clase. En este caso, aplica a todos los miembros de la clase "militar" y a una conducta genérica: desobedecer una orden frente a un enemigo.

La norma no legisla la conducta del soldado Ryan o del sargento primero Welsh. Legisla sobre todo militar que esté en una situación general.

La norma, entonces, sigue siendo general. La pregunta que surge es ¿cuándo es particular una norma jurídica? Lo es cuando la norma está dirigida exclusivamente a una persona (o un grupo de personas determinado) *en concreto* por un acto *específico*.

Las normas jurídicas particulares también obligan, permiten o prohíben ciertas acciones. La diferencia es que esa obligación, permisión o prohibición se dirige a una persona *en particular* (o un grupo definido con nombre y apellido) y establece un *acto concreto* que debe realizarse, que se permite o que se prohíbe.

¿Hay ejemplos? Por supuesto: las *sentencias judiciales*. Toda sentencia judicial es una norma jurídica particular que obliga, permite o prohíbe algún acto.

El juez de familia *obliga* al progenitor llamado T a suministrar una cuota alimentaria al hijo menor de edad llamado X. O bien, el juez penal *prohíbe* a L acercarse a Z por medio de una orden de restricción debido a un delito. O, finalmente, el juez comercial *permite* continuar con el negocio que P y M llevan juntos porque están aprobados los balances de la empresa que fueron cuestionados judicialmente.

Los sujetos y las acciones están *individualizados*. Son concretos. Estas normas no regulan conductas generales. Sí, es cierto lo que está pensando: se *basan* en normas generales. Se basaron en el Código Civil y Comercial en el primer y tercer ejemplo y en leyes penales en el segundo. Pero el juez dictó una norma particular dirigida a un individuo concreto y que prescribía órdenes especificadas.

Si el juez dicta normas particulares, ¿quién dicta las normas generales? Creo que usted sabe la respuesta. En principio (y sólo en principio), quien dicta las normas generales es el Congreso de la Nación en su esfera de competencias. En la carrera verá que hay otros órganos que dictan normas generales. Pero por ahora usted puede quedarse con una distinción primigenia entre normas generales, que dicta el Poder Legislativo, y normas particulares, dictadas por el Poder Judicial.

Escritas y no escritas

Un amigo suyo está fascinado con *Rápido y furioso*. Su ídolo es "Dom" Toretto, el personaje protagonizado por Vin Diesel. La influencia lo llevó a querer correr picadas callejeras con su nuevo auto preparado al efecto. Sin embargo, algo le dice que son ilegales. Es más, cree que son un delito que lo puede llevar a la cárcel.

Si el aspirante a Toretto le pregunta "che, vos que estás haciendo el módulo de nociones de derecho, correr una picada en la calle, ¿es un delito?". Para contestar, usted debería ir al

Costumbre
El derecho primitivo es predominantemente no escrito. Hoy nos parece común o lógico, pero escribir las normas jurídicas no es algo que exista desde siempre. Los orígenes del derecho están relacionados típicamente con normas jurídicas que se creaban por la práctica constante reconocida como obligatoria. En la actualidad, los derechos nacionales de los Estados son predominantemente escritos. Países como Gran Bretaña conservan parte de su derecho en la costumbre, pero son la excepción en Occidente. El área donde la costumbre es más importante es en el derecho internacional, en donde las relaciones entre Estados se rigen por tratados internacionales (normas escritas) y por la costumbre (la práctica entre Estados reconocida como derecho). Por ejemplo, las normas que regulan el trato a los embajadores, representantes diplomáticos o cónsules tuvieron origen en la costumbre. Y aunque ahora hay un tratado al respecto, incluso los países que no lo han firmado deben respetar la costumbre internacional.
De paso, ¿qué sucede si un Estado incumple una norma internacional, sea escrita o no escrita? ¿Quién la hace cumplir? ¡Qué buena pregunta! No hay un "Estado mundial" y centralizado. Por tanto, el cumplimiento estará en manos de otros Estados que exigirán el respeto de la norma por medio de sanciones o incluso del uso o amenaza de la fuerza.

Código Penal y consultarlo. En algún momento llegaría al artículo 193bis y tendría la respuesta.

En el Código Penal están las normas que establecen delitos. Esas normas son un ejemplo de normas *escritas*. El Código Penal es una ley escrita que establece delitos y sus penas. Todos los ejemplos que hemos dado hasta aquí son de normas jurídicas escritas (en la Constitución, en los códigos o en leyes).

Ahora bien, no todas las normas jurídicas están escritas. Parte del derecho argentino se regula por normas no escritas que llamamos *costumbre*. La costumbre es una práctica reiterada por un conjunto de personas. La costumbre exige regularidad (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, p. 69).

Para que esa costumbre sea norma jurídica, debe generar derechos o deberes que sean obligatorios desde un punto de vista jurídico. ¿Recuerda el final del capítulo anterior y lo que vimos en éste más arriba? Las normas jurídicas consuetudinarias (es decir, establecidas en la costumbre) deben estar respaldadas por el aparato coercitivo del Estado que haga cumplir la conducta obligada o impida la prohibida o bien garantice la posibilidad de hacer lo que se permite.

Directivos y justificativos

Algunos autores entienden que las normas jurídicas poseen un elemento *directivo* y un elemento *justificativo* (Bouvier, H., *Particularismo y derecho*, Marcial Pons, p. 319). El elemento directivo es la conducta que prohíbe, obliga o faculta. El elemento justificativo es la "razón subyacente" a la norma. Es subyacente porque está debajo ("sub", debajo) de la norma. En otras palabras, es el motivo (o los motivos) por el cual se determina qué conducta se espera de los individuos.

Si una norma jurídica determina que "está prohibido arrojar basura en la calle", el elemento directivo es, por supuesto, la prohibición de arrojar basura en la calle. La norma jurídica busca dirigir la conducta del individuo en un sentido particular: que no arroje basura en la calle. Pero esta norma tiene una justificación, aunque el texto legal no la explicite: es *valioso* que la gente no tire basura en la calle; protege el medio ambiente, la estética de la ciudad, etc. Aunque no lo diga, la norma jurídica tiene una razón para prohibir una conducta.

Es un buen ejercicio de interpretación buscar ese elemento justificativo de las normas jurídicas. Por ejemplo, lea este artículo de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica):

> Artículo 7.4: "Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella".

Es claro que la norma obliga al Estado a hacer algo: informar a cualquier persona detenida cuál es el motivo de la detención. Pues bien, ¿cuál es la razón subyacente o elemento justificativo de esta norma? ¿Por qué debería informarse de los motivos de la detención?

Felicity Jones representa a la joven Ruth Bader Ginsburg, quien luego será jueza de la Corte Suprema de Estados Unidos, en *La voz de la igualdad* (2019). En la imagen se encuentra en la escuela de derecho de Harvard en la década de 1960. En un mundo de hombres, ella se abre camino.

Normas y principios

Lo invito a leer dos normas (enunciados normativos) obligatorias para todos los habitantes de nuestro país.

> "Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo" (art. 646, Código Civil y Comercial de la Nación).

Esta es, como se ve, una norma del Código Civil y Comercial argentino. La norma contiene una enumeración de los deberes principales de los progenitores (los padres) frente a sus hijos menores de edad. Entre ellos, vemos que están obligados a "cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo".

Por supuesto, cuando estudie más adelante en su carrera el Derecho de Familia verá que estos deberes contienen una regulación particular que hacen surgir interesantes problemas jurídicos, sociales y culturales. Por ahora nos quedaremos con esta norma que *obliga* a los progenitores a cuidar a los hijos menores, convivir con ellos y prestarles alimentos y educación.

Ahora preste atención al siguiente enunciado normativo:

> "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas […] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño).

Como verá, estamos frente a una norma de la Convención sobre los Derechos del Niño, un tratado internacional que Argentina firmó y que es derecho obligatorio para todos los habitantes de la Nación. Es más: tiene la misma jerarquía que la Constitución Nacional.

Lo invito a que repase la norma de la Convención y piense cuál es la conducta que ella *obliga*, *prohíbe* o *faculta*.

Si lee con atención, el verbo que utiliza la norma es "atender". Afirma que, en caso de medidas tomadas por las instituciones públicas (un juez, por ejemplo) o privadas (una escuela privada), "se atenderá" el interés superior del niño. Fíjese que no establece ninguna acción en concreto. No dice, como la norma del Código Civil y Comercial que vimos antes, que "cuidará" del niño, "convivirá" con él o lo "alimentará". Estas son

acciones concretas, determinables. Pero "atender el interés superior del niño" no establece ninguna acción particular.

Querido lector, estamos frente a un *principio jurídico*. En este caso el "principio del interés superior del niño". Hay otros: en derecho penal encontramos un principio enunciado en latín que afirma *in dubio, pro reo*, es decir, en caso de duda de si un acusado cometió o no un delito, debe estarse a favor del acusado y, por tanto, absolverlo[8]. En derecho internacional público el "principio de buena fe" que establece que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones contraídas. Y así irá aprendiendo a lo largo de la carrera otros.

Género: Norma Jurídica
Especies: Principios Jurídicos y Reglas Jurídicas

Los principios como "mandatos de optimización", según Alexy
"El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas" (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 67-68).

Un principio *es* una norma jurídica. La norma es el *género* y el principio es la *especie*, así como un texto sobre nociones básicas de derecho para ingresantes a Abogacía es una especie del género de las cosas interesantes de la vida.

Introducimos aquí una precisión conceptual muy valiosa para el estudio del derecho. Las normas jurídicas, como género, se dividen en *reglas jurídicas*, por un lado, y *principios jurídicos*, por el otro.

¿Cuál es la diferencia entre un principio y una regla? Ya sabemos que las respuestas de *knock-out*, es decir, una respuesta final y sin matices, no son habituales en el derecho. Como en todo, se discute qué distingue un principio de una regla.

Una pista muy valiosa se encuentra párrafos más arriba. La norma del Código Civil y Comercial estable una serie de acciones que los progenitores deben cumplir: cuidar al niño, convivir con él, alimentarlo y educarlo.

El principio de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cambio, manda a que, cuando se tome una medida, se "atienda" el interés superior del niño. No precisa una conducta determinada, sino que fija una pauta de actuación en caso de tomarse medidas.

¿He logrado explicar la diferencia? ¿No? Pues vamos de vuelta. El principio jurídico del ejemplo ordena atender el interés superior del niño *en cada acción que lleven adelante las entidades públicas y privadas*. La regla jurídica ordena *que los progenitores del niño realicen acciones particulares.*

El principio no fija qué conducta hay que realizar, sino que establece *cómo debe* realizarla: en este caso, atendiendo el interés superior del niño. Mientras que la regla ordena una conducta en particular, el principio ordena que, cualquiera sea la acción que se realice, ella se lleve a cabo *en la mayor medida* y *de la mejor manera posible*.

Ejemplo: el niño tiene derecho a la educación. Ahora bien, ¿cómo debe ser la conducta de las escuelas frente a este derecho? Si nos atenemos al principio de interés superior del niño, la educación debe ser proveída *de la mejor manera* posible teniendo

[8] ¿Absolverlo? Si no conoce el término, puede buscarlo o consultarlo con compañeros o docentes.

en cuenta las circunstancias particulares. En otras palabras, sin decirnos qué en concreto hacer, nos obliga a que se haga lo mejor posible. De ahí que Robert Alexy defina a los principios como “mandatos de optimización”.

Recapitulación

Hemos visto el concepto de norma jurídica. No fue sencillo, pero avanzamos desde el lenguaje prescriptivo (por oposición a descriptivo), pasamos por una caracterización de lo que es una norma jurídica, los tipos de normas y la justificación subyacente de las normas. Finalmente, hablamos de la distinción entre normas jurídicas y principios jurídicos. ¿Ha quedado todo claro? Es importante que así sea. Si no está todavía lo suficientemente claro, le recomiendo volver sobre estas páginas porque comprender lo que sigue depende de ello.

Meryl Streep representa a Joanna Kramer en *Kramer vs. Kramer*, enorme film de 1979. Joanna demandó a su esposo, interpretado por Dustin Hoffman, por la tenencia de su hijo. En la escena es interrogada por el abogado de aquél durante el juicio.

III. ¿Tiene que ver con la moral?

Algunos casos difíciles

Le voy a contar algunos casos difíciles que han tenido que resolver los tribunales en el mundo. Los explicaré muy a grandes rasgos, sin entrar en detalles. Durante la carrera tendrá oportunidad de analizarlos más detenidamente. Por ahora, vayamos a algunos puntos complejos y generales de ciertos casos reales.

Tú no eres de aquí

Alemania, 1941. Gobierna Adolf Hitler durante la Segunda Guerra Mundial. El 25 de noviembre dicta un decreto por el cual se establece que toda persona judía que tenga residencia en el extranjero para la fecha, perdería la nacionalidad alemana.

Quien estas páginas lee sabe bien la tragedia que supuso para los judíos alemanes (y europeos en general) el Nacionalsocialismo. Entenderá que, para 1941, muchos –los más afortunados– habían emigrado buscando refugio alrededor del mundo.

Esta norma jurídica dictada por el nazismo era válida en el sentido en que hemos visto en el capítulo pasado. Era una norma obligatoria, respaldada por el aparato coactivo del Estado y dictada por quien tenía potestad para hacerlo. Era, además, una norma jurídica vigente.

Ante la inminente derrota, Hitler se suicidó el 30 de abril de 1945. Alemania Occidental pasó a estar regida por un gobierno democrático. El Tribunal Federal de aquel país tenía que resolver si el decreto de Hitler era válido. De eso dependían derechos de personas judías que, según el decreto, no eran nacionales por haber estado fuera del país en noviembre de 1941.

Algunos de los afectados por el decreto, al no ser más nacionales, perdieron sus propiedades o sus derechos hereditarios. Insisto: según el ordenamiento jurídico vigente en el momento de dictarse el decreto, era norma jurídica válida. Luego de la guerra, el tribunal alemán, ¿debía aceptar sus consecuencias jurídicas y aplicar esa norma jurídica válida?

Parte de la jerarquía del Nacionalsocialismo siguiendo el proceso judicial en su contra conocido como Juicios de Núremberg. Algunos fueron condenados a muerte y otros a penas privativas de la libertad. Para evitar la condena, muchos jerarcas nazis optaron por el suicidio y otros escaparon del país.

¡No escaparás!

Alemania nuevamente, 1984. El país germano estaba dividido entre la República Federal Alemana, regida bajo un sistema económico capitalista y un sistema político democrático-liberal, y la República Democrática Alemana, comunista tanto en su sistema político como económico. La ciudad de Berlín estaba atravesada por un famoso muro que caería cinco años después.

Dos jóvenes guardias de la Alemania comunista (20 y 23 años) custodiaban que ningún habitante de la ciudad se escape hacía la Alemania federal. Habían sido entrenados y educados para realizar esta tarea. Se habían criado bajo el régimen comunista.

Durante la noche, un joven de 20 años intentó cruzar el muro. Fue divisado por los guardias. Éstos le exhortaron para que desista. Realizaron los disparos de advertencia reglamentarios pero nada detuvo a quien quería escaparse. Siguiendo el protocolo para estos casos, los guardias dispararon al cuerpo y lo mataron.

El país se reunificó en 1990 y a los tribunales de la Alemania unida les tocó juzgar si estos jóvenes guardias debían ser considerados homicidas. Según las normas jurídicas válidas al momento de los hechos, sus acciones eran legales. Es más, estaban *obligados* a hacer lo que hicieron. El tribunal, ¿debía aceptar estas normas como válidas o debía dejarlas de lado y penar a los guardianes del muro?

Obediencia debida

Argentina, fines de la década de 1980. La última dictadura militar estaba aún cerca. En 1985, los miembros de las Juntas Militares que había gobernado entre 1976 y 1983 fueron condenados por los delitos atroces cometidos en esos años.

Para 1987, los tribunales estaban investigando los delitos cometidos por oficiales y suboficiales de menor jerarquía en el escalafón militar. Ya no eran los altos mandos, como en 1985, sino efectivos que se encontraban subordinados.

Los militares de rango medios estaban inquietos por posibles juicios. El gobierno nacional decidió, en diciembre de 1986, dictar una ley conocida como de "punto final". Indicaba, a grandes rasgos, que la acción penal por cualquier delito cometido durante la dictadura militar quedaba extinguida si no se había citado a indagatoria[9] a los acusados antes de los sesenta días contados desde el 24 de diciembre de 1986.

Frente a esto, los jueces que llevaban las causas por estos delitos se apuraron en tramitarlas para que no se extinguiese la acción penal. Así evitarían que los crímenes quedaran impunes. Saltearían la ley de punto final y podrían continuar con los procesos penales.

---

[9] No importa que no conozca la institución del proceso penal llamada "indagatoria". Seguramente ha escuchado en televisión o leído en los diarios que tal persona se la "citó a prestar declaración indagatoria". Hay también una escena muy famosa que quizás recuerde de la película argentina ganadora del Oscar *El secreto de sus ojos* donde puede apreciarse una declaración indagatoria (bastante irregular, cabría agregar). Lo que debe saber ahora es que constituye un punto importante de un proceso penal e ineludible en el camino hacia el juzgamiento por delitos.

Esto irritó a ciertos efectivos militares y fue el detonante del primer levantamiento de un grupo conocido como *Carapintadas* en la Pascua de 1987[10]. Frente a este planteo militar, el Congreso de la Nación dictó la llamada ley de "obediencia debida".

La ley indicaba que todos aquellos efectivos militares de gradaciones menores (oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales, personal de tropas) no serían penados sin importar qué delito hubiesen cometido entre 1976 y 1983. El castigo penal por esos hechos y para esas personas no sería posible.

Esta norma fue dictada durante un gobierno democrático, por el Congreso de la Nación. Sin embargo, ¿debe ser aceptada por los tribunales?

Moral y derecho

Desde que comenzamos a preguntarnos por el derecho hemos hablado de él como un orden de conducta, es decir, un conjunto de reglas que determina la forma en que deben comportarse los seres humanos en una sociedad dada. Dijimos al comienzo que existían otros órdenes de conductas. Entre ellos la moral, sin dudas el más importante.

Ya hemos visto que la moral y el derecho se relacionan. Profundicemos ahora un poco más en esto. Según Carlos Nino, derecho y moral pueden relacionarse de distintas formas. Preste atención a esta breve lista:

a. El derecho *refleja* un sistema moral.
b. El derecho *debería reflejar* un sistema moral.
c. Si el derecho *no refleja* la moral, *no debe ser* considerado derecho.
d. Todo derecho *posee* fuerza moral obligatoria, independientemente del contenido.

Note la diferencia entre las distintas posibilidades. Decir que el derecho *refleja* un sistema moral es un juicio descriptivo. Se está afirmando que efectivamente así sucede en la realidad. ¡Y es cierto! No caben dudas de que, siendo el derecho un producto social, reflejará (en más o en menos) el sistema moral de la sociedad.

Por ejemplo, una sociedad fuertemente patriarcal consagrará normas que disminuirán los derechos de las mujeres. Una sociedad en que el sistema moral es respetuoso de los derechos individuales, garantizará ampliamente las libertades de las personas. Y así.

En el punto "b" ya no hay un juicio descriptivo, sino *prescriptivo*. Ya sabe qué significa esto, ¿verdad? Lo hemos visto antes. Significa que está diciendo que algo *debería ser* de cierta forma. Si el derecho no refleja el sistema moral, debería reflejarlo.

Esto sucede mucho en los debates sobre la legislación. Se dice que tal norma no debería aprobarse o que tal otra debería derogarse porque no refleja los valores sociales, es decir, la moral de la sociedad.

¿Y qué pasa si no se refleja esos valores morales? Bueno, hay quienes dicen que si los valores morales no se ven reflejados en el orden jurídico, entonces éste no puede ser considerado como derecho. Esta es la variante del punto "c".

Quiero que preste mucha atención a esto que estoy diciendo porque es un problema que lo acompañará a lo largo de toda su carrera universitaria. Existe en la filosofía del derecho una corriente de pensamiento que considera que si una norma jurídica

[10] Si siente curiosidad, podrá buscar información sobre "la pascua del 87". Quienes ya peinen canas recordarán esos días aciagos y, quienes no, podrán preguntarle a ellos cómo se vivió ese fin de semana.

contradice el sistema moral (o *un* sistema moral determinado, según el caso) no debe considerarse como derecho válido. Algo adelantamos en el capítulo anterior. Lo invito a releer el apartado "validez de las normas". Es una posición interesante y seductora, pero que genera no pocos problemas que veremos en un momento.

Finalmente, la variante expresada en el punto "d" afirma algo totalmente distinto. Sostiene que el derecho, por ser tal, posee fuerza moral. Es decir, la ley, por ser tal, es moralmente buena.

De esta idea es que suele derivarse otra, distinta pero cercana: que hacemos bien en cumplir el derecho. Que es moralmente correcto respetar la ley. Del hecho de que sea derecho, se deriva que es moralmente correcto.

Parece bastante lógico, ¿no? Si yo le pregunto: ¿es bueno o malo cumplir la ley? Usted seguramente me contestará que sí. Incluso quizás le sorprenda la pregunta. Puede parecerle obvia. ¿Para quién sería malo cumplir la ley?

Ahora bien, si la ley indica, por ejemplo, que está permitido comprar y vender personas de color negro, tal como sucedía en países como Estados Unidos hasta la segunda mitad del siglo XIX, ¿es bueno o malo que un funcionario del registro de la propiedad haga cumplir la ley e inscriba un esclavo a nombre de una persona? Ya no creo que su respuesta afirmativa se mantenga.

Año 1985, Argentina. En la imagen se ve el proceso judicial contra las juntas militares que se llevó adelante luego de recuperar la democracia en 1983. Unos años después se sancionarían las leyes de obediencia debida y punto final. Recién en el siglo XXI se reabrirían los procesos penales por los delitos cometidos durante la dictadura militar 1976-1983.

Dos maneras de entender el derecho

Alrededor de las preguntas planteadas antes y los casos difíciles que le conté al principio, gira un debate que atraviesa la filosofía y la ciencia jurídica. Un debate que tiene en su centro la relación entre moral y derecho pero que en el fondo está queriendo contestar la pregunta sobre qué es el derecho que planteamos desde el comienzo.

Hay dos respuestas extremas frente a la pregunta ¿tiene el derecho que ver con la moral? Por un lado, encontramos la respuesta de la llamada *filosofía del derecho natural* o *iusnaturalismo*. Por el otro, el llamado *positivismo jurídico* o *iuspositivismo*[11].

[11] "Ius" es un término del latín que designa derecho. "Ius" unido a "natural" indica la filosofía del derecho natural. "Ius" unido a "positivismo" es un nombre utilizado para la filosofía del derecho positivo. Veremos por qué natural y por qué positivo.

Iusnaturalismo

Le hago una pregunta: ¿usted considera que existe algún orden que determina qué es lo bueno y qué es lo malo con independencia de la voluntad de las personas? Lo pongamos de otra forma: lo correcto y lo incorrecto, ¿está supeditado a lo que cada uno diga o lo que una sociedad en particular piense que es correcto o incorrecto?

¿"Entre lo que sos y lo que hay de malo", como dice "Detonador de sueños" de *La Renga*, "sólo late tu verdad" o bien existen pautas morales que me indican qué es lo bueno y qué lo malo? ¿Debemos *descubrir* lo bueno y lo malo o *construir* las normas morales?

Los integrantes de *La Renga* no son iusnaturalistas. A diferencia del Chizo, Tanque y Tete, un iusnaturalista contestaría que sí a la primera pregunta planteada (¿considera que existe un orden moral con independencia de la voluntad de las personas?).

La base de la filosofía del derecho natural es la creencia de que existe un orden moral con independencia de nuestra voluntad y que dicho orden es asequible[12] por la razón humana.

Este orden moral puede ser, por ejemplo, el derivado de la propia naturaleza humana. Si ha sido atenta su lectura, quizás dirá: "bueno, pero aquí se está asumiendo que existe alguna naturaleza humana". Y es cierto. Para esta idea del iusnaturalismo, es necesario asumir que existe algo que nos caracteriza como seres humanos (el *logos*, para Aristóteles, por ejemplo), cuestión discutida en la filosofía.

El iusnaturalismo asume que existen características esenciales del ser humano. Lo esencial es aquello que es inmutable y universal, es decir, que todos los seres humanos sin importar nuestras diferencias accidentales compartimos.

La razón humana puede captar ese orden moral derivado de la naturaleza humana. Esto es lo que se ha dado en llamar *iusnaturalismo racionalista*. Autores como Hugo Grocio, Jean-Jaques Rousseau o Immanuel Kant son ejemplos de esta corriente[13].

Al contrario, hay quienes piensan que este orden natural es originado por Dios, aunque también la razón humana puede captarlo. Este es el *iusnaturalismo teológico* y su autor más destacado es Santo Tomás de Aquino. El orden natural está "grabado en el corazón" de los hombres por Dios. Obviamente estamos hablando del Dios cristiano, ya que Tomás de Aquino es, como usted sabe muy bien, un santo de la Iglesia Católica.

Tanto para el iusnaturalismo racionalista como para el teológico, entonces, existe un orden moral que es independiente de la voluntad humana. El hombre no *decide* cuál es el orden moral, sino que debe *conocer* sus normas.

A esta tesis, ambas corrientes agregan otra más: que el derecho no puede ser considerado como orden jurídico válido si contradice los principios del orden moral.

Para pasar en limpio, pueden encontrarse dos tesis básicas del iusnaturalismo:

a. Existe un orden moral natural que el hombre puede conocer mediante la razón.

---

[12] Es importante que entienda esta palabra. Si no la conoce, busque su definición.

[13] Todos estos pensadores, y otros que he mencionado o mencionaré, los conocerá con más profundidad durante la carrera. Si nunca oyó hablar de ellos, no se preocupe. Lo invito a que averigüe más sobre su vida y obra si le interesa. La lectura de estos gigantes del pensamiento nunca es tiempo desperdiciado.

b. El derecho no debe contradecir ese orden moral. Si lo contradice, no puede ser considerado derecho.

El punto "a" es sumamente discutible en la filosofía. Lo verá en su momento, pero desde ya usted puede comenzar a pensar: ¿existe realmente ese orden moral? Porque quizás todos estemos de acuerdo que comprar y vender seres humanos es inmoral. Sin embargo, hasta el siglo XIX, incluso en algunos países hasta el siglo XX, muchas sociedades lo admitían. Y aunque hubo valientes que se opusieron, lo cierto es que para otros era perfectamente moral. ¿Qué debe decirse frente a esto? ¿Que se equivocaban quienes pensaban que era moral o bien que la moral cambia según los contextos sociales e históricos?

Para vos sí, para mí no
Hay una idea extendida de que la moral es "subjetiva". Dicho así sin más puede haber parte de razón. El problema es cuando se hace depender de manera absoluta los valores a lo que a cada persona le parece, casi como lo que sucede con los gustos culinarios.
Aunque hay desacuerdos morales, éstos no son iguales que las disputas que tenemos sobre, por ejemplo, las variedades de pizza. Cuando estamos ante la terrible decisión sobre qué pizza pediremos, no valdría la pena discutir si elegir calabresa es "más correcto" que napolitana. Es una cuestión de gustos. A usted le gusta más calabresa y yo, aunque no pueda creerlo, lo acepto como una "cuestión de gustos". Para usted calabresa, para mí napolitana.
Pero la moral no es una cuestión de gustos. Se juegan cosas mucho más importantes. No discutimos sobre el valor moral de la esclavitud en términos de "a mí me parece bien tener esclavos, aunque respeto que a vos no te guste".
Sí, sí, debe quedar clarísimo que existen desacuerdos morales profundos. Pero es importante que reconozcamos que los desacuerdos no son del mismo tipo que aquellos que se dan con los gustos.

Si el punto "a" es controvertido, más lo es el "b". Para los iusnaturalistas debe hacerse una especie de test de compatibilidad entre el orden jurídico y el orden moral. El orden jurídico debe reflejar el orden moral o, cuanto menos, no contradecirlo. Por ejemplo, el orden natural indica que todas las personas deben ser consideradas como libres y con el derecho a decidir sus planes de vida. Entonces, si una ley legaliza la esclavitud claramente es contraria al orden moral natural, ya que contradice la libertad que debe poseer toda persona por el hecho de serlo.

¿Está de acuerdo con lo anterior? Estoy seguro de que usted está en desacuerdo con la esclavitud. Pero quizás no está de acuerdo con que exista un orden moral ajeno a los arbitrios humanos. Porque son dos cuestiones distintas.

Además, el caso de la esclavitud es bastante fácil en la Argentina del siglo XXI. Independientemente de que creamos o no que existe un orden moral natural, la abrumadora mayoría de los argentinos estamos en contra de la esclavitud. Pero si tratamos situaciones más difíciles, como por ejemplo la eutanasia, el aborto, la prostitución, el consumo de estupefacientes, la pornografía, ¿qué dice el orden natural al respecto? Difícil de responder.

Test de iusnaturalismo
Si usted contestó en los casos difíciles que *no* debía aplicarse el decreto que le quitaba la nacionalidad a las personas judías porque es inmoral, que *sí* debe considerarse delito lo que hicieron los guardianes del muro porque es homicidio aunque la ley haya permitido esos disparos y que *no* puede aplicarse la ley de obediencia debida porque es injusta, usted se ha acercado, al menos en estos temas, al iusnaturalismo.

Hay mucha gente que considera que la respuesta es sencilla porque creen firmemente que existe un orden moral inmutable, universal y que ofrece respuestas claras a estos difíciles dilemas. De acuerdo, respeto esa creencia. Pero

nadie puede negar que tal idea *no es compartida por la totalidad de la sociedad*. Hay debates históricos en la filosofía, la ética, la teología, la política respecto a cientos de temas. En esos debates algunos alegan el orden natural, pero deben admitir que no todos están de acuerdo.

De este desacuerdo parte el positivismo jurídico.

Iuspositivismo

El positivismo, en general, es una postura científica que considera que el conocimiento válido es aquel que puede ser verificado por medio de pruebas científicas. Un científico de la salud puede probar que tal medicina es útil para sanar tal enfermedad. Un paleontólogo, siguiendo ciertos métodos científicos, puede probar que cierta especie de dinosaurio vivió en determinado periodo de tiempo.

Ahora bien, ¿cómo probamos la existencia de un orden moral inmutable, universal y que existe con independencia de nuestra voluntad individual o colectiva?

Frente a esta pregunta el positivista es una persona *escéptica*. ¿Qué significa ser escéptico? Es muy probable que si usted le pregunta a alguien qué significa ser escéptico, ese alguien le conteste algo como "una persona que no cree". En realidad, esa idea no es precisa.

Un escéptico es aquella persona que considera que no puede alcanzarse la verdad en ciertos aspectos. Por ejemplo, considera que no puede saberse la verdad de la existencia de Dios. El escéptico no dice "Dios no existe". Lo que dice es "no sé si Dios existe; no puedo probar que Dios exista".

Lo mismo aplicado al orden moral natural e inmutable, un escéptico diría "no puedo probar que ese orden moral exista o no". Quizás el escéptico diga "me encantaría que exista ese orden moral, la vida sería mejor, más tranquila y segura. Pero no puedo saberlo. Tal vez existe, pero yo no puedo probarlo".

Hemos dado dos características de los positivistas: primero, que sólo consideran científico aquel conocimiento que es verificable. Segundo, que son escépticos, entre otras cosas, de la existencia de un orden natural que prescriba normas morales.

¿Quién sería un iuspostivista? Un positivista jurídico buscará en la ciencia jurídica aquello que sea posible de probar. El orden moral natural no es el caso, argumentan ellos: no hay pruebas de que exista ese orden natural.

¿Qué del derecho puede ser captado por el ser humano y, por tanto, convertirse en objeto de estudio? Los positivistas contestan: las normas jurídicas.

Todo el capítulo anterior vimos qué son las normas jurídicas. Ellas, y no otra cosa, constituirán el objeto de estudio para un iuspositivista. Alguien que adhiera a la filosofía del derecho natural pensará que el estudio del derecho no puede reducirse a las normas jurídicas. Dirá que no puede conocerse el derecho si no se conoce el orden natural inmutable. ¿Recuerda por qué? Quien estuvo atento hasta aquí probablemente responda rápidamente: porque sólo si se adecua a ese orden puede decirse que el derecho es realmente tal.

El positivista cree que ese orden moral no es objeto de estudio del derecho. El moralista o el filósofo harán bien en estudiarlo, dice el iuspositivista, pero no el jurista.

Usted rápidamente puede comprobar que los positivistas *separan* moral de derecho, mientras que los iusnaturalistas unen ambos órdenes normativos.

A la pregunta que encabeza este capítulo, el positivista responderá negativamente: "no", dirá, "para definir y estudiar el derecho no hay que tener en cuenta la moral".

¿Y qué decir del derecho alemán durante el nazismo? Por ejemplo, la legislación que prohibía el matrimonio entre una persona judía y una de origen ario. El iusnaturalista argumentaría que tal ley *no es derecho* porque está en contra de un sistema moral que impone que todos los hombres sean tratados de igual manera independientemente de su religión o raza. Al contrario, para el positivista jurídico el derecho Nazi *sí es derecho* (incluso para un positivista que le repugne el nazismo), porque la definición de lo que es derecho no depende de la coherencia con ningún sistema moral.

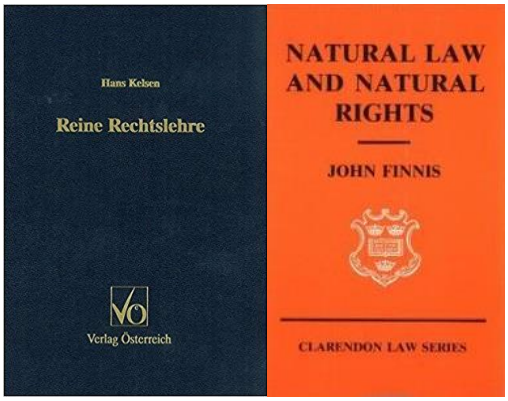
Preste atención a la última frase: la definición de lo que es derecho no depende de la coherencia con ningún sistema moral.

Esto lo admite el mismísimo Hans Kelsen, a quien usted ya conoce y quien es el positivista más renombrado del siglo XX. Lo que quizás todavía no sepa es que Kelsen fue una víctima del nazismo.

Luego de que Adolf Hitler asumió el poder, Kelsen tuvo que emigrar a Estados Unidos por su condición de judío. Y aunque Kelsen se opuso fervientemente al nazismo y lo consideraba un régimen moralmente despreciable, este rechazo no podía incidir en su análisis del derecho. Porque lo que es derecho no depende de la moral. Para Kelsen el derecho nazi *sí* es derecho, a pesar de que él piense que es moralmente insoportable.

Los positivistas descreen que el sistema moral que proponen los iusnaturalistas sea objetivo o asequible a la razón humana. Una persona puede decir "esto es moralmente incorrecto" y otra pensar lo opuesto, es decir, que es "moralmente correcto". El desacuerdo moral, para los escépticos, no tiene solución racional. Para ellos, un debate moral sí se parece a la polémica por la pizza. (Volveremos sobre este problema más adelante).

Test de positivismo
Si usted contestó en los casos difíciles que *sí* debía aplicarse el decreto que le quitaba la nacionalidad a las personas judías porque era norma válida, que *no* debe considerarse delito lo que hicieron los guardianes del muro porque cuando ellos dispararon era obligatorio por ley para hacerlo y que *sí* debe aplicarse la ley de obediencia debida porque es norma válida, usted se ha acercado, al menos en estos temas, al positivismo jurídico.



Tapa de dos de las obras más importantes de derecho en el siglo XX en su idioma original. *Teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen, a la izquierda, y *Ley natural y derechos naturales*, de John Finnis, a la derecha. El primero, representante del positivismo jurídico. El segundo, del iusnaturalismo.

La inevitable inclusión de la moral

Lea atentamente este párrafo de Ricardo Guibourg, uno de los más prestigiosos filósofos del derecho de Argentina:

> "es posible decir que el positivismo ha sido derrotado. En efecto, la inclusión de referencias inevitablemente valorativas en los niveles más altos del sistema jurídico ha invertido los papeles: el positivista, habituado a buscar respuesta jurídica en la ley positiva, encuentra que ella le manda remitirse a los valores, por lo que se ve obligado a ejercer un razonamiento parecido al del iusnaturalismo. En cambio, un iusnaturalista ya no necesita invocar el derecho natural: le basta remitirse a los valores consagrados por la Constitución y por los tratados y proclamarse un fiel intérprete de los textos positivos" ("¿Qué son los derechos constitucionales?, en *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo-Perrot, t. I, p. 58).

Le ruego al lector que lea nuevamente el párrafo detenidamente y lo vincule con lo que hemos venido hablando hasta ahora.

Quizás le sorprenda, pero Guibourg es considerado un positivista en la filosofía jurídica argentina. En el párrafo citado se nota la desazón ante la constatación de la derrota del positivismo. Pero es una comprobación de la realidad que me parece acertada.

Independientemente de que se quiera o no, el discurso jurídico ha adoptado el lenguaje de la moral. Los legisladores y los tribunales utilizan conceptos morales, tales como "buen" padre de familia, "igualdad", "equitativo", y los más evidentes "moral y buenas costumbres", "moral pública", entre otros. Todo lo relativo a los derechos humanos está atravesado de lenguaje moral.

A lo largo de la carrera y de su vida profesional, se encontrará con decenas de conceptos similares. Éstos carecen de una definición estipulada en la ley. El intérprete (juez, abogado o cualquier ciudadano) debe darle sentido. Por esto, el análisis del derecho tiene que hacerse cargo de estos conceptos, definirlos y trabajar con ellos. La conexión es inevitable y los juristas y operadores del derecho deben lidiar diariamente con conceptos morales.

No queda más, querido lector, que decir algo más sobre la moral.

¿Cuándo actuamos *bien*?

Es probable que entre los lectores de estas páginas haya madres, padres, tíos, abuelos o hermanos de niños pequeños. Un niño en sus primeros momentos de formación. Los padres y/o sus familiares más cercanos intentan (con éxito relativo, según los casos) guiar la conducta del pequeño según ciertas pautas. Las maestras de los jardines de infantes hacen lo propio (con pronóstico de éxito reservado).

Como dice la canción de Joan Manuel Serrat, esos "locos bajitos" no tienen "respeto al horario ni a las costumbres". Pero debemos "domesticarlos". ¿Cómo se hace?

Supongamos que el pequeño se resiste a abandonar el arte de la pintura rupestre en las paredes interiores de la casa. Ante esto, usted debe haber escuchado (o proferido) una amenaza del tipo:

- ¡Si volvés a ensuciar la pared, no te llevo más a comer un helado!

Notará prontamente que, si ha dicho esta frase, ha enlazado una conducta (ensuciar la pared) con un castigo (no ir a comer helado). Lo que se pretende es que el niño haga una especie de cálculo y razone: "¿qué prefiero, ensuciar la pared o comer helado?" El adulto aspira, ¡ruega!, que el niño elija el helado, así no deberá limpiar (o pintar) nuevamente la pared. ¿Y si prefiere seguir su veta artística aunque le cueste el helado? Que Dios se apiade de nosotros.

Veamos otra situación. Primeros años de escuela. El niño no quiere sentarse en su pupitre y ha decidido correr entre las filas arengando a sus compañeritos a hacer lo mismo. Éstos lo alientan y le festejan su desafío. El adulto educador podría apelar, como en el ejemplo anterior, a un castigo. Pero también podría decir algo como:

- ¡Siéntese en el pupitre! ¡¿Así se comporta un buen alumno de escuela?!

Usted comprenderá que la pregunta es retórica[14]. En realidad la maestra no quiere la opinión del niño. Lo que busca es apelar a la conciencia de la criatura para que reflexione y se calme.

Pero lo que quisiera notar es que la apelación a su (pretendida) conciencia se hace a través de la imagen de un buen alumno de escuela. Existiría un ideal de buen alumno que todos deberían alcanzar. Portarse bien es portarse como lo haría ese buen estudiante ideal.

Tercer y último caso. Puede suceder que el niño del ejemplo anterior mantenga una reserva de energía para gastar en su casa, durante el almuerzo luego de la escuela. Supongamos que se para en la silla, grita y hace juegos con la comida. Es posible que sus progenitores o cualquier adulto a cargo le digan algo como:

- ¡No hagás eso! ¡Eso no se hace!

No es común a temprana edad, pero es posible que, en cierto momento, el niño empiece a cuestionar la orden y pregunte, para horror de sus padres, "¿por qué no se hace?". No siempre, pero es muy posible que, jaqueado ante la inesperada interrogación, el adulto le contesten algo como:

- ¡Porque no se hace, y punto!

De vuelta con Serrat, "que eso no se hace, que eso no se toca". Sin razones, sin amenazas de castigos ante el incumplimiento, sin modelos a alcanzar.

¿Le resultan familiares estas situaciones? ¿Alguna vez dijo alguna de estas frases? ¿Se las dijeron a usted? No me responda.

Estas son representaciones simplificadas de tres corrientes básicas de la filosofía moral (que podemos llamar también ética) que intentan justificar cuándo una conducta es buena y cuando mala, la pregunta fundamental de la ética.

¿Qué diría papá Bentham?

La primera frase puede relacionarse con una corriente llamada *utilitarismo*. La idea que resume esta posición es la siguiente (quizás conocida por quien me está leyendo): "máximo beneficio para el mayor número de personas". Es decir, se comportará de manera moralmente correcta en la medida en que maximice el beneficio.

[14] ¿Sabe lo que es una pregunta retórica? Si no lo sabe, es buen momento para averiguarlo.

Amenazando con terminar las salidas a la heladería, el adulto educador pretende que el niño haga un cálculo de costo/beneficio. Que razone así: "si pinto la pared, no tendré helado. ¿Prefiero pintar la pared o comer helado? Creo que prefiero comer helado, aun cuando tenga que resignar al placer de la pintura en la pared. Dejaré de pintarla en pos de disfrutar el helado".

En este caso tenemos una decisión individual. Pero la idea puede trasladarse al régimen político y jurídico. Para Jeremy Bentham, filósofo inglés del siglo VIII-XIX, el hombre huye del dolor y busca el placer. Por lo general, los hombres suelen buscar las mismas cosas, pero no todos pueden satisfacer sus deseos. Lo que hay que lograr es el máximo beneficio para la mayor cantidad de personas. Si hay que tomar una decisión que pueda perjudicar a algunos y beneficiar a otros, el utilitarismo da una guía de conducta: maximización de beneficios para el mayor número de personas.

Harry S. Truman fue el presidente de Estados Unidos luego de la muerte de Franklin D. Roosevelt al final de la Segunda Guerra Mundial. Truman ordenó que se arrojen dos bombas atómicas sobre Japón. La primera en la ciudad de Hiroshima el 6 de agosto de 1945 y, tres días después, la segunda sobre Nagasaki. Truman hizo un cálculo de costo/beneficio. Consideró bueno arrojar las bombas porque, según argumentó, la masacre sobre los japoneses era un precio que podía pagarse para terminar la guerra y, de esa forma, reducir la muerte de soldados norteamericanos.

¿Qué le parece? ¿Se le ocurren otros ejemplos en donde se aplique está lógica para determinar lo bueno y lo malo?

Aristóteles educador

La segunda corriente puede llamarse *eudemonismo*. Eude… ¡¿qué?! Eudemonismo, que proviene de la palabra griega *eudaimonia* que se ha traducido, algo erróneamente, por "felicidad". Más apropiado sería "comportarse bien" o "vivir bien" (MacIntyre, *Historia de la ética*, Paidós, p. 71).

Aunque no parezca, esto se relaciona con el segundo caso. La maestra le pregunta al niño: "¿así se comporta un buen estudiante?". En esta pregunta retórica se introduce un ideal de buen estudiante. Todo aquel que sea estudiante, se comporta bien si lo hace como lo haría ese buen estudiante. ¿Y cuándo se comporta bien un estudiante? Bueno, cuando realiza todos los actos que propendan a cumplir la finalidad del estudiante.

De la misma forma podría haber una idea de "buen ser humano" en la medida en que se cumpla con la finalidad del ser humano. Esta es la filosofía moral de Aristóteles llamada eudemonismo.

El hombre se comportará bien en la medida en que sus acciones propendan a un fin, que es la felicidad. Pero la felicidad no entendida como solemos hacerlo (generalmente asociada a "diversión"). La felicidad consistiría en una cierta forma de vida que está de acuerdo con la naturaleza humana de ser racional.

La búsqueda de la perfección del hombre es lo bueno. Y esa perfección se logra en la medida en que cultivemos la vida buena, es decir, la vida propiamente humana. ¿Y qué es lo propiamente humano? Quien estuvo prestando atención ya lo sabe, porque lo vimos en la primera parte de estas nociones introductorias al derecho.

Exacto, lo propiamente humano es el *logos*, la razón. La actividad propiamente humana es la actividad racional y allí radica la felicidad. Será bueno todo lo que se

ajuste a la naturaleza del hombre racional y propenda a desarrollarla por medio de la especulación y la contemplación intelectual. La felicidad la obtiene el filósofo.

¡Si Kant te viera!

Hemos nombrado al filósofo alemán Immanuel Kant. Es posible que haya oído hablar de él antes de leer estas páginas. Si no, es buen momento para conocerlo. Tendrá oportunidad de profundizar en su pensamiento en la carrera y oirá su nombre en varios momentos.

En el tercer caso que mencionamos, el del niño que no quiere comportarse en la mesa, el adulto a cargo del recto proceder del menor quiso convencerlo de manera kantiana. No apeló a una amenaza de castigo ni a un modelo de buen niño para perfeccionarse. Le dijo "debes hacerlo", sin importar beneficios posteriores.

Kant y la buena voluntad
"No es posible pensar nada dentro del mundo […] que pueda ser tenido por bueno sin restricción alguna, salvo una *buena voluntad*. Inteligencia, ingenio, discernimiento y como quieran llamarse los demás *talentos* del espíritu, o coraje, tenacidad, perseverancia en las resoluciones, como cualidades del *temperamento*, sin duda son todas ellas cosas buenas y deseables en más de un sentido; pero también pueden ser extremadamente malas y dañinas, si la voluntad que debe utilizar esos dones de la naturaleza, y cuya peculiar modalidad se denomina por ello *carácter*, no es buena. Otro tanto sucede con los *dones de la fortuna*. El poder, las riquezas, el pundonor e incluso la misma salud, así como ese pleno bienestar y ese hallarse contento con su estado que se compendia bajo el rótulo de *felicidad*, infunden coraje y muchas veces insolencia allí donde no hay una buena voluntad que corrija su influjo sobre el ánimo, adecuando a un fin universal el principio global de obrar" (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Gredos).

¿Cómo es esto? En la primera parte de este recorrido vimos un ejemplo sobre un dilema moral. Se jugaba la semifinal de la Copa del Mundo de fútbol y usted quería verla, pero un amigo necesitaba de su ayuda. Aunque sus deseos eran ver el partido y aunque el resultado de su acción sea catastrófico para sus instintos futboleros, el deber está en ayudar al amigo. Ayudar al amigo aunque eso le reporte un mal a usted (no ver el partido).

Pero preste atención: no hay un cálculo de costo/beneficio. Usted no dice: "prefiero ayudar a mi amigo porque, si me quedo a ver el partido, él dejará de ser mi amigo y no quiero eso". No, no. La idea es que usted dice: "el deber, lo bueno, es ayudar a mi amigo con independencia absoluta de los resultados o consecuencias de mis acciones".

¿Y cómo sé cuándo actúo bien? Kant da una regla formulada en un "imperativo categórico", es decir, una orden (imperativo) que debe hacerse sin condiciones (categórico)[15]. El imperativo categórico, escribe Kant en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, dice así:

"Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal".

Traducción: cuando vaya a actuar, pregúntese si usted puede querer que su acción se convierta en una ley universal de comportamiento. En otras palabras, si usted podría querer que todos se comporten de la misma manera.

[15] Una orden condicional puede ser algo como: "si no ayudas a tu amigo, perderás su amistad". La acción de ayudarlo está supeditada a la consecuencia. Es categórico cuando se dice: "debes ayudar a tu amigo", sin poner ninguna consecuencia.

¿Querría que el no ayudar a un amigo por ver un partido de fútbol (por más trascendental que sea) fuese una ley universal de comportamiento bueno? Probablemente la respuesta sea no. Por tanto, vaya a ayudar a su amigo. Alguien le contará del partido luego.

Pero preste atención a lo que sigue: para Kant, el comportamiento bueno está relacionado con actuar *por* el cumplimiento del deber y no sólo *de conformidad* con el deber. ¿Cuál es la diferencia? Que se actúa *por* el cumplimiento del deber cuando tenemos la *buena voluntad* de cumplirlo, independientemente de la consecuencia.

Estoy seguro de que usted actúa *de conformidad* al deber la mayor parte del tiempo. Pero también puedo intuir que a veces (la menor parte de las veces, seguramente) usted actúa *de conformidad* al deber aunque en realidad *no quiere hacerlo*, pero teme una consecuencia mayor. No hace falta que dé ejemplos, ¿verdad?

Para evitar la autoevaluación (no siempre muy reconfortante), piense en un atleta olímpico. Va a competir por la medalla de oro en los 1500mts de pista al día siguiente y alguien le ofrece una sustancia prohibida por el comité olímpico que le aumentaría el rendimiento. El sueño olímpico ha cautivado al atleta desde que era pequeño y sabe que todo su país estará viéndolo. Sin embargo, rechaza ingerir la sustancia prohibida.

La razón del rechazo puede provenir de dos fuentes distintas:

a. El atleta teme que, si lo descubren, lo descalificarán de la competencia.

b. El atleta lo rechaza porque *no debe* actuarse en contra de las reglas.

Note usted que en ambos casos el atleta rechaza la sustancia. Pero los motivos son distintos. En “a” lo hace porque teme una consecuencia. Si las chances de ser descubierto fuesen nulas, estaría muy tentado a ingerir la sustancia.

Al contrario, en “b” no hay ninguna mención a consecuencia alguna. Sin importar si lo descubren o no, el atleta considera que no debe actuar en contra del deber.

La razón “b” es genuinamente kantiana. La razón “a” no lo es. Sólo si actúa motivado por la segunda razón, el atleta tiene *buena voluntad* de actuar *por* el deber y no sólo *conforme* a él.

Recapitulemos

En un resumen brutal, si usted le pregunta a Bentham qué es lo bueno, le contestaría: “lo que maximice el bien”. Lo bueno se relaciona con un fin.

Si le preguntan a Aristóteles, diría: “lo bueno es lo que propende al fin del perfeccionamiento humano”. Lo bueno también se relaciona con un fin, pero muy distinto al de Bentham.

Si le preguntan a Kant, contestaría: “lo bueno no radica en el fin del acto que se haga, sino en la buena voluntad de obrar *por* el cumplimiento del deber que se conoce mediante el imperativo categórico”.

¿Y para qué todo esto?

¿Por qué ha tenido que leer tantas páginas sobre filosofía moral? Seguramente usted ha disfrutado de este pequeño recorrido por el pensamiento ético. Es muy probable que quiera saber más sobre Aristóteles, Kant y Bentham. Quizás ya buscó dónde pueden

~~descargarse~~ comprarse sus libros. Incluso puede estar interesado por otras corrientes de filosofía moral, porque quien me lee –de forma muy acertada– intuye que hay muchas más.

Pero aun así se pregunta el porqué de leer sobre esto cuando a lo que aspira es a ingresar a la carrera de Abogacía. Le ofrezco dos posibles respuestas.

En primer lugar, los casos que vimos al principio. ¿Los recuerda? Éstos no encontraron solución en la ley vigente. O, mejor, la solución que daba la ley no parecía ser aceptable moralmente. La pregunta es, ¿puede recurrirse a principios o normas morales para resolverlos? Si responde afirmativamente, entonces todo lo visto hasta ahora deberá ser tenido en cuenta para saber cuál sería la respuesta correcta.

Pero aunque conteste por la negativa, la segunda razón la encuentra en la cita de Ricardo Guibourg que transcribí más arriba: nos guste o no, el derecho está atravesado de conceptos morales sin definiciones en la ley. Para darle contenido, el jurista, el abogado, el juez y cualquier ciudadano debe, necesariamente, apelar a nociones de filosofía moral. ¿Cómo llenamos de contenido estos conceptos? ¿En base a qué corriente ética debemos definir estas nociones?

No espero que dé una respuesta a estas preguntas ahora. Lo que espero es que lo piense porque llevará consigo estos cuestionamientos durante toda su vida.

Tom Hans y Denzel Washington, dos estrellas de cine, representan a dos abogados en *Filadelfia* (1993). El primero había sido despedido del estudio en el que trabajaba por tener HIV y por su orientación sexual. El segundo lo defenderá en uno de los procesos más famosos de la historia del cine

IV. ¿Qué es la Ciencia Jurídica?

Los científicos usan guardapolvo

Imagine un científico. Por un momento, represéntese en su cabeza un científico. ¿Cómo está vestido? Probablemente de guardapolvo blanco, ¿no? ¿Usa lentes? Con seguridad. Y si no, usa gafas protectoras. ¿En dónde está? En un laboratorio. Hay tubos de ensayo, pipetas, alguna balanza y seguramente líquidos en estado de ebullición.

Ahora imagínese un egresado de la carrera de Abogacía. ¿Se lo imagina vestido de la misma forma, en el mismo lugar y con los mismos elementos alrededor? Imposible. ¿Por qué? Obviamente porque el laboratorio no es su lugar de trabajo. La pregunta importante, pido disculpas, sería por qué no se imaginó a un científico de la misma manera que a un egresado de Abogacía.

¿Será porque los abogados no pueden ser científicos? ¿Hay "científicos del derecho"?

La respuesta es sí. Existen personas dedicadas a la investigación en ciencias jurídicas. Se financian proyectos en el área, hay becas de investigación en las distintas universidades y en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, la institución pública dedicada a la investigación más importante del país) y así sucede en el resto del mundo. En definitiva, hay académicos dedicados la totalidad de su tiempo a estos trabajos. También hay abogados que ejercen su profesión en los tribunales de justicia y, a la par, realizan tareas de investigación científica.

Pese a todo lo anterior, no solemos utilizar para ellos la calificación de "científicos". Fíjese cuán poco común resultaría la siguiente conversación:

- Buenos días, le presento a la Dra. Y, una destacada científica argentina.
- Un gusto doctora. ¿En qué área de la ciencia trabaja usted?
- En Derecho Penal.

No es muy probable un diálogo de este tipo. Lo que se hace es presentar a "la profesora Y" o la "doctora Y" o "la jurista Y", a "la penalista Y". Pero no se le dice "científica". ¿Por qué es así? La razón está en la discusión sobre el *estatuto epistemológico* de la ciencia jurídica.

¿Qué es una ciencia?

¡¿Estatuto epistemológico?! La epistemología es la rama de la filosofía que estudia el conocimiento científico. ¿Qué? Vamos de nuevo. La epistemología se dedica a reflexionar qué es lo que caracteriza al conocimiento científico y qué lo distingue del conocimiento vulgar.

No es momento para explayarnos en este apasionante tema. Tendrá tiempo en el módulo de Nociones de Ciencias Sociales y en la carrera para ahondar sobre la cuestión. Lo que quisiera resaltar aquí son los rasgos típicos que se han considerado importantes para definir al conocimiento científico. Generalmente se han dado tres características:

- ✓ El conocimiento debe, para ser científico, ser verdadero. Es decir, debe haber sido probado.

- ✓ La prueba de ese conocimiento debe lograrse por medio de un método científico.
- ✓ Es universal, es decir, vale para todos los miembros de una especie (lo que se diga sobre el comportamiento de los osos panda debe ser verdadero para todos los osos panda y no sólo para uno o un grupo).

Esto es controvertido, genera un sinnúmero de problemas interesantísimos que deben discutirse, pero no hay tiempo ahora. Esta es la idea básica de lo que es una ciencia. Las tres características podrían predicarse de las ciencias que rápidamente se nos vienen a la cabeza cuando pensamos en ellas: la biología, la matemática, la física o la química.

Ahora bien, la ciencia jurídica no es cualquier ciencia. Es una ciencia muy particular que en gran medida se distingue de las recién mencionadas.

Alberto Amann y Ricardo Darín saliendo de la Facultad de Derecho de la UBA en *Tesis sobre un homicidio* (2013), film en el que Darín interpreta a un profesor de derecho penal

Ciencia jurídica, ciencia social

La ciencia jurídica es una ciencia social. Vimos que el derecho es un producto social, no natural. Es fácil comprender entonces que el estudio científico del derecho es una especie del género "ciencia social".

No tengo dudas de que usted ya sabe esto. De hecho, en estos momentos está en proceso de ingreso a una facultad de ciencias sociales. Además del Departamento de Ciencias Jurídicas encontrará el de Sociología, Trabajo Social, Comunicación Social, Ciencias Económicas y Ciencias Políticas. Todas ellas son también ciencias sociales.

En el módulo Nociones de Ciencias Sociales verá con detenimiento los problemas que se generan alrededor de ellas. Por lo que hemos visto hasta aquí, usted ya sabe que los fenómenos que estudian las ciencias sociales son fenómenos humanos. Lo que analiza un científico social es cómo se comportan los seres humanos en sociedad.

Y, dígame algo querido lector, ¿los seres humanos se comportan todos iguales? Los grupos humanos, ¿han actuado siempre del mismo modo a lo largo del tiempo? ¿Actúan igual hoy en día en distintos lugares del mundo? La respuesta es no. Sin dudas que no.

Supongamos que un equipo de investigación del Departamento de Ciencias Políticas estudia el comportamiento del electorado en el municipio de Santa Lucía de la provincia de San Juan. Determina que a lo largo de las últimas tres décadas, los jóvenes de Santa Lucía han votado, en su mayoría, a los candidatos del partido X que promovía la gratuidad en el transporte escolar y en el servicio de wi-fi en todo el municipio. La

conclusión es, entonces, que los jóvenes mantienen una regularidad en cuanto a su voto con respecto al partido X debido, principalmente, a su política de gratuidad en el transporte y el servicio de wi-fi, dos aspectos importantes para los jóvenes santaluceños.

¿Significa que, por ejemplo, en Río Cuarto (provincia de Córdoba) los jóvenes también votarían por el partido X? No podría afirmarse esto científicamente. Las conclusiones obtenidas en Santa Lucía *no son trasladables* a otros espacios. Puede perfectamente suceder que allí voten al partido Z o que ni siquiera exista el partido X o bien a los jóvenes de Río Cuarto no les interese tener wi-fi gratis.

¿Esto qué significa? Significa que los resultados de las investigaciones científicas en las ciencias políticas (una ciencia social) no son *universales*. Lo que vale para Santa Lucía no vale para Río Cuarto. No sucede lo mismo con las ciencias naturales, donde los resultados de las investigaciones en, por ejemplo, el sistema digestivo de los leones son aplicables a todos los leones en el mundo.

Ni qué hablar de las llamadas "ciencias formales", como la matemática. En este caso las conclusiones que se extraen valen para este mundo y para un astronauta en el espacio exterior. 2+2 es 4 en Santa Lucía y en la Luna.

Con la ciencia jurídica sucede lo mismo que en el caso de la ciencia política y lo opuesto que con la biología o la matemática. El objeto de estudio de la ciencia jurídica es variable porque el derecho, como vimos en la primera parte de este trayecto, es un fenómeno social, cultural e histórico.

Pero, ¿queremos ser "científicos"?

¿Es realmente importante que nos llamen "científicos"? Quizás para nuestro ego lo sea. Ser científico tiene prestigio. Ciencia es un término con una carga valorativa muy positiva. Razones culturales han hecho que, cuando el geólogo habla sobre la tierra, el profano en la materia asiente sin dudar sus afirmaciones y admira su conocimiento. Al contrario, cuando un miembro de una comunidad de pueblos originarios habla sobre el cultivo de la tierra, suele esbozarse una sonrisa de superioridad que indica algo así como "qué romántica tu concepción de la Pachamama, pero no es científica".

Esta búsqueda de reivindicación, es decir, de ser aceptados por la "comunidad científica" es lo que lleva a los debates sobre el estatuto epistemológico del derecho. Sin embargo, Nino tiene razón al advertir sobre la (in)utilidad de este cometido:

> "Al fin y al cabo –afirma el jurista argentino– incluir o no un fenómeno en una cierta clase depende de la necesidad de satisfacer determinados propósitos.
>
> "No parece que haya otro propósito más importante en juego en la pugna por poner a la jurisprudencia [se refiere a la ciencia jurídica, *nota G.T.*] al lado de las actividades reconocidas como científicas, como la física, la biología, la sociología, etc., que el siguiente: atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con la palabra 'ciencia'.
>
> "[…] Si observamos que la discusión sobre el carácter científico de la actividad de los juristas está motivada en muy importante medida por ese

anhelo de apropiarse de un rótulo laudatorio, podemos despreocuparnos por la disputa" (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 319-320).

Lo mejor es reafirmar nuestra seguridad en nosotros mismos y más que indagar sobre si es o no ciencia. Lo que tenemos que hacer es ver qué hacen los juristas. De ahora en más, cuando hablemos de ciencia jurídica lo haremos en ese sentido: la actividad o actividades que desarrollan los juristas.

Katja (derecha) sigue el juicio por la muerte de su esposo (de origen turco) e hijo en un atentado terrorista de grupos antiinmigración. Su abogado, Danilo, intenta contenerla mientras el perito relata cómo fueron las muertes. La escena es de *En la penumbra* (2017) del director alemán Fatih Akin.

Entonces, ¿qué hace un jurista?

Toda ciencia tiene un objeto de estudio. Por tanto, los juristas también tendrán el suyo. Lo ve venir. Sabe que acá vendrá el "problema" o la "discusión" que complicará todo. Y es cierto, habrá problemas. Porque no hay acuerdo sobre cuál es el objeto de estudio de la ciencia jurídica.

La concepción tradicional de la labor del jurista está fuertemente relacionada con el iuspositivismo. ¿Recuerda el positivismo jurídico? Puede volver al capítulo anterior y revisar los conceptos. Allí verá que hay una nota característica de esta corriente de pensamiento jurídico: el objeto de estudio del jurista son las normas jurídicas.

En efecto, ésta ha sido la idea más arraigada en los estudios del derecho. El jurista estudia las normas jurídicas vigentes en su contexto, o bien, si hace Historia del Derecho, las normas jurídicas vigentes en el pasado, o, finalmente, las normas jurídicas vigentes en otros territorios, lo que conforma el Derecho Comparado.

En cualquier caso, para el positivismo jurídico el estudio del derecho se reduce exclusivamente a un objeto: las normas jurídicas. Si el biólogo estudia la flora y la fauna, por ejemplo, el jurista estudia normas jurídicas. Comprender el derecho es comprender las formulaciones lingüísticas de las normas jurídicas, tanto escritas como no escritas, generales y particulares.

Dicho esto, la pregunta es qué operaciones llevará a cabo un jurista. En otras palabras, qué hará con las normas jurídicas en su labor de jurista. Veámoslo.

Describir

El jurista debe, en primerísimo primer lugar, *describir* esas normas jurídicas. ¿Cómo lo hace? Elaborando lo que Hans Kelsen llamó "proposiciones jurídicas" (Kelsen,

Teoría pura del derecho, pp. 122 y ss.). Las proposiciones jurídicas son las producidas por los juristas para describir el derecho.

Va ejemplo. Estudiando el derecho argentino, un jurista podría decir algo como:

> "La libertad de expresión es un derecho especialmente protegido en Argentina".

Allí, como verá, no hay un enunciado normativo ni tampoco una norma jurídica. Esta frase no proviene de una autoridad respaldada por el aparato coactivo del Estado, sino de un jurista. Lo que hay es una proposición que intenta describir el derecho. Esta proposición es una conclusión que surge luego del estudio de nuestro derecho vigente.

El jurista en cuestión seguramente leyó el artículo 14 y el 32 de la Constitución Nacional, más los tratados internacionales de derechos humanos que son derecho vigente para nuestro país y que protegen la libertad de expresión. Sin dudas, este jurista estudió los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales que se relacionan con la libertad de expresión. De sus indagaciones, llegó a la conclusión propuesta: la libertad de expresión es un derecho especialmente protegido en nuestro país.

Fíjese que estamos mostrando las fuentes en las que el jurista se basó para dar su conclusión: artículos 14 y 32 de la Constitución, tratados de derechos humanos y jurisprudencia. Revisando las fuentes, podemos concluir que la proposición jurídica es *verdadera*. Mantenga siempre en la memoria que es verdadera *para el caso argentino* y no es posible universalizarla. En decenas de países del mundo no se garantiza de esta forma la libertad de expresión.

Ahora bien, lo importante es que de la misma manera que vimos por qué esta proposición jurídica es verdadera, podríamos comprobar que otra distinta es *falsa*. Por ejemplo, fíjese en esta:

> "En Argentina, el homicidio se castiga con pena de muerte".

Estoy seguro de que usted ya sabe que esta proposición jurídica es *falsa*. La pena de muerte no es una pena válida en Argentina ni podría serlo en el futuro, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos lo prohíbe. Y es falsa porque no se sustenta en ningún enunciado normativo válido. Ningún jurista podría probar esa proposición simplemente porque no hay en el orden jurídico argentino una norma que relacione el homicidio con la pena de muerte.

Enunciados normativos y proposiciones jurídicas
¿Está seguro de que puede distinguir ambos conceptos?

He aquí, de manera simplificada, lo primero que hace un jurista: *describir* el derecho. ¡Muy fácil!, dirá quien lea de forma desprevenida. En realidad, tal tarea no es para nada sencilla. Los enunciados normativos son muchas veces ambiguos, contradictorios, redundantes y/o dejan lagunas jurídicas.

Ya sabe lo que significa que un concepto sea ambiguo. Desde el primer momento de este trayecto se topó con un ejemplo: la palabra derecho. Sin embargo, probablemente desconozca qué serían enunciados normativos contradictorios, redundantes o contenedores de lagunas jurídicas.

Dos o más enunciados normativos son *contradictorios* cuando las soluciones que ofrecen para un mismo caso son opuestas o incompatibles. Imagínese las siguientes dos normas jurídicas:

> Norma 1: Está permitido importar productos lácteos.
>
> Norma 2: Quien importare productos lácteos será penado con multa de diez mil pesos.

Una misma acción (importar lácteos) no puede estar permitida y a la vez penada porque es contradictorio o, dicho de otra forma, incoherente. En la carrera verá cómo se solucionan este tipo de incoherencias que, ¡queda advertido!, existen en el derecho.

Dos o más enunciados normativos son redundantes cuando regulan el mismo caso dando la misma solución. Para que se configure redundancia debe haber dos o más normas jurídicas que correlacionen *el mismo supuesto de hecho* con *la misma solución*.

Acá no hay contradicción. El defecto es que no tiene sentido que un mismo sistema de normas regule dos veces el mismo hecho dando la misma solución. Supongamos los siguientes ejemplos:

> Norma 1: La presente ley se aplicará a los juicios que no tengan sentencia firme al momento de su entrada en vigencia.
>
> Norma 2: Esta ley no se aplicará a causas que, al momento de su entrada en vigencia, ya tuviesen sentencia firme.

Estas normas son redundantes porque ofrecen la misma solución al mismo supuesto. Para decirlo con más precisión, el enunciado normativo es distinto, pero la norma jurídica es la misma.

Finalmente, las *lagunas*. En el caso de las lagunas normativas (tema muy complejo sobre el que profundizará en la carrera), el sistema jurídico no ofrece una solución para un caso genérico. Digo caso genérico, porque no estamos hablando de un caso en particular (que Pedrito robó un auto), sino de un caso genérico (el robo de autos). Un ejemplo de laguna real es el siguiente:

> La Constitución Nacional establece que el Congreso de la Nación puede destituir a ciertos funcionarios públicos (presidente, vicepresidente, ministros de la Corte Suprema y ministros del Poder Ejecutivo) por "mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes" (artículo 53). Una enfermedad que le inhibe de cumplir las funciones, ¿es una causal para destituir, por ejemplo, a un presidente? Acá hay una laguna, ya que no se establece una solución para el caso de enfermedad.

Durante su carrera (y durante toda su vida profesional) tendrá tiempo de poner a prueba su paciencia e inteligencia frente a cuerpos normativos que ofrecen lagunas como las del ejemplo.

Una de las tareas centrales que tendrá es la de pensar cómo se solucionan, sobre todo, los casos de incoherencias y lagunas. ¿Qué debe hacer un juez cuando tiene que fallar utilizando normas que ofrecen soluciones contradictorias o no ofrecen solución alguna?

Por ahora, es importante recordar que el estudio de las lagunas (así como también de las incoherencias y redundancias) es uno de los temas centrales de la ciencia jurídica.

Sistematizar

La segunda tarea es la de *sistematizar* las normas jurídicas. Fíjese lo que dice Hans Kelsen en referencia a la tarea sistematizadora del jurista:

> "[L]a multitud de las normas jurídicas generales e individuales establecidas por los órganos jurídicos […] se convierte [con la sistematización] en un sistema unitario no contradictorio" (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 123).

Imaginación creadora
"[L]a tarea de la reconstrucción del sistema […] dista mucho de ser mecánica. Esta tarea exige un considerable grado de ingenio, imaginación creadora y aquella intuición especial que los alemanes llaman *Einfühlung*. Es en este campo donde la diferencia entre el talento y la mera laboriosidad se hace patente y donde es indispensable la presencia del primero" (Alchourrón y Bulygin, *Sistemas Normativos*, p. 131).

¿Nota, querido lector, la importancia que se le asigna al jurista –al científico del derecho– en esta cita? El ordenamiento jurídico es una "multitud de normas jurídicas" desordenadas, dispersas y, como vimos, a veces contradictorias, redundantes y con lagunas. Hay que dar orden a ese enjambre. Debe dotarse de sentido el desorden. He ahí la tarea de sistematización del jurista.

Además de salvar contradicciones, incoherencias o vacíos, mediante la sistematización el jurista arriba a ciertos principios generales que se encuentran implícitos en el ordenamiento jurídico.

Supongamos una investigación sobre la normativa referida al derecho de los consumidores y usuarios, es decir, ese conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones entre un consumidor (usted mismo yendo a comprar una licuadora) y el proveedor (la empresa que le vende la licuadora).

Luego de una investigación, puede llegarse a elaborar un principio general que indica que, en caso de duda, debe favorecerse al consumidor, que es la parte más débil en la relación.

Ahora bien, es verdad que muchos (¡no todos!) de estos principios están enunciados de forma expresa en la legislación (el anterior se halla en el art. 3 de la ley de defensa al consumidor). Además, es cierto que las normas jurídicas generales no siempre (¡pero muchas veces sí!) son contradictorias o incoherentes. Por último, desde hace más de doscientos años, estas normas (¡no todas!) se reúnen en los llamados "códigos". Las normas penales se encuentran sistematizadas por el legislador en el Código Penal. Las civiles y comerciales en el Código Civil y Comercial. Las mineras en el Código de Minería, y así.

Estas sistematizaciones, como quedó dicho, las realiza el legislador. Sin embargo, usted recordará que, además de normas generales, existen normas particulares: las sentencias judiciales. Éstas se compilan y publican, pero no se hallan sistematizadas a pesar de que hacerlo es de suma importancia.

Quiero adelantarle algo que va a ver durante la carrera y que es central que lo tenga en cuenta. Existe un concepto que usted ya debe haber escuchado: jurisprudencia. Por jurisprudencia se entiende, normalmente, el conjunto de sentencias judiciales. Más bien, la jurisprudencia son los fundamentos generales que ofrece el tribunal al fallar de determinada manera (Alchourrón y Bulygin, *Sistemas Normativos*, Astrea, p. 117).

Me explico mejor con un ejemplo. Uno de los problemas más interesantes y recurrentes en el derecho constitucional es el conflicto que surge entre la libertad de expresión de los medios periodísticos y el derecho al honor de los funcionarios públicos. El honor de éstos se ve afectado, por ejemplo, cuando se publican informaciones que luego se revela que no son ciertas. ¿Debe, por razón de publicar cuestiones que no son ciertas, castigarse al periodista que publicó la noticia en virtud de que afectó el honor del funcionario público?

No hay una respuesta clara en ninguna norma general. Sin embargo, *la jurisprudencia* ha dicho que sólo debe responsabilizarse al periodista que publicó información falsa si se reúnen ciertos requisitos: a) que lo afirmado sea efectivamente falso; y b) que lo haya publicado como verdadero y comprobado *sabiendo* que eran falsos o bien *sin haber tomado los recaudos necesarios* para comprobar la veracidad de sus dichos.

Estos requisitos fueron elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (inspirándose en su par de Estados Unidos) como fundamento general para resolver una pluralidad de casos que se presentan cotidianamente sobre el tema. Esto es la jurisprudencia.

Ahora bien, ¿cómo sabemos que son estos tres requisitos? Lo sabemos porque existen investigadores en derecho que tras analizar las sentencias de la Corte Suprema *extrajeron* de ellas las razones por las que decide los casos de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor de un funcionario público de esa manera.

Esa es la labor de sistematización en el caso de la jurisprudencia: deben estudiarse las distintas sentencias y, a partir de allí, dar con los fundamentos que esgrimen los jueces para decidir.

No le digas lo que debe hacer

Pase lo que pase, no metamos la moral en esto. Eso podría decir un jurista que siga este modelo de ciencia del derecho. Hay algo que le estaría prohibido al científico: decir cómo *debería ser* el derecho. A eso se dedicaría la filosofía del derecho, la doctrina política o, como afirmaba John Austin, la "ciencia de la legislación".

Esta es una idea añeja en el positivismo jurídico y, en general, en las ciencias. El sujeto no debe *valorar* (lo veremos en el subtítulo que sigue a continuación), sino analizar objetivamente. Kelsen lo afirma claramente: "la función de la ciencia jurídica no es, en ningún sentido, una valoración o evaluación, sino una descripción, libre de valoración, de su objeto (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 118).

La "ciencia martillo"
Un martillo sirve para clavar un clavo y levantar una pared de una vivienda. O también para estrellarlo contra el cráneo de una persona. Así es, se dice, la ciencia. La investigación nuclear sirve tanto para proveer de energía a una ciudad como para construir una bomba atómica y bombardearla. Es, entonces, como un martillo: neutral a sus usos. La investigación atómica es ciega ante la utilización de sus resultados.
Esta es, sin dudas, una idea seductora. La seducción quizás esté en su simpleza. Después de todo, ¿quién financia las investigaciones científicas? Si la investigación nuclear es financiada por el Ministerio de Defensa de algún Estado en guerra, ¿realmente podemos decir que es neutral y que sus desarrollos servirán tanto para la paz como para la guerra? ¿No sería más lógico pensar que los proyectos de investigación son financiados porque se busca alguna finalidad política de quien los solventa?

Note, por favor, la frase “en ningún sentido”. Esa aclaración dice bastante. No hay, para Kelsen, ningún sentido en que pueda hablarse de ciencia y de valoración. Lo que hace el científico es *describir* el objeto “libre de valoración”.

No es tarea de la ciencia decir si está bien o mal que sea así, ni mucho menos *proponer* qué hacer. Eso es, en todo caso, tarea de la política (de los políticos). El jurista realiza una descripción del orden vigente, lo sistematiza. Puede contestar, científicamente, cuáles son las lagunas, contradicciones, redundancias. Pero no debe decir cómo debería ser el orden jurídico para que sea mejor. O, si lo dice, no es una proposición científica.

¿Y por qué no? Porque sobre los juicios de valor no puede predicarse verdad o falsedad. Recuerde la proposición científica que decía: “en Argentina, el homicidio se castiga con la pena de muerte”. Sobre ella puede decirse que es verdadera o bien falsa, porque es un juicio de hecho. En este caso es falsa.

Ahora bien, fíjese la siguiente frase: “en el derecho argentino *debería existir* la pena de muerte”. Usted y yo podemos estar en desacuerdo con esta proposición o bien alguien puede estar a favor. Pero en cualquier caso la proposición no es ni verdadera ni falsa. Simplemente es un juicio de valor. Y los juicios de valor no deben inmiscuirse en la ciencia jurídica, según esta visión.

(Puede graficarse esto con un ejemplo más sencillo. Usted puede probar la falsedad o verdad de una proposición como “el día está soleado”. Pero no puede decir que “los días soleados son más lindos” sea verdadera o falsa porque es un juicio de valor. Sólo hay verdad o falsedad de los juicios de hecho).

Estos juicios de valor pueden ser morales, políticos o ideológicos. Los investigadores pueden perfectamente poseer criterios morales, políticos y tener ideologías. Pero eso no debería afectar su análisis jurídico.

La investigación debe hacerse de forma *neutral*. Esta es, como puede fácilmente darse cuenta, una idea que atraviesa el pensamiento científico en general. En efecto, pensamos que la investigación científica es “neutral”.

El ingeniero mecánico que investiga sobre nuevos mecanismos de tracción en vehículos motorizados, no sabe si se usarán para construir tanques de guerra o ambulancias. Es la teoría –hoy en día puesta en entredicho– de la “ciencia martillo”.

En la ciencia jurídica, esta posición tiene relación con la concepción sobre el derecho positivista, como con perspicacia ya notó agudamente.

Keanu Reeves (primero desde la derecha) es el abogado defensor de Mike (tercero) en *The whole truth* (toda la verdad) película de 2016 que en Argentina se estrenó como *El abogado del mal*.

Dogmática jurídica

La sistematización más la descripción del derecho, excluyendo la valoración y las indicaciones sobre cómo debería actuarse, conforman la visión tradicional de la llamada "dogmática jurídica".

¡¿Dogmática jurídica?!

Quien lea estas páginas quizás se halla sorprendido y descolocado. "¿No estábamos hablando de ciencia?", se pregunta. "¡¿Por qué me salta ahora con *dogmática*?!". "¡Esto no tiene sentido!".

Calma, calma… no es necesario enojarse.

Por dogmática jurídica se entiende la labor científica sobre el derecho que hemos visto hasta ahora. Parece una contradicción: "Ciencia dogmática", dicho así nada más, constituye un oxímoron[16]. Si es ciencia no es dogmática. Ya hemos visto qué significa ser dogmático. ¿Lo recuerda? Si no lo recuerda, busque en la primera parte de estas nociones introductorias del derecho para ver cuán chocante parece ser la idea de una ciencia dogmática.

Sin embargo, no es tan contradictorio referirnos a la dogmática jurídica como ciencia del derecho según el sentido visto hasta ahora. Debe tenerse presente que la ciencia jurídica descripta hasta ahora es una labor que asume que el derecho *es* el derecho positivo. De ahí la idea de "dogmático". Porque, como afirma Nino, se fundamenta en una "aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del derecho positivo" (Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 322).

De hecho, si se piensa detenidamente esto no difiere tan radicalmente con el resto de las ciencias. Si lo piensa bien, las ciencias asumen una serie de presupuestos sin discutir. Si no lo hicieran, no podrían jamás hacer ciencia porque se embarrarían en discusiones filosóficas importantísimas, pero en las que el científico no puede atascarse.

Por ejemplo, el científico asume que existe su objeto de estudio y que éste es independiente de él mismo. Hay algo así como *la realidad* que está por fuera del científico y que éste puede captar. Sin embargo, ¿es necesariamente así?

Podríamos estar siendo engañados o hipnotizados o bien estar en un sueño y creer que lo que percibimos es la realidad, cuando en verdad es producto de nuestra mente. Cuestionamientos tales se hizo el filósofo –seguramente conocido por quien esté frente a estas hojas– Rene Descartes al intentar buscar una base firme del pensamiento. Esa base no podía estar en lo que percibimos con los sentidos, porque bien podemos engañarnos a través de ellos. O piense en la pregunta que Lisa le hace a Bart y que éste no puede contestar: "si un árbol cae en un bosque y no hay nadie cerca que lo escuche, ¿hace ruido?". Lo que Lisa pone en cuestión es la existencia de una realidad por fuera y con independencia de nosotros.

Estas son preguntas que el científico no se hace (cuando hace ciencia). Asume, también dogmáticamente (sin cuestionarse) que hay una realidad y que es independiente de sí mismo. Insisto, esto no es una crítica a la ciencia.

En la dogmática jurídica, el científico del derecho *asume* también que el derecho es el derecho positivo. Descarta, por esto mismo, la idea de un derecho natural. Y lo hace

[16] Si no conoce el significado de este término, es hora de conocerlo.

dogmáticamente. Cuando va a hacer ciencia, el científico del derecho rechaza indagar sobre si existe o no un derecho por fuera del positivo.

Quizás usted debe estar preguntándose si no habrá otra manera de hacer ciencia jurídica, es decir, de hacer ciencia jurídica que exceda el campo del derecho positivo. La respuesta es afirmativa.

Otras ideas sobre la ciencia jurídica

No podemos quedarnos solo con una idea de ciencia jurídica. Aunque sea la predominante en el campo de las investigaciones en derecho, es cierto que hay otras alternativas.

Una ciencia para el iusnaturalismo

Como se vio, el iusnaturalismo posee otra visión sobre el derecho. Si el derecho posee alguna de las conexiones con los sistemas morales que nombramos en la tercera parte de este recorrido, entonces el científico del derecho debe tener en cuenta estas conexiones.

El sistema moral o derecho natural es, para la mayoría de los iusnaturalistas, inmutable. La ley emanada del legislador humano puede variar, pero no la que es producida por Dios o la razón universal válida para todo tiempo y lugar[17]. El iusnaturalismo tiene como presupuesto que existe un sistema moral y que es posible conocerlo de manera objetiva.

Los cultores del iusnaturalismo son seguidores, en parte, de Aristóteles. No porque Aristóteles haya sido iusnaturalista (por favor, ¡no cometa ese error!), sino porque los iusnaturalistas tomaron del filósofo griego parte de su pensamiento. Entre otras cosas, tomaron su idea de ciencia.

En primer lugar, toman la idea de Aristóteles sobre el nivel de exactitud de los conocimientos dependiendo de cada ciencia. El filósofo griego argumentaba que "no se ha de buscar el mismo rigor en todos los razonamientos". "[E]s propio del hombre instruido –agrega Aristóteles– buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto" (*Ética a Nicomáco*, 1094b 15-25).

Así, por ejemplo, "las cosas nobles y justas que son objeto de la política presentan tantas diferencias y desviaciones, que parecen existir sólo por convención y no por naturaleza". Por tanto, concluye Aristóteles que "hemos de contentarnos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático" (*Ética a Nicomáco*, 1094b 15-25).

En otras palabras, no esperemos la precisión de la matemática en asuntos de política o de ética. Nosotros podríamos agregar en asuntos de derecho, siendo como la política, una ciencia social.

Los iusnaturalistas toman esta idea aristotélica y toman algo más. Aristóteles considera que la ciencia es el conocimiento que explica lo esencial. ¿Lo esencial? Claro, lo esencial, es decir, lo que no puede no ser. ¡No abandone la lectura! Me voy a explicar más sencillo.

[17] Volvemos a aclarar aquí que esto constituye una versión simplificada de la filosofía del derecho natural que es mucho más amplia y compleja. Puede indagar por su cuenta sobre esta larga tradición de pensamiento.

Hay cuestiones contingentes y cuestiones esenciales. Una mesa es esencialmente un objeto para apoyar cosas. Si no pueden apoyarse cosas en una mesa, deja de ser una mesa. Eso es *esencial* a la mesa. Sin embargo, hay mesas de cuatro o de tres patas; las hay altas y bajas, de madera o de metal, rectangulares o redondas, y así. Todas estas características son *contingentes*.

Para el iusnaturalismo, algo similar sucede con el derecho. Así lo explica un representante de esta corriente en Argentina, Carlos I. Massini Correas (en *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología*[18] *del derecho*, Abeledo-Perrot, 1984). Lo esencial del derecho es lo prescripto por el derecho natural, es decir, por ese orden inmutable que indica lo justo.

Es, dicen lo iusnaturalistas, totalmente contingente el orden jurídico positivizado. Las leyes se cambian constantemente (ya lo sabe muy bien quien ha leído hasta aquí). De la noche a la mañana puede variar la legislación. Si la ciencia jurídica se dedica, como piensa el positivismo jurídico, al estudio del derecho positivo, entonces se dedica a algo *contingente* y, bajo la idea aristotélica, no es científico. Lo que deben buscarse son los principios inmutables que son esenciales al derecho.

Claro, quien se haya sentido seducido por el positivismo jurídico es escéptico ante la existencia de ese orden inmutable. En definitiva, como verá, la discusión sobre la ciencia jurídica nos remite irremediablemente a las corrientes que vinculan derecho con orden moral y, en definitiva, a la noción que tengamos del derecho.

Dígame lo que sucede realmente

Hay vida más allá del positivismo y el iusnaturalismo, aun cuando no podamos adentrarnos mucho más en estas nociones introductorias del derecho. Por ejemplo, están los llamados "realistas". Para ellos, la ciencia jurídica no debería ni empezar a discutir lo que debaten positivistas y cultores del iusnaturalismo. A los realistas les interesa saber qué, en concreto, sucede con la aplicación del derecho.

Entonces, lo que harán será analizar cómo opera el derecho en la realidad, sobre todo en la praxis del Poder Judicial. Cómo, en concreto, fallan los jueces los casos que son llevados ante los tribunales. Hay distintas variantes del realismo, generalmente agrupadas según la región del mundo donde surgió. Existe el realismo norteamericano, el realismo escandinavo, el realismo genovés y así. La coincidencia de todos ellos es que lo importante de la ciencia jurídica es que identifique cómo interpretan y aplican las normas jurídicas los tribunales.

De esta forma se logran dos cuestiones. Primero, se comprende realmente *qué se está haciendo* con las normas jurídicas positivas en los tribunales. Segundo, se provee a abogados y demás operadores jurídicos de herramientas importantes para su labor.

Piénselo: cuando usted sea abogado va a querer saber cómo fallan los tribunales determinados casos. De esa forma podrá plantear su estrategia de manera acertada. Pues bien, la ciencia jurídica debería proveerle de herramientas para que usted pueda anticiparse a esos casos.

Para obtenerlas, no basta con analizar las normas jurídicas generales y la jurisprudencia. Es necesario tener en cuenta también la sociología del lugar donde está

[18] ¿Podría definir el término "gnoseología? Si no puede, puede googlear o buscar en un diccionario una definición que le permita avanzar.

radicado el juez que debe decidir, la psicología del magistrado y su ideología, el contexto político y económico en el que se tramita la causa. Todo esto será vital en el análisis del derecho.

Porque los jueces fallan de maneras distintas de acuerdo a esas variables. Aquí está la diferencia con el positivismo jurídico y la dogmática jurídica clásica. Para anticiparse a cómo va a fallar un juez no puedo contentarme con describir y sistematizar normas jurídicas. Debo entender la psiquis del juez, las presiones que puede recibir del contexto social, histórico, político y económico.

Los que ya peinan canas recordarán la crisis económica, social y política de 2001. Los más jóvenes habrán escuchado hablar de ella. Existió el llamado "corralito bancario" por el cual se restringió a los particulares el retiro de dinero de los bancos. Esta restricción fue impugnada judicialmente. Para anticiparse a un posible fallo judicial, cualquier realista indicaría que no basta con reconocer las normas jurídicas que aplican al caso. Es necesario tener en cuenta el contexto de crisis en que se hallaba el país.

¿Le interesa saber cómo se resolvieron las causas sobre el corralito? Puede indagarlo por su cuenta, seguro encontrará información. Además, durante la carrera se profundizará en diversas materias sobre esto.

El derecho y el poder o el derecho es poder

El último grupo de teorías que comentaré someramente, está constituido por las "teorías críticas del derecho". Éstas postulan una noción de ciencia jurídica que tiene en cuenta su concepción del derecho. Para los críticos, el derecho es producto de relaciones de poder, de ideologías y concepciones políticas.

Piense lo que dijimos en la primera parte de este recorrido sobre el carácter histórico y social del derecho. Quienes poseen el poder en una sociedad, construirán el orden jurídico. Si la sociedad es democrática, pues entonces el derecho reflejará los intereses y voluntades de la población o, al menos, de su mayoría.

Si, por el contrario, el poder en la sociedad está repartido desigualmente, el derecho reflejará ese reparto de poder. Por ejemplo, durante fines del siglo XIX, en la mayoría de los países occidentales, los trabajadores no tenían los derechos que tienen ahora. La jornada de trabajo era ilimitada, no gozaban de vacaciones pagas, los salarios eran de hambre.

La ciencia jurídica basada en la teoría crítica del derecho se esforzaría por descubrir qué relaciones de poder hay detrás de esta ausencia de legislación laboral. Lo que hay es el poder de los empresarios, que por ese entonces no estaba contrapesado con el de los trabajadores.

Ciencia jurídica y poder
Para la teoría crítica, la propia ciencia jurídica está atravesada de relaciones de poder. No hay agentes neutrales que estudien el derecho sin valorar o dejando de lado absolutamente las concepciones políticas, ideológicas o morales. Aunque, como quería Kelsen, pregonen neutralidad, en realidad tal cosa no existe. Invito al lector a pensar seriamente en esto: ¿cuántas veces decimos estar hablando "objetivamente" cuando, en realidad, estamos postulando nuestros deseos? ¿No actúa de la misma forma la ciencia? Pero, desde otro punto de vista, si no hay pretensión de verdad objetiva, ¿por qué entonces hacemos ciencia?

Pero no sólo aspira a descubrir que existen relaciones de poder. La ciencia jurídica crítica busca cambiar esas relaciones. Es, en este sentido, también una praxis. El

científico del derecho crítico quiere ofrecer herramientas para la emancipación de los oprimidos y no sólo describir cómo es la realidad.

¿Puede pensar otros ejemplos? ¿Qué otros grupos de poder existen en la sociedad? Tenga en cuenta, por mencionar algunos, los medios de comunicación, las iglesias, las corporaciones empresarias, los sindicatos, las ONGs, los intereses del Estado. ¿Cómo influyen en la construcción del orden jurídico?

Lali Espósito, en el papel de Dolores Dreier en *Acusada* (2018), es imputada por el crimen de una amiga luego de una fiesta. En la imagen, Dolores declara durante el proceso penal bajo la mirada del público que, en principio, puede ingresar libremente durante las audiencias orales del proceso.

V. ¿Qué hace un abogado?

Una de Abogados

La pantalla nos muestra a Denzel Washington caracterizando al abogado Joe Miller. El caso es sumamente interesante: debe defender a Andy Beckett (encarnado por Tom Hanks), quien también es abogado. Andy ha sido despedido del buffet de abogados en que trabaja porque padece HIV. Joe argumentará que es un despido arbitrario, producido por su enfermedad y por su opción sexual (Andy es homosexual), que en nada menoscaban su capacidad como abogado. Estamos hablando, por supuesto, de *Filadelfia*, película de 1993 dirigida por Jonatham Demme con guion de Ron Nyswaner. Un clásico de (para) abogados.

Tal vez no vio *Filadelfia* (nadie es perfecto). Sin embargo, seguramente conoce a Benjamín Espósito (Ricardo Darín), Pablo Sandoval (Guillermo Francella) y a Irene Mendez Hasting (Soledad Villamil). Son los personajes centrales de la segunda película argentina ganadora de un Oscar, *El secreto de sus ojos* (2009), dirigida por Juan José Campanella. De los tres nombrados, Irene es la secretaria letrada de un juzgado penal. Es abogada, pero trabaja, como se dice en la jerga, "del otro lado del mostrador". No desarrolla su actividad en un estudio privado, sino en el Poder Judicial, esta vez, en un juzgado penal en Buenos Aires.

Otras personas realizaron el tránsito "de la calle" (de ser abogados en estudios privados) a tribunales. Por ejemplo, podemos ver a Felicity Jones en *La voz de la igualdad* (2018), dirigida por Mimi Leder. Ella representa a la actualmente jueza de la Corte Suprema de Estados Unidos, Ruth Bader Ginsburg, pero en sus tiempos de juventud: cuando todavía era abogada litigante y luchaba por la defensa de los derechos de la mujer en un contexto, la década de 1970, todavía reacio a aceptar sus postulaciones.

Ruth era también profesora de derecho en una universidad en Nueva York. El film la muestra dando clases a sus estudiantes. Es lo que hace Roberto Bermudez (Ricardo Darín) en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires en *Tesis sobre un homicidio* (2013, dirección: Hernán Goldfrid). Con un pie en el ejercicio de la abogacía a nivel privado y otro pie en la docencia, vemos transcurrir la historia de Ariel Perelman (Daniel Hendler) en *Derecho de familia*, la divertida película, también argentina, de Daniel Burman estrenada en 2006.

Quien vio *El vicepresidente* (2018) de Adam McKay tal vez recuerda al personaje de David Addington o de John Yoo. El film convierte estos dos abogados reales en ficción. El primero era el asesor jurídico del vicepresidente de Estados Unidos. El segundo, uno de los abogados del Departamento de Justicia de ese país. En la película se los ve a ambos defendiendo legalmente acciones polémicas e incluso criminales de la administración de George W. Bush durante la guerra contra el terrorismo luego de los terribles atentados del 11 de septiembre de 2001.

Aún más espantosa fue la actuación de los juristas durante el régimen nazi en Alemania, como Wilhelm Stuckart, Alfred Meyer o Karl Freisler que participaron de la Conferencia del Wannsee. Allí se decidió, en 1942, "la solución final al problema judío", eufemismo para describir el exterminio del pueblo judío en Europa durante la Segunda Guerra Mundial. El film *La solución final* lo transportará a ese año y a las

afueras de Berlín en las orillas de un hermoso lago, donde se decidió esta medida. Fueron también abogados quienes le dieron sustento legal.

En fin, muchas actividades para personas que tienen el mismo título: abogado. Algunas admirables, otras terribles, la mayoría en el medio. Hay quienes defienden los derechos de las mujeres, mientras que otros le dieron argumentos legales para crear la cárcel de Guantánamo. Los hay quienes enseñan el derecho, escriben libros y ofrecen análisis legales para que otros operadores jurídicos los utilicen. Están quienes trabajan de forma privada y quienes lo hacen en el Poder Judicial. Otros asesoran a políticos en el Poder Ejecutivo o Legislativo.

¿Dónde se ve usted en el futuro? ¿Qué quisiera hacer como abogado? Proyéctese qué le gustaría hacer como profesional del derecho, aun siendo consciente de que tal vez la vida lo lleve por otro camino. Todo ser humano tiene el derecho no escrito a cambiar de pareceres, por lo que no se preocupe si ahora piensa hacer algo y luego cambia. Sí es importante empezar a verse como abogados. Profundicemos un poco en lo que puede hacer como tal.

Comienza el juicio contra Manny, representado por Henry Fonda (segundo desde la izquierda), quien fue acusado injustamente por delitos que no cometió en *El hombre equivocado* (1956), dirigida por quien fue, tal vez, el mejor director de cine de la historia: Alfred Hitchcock.

Un estudio propio

Si usted quiere construirse una casa, acude a un arquitecto. El arquitecto tiene un saber que usted probablemente carece, salvo que sea arquitecto. Él le diseñará la casa y requerirá de su firma para que la oficina de planeamiento le apruebe los planos.

Si (no digamos a usted) alguien es acusado de un delito penal, recurrirá a un abogado que lo defienda. Si el dueño de un departamento en alquiler no recibe el canon mensual, recurrirá a un abogado para peticionar por lo adeudado. Si una mujer es golpeada por su pareja, recurrirá a un abogado para que la defienda. Si una comunidad aborigen no es consultada por un emprendimiento industrial o extractivo que pretende desarrollarse en las inmediaciones donde habita, recurrirá a un abogado para intentar impedirlo o hacer valer su derecho para que sean consultados. Si un periodista es demandado por un artículo que escribió criticando a un funcionario público, recurrirá a un abogado para impedir que se haga efectiva la pretensión de quien también recurrió a un abogado porque entendió que tenía derechos afectados. Y así podríamos llenar páginas enteras de ejemplos.

¿Por qué estas personas *deben* recurrir a un abogado? Bueno, usted seguro tiene al menos una respuesta: porque el abogado tiene un conocimiento del derecho que el

acusado del delito, el dueño del departamento, la mujer violentada, etc., probablemente no poseen. Pero hay más: usted conocerá o va a conocer a mucha gente que demuestra conocer bastante bien alguna/s rama/s del derecho. Sucede con profesionales de la economía, como los contadores públicos, que saben bastante de Derecho Privado, de Derecho Laboral y Previsional, o con licenciados en ciencias políticas, que han indagado en el Derecho Constitucional y el Derecho Público Provincial. Hay miembros de las fuerzas policiales que tienen bastante conocimiento de Derecho Penal, mientras que algunos médicos manejan en profundidad las responsabilidades legales que puede recaer sobre ellos. También gente sin título profesional sabe de derecho por experiencias personales o por el trabajo que desarrollan.

La pregunta que lo debe estar desvelando por las noches es si esas personas podrían hacer valer sus derechos por sí mismas ante los tribunales de justicia. Es decir, si ese dueño del departamento versado en derecho, pero sin título de abogado, podría recurrir a un juez y solicitarle que le sea pagada la deuda. La respuesta es *no* (ahora sí podrá dormir).

Nadie puede hacer valer sus derechos ante un juez si no es por intermediación de un abogado. Si lo acusan de un delito penal, tendrá siempre un defensor que será abogado. Ese abogado podrá ser un abogado privado a quien usted le pagará (sí, los abogados cobran por su trabajo) lo estipulado para que lo defienda ante la acusación de, por ejemplo, el ministerio público fiscal.

La asesoría profesional de un abogado es tan importante que, en caso de no tener recursos para pagar uno, existen las defensorías oficiales. Los defensores oficiales actúan como abogados en caso en que las partes no nombren a uno. Aquí vale una aclaración importante: no es lo mismo un proceso penal (por ejemplo, si lo acusan de un delito) que uno civil (si le reclaman judicialmente el pago de un alquiler adeudado).

En el primer caso, usted puede tener el dinero suficiente para pagar un abogado privado, pero, por la razón que sea, usted *no lo hace*, es decir, no designa un abogado privado. En este caso, el Estado igualmente le proveerá de un defensor oficial (abogado) que abogará por su derecho ante la acusación. Note, por favor, la importancia de esta afirmación y contrástela con la que sigue.

En un proceso civil, si usted tiene capacidad económica para pagar un abogado, usted *debe* contratar a uno. Si no lo hace y, por tanto, no contesta la demanda que le reclama el pago del alquiler, usted *perderá el juicio*, no importa si esa deuda era o no legítima.

¿Se ha inquietado? ¿No comprende por qué esta diferencia? ¿Le parece injusta o arbitraria? No lo juzgo, a mí también me sorprendió en su momento.

Piense lo siguiente: seguramente usted ha oído la frase “todos somos inocentes hasta que se demuestre lo contrario”. Esa frase la conocemos todos y la asociamos con la presunción de inocencia que rige en un proceso penal. En su momento verá que esta presunción, en verdad, se enuncia en una frase un tanto más larga y más precisa: *toda persona es inocente hasta que una sentencia judicial dictada en un proceso penal por un juez competente en base a una ley anterior al hecho del proceso establezca su culpabilidad en un caso en particular*. Esta presunción de inocencia obliga a que, quien acusa por un delito, deba probar la culpabilidad. Como contrapartida, el acusado puede mantener silencio durante todo el juicio y eso no implica absolutamente nada en términos de su culpabilidad (el dicho “quien calla, otorga” no rige en derecho penal).

Sin embargo (y aquí viene lo más importante que quería resaltar), quien es acusado por un delito tiene el derecho a la defensa y, el Estado, *la obligación* de que ese derecho sea satisfecho. ¿Cómo hace para que se cumpla el derecho de defensa? En parte, garantizando un abogado que lo represente en juicio, más allá de que el acusado no nombre a uno. El Estado *debe* garantizarle una defensa adecuada ante la acusación.

El proceso civil es distinto. Quien es demandado, por ejemplo, para pagar un alquiler, puede *no contestar* la demanda. La no contestación puede ocasionarle (es altamente probable) la derrota en el proceso. No es irremediable, ya que el juez puede no darle lugar a la demanda. Lo que es seguro es que, de no contestarla, el demandado se coloca en una situación sumamente desfavorable. Por tanto, si usted tiene el dinero suficiente para pagar un abogado, *le conviene enfáticamente hacerlo*. Si no lo hace y, por tanto, no contesta la demanda, el proceso seguirá y no habrá defensor oficial que lo represente. Muy probablemente perderá el juicio.

Ahora bien, si no tiene el dinero para pagar un abogado, entonces sí re-aparecen las defensorías oficiales, en este caso, en asuntos civiles. Éstas actúan en representación de aquellos que son demandados civilmente y no tienen los recursos para pagar un abogado. Por eso se las conoce como defensorías de pobres y ausentes (lo de ausentes es porque también actúan en caso en que no se sepa el paradero del demandado y, por esta razón, no haya nombrado a un abogado).

Darío Barassi y Paola Barrientos en *El peso de la ley* (2017). Barrientos representa a una defensora oficial en la década de 1980 y Barassi a su ayudante. La cantidad de expedientes hacen colapsar la defensoría.

Del otro lado del mostrador

El Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado. Junto a él se encuentra el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Pero esto ya lo sabe, ¿no? Seguramente que sí.

Lo que tal vez no conozca (y no hay ningún problema con eso) es que existe un Poder Judicial Nacional y diversos poderes judiciales provinciales: uno por cada provincia del país. En San Juan convive el Poder Judicial Nacional con el Poder Judicial de San Juan, de la misma forma que tenemos un Congreso de la Nación (que legisla para todo el país) y una Legislatura Provincial. Las competencias[19] de cada poder

[19] ¿Competencias? ¿Qué significa esto en el contexto del estudio del derecho? Seguro que competencia no está utilizado en el sentido de un certamen o una justa deportiva o de otra índole. Pero, entonces, ¿qué significa aquí este término?

judicial las verá en la carrera, aunque quizás le interese ir sabiendo algunas diferencias. ¿Por qué no se lo pregunta a algún docente, abogado o estudiante avanzado?

El Poder Judicial está *monopolizado* por abogados. Es el único poder del Estado cuyos miembros son todos abogados (al menos en los escalafones más altos). Note esto: para ser presidente de la Nación no se requiere ser abogado. De hecho, no se requiere ningún título profesional. Lo mismo para ser legislador. Pero para ser juez sí es requisito contar con el título de abogado. ¿Nota la trascendencia social de nuestra profesión?

¿Qué hace un abogado en el Poder Judicial? Bueno, la primera imagen que se nos viene a la cabeza es la del juez. En efecto, el juez, que debe ser abogado, es quien decide las controversias que son llevadas ante sus tribunales. Hay diferentes jueces en cada fuero. ¿Fueron? ¿A dónde? No, no dije "fueron", dije "fuero".

El Poder Judicial se organiza en *fueros* según la materia que traten los juzgados. Existe el fuero comercial, laboral, civil, penal, contencioso administrativo, penal económico, de paz, entre otros. La división en fueros responde a la especificidad de cada rama. El juez laboral tratará los conflictos que se susciten en las relaciones laborales, es decir, entre patrones y empleados. Por ejemplo, despidos, accidentes de trabajo, abusos laborales, etc. El juez comercial decidirá en todos los conflictos relativos al comercio, tal como la formación o la quiebra de empresas. El juez penal resolverá los procesos derivados de la comisión de un delito.

Si revisa el plan de estudio de la carrera, verá que hay una relación entre los fueros y las materias, lo que no significa que a cada fuero le corresponda una materia. Usted cursará varias materias referidas al derecho civil, varias a penal, otro tanto referida al derecho comercial y así.

Además, el Poder Judicial (tanto nacional como los provinciales) se dividen en *instancias*. Existen jueces de primera instancia, que son aquellos que tomarán y decidirán las causas por primera vez. La solución favorecerá, generalmente, a una de las partes. Quien pierda el juicio puede sentirse *agraviado* y recurrir esa sentencia. Estamos ante una palabrita que seguramente ya escuchó: "recursos". Sí, quien no se sienta conforme con una sentencia puede *recurrirla* o, como también se dice, *apelarla*. En este caso, el juicio pasa a una segunda instancia, generalmente llamada Cámara.

Dependiendo cada provincia y con diferencias con el Poder Judicial Nacional (todo lo cual lo verá en la carrera), generalmente encontramos la Cámara Civil, la Cámara Laboral, la Cámara Penal, etc. Estos tribunales, generalmente llamados *de alzada*, revisarán el caso (en algunos de sus aspectos, todo depende) y decidirán si la sentencia del juez de primera instancia estuvo o no de acuerdo al derecho positivo.

Una vez decidido por la Cámara, hay casos en que se habilita una tercera instancia para quienes se sienten perjudicados por una sentencia que consideran no es correcta. Existe en cada provincia un tribunal superior, que en San Juan se llama Corte de Justicia. En otras provincias se conoce como Superior Tribunal o con algún otro nombre parecido. En el Poder Judicial Nacional usted ya sabe cuál es el tribunal superior. Sí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Estos tribunales superiores decidirán en instancia final las causas que, según el derecho, puedan llegar en apelaciones hasta ella. La Corte Suprema de la Nación lo hará en la esfera de su competencia. ¡Calma, calma! Habrá tiempo para que sepa cuáles son

las competencias. Me alegra que tenga la curiosidad de averiguarlo, pero habrá tiempo para que queden claras durante la carrera.

Los jueces de todas las instancias y fueros no trabajan solos. Tienen un equipo conformado por secretarios letrados, prosecretarios y otros empleados. El juez, secretario y prosecretario (los puestos de mayor jerarquía) deben poseer el título de abogado. El resto de los empleados pueden o no poseerlo. De hecho, en el Poder Judicial trabajan psicólogos, trabajadores sociales, informáticos, médicos, entre otros profesionales. Y también personas sin títulos universitarios. Sin embargo, es el juez quien toma la decisión. Es decir, un abogado.

Finalmente, podemos englobar también en este subtítulo no sólo a los jueces y a quienes trabajan para los jueces. Usted ya conoce a los fiscales y a los defensores oficiales. Pues bien, ellos conforman, a nivel nacional, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa. Los fiscales están llamados a instar las acciones judiciales (a "acusar", se dice vulgarmente). Mientras que los defensores, ya lo sabe, a defender a quienes no se presentan con abogados privados. Todos ellos son, también, abogados.

Guillermo Francella rodeado de expedientes judiciales en *El secreto de sus ojos* (2009).

Mejor un mal arreglo que un buen juicio

Pero usted sabe que los procesos judiciales son largos, costosos y con resultados imprevistos. Gran parte de las veces, se gane o se pierda, hay daños para quienes deben recurrir a los tribunales. Las heridas son difíciles de cerrar. Durante el juicio probablemente se digan cosas que no se querían oír. Vea, por ejemplo, el ya clásico y genial film *Kramer vs. Kramer*, dirigido por Robert Benton y estrenado en 1979. No diré nada más.

El costo grande que demanda un juicio (no exclusivamente económico) es lo que da base a la frase de este subtítulo. "Mirá –dirá ese amigo que *lo sabe todo*–, mejor arreglá por fuera, que si te metés con abogados no salís más".

Es claro que hay casos en que el proceso judicial es inevitable. Pero cuando no lo es, ¿por qué no pensar en medidas alternativas? Los tribunales están sobrepasados de causas judiciales, lo que retrasa los procesos y la llegada a una sentencia firme demora mucho tiempo.

¿Le gustaría saber cuánto, más o menos, dura un proceso civil, penal, laboral o comercial? No quiero amargarle su agradable sesión de lectura sobre nociones de

derecho, por lo que dejaré que lo averigüe por su cuenta. Pregúntele a un familiar o conocido abogado o bien a los docentes del ciclo que está emprendiendo. Quizás puede consultarle a alguien que haya pasado por un proceso judicial. Que ellos le den las malas noticias.

Por mi parte, le diré que hay alternativas para solucionar ciertos conflictos y evitar que lleguen a un juicio. Es también un campo de desempeño del abogado. El paradigma es totalmente otro. Ya no estamos frente a esa imagen del abogado que se *enfrenta* y *litiga* en defensa de su cliente. Esto sin dudas es necesario a veces, pero también puede ser perjudicial si la solución podría haberse encontrado por otra vía.

Por ejemplo, la *mediación*. Fíjese esto: un proceso judicial tiene, básicamente, tres actores: un demandante, un demandado y un juez que va a dictar una sentencia. El juez oye a quien demanda, luego a quien es demandado y él decidirá quién tiene razón. En la mediación hay también un tercero imparcial, el mediador. Sin embargo, este tercero no va a *dictar* la solución y obligar a que las partes en disputa la cumplan. Lo que hará es ayudar o facilitar para que las partes se pongan de acuerdo.

Dígame, querido lector, ¿no es mejor ponerse de acuerdo cuando tenemos un problema que dejarle a un tercero que decida por nosotros? Claro, a veces esto no es posible y necesitamos de ese tercero. Pero cuando sí lo es, mejor acordemos entre nosotros. El mediador nos ayudará a que lleguemos a ese acuerdo.

Algo similar sucede con la llamada *conciliación*. En este caso, también tenemos un tercero imparcial que nos ayudará a que nos pongamos de acuerdo. La diferencia radica en que, en la conciliación, el conciliador podrá proponer fórmulas para ese acuerdo. Es decir, emite opiniones sobre cómo sería posible resolver el asunto, algo que el mediador no hace. Además, el procedimiento de conciliación es formal, es decir, hay reglas que cumplir, algo que no ocurre en la mediación, donde es una conversación que fluye sin demasiadas reglas pautadas de antemano.

El extremo de la solución alternativa de los conflictos es, por supuesto, la *negociación*. Aquí no hay tercero imparcial, sino simplemente una negociación entre ambas partes en conflicto. A lo sumo habrá un tercero que ejercerá lo que se denomina *buenos oficios*. ¿Qué significa? Que ese tercero intentará acercar a las partes para que se sienten a negociar, pero, una vez comenzada la negociación, dejará que siga por su cuenta. Esto es muy común en el derecho internacional.

Muchos de los lectores sabrán que Argentina y Chile estuvieron cerca de ir a una lamentable guerra en 1978 por el conflicto del canal de Beagle. El Vaticano ejerció sus buenos oficios para que ambas partes se sentaran a conversar y evitaran la guerra. Así sucedió y el conflicto armado nunca ocurrió. El conflicto finalmente se decidió por medio de un *arbitraje* internacional, otro medio no judicial para resolver controversias que analizará durante la carrera.

Durante la carrera verá otros modos alternativos al proceso judicial para resolver conflictos. Mi intención en este momento es, simplemente, que piense que hay otras formas para solucionar los conflictos que surgen en sociedad. Me gustaría persuadirlo de que no todo se arregla “metiendo” una demanda que busque “sacarle todo” a mi rival, sino que es posible (y mucho más ventajoso) resolver las diferencias de otras maneras.

Otros poderes del Estado

La propia Constitución Nacional y las diversas constituciones provinciales (entre ellas la de San Juan) exigen que los jueces sean abogados. Como dije, esto no sucede en los otros poderes del Estado. Sin embargo, la verdad es que los abogados también hemos copado el Poder Legislativo y el Judicial.

Haga este ejercicio: piense cuántos presidentes elegidos democráticamente (deje fuera los que llegaron al poder por golpes militares) durante el siglo XX y XXI *no* han sido abogados. Se sorprenderá cuando tenga la respuesta. Algo similar podría hacerse con el Poder Legislativo: no todos, pero gran parte de los legisladores son abogados.

Con esto no quisiera dar la idea de que el presidente o los legisladores *deben* ser abogados. No, para nada. Es algo descriptivo: ha sido así y sigue siéndolo en la actualidad. De hecho (y esto que quede entre nosotros), algunos de esos presidentes o legisladores abogados nos han dejado bastante mal parados, por lo que no nos vendría mal probar con representantes de otras profesiones o sin título.

Por otra parte, tanto en el Poder Ejecutivo como en el Legislativo trabajan abogados. El presidente tiene asesores jurídicos y las diversas reparticiones del Estado cuentan con oficinales legales donde trabajan abogados. Los legisladores, sean o no abogados, cuentan también con asesores jurídicos, más allá de los consejeros políticos.

Es decir, hay, también, abogados trabajando en los otros dos poderes del Estado. Ahora bien, los abogados conviven y deben convivir en armonía y retroalimentándose con profesionales de la ciencias políticas, comunicadores sociales, sociólogos, trabajadores sociales, etc. Todas estas profesiones fueron creadas en el siglo XX, mucha de ellas en la segunda mitad de ese siglo.

Los trabajos que ahora realizan los profesionales de estas carreras antes lo hacían abogados o personal sin título profesional. Era, por supuesto, algo intuitivo y bastante más precario. Esto es importante destacarlo para desterrar la idea de omnipotencia abogadil: debemos relacionarlos con otras ramas de las ciencias sociales y los otros profesionales con nosotros y no pretender que una profesión da los conocimientos para *saberlo todo*. Si antes los puestos que hoy ocupa un licenciado en ciencia política lo ocupaba un abogado era, simplemente, porque esa primera carrera no existía.

Pepe Soriano en *Asesinato en el Senado de la Nación* (1984). En la película caracteriza a Lisandro de la Torre, abogado y legislador en las primeras décadas del siglo XX. El film narra el intento de asesinato del senador De la Torre durante una sesión.

Enseñanza e investigación

Hemos visto, en el capítulo respectivo, algunas nociones sobre ciencia jurídica. ¿Las recuerda? Allí hablamos sobre las tareas del jurista, otro nombre con el que se conoce a quien realiza investigaciones en derecho. Esta es otra tarea que los profesionales del derecho pueden desarrollar en su vida profesional y que usted puede comenzar a realizarla desde el cursado de la carrera de Abogacía.

El objetivo no será resolver un caso (como un juez) ni defender la posición de alguien que considera que sus derechos han sido vulnerados (como un abogado privado). Lo que el investigador del derecho aspira es a obtener un nuevo conocimiento del cual antes carecía. ¿Quién carecía? La comunidad jurídica.

Esto último es importante. Cuando usted estudia, adquiere nuevos conocimientos. Por ejemplo, al leer un texto sobre nociones introductorias del derecho, seguramente *aprendió* cosas. Ahora bien, investigar no es estudiar, aunque para investigar hay que estudiar mucho… muchísimo, lo cual es apasionante. Investigar es generar nuevos conocimientos que sean relevantes para la comunidad científica (y la comunidad en general).

El derecho tiene complejidades. Se lo advertí páginas más atrás y verá a lo largo de su vida los desafíos que le traerán las lagunas, ambigüedades, indeterminaciones, contradicciones, redundancias y demás defectos del orden jurídico. El investigador del derecho generará conocimientos útiles para que los operadores jurídicos puedan acercarse a esos problemas, entenderlos y, si es posible, solucionarlos. Ofrecerá conocimientos que serán utilizadas por abogados, jueces, asesores y demás profesionales en su trabajo.

No obstante, la tarea de la investigación jurídica no debe relacionarse exclusivamente con esta función. El investigador en derecho, antes que nada, nos ofrece conocimientos para ampliar nuestra comprensión sobre el fenómeno jurídico.

Nos ofrece, por ejemplo, *descripciones* sobre el funcionamiento del sistema judicial, legislativo y ejecutivo. Pero no se queda allí (no puede hacerlo): también intenta explicar *por qué* funciona así, es decir, indagar sobre las *causas* del funcionamiento del sistema. En este punto, el jurista está obligado a vincular sus indagaciones con aspectos sociales, históricos, políticos, económicos, psicológicos, etc. El derecho es un producto social e histórico, ¿lo recuerda? (por supuesto, contesta un tanto ofuscado el lector ante la obviedad de la pregunta). Por tanto, la investigación jurídica deberá vincular esas variables. Finalmente, una buena investigación jurídica nos puede dar pautas para intentar *anticiparnos* a futuras decisiones judiciales o, en general, anticiparnos a lo que puede suceder con el funcionamiento del sistema jurídico.

Estas tareas, notará quien me lee, son sumamente relevantes para la formación del abogado y para el trabajo de los operadores jurídicos. Por eso existen personas dedicadas a la investigación en derecho. Algunas ocupan todo su tiempo en la investigación, mientras que otras lo hacen de forma parcial. Las primeras generalmente trabajan en universidades, en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) o demás instituciones públicas o privadas dedicadas a la investigación. Las segundas son normalmente abogados o funcionarios del Poder Judicial que dedican partes de sus horas a la docencia e investigación en las universidades.

¿Había pensado en la investigación como algo que puede hacer un abogado?

Otras posibilidades

Es probable que algunos lectores de estas páginas no aspiren a una carrera profesional como abogado. Quizás han encontrado el momento oportuno para iniciar este camino por otras motivaciones de índole laboral o personal.

Probablemente lo que usted quiere es perfeccionar sus saberes en derecho para llevar mejor su negocio. Por supuesto, usted sabe que existen carreras universitarias, como licenciatura en administración de empresas, que están abocadas a esto. Sin embargo, entiende (muy razonablemente) que el conocimiento jurídico le ayudará a que todo esté en orden (en sentido jurídico) en su emprendimiento.

Profesionales de la arquitectura pasan por las aulas de abogacía para perfeccionarse en aspectos legales de la construcción, de los derechos de propiedad y demás temas que se vinculan con su trabajo.

Miembros de las fuerzas de seguridad (jubilados o activos) quieren profundizar en su formación jurídica, no necesariamente para ser abogados en su institución, sino, tal vez, porque entienden la importancia de tener más y mejores conocimientos sobre derecho.

Es posible que algunos lectores aspiren a una carrera política. No como asesores (aunque puedan empezar por serlo), sino ellos mismos como futuros legisladores, funcionarios en ministerios o en el Poder Ejecutivo provincial o nacional (nadie me impedirá soñar que me está leyendo alguien que, en un futuro, llegará a la gobernación de San Juan, al Congreso de la Nación o al mismísimo sillón de Rivadavia). Usted tal vez ha anticipado la importancia de los conocimientos jurídicos para la actividad política y, por esta razón, se ha decidido por abogacía.

Estos también son ejemplos de tareas que puede realizar un abogado y que de hecho lo hacen. ¿Lo había pensado?

Lo que este país necesita, ¿es más abogados?

Hay una conocida escena de *Los Simpson* en la que Bart le dice al abogado Lionel Hutz que, “cuando crezca, quiero ser un abogado como usted”. Hutz le responde que “haces bien, muchacho. Lo que más necesita este país, es más abogados. ¿Te imaginas el mundo sin abogados”. Hutz se lo imagina: un mundo de paz que le resulta insoportable.

Lionel Hutz, quizás el abogado más famoso del mundo.

Los abogados (sobre todo los abogados) nos reímos de este tipo de bromas. Pero lo cierto es que Hutz, con su ironía sobre la (falta de) necesidad de más abogados, está dando en la tecla en un punto: tanto en Estados Unidos, como en Argentina hay muchos abogados. No nos vamos a engañar: hay muchos. Un viejo chiste dice que "hay más abogados que argentinos".

Esto no es nada nuevo para usted. Sin dudas que, cuando se decidió por esta fascinante carrera, ya sabía que se insertaría en un contexto donde hay mucha gente de su profesión. En la universidad se encontrará con aulas llenas (lo cual nos hace feliz) de estudiantes de Abogacía. En cada provincia, varias universidades públicas y privadas dictan la carrera, la cual también puede ser cursada a distancia.

¿Desalentador? ¡En lo absoluto! Que sea verdad que *hay muchos abogados*, no significa que *no falten abogados*. El punto es que faltan *cierto tipo* de abogados. O, más preciso, lo que nos está faltando es abogados abocados a ciertas áreas de vacancia y con una perspectiva diferente sobre la profesión.

Sí, efectivamente hay muchos abogados, pero no muchos estudian a fondo y se dedican en profundidad a asuntos relativos a la discriminación racial, por sexo o nacionalidad. A la hora de litigar un caso o encontrar asesoramiento al respecto, no pululan los profesionales.

Tampoco hay muchos abogados dedicados al derecho ambiental, siendo de importancia fundamental. Pocos se han dedicado a la relación entre economía y derecho y a los aspectos jurídicos de la economía social y solidaria. Aunque hay muchos abogados laboralistas, las especificidades del derecho relativo a los sindicatos es todavía una faltante.

Menos son los abogados especializados en asuntos referidos al derecho que regula a las fuerzas de seguridad, las fuerzas armadas o el derecho militar. Aún más específico es el campo de los abogados que se desempeñan como diplomáticos en el Ministerio de Relaciones Exteriores. La falta de especialización en el derecho internacional ocasiona que sean muy pocos los que se postulen para rendir (y menos los que aprueben) los exámenes para ingresar a trabajar en la cancillería nacional.

No son suficientes los abogados que sean especialistas en resolución alternativa de conflictos y menos aun los que estén dedicados parcial o totalmente a la investigación científica.

Esto último es importante: nuestra querida provincia ha dado juristas de renombre nacional e internacional a lo largo de su historia. Sin embargo, todavía estamos algunos escalones atrás en el desarrollo de la investigación jurídica. Esto lo notará en su carrera cuando vea que, en las asignaturas referidas a cuestiones exclusivamente locales, hay un déficit importante de bibliografía.

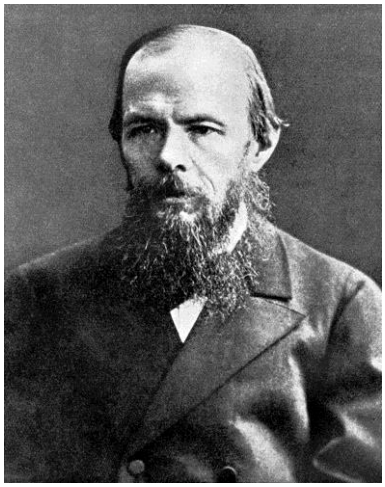
En fin, podríamos seguir enumerando áreas de vacancia que es importante cubrir. Pero atención, esto no significa que usted no pueda orientar su vocación hacia las ramas llamadas "tradicionales" del derecho. Si le interesa el derecho de familia, comercial o penal, quisiera motivarlo a que siga esa vocación. Lo que me gustaría también transmitirle, es que lo mejor que puede hacer para su desarrollo profesional y para aportar a toda la comunidad es que busque perspectivas nuevas para afrontar esas áreas tradicionales.

¿Qué significa esto? Que enriquezca, desde los primeros años de estudio de la carrera, sus conocimientos jurídicos con otras disciplinas de las ciencias sociales o humanas. Si le interesa el derecho de familia, que indague también en aspectos psicológicos y sociológicos relacionados con las relaciones familiares. Esto le permitirá comprender mejor el fenómeno jurídico y, en definitiva, ser mejor abogado. Si le interesa el derecho penal, su estudio debería ir en paralelo con exploraciones en la criminología, la criminalística y demás ciencias penales que colaboran para entender esta fantástica rama del derecho, resolver casos judiciales y hacer progresar la legislación. Si le atrae el derecho comercial, la economía es un campo que no podrá obviar.

Vivimos una situación paradojal: la especialización es requisito en el mundo laboral. Usted deberá especializarse en alguna/s rama/s del derecho. Pero la complejidad de la realidad amerita un abordaje que no sea unidireccional. Por tanto, se requiere de la interdisciplina, la vinculación con otras ramas de estudio en cada aspecto de la vida. En lo jurídico sucede lo mismo.

Por eso usted estudiará nociones básicas de economía, de sociología y de ciencias políticas. Y también cursará Historia del Derecho. Porque sin la historia no se entiende nada.

¿Eso es todo? No. También está la literatura, el cine y el arte en general que postulan tesis sobre la naturaleza humana, la sociedad y, por supuesto, el derecho. Sí, lea buenos libros y mire buenas películas. Será mejor abogado si lo hace.



Fiódor Dostoievski, escritor ruso autor de *Crimen y castigo* (1866) y *Los hermanos Karamazov* (1880), entre otras novelas, cuentos y ensayos. Las dos obras nombradas constituyen indagaciones psicológicas profundas en el contexto de procesos judiciales.

Más preguntas, señor Juez. A modo de epílogo y de prólogo

Lo importante es no dejar de preguntar.

Albert Einstein

Usted ha llegado hasta aquí, lo cual agradezco. Fue un placer haberlo tenido de lector. Sin embargo, no hemos llegado al final de las preguntas. De hecho, es probable que usted tenga más dudas que certezas, más preguntas que respuestas. Si es así, he cumplido el propósito de estas páginas. Porque el camino no se ha cerrado ni buscaba cerrarse, sino que recién está abriéndose.

Este capítulo, parafraseando a Winston Churchill, no es el final y ni siquiera el principio del final de su estudio sobre el derecho. Es, cuanto más, el final del principio de un recorrido apasionante y sin punto de llegada, plagado de cuestionamientos nuevos, cada uno más desafiante que el anterior.

Hemos hablado muy poco sobre los derechos humanos. ¿De dónde provienen? ¿Son reconocidos u otorgados por el Estado? ¿Todos tenemos los mismos derechos humanos? ¿Cómo garantizamos el cumplimiento de los derechos humanos? ¿Son suficientes las herramientas jurídicas que tenemos en la actualidad para cumplirlos? ¿Qué sucede en países donde no se respetan los derechos humanos? ¿Debería intervenirse militarmente?

Todas las ramas del derecho están atravesadas por los derechos humanos. Usted tendrá una materia particular destinada a su estudio, llamada, por supuesto, Derechos Humanos. Pero ya desde Introducción al Derecho e Introducción a la Filosofía abordará el tema, que luego retomará en toda las asignaturas desde distintas perspectivas. Al final de la carrera, en la asignatura Filosofía del Derecho volverá a reflexionar sobre la cuestión.

Si hablamos de derechos humanos, hablamos también de su incumplimiento. La pobreza y la exclusión social de grandes porciones de la población en Argentina y en el mundo, ¿es un tema que puede abordarse jurídicamente? ¿Qué puede darnos el derecho para combatir las desigualdades sociales? Que la riqueza se concentre en pocas manos, mientras muchos no pueden satisfacer las necesidades básicas, ¿es algo que puede ser tratado por el derecho? ¿Qué tiene para decir y/o qué debería decir nuestro orden jurídico al respecto?

Leonardo Di Caprio en *El lobo de Wall Street*, film dirigido por Martin Scorsese estrenado en 2014. El mercado financiero puesto en cuestión.

El derecho también nos da el marco para lograr un debate democrático sobre temas polémicos tales como el aborto, la eutanasia, la clonación, el llamado “alquiler de vientre”, entre otros asuntos relacionados con la bioética. El derecho no sólo nos da el marco para el debate, sino que también nos permite pensar y puede ofrecernos respuestas al respecto. No nos pondremos en acuerdo todos, pero tal vez podamos indagar en razones más interesantes que el golpe en la mesa o el grito en una discusión sin sentido.

Por otra parte, ¿qué puede hacer el derecho para garantizar la seguridad de la población? ¿Es el Derecho Penal una herramienta para lograrlo? Tendrá diversas materias referidas al Derecho Penal. Una dedicada a la llamada parte general, otra a la especial (donde verá todos los delitos que contempla nuestra legislación), otra referida al proceso penal (las normas de adjudicación, ¿las recuerda?) y otra específica sobre el Derecho Penal Económico. Seguramente usted ya se está preguntando para qué sirve el Derecho Penal. ¿Para qué enviamos a ciertos sujetos a la cárcel por realizar ciertas conductas?

Si preguntamos sobre la seguridad, preguntamos sobre la paz. El derecho, como decía Kelsen, ¿es una vía para la paz? ¿Nos garantiza una convivencia pacífica? Podría parecer obvia la respuesta, pero, ¿no ha pensado si el derecho no puede ser, también o a veces, un mecanismo de opresión? Piense en los ejemplos que hemos visto en este recorrido o en otros con los que diariamente convivimos: el derecho ha sido, es y puede ser, un mecanismo para excluir y dominar. ¿O no era por medio del derecho que las mujeres eran consideradas con capacidades inferiores, inhibidas para votar o apartadas de puestos importantes en los organismos públicos?

Hablar de la paz es, también, hablar de su contracara más alarmante: la guerra. El derecho, ¿puede limitar la guerra? ¿Hay guerras *justas*? El derecho, ¿debe permitir en ciertos casos la guerra o el pacifismo debería ser la opción? Desde 1945 existe la Organización de Naciones Unidas, institución central del derecho internacional destinada, en gran medida, a garantizar la paz mundial. ¿Cuáles han sido sus logros y sus falencias?

Si hablamos de derecho internacional, no caben dudas de que aparece el problema del medio ambiente. Tratados internacionales entre distintas naciones regulan el uso, explotación y cuidado de zonas como la Antártida, el Amazonas, los mares y ríos internacionales, los fondos marinos, entre otras. El derecho, ¿en qué medida ha sido una herramienta, lo es ahora o podría serlo para proteger el medio ambiente? ¿Qué concepción sobre el ambiente debería asumir el derecho, una que lo aprecie como mero objeto de aprovechamiento del hombre o una no atropocéntrica?

Sí, muchos de estos temas no son nada agradables. No hay dudas de que usted está ingresando a un mundo, el del derecho, complejo, difícil, y muchas veces doloroso y triste. Estudiará y verá algunas realidades que quizás desconocía antes pero que están allí, ocultas. La cárcel, la pobreza, las discriminaciones, la violencia, las muertes y los accidentes son, en parte, los hechos sobre los cuales trabaja un abogado.

Pero sí, también está ingresando a un mundo fascinante, apasionante y que es, tal vez, una (de tantas) herramientas para afrontar esos fenómenos que nos duelen. Tal vez podamos, desde el derecho, aportar algo para construir un mundo un poco más justo.