

**Biblioteca de Ética,
Filosofía del Derecho
y Política**

DIRIGIDA POR:

Ernesto Garzón Valdés (U. de Maguncia, Alemania)
y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

CARLOS S. NINO

ALGUNOS MODELOS
METODOLÓGICOS
DE “CIENCIA” JURÍDICA



Primera edición: 1979, Universidad de Carabobo, Venezuela.
Primera edición: 1993, Distribuciones Fontamara, S. A.
Cuarta reimpresión: 2007

Reservados todos los derechos conforme a la ley

ISBN 968-476-186-4

© Carlos S. Nino

© Distribuciones Fontamara, S. A.

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia del Carmen

Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.

Tels. 5659•7117 y 5659•7978 Fax 5658•4282

Email: fontamaramx@yahoo.com.mx

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

ADVERTENCIA

Este volumen incluye la versión escrita de un ciclo de conferencias que dicté durante el año 1977 en el Instituto de Cultura Jurídica de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina, y que reiteré en parte en Febrero de 1978 en un Seminario de la Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad de Carabobo, Venezuela.

He querido mantener en esta publicación el carácter espontáneo, ágil y no totalmente elaborado que corresponde a las disertaciones orales, estando dirigidas más bien a suscitar discusiones y a explotar tentativamente nuevas ideas, que a presentar un desarrollo sistemático, acabado y documentado. De este modo, el lector advertirá que muchas de mis afirmaciones están presentadas en un tono provocativo que tiende a estimular el debate, que he dejado muchos cabos sueltos en mi argumentación que deberían ser objeto de ulteriores elaboraciones y que he tratado de ser lo más parco posible en materia de citas y referencias bibliográficas.

La preparación de las conferencias que aquí se reproducen fué posible gracias a que durante el año 1977 gocé de una generosa beca de la Fundación Guggenheim que me proporcionó la tranquilidad y el tiempo necesario para encarar una variedad de actividades intelectuales. La tarea de compaginar y revisar el texto de las conferencias fue facilitada por mi ingreso al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina. Quiero agradecer a los Profesores Eugenio Bulygin, director del Instituto de Cultura Jurídica de La Plata, y Roque Carrión Wam de la Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales y editor de estos Cuadernos, por la oportunidad de dictar y publicar estas conferencias. Deseo especialmente destacar aquí la notable obra que está desarrollando esa Oficina de la Universidad de Carabobo para promover, difundir y coordinar el trabajo de investigadores latinoamericanos en el campo jurídico y social. Quiero agradecer también a la Sra.

Scarlet Guillén A. y a la Srta. Alicia Bermúdez M., secretarias de la Oficina mencionada, por su valiosa asistencia en la presentación mecanográfica de mis notas.

Carlos S. Nino.

Buenos Aires, Octubre de 1978.

I. INTRODUCCION

Al pretender hablar de la "ciencia jurídica" uno tiene la sensación de estar pisando un terreno espinoso y resbaladizo en el que es muy difícil eludir la declamación, el lenguaje vago y los lugares comunes. Me parece importante tratar de identificar de entrada las razones que pueden explicar esta sensación de incomodidad que por lo menos yo tengo cada vez que me dispongo a encarar este tema.

Una razón está dada por la falta de una terminología adecuada que permita identificar inequívocamente y sin connotaciones engañosas la empresa intelectual de la que se está hablando. La expresión "ciencia jurídica" es insatisfactoria puesto que parece prejuzgar acerca del carácter científico de la actividad en cuestión, con las implicaciones que ello trae aparejado en relación a los rasgos que ella debería presentar; "teoría jurídica" es también una expresión inadecuada, ya que parece aludir más bien elaboraciones de alcance limitado más que a la actividad intelectual global en cuyo contexto tales elaboraciones se formulan; la denominación "dogmática jurídica" es equívoca porque hace referencia a una modalidad particular de teorización frente al derecho, con ciertos presupuestos y metodología específicos y que se ha desarrollado en determinados países y etapas históricas pero no en otros; la expresión "jurisprudencia" es lamentablemente ambigua en nuestro lenguaje, estando más bien asociada con las costumbres judiciales. Esta dificultad determina que aquí deba hablar a veces de la "ciencia jurídica", usando esta expresión entre comillas, o que a veces tenga que hacer referencia con un lenguaje por demás vago, a la actividad o labor de los juristas teóricos, lo cual resulta una forma de hablar extremadamente molesta.

Asociado con esta dificultad terminológica se encuentra el hecho de que no es nada fácil circunscribir la actividad teórica a la que se quiere aludir. Los

Los estudiosos del derecho hacen muchas cosas diferentes aún dentro de los confines de la especulación teórica: comentan y explican el alcance de leyes y decisiones judiciales, preparan o sugieren reformas legales, dan cuenta de la evolución histórica de cierta institución jurídica, explican el contexto socio-económico de cierta regulación y sus consecuencias en el plano social, elaboran y discuten construcciones que llaman "teorías" y que se encuentran en un nivel de cierta abstracción respecto de los preceptos de un orden jurídico particular, proponen distinciones conceptuales destinadas a esclarecer la comprensión de los fenómenos jurídicos en general y a facilitar el manejo de cierto material jurídico particular, encaran discusiones de filosofía política y moral relevantes para justificar instituciones jurídicas, etc., etc. Todas estas actividades se desarrollan a veces en el contexto de un mismo trabajo, como se puede advertir recorriendo, por ejemplo, las páginas de un tratado de derecho penal. La cuestión es que difícilmente se puede hablar con provecho de los presupuestos conceptuales y metodológicos de todas estas actividades; ineludiblemente uno tiene que destacar algunas y pasar por alto otras, con lo que se corre el riesgo de asumir que las primeras pueden realizarse con independencia de las últimas y de aparentar que se está recomendando que los juristas se aboquen exclusivamente a las actividades que son objeto de atención. Esto se agrava por el hecho de que las manifestaciones explícitas de los juristas acerca del carácter, funciones y objetivos de su actividad teórica suelen no reflejar adecuadamente y a veces están en abierto conflicto con las características de la tarea que efectivamente desarrollan, con lo que se presenta la alternativa de atenerse a tales manifestaciones explícitas y mostrar de qué modo ellas se verían satisfechas, o reconstruir y hacer explícitos los presupuestos y funciones de la actividad que los juristas, de hecho, desarrollan. En ambos casos parece que la discusión adquiere una dimensión normativa que tiene implicaciones respecto del tipo de actividad que los juristas deberían desempeñar o el tipo de justificaciones a las que deberían acudir en apoyo de los resultados de tal actividad.

Cuando se trata de una empresa intelectual tan heterogénea y variable, con objetivos múltiples y difusos y con funciones latentes que difieren de las aspiraciones proclamadas, como es el caso de la actividad que los juristas teóricos despliegan, parece ineludible que el análisis metodológico tenga connotaciones normativas. Sin embargo, esto es algo que no se puede asumir sin cierto malestar. Porque al fin y al cabo estamos pretendiendo moldear cierta *actividad* que tiene que haber surgido como resultado de exigencias y

factores del contexto social en el que se desarrolla y que debe tener repercusiones de variada índole en ese mismo contexto; parece tonto aspirar a marcar pautas acerca de cómo debería encararse esa actividad sin una adecuada percepción sociológica, y es todavía más tonto prescribir que los juristas deberían hacer esto o lo otro cuando nadie está impedido de ensayar un tipo de labor teórica frente al derecho diferente a la que actualmente se desarrolla.

Estas dificultades no resultan aligeradas por los pocos ensayos filosóficos que se han producido en torno a la metodología de la actividad teórica acerca del derecho.

Estos ensayos adoptan un enfoque diferente al que uno esperaría en trabajos de esta índole: en lugar de ofrecer una reconstrucción racional de la metodología apropiada a una empresa intelectual que satisfaga las funciones y objetivos de la actividad teórica de los juristas, parten de ciertos presupuestos acerca de las exigencias que una actividad científica debe satisfacer y construyen modelos de una ciencia referida al derecho que se atenga a esos cánones, sin examinar si esos modelos pueden materializarse en una actividad que responda a las expectativas que se tienen respecto de la labor de los juristas o si la actividad resultante tendría una relevancia social o intelectual que justifique ocuparse de ella. Obviamente a este tipo de enfoque subyacen las connotaciones emotivas favorables asociadas a la palabra "ciencia", lo que implica asumir que si una actividad se puede clasificar bajo este rótulo es *ipso facto* importante e intelectualmente respetable. Frente a estos modelos, uno se encuentra en la posición algo ridícula de tener que argüir cosas obvias y casi banales como que la actividad de los juristas satisface otras funciones que la que esos modelos permiten, que esas funciones son importantes y deben ser preservadas, que el hecho de que una actividad no se atenga a cánones de cientificidad no excluye necesariamente su carácter racional, su respetabilidad intelectual y su relevancia social, y que, a la inversa, no se suele calificar a una actividad como científica, por más que respete aquellos cánones, si ella no implica cierto grado de sofisticación intelectual y si ella no tiene cierta trascendencia social. La justificación de los modelos señalados parece estar a salvo de la consideración de estas cuestiones por el hecho de que se los suele presentar como si estuvieran al margen de toda evaluación de su capacidad descriptiva de la actividad que los juristas efectivamente desarrollan y de su plausibilidad normativa como patrones ideales a los que los juristas deberían ajustar su actividad. Cuando se intenta el primer tipo de examen crítico la obvia réplica en defensa de tales modelos es que ellos

no pretenden reflejar lo que los juristas hacen de hecho sino caracterizar en que consistiría una genuina ciencia del derecho; cuando se pretende someter al modelo al segundo tipo de evaluación, la respuesta es que la formulación de un modelo de ciencia jurídica no implica prescribir que los juristas deberían modificar sus prácticas teóricas para ajustarlas a las exigencias del modelo. Pero cuando uno se toma en serio las tareas que desempeñan los juristas teóricos y quiere, a la vez, tratar por un lado, de lograr una comprensión más clara de sus presupuestos, métodos y funciones y examinar, por otro lado, la posibilidad de que los objetivos de la labor teórica frente al derecho se satisfagan más adecuadamente a través de una actividad que recurra a presupuestos conceptuales y procedimientos de justificación más sólidos, uno tiene que enfrentar en algún punto la consideración de las cuestiones casi triviales que he señalado.

Después de este largo preámbulo, es conveniente que dedique el resto de esta conferencia a un análisis sucinto de la estructura de la actividad teórica central que desarrollan actualmente los juristas de la tradición jurídica continental-europea, bajo la denominación de "dogmática jurídica". Aquí me voy a ver obligado a repetir, haciendo un resumen muy apretado, cosas que ya he dicho con mayor extensión en varios trabajos (1); tengo, sin embargo, que insistir en ellas, plagiándome tediosamente a mi mismo, puesto que la discusión ulterior estará determinada por la imagen que obtengamos de lo que los juristas hacen y pretenden hacer a través de la dogmática jurídica.

Esta forma de labor teórica acerca del derecho se fué desarrollando en Europa Continental, en algunos países más acentuadamente que en otros, a consecuencia de la confrontación entre el movimiento de codificación que se fué expandiendo por ese continente a partir de las postrimerías del siglo XVIII, y el enfoque racionalista con que los juristas encaraban su trabajo teórico antes de la sanción de los nuevos códigos.

La tarea de esos juristas racionalistas, que estaban influidos por la filosofía del Iluminismo, consistía principalmente en la construcción de sistemas jurídicos ideales estrictamente deducidos de unos pocos principios auto-evidentes; esto se hacía desatendiendo casi totalmente las normas positivas vigentes en sus respectivos países antes de la codificación. Cuando los nuevos códigos fueron sancionados, ellos tuvieron un impacto profundo y radical en la teoría jurídica, puesto que los juristas debieron adoptar como objetivo preeminente el de dar cuenta del nuevo derecho positivo que se

aproximaba considerablemente, tanto en relación a su contenido ideológico como respecto de sus propiedades formales de completitud, coherencia, precisión, etc., a los sistemas ideales por ellos propugnados.

Fue desarrollándose de este modo entre los juristas teóricos la presuposición de que su tarea no consistía más en evaluar críticamente la ley positiva sino en adoptarla como dogma con el fin de exponer sus consecuencias y la interpretación correcta de la misma. Esto llevaba implícito una traspolación al nuevo derecho positivo de las características formales que se atribuían anteriormente a los sistemas ideales que los juristas construían: Se asumía que los nuevos códigos eran completos, coherentes y precisos, constituyendo sistemas autosuficientes para resolver cualquier caso concebible sin acudir a premisas que no se pudieran extraer de los materiales jurídicos positivos.

Pero, al mismo tiempo, los teóricos del derecho pretendieron desarrollar su tarea de exponer el derecho positivo manteniendo la metodología propia del racionalismo, que había sido empleada en la construcción de sistemas ideales. Siguieron concibiendo a su labor como eminentemente deductiva y abstracta, y ajena a consideraciones empíricas. La escuela de “la jurisprudencia de conceptos” inspirada por Savigny y fundada, entre otros, por Ihering en su primera etapa intelectual, proveyó las bases teóricas de esta pretensión de construir una ciencia puramente racional que tuviera, sin embargo, como único objeto al derecho vigente históricamente en cierto ámbito. El conceptuismo proclama a la legislación como única fuente de derecho, pero asume que la función de la teoría jurídica no consiste simplemente en describir el contenido de tal legislación, sino en descubrir las soluciones implícitas en la misma a través del análisis, clasificación y combinación de ciertos conceptos jurídicos fundamentales inherentes a todo sistema jurídico.

Felipe González Vicen (2) ha mostrado como la metodología que la jurisprudencia de conceptos postulaba fué la respuesta de los juristas racionalistas al problema de como adaptar el enfoque axiomático que habían desarrollado anteriormente en la construcción de sistemas jurídicos ideales, a su nueva tarea de dar cuenta del nuevo derecho positivo. Esa respuesta implicaba un compromiso entre presupuestos idealistas y empiristas y suponía ver al derecho como un compuesto de una estructura permanente y universal y los preceptos contingentes sancionados por el legislador. Según este autor, la

estrategia del conceptualismo consistió en adoptar un enfoque del derecho positivo que permita convertirlo en un objeto asequible a la metodología del racionalismo, esto suponía asumir que si bien no hay más derecho que el derecho positivo éste incluye elementos que no son positivos, o sea históricos y contingentes, sino que responden a una estructura universal y permanente común a todo derecho. La ciencia del derecho, para ser una verdadera ciencia y no agotarse en un mero acarreo de materiales variables, debe ocuparse de esa estructura; ésta consiste en un armazón conceptual que subyace a todo orden jurídico. La ciencia jurídica debe desentrañar ese esqueleto formal al que se adhieren los preceptos sustantivos; su misión es presentar al derecho como un sistema de conceptos, de cuyo análisis y combinación se pueden inferir soluciones que se suponen implícitas en el derecho positivo. La tarea de analizar y combinar conceptos para extraer soluciones a problemas jurídicos se concibe como puramente lógica. La ciencia jurídica no debe recurrir a consideraciones axiológicas, sociológicas, económicas, etc.. Su función es mostrar las soluciones que se deducen del sistema jurídico una vez que éste es sometido al filtro del análisis conceptual, siendo irrelevantes el valor moral de la solución inferida o sus consecuencias en el contexto social. El jurista que recurre a este tipo de consideraciones en apoyo de determinada solución sólo muestra su incapacidad para realizar una verdadera labor constructiva y excede la competencia de la ciencia jurídica.

Es evidente que, con el tiempo, los aspectos más crudos del conceptualismo se han ido atenuando, lo que se debe en parte a la influencia de escuelas subsiguientes, como la de "la jurisprudencia de intereses" o la "del derecho libre", que han impugnado los presupuestos del conceptualismo. Sin embargo, esos presupuestos han dejado una marca indeleble en la actual dogmática jurídica, cuyos cultores, sobre todo en algunas ramas del derecho, siguen concibiendo a su actividad según los lineamientos sentados por esa concepción.

En las pocas ocasiones en que los juristas dogmáticos reflexionan acerca de la naturaleza de su actividad asumen que ella toma al derecho positivo como dogma, no siendo su misión, *qua* juristas dogmáticos, someterlo a evaluación crítica. Se persiste en la idea de que el derecho positivo es un sistema auto-suficiente para resolver cualquier caso concebible, no presentando lagunas, contradicciones u otros tipos de indeterminaciones. Se cree de este modo, que

toda solución jurídica no sólo *debe* sino también *puede* fundarse en una norma del derecho positivo sin recurrir a consideraciones extra-jurídicas. Pero supone al mismo tiempo que, si bien la ciencia jurídica es puramente cognoscitiva, ella no consiste en una mera investigación empírica acerca de los preceptos vigentes en cierto ámbito, sino en una tarea eminentemente racional deductiva, sobre todo cuando se trata de la elaboración de las llamadas “partes generales”. Se continúa pensando que el análisis y la clasificación conceptual es la principal misión de la ciencia jurídica, lo que se complementa con una visión “realista” o esencialista de los conceptos jurídicos, según la cual su definición no responde a ciertas convenciones justificadas en razones de utilidad, sino que ellos reflejan estructuras inherentes a la realidad que se detectan a través de cierta intuición intelectual. Sobre todo, se sigue rechazando la legitimidad de recurrir, dentro del marco de la dogmática jurídica, a consideraciones axiológicas o sociológicas, no sólo para someter a evaluación crítica a la legislación positiva, sino para justificar interpretaciones de sus preceptos. A lo sumo se concede que pueda recurrirse a “principios generales del derecho” que se suponen intrínsecos a todo orden jurídico o estrictamente inferidos de los preceptos positivos.

Por cierto que estos presupuestos de los juristas dogmáticos acerca de la naturaleza de su propia actividad tiene escasa correspondencia con los hechos. Lo que la dogmática jurídica procede a hacer es una verdadera reconstrucción del sistema positivo, tanto para eliminar sus indeterminaciones como para adecuarlo a ciertos ideales axiológicos subyacentes.

Las llamadas “teorías jurídicas”, como la teoría general del delito, la teoría de la institución, la teoría sobre el acto de comercio, la teoría de abuso del derecho, etc., no son teorías descriptivas que se limiten a dar cuenta del contenido de ciertas regulaciones positivas; ellas son teorías normativas que permiten inferir soluciones para casos no previstos por el derecho positivo. Ello no se ve obstaculizado por el hecho de que se suele considerar que una teoría jurídica es tanto más aceptable en la medida que permita derivar el mayor número posible de normas jurídicas positivas; por el contrario, tal derivación sería imposible si la teoría en cuestión tuviera naturaleza descriptiva; sólo de normas se pueden derivar otras normas. Las teorías jurídicas cumplen la doble función de dar sustento justificatorio a los preceptos positivos y permitir derivar reglas para solucionar los casos no previstos por tales preceptos.

La naturaleza normativa de las teorías jurídicas y la pretensión dogmática

ca de realizar a través de ellas un mero análisis conceptual se pueden ilustrar con la teoría general del delito, que es tal vez el producto más sofisticado de la dogmática jurídica. Esta teoría se construye aparentemente a través del análisis del concepto de delito como acción típica, antijurídica y culpable, y todo su desarrollo ulterior pretende encarar un proceso de descomposición de cada uno de los elementos de esa definición básica en elementos más primitivos; los cultores de esta teoría discuten agitadamente, por ejemplo, si el dolo "pertenece" al tipo o a la culpabilidad, si la conciencia de la antijuridicidad "pertenece" al dolo o a la culpabilidad, si el deber de actuar en las omisiones "pertenece" al tipo o a la antijuridicidad, etc, etc; todo parece perfectamente adecuado a una concepción de la ciencia jurídica como un procedimiento de alquimia conceptual. Sin embargo, es fácil advertir que la teoría general del delito parte de consideraciones valorativas y de prescripciones que están incorporadas a la supuesta "definición" de delito; ésta no es una genuina definición conceptual que se limite a expresar la decisión de no llamar "delito" a algo que no sea una acción o que no sea típica, antijurídica o culpable, sino que consiste en un conjunto de prescripciones apoyadas en razones axiológicas, que están dirigidas a legisladores y jueces y que indican la impropiedad de prescribir o aplicar penas en relación a hechos que no reunan las propiedades mencionadas. A su vez, cada paso ulterior en la elaboración de la teoría, por ejemplo la incorporación de la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad, en lugar de mantenerla como parte del dolo, está determinado por la necesidad de evitar soluciones axiológicamente insatisfactorias, aunque esto no se lo reconozca explícitamente. De este modo, la teoría permite inferir soluciones para los casos no previstos por el derecho positivo, bajo la pretensión de que ella meramente expone un sistema de conceptos inherentes a todo orden jurídico (3)

Si dirigimos nuestra atención, no ya a la construcción de teorías jurídicas, sino a la interpretación de normas jurídicas positivas, es fácil advertir que la asignación de significado y alcance a tales normas por parte de la dogmática está determinada, en última instancia, por consideraciones de índole valorativa, por más que ellas no sean expuestas explícitamente, sino que se recurra a razones de consistencia con otras normas, o que se refieren a la intención del legislador o a antecedentes históricos que explican el precepto, o que están relacionadas con la naturaleza de los conceptos empleados por la norma en cuestión, o que se conectan con la aplicabilidad de ciertos 'métodos' de interpretación, como el analógico o el "a contrario", etc.. El arsenal de argumen-

tos de esta especie con que los juristas dogmáticos cuentan es muy rico y variado, pero la disponibilidad de argumentos alternativos de esta clase para justificar soluciones opuestas, hace que cuando ellos se han agotado en la defensa y ataque de cierta tesis, emerjan a la superficie las razones axiológicas que subyacen a las diferentes posturas interpretativas.

De este modo se ha desenvuelto en forma implícita ciertos criterios acerca de lo que es un buen argumento "dogmático" y de lo que es una mera apreciación subjetiva que no tiene carácter científico. Como hemos dicho, pertenecen a la clase de argumentos que se consideran científicamente válidos consideraciones tales como las que se refieren a los propósitos reales o presuntos (bajo ciertas hipótesis de racionalidad) del legislador, a la concordancia de la interpretación defendida con lo prescripto por otras normas o con principios generales que se infieren de ellas, al alcance de ciertos conceptos jurídicos fundamentales, a la naturaleza de las instituciones jurídicas, a la aplicabilidad de alguno de los "métodos" de interpretación aceptados, etc.. Pertenecen en cambio, a la clase de argumentos 'no científicos' y que se supone que expresan meras actitudes subjetivas todas las consideraciones acerca de las consecuencias sociales de una u otra solución y de su adecuación axiológica. Esta distinción cumple una función retórica importante para lograr la aceptabilidad de las soluciones propuestas por parte de los jueces, cuya tarea se concibe como meramente técnica y no política, agotándose en la estricta aplicación de la ley de acuerdo a su interpretación dogmáticamente correcta (suponiéndose que hay, en cada caso, una sola interpretación que satisface esta exigencia).

Esto supone, por cierto, determinados presupuestos valorativos fundamentales como es el principio del positivismo ideológico de que los jueces están moralmente obligados a aplicar toda norma positiva cualquiera sea su contenido, el principio "legalista" de que no hay otro derecho positivo que el que se origina en la legislación y la concepción de la tarea jurisdiccional como meramente declarativa del derecho pre-existente.

Cuando se percibe que los sistemas jurídicos positivos suelen presentar notorias indeterminaciones y que los argumentos 'dogmáticos' en apoyo de una u otra alternativa interpretativa no son nunca concluyentes, se advierte claramente la índole normativa de la tarea de reconstrucción del derecho positivo que la dogmática desarrolla y su dependencia de consideraciones axiológicas.

Este contraste entre, por un lado, lo que los dogmáticos dicen que hacen y lo que efectivamente hacen, y entre, por otro lado, los argumentos explícitamente esgrimidos en apoyo de cierta solución y las consideraciones que podrían justificar tal solución, determina un modelo poco satisfactorio de teorización jurídica. Esto es así principalmente porque se elude el control racional sobre las soluciones originales que se proponen en la reconstrucción del sistema jurídico y la discusión franca y clara de los presupuestos valorativos que subyacen a tales soluciones. Por otra parte, la falta de explicitación de esos presupuestos valorativos perjudica la discusión de hasta que punto ellos son subsumibles en un sistema consistente de principios axiológicos fundamentales. De este modo la dogmática jurídica tiene una influencia substancial en la adopción de cursos de acción socialmente trascendentes que no están homologados por órganos estatales representativos y que requerirían ser sometidos a un debate abierto acerca de su justificabilidad ética y política.

Frente a la insatisfacción que genera este tipo de teorización jurídica una vez que se cuestiona sus presupuestos metodológicos y su concepción del derecho, se abren dos alternativas acerca de la forma en que debería encauzarse la labor de los juristas teóricos: Una de ellas consiste en tomar en serio la pretensión declarada de tales juristas de desarrollar una genuina ciencia del derecho, puramente cognoscitiva y axiológicamente neutral, ofreciendo un modelo de actividad teórica frente al derecho que satisfaga esas exigencias. La otra consiste, en cambio, en preservar y rescatar lo que los juristas efectivamente hacen y las funciones que satisfacen, proporcionando un esquema de argumentación jurídica que se ajuste a esa actividad. Varios iusfilósofos importantes y sumamente lúcidos se han inclinado por la primera alternativa, construyendo modelos de una auténtica ciencia jurídica que se atenga a las aspiraciones confesadas de los teóricos del derecho. En las conferencias siguientes voy a analizar tales modelos. Luego voy a tratar de mostrar por qué creo que son insatisfactorios y por qué pienso que tenemos que inclinarnos hacia la otra alternativa que señalé antes.

II. EL MODELO DE CIENCIA JURIDICA "PURA" DE KELSEN

Todo el desarrollo de la teoría de Kelsen está en función del modelo de ciencia que, según este autor, los juristas deberían realizar en relación a un cierto derecho positivo. Las distinciones conceptuales, principios metodológicos y postulaciones epistemológicas, que se proponen en el contexto de la teoría, están destinadas a equipar teóricamente y esclarecer a los juristas para encarar la tarea de dar cuenta de un sistema jurídico dado según los cánones científicos que Kelsen considera excluyentemente válidos. Ya al comienzo del prefacio a la primera edición de su teoría pura, Kelsen llamó claramente la atención sobre este punto: "Desde la inauguración de esta empresa yo tuve un propósito presente en mi espíritu: elevar a la ciencia del derecho, a la "jurisprudencia", que - en forma encubierta o disimulada - se desvirtuaba en razonamientos de política jurídica, al nivel y rango de una verdadera ciencia, al lado de las demás ciencias morales. Se trataba por ello de desenvolver las tendencias que confluían en el objetivo único del conocimiento del derecho y de aproximar los resultados de esta tarea de conocimiento al ideal de toda ciencia; objetividad y exactitud". (1). Es difícil entender cabalmente muchos de los rasgos de la teoría de Kelsen si no se tiene en cuenta esta constante preocupación por sentar las bases de un tipo particular de ciencia jurídica. Por ejemplo, una posible explicación de la escasa popularidad de la obra de Kelsen en el medio donde la desarrolló en las últimas décadas de su vida, Estados Unidos, es que muchas de sus tesis resultan extravagantes en un ámbito cultural donde, a diferencia de Europa continental, no se relacionan las elaboraciones iusfilosóficas con la metodología y esquema conceptual de una supuesta ciencia jurídica, sino con el análisis y valoración del proceso de decisión judicial.

A pesar de esto, curiosamente Kelsen no desarrolla explícita y sistemáticamente su modelo de ciencia jurídica, debiendo ser éste reconstruido a partir de afirmaciones dispersas y a veces de supuestos implícitos. Más aún, ha

una cierta confusión en la obra de este autor entre las características de su propia teoría general, como elaboración iusfilosófica que no se ocupa de dar cuenta de un orden jurídico particular, y la ciencia jurídica de un derecho positivo cuyas bases aquella teoría pretende constituir. Así, la célebre calificación de su teoría como “pura” es, en realidad, aplicable a la ciencia jurídica a que tal teoría caracteriza y elucida. Más que una teoría “pura” del derecho, la de Kelsen es una teoría para una ciencia jurídica “pura”; o sea, es una teoría que está al servicio de una descripción de sistemas jurídicos particulares, realizada con abstracción de consideraciones axiológicas, por un lado, y sociológicas, por el otro (abstracción que, en su doble alcance, otorga a la ciencia jurídica la “pureza” que Kelsen exige).

Kelsen dice: “¿Por qué se denomina ella misma (su teoría) una teoría ‘pura’ del derecho?. Ello es para señalar que ella buscará simplemente asegurar un conocimiento del derecho y sólo del derecho, excluyendo de ese conocimiento todo lo que no se ajusta a una noción exacta de su objeto. En otros términos, ella pretenderá desembarazar a la ciencia del derecho de todos los elementos que le son extraños. Tal es su principio metodológico fundamental” (2). De acuerdo a ésto, parecería que la elucidación del concepto de derecho determina el modelo de ciencia que es apropiado para dar cuenta de los fenómenos designados por tal concepto. Sin embargo, creo que la cuestión es más compleja de lo que induce a pensar esta afirmación, puesto que, como lo veremos más adelante, la elección por parte de Kelsen y de otros teóricos de un particular concepto de derecho, entre otras alternativas, está determinada, al menos en parte, por el tipo de actividad jurídica a cuyo servicio pretenden poner el concepto de derecho en cuestión. Vale decir que el hecho de partir de la idea de proporcionar un aparato conceptual a un tipo de actividad teórica con ciertas características, condiciona, en el contexto de la obra de Kelsen y de otros autores, la caracterización de la noción de sistema jurídico; aunque también es cierto que consideraciones de carácter ontológico inciden, asimismo, en esa caracterización, reflejándose, en última instancia, en el modelo de ciencia jurídica que se propone. De este modo, hay un ajuste recíproco entre las funciones y características que se atribuyen a la actividad teórica para la que se propone un cierto concepto de derecho y las propiedades que se suponen inherentes a tal concepto de derecho.

Kelsen parte de la base de que una teoría general del derecho debe ocuparse del esquema conceptual y metodológico de la ciencia jurídica, y no del

de otras actividades frente al derecho (como la de los jueces y abogados) que la ciencia jurídica, para constituir una verdadera ciencia autónoma, deba distinguirse tanto de la política jurídica, como de otras ciencias sociales como la sociología o psicología. A diferencia de la política jurídica, la ciencia del derecho debe ser puramente descriptiva, y, en consecuencia, valorativamente neutral. Ella debe ocuparse de "hechos" y sus proposiciones deben hacer referencia a una cierta realidad dada, y no a estados de cosas que no se dan en los hechos pero que se postulan como valiosos o deseables. Esto implica la necesidad de definir el concepto de derecho con exclusión de toda propiedad valorativa. Kelsen combate, así, al iusnaturalismo por aferrarse a una noción tal del derecho que la identificación y descripción de sistemas jurídicos particulares requiere tomar partido acerca de su justificación o valor moral. Por otro lado la ciencia jurídica sólo puede configurar una empresa intelectual independiente de las ciencias sociales tales como la sociología, la psicología o la economía, si se entiende que su objeto de estudio no está constituido por acciones humanas - como por ejemplo la actividad de los jueces - y que su función no es proporcionar explicaciones causales de tales acciones. De este modo, Kelsen se opone firmemente al "realismo jurídico" por pretender reducir el derecho a cierto complejo de conductas, y a la ciencia jurídica a una rama de la sociología. ¿A qué "hechos" deben referirse, entonces, las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica? En este punto interviene una concepción ontológica del derecho que revierte luego sobre el modelo de ciencia jurídica, determinando ciertas características de ésta que se combinan con las propiedades que acabamos de señalar.

El objeto de la ciencia del derecho está constituido por conjuntos de normas. Las normas no son complejos de acciones humanas ni expresiones lingüísticas; constituyen entidades que se dan en una "realidad" distinta a la de la realidad empírica, pertenecen al "mundo del deber ser". Mientras un orden o mandato consiste en hechos empíricos, las normas no pueden reducirse a tales hechos, aunque en el caso de las normas *positivas* ellas tienen necesariamente cierta contrapartida constituida por hechos empíricos. No es solamente que los estados de cosas a los que las normas se refieren pertenecen a un mundo, cuyos componentes son calificados, por tales normas, como "debidos", sino que las normas mismas pertenecen a ese mundo. No se trata tampoco meramente de que las normas sean juicios de "deber ser", o sea juicios prescriptivos y no descriptivos (también es un juicio prescriptivo la orden de un gangster); la existencia misma de las normas no depende exclusiva-

mente de hechos empíricos sino de postulaciones acerca de lo que debe ser.

Para entender esta obscura concepción Kelseniana debe elucidarse su concepto de validez, puesto que él designa una propiedad esencial de las normas que determina su naturaleza ontológica peculiar a la que nos acabamos de referir. Es la validez lo que distingue a las normas de meros mandatos y órdenes, y hace que aquellas no puedan reducirse a un complejo de hechos empíricos.

El concepto de validez que Kelsen emplea ha sido objeto de muchas interpretaciones equivocadas. Una de las que más confusiones ha creado es la que consiste en identificar la validez de una norma con su pertenencia a un sistema jurídico. Basta para descalificar esta interpretación, hacer notar que Kelsen atribuye validez no sólo a normas jurídicas aisladas, sino también al sistema jurídico en conjunto (lo que sería absurdo si validez fuera equivalente a "pertenencia"). Hay sin duda, en la obra de Kelsen, una cierta relación entre la validez de una norma y su pertenencia a un determinado sistema jurídico, pero la relación no es de identidad. Esto lo veremos un poco más adelante.

Kelsen dice repetidamente que una norma es válida cuando tiene fuerza obligatoria y que la validez constituye la existencia específica de las normas (3).

Que una norma tiene fuerza obligatoria, o sea que es válida, quiere decir, para Kelsen, que debe hacerse lo que ella dispone, o, en otras palabras, que ella tiene los efectos normativos que pretende tener: vale decir que si ella declara, por ejemplo, a una conducta obligatoria o permitida ella efectivamente obliga o permite la acción en cuestión (4). La validez de una prescripción es lo que permite a alguien que pretende describirla - como en el caso de un jurista - pasar del juicio "Fulano ha dispuesto que X debe hacerse" al juicio "X debe hacerse"; con el primer juicio se está describiendo un mero hecho empírico; con el segundo tipo de juicio se describe una norma.

Esto implica que la validez que convierte a las prescripciones en normas consiste en una propiedad no empírica sino normativa. Los juicios que predicán validez de ciertas prescripciones son ellos mismos enunciados normativos. Esto se ve claro si tenemos en cuenta estas consideraciones: Kelsen sos-

tiene explícitamente que el juicio por el que se dice que la primera constitución de un sistema jurídico es válida, es, en sí mismo una norma: su famosa norma básica o fundamental (que dice, en una de las posibles formulaciones que acepta Kelsen, “se debe obedecer lo que la constitución establece”); como Kelsen sostiene que los demás juicios de validez referidos a las restantes prescripciones del sistema se derivan de la norma básica y que de una norma no pueden derivarse sino normas, de esto se infiere que todos los juicios de validez son, como la norma básica, enunciados normativos y no descriptivos

La identificación entre validez o fuerza obligatoria de las normas y su existencia específica responde a la aplicación al caso de las normas jurídicas del mismo criterio de existencia que se emplea corrientemente en el caso de normas pertenecientes a una moral crítica. Cuando uno se refiere a normas morales que considera “existentes” independientemente de su aceptación por parte de la comunidad (o sea cuando uno se refiere no a la moralidad social vigente sino a la moral ideal a la que uno adhiere con independencia de que los demás lo hagan), decir que una tal norma moral existe (por ejemplo decir que existe una norma moral que prohíbe aprovecharse de la debilidad ajena) implica decir que la norma en cuestión está justificada, que hay buenas razones en su apoyo. Como dice Joseph Raz en un artículo (5), para Kelsen la única normatividad posible es una normatividad *justificada*. Aunque Raz rechazaba en ese artículo esta concepción de las normas que atribuía a Kelsen, ahora (6) ha presentado un desarrollo que presupone substancialmente la misma concepción y sirve indirectamente para esclarecer las ideas subyacentes al punto de vista de Kelsen: las normas constituyen, para Raz, necesariamente razones operativas para justificar una acción o decisión (si bien configuran un tipo especial de razones operativas que el autor denomina “razones exclusionarias” *“exclusionary reasons”*); esto significa que la referencia a una norma como parte de la razón de cierta acción o decisión puede ser suficiente para justificar tal acción o decisión. Esto sólo puede ser así si a las normas, mismas se las supone justificadas, si decir que una norma existe implica decir que debe hacerse lo que ella dispone. Un juicio que dijera, por ejemplo, “en la Argentina se acepta una norma que prohíbe el divorcio vincular” describiría un mero hecho y no proveería, por sí mismo, una razón operativa para justificar una decisión denegando el divorcio, a menos que él fuera equivalente al juicio: “en Argentina el divorcio vincular está justificadamente prohibido”

Claro está que la existencia de las normas jurídicas no dependen sólo

de su justificabilidad. Para Kelsen sólo normas *positivas* pueden ser normas jurídicas, lo que implica que las normas en cuestión deben ser creadas por actos que “ocurren en el espacio y en el tiempo”. De este modo, si bien no toda prescripción (aún cuando sea obedecida) formulada por un ser humano en cierta ocasión, es una norma jurídica, las normas jurídicas deben tener su origen en ciertos hechos o actos. Más específicamente, Kelsen dice que una norma jurídica es “el significado objetivo de un acto de voluntad” (7).

El significado *subjetivo* de un acto de voluntad es el sentido que el agente mismo atribuye a su acto, o sea el estado psicológico consistente en la intención de hacer obligatoria o permitir cierta acción; en cambio el significado *objetivo* es el sentido que le otorga “un observador desinteresado” (8) cuando sostiene que, a consecuencia de ese acto de voluntad, la acción en cuestión es obligatoria o está permitida. Para entender esto se podría hacer un paralelo con el caso de las creencias: el significado subjetivo de una creencia de cierta persona es el estado psicológico consistente en la visión de la realidad que esa persona tiene, la que sólo será considerada “objetiva” si se supone que un observador ideal coincidirá con ella, sosteniendo que la realidad es como esa persona cree percibirla. Del mismo modo que cuando consideramos a una creencia como “objetiva” podemos pasar del juicio “Fulano cree que X se da” al juicio “X se da”; Kelsen supone como hemos dicho ya, que una prescripción sólo se concibe como “objetiva”, o sea como una norma, cuando se puede pasar del juicio “Fulano ha dispuesto que X debe hacerse” al juicio “X debe hacerse”. Aquí hay un obvio paralelo entre normación y conocimiento y entre validez y verdad.

Como ya se dijo, en contra de lo que a veces se ha supuesto, la relación que asume Kelsen entre validez y pertenencia de una norma a un sistema jurídico, no es una relación de identidad. Kelsen sostiene que dos normas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando son válidas de acuerdo a la misma norma fundamental, y, consiguientemente, que un sistema jurídico se distingue de otro cuando las normas de cada uno de ellos derivan su validez de diferentes normas fundamentales. Estos criterios de pertenencia de una norma a un sistema jurídico y de individuación de un sistema como distinto a otros no son ellos mismos la norma básica, sino que son reglas no prescriptivas que hacen referencia a la norma básica de un sistema para determinar la pertenencia de una norma al mismo y para distinguirlo de otros (9).

Raz (10) ha objetado razonablemente los criterios de pertenencia e individuación que propone Kelsen, sobre la base de que ellos implican una cierta circularidad: para saber si un grupo de normas pertenecen o no al mismo sistema que otro grupo de normas, hay que determinar si su fuerza obligatoria o validez está prescrita o no por la misma norma básica; pero una norma básica sólo se distingue de otra por el hecho de que concede validez a normas diferentes de las que la otra norma básica considera válidas; o sea que para decidir si dos normas son válidas de acuerdo a la misma norma básica debe identificarse el contenido de tal norma básica y para identificar tal contenido debe determinarse a qué normas ella confiere validez. Esta circularidad hace vacuos a los criterios de identificación y pertenencia propuestos por Kelsen.

Este autor supone que la clase de normas que son válidas de acuerdo a la norma básica de un cierto sistema y la clase de normas que pertenecen a tal sistema son coextensivas. Esto es así puesto que, en el caso de las normas primitivas del sistema - las que integran la primera constitución - el hecho de que su observancia esté prescrita por la norma básica de ese sistema determina tanto su validez o fuerza obligatoria, como su pertenencia al sistema. En el caso de las normas derivadas, ellas son válidas si su creación está autorizada por normas válidas de acuerdo a la norma fundamental del sistema y ellas pertenecen al sistema en tanto y en cuanto su creación esté autorizada por normas que forman parte del sistema. Esta coextensividad que Kelsen presupone entre las normas que pertenecen a un sistema y las que son válidas de acuerdo a la norma fundamental del mismo es causa de muchos problemas que su teoría presenta: por ejemplo, una norma que pertenece a otro orden jurídico puede ser válida para regular ciertas relaciones jurídicas de acuerdo a una norma de derecho internacional privado de nuestro sistema jurídico; una norma cuya creación no ha sido autorizada por normas del sistema jurídico, puede sin embargo ser válida hasta que no sea anulada judicialmente (11).

Todo el desarrollo de Kelsen acerca del concepto de validez parece estar en abierta contradicción con su programa de definir el concepto de derecho como exclusión de cualquier propiedad valorativa, de modo de servir a la función puramente descriptiva de una ciencia jurídica axiológicamente neutral. El tomar a la validez como propiedad definitoria de las nociones de derecho y de norma jurídica y el identificar a la validez con fuerza obligatoria y justificabilidad parece responder plenamente a los postulados básicos del iusnaturalismo. Sin embargo, hay una diferencia substancial entre la teoría de Kelsen

las construcciones iusnaturalistas: mientras que para estas últimas no es posible identificar el contenido de cierto orden jurídico sin adoptar una posición valorativa acerca de su justificabilidad, para Kelsen los juristas ocupados en esa identificación, en el contexto de la ciencia jurídica, no necesitan ni deben adoptar una posición *categorica* acerca de tal justificabilidad sino solamente presuponerla como *hipotesis*. La norma básica, que, como vimos es el juicio que predica validez, fuerza obligatoria o justificabilidad de la primera constitución del sistema, y de la cual se derivan los juicios de validez respecto de las demás normas de éste, no tiene que ser endosada categóricamente por la ciencia jurídica sino sólo aceptada como hipótesis de trabajo, como postulado metodológico.

Esto es lo que, según Kelsen, permite por ejemplo, a un profesor de derecho anarquista, que rechaza la validez o justificabilidad de un sistema jurídico, proceder a la descripción del sistema en cuestión en los mismos términos que un colega que fuera un fervoroso defensor del orden vigente. La ciencia jurídica no solamente no está compelida a aceptar la fuerza obligatoria del sistema que describe para proceder a tal descripción, sino que no debe hacerlo si es que pretende ser una genuina ciencia y mantener su "pureza" frente a consideraciones ideológicas o morales.

Dado el *status* ontológico de las normas jurídicas, el presuponer la validez o justificabilidad de las mismas, o sea el asumir como hipótesis la norma básica, es una condición necesaria para acceder al conocimiento normativo; sin ese presupuesto epistemológico todo lo que se puede llegar a conocer es una secuencia de acciones e intenciones (el significado subjetivo de actos de voluntad) y no el conjunto de normas que constituyen un cierto derecho.

De este modo, Kelsen pretende seguir a Kant (12) en la idea de que el conocimiento "crea" su propio objeto, puesto que la identificación del derecho como fenómeno normativo depende de adoptar como categoría del pensamiento jurídico la norma básica que predica fuerza obligatoria de las prescripciones que son objeto de descripción.

De acuerdo a esta concepción, cuando la ciencia del derecho califica como "jurídica" a una cierta regla o como "derecho" a un sistema de prescripciones, tal calificación es sólo hipotética puesto que reposa sobre la hipótesis de que se acepte la validez de tales reglas o prescripciones. Kelsen dice al respecto: "Pero ahora cabría preguntarse: ¿Por qué es preciso observar las re-

glas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas?...*Su carácter jurídico* (el de la Constitución) *sólo puede ser supuesto* y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas. Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución: Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución...” (13)(subrayado mío).

De esto se sigue, que el concepto de derecho que Kelsen propone no es, contrariamente a sus manifestaciones explícitas, un concepto puramente descriptivo sino un concepto normativo o prescriptivo, no en el mero sentido de que denota normas sino en el sentido de que está definido por propiedades normativas o deónticas; decir que un conjunto de prescripciones son jurídicas es decir, entre otras cosas, que *deben ser* observadas. Este es el mismo concepto normativo de derecho que los iusnaturalistas defienden; la diferencia con esta posición es, para decirlo de nuevo, que Kelsen piensa que este concepto normativo puede ser usado en aserciones científicas que son puramente descriptivas y valorativamente neutrales, no por el significado de las proposiciones que la ciencia jurídica enuncia, que es un significado normativo, sino por la “actitud proposicional” con que las enuncia (que neutraliza su fuerza normativa). El rasgo distintivo de la teoría de Kelsen no consiste, entonces, en haber propuesto un concepto de derecho radicalmente distinto al tradicional del iusnaturalismo, sino en sostener que tal concepto de derecho puede ser compatible con las funciones puramente cognoscitiva de la ciencia jurídica, e incorporado, por lo tanto, a su esquema conceptual, una vez que uno advierte que la ciencia jurídica puede adoptar un punto de vista peculiar respecto de la validez o justificabilidad de las reglas que estudian, que le permite eludir un compromiso axiológico en relación a tal validez o justificabilidad.

El concepto de validez que Kelsen emplea en su teoría y la función que asigna a la norma básica permite echar alguna luz sobre su posición acerca de las contradicciones jurídicas y del papel de la ciencia del derecho respecto de ellas. En la segunda edición de la *Teoría Pura* Kelsen dice: “Desde que ella es el fundamento de validez de todas las normas que pertenecen a uno solo e idéntico orden jurídico, la norma fundamental asegura la unidad de esas normas en su pluralidad. Tal unidad se expresa también en el hecho de que un orden jurídico puede ser descrito en proposiciones jurídicas que no se con-

tradicen. Naturalmente, no se puede negar que los órganos jurídicos dictan normas que están en conflicto... Un tal conflicto de normas existe cuando una de las normas dispone que cierta conducta debe hacerse, mientras otra dispone que debe hacerse otra conducta incompatible con la primera... Como se ha expuesto precedentemente... este conflicto no consiste en una contradicción lógica en el sentido estricto del término... puesto que los principios lógicos, y en especial el principio de no contradicción se aplican sólo a aserciones que pueden ser verdaderas o falsas... Por esta razón es que los principios lógicos en general, y por consiguiente el principio de no contradicción en particular, pueden ser aplicados -directamente- a proposiciones de derecho que describen las normas jurídicas, y en consecuencia -indirectamente- a las normas jurídicas mismas... Pero el conocimiento del derecho busca - como todo conocimiento- concebir su objeto como un todo plenamente inteligible, y describirlo en proposiciones no contradictorias; por consiguiente él parte de la idea que los conflictos de normas pueden y deben necesariamente resolverse dentro del marco que le es dado - o más exactamente impuesto - por vía de la interpretación" (14).

Dejando de lado la afirmación de Kelsen de que los principios lógicos no se aplican a normas sino a proposiciones descriptivas, la que está descalificada con el desarrollo de la lógica deóntica, resulta 'prima facie' extraña su tesis de que un conflicto entre normas se refleja en una contradicción entre las proposiciones que la describen. En principio, parece evidente que dos normas que se contradicen, o que califican como obligatorias a conductas opuestas, pueden ser descriptas consistentemente; decir, por ejemplo, que en el derecho argentino hay una norma que dispone que debe hacerse A y otra norma que debe hacerse no A no es enunciar una contradicción. Sin embargo, la tesis de Kelsen se torna más comprensible si recordamos que, para él, las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica presuponen una hipótesis de acuerdo a la cual las prescripciones que tales proposiciones describen son válidas o que deben ser observadas. Si la ciencia jurídica presupusiera que dos prescripciones conflictivas deben ser ambas observadas, habría una contradicción en los presupuestos de la propia ciencia jurídica. Como la descripción de un sistema jurídico presupone una hipótesis acerca de la fuerza obligatoria de sus reglas, no se puede describir consistentemente un sistema inconsistente. Esto implica, que la ciencia jurídica debe de alguna manera reconstruir al sistema como un orden coherente antes de pasar a describirlo como un conjunto de normas jurídicas válidas. La consistencia es, así, una condición del conocimiento del

derecho como fenómeno normativo. A la objeción natural de que la consistencia del sistema no es un objetivo del *conocimiento* del derecho sino de una tarea de reformulación del mismo para adecuarlo a ciertos ideales racionales Kelsen contestaría que tal consistencia es un requisito del conocimiento de derecho, puesto que este conocimiento presupone una hipótesis que sería ella misma inconsistente si se reconocieran normas conflictivas.

El advertir las características del concepto de validez que emplea Kelsen puede también contribuir a hacer inteligible su posición acerca del carácter lógico de las proposiciones que la ciencia jurídica formula cuando da cuenta del contenido de un cierto orden jurídico. Kelsen sostiene que tales proposiciones (que en la primera versión de su teoría llamó "reglas del derecho") son puramente descriptivas y no prescriptivas, no obstante lo cual son, como las normas jurídicas, juicios de "deber ser". Una proposición jurídica dice por ejemplo "el que roba *deberá* ser penado con prisión" y no "el que roba *será* penado con prisión".

Esto ha motivado críticas contundentes de autores como Alf Ross (15), quienes han puesto de manifiesto la aparente contradicción que implica sostener que juicios de "debe ser" son puramente descriptivos.

En una primera aproximación al problema la tesis de Kelsen no parece tan absurda como esta crítica da a entender. Es obvio que los operadores deónticos como "obligatorio", "prohibido" y "permitido" aparecen tanto en enunciados normativos como en proposiciones descriptivas acerca de tales enunciados (16). Al lado del significado normativo directo de la expresión "debe" hay un significado descriptivo que corresponde al uso que Hare (17) ha denominado "uso entre comillas". El propio Kelsen ha recurrido a esta distinción en defensa de su tesis (18). Sin embargo, hay razones para dudar que todo el problema queda agotado una vez que se advierte este simple hecho acerca del uso ordinario de la palabra "deber".

Cuando esta palabra está empleada en un uso "entre comillas", el enunciado en cuestión -por ejemplo: "el que roba *debe* ser castigado con prisión"- es traducible a un enunciado que es obviamente; para usar la terminología de Kelsen, "un juicio del ser" por ejemplo: "hay una norma en el sistema jurídico argentino que dispone que el que roba *debe* ser castigado con prisión". Sin embargo, Kelsen nunca recurre a este tipo de formulación, que aclararía las dudas respecto del carácter de las proposiciones jurídicas, cuando ofrece ejemplo de tales proposiciones.

Además, algunas de las razones que ofrece en apoyo de su postura -como que la ciencia jurídica describe la validez y no la mera eficacia de un orden jurídico- hacen pensar que en el trasfondo de tal postura hay algo más profundo que la mera referencia al uso “entre comillas” del término “deber”.

Hart (19) advierte que Kelsen podría tener razón al pensar que los enunciados de los juristas, aún siendo descriptivos, no se limitan a hacer una mera mención de las normas jurídicas que describen. Para explicar esto recurre a una analogía como el caso de un intérprete que traduce una orden emitida de un idioma extranjero al idioma de sus destinatarios, imitando los gestos y el tono del que formula la orden. El intérprete no emite él mismo una orden -él no tiene autoridad para hacerlo- pero tampoco se limita a mencionar las palabras del que dio la orden original diciendo que significan lo mismo que tales otras palabras del idioma de los destinatarios de la orden; se trata de un uso especial del lenguaje. Los mismo, en el caso del derecho, los juristas no emiten prescripciones pero tampoco se limitan a mencionarlas; reproducen tales prescripciones “reconstruyéndolas racionalmente”. Por ejemplo, formula una prescripción general que es equivalente a una serie de varias prescripciones más específicas emitidas por los órganos competentes. Sin embargo, esta explicación tampoco parece completamente satisfactoria, ¿Por qué tendrían los juristas que dar cuenta de las normas jurídicas vigentes a través de este procedimiento de “representación” o imitación cuando es más simple y directo, y menos sujeto a equívocos acerca de la actitud de los juristas hacia las normas que describen, decir que tales normas están vigentes y que ellas significan lo mismo que tal principio general?

En cambio, la posición de Kelsen se hace más nítida si tenemos en cuenta lo que hemos dicho acerca de su concepto de derecho. Supongamos que alguien adhiera a un principio que diga, por ejemplo, que los hijos deben hacer todo lo que sus padres ordenen; cuando un padre ordena a su hijo irse a la cama, es natural que nuestro observador dé cuenta de esta orden diciendo “el hijo debe irse a la cama”; este juicio tiene un significado normativo directo, puesto que es la conclusión de un razonamiento cuya premisa mayor es normativa; pero también tiene contenido informativo y puede ser testado en relación a los hechos, ya que, conociéndose el principio al que el observador adhiere como premisa mayor, se puede inferir que tal juicio presume la premisa menor de que el padre ha ordenado al hijo irse a la cama y se puede impugnar el mismo alegando que, en realidad el padre no ha ordenado tal cosa. Similar-

mente, si la ciencia jurídica tiene que partir de la hipótesis de que debe hacerse lo que dispone la Constitución vigente y ésta prescribe, por ejemplo que las leyes sean sancionadas por el Parlamento, es natural que la ciencia jurídica dé cuenta de esa disposición a través del juicio normativo “las leyes *deben* ser sancionadas por el Parlamento” (o el juicio que resulte de una reconstrucción racional de esa y otras disposiciones), que tiene, no obstante contenido informativo y puede ser impugnado por referencia a los hechos. En el contexto de la teoría de Kelsen parece plausible sostener que, ante una cierta prescripción positiva alcanzada por la norma fundamental, la ciencia jurídica se refiere a ella no a través de dos juicios -un juicio descriptivo que afirme que la prescripción ha sido emitida por tal órgano y un juicio normativo que estipule que es una norma válida o que (bajo la presuposición de las normas básicas) debe hacerse lo que ella dispone-sino mediante un solo juicio, de carácter normativo, que reproduce el contenido de la prescripción y cuya formulación provee, sin embargo, una información fáctica. No es totalmente irrazonable, entonces, que Kelsen sostenga que las proposiciones de la ciencia jurídica son juicios de “deber ser” descriptivos.

Esta explicación está apoyada por otra consideración independiente que está directamente relacionada con la concepción ontológica del derecho que Kelsen defiende. Como he dicho, Kelsen sostiene que el orden jurídico no es un complejo de conductas sino que está formado por normas que constituyen el significado “objetivo” de ciertos actos de voluntad. El objeto de la ciencia jurídica no es, entonces, describir el hecho de que cierto órgano ha emitido determinada prescripción, sino la prescripción misma abstraída del acto de alguien de haberla emitido, lo que la ciencia jurídica debe describir es, para usar una terminología algo vetusta, el “contenido ideal” de un cierto acto lingüístico: la proposición (deóntica) misma y no el uso que alguien hace de ella. Ahora bien, la idea de describir una proposición con independencia del acto lingüístico de enunciarla es bastante críptica, pero Kelsen podría haber supuesto que ella tiene algún sentido y que la forma en que una proposición puede ser descrita es reproduciéndola, pero para reproducir una proposición ella tiene que ser enunciada como parte de, para usar la expresión de Wittgenstein, cierto “juego de lenguaje”, ella tiene que ser afirmada categórica o hipotéticamente, “seriamente” o con algún otro propósito. En el caso de una “proposición deóntica” ella tiene que ser reproducida en un juego de lenguaje normativo, aunque éste puede tener un carácter distinto al que tiene en el contexto en que la proposición fue originariamente enunciada; de aquí se

infiere que la ciencia jurídica debe asumir hipotéticamente la perspectiva de quienes emitieron las prescripciones que ella se propone describir (20). Es en relación a esta concepción ontológica de la teoría de Kelsen, que el desarrollo de Hart mencionado más arriba puede ser iluminador: así como una representación teatral que reproduce cierto discurso histórico podría ser considerada como una forma de dar cuenta del "contenido ideal" de ciertos actos lingüísticos realizados por determinados personajes en cierta ocasión, sin que ello implique formular una descripción de tales actos lingüísticos (tal como lo haría un historiador), del mismo modo la ciencia jurídica daría cuenta de las normas jurídicas reproduciéndolas a través de enunciados normativos que, como tales, no describen el hecho de que han sido formuladas por ciertos órganos en determinada ocasión (descripción que correspondería a las ciencias empiristas tales como la sociología, la psicología o la historia).

Hay otra característica relevante del modelo de ciencia jurídica que Kelsen diseña, y que ha sido destacada por Hart (21). Kelsen sostiene que el esquema conceptual que la ciencia jurídica debe utilizar para describir o representar el derecho debe estar integrado solamente por nociones normativas. Esto significa que los conceptos jurídicos fundamentales deben estar definidos por elementos tomados del derecho mismo, y no por elementos de orden valorativo, psicológico, sociológico etc; que son de naturaleza extra-jurídica. Esta restricción respecto de la definición de conceptos jurídicos se hace todavía más severa si recordamos que Kelsen tiene una concepción muy estricta acerca de lo que puede formar parte del derecho; sólo integran el sistema jurídico normas que estipulan el deber de aplicar una sanción bajo ciertas condiciones. Kelsen se esfuerza por mantener esta restricción en el caso de la definición de "delito", negándose a incorporar a tal definición elementos tales como el hecho de que el derecho busca prevenir la conducta delictiva, la presupone disvaliosa o que la conducta delictiva es objeto de cierta reprobabilidad social. Esta limitación crea serias dificultades a Kelsen, puesto que no consigue proporcionar un criterio que permita distinguir el delito de otras condiciones de la sanción que sería absurdo calificar de "antijurídicas" (22). Por otra parte, como bien lo apunta Hart, Kelsen no se atiene a la restricción estipulada en el caso de ciertas definiciones básicas de su teoría, como la de "sanción" y "norma jurídica", por lo que debería proporcionar una distinción entre tales conceptos fundamentales y ciertas nociones derivadas a los efectos de hacer efectiva la restricción que él defiende.

Finalmente, Kelsen asigna a la ciencia jurídica una función extremadamente limitada respecto de la interpretación de las normas jurídicas. Es autor sostiene que las normas jurídicas necesariamente contienen indeterminaciones que deben ser suplidas por los órganos de aplicación al dictar normas inferiores cuya validez depende de las primeras. Algunas de estas indeterminaciones son buscadas intencionalmente por el órgano que dictó la norma, como cuando se fija para cierto delito no una pena fija sino un máximo mínimo entre los cuales el juez debe elegir la pena apropiada; otras indeterminaciones son involuntarias, como las generadas por el uso de un lenguaje ambiguo, la posible discordancia entre la intención del legislador y el significado del lenguaje utilizado, y los posibles conflictos entre normas. De este modo, Kelsen sostiene que las normas jurídicas constituyen "un marco abierto de varias posibilidades de interpretación". Este autor rechaza la pretensión de la teoría jurídica tradicional, llevada a su máxima expresión por la jurisprudencia de conceptos, de que existe la posibilidad de encontrar una única interpretación válida de una norma jurídica. Kelsen sostiene que los "métodos de interpretación" que se han propuesto con el propósito de determinar la interpretación "verdadera" de las normas jurídicas no consiguen alcanzar ese objetivo, puesto que a cada método puede oponérsele otro que conduce a una interpretación diferente. De este modo, Kelsen afirma que la elección de una cierta interpretación entre las varias alternativas posibles, es un acto de voluntad y no un acto de conocimiento; es una función que corresponde a los órganos del estado encargados de dictar normas jurídicas dentro del marco que dejan, gracias a sus indeterminaciones, las normas superiores. La ciencia jurídica, como actividad puramente cognoscitiva que debe distinguirse cuidadosamente de la política jurídica, debe abstenerse de recomendar una cierta interpretación de las normas jurídicas; su tarea se agota mostrando todas las interpretaciones posibles que pueden recibir tales normas. Se produce una grave confusión y se desvirtúa el papel de la ciencia jurídica cuando los juristas se exceden de su función de mostrar las distintas alternativas de interpretación del derecho y, en nombre de la ciencia, pasan a defender una de ellas como la única objetivamente válida.

Esto completa el cuadro, reconstruido a partir de elementos dispersos y a veces implícitos en la obra de Kelsen, de su modelo de ciencia jurídica. ¿qué se puede decir de éste modelo? ¿Constituye un esquema válido en cuyo marco puede desenvolverse una actividad intelectual útil y practicable que los juristas teóricos ejercerían en relación a un sistema jurídico dado?

Este modelo de ciencia jurídica presenta una tensión, que considero irresoluble entre, por un lado, sus presupuestos epistemológicos y postulaciones ontológicas, y, por el otro, las funciones que asigna a la ciencia jurídica. Para ver este problema, conviene hacer referencia a un intento de rescatar y reconstruir la concepción kelseniana que ha producido Joseph Raz y que muestra en donde reside la debilidad de este enfoque peculiar.

Raz (23) comienza por distinguir, siguiendo a Hart, dos tipos de enunciados jurídicos: los que se formulan desde "el punto de vista externo frente al derecho" y los que corresponden al "punto de vista interno". El primer tipo de enunciados se limita a describir el contenido de ciertas reglas jurídicas vigentes, o sea de ciertas prácticas sociales que son, en última instancia, reducibles a un conjunto de acciones, creencias, actitudes, etc., sin tomar partido acerca de su validez o admisibilidad; este es el punto de vista característico, por ejemplo, de un historiador o sociólogo que da cuenta de las reglas jurídicas que rigen o rigieron en determinada comunidad. El segundo tipo de enunciados, o sea los que se emiten desde el punto de vista interno a un sistema jurídico, son enunciados que tienen plena fuerza normativa e implican *usar* las reglas del sistema para criticar, elogiar, juzgar, etc., ciertos comportamientos; estos enunciados, son típicamente formulados por los jueces cuando justifican sus decisiones sobre la base de las normas jurídicas.

Raz sostiene que hay que admitir un tercer tipo de enunciados que no se confunden con los dos anteriores; a estos los llama "enunciados que asumen un punto de vista", y tal vez se podrían denominar en forma más ilustrativa "enunciados normativos no-comprometidos". Para que se perciba esta categoría de enunciados Raz propone el siguiente ejemplo: Una persona que profesa la religión judía se enfrenta al problema de cómo actuar en un caso dado según su religión, en una situación en que no está claramente resuelta por los textos teológicos y las autoridades religiosas. Solicita consejo a un amigo católico que es un profesor experto en judaísmo. El amigo le responde que debe hacer tal y tal cosa ¿Qué carácter tiene este enunciado; cómo debe ser interpretado? Obviamente no es un enunciado plenamente normativo formulado desde el punto de vista interno a la religión judía, puesto que el que da el consejo es católico y no acepta los preceptos fundamentales del judaísmo; si el amigo se apartara de ellos para ajustarse a los principios católicos, lejos de criticarlo lo elogiaría. Tampoco es un enunciado descriptivo formulado desde el punto de vista externo al judaísmo; puesto que implica cierta directiva respecto de un curso de acción y no consiste en una mera descripción de

textos, prácticas, creencias, etc., que, por hipótesis en este caso están ausentes y es lo que motiva a solicitar el consejo. En esta misma variante, este enunciado tampoco es una predicción de, por ejemplo, como decidirían el caso los tribunales rabínicos de serle éste planteado; el experto podría mantener su juicio en el futuro aún ante un pronunciamiento contrario de los rabinos, sosteniendo, por ejemplo que el pronunciamiento es equivocado y que los que lo dictaron son ignorantes en materia de judaísmo.

De acuerdo a Raz, este tipo de juicios son enunciados que se formulan en la hipótesis o presuposición de que un cierto sistema normativo es válido o justificado sin pronunciarse acerca de tal validez o justificabilidad. Son, como los que se formulan desde el punto de vista interno, enunciados normativos, pero su fuerza normativa esta neutralizada por el hecho de que no implican una aceptación o adhesión a las normas que se toman como marco de referencia. En este sentido de no implicar un compromiso acerca de la justificabilidad de tales normas, estos enunciados se parecen a los que se formulan desde el punto de vista externo, pero a diferencia de ellos, no describen prácticas, creencias o acciones existentes.

Raz dice que este es el tipo de enunciados que formulan típicamente los abogados prácticos al evacuar consultas. Pero, en realidad, uno estaría más inclinado a ver en este tipo de asesoramiento predicciones acerca de probables decisiones futuras de jueces y funcionarios. Más bien, habría que decir que esta es la índole característica de los enunciados que formula la ciencia o dogmática jurídica. Esta es precisamente la idea de Kelsen, que Raz rescata y articula con este desarrollo.

Ahora bien, la presentación de Raz pone bien en claro lo que en la teoría de Kelsen está indebidamente obscurecido: esto es, que la ocasión para formular con sentido este tipo de juicios es cuando el sistema normativo que se toma como marco de referencia es indeterminado. Esto se pone bien de manifiesto en el caso del católico experto en judaísmo. Cuando el sistema contiene una solución cierta para la materia en discusión, no hay razón para que quien da cuenta del sistema, sin comprometer su actitud frente al mismo y sin que ésta sea relevante para la tarea que desarrolla, no asuma el punto de vista externo, limitándose a describir el contenido de las prácticas, creencias y acciones que constituyen el sistema normativo en cuestión. Sólo cuando el sistema normativo es oscuro o indeterminado y se quiere, no obstante, encontrar una solución para el caso en discusión, que sea consistente con el espíritu general o ideología subyacente al sistema, puede tener sentido adoptar como

hipótesis el punto de vista de alguien que se adhiera al sistema para tratar de imaginar como resolvería el caso en cuestión. Esto es lo que uno hace frecuentemente cuando se trata de interpretar un punto oscuro de una obra filosófica o religiosa con cuyos presupuestos uno no está necesariamente de acuerdo. Esto mismo es lo que estuvimos haciendo aquí para interpretar la propia obra de Kelsen en relación a puntos que esta no trata claramente: asumimos, sin someter a crítica, la validez de los postulados básicos de la teoría kelseniana y tratamos de reconstruirlos de tal modo de resolver esos puntos en consonancia con el espíritu general de tales postulados.

O sea que la formulación de enunciados jurídicos “no comprometidos”, o que implican la adopción hipotética del punto de vista de quien adhiere al sistema, sólo es razonable en el contexto de una actividad tendiente a “recrear”, reconstruir o reformular el sistema jurídico, y no en el contexto de una actividad puramente descriptiva, para la cual basta la formulación de enunciados externos. Y aquí se pone de manifiesto la tensión a que aludimos entre esta característica del modelo Kelseniano de ciencia jurídica y la función meramente descriptiva que el autor asigna a la ciencia jurídica. Para esta función descriptiva, que incluso se detiene ante las indeterminaciones del sistema limitándose a señalar las distintas posibilidades de interpretación, es superfluo y susceptible de crear graves confusiones en todo el andamiaje epistemológico que Kelsen se esfuerza en erigir.

Los postulados de Kelsen constituyen una “racionalización” de los presupuestos de la dogmática jurídica continental-europea que es fundamentalmente una actividad normativa dirigida a reconstruir el derecho vigente proponiendo interpretaciones de sus normas que eliminen las indeterminaciones de éstas, adecuándolas a ciertos ideales y principios de justicia, a pesar de lo cual, se presenta como una actividad puramente cognoscitiva consistente en una descripción científica del sistema jurídico positivo. Es muy probable, que, para el cumplimiento de sus funciones normativas latentes de reformular el sistema, la dogmática jurídica adopte como hipótesis la validez de las normas jurídicas y que, a partir de esa hipótesis, que no implica comprometer un juicio categórico acerca de tal validez o justificabilidad, proceda a proponer soluciones compatibles con los principios e ideales que fundamentan la validez de las normas positivas. En este sentido, Kelsen puede tener razón al decir que con la idea de su norma básica, y con los demás postulados ligados a ella (como los que se refieren al carácter de las proposiciones jurídicas y a la necesaria consistencia del sistema) no hace más que reflejar aspectos

implícitos en el pensamiento jurídico vigente. Pero una vez que se rechaza como propio de una genuina ciencia jurídica toda función normativa tendiente a reformular el sistema jurídico, como lo hace explícitamente Kelsen, pierden todo sentido los rasgos peculiares del modelo de ciencia jurídica kelseniano.

Para describir ciertas normas vigentes no es necesario, en primer lugar, presuponer su validez o justificabilidad; es perfectamente posible describir el hecho de que cierta gente, que tiene, por ejemplo, el monopolio de la fuerza en una sociedad, ha prescripto algo, sin que esta descripción tenga implicación alguna acerca del deber de observar lo que ese grupo ha prescripto.

Correlativamente, desaparece todo fundamento para asumir que las prescripciones que se describen son consistentes. Si se rechaza toda implicación acerca de la justificabilidad de las prescripciones a que se hace referencia, puede describirse con perfecta coherencia prescripciones contradictorias.

Por otro lado, si se rechaza la idea de que las normas jurídicas son necesariamente justificadas, abandonamos el criterio de existencia propio de las reglas de una moral crítica, y pasamos a correlacionar las normas jurídicas con ciertos hechos de diversa índole (tales como actos lingüísticos prescriptivos, disposiciones a criticar comportamientos, etc), de tal modo que las proposiciones que describen normas jurídicas no dan cuenta de "contenidos ideales" irreductibles, sino que son equivalentes a proposiciones, posiblemente muy complejas, acerca de tales hechos.

Como consecuencia de esto y del abandono de la presuposición de validez, las proposiciones jurídicas pasan a ser proposiciones fácticas, o, en la terminología de Kelsen, "juicios de ser", por más que puedan hacer un uso "entrecorillado" de conceptos normativos.

No hay tampoco razón para que los conceptos empleados en las proposiciones jurídicas descriptivas tengan que estar definidos sólo en relación a elementos incluidos en las normas mismas; si el mismo concepto de norma tiene que analizarse en términos de actos, intenciones, disposiciones, etc, no se advierte ninguna justificación para descalificar el empleo de conceptos definidos en relación a tales elementos para describir el contenido de normas vigentes.

Por último, una vez que el papel puramente descriptivo que se asigna a la ciencia jurídica es plenamente asumido, se pone de manifiesto que su alcance es mucho más limitado que el que le atribuye el propio Kelsen. Como dice Ross (24), ni siquiera corresponde a ese papel el señalar las diferentes alternativas de interpretación que una norma jurídica permite, puesto que hacer esto supone haber decidido que las normas deben interpretarse de acuerdo a ciertos criterios (por ejemplo, el uso común del lenguaje, en relación al cual las palabras de la ley pueden ser vagas, ambiguas, etc.), lo que presupone tomar partido a favor de consideraciones pragmáticas controvertibles.

Cuando se disuelva la tensión, que subyace al modelo de ciencia jurídica de Kelsen, entre la función puramente descriptiva que se asigna a ésta y los presupuestos epistemológicos y postulaciones metodológicas que este autor estipula, el modelo resultante se aleja de los rasgos característicos de la dogmática jurídica continental-europea y asume lineamientos que han sido desarrollados con más claridad y coherencia por autores de orientación empirista. En especial, ha sido Alf Ross quien ha propuesto un modelo plausible de una ciencia jurídica puramente descriptiva. El análisis de este modelo será presentado en la conferencia que sigue.

III. EL MODELO DE CIENCIA JURIDICA EMPIRICA DE ROSS

A diferencia de Kelsen, Alf Ross, quien se adscribe a la tradición realista escandinava, se propone construir un modelo de ciencia jurídica que sea no sólo puramente descriptiva, sino también empírica; o sea un modelo de ciencia cuyas proposiciones puedan ser verificables sobre la base de la experiencia, tal como ocurre con las ciencias naturales. Este propósito está expuesto en el prefacio de su libro *Sobre el Derecho y la Justicia* con estas palabras (1): “La idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas en el campo del derecho, hasta sus conclusiones últimas. De esta idea surge la exigencia metodológica de que el estudio del derecho siga los tradicionales patrones de observación y experimentación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna. De ella surge también la exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad. Por esta razón rechazo la idea de una “validez” específica *a priori* que coloca al derecho por encima del mundo de los hechos, y reinterpreto esa idea en términos de hechos sociales, rechazo también la idea de un principio *a priori* de justicia como guía para la legislación (política jurídica), y examino el problema de la política jurídica con espíritu relativista, esto es en relación con valores hipotéticos aceptados por grupos influyentes de la sociedad; y por último rechazo la idea de que el conocimiento jurídico constituye un conocimiento normativo específico expresado por proposiciones de *deber ser*, e interpreto el pensamiento jurídico en términos de la misma lógica que dá fundamento a las otras ciencias empíricas (proposiciones de *ser*)”

Este párrafo muestra claramente como, al igual que Kelsen, este autor adapta su concepto de derecho a los lineamientos del tipo de ciencia jurídica: cuyo servicio pone tal concepto: es la exigencia de que la ciencia jurídica

constituya un conocimiento empírico la que determina que "derecho" sea definido en relación a hechos sociales y que se excluyan de su definición propiedades metafísicas tales como las de validez o justicia. Por esta razón, el análisis del concepto de derecho que propone Ross contribuye a clarificar los rasgos de su modelo de ciencia jurídica.

El realismo de Ross respecto del concepto de derecho constituye un realismo moderado por oposición a la corriente norteamericana que adhiere a un realismo extremo. Esta última posición, representada con variaciones de matices por autores como Holmes, Cohen, Frank, etc., manifiesta lo que Hart ha llamado un "escepticismo ante las normas" (2). En su formulación tradicional, esta concepción realista extrema, concibe al derecho no como un conjunto de normas, sino como "una serie de predicciones o profecías acerca de la conducta de los jueces". Así expuesta, esta postura se hace pasible de objeciones bastante obvias: En primer término, cuando un juez dice que el derecho dispone tal y tal cosa, no parece que lo que dice pueda interpretarse como una predicción acerca de como él mismo va a decidir el caso. En segundo lugar, cuando esta concepción sostiene que el derecho está integrado por predicciones acerca de la conducta de los jueces, se debe identificar quiénes son jueces, y esto no depende de ciertas propiedades "naturales" sino de lo que disponen *normas* de competencia. En tercer lugar, el aspecto jurídicamente relevante de la conducta de los jueces es la decisión que implica prescribir un cierto curso de acción, y esto es lo que suele considerarse como una norma individual. En cuarto término, los jueces suelen fundamentar sus decisiones en ciertos enunciados normativos y no hay razón para no concebir tales enunciados, precisamente por el hecho de servir como justificación de decisiones judiciales, como normas jurídicas.

Ross es perfectamente consciente de estas objeciones contra el realismo extremo, y adopta, en consecuencia, una postura mucho más moderada. Acepta que el derecho constituya un conjunto de normas. Concibe a las normas como contenidos abstractos (vale decir abstraídos de ciertas creencias, actitudes, etc.) de naturaleza directiva que sirve como esquema de interpretación de ciertos fenómenos sociales. Ciertos tipos de interacción entre seres humanos como un juego de ajedrez - o la compra-venta de una casa - no pueden ser comprendidos en toda su plenitud - según Ross - si se los vé como una serie de reacciones físico-biológicas y no se los interpreta a través de ciertas normas que rigen la inter-acción en cuestión. Para que una norma o un

conjunto de normas sirvan para interpretar un fenómeno social “como un todo coherente de significado y motivación” esas normas deben regir las acciones que constituyen el fenómeno de que se trata, y eso ocurre cuando tales acciones se conforman a esas normas y cuando éstas son vividas por los agentes como obligatorias.

Siguiendo estos lineamientos, Ross define “derecho vigente” como “el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias” (3).

Pero la noción de vigencia del derecho requiere un análisis más refinado y Ross lo provee mediante las consideraciones siguientes: Un sistema normativo es vigente si sirve como esquema de interpretación de las acciones reguladas por éste ¿A qué acciones se refieren las normas de un sistema jurídico? Para responder a esta pregunta, Ross distingue entre dos clases de normas: las normas de conducta y las normas de competencia.

Una norma de conducta aparentemente está dirigida a los súbditos prescribiéndoles cierto comportamiento; pero esto no agota, de ningún modo, el significado normativo de la regla. Una norma de conducta contiene también y primordialmente una directiva a los tribunales acerca de cómo han de proceder en un caso que caiga bajo tal norma. Si una norma no contuviera esta directiva a los tribunales, no sería considerada por los juristas como una norma jurídica sino como un mero pronunciamiento moral. Lo mismo es aplicable a las normas de competencia, que no son más, según Ross, que normas de *conducta* indirectamente expresadas: ellas disponen que los ciudadanos deben observar las normas de conducta que se sancionen a través de ciertos procedimientos. Como los tribunales son los órganos encargados de disponer en casos particulares el ejercicio de la fuerza cuyo monopolio tiene el estado, Ross infiere de las consideraciones anteriores que el derecho en su conjunto está destinado a regular el ejercicio de la fuerza monopolizada por el estado.

Precisamente esta última característica es una de las distinciones que, según Ross, hay entre el derecho y otros sistemas normativos sociales como la moral positiva, el régimen que regula las asociaciones privadas y e

derecho internacional. Pero también hay otra característica que distingue al derecho de la moral positiva: su carácter institucionalizado; o sea el hecho de que contiene no sólo normas de conducta, sino también normas de competencia que establecen autoridades públicas para sancionar normas de conducta y para ejercer la fuerza en conformidad con tales normas de conducta.

O sea que un sistema normativo constituye un derecho vigente cuando nos permite interpretar y predecir las decisiones de los tribunales. Para que esto suceda, los jueces no sólo deben acatar exteriormente las normas, sino también sentir que están obligados a aplicarlas. La vigencia del derecho supone, entonces, que se satisfagan dos condiciones: acciones externas que se conformen a sus prescripciones y experiencias subjetivas consistentes en tomar a tales prescripciones como normas socialmente obligatorias. Al requerir estas dos condiciones, Ross hace una síntesis entre dos posiciones que juzga insatisfactorias cuando son defendidas aisladamente: el realismo psicológico de autores como Illum y Olivecrona y el realismo conductista de pensadores como Holmes. La primera corriente concibe al derecho como un fenómeno de la conciencia popular. Ross objeta que la conciencia popular es un fenómeno psicológico individual que se halla en el mismo plano que la moral, y que, en consecuencia, puede estar ampliamente diversificado impidiendo hablar de un derecho nacional como algo intersubjetivo (del mismo modo que no tiene sentido hablar de una moral nacional). El realismo conductista sostiene, en cambio, que la vigencia del derecho está dada sólo por comportamientos externos de los jueces. Sin embargo, Ross dice que esto es insuficiente porque una observación externa de comportamientos repetidos no permite predecir las decisiones de los jueces; el derecho no es un mero conjunto de hábitos.

Según Ross, este doble aspecto de la vigencia explica el dualismo que siempre ha caracterizado a una cierta visión metafísica del concepto del derecho. Por un lado, se lo vé como algo "real" que se dá en el mundo de los hechos y algo "válido" que se dá en el mundo de las ideas. O sea que el aspecto psicológico que todo derecho vigente necesariamente tiene, se transforma indebidamente en un componente ideal. Ross dice que la teoría jurídica idealista concibe a la validez que se atribuye a las normas jurídicas como un concepto *a priori* dado en una intuición de la razón directa e irreductible. Esta concepción tiene, para Ross, dos variedades: una material y otra formal. La variedad material toma al componente ideal del derecho seriamente y lo identifica con la idea de justicia; sólo cuando el derecho coincide con postu-

lados de justicia tiene fuerza obligatoria. Para Ross los enunciados acerca de la justicia no tienen significado cognoscitivo sino que constituye una mera expresión de emociones y no son controlables racionalmente; tales enunciados al no ser verificables empíricamente, carecen de relevancia científica (en esto hay una total coincidencia entre Ross y Kelsen). Pero también Ross critica la variedad formal del idealismo, representada por Kelsen, la que también acepta que la validez es un componente intrínseco al derecho y que no se identifica ni se infiere de ciertos hechos, pero la vé como una categoría formal de pensamiento, despojada de toda exigencia ética. Ross sostiene que al desnudar a la idea de validez de todo contenido moral esta idea se convierte en algo superfluo, siendo, además irrelevante para la descripción del derecho; observe que cuando llegamos a las normas primitivas del sistema queda claro, en la teoría de Kelsen, que la efectividad es el criterio del derecho positivo y que suponer que tales normas primitivas son "válidas" sólo sirve para dar una interpretación metafísica al hecho psicológico de que se las vive como obligatorias.

Con el objeto de que se perciba con mayor claridad la naturaleza de los hechos psicológicos a los que se da una interpretación metafísica en términos de "validez", Ross divide a los motivos que llevan a los hombres a actuar, en por un lado, motivos "interesados" que están fundados en la satisfacción de necesidades del agente; y por el otro, motivos "desinteresados" que son vividos como imperativos que "obligan", aún cuando se contraponen con la satisfacción de deseos del agente. En el caso del derecho, los motivos que llevan a los jueces (y a veces también a los súbditos) a prestar conformidad al derecho son principalmente del segundo orden, ya que los jueces, y en especial los tribunales superiores, no están generalmente movidos por el temor a sanciones sino por un respeto desinteresado al derecho. Este respeto al derecho que es el componente generalmente interpretado metafísicamente como "validez", puede responder tanto a una "conciencia jurídica material" como a una "conciencia jurídica formal". La primera consiste en respetar al derecho por la concordancia de su contenido con ideas morales y de justicia; la segunda en el respeto al derecho por el mero hecho de ser derecho, por ser el producto de ciertas instituciones independientemente de que las prescripciones que ellas emiten reflejen ideas de justicia aceptadas.

Para terminar con esta caracterización del concepto de derecho vigente

en la teoría de Alf Ross, conviene puntualizar que como, para este autor, la vigencia de las normas jurídicas depende del hecho de que ellas formen parte esencial del razonamiento de los jueces que conduce a una decisión (la conformidad o no conformidad de los súbditos es irrelevante para tal vigencia), Ross debe responder a la objeción obvia de que su criterio de vigencia es circular, puesto que los jueces están identificados por las mismas normas de las que se predica vigencia. Su respuesta es que la vigencia es una cualidad atribuida al orden jurídico como un todo y está determinada por el hecho de que el sistema jurídico en conjunto (incluidas las normas de competencia) nos permite interpretar no sólo cómo actúan los jueces sino también por qué actúan como tales.

Esta caracterización que hace Ross del concepto de derecho vigente nos permite entender la naturaleza y funciones que asigna a la ciencia jurídica. En primer lugar, dice Ross, la ciencia jurídica se dirige al contenido abstracto de las directivas y no a las realidades del derecho en acción, que es el objeto de la sociología jurídica. Sin embargo el derecho en acción y las normas jurídicas no son dos fenómenos independientes sino aspectos distintos de una misma realidad.

En segundo lugar, a diferencia de la historia del derecho y del derecho comparado, la ciencia jurídica en sentido estricto o "dogmática jurídica" se ocupa del derecho actualmente vigente en un ámbito determinado. En tercer lugar, la ciencia del derecho es normativa no porque postule o exprese normas sino porque se ocupa de normas.

Las proposiciones de la ciencia jurídica, según Ross, son aserciones acerca de que cierta norma o directiva es derecho vigente. Este tipo de aserciones satisface el principio de verificación, lo cual, de acuerdo al llamado "criterio empírico de significado" es condición necesaria para que un enunciado tenga significado cognoscitivo.

Como se sabe la exigencia de verificación empírica como criterio de significado cognoscitivo de los enunciados fué una de las tesis cruciales de la filosofía del llamado "positivismo lógico" originado en el círculo de Viena y cuyos adalides principales fueron Schillick, Waismann, Carnap, Neurath, Feigl, etc (4). La idea fundamental contenida en el criterio empírico de significado, idea cuyas precisiones varían grandemente entre autor y autor, es que,

si se excluye a los enunciados analíticos de las matemáticas y la lógica, un enunciado no tiene significado cognoscitivo si no es posible determinar su verdad o falsedad sobre la base de observaciones empíricas. De este modo el positivismo lógico creyó estar en condiciones de descalificar buena parte de los enunciados metafísicos de la filosofía tradicional, tildándolos de “sin sentidos”. La defensa del criterio empírico de significado ha tropezado con dificultades de variada índole: Por ejemplo la de formular un concepto de contrastación empírica que no excluya como no significativos a enunciados obviamente cognoscitivos (como algunos de los de las ciencias naturales) así se han propuesto diferentes fórmulas: la exigencia de verificación completa, la de verificación en principio, la de falsación, la de confirmación. También se han presentado dudas acerca del *status* lógico del propio criterio empírico de significado, o sea acerca de si él mismo es significativo de acuerdo al criterio que él establece; esto ha llevado a algunos a verlo como una definición lingüística de “enunciado significativo”, lo que obviamente resiente su fuerza, o como una recomendación acerca de qué enunciados deben ser aceptados en el contexto de la ciencia. Nuevos desarrollos filosóficos acerca de la dependencia del significado de los enunciados de reglas lingüísticas y de la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos, como los del segundo Wittgenstein y Quine, han contribuido a minar la confianza que el positivismo lógico había puesto en el criterio empírico de significado, aunque se mantiene una relación—mucho más compleja que lo que los propugnadores de este criterio suponían—entre el significado de ciertos enunciados y la posibilidad de observaciones empíricas (5).

Ross adhiere sin reservas al criterio empírico de significado y lo constituye en el patrón para determinar qué tipo de enunciados pueden integrar la ciencia jurídica (6). Las aserciones acerca de que cierta directiva es derecho y que parecen satisfacer tal criterio ¿Cómo pueden verificarse esas aserciones?

En el caso de aserciones acerca de la vigencia de normas de conducta, Ross dice que ellas son predicciones acerca de decisiones futuras de los jueces: ellas predicen que la norma en cuestión será aplicada en una decisión judicial futura. El hecho de que una norma haya sido aplicada en el pasado, no garantiza su vigencia actual (puede ser que los jueces no estén dispuestos a aplicarla más); también puede suceder—como ocurre en el caso de una ley recientemente sancionada—que una norma no haya sido aplicada en el pasado y, sin embargo, tenga vigencia. Esto implica que las aserciones de la ciencia jurídica se

enunciados de probabilidad y suponen que ciertas condiciones se mantengan constantes (por ejemplo, que en el inter no haya modificaciones en el estado de derecho). De este modo se descalifica la pretensión tradicional de que las aserciones jurídicas tienen una certeza absoluta; obviamente puede que influyan en el ánimo de los jueces y lleven a falsificar la predicción de que cierta norma será aplicada en las decisiones judiciales. Que una norma es aplicada en las decisiones judiciales quiere decir, según Ross, que, en las decisiones en que se dán por probados los hechos condicionantes (obviamente no en las que la norma se declare inaplicable por falta de prueba de tales hechos), la norma en cuestión forma parte esencial del razonamiento del juez que conduce a la decisión (7).

Respecto a las reglas de competencia, como Ross las considera normas de conducta indirectamente expresadas, las aserciones, que se refieren a ellas se verifican del mismo modo que las que se refieren a normas de conducta. De este modo una aserción que dice que cierta norma de competencia es derecho vigente es una predicción de que las normas dictadas por la autoridad que aquella norma de competencia establece serán aplicadas por los tribunales. Sin embargo, dice Ross, esta interpretación sólo es posible si las normas de competencia tienen por efecto la anulabilidad de las normas de conducta dictadas en violación a ella o la responsabilidad de los funcionarios que las dicten. Si no se contemplan estos efectos, las normas de competencia en cuestión no pueden ser interpretadas como normas de conducta indirectamente formuladas dirigidas a los tribunales, y, en consecuencia, no forman parte del derecho vigente (8).

Ross responde a la objeción que esta interpretación de las aserciones acerca del derecho vigente impide detectar el error judicial, puesto que todas las directivas aplicadas por los tribunales formarían parte del derecho vigente. Sostiene que esta crítica reposa en un mal-entendido, puesto que la interpretación permite decir que una decisión que aplica cierta norma es errónea cuando es probable que en el futuro los tribunales se aparten de ella. (9)

Ross reconoce que los trabajos de doctrina jurídica tal cual se desarrollan en la actualidad no contienen sólo aserciones del tipo que ha caracterizado, sino también directivas, sobre todo "*de sententia ferenda*", y aserciones respecto de hechos históricos, sociológicos, etc. Es más, admite que a veces es

imposible trazar una línea divisoria nítida entre las predicciones que constituyen el contenido de las aserciones cognoscitivas de la ciencia jurídica y las directivas de política jurídica. Esto es así, dice Ross, por una peculiaridad que tienen las predicciones referidas a hechos sociales que es su capacidad de influir en el comportamiento de la gente, auto-confirmándose o auto-falsificándose. Así como una predicción de que la moneda sufrirá una devaluación puede auto-confirmarse al impulsar a la gente a desprenderse de ella y una predicción acerca de que el país vá a ser invadido puede auto-falsificarse al promover que se tomen medidas defensivas, del mismo modo una predicción de que cierta norma será aplicada por los jueces (sobre todo cuando es formulada por juristas prestigiosos) pueden llevar a los jueces a aplicar la norma aún cuando no estaban originariamente dispuestos a hacerlo. Esto hace que, en muchos casos, no se pueda determinar claramente si un enunciado de un jurista estuvo dirigido a formular una predicción objetiva o a influir en el comportamiento judicial; el propio jurista puede no tener en claro cual es su intención. Esto, sin embargo, no implica que no es un buen criterio metodológico el tratar de distinguir claramente cuando se están formulando aserciones de ciencia jurídica y cuando se están expresando directivas de política jurídica (10).

Ross, sostiene que los argumentos de política jurídica dependen de factores irracionales de persuasión y no de consideraciones racionales, y, en consecuencia, cree que el postulado de "pureza metodológica", tendiente a excluirlos del ámbito científico, es fundado. (11). Sin embargo, admite que su aplicación irrestricta al campo de las ciencias sociales puede considerarse excesiva. En primer lugar porque, como hemos visto, es imposible separar completamente las aserciones cognoscitivas de las directivas políticas. En segundo lugar, porque incluso puede resultar inconveniente el aislamiento del científico respecto de políticos sociales, puesto que a estos les resultaría difícil acceder al conocimiento científico especializado necesario para sus proyectos políticos, y puesto que el curso de la investigación científica tiene que estar bajo la guía de problemas prácticos. Ross sugiere, entonces, que paralelamente a las ciencias sociales en sentido estricto, incluída la ciencia jurídica, se constituyan ciencias sociales aplicadas, así como al lado de las ciencias naturales puras están las ciencias aplicadas como la medicina o la ingeniería. Las ciencias aplicadas se desarrollan sobre la base de ciertas premisas valorativas que no expresan objetivos de los propios científicos sino objetivos ampliamente reconocidos por la comunidad o por grupos sociales relevantes. De este modo, la

política jurídica podría tener carácter científico si se la considera como ciencia social aplicada que opere sobre la base de tomar como hipótesis las valoraciones vigentes, proponiendo medios para satisfacerlas. Ross reconoce que en el caso de las ciencias sociales aplicadas es mucho más difícil establecer las premisas valorativas hipotéticas que en el caso de las ciencias naturales aplicadas; esto es así, entre otras cosas, porque hay grandes divergencias entre las valoraciones de la comunidad, éstas son inciertas y nebulosas, y por la intervención de prejuicios de distinta índole en la determinación de tales valoraciones. De cualquier modo, hay cierto campo de acción para la política jurídica (tanto "*de lege ferenda*" como "*de sententia ferenda*") vista como ciencia social aplicada. Su distintividad en relación a otras ciencias sociales aplicadas (como la economía) no está dada por sus objetivos específicos sino por estar fundada en un cuerpo especial de conocimientos; los que se refieren a la conexión causal entre la función normativa del derecho y la conducta humana. Las tareas de la política jurídica como ciencia social aplicada consisten en la formulación de premisas objetivas hipotéticas sobre valoraciones vigentes en la comunidad, en describir los hechos sociales que son operativos en relación a las premisas y en formular las conclusiones correspondientes. Sin embargo, dice Ross, este último paso no es una deducción lógica, porque la relación entre creencias operativas y una cierta actitud o directiva de acción no es lógica sino que implica una mera causalidad psíquica; por eso, la formulación de las conclusiones de la política jurídica implica "un salto irracional" que no es de carácter científico. No obstante, Ross no vé inconveniente en que este "salto" sea efectuado por los científicos del derecho mismos, siempre y cuando no lo hagan en nombre de la ciencia y no encubran su naturaleza irracional (12). De este modo, Ross critica la posición de Kelsen cuando ese autor sostiene que los científicos del derecho deben señalar las distintas alternativas de interpretación del derecho absteniéndose de recomendar alguna de ellas: no sólo, dice Ross, la mera indicación de alternativas de interpretación es imposible sin presuponer consideraciones pragmáticas (como vimos en la conferencia dedicada a Kelsen), sino que Kelsen no advierte que el postulado de "pureza metodológica" de ningún modo se resiente cuando la recomendación a favor de cierta interpretación se presenta abiertamente como tal y no como una conclusión científica (13).

Ahora tenemos frente a nosotros, en apretada síntesis el modelo completo de ciencia jurídica empírica que propone Ross. Para poder evaluarlo conviene comenzar por hacer algunas acotaciones breves - puesto que este te-

ma será objeto de una discusión más extensa en ulteriores capítulos - acerca de lo que Ross sostiene en relación a la política jurídica, o "ciencia jurídica aplicada", para luego concentrarnos en su desarrollo respecto de la ciencia jurídica "strictu sensu".

En primer lugar, puede objetarse la tesis de Ross de que hay un "salto irracional" entre, por un lado, la formulación hipotética de premisas valorativas y la descripción de hechos sociales operativos (que funcionan como la premisas del razonamiento característico de la política jurídica tal como Ross la define) y, por el otro, la formulación de la conclusión consistente en recomendar cierto curso de acción. Esta idea parece suponer que no hay posibilidad de formular inferencias lógicas entre enunciados normativos, lo que está descalificado por el desarrollo de la lógica deóntica. Para dar un ejemplo simple, si se asume como premisa mayor que debe promoverse la estabilidad de la familia legítima y se acepta la premisa menor de que el régimen de propiedad común entre cónyuges promueve tal estabilidad, se infiere lógicamente la conclusión de que debe instituirse o preservarse tal régimen de propiedad común. Es cierto, como dice Ross, que la determinación de las premisas de un razonamiento en materia de ciencia social aplicada es una cuestión sumamente difícil y controvertible; pero ello no impide que, una vez que se aceptan ciertas premisas, pueda inferirse lógicamente una conclusión que indica cierto curso de acción. No hay, entonces, el "salto irracional" de que habla Ross, y la tarea de inferir directivas de política jurídica de postulados valorativos y descriptivos aceptados, es una actividad cognoscitiva que podrá formar parte de la ciencia jurídica aplicada que Ross caracteriza.

En segundo término, se podría cuestionar las restricciones que introduce Ross en la selección de las premisas valorativas en el razonamiento de política jurídica, aún dentro del marco de su pretensión de hacer de ésta una ciencia social aplicada. ¿Por qué los juristas embarcados en esta tarea habrían de limitarse a tomar como hipótesis las valoraciones vigentes en el conjunto de la comunidad o en ciertos grupos dominantes? Los juristas pueden considerar a tales valoraciones, ideologías vigentes u objetivos sociales aceptados como, por ejemplo, el producto de prejuicios obscurantistas, supersticiones irracionales o el reflejo de intereses espúeos. En ese caso ¿por qué deberían los juristas renunciar a lo que ellos ven como una contribución al esclarecimiento de la "*communis opinio*", interponiendo sus propias valoraciones y contrastándolas con las que tienen vigencia generalizada? Es cierto que Ross

objetaría, desde su concepción meta—ética acerca del carácter de los juicios valorativos, que la justificación de juicios de valor no es una tarea racional y cognoscitiva, sino una mera actividad de persuasión que apela a factores emocionales, y que, por lo tanto, no puede formar parte de una ciencia, ni siquiera de una ciencia social aplicada. Pero aún admitiendo esto, no se vé cual sería la diferencia entre tomar las valoraciones de *otros* como hipótesis para inferir que curso de acción resulta recomendable, una vez que tales hipótesis valorativas son combinadas con premisas descriptivas acerca de hechos sociales operativos y tomar como hipótesis las valoraciones de *uno mismo* (o sea del mismo jurista que formula consideraciones de política jurídica), para luego proceder como en el caso anterior. Aunque se admita que el procedimiento por el que arriva a postulados valorativos no es controlable racionalmente y es el resultado de factores emocionales, la tarea ulterior de derivar conclusiones acerca del curso de acción apropiado, a partir de los postulados valorativos aceptados y de descripciones empíricas acerca de hechos sociales operativos, es una tarea racional y cognoscitiva. El carácter científico que Ross asigna a la política jurídica, tal cual él la define, no depende del procedimiento por el que se llega a las premisas valorativas que se toman como hipótesis (en el caso de que se tengan en cuenta las valoraciones vigentes en la comunidad, la determinación de tales valoraciones es una tarea sociológica que no forma parte de la política jurídica misma), sino que depende de las operaciones cognoscitivas que se efectúan a partir de tales premisas. Obviamente la ingeniería civil no dejaría de ser una ciencia tecnológica, contra lo que dice Ross, si en vez de adecuarse a objetivos pragmáticos externos, partiera de objetivos formulados por los mismos que desarrollan la ciencia en cuestión. Ross dá como argumento en favor de la “objetividad” del trabajo de científicos aplicados, el hecho de que “la premisa valorativa que preside su actividad no es suya” (14); sin embargo, no parece que tal objetividad dependa de la titularidad de las premisas valorativas que se toman como presupuesto, sino del tipo de actividad que se desarrolla a partir de ese presupuesto. En consecuencia, lo mismo que Ross dice en favor del carácter científico de la política jurídica referida a valoraciones vigentes, puede extenderse a la política jurídica que se desarrolla sobre la base de principios valorativos que el autor postula y cuyas conclusiones se ofrecen para guiar el curso de acción de quienes comparten tales principios. Sería paradójico que un jurista que, observando la restricción de Ross, se hubiera limitado a desarrollar elaboraciones de política jurídica sobre la base de valoraciones vigentes — que fueran, por hipótesis, discrepantes con las suyas —, se encontrara con que esas elaboraciones le son to-

talmente inútiles en el caso de ocupar un cargo — como el de juez — en que pudiera actuar de acuerdo a sus propios principios valorativos y contribuir que adquirieran vigencia.

De cualquier modo, el desarrollo de Ross sobre la política jurídica como ciencia social aplicada no es central a su concepción de la ciencia jurídica y, por otra parte, la discusión de este posible aspecto de la actividad teórica de los juristas debe esperar a consideraciones ulteriores que serán objeto de otros capítulos. Por ahora, debemos concentrarnos en lo que puede verse como la contribución principal de Ross en esta materia: su modelo de ciencia jurídica “pura” (por oposición a “aplicada”) o ciencia jurídica en sentido estricto.

Ciertamente el modelo de ciencia jurídica descriptiva que ofrece Ross es sumamente atractivo, tanto más cuando presenta a tal ciencia como una empresa basada en observaciones empíricas, y en este sentido análogo a las ciencias naturales y las demás ciencias sociales. Ross presta, además, una gran contribución al esclarecimiento de los presupuestos epistemológicos y metodológicos de una tal ciencia jurídica al aligerarla del farrago de postulaciones de esa índole propuestas por Kelsen, postulaciones que como vimos, sólo pueden tener algún sentido en relación a funciones no descriptivas de la actividad de los juristas.

Se ha objetado a Ross (15) el ser incoherente con su profesado empirismo, al sostener que las aserciones acerca de la vigencia de cierta norma deben verificarse en relación a decisiones judiciales; se afirma que las decisiones judiciales son normas individuales y no hechos, por lo que la pretendida verificación empírica de Ross no es tal, sino una correlación entre diferentes normas (semejante a la implicada en el concepto de validez de Kelsen). Sin embargo, en primer lugar, Ross no habla de la verificación de normas sino de la verificación de aserciones acerca de su vigencia y, en segundo lugar, lo que verifica a tales aserciones, según Ross, no es la norma individual que dicta el juez sino *el hecho empírico de dictar* una norma individual en concordancia con la norma general que se considera vigente. Farrell propone, además (16) (lo cual es independiente del punto anterior) que la verificación de las aserciones de la vigencia de las normas jurídicas debería hacerse no en relación a las decisiones judiciales sino en relación a la ejecución ulterior de tales decisiones; este es un punto interesante cuya discusión excedería el objetivo de

este capítulo, sin embargo su resolución en un sentido o en otro no afecta substancialmente el modelo empírico de ciencia jurídica que propone Ross, puesto que -como dije— tan empíricamente observable es el hecho de que un juez dicte una sentencia como el hecho de que un policía u oficial de justicia la ejecute (17). Otra crítica que se le podría hacer a Ross (18) es que no es satisfactoria su explicación en defensa de su criterio de verificación frente a la objeción de que éste involucra una cierta circularidad puesto que quiénes son jueces está definido por el propio derecho cuya vigencia debe determinarse. Pero ésta tampoco es, en última instancia, una crítica fatal a los lineamientos básicos del modelo de Ross, ya que este autor podría formular una definición meta-sistemática de “juez” en términos puramente fácticos; por ejemplo (aunque esto requeriría mayor elaboración) como aquellas personas que pueden, de hecho y no normativamente, disponer el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares.

Independientemente las pequeñas modificaciones que se considere necesario introducir, el modelo de ciencia jurídica empírica de Ross, parece no sólo ser coherente y posible de ser llevado a la práctica, sino también que diseña un tipo de actividad teórica tremendamente importante y útil para la vida social y que exige un entrenamiento intelectual sumamente sofisticado y un vasto esfuerzo de investigación. Una ciencia jurídica ocupada en determinar de acuerdo a qué pautas se toman decisiones que afectan la vida de todos, que enfrenta una inmensa cantidad de material sobre el cual ejercer su tarea, que requiere de sus cultores una enorme agudeza de juicio para discriminar los factores que pueden incidir en las decisiones particulares con el fin de detectar, entre todos ellos, la vigencia efectiva de ciertas normas, parece ciertamente, tener títulos suficientes como para ser reconocida como una genuina ciencia, al lado de las tradicionales.

Sin embargo, las cosas son distintas de lo que este modelo dá a entender. Esto es así, principalmente, porque la aceptación de los jueces de normas individuales no es un fenómeno informe y caprichoso que nos obligue a perseguir la vigencia de las innumerables reglas individuales a través de un enorme número de decisiones judiciales, sino que sigue ciertas pautas sistemáticas. Los órganos de decisión de un ámbito jurídico aceptan con cierta uniformidad determinadas normas primitivas que a su vez prescriben la aplicación de las restantes normas que los jueces reconocen. Esto es lo que ha llevado a Hart a proponer su célebre regla de reconocimiento: La idea es que uno identifica las normas pertenecientes a un sistema jurídico observando ciertas prácticas

judiciales de reconocimiento de determinadas normas primitivas que restan identificadas a través de algunas propiedades comunes (por ejemplo, el estar dictadas por cierto órgano legislativo). Una vez hecho esto, no es aventurado predecir que las restantes normas cuya sanción está autorizada u ordenada por aquellas normas primitivas (decretos, ordenanzas municipales, etc.) serán también reconocidas por los jueces. Por supuesto que tales predicciones pueden mostrarse falsas y si esto ocurre con cierta frecuencia, estaremos obligados a revisar nuestra hipótesis inicial acerca de las prácticas de reconocimiento de los jueces. Esto implica que tal hipótesis debe testarse de vez en cuando observando la aplicación de las normas individuales que se deriva de la presunta regla de reconocimiento, pero esto es muy distinto a pensar que la vigencia de las incontables normas que integran el derecho tiene que determinarse aisladamente en relación a cada una de ellas.

Que esta es la forma en que se determina qué normas jurídicas tienen vigencia lo muestra el hecho de que lejos de requerir el ejército de expertos cuidadosamente entrenados y que enfrentan permanentemente una tarea ciclópea, como el modelo de Ross lo haría suponer, esa actividad de determinar el derecho vigente la realizan generalmente los editores de publicaciones periódicas especializadas, en cuya información suelen descansar los juristas teóricos para realizar ulteriores elaboraciones (¡los verdaderos científicos del derecho serían, según el modelo de Ross, tales editores!). Sólo en el caso de algún punto especialmente controvertido acerca de la vigencia de una norma, intervienen los juristas teóricos para zanjar la cuestión. Esto implica que el modelo de ciencia jurídica de Ross recoge una actividad de alcance mucho más modesto que lo que se puede suponer a primera vista; en verdad, es una actividad que requiere una sofisticación teórica tan limitada que uno podría dudar en llamarla "ciencia" (no toda actividad cognoscitiva útil es denominada "ciencia" como lo muestra el caso del periodismo).

Claro está que si pasamos de la tarea de determinar qué normas jurídicas son efectivamente aplicadas en las decisiones judiciales, a la tarea de determinar qué *interpretaciones* los jueces asignan a tales normas (tarea que Ross también atribuye a la ciencia jurídica), el panorama cambia substancialmente. En general, los jueces no siguen pautas uniformes de reconocimiento de criterios interpretativos. Pero ahora, nos orientamos hacia el otro extremo: la tarea de predecir que interpretación asignará cada juez a cada norma en particular es prácticamente imposible de ser cumplida. Toda predicción tendrá

un grado tan bajo de probabilidad que, como dice Ross, es más razonable verla, más que como una predicción genuina, como una directiva de política jurídica tendiente a influir en las decisiones judiciales. Por otro lado, cualquier predicción seria y genuina tendría que apoyarse en tantos datos de naturaleza sociológica, psicológica, etc., que, en general, sería vista más como un ejercicio en el dominio de esas ciencias que como una pieza de ciencia jurídica.

Si renunciamos, entonces, a requerir de la ciencia jurídica esta improbable y poco prometedora tarea y nos conformamos sólo con predicciones acerca de la vigencia de normas jurídicas, el resultado es que la ciencia jurídica aparece como una actividad rutinaria e intelectualmente poco exigente, que sólo abusando del lenguaje podríamos llamar "ciencia". Pero alguien podría decir que el modelo de Ross sólo recoge parte de las actividades cognitivas de la ciencia jurídica. Así como el modelo de Kelsen era demasiado rico en presupuestos epistemológicos para el tipo de funciones que asignaba a la ciencia jurídica, el modelo de Ross pecaría por defecto en la descripción de tales funciones. En especial, el crítico podría agregar que Ross dice muy poco acerca de la *sistematización* del orden jurídico, que es una de las tareas tradicionalmente atribuidas a la ciencia jurídica y que seguramente requiere el ingenio y la sofisticación metodológica propias de una verdadera ciencia. Esto nos lleva a examinar otro modelo de ciencia jurídica.

IV. EL MODELO DE CIENCIA JURIDICA "SISTEMATIZADORA" DE ALCHOURRON Y BULYGIN

El importante libro de Alchourrón y Bulygin *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales* (Buenos Aires, 1974) contiene un intento sumamente lúcido de conectar el derecho con la lógica, aportando a la ciencia jurídica los desarrollos modernos producidos en el contexto de la lógica de normas o lógica deóntica, y enriqueciendo la lógica deóntica con distinciones que son percibidas con mayor claridad una vez que ella es aplicada al material jurídico (en lugar de aplicarse, tal como en general lo hacen los lógicos, a normas de índole moral).

La elaboración de estos autores presupone, como en el caso de Kelsen y Ross, una cierta concepción sobre las características y alcances de una genuina ciencia del derecho. Coinciden con los desarrollos que hemos comentado en que esa ciencia debe desentenderse, en cuanto tal, de consideraciones o postulaciones axiológicas. Recogen de la tradición realista, representada por autores como Ross, la idea de que es una función esencial de la ciencia jurídica la determinación empírica del contenido de un cierto sistema jurídico. Pero su desarrollo se distingue de los que hemos analizado en las conferencias precedentes por poner énfasis en la actividad de sistematización que la ciencia jurídica preeminentemente lleva a cabo. En sus propias palabras: "La tesis es que muchos problemas tradicionales de la ciencia jurídica pueden reconstruirse como cuestiones referentes a la sistematización de los enunciados de derecho. Problemas empíricos relativos a la identificación de aquellos enunciados de derecho que pueden constituir la base del sistema (el problema de validez), han de distinguirse claramente de las cuestiones referentes a la organización de tales enunciados en un sistema. Estas últimas plantean problemas de índole conceptual (lógica). Las ideas de índole conceptual (lógica). Las ideas de completitud, coherencia e independencia, desempeñan aquí un papel muy le conceptual (lógica). Las ideas de completitud, coherencia e independen-

cia, desempeñan aquí un papel muy importante". (1).

Es en relación a esta concepción básica de la ciencia jurídica que Alchourrón y Bulygin desarrollan su concepto de derecho como una especie de sistema normativo; como ellos dicen, la noción de sistema normativo parece especialmente adecuada para el propósito de enfocar problemas jurídicos tradicionales a la luz de modernas investigaciones lógicas y metodológicas (2). Una vez diseñada su noción de derecho sobre la base de la idea de sistema normativo y definidas las propiedades formales de un ordenamiento jurídico, los autores están en condiciones de trazar un cuadro más preciso de las funciones que asignan a la ciencia jurídica. Conviene, pues, referirnos en primer término al concepto de derecho que proponen estos autores (En los comentarios que siguen eliminaré una serie de distinciones técnicas que los autores proponen a los fines de dar precisión a su desarrollo; esto es necesario para poder hacer una exposición breve que sea a la vez inteligible).

Según Alchourrón y Bulygin una norma es un enunciado que correlaciona un caso con una solución normativa (3). Un caso es un estado de cosas definido por la presencia o ausencia de una propiedad o de un conjunto de propiedades. Una solución normativa es una modalización deóntica de una cierta acción (genérica o individual) (4). Una solución normativa está compuesta por la descripción de una cierta acción y su calificación mediante algún carácter o modalidad deóntica; los caracteres deónticos son la prohibición, la obligatoriedad, el facultamiento y la permisión. (5). Un sistema normativo es un sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay normas, o sea enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas (6). Esto requiere elucidar la noción de sistema deductivo de enunciados.

Con ese objeto, Alchourrón y Bulygin recurren a la definición de Tarski. Para este autor un sistema deductivo de enunciados es cualquier conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas. La noción de consecuencia lógica o deductiva de un conjunto de enunciados depende, entre otras cosas, de la aceptación del teorema de la deducción, según el cual si un enunciado condicional es consecuencia de un conjunto de enunciados, el enunciado que forma el consecuente del condicional es consecuencia de ese conjunto de enunciados y del enunciado que constituye el antecedente del condicional. Un concepto más específico que el de sistema deductivo de enun-

ciados, es el de sistema axiomático: según Tarski un sistema axiomático es la totalidad de las consecuencias lógicas que se siguen de un conjunto *finito* de enunciados (llamado "base axiomática" del sistema). Los sistemas deductivos pueden ser axiomatizables cuando es posible determinar un sub-conjunto finito de enunciados del cual puedan derivarse todos los demás enunciados del sistema. La axiomatización de un conjunto de enunciados puede realizarse ya sea hallando la base axiomática de un sistema deductivo de enunciados dado o infiriendo todas las consecuencias lógicas de cierto conjunto de enunciados primitivos que se toman como axiomas (7).

La definición de sistema normativo como un sistema deductivo de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay enunciados que correlacionan casos con soluciones normativas, tiene la ventaja de no exigir a diferencia de otras caracterizaciones que han creado una variedad de dificultades, que todos los enunciados que integran el sistema sean normas. Un sistema normativo puede estar integrado también por proposiciones descriptivas y definiciones conceptuales. Otras ventajas que Alchourrón y Bulygin asignan a la noción que caracterizan es que no prejuzga acerca del origen de los enunciados que integran la base del sistema, ni acerca del *status* ontológico de las normas (Todo lo que requiere es que las normas sean expresables en el lenguaje, pero no toma partido acerca de si las normas son expresiones lingüísticas, entidades ideales, etc. (8).

Un sistema jurídico es una especie de sistema normativo. Alchourrón y Bulygin rechazan la pretensión de Kelsen y otros autores de definir el sistema jurídico a partir de la norma jurídica; o sea, el procedimiento de definir primero la norma jurídica, distinguiéndola de otras normas por su contenido y estructura (por ejemplo, por el hecho de que prescribe necesariamente un acto coercitivo) y definir, luego, sistema jurídico como el conjunto de normas jurídicas. Esto lleva, como sostiene Hart, a una visión distorsionada del derecho, ya que implica reducir la múltiple variedad de enunciados que integran un sistema jurídico a un esquema uniforme; en el caso de Kelsen esta pretensión lo induce a adoptar la postura artificial de considerar a todos los enunciados jurídicos que no prescriben sanciones como parte del antecedente de normas jurídicas "genuinas" cuyo consecuente prescribe un acto coercitivo. Alchourrón y Bulygin adoptan, en cambio, la variante de definir el concepto de sistema jurídico con independencia de la noción de norma jurídica, y caracterizar luego norma jurídica como toda norma que forma parte de un orden

jurídico. Sugieren una definición de sistema jurídico como un sistema normativo que contiene enunciados que prescriben sanciones, o sea un sistema que contiene como consecuencias normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo. Estos autores ponen énfasis en que un sistema jurídico puede estar formado por enunciados de diversa índole, además de los enunciados cuya presencia es necesaria para concebirlo como tal: puede estar integrado por otros enunciados normativos que no prescriben sanciones, por definiciones o postulados de significación, las llamadas “normas derogatorias” (que los autores no consideran enunciados normativos), e incluso enunciados que describen hechos o expresan aspiraciones (9).

Alchourrón y Bulygin señalan que la identificación de los enunciados que forman la base de un sistema jurídico (o sea los enunciados primitivos de los cuales se extrae, mediante reglas de inferencia, los demás enunciados del sistema que constituyen sus consecuencias lógicas) requiere ciertos *criterios de identificación*. Estos criterios establecen qué condiciones debe satisfacer un enunciado de derecho para integrar un sistema; incluyen reglas conceptuales de admisión y rechazo que definen qué enunciados son *válidos*. Las reglas de admisión estipulan las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido; las de rechazo, establecen cuando un enunciado que, según las reglas de admisión, es válido, deja de serlo. Estos autores enfatizan que esas reglas son de índole conceptual— constituyen una definición de “validez”— y no tienen carácter prescriptivo; objetan, de este modo, a autores como Kelsen y Hart que —con sus teorías de la norma básica y de la regla de reconocimiento, respectivamente— parecen confundir criterios definitorios de validez con normas prescriptivas de competencia (10).

Alchourrón y Bulygin hacen notar que cuando la ciencia jurídica trabaja sobre el sistema jurídico no lo hace en relación al ordenamiento jurídico total — que incluye todos los enunciados válidos de acuerdo a cierto criterio de identificación —sino a ciertos sub-conjuntos parciales de ese ordenamiento total, que son seleccionados de acuerdo a su relevancia para determinada materia; a ningún jurista se le ocurre identificar todos los enunciados válidos sino sólo aquéllos que tienen consecuencias para el tratamiento de determinado tema (11).

Una cuestión a la que Alchourrón y Bulygin asignan especial importancia por su relación con una de las funciones centrales de la ciencia jurídica, es la de caracterizar las propiedades formales de un sistema jurídico. Tales

propiedades son la completitud, la coherencia y la independencia.

Un sistema jurídico es completo en relación a un cierto universo de casos (es decir, a todos los casos formados a partir de ciertas propiedades y sus negaciones) y a un cierto universo de soluciones maximales si no tiene lagunas para ese universo de casos en relación al universo de soluciones maximales o sea si correlaciona cada caso con una solución maximal. Luego de formular este concepto de laguna, Alchourrón y Bulygin lo distinguen de otra noción de laguna, la de "laguna axiológica". Estipulan que un universo de casos es "más fino" que otro cuando está formado por las mismas propiedades que este último más algunas propiedades adicionales; si un sistema es completo respecto de un universo de casos lo será también respecto de todo universo de casos más fino que el primero; esto implica que las propiedades adicionales del universo de casos más fino son irrelevantes para el sistema. Una propiedad de un caso de un cierto universo de casos es relevante en relación a un sistema normativo cuando el caso definido por esa propiedad y el caso complementario definido por la ausencia de tal propiedad tienen diferentes soluciones normativas. El universo de casos relevantes respecto de un cierto sistema normativo es el que está constituido por casos formados sólo a partir de propiedades relevantes. Lo que llaman "tesis de relevancia" identifica descriptivamente las propiedades que son relevantes para cierto sistema normativo. La noción de laguna axiológica se define en relación a propiedades que, según cierta "hipótesis de relevancia" valorativa, deberían ser relevantes para el sistema jurídico, aunque, de hecho no lo son. Un sistema normativo tiene una laguna axiológica cuando un cierto caso está solucionado por el sistema sin tener en cuenta una propiedad cuya presencia o ausencia debería ser relevante para determinar distintas soluciones normativas. Estos conceptos de lagunas se refieren a casos genéricos, es decir a clases de hechos formados a partir de la combinación de ciertas propiedades. Los casos genéricos se distinguen de los casos individuales que son acontecimientos que tienen cierta localización espacio-temporal. En relación a los casos individuales, Alchourrón y Bulygin distinguen otros dos tipos de laguna: primero, las "lagunas de conocimiento" que se dan cuando, por falta de conocimiento de las propiedades del hecho, no se sabe si éste puede subsumirse o no en un caso genérico; segundo, las "lagunas de reconocimiento" que se producen cuando por falta de determinación semántica de las expresiones que describen los casos genéricos (por ejemplo, por su vaguedad) no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión. Para terminar con esta referencia a la completitud, esto:

autores argumentan en contra de diversas tesis que se han avanzado en favor de la necesaria ausencia de lagunas normativas en todo sistema jurídico. En especial, discuten la tesis de Kelsen de que un sistema jurídico, no tiene lagunas porque contiene como principio necesario el principio que estipula que todo lo que no está prohibido está permitido. El argumento de Alchourrón y Bulygin es que esto implica confundir el sentido débil de “permitido” como equivalente a “no prohibido”, con el sentido fuerte que hace referencia a una autorización positiva. Con el primer sentido de “permitido”, es cierto que el principio es necesario, pero es vacío y no sirve para eliminar las lagunas; con el segundo sentido, el principio efectivamente elimina las lagunas de un sistema, pero no es un principio necesario a todo sistema jurídico, sino un principio *contingente* cuya pertenencia a un sistema depende de que satisfaga sus criterios de identificación de enunciados válidos(12).

Un sistema normativo es *independiente* si ninguno de los casos de un universo de casos están correlacionados con soluciones normativas redundantes, vale decir si no contiene dos normas que correlacionan el mismo caso con la misma solución normativa (13).

Un sistema normativo es *coherente* en relación a un universo de casos, si ningún caso de ese universo está correlacionado con dos o más soluciones normativas diferentes cuya conjunción genera una contradicción deóntica; o sea, en otras palabras, cuando no contiene normas contradictorias. Los autores hacen notar que la noción de contradicción deóntica es relativa al sistema de lógica deóntica que se adopte. (14).

Estas breves referencias al concepto de derecho que caracterizan Alchourrón y Bulygin sirven para arrojar luz sobre su modelo de ciencia jurídica.

Estos autores señalan el lugar central que la noción de sistema ocupa en la concepción moderna de ciencia en general. Siguiendo a Beth, trazan un breve esquema de la evolución histórica de la concepción de ciencia, comenzando por Aristóteles para quien toda ciencia debía tener una estructura deductiva, estando formada por enunciados que se refieren con verdad a un dominio específico de entidades reales y que puedan ser lógicamente deducidos de primeros principios auto-evidentes. En la época renacentista se produjo una ruptura con este ideal unitario de ciencia, distinguiéndose entre las ciencias racionales—que continúan ajustándose a los requisitos de auto-evidencia,

deducción y verdad, y no necesariamente al de realidad — y las ciencias empíricas — que se adecúan a las condiciones de verdad y realidad, pero no necesariamente a las de deducción y auto-evidencia. La concepción moderna de ciencia se centra en la idea de sistema deductivo que es común a las ciencias empíricas y racionales, y abandona el requisito de auto-evidencia para los primeros principios; la diferencia entre los dos tipos de ciencia reside fundamentalmente en la forma en que se seleccionan los enunciados primitivos de sistema deductivo: mientras en las ciencias empíricas esos enunciados deben ser verdaderos de acuerdo a observaciones empíricas, en las ciencias formales se los selecciona no por su verdad sino por sus propiedades de completitud, coherencia e independencia. En ambos tipos de ciencia se presentan problemas lógicos de “sistematización” referidos a la deducción de consecuencias de la base (15).

Alchourrón y Bulygin señalan que la idea de sistema ha jugado cierto papel en las elaboraciones de los teóricos acerca de la ciencia del derecho. El ideal aristotélico de ciencia tuvo alguna influencia en la construcción de los grandes sistemas jurídicos racionalistas de los siglos XVII y XVIII y al producirse la división de las ciencias en racionales y experimentales, filósofos iusnaturalistas como Grocio, Pufendorf, Kant y Fichte consideraron a la ciencia jurídica como una ciencia racional. Los sistemas racionalistas sugeridos por estos autores parten de principios auto-evidentes del derecho natural e incluyen las consecuencias que se deducen lógicamente de tales principios. En el siglo XIX se produce un importante cambio de enfoque de índole positivista; se abandona el postulado de auto-evidencia, reemplazándose, como enunciados primitivos del sistema, los principios de derecho natural por normas del derecho positivo; así se configura la llamada “dogmática jurídica”. Sin embargo la ciencia del derecho así constituida sigue concibiéndose como una ciencia racional no empírica, puesto que los juristas no someten sus proposiciones a verificación empírica. En la primera mitad del siglo XX se produce una reacción dirigida a constituir una ciencia empírica del derecho, a partir de movimientos como el realismo norteamericano, las escuelas sociológicas, la jurisprudencia de intereses, etc. Pero, según Alchourrón y Bulygin, esta reacción si bien tiene el efecto saludable de oponerse a los excesos formalistas de la dogmática y de buscar una base empírica para la ciencia jurídica, combate también la idea de sistematización, bajo el presupuesto equivocado de que ella está indisolublemente ligada a las ciencias formales. Para estos autores la sistematización es una de las tareas fundamentales de la ciencia jurídica, lo que no excluye que ella deba encarar también problemas de índole empírica (16)

De este modo Alchourrón y Bulygin distinguen dos tipos de actividades que desarrolla la ciencia jurídica: (a) la determinación empírica de la base del sistema jurídico y (b) las operaciones lógicas de sistematización (17).

En cuanto a la primera actividad de la ciencia jurídica, los autores que seguimos no se explayan mayormente sobre ella, desarrollando, en cambio, el punto que ya comentamos referido a los criterios de identificación de los enunciados primitivos del sistema, de los que la determinación empírica de tales enunciados depende.

En relación a las operaciones lógicas de sistematización, Alchourrón y Bulygin distinguen dos actividades diferentes: (b1) la inferencia de las consecuencias lógicas de la base del sistema y (b2) la reformulación del sistema, reemplazando la base original por un conjunto más económico de principios generales que sean lógicamente equivalentes a los enunciados primitivos que integraban tal base original.

La operación consistente en deducir las consecuencias lógicas de la base del sistema requiere, obviamente, el empleo de ciertas reglas de inferencia; según Alchourrón y Bulygin los juristas no han prestado mucha atención a tales reglas, a causa del desarrollo tardío de la lógica deóntica. La inferencia de las consecuencias lógicas de la base del sistema permite mostrar las lagunas, contradicciones y redundancias que pueden afectar al sistema jurídico.(18).

La operación que consiste en reemplazar los enunciados de la base del sistema por un conjunto menor de enunciados más generales que sean lógicamente equivalentes a los enunciados substituídos - en el sentido de que tengan las mismas consecuencias lógicas que estos últimos - constituye el otro aspecto importante de la sistematización en el derecho. Ella obedece al principio que Alchourrón y Bulygin, siguiendo a Ihering, llaman "principio de economía" y que prescribe que la base de un sistema debe ser lo más reducida posible, lo que obviamente favorece la manejabilidad del sistema y permite percibir sus consecuencias y propiedades formales con mayor claridad. La búsqueda de principios generales que reemplacen a las normas que forman la base original del sistema sin alterar sus consecuencias, es generalmente considerado un procedimiento inductivo (ya que implica un paso de enunciados menos generales a otros de mayor generalidad), pero se trata de una inducción peculiar - que ya fué considerada por Aristóteles-, puesto que, al estar basada en un con-

junto de casos finitos (las normas que integran la base original de un sistema jurídico), ella supone una inferencia lógica válida, en el sentido de que la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión (19).

Este modelo de ciencia jurídica que Alchourrón y Bulygin presentan parece acotar un tipo de actividad cognoscitiva de los juristas frente a un sistema jurídico que es más compleja y sofisticada que las funciones que el realismo, representado por Ross, asigna a la ciencia jurídica en sentido estricto. Con este esquema frente a nosotros, podríamos explicarnos por qué una ciencia del derecho limitada a formular aserciones acerca de qué normas forman parte de un sistema jurídico vigente aparece como una empresa de proyecciones tan modestas comparada con otras ciencias naturales y sociales. Ello se debería al olvido de la tarea de sistematización, que en las otras ciencias ocupa un lugar central y es lo que les otorga su calidad común de ciencias, independientemente de la forma en que en cada una de ellas se elijan los enunciados sobre los que tal sistematización opera. Una vez que colocamos a la función de sistematización en el primer plano de nuestro cuadro de la ciencia jurídica, advertiríamos la relevancia especial de la actividad cognoscitiva de los juristas, y su intrincada complejidad que exige de éstos un cuidadoso entrenamiento y el desarrollo de cualidades intelectuales específicas. Como dicen Alchourrón y Bulygin, las operaciones lógicas de sistematización no son, de ningún modo, puramente mecánicas; por el contrario exigen una aguda imaginación creadora para descubrir las conclusiones que se suponen inferidas de ciertas premisas y para construir una prueba que muestre tal inferencia, para nada de lo cual hay, en general, procedimientos efectivos basados en un conjunto de reglas que indiquen unívocamente los pasos a seguir. Sería precisamente esta tarea de los juristas la que más pondría a prueba su ingenio creador (20). Todo esto ofrece un prospecto reconfortante para los juristas preocupados por la jerarquía intelectual de su actividad, con tal de que se dediquen a inferir las consecuencias lógicas de las normas primitivas de un orden jurídico y a buscar reemplazar esas normas por principios equivalentes más generales, su actividad podría parangonarse con la de un matemático o un físico: el jurista, el matemático y el físico se dedicarían por igual a la importante tarea de construir un sistema a partir de ciertos enunciados primitivos considerados relevantes (aunque sus respectivas empresas difieran por la forma en que llegaran a establecer tales enunciados primitivos).

Sin embargo, si la importancia y el carácter creador de la ciencia jurí-

dica dependiera de las operaciones de sistematización, tales cualidades tendrían pocas ocasiones de ponerse de manifiesto. Por las razones que veremos enseguida, la ciencia sistematizadora del derecho constituiría una actividad que sólo podría ejercerse esporádicamente respecto de sectores muy limitados de un orden jurídico.

Consideramos primero el caso de la deducción de las consecuencias lógicas de la base de un orden jurídico. Alchourrón y Bulygin parecerían, a primera vista, dar a entender que esta tarea de sistematización de un orden jurídico requiere hacer explícitas todas las consecuencias, que se infieren lógicamente de las normas primitivas. Pero, en primer lugar, esta exigencia es, al menos en muchos casos, de imposible cumplimiento, ya que las consecuencias lógicas que se siguen de ciertas normas pueden ser infinitas. Esto se ve claramente con el ejemplo que Alchourrón y Bulygin ofrecen para ilustrar este tipo de operación lógica (21); dado un enunciado primitivo que dice "los mayores de 22 años tienen derecho al voto", una de sus consecuencias lógicas es el enunciado "los mayores de 30 años tienen derecho al voto"; obviamente, el conjunto de consecuencias lógicas de aquel enunciado primitivo es infinito, dado que las divisiones por edades mayores de 22 años que se pueden formar constituyen una serie infinita. Algo semejante ocurre en la práctica si pensamos en algún ejemplo de norma que no recurra a una propiedad numérica: evidentemente las consecuencias lógicas de la norma que prohíbe matar incluyen la prohibición de matar los días miércoles, o de matar a un médico, o de matar con un revólver checoslovaco, etc.

En segundo término, tal como los ejemplos anteriores lo muestran, en muchos casos la supuesta exigencia de derivar todas las consecuencias lógicas de ciertos enunciados primitivos es irrazonable, ya que la mayoría de éstas son obvias y triviales; un jurista no pasaría precisamente a la posteridad por su constancia en tratar de derivar consecuencias lógicas del tipo de las que se mencionaron.

Obviamente, Alchourrón y Bulygin no pretenden sostener que la sistematización que deben encarar los juristas consiste en derivar de cierta base consecuencias posiblemente infinitas y en su mayoría triviales. Una limitación al alcance que ellos otorgan a este tipo de operación lógica está dada por su afirmación de que ella se da en relación a cierto universo de casos. O sea que la operación supone que se plantea primero cierto tipo de caso genérico que, por cual-

quier razón es considerado relevante, y se inquiere luego por las consecuencias lógicas que se deducen del sistema normativo para el caso en cuestión. En otras palabras, este tipo de operación se desarrollaría toda vez que los juristas afirman que la solución aplicable a un tipo de caso se infiere de una cierta norma del sistema. Pero conviene señalar que la relevancia de este tipo de aserciones de los juristas está a menudo dada por el hecho de que ellas pueden contener respuestas a un tipo de problema diferente a la mera deducción de las consecuencias lógicas de cierta norma primitiva del sistema: la identificación de esa norma como parte del sistema lo que incluye la asignación de cierta interpretación semántica a formulaciones lingüísticas canónicas). Cuando este problema no se plantea, los juristas no se preocupan por afirmar explícitamente que una cierta norma, o un determinado conjunto de normas, es aplicable a un cierto caso genérico, *excepto cuando las normas en cuestión tienen intrincadas relaciones lógicas* entre sí haciendo necesario proceder a cierto cálculo de sus implicaciones para un determinado caso genérico. Es en este tipo de situaciones en que la operación de inferir explícitamente las consecuencias lógicas que ciertas normas tienen para determinados casos, es una tarea sumamente importante que los juristas pueden encarar con provecho. Supongamos, por ejemplo, que nos encontramos con que nuestro sistema incluye las siguientes normas: (1) "Son mayores de edad los que tienen más de 21 años o están emancipados"; (2) "El tutor de menores de edad no puede solicitar la emancipación judicial de un hermano de éstos, salvo cuando sea mayor de 18 y menor de 21 años y cuando tenga posibilidad de un trabajo que contribuya al sustento del núcleo familiar y haya cumplido con las obligaciones legales referentes al servicio militar"; (3) "Los varones de 18 años deben hacer el servicio militar"; (4) "Ningún menor de edad puede ejercer actividad remunerada alguna"; (5) "Toda carga pública ejercida por un mayor de edad será remunerada"; (6) "No se exceptuara del servicio militar sino a los hijos únicos de madre viuda, siempre que se ofrecieran a enseñar las primeras letras a niños analfabetos"; (7) "Con el fallecimiento del padre, la madre ejercerá la patria potestad de los hijos, excepto en lo que se refiere a la emancipación de hijos menores de 19 años"; (8) "Para todos los efectos legales los medio-hermanos quedan asimilados a los hermanos." Si se presenta el caso de un individuo de 18 años que vive con su madre y los hijos menores del padre fallecido y se plantea si puede eludir legalmente cumplir con el servicio militar, es posible que para hallar la respuesta tengamos que recurrir a ciertas operaciones lógicas tendientes a hacer explícitas las consecuencias que se infieren de las normas citadas. Pero, afortunadamente, la mayoría de las ocasiones en que resulta relevante proceder a hacer explícitas las consecuen-

cias que se deducen de las normas del sistema son raras, ya que los legisladores suelen ser lo suficientemente sensatos como para formular sus normas en forma tal que ellas no constituyan ejercicios para el deleite de los lógicos. Esto no implica negar, por supuesto, que cada vez que alguien, jurista o no, afirma que una norma es aplicable a cierto caso, está implícitamente infiriendo consecuencias lógicas de tal norma; pero una cosa es decir esto y otra muy distinta es sostener que una de las *tareas* fundamentales de la ciencia jurídica es proceder a tal inferencia; esto sugiere una formulación explícita de tales consecuencias, que sólo tiene sentido cuando ellas no son obvias y triviales y su determinación requiere algún proceso de deliberación intelectual.

Si ahora dirigimos nuestra atención al proceso de sistematización consistente en reemplazar la base original del sistema por otra más económica, las conclusiones son similares. Supongamos que nuestro sistema jurídico incluya las siguientes normas: (1) "Los trabajadores autónomos que ejerzan su actividad en el territorio nacional deberán pagar un impuesto equivalente al 10 o/o de sus ingresos"; (2) "Los trabajadores en relación de dependencia que ejerzan su actividad en el territorio nacional deberán pagar un impuesto equivalente al 10 o/o de sus ingresos"; (3) "Los profesionales radicados en la Capital Federal deberán pagar un impuesto equivalente al 10 o/o de sus ingresos"; (4) "Los extranjeros quedan sometidos a los mismos impuestos que los ciudadanos argentinos"; (5) "Están exentos de impuesto los que no ejercen ninguna actividad laboral en el territorio nacional". Obviamente estas normas pueden reemplazarse con provecho por una sola norma más general pero equivalente a aquéllas que establece: "Si, y sólo si, alguien ejerce una actividad laboral en el territorio nacional, debe pagar un impuesto equivalente al 10 o/o de sus ingresos". Pero las ocasiones para proceder a este tipo de sistematización, que respete estrictamente el requisito de equivalencia normativa entre la base original y la que la substituye, son muy raras. Tomemos por ejemplo cuatro normas que pueden hipotéticamente integrar el título de delitos contra la propiedad de un código penal: (1) "El hurto deberá ser penado con un máximo de 4 años de prisión"; (2) "El robo deberá ser penado con un máximo de 6 años de prisión"; (3) "El daño deberá ser penado con un máximo de 3 años de prisión". (4) La estafa deberá ser penada con un máximo de 8 años de prisión". No se vé como estas normas podrían ser substituidas por un principio general normativamente equivalente. Obviamente el candidato para tal substitución no puede ser un principio que diga "Los delitos contra la propiedad deberan ser castigados con un máximo de 8 años de prisión", no solamente porque de

aquí se podría inferir erróneamente que, por ejemplo, la extorsión es punible, sino también porque se podría hacer la inferencia equivocada de que, por ejemplo, el daño puede ser penado con hasta 8 años de prisión. El lector puede comprobar fácilmente que la misma dificultad ocurre con la gran mayoría de los conjuntos de normas jurídicas positivas que se pueden tomar como base de un sistema.

Alchourrón y Bulygin reconocen parcialmente el alcance limitado de la tarea de la ciencia jurídica de proceder a este tipo de sistematización del derecho, cuando sostiene que, en los casos de enunciados extraídos de textos legales la reformulación de la base por parte de los juristas es sólo complementaria siempre que el legislador haya procedido sistemáticamente (22). Sin embargo puntualizan que esta tarea puede ser muy importante cuando falta esa sistematización previa, como en el caso de las normas jurisprudenciales. No obstante conviene hacer notar que, en ámbitos en donde la jurisprudencia es sólo una fuente de derecho secundaria y meramente persuasiva, difícilmente puede considerarse una de las tareas fundamentales de la ciencia jurídica la de sistematizar la jurisprudencia. Por otra parte, aun frente a la jurisprudencia, la actividad de reemplazar un conjunto de normas por principios más generales normativamente equivalentes tiene alcances bastante limitados. Esto es así, entre otras razones, por el hecho de que una de las características más importantes de los precedentes judiciales es su diferente "peso" o "fuerza" según su antigüedad, jerarquía y composición del tribunal en que se originaron y una multitud de otros factores; el reemplazo de diferentes precedentes, que concebiblemente difieren en ese aspecto, por un principio general equivalente, borra tales diferencias entre ellos, lo que reduce considerablemente la utilidad de tal tipo de sistematización. Por esta razón, y por las frecuentes inconsistencias entre los precedentes relativos a una misma materia, en los países en donde la jurisprudencia es una de las fuentes principales de derecho, los juristas se limitan a sugerir ciertos principios generales como una mera guía indicativa y aproximativa por razones simplemente didácticas y, de clasificación, y sin pretender que tales principios puedan ser usados en reemplazo de las reglas establecidas en los fallos judiciales.

No solamente las operaciones de sistematización que Alchourrón y Bulygin distinguen no constituyen tareas fundamentales de una empresa intelectual relevante y comprehensiva que los juristas puedan encarar, sino que tampoco pueden realizarse independientemente de otro tipo de operaciones que no tie-

nen carácter lógico ni empírico. La operación de inferir las consecuencias lógicas de la base del sistema presupone haber atribuido una interpretación semántica a ciertas formulaciones lingüísticas (por ejemplo, un texto legislativo) lo que requiere necesariamente recurrir a consideraciones axiológicas y pragmáticas. Más aún, la tarea de inferir explícitamente las consecuencias lógicas de normas generalmente es relevante cuando está al servicio de esa actividad de asignar significado a cierto texto, recurriéndose a ella para testar la adecuación axiológica y práctica de las soluciones que se infieren de las distintas hipótesis interpretativas propuestas. Obviamente, la determinación de las lagunas, inconsistencias y redundancias que un sistema puede presentar también supone haber asignado un cierto significado a formulaciones lingüísticas relevantes y, en general, constituye sólo un paso intermedio en el proceso de proponer una nueva interpretación que elimine tales defectos lógicos.

Lo mismo ocurre con el reemplazo de la base del sistema por una base más económica. Esta operación tampoco puede, obviamente, llevarse a cabo sin adjudicar significado a las formulaciones lingüísticas canónicas que constituyen el material jurídico relevante, tomando partido acerca de la adecuación valorativa de las diferentes hipótesis interpretativas. Además, también aquí esta operación adquiere relevancia cuando está al servicio de una actividad de reconstrucción del sistema que no es puramente lógica ni empírica. Cuando los juristas pretenden reemplazar un conjunto de normas por un principio más general y equivalente, ésta es generalmente una operación preliminar para la propuesta de un principio aún más general, que implique a las normas originales del sistema sin ser equivalente a ellas, y que permita inferir soluciones para casos no previstos por tales normas.

Estas acotaciones no serían necesariamente repudiadas por Alchourrón y Bulygin. Ellos dirían que, independientemente del tipo de actividad general de los juristas en cuyo contexto se realizan las operaciones empíricas y lógicas que ellos caracterizan, tales operaciones son conceptualmente distinguibles y es importante destacar su carácter cognoscitivo y racional, que justifica afirmar que si la actividad de los juristas constituye una ciencia ello es gracias a que ella involucra tales operaciones. Ellos agregarían que el esquema que proponen no implica negar que los juristas realizan de hecho otras tareas, además de las actividades científicas que ellos señalan, ni recomendar que abandonen esas otras tareas, limitándose a las puramente cognoscitivas.

Pero hay, sin embargo, una importante cuestión de énfasis que conviene destacar. En primer lugar, en varios pasajes de su obra, Alchourrón y Bulygin parecen efectivamente tomar partido en favor de la limitación de la labor de los juristas a las funciones empíricas y lógicas que ellos distinguen. Por ejemplo, en una nota de la página 122, hablando de las situaciones en que debe asignarse una interpretación a las normas del sistema antes de inferir sus consecuencias lógicas (lo que, en realidad, ocurre siempre) dicen: "En realidad todo lo que puede hacer el científico, en cuanto tal, es señalar las posibles alternativas y las consecuencias de cada una de ellas, *dejando a la decisión de las autoridades competentes la elección de una u otra*"; en la página 128, criticando al conceptualismo, afirman "Semejante pretensión de la jurisprudencia de conceptos (la de extraer nuevas normas del mero análisis de conceptos) o es vana. . . , o transgrede los límites de la función cognoscitiva de la ciencia, a invadir el terreno de la creación del derecho, *que es función política que compete al legislador*". subrayados míos (23). (Sin embargo, en la pág. 118 sostienen que "La crítica de los sistemas jurídicos que consiste en señalar sus defectos y en proponer remedios para las fallas, *forma parte de la tarea de la ciencia jurídica*. Sin embargo, esa actividad excede ya el marco de la mera sistematización"). En estos párrafos, Alchourrón y Bulygin parecen dar a entender, adoptando el enfoque de Kelsen, que si una actividad no es puramente cognoscitiva no debería ser encarada por los juristas teóricos sino relegada a los órganos oficiales de creación de derecho. En segundo término, la impresión de que adoptan la posición kelseniana acerca de cual debe ser el alcance de la labor de los juristas, se refuerza con su aparente adhesión a la tesis controvertible que limita lo racional a las operaciones intelectuales cognoscitivas (como se trasluce, entre otros pasajes, en la nota de la pág. 122 citada). En tercer lugar, aún admitiendo que el desarrollo de estos autores se limite a poner simplemente de manifiesto los aspectos cognoscitivos de la labor de los juristas, puede resultar engañoso centrar el análisis en estos aspectos caracterizándolos como constitutivos de una "ciencia jurídica", cuando, de hecho, son secundarios a otras actividades de los juristas que los autores no calificarían como científicas, y, si hipotéticamente se dieran en forma aislada, constituirían un empresa intelectual de alcances tan limitados que sólo con cierta petulancia y abuso del lenguaje podría considerarse una "ciencia". Nadie llama, por ejemplo, al periodismo una ciencia, a pesar de que él involucre tareas de descripción y de sistematización (por ejemplo, de los discursos políticos).

Las consecuencias de pretender reconstruir la actividad que desarrollan los

ristas y su aparato conceptual, pero filtrando en tal reconstrucción todos los
 pectos que no son estrictamente cognoscitivos, se ponen también de manifiesto
 la caracterización que proponen Alchourrón y Bulygin del concepto de laguna
 el derecho. Estos autores diseñan un concepto descriptivo de laguna según el
 al un determinado sistema tiene una laguna, y es por lo tanto incompleto,
 ando no contiene ninguna solución normativa para un cierto caso de un uni-
 rso de casos. Esta caracterización es, en si misma, inobjetable como una defi-
 nición técnica que puede contribuir a elucidar discusiones que se plantean en el
 ontexto de la teoría general del derecho. Pero tiene, sin embargo, el inconveni-
 ente de que no recoge adecuadamente la noción principal de laguna implícita
 el discurso de los juristas dogmáticos y no satisface las funciones que esta úl-
 ma noción cumple. Ningún jurista llamaría "incompleto" a un orden jurídico
 ue no regula por ejemplo, la acción de mover el dedo meñique o la de tarta-
 ndear. El concepto central de laguna que los juristas dogmáticos manejan es
 n concepto más específico que el mencionado y es de índole valorativa: un
 stema tiene laguna cuando no contiene ninguna solución normativa para un
 ierto caso, *a pesar de que debería contener una solución*. Este concepto es
 iferente de la noción que Alchourrón y Bulygin caracterizan bajo la expresión
 laguna axiológica" y que se refiere a un caso que está solucionado por el orden
 rídico pero sin tomar en cuenta una propiedad que es relevante (prescripti-
 amente hablando) ambos conceptos son empleados en el discurso de los ju-
 istas y, a pesar de que son diferentes, ambos son de naturaleza axiológica. El
 oncepto descriptivo de laguna que Alchourrón y Bulygin caracterizan no es lo
 uicientemente discriminativo como para que cumpla un rol importante en la
 ctividad que los juristas realizan respecto de un orden jurídico. La completitud
 ue interesa a los juristas es la completitud relativa a los casos que *deben ser* con-
 iderados relevantes.

Algo semejante ocurre con el concepto de sistema que estos autores reco-
 en y al cual asignan un lugar central en el esquema conceptual de la ciencia ju-
 rídica. Si lo que se exige para que un cierto conjunto de enunciados constituya
 un sistema es que se incluyan también en ese conjunto todas las consecuencias
 ógicas de los enunciados en cuestión, todo conjunto de enunciados será o no un
 istema según los propósitos para los que formemos el conjunto. Si el propósito
 le acotar un cierto grupo de enunciados de derecho es, por ejemplo, describir
 as reglas que han sido expresamente sancionadas por ciertas autoridades jurídi-
 cas, no debemos, obviamente, incluir las consecuencias de tales reglas; si,
 en cambio, el propósito es indicar a los jueces qué soluciones están comprometi-

dos a aceptar como consecuencia de las reglas de reconocimiento que ellos siguen, probablemente tenemos que incluir en el conjunto las consecuencias lógicas de las normas expresamente sancionadas según tales reglas de reconocimiento. Lo mismo ocurre con cualquier enunciado o conjunto de enunciados, en contextos ajenos al derecho, hacia los cuales dirigimos nuestra atención. No hay razón "a priori" por la cual este concepto de sistema tenga más relevancia en la ciencia jurídica que en cualquier otro contexto, también los enunciados que me hijo pronuncia en sus juegos constituyen un "sistema" para ciertos efectos. La razón por la cual Alchourrón y Bulygin piensan que esta noción de sistema es fundamental para la ciencia jurídica es porque creen que una de sus tareas principales consiste en la explicitación de las consecuencias lógicas de las normas jurídicas sancionadas. De este modo, no es que este concepto de sistema jurídico permite echar luz sobre el trabajo que los juristas realizan, como estos autores dan a entender, sino que el asumir que los juristas realizan cierto tipo de tarea es lo que otorga una relevancia particular a tal concepto. La noción de sistema jurídico que los juristas manejan es, o bien un concepto mínimo equivalente a de derecho positivo u orden jurídico, (cuyas normas sancionadas a través de ciertos procedimientos, guarden entre si cierto orden jerárquico), o es un concepto valorativo que hace referencia a cierto orden ideal que satisface, sobre todo, la exigencia de consistencia. La sistematización que encaran los juristas consiste en reconstruir al orden jurídico de tal modo de eliminar sus posibles contradicciones y extenderlo consistentemente a casos relevantes que originariamente no regulaba, cuidando que las soluciones que se infieran del sistema reconstruido sean, en lo posible, las más adecuadas desde el punto de vista axiológico.

La extraordinaria lucidez del desarrollo de Alchourrón y Bulygin, que resulta tan fructífero para esclarecer una multitud de problemas diferentes al que aquí consideramos, no consigue, sin embargo, producir un modelo de ciencia jurídica que preserve la importancia de la actividad que los juristas llevan a cabo. Esto no se debe a algún defecto de ejecución en la construcción de ese modelo, sino a su adhesión a ciertos presupuestos, compartidos por Kelsen y Ross, que implican una cierta tensión que considero irresoluble entre exigencias diferentes: Por un lado, la exigencia de que la actividad que se reconstruye preserve algunas de las funciones que hacen que la labor de los juristas sea una actividad intelectual sofisticada y trascendente socialmente. Por el otro, que esa actividad satisfaga los cánones aceptados de "cientificidad", constituyendo una tarea de índole cognoscitiva y valorativamente neutral. La tensión entre estas exigencias es irresoluble por el hecho de que lo que hace a la labor de los juris-

as una actividad compleja e importante son funciones que no pueden satisfacer tales cánones de "cientificidad", y, en la medida que pretendemos atenernos a ellos, producimos un modelo de actividad teórica frente al derecho tan simple y modesta que, a pesar de la satisfacción de aquellos cánones, dudaría-nos en calificar de "científica". La agudeza y el esmero con que Alchourrón y Bulygin examinan las posibles tareas puramente cognoscitivas que se pueden atribuir a los juristas, hacen pensar que esta línea de análisis está agotada y que no hay ningún otro aspecto oculto en la teorización jurídica que pueda ser reconstruido de modo de mostrar su adecuación a pautas de metodología científica. En el fondo de esta preocupación casi obsesiva por mostrar el carácter científico de la actividad que desarrollan o podrían desarrollar los juristas, juega la carga emotiva favorable de la palabra "ciencia" y la idea difundida de que si una actividad intelectual no es científica, no tiene jerarquía teórica y académica (24). Pero la actividad que los juristas desarrollan frente al derecho positivo es una actividad intelectualmente compleja y socialmente importante, no por sus aspectos cognoscitivos, sino por su función eminentemente valorativa de proponer formas de reconstruir el derecho positivo de tal modo de satisfacer ideales de justicia y racionalidad. Que esta actividad se haga o no acreedora del honroso nombre de "ciencia" en nada incide en el reconocimiento de que constituye una tarea de enorme importancia social y que exige una gran sofisticación intelectual en sus cultores.

Pero la adhesión de los autores, cuyos modelos de ciencia jurídica hemos examinado, a la concepción positivista (por oposición al enfoque iusnaturalista) y al punto de vista de que las decisiones y propuestas en materia valorativa son eminentemente irracionales, pueden hacer pensar que hay una razón más profunda que la mera aureola emotiva favorable de la palabra "ciencia" para preocuparse por construir un modelo de actividad de los juristas puramente cognoscitiva y axiológicamente neutral. Si la concepción positivista que defiende una pulcra separación entre el derecho y la moral, está justificada, y si los juicios de valor son relativos y subjetivos y constituyen la mera expresión de emociones irracionales, habría razones de sobra para descalificar a la labor de los juristas de formular propuestas valorativas para la reconstrucción del sistema jurídico, y para concentrarse en los aspectos cognoscitivos, modestos o no, de la labor teórica frente al derecho. La próxima conferencia estará dedicada a la discusión de esta postura.

V. POSITIVISMO JURIDICO Y ESCEPTICISMO ETICO

Como se ha sugerido al final de la conferencia precedente, detrás de los modelos de ciencia jurídica propuestos por autores de inspiración positivista puede estar la idea subyacente, y que en el caso de algunos de ellos se formula explícitamente, de que las cuestiones valorativas no sólo no pueden ser objeto de un tratamiento "científico" (lo cual constituye una posición razonable, dado el significado más o menos ortodoxo de la palabra "ciencia") sino que ni siquiera pueden ser encaradas en forma racional. Esto implicaría que en la medida en que la actividad de los juristas que estamos preocupados por reconstruir pretende ser una actividad teórica controlada por criterios metodológicos que permiten evaluar inter-subjetivamente los resultados obtenidos, toda consideración de índole valorativa debe ser excluida del ámbito de esa actividad. Esto está generalmente asociado con la idea no suficientemente articulada, de que las posturas axiológicas son meramente materia de decisiones, de actos de voluntad, y no pertenecen a la esfera de "razonamiento". Por eso es que se piensa que tales cuestiones corresponden exclusivamente a los órganos que están facultados para adoptar decisiones como el legislador y el juez- y no a teóricos cuyas decisiones son ineficaces. Es como si la irracionalidad que se supone inherente a toda toma de posición en materia valorativa fuera, de algún modo, saneada cuando los que adoptan la decisión en cuestión siguen ciertos procedimientos que le otorgan validez jurídica y cuando tal decisión tiene consecuencias prácticas relevantes. Esto permitiría explicar porqué los autores, cuyas ideas he reseñado, no parecen estar tan dispuestos a descalificar como "irracional" toda la labor legislativa y judicial, como lo están en relación a la actividad de los juristas consistente en recomendar ciertas soluciones normativas.

Una primera cuestión que conviene dilucidar es si esta postura, justificada o no, es inherente a la concepción positivista del derecho.

No es una novedad decir que la expresión “positivismo jurídico” es sumamente ambigua y que designa posiciones no solamente diferentes sino, en algunos casos, mutuamente excluyentes. Muchas de estas posiciones no fueron nunca sustentadas por los representantes centrales de esta corriente, aunque, a veces, son atribuidas a ellos por sus oponentes; otras tesis que se suelen asociar con el positivismo son endosadas por algunos autores positivistas pero no como un aspecto esencial de su concepción positivista; aun otras posturas que se adhieren al positivismo son defendidas por algunos autores de esta corriente como un presupuesto o como una consecuencia de lo que ellos asumen como la posición central del positivismo, sin que, por ello, se identifiquen con esta posición.

Por ejemplo, la idea, muy difundida entre los adherentes al iusnaturalismo, de que el positivismo considera que cualquier sistema vigente, que satisficiera las condiciones fácticas que, según esta concepción, permite identificarlo como derecho, está moralmente justificado y debe ser observado y aplicado, no es aceptada por ningún positivista serio. Autores como Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Ross, siempre han sostenido enfáticamente que la calificación de un orden como jurídico, de acuerdo a los criterios que ellos proponen, no tiene absolutamente ninguna implicación respecto de cual es la actitud moral que debemos tener hacia él, siendo, en consecuencia, perfectamente consistente afirmar que un sistema vigente es derecho pero que tenemos el deber moral de no obedecerlo o de no aplicarlo. Ross ha llamado “pseudo-positivismo” a la posición que sostiene que todo derecho positivo está moralmente justificado, para distinguirlo de la postura que los positivistas realmente defienden.

Tampoco la mayoría de los positivistas adhieren a la tesis “formalista” de que el derecho se reduce a leyes, o sea a un conjunto de standards generales explícitamente sancionados por autoridades centralizadas; autores como Kelsen, Ross y Hart, sostienen que el derecho puede estar integrado no sólo por normas legisladas sino también por normas consuetudinarias, jurisprudenciales, etc. y, según algunos autores, incluso por principios morales que los jueces efectivamente aceptan en sus decisiones).

A pesar de la tesis de Kelsen de que el sistema jurídico no presenta lagunas o contradicciones —que, de cualquier modo, este autor no vincula con su postura positivista—, la mayoría de los autores positivistas contemporáneos no defienden la idea de que el derecho es un sistema auto-suficiente para pro-

veer soluciones para cualquier caso concebible. De este modo, estos autores no niegan que en muchas ocasiones los jueces tengan que recurrir a pautas extra-jurídicas, por ejemplo a principios morales, para resolver un caso respecto del cual el derecho es indeterminado.

La tesis central del positivismo que comparten pensadores cuyos enfoques difieren en tantos otros aspectos como Bentham, Austin, Kelsen, Hart y Ross, es que el derecho es un fenómeno social que puede identificarse sobre la base exclusiva de ciertas propiedades fácticas (con ciertas calificaciones en el caso de Kelsen, como hemos visto) y sin necesidad de adoptar, para proceder a tal identificación, postura valorativa alguna. Aun cuando la adopción de posiciones morales es decisiva para muchas otras cuestiones, como la de decidir si se debe o no obedecer lo que el derecho dispone, el positivismo sostiene que una toma de posición axiológica es irrelevante para la *identificación* de un orden jurídico. El lema del positivismo es que el derecho que “es” puede y debe ser distinguido del derecho que, de acuerdo a ciertos principios valorativos, “debe ser”.

¿Cuál es la relación entre esta tesis central del positivismo y el excepticismo en materia ética?

Sin duda positivistas como Kelsen y Ross asumen una posición escéptica acerca de la posibilidad de demostrar racionalmente la validez de juicios valorativos. Para estos autores, estos juicios no tienen contenido cognoscitivo y no son “demostrables”, en ningún sentido más o menos estricto de la palabra. Los juicios en cuestión son meras expresiones de emociones o actitudes, que varían de persona a persona y de sociedad a sociedad, y no pueden justificarse ofreciendo genuinas razones en su apoyo; los intentos de justificarlos son meras “racionalizaciones”. Estos autores sostienen, consecuentemente, que las definiciones que se han pretendido producir para captar el supuesto significado cognoscitivo de expresiones éticas como “justicia”, constituyen fórmulas vacuas, y que esto es inevitable puesto que tales expresiones no tienen significado descriptivo que una definición pueda recoger.

Para estos juristas, la conexión entre la tesis central del positivismo y esta postura acerca del carácter de los juicios de valor es muy clara: si los juicios éticos no son demostrables racionalmente, es absurdo hacer depender la iden

tificación de un orden jurídico de tales juicios de valor. Si se procediera de este modo, cada uno calificaría o no como "derecho" a un orden normativo según las actitudes emotivas que tuviera hacia él. Es posible que debamos admitir como inevitable la existencia en nuestro lenguaje de expresiones que no sirven para dar cuenta de la realidad sino para dar rienda suelta a nuestras emociones o para provocarlas en los demás, pero es totalmente irrazonable pretender convertir a la palabra "derecho" en una de aquellas expresiones, cuando en el lenguaje ordinario ella parece tener un significado cognoscitivo más o menos definido, y la gente, generalmente, coincide en identificar como derecho a ciertos fenómenos sociales, aunque difieran en sus actitudes emotivas hacia tales fenómenos.

Sin embargo, esta conexión entre la tesis central del positivismo acerca de cómo debe definirse el concepto de derecho y el escepticismo en materia ética no se presenta en absoluto en las teorías de autores positivistas como Bentham y Hart.

Bentham, como se sabe, fué prácticamente el fundador de una ética utilitarista articulada y comprehensiva. El utilitarismo se presenta, en primer término, como una teoría de ética normativa que sostiene, dicho crudamente, que el bien intrínseco es la felicidad general y que un acto es moralmente correcto o incorrecto según que el balance neto de sus consecuencias contribuya o afecte negativamente tal felicidad general. Pero el utilitarismo también ha sido propuesto como una teoría meta-ética acerca del *status* lógico de los juicios de valor. En este sentido, el utilitarismo es una concepción naturalista objetivista que sostiene que los juicios éticos son descriptivos de ciertos estados de cosas y que lo que describen es independiente de las actitudes subjetivas de la gente. Precisamente lo que describe un juicio que afirma que un acto es moralmente correcto o justo es su propiedad empírica de contribuir a incrementar la felicidad general. De modo que, en el caso de Bentham, la tesis positivista de que el derecho debe identificarse sobre la base de ciertos datos que no incluyen propiedades valorativas, no suponía un escepticismo en materia ética, sino que, al contrario, se combinaba con un enfoque ético según el cual los juicios de valor hacen referencia a circunstancias empíricas y su verdad es demostrable racionalmente.

Hart es mucho menos definido acerca del *status* lógico de los juicios éticos, no habiendo, que yo sepa, encarado directamente la cuestión en su ex-

tensa obra. Sin embargo, buena parte de sus trabajos están dedicados a discutir cuestiones axiológicas tales como la justificación de la pena y el reconocimiento jurídico de la moral positiva, dando la impresión de que no considera a esta empresa un ejercicio irracional que consiste meramente en expresar actitudes emotivas. Por otro lado, en su defensa de la tesis positivista, Hart no recurre a argumentos fundados en el carácter relativo o en la indemostrabilidad de los juicios de valor.

Se podría preguntar cuál es el fundamento de la tesis positivista de que el concepto de derecho debe definirse en términos puramente descriptivos y valorativamente neutrales, cuando esta tesis no se combina con una posición escéptica en materia ética. La respuesta plausible es que, en primer lugar, la admisión de que los desacuerdos valorativos pueden resolverse por procedimientos racionales no implica negar que la gente difiere, de hecho, ampliamente en sus juicios valorativos; con lo que, si la identificación de un orden jurídico dependiera de tales juicios, la gente diferiría grandemente acerca de lo que es el derecho de una comunidad. En segundo término, la aceptación de la tesis de que la crítica axiológica de ciertos fenómenos está sujeta a un proceso de argumentación racional que permite, en principio, dirimir diferencias de opinión, no lleva a desconocer las ventajas de distinguir claramente la identificación de los fenómenos en cuestión de su valoración crítica; la confusión entre la descripción de la realidad y la expresión de nuestros ideales - aunque sean ideales que puedan defenderse dando razones en su apoyo -, perjudica tanto nuestra comprensión de tal realidad como la eficacia de nuestra apreciación axiológica de la misma. En tercer lugar, no se puede desconocer que un componente importante de toda sociedad está constituido por un tipo de fenómenos que tienen en común ciertas propiedades fácticas, independientemente de que difieran en aspectos axiológicamente relevantes, y que una descripción lúcida de la realidad social exige contar con un concepto (bajo el nombre "derecho" o cualquier otro) que identifique a tales fenómenos sobre la base de sus propiedades comunes. Por último, es un hecho que el lenguaje ordinario de la gente incluye algún uso de la palabra "derecho" que cumple la función que se acaba de mencionar, o sea que sirve para identificar cierto fenómeno social independiente de nuestra apreciación valorativa del mismo; siendo esto así, no se ve por qué la filosofía del derecho no habría de proponerse realizar una reconstrucción racional de este uso puramente descriptivo de la expresión "derecho".

Es importante, entonces, no confundir la concepción positivista con e

escepticismo ético. La tesis del positivismo de que el concepto de derecho debe definirse en términos valorativamente neutrales, es compatible tanto con la posición que rechaza toda posibilidad de demostrar racionalmente la validez de juicios morales como con la posición opuesta que asigna a la razón un papel decisivo para dirimir conflictos éticos. No hay, por lo tanto, una vinculación necesaria entre el enfoque positivista y la postura que pretende excluir de la actividad de los juristas teóricos toda elaboración de índole axiológica sobre la base de que este tipo de elaboración es impropia de una empresa teórica sometida a criterios de racionalidad.

Sin embargo, la dificultad que esta última posición pone de manifiesto no se desvanece una vez que se muestra su independencia de la tesis central del positivismo; esté o no vinculado con la concepción positivista, el escepticismo ético constituye un obstáculo en contra de reconocer la legitimidad de encarar una crítica axiológica como parte esencial de la teorización en materia jurídica. En la medida en que convengamos en que la formulación de teorías jurídicas debe consistir en algo más que testimonios de nuestras convicciones subjetivas o exhortaciones que apelan a actitudes emotivas, la concepción que identifica a los juicios de valor con tales modalidades expresivas, conduce inevitablemente a excluir de la actividad de los juristas teóricos todo intento de evaluar o re-formular el sistema jurídico positivo de acuerdo a principios e ideales axiológicos. Esto nos obliga a analizar un poco más de cerca la posición escéptica en materia ética.

El escepticismo ético se suele asociar con el relativismo, el subjetivismo y el emotivismo, hasta el punto que autores como Kelsen y Ross a veces hacen explícita su posición escéptica diciendo, o bien que los juicios de valor son relativos, o que son meramente subjetivos o que expresan emociones, asumiendo, aparentemente, que estas calificaciones son equivalentes. Sin embargo, estos rótulos hacen referencia a posiciones diferentes, que, incluso, no corresponden al mismo nivel de análisis.

El relativismo ético puede formularse o bien como una tesis de ética sociológica, o como una tesis de ética normativa o como una tesis de meta-ética o ética conceptual.

Como una tesis de ética sociológica, el relativismo consiste en sostener que sociedades diferentes o grupos sociales distintos a veces divergen en sus

creencias morales, de modo que una práctica o institución que es considerada moralmente aceptable en uno de ellos es condenada como inmoral en otro. Obvios ejemplos de éstos están dados por las diferentes actitudes, en distintas sociedades y etapas históricas hacia la esclavitud, el incesto, la eutanasia, el aborto, etc. En esta forma general el relativismo sociológico es indudablemente correcto, aunque a veces pueda discutirse si las sociedades en cuestión difieren realmente en sus principios morales básicos o si solamente difieren en las consecuencias particulares que extraen de tales principios, según las circunstancias fácticas distintas que predominan en la respectiva sociedad o según las creencias vigentes acerca de tales circunstancias fácticas. De cualquier modo el relativismo sociológico no implica que las actitudes éticas divergentes que existen en distintas sociedades sean todas ellas válidas o que sea imposible demostrar racionalmente que unas son moralmente superiores a otras. Uno puede aceptar que en distintas sociedades hay diferentes pautas morales e incluso que los individuos de una misma sociedad difieren de hecho acerca de lo que es bueno, justo o correcto, y, sin embargo, sostener que algunas de estas creencias son erróneas y que pueden ofrecerse razones que demuestren su falsedad.

El relativismo que se presenta en el nivel de la ética normativa es mucho más difícil de caracterizar. Una posible formulación de este enfoque es que la corrección o incorrección moral de un acto — y no solamente las *ideas* acerca de su corrección o incorrección — varía según la sociedad y momento histórico en que el acto es realizado. Esta tesis es sólo plausible en cuanto se limita a poner de manifiesto que las variaciones del contexto social e histórico en que se ejecuta el acto, determinan que éste tenga aspectos o consecuencias diferentes que inciden sobre su calificación moral. Pero si esta tesis no se agota en sostener esto, no se vé por qué *nosotros* debemos juzgar al acto diferentemente según la sociedad y el momento en que se ejecuta. Se podría tal vez, responder que estamos obligados a aceptar esta conclusión porque la corrección o incorrección de un acto depende de las actitudes que tengamos hacia él las personas que conviven en el mismo contexto social con quien ejecuta ese acto. Si esta afirmación no implica una tesis acerca del significado de términos como “correcto” — o sea si ella no es una postura de índole meta-ética como las que discutiremos más tarde — no es claro que es lo que ella quiere decir. Una posible interpretación es que existe un principio moral según el cual uno debe comportarse en conformidad con las reglas, actitudes y creencias que constituyen la moralidad vigente en su sociedad; pero este principio-

sobre todo si se lo pretende tomar como el único patrón para juzgar la corrección o incorrección de un acto — es muy poco plausible como *standard* moral: él consagra un conformismo absoluto con lo que los demás miembros de la sociedad piensan y veda toda crítica y reforma moral; además sostener tal principio sería auto — frustrante para la concepción relativista puesto que ese mismo principio no es concebido como relativo a cierta sociedad. También se podría decir que la corrección o incorrección moral de un acto varía con la sociedad y el momento histórico en que es ejecutado sobre la base de que las actitudes subjetivas del agente y su consciencia acerca del *status* moral del acto, difieren según la sociedad y el momento en que la conducta en cuestión tiene lugar. Los que contribuían a hacer efectiva y se beneficiaban con la institución de la esclavitud en Atenas, no tenían seguramente las mismas actitudes perversas y la misma consciencia de su inmoralidad de alguien que tratara de re-establecer esta institución en nuestros días y en una sociedad occidental; obviamente nuestros juicios morales respecto de los atenienses esclavistas deben ser diferentes que los que dirigimos contra sus emuladores modernos. Pero esta postura implica desconocer la diferencia entre la justificabilidad moral de cierto acto y la reprochabilidad o excusabilidad de quienes los practican; es posible que debamos excusar, o atenuar nuestro reproche, a quienes ejecutan un acto que consideramos inmoral en un medio social en que el acto es generalmente aprobado, pero ello no implica concluir que el acto en cuestión es moralmente correcto y que nosotros debamos aprobarlo.

La tesis relativista en el plano normativo también se puede, y se suele, formular diciendo que debemos tolerar las creencias y pautas morales que otra gente o sociedad sustenta y que no debemos interferir con los actos fundados en tales creencias o pautas morales. Pero esta postura es claramente absurda porque hace del relativismo una posición inconsistente: el principio de tolerancia y no interferencia que ella proclama no es, él mismo, un principio relativo; si lo fuera, tendríamos que considerar igualmente válido a un principio opuesto vigente en otra sociedad, que prescribiera interferir con las creencias morales de otros (1). En este espíritu, el relativista se presenta a veces como un individuo moderado y razonable que no afirma dogmáticamente ningún juicio moral, sino que lo hace sólo en forma tentativa, manifestando su disposición a revisar su juicio si se le muestran razones para ello: él, típicamente, diría “creo que este acto es correcto, pero podría muy bien estar equivocado”. En cuanto esto es una expresión de una actitud insegura o por lo menos cautelosa ante ciertas creencias, no hay nada que objetar y no tiene ninguna co-

nexión particular con la postura relativista; el mismo tipo de actitud podría legítimamente darse en relación a creencias acerca de hechos empíricos. Pero a veces se interpreta esta actitud como si ella condujera a decir cosas de este tipo: “creo que este acto es correcto, pero también creo que quien sostiene que este acto es incorrecto puede tener razón”; esto es claramente contradictorio, puesto que si yo creo que el acto en cuestión es correcto creo por lo tanto, que no es incorrecto, y, en consecuencia, creo que quien sostiene que lo es, está equivocado (por más insegura y cautelosa que mi creencia sea). Lo absurdo de esta postura relativista radica en que ella conduce a que uno adopte simultáneamente dos perspectivas incompatibles: por un lado la de quien emite un cierto juicio moral en contraposición al de un antagonista, y, por el otro, la de una especie de observador imparcial que está fuera de la controversia y que asigna el mismo peso al juicio moral que uno mismo emite y al juicio moral opuesto de nuestro contrincante.

Pero el relativismo también se puede plantear en un nivel distinto a los dos anteriores, en el nivel correspondiente a la meta-ética o ética teórica. En este sentido, el relativismo constituye una postura acerca del significado de los términos éticos, del *status* lógico de los juicios de valor y de la posibilidad de demostrar racionalmente la validez de tales juicios. Este tipo de relativismo se confunde con el subjetivismo y el emotivismo.

El subjetivismo constituye una teoría ética “naturalista”, o sea una teoría, según la cual los términos éticos tienen significado descriptivo y los juicios de valor dan cuenta de ciertos estados de cosas de índole empírica. Su peculiaridad está dada por el hecho de sostener que los juicios éticos describen *actitudes subjetivas* de quienes los formulan. De este modo, una de las versiones más populares de esta teoría sostiene que afirmar, por ejemplo, “este acto es correcto” es equivalente a afirmar “yo apruebo que se haga tal cosa” o a “mi me gusta o complace que se haga tal cosa”. Es de hacer notar que esta postura tiene consecuencias que no están generalmente asociadas con el escepticismo ético: según ella, los juicios de valor son susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos y su verdad o falsedad puede, en principio, determinarse por medios empíricos (por ejemplo, sometiendo al sujeto que formula el juicio a algún tipo de test psicológico para verificar si realmente aprueba o le gusta lo que él dice que es correcto). Para esta concepción, no es tanto que las controversias éticas no puedan dirimirse racional-

nente sino que no hay genuinas controversias éticas. Cuando un individuo dice que algo es moralmente correcto y otro dice que es moralmente incorrecto, no hay ninguna disputa entre ambos, puesto que cada uno de ellos está describiendo sus actitudes diferentes: uno está afirmando "a mi me gusta este acto", mientras el otro afirma "a mi no me gusta". Pero en implicar esta consecuencia justamente reside la principal debilidad de la teoría subjetivista, puesto que uno de los datos más firmes de nuestra experiencia moral es, precisamente, que hay controversias éticas, que hay casos en que alguien afirma algo en materia moral que otros rechazan y que, en esos casos, nadie se quedaría conforme si se les dijera que no hay desacuerdo entre ellos, puesto que cada uno se limita a describir sus diferentes gustos, actitudes o inclinaciones. Esto se debe, obviamente, a que "bueno" o "correcto" no significan en el uso ordinario lo que el subjetivismo sostiene, y la forma de demostrarlo es mediante el método de "la pregunta abierta" según fue llamado por Moore: si alguien dice "yo apruebo (o a mi me gusta) este acto", tiene perfecto sentido preguntarle "admitiendo que a Ud. le gusta ¿cree, sin embargo, que este acto es correcto?". Si hay alguna relación entre el significado de términos como "bueno" o "correcto" y la aprobación, ella no consiste en que ellos signifiquen "lo que es aprobado" sino, en todo caso, "lo que es digno de aprobación, lo que es aprobable".

El emotivismo, y su versión más sofisticada constituida por el prescriptivismo de Hare, eluden algunas de las implicaciones más insatisfactorias del subjetivismo. Para esta concepción la conexión entre los términos éticos y las actitudes subjetivas de quienes los emplean no está dada por el hecho de que palabras como "correcto" o "bueno" *describen* tales actitudes sino que las *expresan*. Según el emotivismo, las palabras éticas se caracterizan por no tener un significado cognoscitivo central y uniforme en los distintos usos, teniendo en cambio un significado emotivo que permanece constante en los diferentes contextos en que tales expresiones son empleadas y que consiste en su capacidad para transmitir actitudes emotivas del que las emplea o para provocarlas en sus interlocutores. La posición prescriptivista de Hare se distingue del emotivismo por sostener que los términos éticos se caracterizan por tener no un significado emotivo, sino un significado "valorativo" que hace que tales expresiones tengan, cuando son empleadas, una "fuerza de recomendación", y que los juicios en que ellas aparecen impliquen un imperativo en primera persona y, debido a la universalización inherente a todo juicio ético, un cuasi-imperativo de alcance universal. Ambas variantes de la concepción

no descriptivista de los juicios éticos coinciden en que estos no pueden ser verdaderos ni falsos y que no pueden inferirse de proposiciones acerca de hechos empíricos. A los intentos de proceder a tal inferencia los descalifican, siguiendo a Moore, como viciados por la llamada "falacia naturalista". El no descriptivismo pretende, además, proporcionar una explicación convincente de la conexión necesaria que parece haber entre los juicios morales y la voluntad o inclinación a realizar ciertas acciones: Si los juicios morales expresan actitudes emotivas o tienden a provocarlas en otros o implican la aceptación de ciertos imperativos de conducta, uno puede percibir por qué tales juicios tienen capacidad para promover determinados comportamientos, lo que, a primera vista, no resulta claro en el caso de concepciones descriptivistas.

El hecho de que el no-descriptivismo esté, aparentemente, en condiciones de dar respuesta, primero, a la inquietud acerca de qué es lo que permanece constante en usos muy disímiles de expresiones como "bueno", segundo, a la sospecha de que hay una especie de "abismo lógico" entre hechos empíricos y valores, y, tercero, a la impresión de que los juicios éticos, tiene una dimensión pragmática característica, hace de esta concepción una teoría ética muy atractiva y convincente. La consecuencia de aceptar estas posiciones, obviamente, la adopción de un punto de vista escéptico acerca de la posibilidad de demostrar intersubjetivamente cuál de dos juicios éticos básicos de contenido opuesto es válido, una vez que tales juicios satisfacen ciertas propiedades formales (como la universalización y la coherencia).

Sin embargo, el no-descriptivismo ha sido objeto, recientemente, de objeciones fundadas.

En primer lugar, se ha objetado que confunde el *significado* de una expresión con su *fuerza*, o entre lo que Austin ha llamado el acto "locucionario" y el acto "ilocucionario" que uno realiza al formular una oración; en otras palabras, esta concepción confunde el significado de lo que uno dice con lo que uno hace al decir lo que dice. Expresar emociones o prescribir lo que uno hace a veces cuando formula juicios éticos, pero esto es relativamente independiente del significado de tales juicios (se puede recomendar algo mediante juicios que nadie dudaría en calificar de descriptivos). De este modo, esta teoría constituye una concepción no acerca de los juicios éticos sino del *discurso* ético, o sea de lo que hacemos cuando formulamos explícitamente y públicamente ciertos juicios éticos. La teoría no parece dar cuenta del *sta*

tus de los juicios de valor cuando, por ejemplo, deliberamos en soliloquio acerca de la corrección o incorrección moral de un acto (2).

En segundo lugar, el carácter de falacia de la llamada "falacia naturalista", que los no descriptivistas imputan a las concepciones que identifican los conceptos éticos con propiedades empíricas, también ha sido puesto en tela de juicio. W. K. Frankena (3) ha mostrado lúcidamente que esta no es una falacia en el sentido estricto de la palabra sino que, lo que se imputa a los naturalistas bajo el rótulo de "falacia naturalista", es el error de confundir una propiedad con otra o de intentar definir lo indefinible. Aún así, dice Frankena, esto no puede ser alegado como un argumento en favor de concepciones no-naturalistas sino que, en el mejor de los casos, sólo puede defenderse como una conclusión de argumentos independientes que demuestren que las expresiones éticas no designan propiedades fácticas. Cuando se alega que juicios del "deber ser" no pueden ser inferidos de juicios del "ser", primero hay que demostrar que los juicios del primer tipo no pueden ser analizados como juicios descriptivos. Por supuesto que hay juicios del "deber ser", como las órdenes o mandatos, que no constituyen descripciones ni pueden inferirse de descripciones; pero la cuestión consiste, precisamente en determinar si todos los juicios del "deber ser" son análogos a las órdenes o mandatos, o si hay una categoría de juicios de este tipo que tienen contenido descriptivo (y que no se limitan a describir prescripciones).

Finalmente, se ha objetado también que la adhesión a una concepción emotivista o prescriptivista de los juicios éticos no es la única alternativa que permite explicar la conexión intrínseca que parece haber entre tales juicios y la motivación de determinadas conductas. Autores como B. Williams, G. Warnock, Ph. Foot, J. Rawls, etc (4) han intentado mostrar que términos como "bueno" o "correcto" pueden tener un significado descriptivo tal que, dados ciertos motivos generales que suelen tener los hombres para actuar, calificar a algo como bueno o correcto puede ser relevante para actualizar esos motivos y determinar un cierto curso de acción.

La cuestión acerca del significado de las expresiones éticas, del *status* lógico de los juicios de valor y de la posibilidad de justificar racionalmente principios morales últimos es un tema de discusión que permanece abierto y que resulta permanentemente enriquecido por aportes cada vez más sofisticados, tendientes a elucidar complejos problemas de epistemología, lógica y

filosofía del lenguaje. Obviamente, los argumentos escépticos siguen provocando genuina perplejidad y deben ser cuidadosamente considerados, pero dadas las dificultades para fundamentar tales argumentos en una concepción plausible acerca del lenguaje moral, resulta insatisfactorio ese escepticismo corriente que se defiende dogmáticamente y "a priori" de cualquier intento de ofrecer justificaciones racionales para los juicios de valor. Si bien es verdad que las controversias valorativas parecen distinguirse radicalmente de otro tipo de controversias por el hecho de que dos personas normales en la misma situación observacional y usando el mismo aparato conceptual pueden seguir insistiendo sinceramente en juicios morales contrapuestos, también es cierto que generalmente pensamos que nuestros juicios morales pueden ser verdaderos o falsos y que, a diferencia de los juicios acerca de gustos, son susceptibles de apoyarse en cierto tipo de razones.

Es posible que los principios morales últimos que sustentamos no puedan fundamentarse sino en ciertas intuiciones básicas que no pueden ser, a su vez, justificadas. Pero, en primer lugar, raramente estamos en condiciones de asegurar que cierto principio cuya validez defendemos es un principio último y que no podemos encontrar otro principio más básico que permita justificarlo. En segundo lugar, la tarea de presentar un sistema consistente de principios últimos que den cuenta de nuestras intuiciones morales es una actividad racional sumamente importante, tanto más cuando puede esperarse que gente de la misma comunidad cultural compartirá buena parte de tales intuiciones básicas. En tercer lugar, la mayoría de las controversias éticas que se suelen, de hecho, presentar no involucran diferencias en cuanto a los principios últimos sino diferencias en cuanto a las consecuencias que se deben extraer de tales principios para resolver cuestiones específicas. Esto hace que consideraciones lógicas respecto de la deducibilidad de tales supuestas consecuencias y de la coherencia entre diferentes juicios valorativos específicos, consideraciones acerca del alcance de los conceptos que empleamos para formular tales juicios valorativos, y consideraciones relativas a los hechos empíricos que determinan diferentes implicaciones de los principios últimos, sean relevantes para dirimir posibles conflictos valorativos.

Si observamos lo que ocurre en buena parte de las polémicas valorativas que se presentan en un nivel teórico, como las controversias acerca de la justificación de la pena, la legitimidad del aborto y la eutanasia, la justificación de leyes paternalistas, el alcance de los derechos individuales, diferentes criterios

de la distribución económica, etc, se advierte claramente que tales polémicas raramente versan sobre principios considerados últimos por los contendientes. En tales controversias generalmente nuestro razonamiento adopta el siguiente curso: se enfrenta primero un cierto tipo de problema por ejemplo si la responsabilidad penal debe presuponer o no ciertas actitudes subjetivas y se presenta tentativamente un determinado principio para resolverlo, que parece reflejar nuestras intuiciones -por ejemplo que todo hecho punible debe ser intencional; se ensaya luego ciertas interpretaciones de los conceptos usados para formular el principio -como el concepto de intención y se explora las consecuencias lógicas que el principio así interpretado tiene para ciertos casos como el tratamiento de los hechos negligentes -, re-ajustándose la formulación del principio y la interpretación del lenguaje usado para tal formulación de modo de precluir consecuencias contra-intuitivas; se contrasta el principio en cuestión con otros principios "prima facie" plausibles, que han sido sometidos al mismo procedimiento, -como el principio que la sociedad está autorizada para prevenir actos dañosos por medio de penas - y se examina la consistencia entre las consecuencias de tales principios, reformulándose, si es necesario, estos principios para eliminar posibles contradicciones entre ellos; se intenta, luego, detectar un principio de mayor generalidad que implique los principios anteriores, y este principio más general es sometido al mismo proceso de análisis conceptual, determinación de sus consecuencias lógicas *vis á vis* nuestras intuiciones y contraste con otros principios, hasta que se supone que es posible formular un principio aún más general, y así sucesivamente. Es cierto que en este proceso se recurre a nuestras convicciones intuitivas y que, teóricamente, estamos destinados a llegar a un cierto nivel en la discusión en que debamos declarar que el principio a que arribamos es "último" y no puede inferirse de otro principio más básico; pero también es verdad que en el curso de tal proceso acudimos a *razones* que pueden oponerse a un hipotético contrincante; razones tales como que el principio que defendemos tiene consecuencias que el oponente estaría dispuesto a aceptar o que elude otras que él rechazaría, que el principio en cuestión no es incompatible con otros que él defiende, o que se infiere de un principio más general que el endosa, que ciertas distinciones conceptuales son más aptas que otras para formular un principio de modo que éste tenga las virtudes mencionadas, etc. Es decir que, aun admitiendo la indemostrabilidad racional de los principios morales últimos y la inevitable apelación en ciertos puntos críticos a convicciones intuitivas la razón tiene un papel crucial en la deliberación moral.

Esto no ha sido negado por prácticamente ningún filósofo moral respetable, no obstante lo cual se ha producido una especie de vulgarización de formante de algunas concepciones éticas, suponiéndose que ellas vedan todo razonamiento en materia moral y excluyen al discurso axiológico del ámbito de la especulación teórica "seria". De este modo, a diferencia del escepticismo filosófico referido a principios y postulados básicos de las ciencias naturales y de las matemáticas, que no ha inhibido a los científicos a proseguir con su actividad, el escepticismo ético ha obtenido una suerte de auto-confirmación, desalentando a intelectuales, preocupados por desarrollar una actividad teórica con jerarquía académica, a encarar la discusión de problemas axiológicos, bajo la suposición de que ello corresponde sólo a predicadores, visionarios o propagandistas políticos.

Esto tiene una obvia relevancia para la determinación de los alcances de la actividad intelectual que los juristas teóricos pueden legítimamente encarar. En la medida en que se admita que la argumentación racional juega un importante rol en la discusión de cuestiones axiológicas, no hay razón "a priori" para que los teóricos del derecho deban abstenerse de seguir cumpliendo su influyente función de proponer alternativas para re-formular el sistema jurídico de tal modo de adecuarlo a ciertos postulados valorativos.

Aún más, es en relación a esta función que el desarrollo de Alchourrón y Bulygin, que hemos discutido en la conferencia precedente, respecto del concepto de sistema y de la actividad de sistematización, es sumamente esclarecedor para dar cuenta de la estructura de las teorías jurídicas y de su adecuación a cánones de racionalidad. Mientras que la sistematización tiene, como vimos, un alcance muy limitado cuando se la constriñe a los enunciados que integran un orden jurídico positivo, ella cumple un papel fundamental cuando se trata de adecuar el orden jurídico a postulados axiológicos: En este caso, los juristas deben encarar como tarea preeminente la de integrar en un sistema consistente y lo más económico posible de principios valorativos considerados válidos, a las normas jurídicas positivas interpretadas de cierta forma. Para ello, no solamente deben sistematizar sus convicciones axiológicas, lo que exige, como vimos, hacer explícitas las consecuencias lógicas de ciertos juicios éticos e intentar reemplazarlos por principios más generales equivalentes, sino que deben también formular hipótesis interpretativas de las normas jurídicas vigentes que permitan que las consecuencias lógicas de tales normas sean compatibles y, si es posible, coincidentes con las que se infieren de los principios

xiológicos aceptados. En todo este proceso la inferencia explícita de consecuencias lógicas de ciertos enunciados y lo que Alchourrón y Bulygin llaman inducción jurídica” tienen un rol crucial. Estos autores admiten explícitamente que su modelo de actividad teórica frente al derecho puede ser ampliado de esta forma, cuando sostienen que la base del orden normativo que se sistematiza no tiene que estar necesariamente integrada por las normas jurídicas positivas (aunque creen, equivocadamente, que esta ampliación implica una concepción iusnaturalista) (5). De este modo el modelo que proponen es válido y fecundo en tanto y en cuanto se deje de lado sus comentarios marginales respecto de la “irracionalidad” de la tarea de asignar una interpretación semántica a las normas jurídicas y la impropiedad de que los juristas teóricos encaren una re-formulación del sistema positivo que “corresponde al legislador”. También es esclarecedor, para comprender el carácter racional de la actividad teórica encaminada a reconstruir el sistema jurídico para ajustarlo a principios de justicia, lo que estos autores dicen en relación al hecho de que la sistematización es uno de los rasgos centrales que tienen en común las ciencias empíricas y formales, independientemente de cómo se seleccionen sus respectivos axiomas; o sea que, sin perjuicio de la supuesta imposibilidad de justificar racionalmente los postulados valorativos últimos que subyacen a la elaboración de teorías jurídicas, tal elaboración comparte con aquellas ciencias (sin que por ello merezca necesariamente el título de “ciencia”) la pretensión de sistematizar un conjunto de enunciados primitivos. Creo, entonces, que mientras la sistematización jurídica se transforma en una tarea que es frecuentemente o bien imposible o casi banal cuando ella es constreñida a operar, en el marco de una supuesta ciencia empírica que se limita a dar cuenta del derecho positivo, ella adquiere enorme relevancia como componente racional de la actividad normativa de re-formular el sistema en concordancia con principios valorativos.

El desarrollo de esta conferencia se ha limitado a intentar socavar la confianza con que frecuentemente se aduce que la actividad teórica frente al derecho debe eludir consideraciones y elaboraciones de índole axiológica para preservar su carácter racional. No he ofrecido, sin embargo, razones por las cuales los juristas teóricos deberían encarar este tipo de empresa intelectual — como de hecho lo hacen, aunque muchas veces en forma encubierta—, ni he sugerido cuáles deberían ser los lineamientos y alcances de este modelo de teorización jurídica. Estos temas serán desarrollados en la siguiente, y última conferencia.

VI. EL MODELO DE UNA "CIENCIA" NORMATIVA DEL DERECHO

Las preguntas que intento responder en esta conferencia final son las siguientes: Primero ¿por qué los juristas teóricos deben encarar la discusión de pautas y consideraciones de índole axiológica que son relevantes para determinar la justificabilidad de las normas jurídicas positivas y su eventual reformulación? Segundo, suponiendo que los juristas deban encarar tal tipo de discusión ¿cuáles son los lineamientos generales a los que deberían conformarse sus elaboraciones teóricas?

La primera pregunta tiene una respuesta muy simple, pero que exige una fundamentación bastante compleja.

La respuesta es que la función principal de la actividad de los juristas teóricos, que ha determinado su enorme importancia e influencia en el desarrollo del derecho en los países de la tradición continental-europea, es y ha sido siempre la de proporcionar guías para la administración de justicia, ofreciendo orientaciones "*de sententia ferenda*". En aquellos países, como los del "common law" en que las elaboraciones de los juristas teóricos tienen escasa relevancia -hasta el punto de que la idea de una "ciencia jurídica" resulta totalmente extraña- ningún iusfilósofo se preocupa por analizar su metodología y presupuestos epistemológicos - esta función de suministrar pautas para las decisiones judiciales se da en forma mucho más atenuada, y los escritores y profesores de derecho suelen limitarse a describir y sistematizar las reglas legislativas y jurisprudenciales vigentes. Aquí tenemos la aparente paradoja de que cuanto más se ajustan los juristas a los modelos "científicos" que hemos comentado en las conferencias anteriores, menos se considera a su actividad como científica y socialmente relevante. Por cierto que esta auto-limitación de la actividad de los juristas anglosajones no se debe a su convencimiento de que, de este modo, respetan los cánones de una verdadera ciencia jurídica, sino principalmente, según creo, a la ten

encia de la magistratura en esos países a encarar por sí misma la discusión de problemas teóricos relevantes para sus decisiones, tomando escasa noticia de las recomendaciones de los escritores de derecho (incluso existía en Inglaterra hasta hace muy poco la regla no escrita y respetada sólo con ligeras desviaciones de que los jueces no deben citar en sus decisiones opiniones de escritores contemporáneos). Curiosamente, los teóricos que asumen con más resolución la crítica de las decisiones judiciales y la tarea de proponer pautas generales para futuras decisiones, no son los tratadistas especializados en las diferentes ramas jurídicas, sino, sobre todo, los filósofos del derecho preocupados por determinar las bases axiológicas fundamentales sobre las que debe asentarse el orden jurídico.

Sin embargo, afirmar que la función central de las elaboraciones que los jueces desarrollan consiste en guiar la administración de justicia, no es una respuesta satisfactoria al interrogante de por qué deben encarar la discusión de problemas valorativos, a menos que se muestre que las decisiones judiciales dependen necesariamente de consideraciones axiológicas.

Hay varias razones que determinan esa dependencia entre los fallos de los jueces y la consideración de principios valorativos, criterios de justicia, concepciones ideológicas, etc.

En primer lugar, como ya se dijo repetidamente, los jueces deben enfrentar el problema de asignar significado al lenguaje con que se expresan las normas que ellos están obligados a aplicar según las reglas de reconocimiento del sistema. En el caso de las normas legisladas, hay una formulación "canónica" de tales normas que los jueces no pueden alterar, pero no hay, en cambio, un procedimiento canónico, vale decir homologado oficialmente, para asignar referencia semántica a tal formulación lingüística. Generalmente se supone, como algo obvio que no requiere fundamentación especial, que las palabras de la ley tienen el significado que se les suele asignar en los usos lingüísticos corrientes, salvo el caso de algunas pocas expresiones técnicas que sólo tienen significado, o tienen un significado especial, en contextos jurídicos. Sin embargo, la razón de esta afirmación dista de ser obvia. En contextos ajenos al derecho, la regla que prescribe interpretar las oraciones que formulamos según el uso común del lenguaje es una mera guía práctica que se apoya en la presunción de que quien habla suele usar el lenguaje con el mismo sentido con que se lo emplea en su comunidad lingüística. Esta presunción es dejada de la-

do tan pronto como tenemos indicios de que el hablante ha empleado ciertas palabras con un significado heterodoxo, que diverge del que es usual en el lenguaje corriente. Aunque cuando hablamos del significado de alguna oración incurrimos en cierta ambigüedad, en general estamos dispuestos a conceder que él depende, en última instancia de la intención de quien la formuló (es sugestivo que tanto en castellano como en inglés la palabra “significado” — “meaning” — está relacionada con “querer decir” — “to mean” —). La idea de que el lenguaje legal tiene el significado que surge del empleo corriente de las palabras que integran tal lenguaje no puede, entonces, fundarse meramente en una concepción según la cual toda pieza lingüística tiene necesariamente el significado que se le asigna en la comunidad en cuyo contexto se emite. Para transformar a la “regla del uso común”, de una guía práctica para inferir qué es lo que se quiso decir con cierta oración a una prescripción acerca del significado que debe asignarse necesariamente a las palabras de la ley, debe recurrirse a consideraciones axiológicas o pragmáticas. Estas son bastante obvias y están, naturalmente, relacionadas con la exigencia de publicidad de las normas jurídicas, o sea con la necesidad de facilitar el conocimiento de las prescripciones jurídicas por parte de sus destinatarios; esto permite, a su vez, alcanzar cierto grado de previsibilidad de las decisiones judiciales que se apoyan en tales prescripciones. Pero una vez que se pone de manifiesto el tipo de consideraciones que favorecen recurrir a los usos corrientes para atribuir significado al lenguaje legal, queda claro que tales consideraciones axiológicas no son absolutas, y deben ponerse en balance con otras consideraciones de la misma índole, como por ejemplo la necesidad de evitar soluciones gravemente injustas. Cuando los propósitos del órgano que emitió la norma jurídica en cuestión no son claros, puede haber tanto fundamento para afirmar que la obediencia a ese órgano exige suponer que no ha pretendido consagrar tal injusticia y que ha usado el lenguaje con un significado distinto al ordinario, como para sostener que esa obediencia sólo es compatible con el presupuesto de que tal órgano ha seguido el uso corriente al formular la norma en cuestión, aun cuando eso implique establecer soluciones que se consideran injustas.

En segundo término, aún admitiendo que el lenguaje con que las normas jurídicas son expresadas debe ser entendido por los órganos de aplicación de acuerdo al significado corriente en la comunidad lingüística, el sistema jurídico puede presentar indeterminaciones de distinto tipo. Tales indeterminaciones pueden deberse a factores pragmáticos, como la incertidumbre acerca de la formulación correcta de una norma jurídica (sea porque se trata de una

norma consuetudinaria o jurisprudencial que no tiene formulación canónica o sea porque existen dudas acerca del texto oficial de una norma legislada), a factores semánticos o sintácticos, como la ambigüedad, vaguedad y textura abierta del lenguaje legal interpretado de acuerdo al significado corriente o las ambigüedades de ciertas conectivas sintácticas, a factores lógicos, como la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema.

El pensamiento jurídico tradicional está imbuido, como se dijo en la primera conferencia, de una pertinaz tendencia a negar la existencia de indeterminaciones en el sistema jurídico o, en todo caso, a sostener que existen medios para resolver tales indeterminaciones que arrojan resultados unívocos y se apoyan en consideraciones "objetivas" y axiológicamente neutrales. Así se suele sostener que el lenguaje legal emplea conceptos que gozan de la absoluta precisión de los conceptos matemáticos, como lo ha sostenido Sebastián Soler en su polémica con Genaro R. Carrió (1). O que el derecho es inherentemente completo y consistente, tal como lo ha afirmado, según vimos, Kelsen al negar la existencia de lagunas y contradicciones. Cuando se admite que el derecho puede presentar indeterminaciones, se suele sostener, empero, que hay métodos de interpretación, concepciones acerca de la "naturaleza jurídica" del instituto regulado, teorías generales acerca de la estructura y finalidad del orden jurídico, etc., que permiten resolver tales indeterminaciones en forma unívoca y objetiva sin recurrir a consideraciones axiológicas. Sin embargo, ambas pretensiones alternativas son infundadas. Autores como Ross, Hart, Carrió, Alchourrón y Bulgin, etc., han mostrado fehacientemente los errores conceptuales que se esconden detrás de los argumentos tendientes a negar que el lenguaje de la ley puede ser vago o ambiguo o que el sistema jurídico puede tener lagunas y contradicciones. También la filosofía del derecho contemporánea ha puesto de manifiesto que los llamados "métodos de interpretación" no arrojan resultados unívocos y su empleo presupone posturas valorativas; que las teorías sobre la "naturaleza jurídica" de diferentes instituciones y acerca de datos estructurales de la realidad jurídica envuelven concepciones epistemológicas espúreas y supuestos axiológicos encubiertos; que la pretensión del conceptualismo de derivar soluciones substantivas para casos no resueltos por el derecho positivo es quimérica en tanto y en cuanto desconoce que no se pueden inferir soluciones normativas de premisas que no son, ellas mismas normativas, y que, no proveyendo el orden jurídico tales premisas, debe recurrirse a pautas normativas extra-jurídicas. En síntesis, el orden jurídico no constituye, en los hechos, un sistema auto-suficiente para resolver cualquier caso concebible. Y, no siendo posible resolver los casos no previstos

unívocamente mediante técnicas de interpretación y de reconstrucción del sistema axiológicamente neutrales, los jueces están compelidos a resolver tales casos recurriendo, en algún punto de su razonamiento, a principios y reglas no jurídicos.

En tercer lugar, e independientemente del problema de la indeterminación del derecho positivo, no hay una modalidad única de aplicación de normas jurídicas a casos particulares. Aun cuando el alcance de una norma jurídica sea claro, los jueces pueden conformar sus decisiones a tal norma siguiendo modelos diferentes de observancia normativa. En ciertos contextos, como el de aplicación y obediencia de órdenes y regulaciones militares, el modelo de conformidad que se suele adoptar no tiene en cuenta, generalmente, las razones por las cuales el precepto en cuestión fué emitido y la aplicación y obediencia de éste exige atenerse a su texto literal, aún cuando ello implique frustrar tales razones subyacentes. En otros contextos, tal modelo de conformidad normativa resulta absurdo y se espera que los actos de aplicación u observancia tengan en cuenta consideraciones relacionadas con la satisfacción de los propósitos o razones que determinaron la sanción de la prescripción en cuestión. En estos casos, no se considera que se viola la norma si no se hace lo que ella explícitamente prescribe cuando ello frustraría o, en todo caso, no satisfaría su finalidad implícita. No sólo la elección de uno u otro modelo de conformidad normativa por parte de los jueces, implica que éstos deben tener en cuenta consideraciones de índole valorativa en favor o en contra de adoptar cada uno de ellos, sino que también, en caso de decidirse por el modelo que dá relevancia a las razones que subyacen a los preceptos jurídicos, los jueces deben incurrir en una sutil apreciación de propósitos y finalidades en la que factores valorativos juegan un papel decisivo. Esto se dá en forma mucho más marcada si se avanza todavía un paso más y, en lugar de tener en cuenta las razones que, históricamente determinaron la sanción de una norma jurídica, se consideran las razones que *justifican* tal sanción, aún cuando ellas no correspondan a los propósitos reales de los autores del material jurídico en cuestión (lo que parece razonable hacer, por ejemplo cuando se trata de legislación de antigua data enfrentada con circunstancias sociales diferentes y con un consenso valorativo distinto a los que se daban en el momento de su sanción) (2).

En cuarto término, y mucho más importante que las consideraciones anteriores, se debe mencionar el hecho de que el derecho positivo no provee ra-

zonas suficientes para justificar una decisión, aun cuando el orden en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse. Si el concepto de derecho se define, como los positivistas proponen, sobre la base de propiedades fácticas y sin recurrir a características valorativas o normativas, las proposiciones que dicen que un cierto derecho positivo establece una obligación, un derecho, una sanción, etc., para un determinado caso, son reducibles a enunciados que dan cuenta de ciertos hechos, y los hechos no permiten por sí solos justificar una acción o decisión. Señalar que cierto estado de cosas se da puede ser sólo una razón *auxiliar* para justificar una decisión cuando se combina con razones *operativas*, tales como deseos o intereses o consideraciones de índole moral (3). Se podría decir que hay, en general dos tipos de razones operativas para justificar acciones o decisiones: razones prudenciales, relacionadas con la satisfacción de los intereses del propio agente, y razones morales; estas últimas tienen prioridad sobre las primeras, en el sentido de que cuando ellas son relevantes, o sea cuando la decisión o acción en cuestión no es moralmente indiferente, las consideraciones prudenciales dejan de ser razones para *justificar* la conducta, aunque puedan ser razones que permitan *explicarla*. Cuando las normas jurídicas son concebidas en términos puramente fácticos (o sea, cuando se las concibe como reducibles a datos fácticos) ellas no constituyen razones operativas que permitan por sí mismas ofrecer una justificación de cierta decisión judicial; si la decisión en cuestión es moralmente relevante como la mayoría de las decisiones judiciales lo son, sólo razones de índole moral pueden proveer una justificación de tal decisión. En este sentido, G. J. Warnock (4) afirma lo siguiente: "Se dice a veces que las reglas "proveen razones para actuar"; y uno podría estar de acuerdo con eso, sujeto sin embargo, al requerimiento general de que ellas no sólo existan, sino que sean, además, reglas razonables... (p. 41). (L) aplicabilidad de una regla a un caso particular, por mejor que sea esa regla, no es, en general, una razón *concluyente* para actuar en esa situación como la regla lo exige... (p. 42)". A su vez A. J. Richards (5) sostiene "como se indicó previamente, una regla social (tal como una norma jurídica) puede existir y aplicarse a una persona que rechaza completamente la regla; tal rechazo puede derivar no meramente de consideraciones de auto-interés, sino del punto de vista de alguien que no acepta la regla porque no está moralmente justificada. No podemos resolver el conflicto de creencias entre quien acepta una regla y quien no la acepta sobre la mera base de reglas sociales *per se*... Este hecho es consecuencia de la relación lógica mencionada que se da entre reglas sociales y razones para actuar, o sea que la existencia de reglas sociales implica ciertas *supuestas* razones para

actuar y no que hay tales razones. Para avanzar en la dirección de resolver el desacuerdo entre quien acepta y rechaza una regla social, debemos movernos hacia un nivel completamente diferente de reglas, en el que la relación entre razones y reglas existentes no es una relación de suposición o creencia sino una relación de hecho. Un tipo de consideraciones para justificar reglas sociales tiene especial importancia y prioridad, ellas son las consideraciones definidas por principios (de racionalidad y moralidad). Así, no será generalmente una respuesta satisfactoria a la pregunta “¿debo obedecer esta ley?”, responder con la razón: “sí; la ley requiere que ud. obedezca”, salvo que se esté asumiendo tácitamente algún *Standard* ulterior. Pero es frecuentemente una respuesta satisfactoria y suficiente a tal pregunta la que señala la relevancia del principio de equidad que prescribe asumir cargas y desventajas después de haber aceptado los beneficios de un sistema cooperativo y mutuamente ventajoso” (ps. 24 y 25).

Los jueces son tan moralmente responsables como todos nosotros por sus actos y decisiones, y el hecho de aplicar lo que ciertas prescripciones positivas disponen no los exime de tal responsabilidad. En la medida en que ellos pretendan satisfacer esa responsabilidad emitiendo decisiones que sean justificables no pueden limitarse a determinar que ellas están impuestas por normas jurídicas vigentes sino que deben asumir presupuestos axiológicos que hacen legítima la observancia de tales normas. Esto no quiere decir, por supuesto, que los jueces deben resolver cada caso siguiendo sólo consideraciones de justicia y equidad como si no hubiera normas jurídicas que regulan ese caso y ellos fueran llamados a legislar sobre el punto. Hay generalmente razones vinculadas con el respeto a órganos legislativos legítimos, la necesidad de proveer cierto grado de seguridad y previsibilidad de las decisiones judiciales, la conveniencia de contribuir a una vida social ordenada, la exigencia de tratar casos similares en forma similar, que justifican aplicar normas jurídicas vigentes aún cuando ellas impliquen soluciones moderadamente injustas en algunos casos particulares. Pero tales razones son de naturaleza axiológica y deben ser puestas en balance con consideraciones, que pueden, en algunos casos prevalecer, acerca de la justicia o injusticia de la solución prescripta en un caso particular. Los jueces que entienden que su deber consiste en aplicar las normas jurídicas positivas con total independencia de su valor moral, asumen de cualquier modo una postura moral, basada en el principio pseudo-positivista de que cualquier derecho positivo es moralmente obligatorio, que, cuando es defendido en forma universal y sin calificaciones, es, por lo menos, discutible.

Estas consideraciones muestran la necesaria dependencia que existe entre la tarea judicial y la adopción de posturas axiológicas. Los órganos encargados de resolver conflictos entre particulares están compelidos a asumir posiciones de índole valorativa cuando deciden qué significado debe atribuirse a una norma jurídica positiva, cómo debe circunscribirse ese significado cuando éste es parcialmente indeterminado, cómo debería aplicarse la norma jurídica en cuestión y, en última instancia, si ésta debe o no aplicarse al caso que tienen entre manos.

En la medida en que los jueces no pueden eludir recurrir a consideraciones valorativas para resolver estas cuestiones, parece absurdo que los juristas teóricos, movidos por pruritos acerca de la naturaleza "científica" de su actividad, se abstengan de asistirlos en esta tarea, renunciando a su función tradicional, por lo menos en el ámbito continental-europeo, de proveer orientaciones para la administración de justicia. Obviamente, los juristas académicos se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que los jueces para encarar consideraciones de filosofía política y moral de las que pueden inferirse pautas para resolver los problemas axiológicos que se enfrentan en la tarea jurisdiccional; los teóricos del derecho no están constreñidos por la necesidad y urgencia de resolver casos concretos, y tienen mejores oportunidades de desarrollar especulaciones generales, testando sus consecuencias tanto en relación a casos reales como hipotéticos. Una sentencia judicial no puede convertirse en un tratado que desarrolle exhaustivamente la fundamentación de los principios valorativos que subyacen a la decisión de aplicar cierta norma jurídica, asignarle determinado significado, o dar al caso cierta solución que no está impuesta por el orden jurídico, mostrando las implicaciones de esos principios en áreas ajenas al caso que debe resolverse. Por eso es que en los países del "common law", en que los juristas teóricos no encaran, generalmente, este tipo de discusión, los jueces no pueden reemplazarlos en esa actividad teórica, y deben limitarse a recurrir a juicios valorativos de bajo nivel de generalidad que se formulan *ad hoc* para dar cuenta de sus intuiciones acerca de cuál es la solución valorativamente satisfactoria para el caso concreto que tienen entre manos. Esto produce un estilo intuicionista de administración de justicia, arrojando soluciones particulares que es difícil encuadrar consistentemente en un sistema de principios generales (6).

Asumiendo, entonces, que los juristas académicos cumplen una función importante cuando encaran la tarea de discutir problemas axiológicos relevan-

tes para la actividad jurisdiccional, el interrogante que corresponde plantearse a continuación es el de cómo deben desarrollar esta labor teórica.

Hay dos niveles en los que se puede desenvolver la discusión de problemas valorativos involucrados en la justificación de soluciones jurídicas:

En un primer nivel, que corresponde aproximadamente a lo que se suele considerar elaboraciones de filosofía del derecho normativo o práctica (por oposición a la filosofía del derecho analítica o conceptual ocupada de esclarecer cuestiones epistemológicas, conceptuales y lógicas relevantes para la comprensión de los fenómenos jurídicos y del razonamiento jurídico), se encara la discusión acerca de la justificabilidad, a la luz de ciertos principios o concepciones axiológicas básicas, de instituciones jurídicas fundamentales: *standards* jurídicos reconocidos y prácticas generales de creación y aplicación del derecho. Los problemas que han sido más frecuentemente discutidos desde esta perspectiva son, por ejemplo, el alcance y límites de la separación de poderes, la justificación de la pena, el reconocimiento jurídico de la moral positiva, la justificación del reconocimiento de los contratos entre particulares como medio de distribución de bienes, la legitimidad de diferentes regulaciones acerca de la adquisición y transmisión de derechos de propiedad sobre bienes y recursos económicos, el alcance que debe asignarse a la institución de matrimonio, los límites del reconocimiento jurídico de personas colectivas, los intereses individuales que merecen protección jurídica, etc. Obviamente la discusión de estas cuestiones generales presupone encarar consideraciones de filosofía política y moral, con las que la filosofía del derecho normativo se encuentra estrechamente relacionada. El resultado directo de este tipo de discusiones es proporcionar pautas de *lege ferenda* que permiten justificar o enjuiciar regulaciones jurídicas positivas y orientar su eventual modificación. Pero esta clase de elaboraciones tiene también un impacto importante en la actividad jurisdiccional, no solamente porque los jueces moralmente responsables, como vimos, deben recurrir a ellas para justificar su reconocimiento de las normas jurídicas positivas, sino también porque, tal como ahora vamos a ver, las conclusiones de estas elaboraciones están en el trasfondo de las decisiones acerca de la forma de interpretar y aplicar tales normas jurídicas.

En un segundo nivel, la teoría jurídica concebida como actividad fundamentalmente normativa, presupone sin someter a discusión la justificabilidad de las normas jurídicas positivas, o sea de las normas que los jueces, de

hecho, reconocen y se ocupa de proponer directivas para la interpretación de tales normas y para superar sus indeterminaciones. Aquí se trata no de encarar la tarea de determinar hasta que punto el orden jurídico vigente se conforma a ciertas concepciones y principios valorativos sino de proponer formas para completarlo y reconstruirlo, de modo de permitir derivar soluciones axiológicamente satisfactorias para casos en relación a los cuales el sistema original era indeterminado (por presentar lagunas o contradicciones, vaguedad o ambigüedades semánticas, etc). En este nivel teórico se toma el reconocimiento, sobre todo de parte de los jueces, de las normas que integran el orden jurídico, como un hecho consumado, como un dato con el que hay que contar para toda elaboración ulterior, y se encara la tarea de recomendar cierta interpretación de tales normas y formas de eliminar las lagunas e inconsistencias que el sistema puede presentar, con la pretensión de que las soluciones que se infieren del sistema así reformulado son, de todas las alternativas compatibles con el reconocimiento de las normas en cuestión, las que mejor se adecúan a concepciones axiológicas y principios de justicia aceptados como válidos. Obviamente, es este tipo de tarea la que desarrollan los teóricos de las diversas especializaciones jurídicas, y la denominación de su actividad como "dogmática" ilustra claramente, como vimos, el hecho de que su función principal no es evaluar el reconocimiento de las normas jurídicas positivas, sino, adoptando a tales normas como "dogmas", proponer soluciones axiológicamente adecuadas que puedan derivarse de, o al menos que sean compatibles con, las normas en cuestión. Por supuesto que una característica de la dogmática jurídica, como vimos en la primera conferencia, consiste en no reconocer la índole normativa de su actividad y el hecho de que ella se apoya en presupuestos axiológicos subyacentes, bajo la pretensión de que ella consiste en una mera descripción del sistema positivo y que las soluciones propuestas se derivan únicamente de las normas jurídicas vigentes una vez que éstas son analizadas a través de cierto esquema conceptual "científicamente" construído. Pero la falta de reconocimiento de la función normativa de la dogmática jurídica no precluye tal función sino que determina que ella se lleve a cabo en forma encubierta y que generalmente se apoye en intuiciones acerca de la solución axiológicamente adecuada de casos más o menos circunscriptos - lo que lleva a proponer distinciones conceptuales capaces de arrojar la solución preferida-, en lugar de fundamentar las propuestas de reformulación del orden jurídico en un sistema consistente de principios axiológicos generales.

Como se dijo en la segunda conferencia, es en relación a este tipo de

actividad teórica de los juristas que puede tener alguna plausibilidad la idea de Kelsen, recogida por Raz, de que el pensamiento jurídico opera sobre la base de la presuposición hipotética de la validez, fuerza obligatoria o justificabilidad de las prescripciones jurídicas positivas. Esto no ocurre así porque tal presuposición sea necesaria para acceder al conocimiento de fenómenos normativos, sino porque ella constituye una postulación conveniente cuando se trata de recomendar ciertas alternativas para manejar un material normativo cuyo reconocimiento se asume como un hecho sin someterlo a evaluación crítica. Aún así, esta postulación es más compatible con cierta modalidad de reconstrucción del sistema positivo que con otras; esto lo veremos a continuación.

Hay diferentes formas de proceder a reconstruir el sistema jurídico sobre la base de normas oficialmente reconocidas, y tales modalidades dependen de la relación que se pretenda establecer entre esta tarea teórica y la elaboración de concepciones y principios generales que permiten valorar la justificabilidad de instituciones y normas jurídicas.

Una posible modalidad de reformulación del sistema ha sido explícitamente propuesta por Ronald Dworkin bajo el nombre de "la articulación consistente del orden jurídico" (7). La idea consiste, en síntesis, en que la reconstrucción del sistema jurídico de tal modo de eliminar sus indeterminaciones y resolver casos no previstos debe hacerse recurriendo a principios que deriven de la teoría normativa axiológicamente más adecuada que permita justificar las normas institucionalmente reconocidas. Esto implica que la concepción o teoría normativa general de la cual deben inferirse pautas para completar y asignar un alcance preciso al sistema jurídico tiene que satisfacer dos condiciones: Primero, ella tiene que implicar las normas jurídicas positivas, permitiendo, de este modo, justificar las mismas; segundo, ella debe ser la mejor, en términos axiológicos, de todas las posibles teorías alternativas que cumplen con el primer test. Para entender cabalmente esta idea, es necesario destacar que la teoría en cuestión no sólo debe justificar la sanción y el reconocimiento de las normas jurídicas positivas lo que involucraría consideraciones acerca de la legitimidad de los órganos que las han dictado, la exigencia de que los jueces no invaden las funciones de tales órganos, la necesidad de proveer a la existencia de un esquema ordenado, estable y previsible de cooperación social, etc., pero que presumiblemente no bastaría para inferir principios sustantivos capaces de resolver casos no regulados; la teoría debe tam-

bién justificar el *contenido* de tales normas incluyendo principios o consideraciones de los que puedan inferirse las soluciones que ellas estipulan. Las normas positivas cumplirán, de este modo, un papel paralelo al que satisfacen las proposiciones observacionales y las generalizaciones empíricas respecto de las teorías científicas; las normas institucionalmente reconocidas servirían como datos para corroborar las teorías normativas jurídicas en tanto y en cuanto puedan inferirse lógicamente de estas últimas. A su vez las teorías jurídicas serían análogas a las teorías que se formulan en el contexto de las ciencias naturales en el sentido de que no sólo permiten derivar normas reconocidas sino también nuevos *standards*, del mismo modo que las teorías científicas permiten derivar nuevas leyes empíricas (8). Con esta concepción de la tarea de reconstrucción de un orden jurídico, se puede entender mejor la noción kelseniana de la norma básica, o sea la idea de que los juristas asumen como hipótesis la validez de las prescripciones jurídicas positivas; el razonamiento jurídico típico se podría enunciar diciendo: "bajo el supuesto de que las reglas institucionalmente reconocidas deben ser aplicadas y observadas, debe también aceptarse este otro *standard*, que deriva de la teoría o concepción que ofrece la mejor justificación de aquellas reglas".

Por supuesto que este modelo de reconstrucción del derecho positivo no constituye algo nuevo para los juristas de la tradición europea-continental, ya que buena parte de su actividad teórica se conforma, como lo he apuntado en otro trabajo (9), precisamente a estos lineamientos. La formulación de teorías jurídicas, tales como la teoría general del delito y las sub-teorías que se formulan en su contexto, si bien tiene la función de permitir derivar nuevos *standards* para resolver casos no solucionados por el sistema jurídico, está sometida a la restricción de que las teorías en cuestión se adecúen a las reglas pertenecientes a tal sistema. Esto no se satisface plenamente con la mera compatibilidad entre tales reglas y la teoría propuesta, sino que se considera que, de dos teorías alternativas, es preferible aquella que permite inferir el mayor conjunto de preceptos del sistema positivo. Por ejemplo, la llamada "teoría normativa de la culpabilidad" en derecho penal ha sido preferida a la anterior "teoría psicológica" por la razón de que se supuso que la primera permitía justificar mejor que la última las normas positivas relativas al estado de necesidad y a la "culpa sin previsión". Este es, obviamente, el procedimiento de la "inducción jurídica", que Alchourrón y Bulygin exponen, pero que, a diferencia de la descripción que de él hacen estos autores, no está dirigido a buscar principios normativamente equivalentes a las reglas del sistema, sino principios o

concepciones normativas más generales que el conjunto de tales reglas, que impliquen a estas últimas pero que permitan inferir también otras reglas. De modo que el modelo de “la articulación consistente” que propone Dworkin es descriptivamente adecuado, ya que refleja con bastante fidelidad los lineamientos del razonamiento de juristas y jueces cuando proceden a reconstruir el sistema jurídico positivo. Es necesario determinar, sin embargo, si este modelo es también adecuado en su faz normativa, que Dworkin enfatiza, o sea si es razonable que el proceso de reconstrucción del orden jurídico se atenga a las limitaciones que este modelo impone.

Por un lado, el modelo de “la articulación consistente” resulta sumamente atractivo por dos razones. En primer lugar, porque parece proveer de objetividad a la tarea de reformular el derecho positivo al sujetar las concepciones axiológicas propuestas para inferir nuevos *standards* con el fin de completar el sistema, al test de su adecuación a las normas institucionalmente reconocidas; esto limita la variedad de concepciones y teorías que pueden proponerse con ese fin y proporciona un criterio intersubjetivamente discernible para evaluar tales teorías. Es más, si bien Dworkin advierte que, en el caso de que haya más de una teoría que satisfaga ese test, debe preferirse aquella que sea más adecuada desde el punto de vista axiológico, piensa que, frente a sistemas desarrollados que presentan un material sumamente rico, es muy difícil que se produzca una multiplicidad de teorías diferentes que se ajusten igualmente bien a ese material. En segundo término, el modelo en cuestión parece tener la ventaja de proporcionar a los jueces un esquema normativo *ideológicamente* consistente. Asumiendo que los jueces reconocen las normas jurídicas positivas (que son positivas precisamente por ese reconocimiento), el modelo propuesto permite que ellos acepten principios adicionales para resolver casos que tales normas no solucionan, sobre la base de los mismos fundamentos que podrían justificar su reconocimiento de aquellas normas. De este modo, los jueces tendrían a su alcance una concepción axiológica general que les permite justificar, por un lado, su aceptación de las normas sancionadas oficialmente, y, por el otro, la ampliación del sistema, mediante el reconocimiento de principios que no derivan de fuentes con autoridad, para resolver casos no previstos por aquellas normas.

Sin embargo, el modelo de “la articulación consistente” presenta también inconvenientes muy serios. El principal de ellos es que dá como resultado prácticas de administración de justicia indebidamente conservadoras al otor-

gar a las normas institucionalmente reconocidas, cualquiera sea su valor intrínseco, un “peso gravitacional” —para usar la expresión del propio Dworkin— que se extiende mucho más allá de su contenido y alcance explícitos. Si los jueces deciden reconocer una norma oficialmente sancionada, a pesar de considerar que las soluciones que ella establece son axiológicamente inadecuadas, fundando tal reconocimiento en consideraciones relacionadas con el respeto al órgano legislativo legítimo que la sancionó, la exigencia de orden, seguridad, previsibilidad, etc., es de suponer que tratarán de limitar el alcance de la norma en cuestión tanto como sea compatible con tales consideraciones en favor de su reconocimiento; sin embargo, el modelo propuesto los llevaría a *expandir* el efecto de reconocer esa norma, al obligarlos a solucionar los casos que ella no prevé de acuerdo con una concepción que permita presentar como legítimo el contenido de aquella. Por ejemplo, si los jueces, aceptando una concepción retribucionista de la pena que implica la exigencia de actitudes subjetivas para que una conducta sea punible, consideran injustas ciertas normas penales que imponen responsabilidad objetiva pero deciden que están, de todos modos, obligados a aplicarlas, cuando se enfrentan con un caso en que el derecho es indeterminado respecto de la exigencia o no de culpabilidad, en lugar de recurrir a su concepción valorativa general para concluir que la responsabilidad en ese caso, debe ser subjetiva, tendrían que resolver el caso de acuerdo a una teoría que justifique las normas que estipulan responsabilidad objetiva. Quizá a veces sea posible elaborar una teoría general que sirva tanto para justificar las normas positivas que se suponen injustas, como para inferir las soluciones que se consideran justas para los casos no previstos. Por ejemplo, en la situación con que ilustramos el problema, si las normas que fijan responsabilidad objetiva se refieren a delitos administrativos, o a delitos leves, o a delitos punibles con multas, etc., y los casos en que el sistema es indeterminado son de delitos que no encuadran en estas categorías, se podría tal vez, armar una concepción general según la cual la distinción en cuestión sea relevante para justificar diferencias en cuanto a la exigencia de actitudes subjetivas. Sin embargo, también es posible que no podamos diseñar una teoría general que permita, a la vez, dar cuenta de las normas vigentes y resolver los casos no previstos en la forma que consideramos axiológicamente adecuada; en este caso, tendríamos que conformarnos con soluciones que estimamos no plenamente insatisfactorias.

Asimismo, este modelo presenta la dificultad de compelerlos a hacer comparaciones entre teorías o concepciones que consideramos deficientes

desde el punto de vista axiológico. Si la teoría que refleja nuestras convicciones valorativas no se ajusta a las normas positivas y éstas pueden ser, en cambio, justificadas de acuerdo a varias teorías alternativas que consideramos axiológicamente inadecuadas ¿cómo podemos decidir cuál de estas teorías es mejor?. Las concepciones valorativas no se nos suelen presentar, como las manzanas o los automóviles, a lo largo de un continuo que se va progresivamente acercando a cierto ideal. Si yo defiendo, por ejemplo, una teoría consensual de la pena, como lo hago efectivamente (10), pero advierto que ella no se adecúa a ciertas normas del derecho positivo, y percibo, en cambio que ellas pueden conformarse tanto a una concepción utilitarista como a una retribucionista de la pena ¿con arreglo a qué criterio puedo decidirme por una u otra de estas concepciones que, por distintas razones, considero insatisfactorias?. Lo cierto es que la concepción valorativa general a la que adherimos es lo que nos sirve de criterio para evaluar soluciones, actos y prácticas, e indirectamente, otras concepciones que compiten con la nuestra; una vez que estamos compelidos a abandonar nuestra concepción por no ajustarse al derecho vigente, es muy difícil vislumbrar cuales serían los fundamentos para decidarnos por alguna otra concepción valorativa. Por otro lado, el ejemplo que discutimos recién, muestra hasta qué punto es artificial el procedimiento indicado y la actitud cínica que obliga a adoptar para llevarlo a cabo: él nos compele a alegar la relevancia de distinciones en las que, por hipótesis, no creemos (como la distinción entre delitos leves y graves a los efectos de la exigencia de actitudes subjetivas, que es una distinción irrelevante para la concepción retribucionista), con el fin de hacer algún lugar para las soluciones que sostenemos sobre la base de fundamentos distintos a los alegados. Es cierto que el razonamiento jurídico a veces toma este curso, pero es este tipo de argucias, precisamente, uno de los rasgos que determina que se suela desconfiar de la objetividad de tal razonamiento y que se pretenda “purificarlo” de toda consideración axiológica.

Finalmente, este modelo para la reconstrucción del sistema jurídico debe enfrentar el serio problema que se genera cuando el sistema en cuestión incluye materiales inconsistentes. Es obvio que ninguna teoría general coherente puede permitir justificar normas institucionalmente reconocidas que son contradictorias. Para resolver esta dificultad Dworkin sugiere (11) que debemos recurrir a cierta “teoría del error jurídico”, que nos permita descalificar como “equivocados” a algunos de los materiales que son incompatibles con otros. Pero es evidente que aquí entramos en un terreno resbaladizo que pue-

e conducimos a hacer vacuo el requisito de la adecuación a las normas institucionalmente reconocidas: podemos manipular la "teoría del error" en cuestión para descalificar a los materiales que no se conformen a nuestra concepción valorativa general, tanto más si tenemos en cuenta que, en la medida que aquella teoría tenga un contenido sustantivo, podríamos extenderla coherentemente a casos en que no hay una contradicción normativa pero estamos frente a normas cuyas soluciones hemos definido como equivocadas.

Algunos de los defectos del modelo de 'la articulación consistente' se reproducen en el modelo de reconstrucción del orden jurídico que, según hemos visto, sugiere Alf Ross sin demasiada explicitación. Este autor propone que los juristas extraigan pautas para proponer formas de reformular el sistema, no de la ideología que se supone implícita en el derecho vigente, sino de la ideología y objetivos de los grupos sociales dominantes. Según Ross, el formular propuestas de reconstrucción del sistema jurídico sobre la base de tomar como hipótesis las valoraciones que predominan en la sociedad y no las valoraciones de los propios juristas que formulan tales propuestas, permite a los juristas preservar su objetividad científica, limitándose a ejercer una especie de "ingeniería social". Pero como el modelo anterior, este esquema de labor normativa por parte de los juristas teóricos es injustificadamente conservador. ¿Cuál es la razón por la cual los juristas tendrían que basar sus propuestas de reconstrucción del sistema en las valoraciones vigentes, aún cuando las consideren inadecuadas? Es obvio que, aun cuando los juristas adopten tales valoraciones como hipótesis, sin pronunciarse sobre su validez y supeditando sus propuestas a la aceptación de aquéllas, el efecto de su labor sería contribuir a consolidar e implementar tales valoraciones, al mostrar formas de hacerlas efectivas a través de la reconstrucción del orden jurídico y al omitir presentar las implicaciones que tendrán una reconstrucción fundada en valoraciones diferentes. La presunta exigencia de objetividad científica no es una razón que justifique adoptar este esquema de labor teórica frente al derecho. La misma objetividad que se obtendría si las propuestas de los juristas se basaran en las valoraciones vigentes tomadas como hipótesis, se alcanzaría igualmente en el caso de basarse en las propias valoraciones. Si éstas fueran tomadas también en forma hipotética, o sea si se hiciera explícito que las propuestas que se formulan están supeditadas a la aceptación de ciertos presupuestos ideológicos que los juristas en cuestión consideran válidos. Esto se ve claro a través de la analogía con la ingeniería a la que Ross recurre. La labor de un ingeniero no es menos objetiva por el hecho de basar un proyecto en su propia

estimación de las necesidades y exigencias de utilidad, seguridad, costo, estética, etc, que debe satisfacer una obra, en lugar de basarlo en estimaciones similares de otra gente. Es cierto que esta analogía muestra también que lo que tal vez se resentiría en la tarea de los juristas consistente en proponer formas de reconstruir el sistema basadas en hipótesis axiológicas a las que ellos, pero no los grupos dominantes, adhieren, sería su efectividad; la probabilidad de que sus propuestas se materialicen a través de las decisiones de los órganos que detentan el poder. Pero, en primer lugar, se podría cuestionar el valor de la efectividad obtenida a costa de someterse a pautas valorativas que uno no comparte, y, en segundo término, resulta dudoso el alcance de la influencia que los juristas podrían tener a través de este procedimiento por las dificultades que existen para detectar unívocamente las valoraciones dominantes y por el hecho de que una teoría jurídica construida sobre estas bases quedaría obsoleta tan pronto las valoraciones vigentes cambien incluso aunque lo hagan en un sentido coincidente con las valoraciones de los autores de tal teoría.

Un modelo de actividad teórica normativa, tendiente a reconstruir el sistema jurídico, que contrasta nítidamente con los anteriores, es el que se puede caracterizar a través de una analogía con la formulación de estrategias de juego. Una estrategia de ajedrez, por ejemplo, es un conjunto de directivas que indican la forma de aprovechar las posibilidades que permiten las reglas del juego, que obviamente se toman como dato fijo, y las eventuales movidas del adversario, para alcanzar el objetivo de ganar el juego. Similarmente, una estrategia jurídica estaría encaminada a guiar a los jueces en su búsqueda de soluciones que satisfagan ideales de justicia y principios axiológicos considerados válidos, dentro del marco de las normas positivas cuya obligatoriedad los jueces reconocen, y aprovechándose, para ello, de las indeterminaciones que tales normas pueden presentar. La formulación de una estrategia de este tipo requiere recurrir a las elaboraciones de filosofía del derecho normativa que hemos mencionado respecto de la justificabilidad de diferentes instituciones y regulaciones jurídicas. En la medida en que un precepto jurídico no puede ser interpretado o aplicado de tal modo de satisfacer las conclusiones de tales elaboraciones sin subvertir las razones por las cuales tal precepto es judicialmente reconocido, la labor teórica tendrá que limitarse a señalar el conflicto entre el precepto en cuestión y las consideraciones axiológicas que pesan en su contra; en tal caso, esa labor teórica tendrá sólo relevancia como elaboración "*de lege ferenda*", a menos que las razones que muestran al precepto como axiológicamente insatisfactorio prevalezcan sobre las consideraciones

que determinan su reconocimiento por parte de los jueces. Pero si el precepto admite varias alternativas de interpretación o aplicación compatibles con su reconocimiento judicial, la función de la teoría jurídica es mostrar cuales de estas alternativas satisfacen mejor la concepción valorativa que permite justificar la institución jurídica en cuestión. Si, para volver al ejemplo anterior, nos encontramos con normas penales que son indeterminadas respecto de la exigencia o no de actividades subjetivas, una teoría normativa de la responsabilidad penal aplicada al sistema del que esas normas son parte, debe, según este modelo, recurrir a cierta concepción acerca de las condiciones en que la imposición de una pena está justificada, mostrando de que forma pueden tales normas ser interpretadas o aplicadas para satisfacer las exigencias de aquella concepción valorativa. A diferencia del modelo de "la articulación consistente" del orden jurídico, este modelo no exige que la concepción o teoría axiológica en la que la especulación jurídica se apoya permita justificar el contenido de las normas constitucionalmente reconocidas. Si esto ocurre, el resultado será, naturalmente, bienvenido; pero este modelo de la teoría jurídica como "estrategia" elude expandir el alcance de normas axiológicamente inadecuadas más allá del que está determinado por su reconocimiento institucional. Esto no implica promover que los jueces asuman una posición inconsistente al aceptar soluciones sobre la base de una concepción valorativa que no permite justificar el contenido de las normas positivas que ellos reconocen: En primer lugar, de haber alguna inconsistencia ella, no sería de carácter lógico puesto que las soluciones adoptadas para casos no claramente previstos y las soluciones que imponen ineludiblemente las normas positivas reconocidas se refieren a casos diferentes. Pero, en segundo término, tampoco hay una inconsistencia ideológica, puesto que las razones axiológicas por las cuales los jueces presumiblemente aceptan ciertas normas positivas pueden ser de índole diferente (o sea consideraciones vinculadas con la legitimidad de los órganos que las dictaron, la previsibilidad de las decisiones judiciales, etc) a la de las razones que indican el contenido que tales normas deberían tener; y es perfectamente consistente hacer prevalecer el primer tipo de razones cuando hay normas positivas que imponen una solución ineludible e inclinarse, en cambio, por el segundo tipo de razones cuando no hay tales normas (en cuyo caso aquellas consideraciones son inaplicables) o las normas positivas pueden ser adecuadamente interpretadas y aplicadas sin violentar las razones que determinan su reconocimiento.

Los órganos de aplicación que son consistentes del hecho de que su ac-

tividad implica ineludiblemente una toma de posición respecto de cuestiones axiológicas fundamentales encontrarán orientaciones sumamente valiosas en elaboraciones teóricas construidas de acuerdo a estos lineamientos. Por supuesto que el contar con tales elaboraciones no exime a los jueces de ejercer su propio juicio respecto de los problemas axiológicos involucrados en sus decisiones; pero en la medida en que tengan a su alcance diferentes desarrollos teóricos que parten explícitamente de distintas concepciones valorativas básicas, mostrando sus implicaciones para cuestiones particulares y la forma en que las normas positivas pueden ser interpretadas y aplicadas para adecuarlas a las exigencias de tales concepciones, los jueces contarán con un material invaluable para descargar su responsabilidad de alcanzar decisiones moralmente justificables con discernimiento y lucidez.

Obviamente una teoría jurídica normativa destinada a mostrar de qué forma puede reconstruirse un sector del orden jurídico para adecuarlo a concepciones y principios axiológicos, tiene aspectos descriptivos y lógicos sumamente relevantes. Ella debe dar cuenta de las normas institucionalmente reconocidas, proceder si es necesario y posible a una presentación más sistemática de las mismas, mostrar las consecuencias lógicas que se siguen de las interpretaciones adoptadas, y formular distinciones conceptuales que permitan manejar adecuadamente el material jurídico y las ideas valorativas subyacentes. Una tal teoría debe también tener en cuenta datos de carácter sociológico, económico, psicológico, etc. que pueden incidir en la aceptabilidad de las distintas soluciones propuestas. Los modelos de ciencia jurídica que hemos discutido en las conferencias anteriores enfatizan correctamente algunos de estos aspectos ineludibles de la labor jurídica, pero ellos presentan una imagen distorsionada de ésta al incluir la función principal que hace de la teorización que se desarrolla en torno a un derecho positivo una empresa intelectual sofisticada y socialmente relevante.

NOTAS

CAPITULO I

- (1) Ver C.S. Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica*, México 1974; *Notas de Introducción al derecho*, Bs. As. 1973—75, Vol. IV *Una teoría liberal del delito*, Bs. As, por publicarse.
- (2) F. González Vicen, "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", Madrid, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1961.
- (3) Ver una exposición y crítica de la teoría general del delito en C. S. Nino, *Una teoría liberal del delito*, Cit, cap. II.

CAPITULO II

- (1) Ver el prefacio a la primera edición, en la pág. VII de la versión francesa de la segunda edición; *Théorie pure du droit*. Paris, 1962, trad. por C. Eisenmann.
- (2) *Op. cit.*, p.1.
- (3) Ver, por ejemplo *op. cit.*, págs. 13 y ss. y págs. 255 y ss.
- (4) Ver esta forma de expresar la idea de validez en concordancia con pensamiento de Kelsen, en Joseph Raz, "Legal Validity" *Notre Dame Law Review*, p.7.
- (5) Ver "Kelsen's Theory of the Basic Norm", *American Journal of Jurisprudence* (1974).
- (6) Ver "Legal Validity", cit, y *Practical Reason and Norms*, Londres, 1975.

- 7) Ver, por ejemplo, *Théorie*, cit., p. 8.
- 8) *Théorie*, cit., p.7.
- 9) Alchourrón y Bulygin, en *Introducción a la metodología de las ciencias Jurídicas y Sociales*, Bs. As. 1974, pág. 120, Nota 8, presuponen que es la misma norma básica de Kelsen la que proporciona un criterio de pertenencia (o definición de "validez", en la terminología, de estos autores).
- (10) Ver *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1971,
- (11) Ver un desarrollo más amplio de estos problemas en C.S. Nino, "Some confusions around Kelsen's concept of validity", en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, Bd. LXIV/3 (1978), y "El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la Teoría Pura del Derecho", en *Derecho. Filosofía y Lenguaje. Homenaje a A. L. Gioja*, ed, por G.R. Carrió, Buenos Aires 1976.
- (12) Ver *Théorie*, cit, p. 98.
- (13) Ver *Teoría Pura del Derecho*, 1er. ed, tra. de M. Nilve, Bs. As. 1960, p. 40.
- (14) *Théorie*, cit, pág. 273/4
- (15) Ver *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, Bs. As. 1963, pág. 9 (nota).
- (16) Ver Alchourrón y Bulygin, cit, págs. 173 y 256.
- (17) Ver R.M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford, 1972, p. 124.
- (18) Ver *Théorie*, cit., págs. 102 y 103.
- (19) Ver "Una visita a Kelsen" Trad. de J. Esquivel, México, 1977, pág. 6. y ss.
- (20) Ver C.S. Nino, "Some confusions....", cit.
- (21) Ver op. cit., págs. 17 y ss.
- (22) Ver C.S. Nino, "La definición de "delito", en *Notas de Filosofía del Derecho*, vol. V., (1969).
- (23) Ver "Legal Validity", cit, y *Practical Reason and Norms*, cit, cap. V, 5.4.
- (24) Op. cit. págs. 114, 140 y 328.

CAPITULO III

- (1) *Op. cit.*, págs. XIII y XIV
- (2) Ver, *El Concepto de derecho*, trad. de G.R. Carrió, Bs. As. 1963, pág. 169.
- (3) *Op. cit.*, pág. 18.
- (4) Ver J. Passmore "The Logical Positivism", en *The Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (ed.), New York. 1972, vols. 5 y 6 pág. 52.
- (5) Ver R.W. Ashby, "Verifiability principle", en *The Encyclopedia of Philosophy*, citado, vols. 7 y 8, pág. 246.
- (6) *Op. cit.*, pág. 39.
- (7) Ver este desarrollo en *op. cit.*, cap II, sec. IX.
- (8) Ver *op. cit.*, cap. II, sec. X.
- (9) *Op. cit.*, pág. 49.
- (10) Ver este desarrollo en págs. 45 y ss.
- (11) Ver *op. cit.* cap, XIV.
- (12) Ver este desarrollo en *op. cit.*, cap. XV.
- (13) Ver págs. 327/8
- (14) Ver pág. 310
- (15) Ver Martín D. Farrell, *La metodología de positivismo lógico. Su aplicación al derecho*, Bs. As. 1976, pág. 180.
- (16) *Op. cit.* págs. 182 y ss.
- (17) Pero la objeción de Farrell es válida, no porque un acto de ejecución de una sentencia tenga más base empírica que el acto de dictar ésta, sino porque la vigencia de un orden jurídico no se puede determinar hasta comprobar que quienes detentan directamente el monopolio de la fuerza recurren a él para justificar los actos coactivos que ejecutan. De lo contrario, no se podría distinguir el derecho vigente del "derecho" que es inventado en una clase práctica de la Facultad de Derecho y aplicado en procesos judiciales simulados en los que los alumnos asumen el papel de jueces. Claro está, que Ross tiene a su disposición, como veremos más abajo, la salida obvia de definir "Jueces" como aquellos que tienen acceso al monopolio coactivo estatal para hacer cumplir sus decisiones; una vez hecha esta estipulación conceptual, no habría inconveniente en decir que la vigencia de un orden jurídico se verifica a través de las decisiones judiciales.
- (18) Ver la tesis doctoral de Ricardo Caracciolo, *El derecho como sistema. Análisis de un esquema conceptual*, Cap. IV.

CAPITULO IV

- (1) *Op. cit.* pág. 24
- (2) *Op. cit.*, pág. 21.
- (3) *Op. cit.*, pág. 79
- (4) *Op. cit.*, pág. 52
- (5) *Op. cit.*, 72, 76
- (6) *Op. cit.*, pág. 92.
- (7) Ver *op. cit.* págs. 86-89.
- (8) Ver *op. cit.* págs. 92-100
- (9) Ver *op. cit.*, págs. 103-107.
- (10) Ver *op. cit.* págs. 118-124.
- (11) *Op. cit.*, pág. 122.
- (12) Ver este desarrollo en *op. cit.*, caps I, VI, VII, y VIII.
- (13) *Op. cit.* pág. 101.
- (14) *Op. cit.* pág. 102.
- (15) Ver *op. cit.*, págs. 82-89.
- (16) Ver *op. cit.*, págs. 89-92.
- (17) *Op. cit.*, pág. 111
- (18) Ver *op. cit.*, págs. 113-118.
- (19) Ver *op. cit.*, págs. 124-133.
- (20) Ver *op. cit.*, págs. 133-137.
- (21) *Op. cit.*, págs. 116.
- (22) *Op. cit.*, págs. 128.
- (23) Ver también *op. cit.*, pág. 128.
- (24) Ver este punto en C.S. Nino, Consideraciones sobre la dogmática Jurídica, cit.

CAPITULO V

- (1) Ver B. Williams, *Morality*, Cambridge, 1972, págs. 34 y ss y B. Cohen "Three Ethical Fallacies", *Mind*, vol. LXXV, No. 341, 1977, págs. 81 y ss.
- (2) Ver, por ejemplo, J.O. Urmson, *The Emotive Theory of Ethics*, Londres. 1968, pág. 130 y J. Searle, *Speech Acts*, Cambridge, 1969 págs. 136 y ss.
- (3) "The Naturalistic Fallacy", en *Theories of Ethics*, ed. por Ph. Foot, Oxford, 1967, págs. 50 y ss.
- (4) Williams, en op. cit., Ph. Foot, Ver prólogo al volumen mencionado en la nota anterior; G.J. Warnock, *The Object of Morality*, Londres 1971, J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1971.
- (5) Ver op. cit., pág. 98.

CAPITULO VI

- (1) Ver *Las palabras de la ley*, México, 1969, La réplica de Carrió se encuentra en *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Bs. As. 1970.
- (2) Ver este tema en C.S. Nino, *Una teoría liberal del delito*, cit, cap III. Buenos Aires, por publicarse.
- (3) Ver la distinción entre razones operativas y auxiliares en J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford, 1975, págs. 33—5.
- (4) *The Object of Morality*, Oxford, 1971
- (5) *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.
- (6) Ver una descripción y crítica a este estilo de administración de justicia en R. Dworkin "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, p. 1057.
- (7) *Ibidem*. La traducción literal de la expresión que emplea Dworkin sería "Consistencia Articulada", pero creo que "Articulación consistente" expresa mejor la idea que este autor pretende desarrollar (el énfasis de su propuesta no está puesto tanto en el logro de coherencia como en la expansión del orden jurídico, haciendo explícitos ciertos principios subyacentes a sus disposiciones expresas).
- (8) Ver esta analogía en C.S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática Jurídica*, cit, cap. IV.
- (9) *Ibidem*.
- (10) Ver C.S. Nino, *Una teoría liberal del delito*, cit, cap. III

ÍNDICE

Advertencia	7
I. Introducción	9
II. El modelo de ciencia jurídica “pura” de Kelsen.....	19
III. El modelo de ciencia jurídica empírica de Ross.....	39
IV. El modelo de ciencia jurídica “sistematizadora” de Al- chourrón y Bulygin	55
V. Positivismo jurídico y escepticismo ético	73
VI. El modelo de una “ciencia” normativa del Derecho	89
Notas	109



**BIBLIOTECA DE ÉTICA,
FILOSOFÍA
DEL DERECHO Y POLÍTICA**



Dirigida por:

Ernesto Garzón Valdés (Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (ITAM, México)

1 •	PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA Y DE LA PRAGMÁTICA DEL DERECHO Ulrich Klug	18 •	DERECHO Y FILOSOFÍA Ernesto Garzón Valdés (Comp.)
2 •	CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES W. N. Hohfeld	19 •	ESTUDIOS SOBRE TEORÍA DEL DERECHO Y LA JUSTICIA Otfried Höffe
3 •	LENGUAJE JURÍDICO Y REALIDAD Karl Olivecrona	20 •	EL CONCEPTO SOCIOLOGICO DEL DERECHO Y otros ensayos Werner Krawietz
4 •	DERECHO E INCERTIDUMBRE Jerome Frank	21 •	EL CONCEPTO DE ESTABILIDAD DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS Ernesto Garzón Valdés
5 •	EL DERECHO Y LAS TEORÍAS ÉTICAS CONTEMPORÁNEAS George Nakhnikian	22 •	LÓGICA DE LAS NORMAS Y LÓGICA DEONTICA Posibilidad y relaciones Georges Kalinowski
6 •	DERECHO, LÓGICA, MATEMÁTICA Herbert Fiedler	23 •	MARXISMO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
7 •	EL CONCEPTO DE VALIDEZ Y OTROS ENSAYOS Alf Ross	24 •	RACIONALIDAD Y EFICIENCIA DEL DERECHO Albert Calsamiglia
8 •	CONTRIBUCIONES A LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Hans Kelsen	25 •	ALGUNOS MODELOS METODOLÓGICOS DE "CIENCIA" JURÍDICA Carlos S. Nino
9 •	¿DERECHO SIN REGLAS? Los principios filosóficos de la teoría del Estado y del derecho de Carl Schmitt Matthias Kaufmann	26 •	ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL Francisco Laporta
10 •	¿QUÉ ES LA JUSTICIA? Hans Kelsen	27 •	ESTUDIOS SOBRE Kelsen Letizia Gianformaggio
11 •	¿QUÉ ES LA TEORÍA PURA DEL DERECHO? Hans Kelsen	28 •	LÓGICA Y DERECHO Ulises Schmill
12 •	EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO Norberto Bobbio	29 •	EL CONCEPTO DE SOLIDARIDAD Javier de Lucas
13 •	LAS INSTITUCIONES MORALES Las teorías empiristas de su evolución Hartmut Kliemt	30 •	DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA Robert Alexy
14 •	SOCIOLOGÍA Y JURISPRUDENCIA Rüdiger Lautmann	31 •	POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO SOCIOLOGICO Y IUSNATURALISMO Eduardo García Máynez
15 •	LÓGICA DEL DERECHO Rupert Schreiber	32 •	ÉTICA CONTRA POLÍTICA Elias Díaz
16 •	PROBLEMAS DE ÉTICA NORMATIVA Norbert Hoerster	33 •	EL CONCEPTO DE INFLUENCIA Y OTROS ENSAYOS Ruth Zimmerling
17 •	MORAL Y DERECHO Polémica con Uppsala Theodor Geiger	34 •	POLÍTICA, HISTORIA Y DERECHO EN NORBERTO BOBBIO Alfonso Ruiz Miguel

35 •	35 •
RACIONALIDAD JURÍDICA, MORAL Y POLÍTICA Javier Esquivel	POSITIVISMO CRÍTICO Y DERECHO MODERNO Kaarlo Tuori
36 •	56 •
NORMAS Y ACTITUDES NORMATIVAS Pablo Navarro y Cristina Redondo	EDUCACIÓN LIBERAL Un enfoque igualitario y democrático Rodolfo Vázquez
37 •	57 •
INFORMÁTICA Y DECISIÓN JURÍDICA Julia Barragán	DEBER Y SABER Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral Ricardo Guibourg
38 •	58 •
INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y CRÍTICA JURÍDICA Modesto Saavedra	ENSAYOS SOBRE LIBERALISMO Y COMUNITARISMO Eduardo Rivera López
39 •	59 •
SOBRE LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS Carlos Alchourrón y Eugenio Buljgin	LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ESTRUCTURA SOCIAL Owen Fiss
40 •	60 •
DERECHO, RACIONALIDAD Y COMUNICACIÓN SOCIAL Ensayos sobre filosofía del derecho Aulis Aarnio	CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO Luis Prieto Sanchis
41 •	61 •
SOBRE LA DEROGACIÓN Ensayo de dinámica jurídica Josep Aguiló	NORMAS, VERDAD Y LÓGICA Georg Henrik von Wright
42 •	62 •
LA NOCIÓN DE SISTEMA EN LA TEORÍA DEL DERECHO Ricardo Caracciolo	ENTRE LA REVOLUCIÓN Y LA DESCONSTRUCCIÓN. El humanismo jurídico de Luc Ferry y Alain Renaut Eric Herrán
43 •	63 •
FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA José Fernández Santillán	DERECHO Y ORDEN Ensayos para el análisis realista de los fenómenos jurídicos Martín Díaz y Díaz
44 •	64 •
EXPLORACIONES NORMATIVAS Hacia una teoría general de las normas Daniel Mendonça	RAZÓN Y ELECCIÓN Hugo Zuleta
45 •	65 •
POSITIVISMO JURÍDICO, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS Agustín Squella	CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Dante Cracogna
46 •	66 •
ENSAYOS DE INFORMÁTICA JURÍDICA Antonio Enrique Pérez Luño	DERECHO, PODER Y DOMINIO Massimo La Torre
47 •	67 •
RAZÓN Y SOCIEDAD León Olive	ÉTICA ANALÍTICA Y DERECHO Fernando Salmerón
48 •	68 •
ESTUDIOS DE ÉTICA JURÍDICA Jorge Malem	RAZONAMIENTO JURÍDICO Elementos para un modelo Paolo Comanducci
49 •	69 •
NORMAS JURÍDICAS Y ESTRUCTURA DEL DERECHO José Juan Moroso	ESTADO DE DERECHO Problemas actuales Liborio Hierro
50 •	70 •
UTILITARISMO, LIBERALISMO Y DEMOCRACIA Martín Diego Farrell	DERECHOS HUMANOS Historia y Filosofía Mauricio Beuchot
51 •	71 •
ENSAYOS SOBRE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Paulette Dieterlen	DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN AUTORITARIO José Ramón Cossío
52 •	
EL SIGNIFICADO POLÍTICO DEL DERECHO Josep M. Vilajosana	
53 •	
CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Roberto Gargarella	
54 •	
LAS LIMITACIONES DEL SOBERANO Ernesto Abrii	

72 •	EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Pablo Larrañaga	91 •	CUESTIONES JUDICIALES Manuel Atienza
73 •	RAZONAMIENTO JUDICIAL Y REGLAS Ángeles Ródenas	92 •	ENSAYOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Michel Troper
74 •	DERECHO Y RAZÓN Aleksander Peczenik	93 •	VIRTUD Y JUSTICIA EN KANT Faviola Rivera
75 •	ENSAYOS DE BIOÉTICA Reflexiones desde el Sur Florescia Luna	94 •	FICCIONES JURÍDICAS Kelsen, Fuller y Ross Daniel Mendonça y Ulises Schmill (Comps.)
76 •	HOHFELD Y EL ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Matti Niemi	95 •	ELIUSNATURALISMO ACTUAL De M. Willey a J. Finnis Rodolfo L. Vigo
77 •	ESTUDIOS ÉTICOS Karl Otto Apel	96 •	DEMOCRACIA Y PLURALISMO Angel R. Oquendo
78 •	DOS ESTUDIOS SOBRE LA COSTUMBRE Bruno Celano	97 •	PALABRAS Y REGLAS Ensayos en filosofía del derecho Timothy Endicott
79 •	CUESTIONES LÓGICAS EN LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS José Ma. Saucá	98 •	LA HETEROGENEIDAD DEL BIEN Tres ensayos sobre pluralismo ético Mauro Barberis
80 •	IGUALDAD, DIFERENCIAS Y DESIGUALDADES María José Añón	99 •	LOS 'HECHOS' EN LA SENTENCIA PENAL Perfecto Andrés
81 •	ENSAYOS SOBRE JURISPRUDENCIA Y TEOLOGÍA Hans Kelsen	100 •	ESTUDIOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y DINÁMICA DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES Claudina Orunesu, Pablo M. Perot Jorge L. Rodríguez
82 •	LA NATURALEZA FORMAL DEL DERECHO Robert Summers	101 •	LA CIENCIA DEL DERECHO COMO UNA CIENCIA REAL Hans Albert
83 •	ÉTICA, PODER Y DERECHO Gregorio Peces-Barba	102 •	ÉTICA JURÍDICA SIN VERDAD Uberto Scarpelli
84 •	CONOCIMIENTO JURÍDICO Y DETERMINACIÓN NORMATIVA José Juan Moreso, Pablo Navarro y Cristina Redondo	103 •	DERECHO, LENGUAJE Y ACCIÓN Paolo di Lucia
85 •	DERECHO, JUSTICIA Y LIBERTAD Ensayos de derecho chileno y comparado Pablo Ruiz-Tagle		
86 •	DERECHOS Y PAZ Destinos individuales y colectivos Ermanno Vitale		
87 •	G. H. VON WRIGHT Y LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO Daniel González Lagier		
88 •	EPISTEMOLOGÍA Y GARANTISMO Luigi Ferrajoli		
89 •	LA DERROTABILIDAD DEL DERECHO Agustín A. Pérez Carrillo		
90 •	DERECHOS DE LOS NIÑOS Una contribución teórica Isabel Fanto (comp.)		



DOCTRINA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA



COLECCIÓN DIRIGIDA POR
José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez

1. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN
José Ramón Cossío y Luis M. Pérez de Acha (Comps.)
2. INTRODUCCIÓN AL DERECHO
Mamuel Atienza
3. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN
Rolando Tamayo y Salmorán
4. INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL
Rodolfo Vázquez (Comp.)
5. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL
Leonel Pereznieto Castro (Comp.)
6. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO
En la teoría contemporánea del derecho
Juan A. Cruz Parccero
7. INFANCIA Y ADOLESCENCIA. De los derechos y de la justicia
Emilio García Méndez
8. ESTUDIOS DE TEORÍA CONSTITUCIONAL
Riccardo Guastini
9. SENTIDO Y HECHO EN EL DERECHO
Jerzy Wróblewski
10. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y RESPONSABILIDAD
Adrián Rentería
11. FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA EN MÉXICO
Testimonios y perspectivas
Rodolfo Vázquez y José María Lujambio (Comps.)
12. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
José Ramón Cossío
13. EL CONCEPTO DE SANCIÓN. En la teoría contemporánea del derecho
Roberto Lara Chagoyán
14. DERECHOS SOCIALES
Instrucciones de uso
Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (Comps.)
15. ENTRE EL VIVIR Y EL MORIR. Ensayos de bioética y derecho
Pablo de Lora
16. ELEMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Miguel Carbonell
17. ANÁLISIS Y DERECHO
Paolo Comanducci (Comp.)
18. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón José Antonio Guevara (Comps.)
19. EL DERECHO Y LA MUERTE VOLUNTARIA
Carmen Juanatey
20. DERECHO Y PROCESO PENAL INTERNACIONAL
Kai Ambos
21. CÓDIGO SEMIÓTICO Y TEORÍAS DEL DERECHO
Samuel González Ruiz
22. LA NORMATIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LOS REGLAMENTOS EN MÉXICO
Víctor Blanco
23. EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA
Ricardo García Manrique

24. VISIONARIOS
Y PRAGMÁTICOS
Una aproximación sociológica
al derecho ambiental
Antonio Azuela
25. NUEVOS MATERIALES DE
BIOÉTICA Y DERECHO
María Casado (Comp.)
26. LA INJUSTICIA EXTREMA
NO ES DERECHO
De Radbruch a Alexy
Rodolfo L. Vigo (Comp.)
27. EL SISTEMA DE JUSTICIA
PENAL Y SU REFORMA
Teoría y Práctica
*Samuel González, Ernesto
Mendieta, Edgardo Buscaglia
Moisés Moreno*
28. TRANSPARENCIA Y
RENDICIÓN DE CUENTAS
Alexander Ruiz Euler (Coord.)
29. JURISDICCIÓN,
CONSTITUCIÓN Y DERECHO
Modesto Saavedra
30. LA POLÍTICA DESDE LA
JUSTICIA
Cortes Supremas, gobierno
y democracia en Argentina
y México
Karina Ansolabehere
31. PROCESO ACUSATORIO
ORAL Y DELINCUENCIA
ORGANIZADA
Principios, evolución y las
formas especiales de
valoración de la prueba
en el modelo italiano
Ottavio Sferlazza
32. UNA COMUNIDAD
DE IGUALES
La protección constitucional
de los nuevos ciudadanos
Owen Fiss
33. RAZONAMIENTO JURÍDICO,
CIENCIA DEL DERECHO Y
DEMOCRACIA EN CARLOS
S. NINO
*Carlos Rosenkrantz
Rodolfo L. Vigo (Comps.)*
34. INSTITUCIONES,
LEGALIDAD Y ESTADO
DE DERECHO. En el México
de la transición democrática
Gustavo Fondevila (Comp.)
35. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
DE LA SUPREMA CORTE
(1995-2004)
Agustín A. Pérez Carrillo
36. SEGURIDAD PÚBLICA
Y ESTADO EN MÉXICO
Análisis de algunas iniciativas
Marcelo Bergman
37. DOGMÁTICA JURÍDICA Y
APLICACIÓN DE NORMAS
Un análisis de las ideas
de autonomía de ramas jurídicas
y unidad del Derecho
Guillermo Lariguet
38. AUTONOMÍA MUNICIPAL
Y PLANTEAMIENTO
URBANÍSTICO
Manuel Jiménez Dorantes
39. LA PREVENCIÓN, INVESTIGA-
CIÓN Y SANCIÓN DE LA
TORTURA
Análisis de los retos pendientes
en la legislación mexicana
*Claudia Martín
Juan Carlos Arjona*

ds derecho y sociedad

DIRIGIDA POR
OSCAR CORREAS

1. **El otro Kelsen**
Oscar Correas (Comp.)
2. **Acerca de los derechos humanos**
Oscar Correas
3. **Teoría general del Estado**
Hans Kelsen
4. **La prescripción de los delitos de los gobernantes**
Clemente Valdés S.
5. **Alcances sociológicos del derecho del trabajo en México**
Mito y realidades
Florencia Correás Vázquez
6. **Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho**
Angélica Cuéllar Vázquez
Arturo Chávez López (Coords.)
7. **Ideología, Estado y derecho**
Adolfo Sánchez Pereira
Ever Valencia Araujo
8. **Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico**
Luis Recaséns Siches
9. **Kelsen y los marxistas**
Oscar Correas
10. **Autonomía y derechos indígenas en México**
Francisco López Bárcenas
11. **Esencia y valor de la democracia**
Hans Kelsen
12. **Crítica de la ideología jurídica**
Ensayo sociosemiológico
Oscar Correas
13. **La Ley de Protección al Consumidor**
Ensayo de análisis del discurso y crítica jurídica
Ana María del Gesso Cabrera
14. **Instituciones de derecho privado romano**
Historia y sistema
Rodolfo Sohm
15. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón**
León Duguit
16. **Introducción al razonamiento jurídico**
Edward H. Levi
17. **Derecho indígena mexicano**
Oscar Correas
18. **La ilusión de la justicia**
Hans Kelsen
19. **Pluralismo jurídico**
Oscar Correas
20. **Teoría del Estado**
Hans Kelsen





COLECCIÓN DIRIGIDA POR
FERNANDO TENORIO TAGLE

- 1.- *Delito y modernidad. Nuevas argumentaciones en la criminología realista de izquierda*
John Lea
- 2.- *Seguridad Pública. Tres puntos de vista convergentes*
Massimo Pavarini / Agustín Pérez Carrillo / Fernando Tenorio Tagle
- 3.- *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*
Elena Azaola Garrido
- 4.- *Derecho civil. Reflexiones contemporáneas en torno al derecho civil y familiar*
María Ysas (Coordinadora)
- 5.- *El enemigo en el derecho penal*
Raúl Zaffaroni
- 6.- *Corte penal internacional. El artículo primero del Estatuto de Roma*
Elia Patricia Neri Guajardo

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

17

Octubre 2002

REGULACIÓN, MERCADO Y CONSTITUCIÓN

- | | |
|---------------------------------|--|
| — Pablo Larrañaga | <i>Presentación</i> |
| — Leigh Hancher y Michael Moran | <i>La organización del espacio regulativo</i> |
| — Cass R. Sunstein | <i>Las funciones de las normas regulativas</i> |
| — Viktor J. Vanberg | <i>Mercados y regulación</i> |

ARTÍCULOS

- | | |
|----------------------|--|
| — José Ramón Cossío | <i>Concepciones de la política y legislación</i> |
| — Enrique Serrano | <i>República y derecho</i> |
| — Guillermo Lariguet | <i>La aplicabilidad del programa falsacionista de Popper a la ciencia jurídica</i> |
| — Alejandro Madrazo | <i>Estado de derecho y cultura jurídica en México</i> |

NOTAS

- | | |
|--------------------|--|
| — José Juan Moreso | <i>Guastini sobre la ponderación</i> |
| — Daniel Mendonça | <i>Riccardo Guastini, analítico</i> |
| — José Luis Martí | <i>El realismo jurídico: ¿una amenaza para el liberalismo y la democracia?</i> |
| — Emilio Zebadúa | <i>El uso democrático de la ley</i> |

18

Abril 2003

PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA

- | | |
|-------------------------|---|
| — Eugenio Bulygin | <i>Los jueces ¿crean derecho?</i> |
| — Ernesto Garzón Valdés | <i>El papel del poder judicial en la transición a la democracia</i> |
| — Michel Troper | <i>El poder judicial y la democracia</i> |

ARTÍCULOS

- | | |
|--------------------------|---|
| — Rafael Hernández Marín | <i>Sobre la concepción lógica del derecho</i> |
| — Alberto Filippi | <i>La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y en España. -Primera parte-</i> |
| — Jesús Orozco Henríquez | <i>Consideraciones sobre los principios y reglas en el derecho electoral mexicano</i> |

NOTAS

- | | |
|------------------|---|
| — Pablo Bonorino | <i>Interpretación y aplicación del derecho. Apuntes críticos sobre la propuesta de Rafael Hernández Marín</i> |
| — Hugo Selemé | <i>Equilibrio reflexivo y consenso sobrepuesto</i> |



Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

19

Octubre 2003

TOLERANCIA Y PLURALISMO CULTURAL

- Mark Platts, *Detrás de la tolerancia*
- Faviola Rivera, *Rawls, filosofía y tolerancia*
- Javier de Lucas, *Sobre el papel del derecho y el contrato político en el proyecto intercultural*
- Francisca Pou, *Contra la lengua invisible*

ARTÍCULOS

- Alberto Filippi, *La difusión de la filosofía del derecho y de la filosofía política de Norberto Bobbio en América Latina y España. -Segunda parte-*
- Raúl Calvo y Carlos Venier, *Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales*
- Oscar Sarlo, *Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional*
- Pablo Perot, *Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica*

CARTA ABIERTA: "UNA VERGÜENZA MÁS"

NOTAS

- Luigi Ferrajoli, *Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero*
- Adrián Kenteria, *Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli*
- José Juan Moreso, *Cunanducci sobre neoconstitucionalismo*

20

Abril 2004

JUSTICIA INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

- David Wippman, *No sobreestimar a la Corte Penal Internacional*
- Kai Ambos, *Common Law y los disparos del muro*
- Alfonso Ruiz Miguel, *Guerra, justicia y derecho internacional*
- Robert Summers, *Los derechos humanos y su protección*
- Ruth Zimmerling, *Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar*
- Juan Antonio Cruz, *Derechos humanos y orden internacional*

ARTÍCULOS

- Jesús Silva-Herzog Márquez, *Bobbio y la sabiduría del pesimismo*
- Giorgio Maniacci, *Algunas notas sobre coherencia y balance en la teoría de Robert Alexy*
- David Sobrevilla, *La concepción de una "justicia política" de Otfried Höffe*
- Eric Herrán, *Heidegger y la crítica contemporánea de la modernidad jurídica*

NOTAS

- Michelangelo Bovero, *El realismo de Bobbio*
- José Ursúa, *Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos*

Índice analítico de los veinte primeros números de *Isonomía*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Florida No. 1, San Ángel, Tizapán.
Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

21

Octubre 2004

DERECHO Y POLÍTICA

- Ernesto Garzón Valdés, *Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta*
- Antonella Attili, *La ineludibilidad de lo político*
- Alfonso Ruiz Miguel, *Constitucionalismo y democracia*
- José Antonio Guevara, *La extradición de Cavallo continúa*

ARTÍCULOS

- Ulises Schmill, *La influencia de Hermann Cohen en Hans Kelsen*
- Carlos de Silva, *El acto jurisdiccional*
- Rolando Tamayo y Salmerón, *Jurisprudencia y formulación judicial del derecho*
- Eduardo Soderó, *Sobre el cambio de los precedentes*

NOTAS

- Norberto Bobbio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación de* Carlos Cossio
- Alberto Filippi, *Norberto Bobbio y Carlos Cossio: la filosofía jurídica de la interpretación analógica*
- Pedro Salazar, *Derechos subjetivos e intereses jurídicos. A propósito, de un texto de Juan A. Cruz Parceró*

22

Abril 2005

JUECES Y POLÍTICA

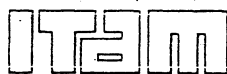
- Michele Taruffo, *Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica*
- Alberto Dalla Via, *Los jueces frente a la política*
- Karina Ansolabehere, *Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia*
- Andreas Schedler, *Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial*

ARTÍCULOS

- Pablo Navarro, *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación jurídica*
- Enrique Serrano, *La teoría aristotélica de la justicia*
- Leonor Suárez Llanos, *Planteamiento analítico-iusanalítico: el aspecto ontológico*
- Carlos Ríos, *La literatura y el cine como herramientas para la formación ética de los jueces*

NOTAS

- Riccardo Guastini, *Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica*
- Sergio Muro, *¿"Biases" en el análisis de Posner? ¿Tenía Baker razón?*



Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col. del Carmen Copacacán, México, D.F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapán. Tel. 5-628-4143

ISONOMÍA

REVISTA de Teoría y Filosofía del Derecho

23

Octubre 2005

DEMOCRACIA Y GLOBALIZACIÓN

- Michael Baumann, *Globalización, democratización y el milagro europeo*
- Bruno Frey, *Gobierno flexible para un mundo globalizado*
- Philip Pettit, *Democracia y evaluaciones compartidas*

ARTÍCULOS

- Hugo Zuleta, *La fundamentación de las sentencias judiciales. Una teoría crítica a la teoría deductivista*
- Jorge Rodríguez, *Un dilema en la representación de normas condicionales*
- Marcelo Alegre, *Igualdad y discurso moral*
- Gonzalo Sozzo, *La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual*

NOTAS

- Jaime Coaguila, *El análisis discursivo del derecho*
- Pedro Salazar, *Sobre Para pensar la política de Luis Salazar Carrión*
- Andrea Meraz, *Sobre Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho de Esteban Krotz (ed.)*

24

Abril 2006

LAICIDAD

- Carlos Pereda, *El laicismo también como actitud*
- Luis Salazar Carrión, *Religiones, laicidad y política en el siglo XXI*
- Pedro Salazar Ugarte, *Laicidad y democracia constitucional*
- Francesco Rimoli, *Estado laico e integración en la perspectiva constitucional*

ARTÍCULOS

- Ricardo Guarinoni, *Derogación y después*
- Guillermo Lariguet, *Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica*
- Ermanno Vitale, *Rawls y el "derecho de gentes"*
- Carlos Pérez, *Derecho y literatura*

NOTAS

- Francesca Poggi, *Sobre Razón jurídica e interpretación de Giuseppe Zaccaria*
- Ramón Ortega, *Sobre La interpretación del derecho de Manuel Segura*
- Miguel Carbonell, *Ultrapasando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión*
- Francisca Pou, *El precio de disentir. El debate interno en la Corte*

APÉNDICE

- José Ramón Cossío y Juan Silva Meza, *Voto de minoría sobre el caso "bandera"*

ITAM

Instituto Tecnológico Autónomo de México



De venta en las principales librerías del país o directamente en:
DISTRIBUCIONES FONTAMARA, S.A., Av. Hidalgo 478 Col.
del Carmen Coyoacán, México, D. F. 04100. Tel. 5-659-7117
LA LIBRERÍA DEL INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO
DE MÉXICO (ITAM), Río Hondo No. 1, San Ángel, Tizapan.
Tel. 5-628-4143

*Esta obra se imprimió bajo el cuidado de Ediciones Coyoacán, S. A. de C. V.,
Av. Hidalgo No.47-2, Colonia del Carmen, Deleg. Coyoacán, 04100,
México D. F., en mayo de 2007.
El tiraje fue de 1000 ejemplares más sobrantes para reposición.*