

Extracto del libro *Introducción al análisis del Derecho*. Carlos Santiago Nino. Editorial Astrea (Buenos Aires:2003). Pág.1 al 9.

## **INTRODUCCIÓN**

### **EL CONTEXTO DEL DERECHO**

El derecho, como el aire, está en todas partes. Por ejemplo, puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitar su agradable voz bajo la ducha, recordando que vecinos con poca sensibilidad artística podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya celebrado un contrato tácito de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido, o simulado seguir, algunas reglamentaciones y habrá hecho uso de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber celebrado hoy varios contratos verbales de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos) y de locación de obra (al llevar, por ejemplo, sus zapatos a arreglar) ; aunque usted no tenga un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la "coraza" normativa que le proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia (es de esperar que usted no sea un miembro de una asociación ilícita) está seguramente estructurada según una serie de disposiciones legales; si usted tiene que hacer un trámite quizá no advierta que cada uno de sus intrincados pasos está prescripto por normas jurídicas. Todos estos contactos con el derecho le ocurrirán a usted en un día normal; piense en cuánto más envuelto en el derecho estará usted cuando participe de algún suceso trascendente, como casarse, ser demandado judicialmente.

Esta omnipresencia del derecho y la circunstancia de que él se manifiesta como una parte o aspecto de fenómenos complejos hace que sea muy difícil aislarlo conceptualmente para explicar su estructura y funcionamiento. Es tentador buscar ese aislamiento conceptual por el lado de la finalidad, preguntándonos cuál es el objeto característico de esta vasta y complicada maquinaria social que llamamos "derecho". Pero no es fácil encontrar una respuesta a esta pregunta si nos negamos a dejarnos llevar por la fantasía y evitamos las fórmulas vacuas (como "el objeto del derecho es regular la conducta humana"). Por supuesto que cada uno de los actos que ponen en movimiento esa maquinaria tiene una intención definida de muy distinta índole (o sea los

propósitos diversos que mueven a los legisladores a dictar leyes, a la gente a celebrar contratos o a casarse, etc.), pero es mucho menos obvio que el conjunto del orden jurídico satisfaga algún propósito definido de alguien. En cambio, parece más plausible sostener que, aunque el derecho no es el producto de la persecución de cierta finalidad única y general sino de diversos propósitos de alcance parcial que no son especialmente distintivos, sin embargo el derecho cumple con ciertas funciones características, aunque no sea el propósito de nadie en particular el de satisfacerlas. El derecho, como muchas otras instituciones sociales, contribuye a superar dificultades que están relacionadas con ciertas circunstancias básicas de la vida humana. Esas circunstancias, que han sido vívidamente señaladas por autores como Hobbes y últimamente por H. L. A. Hart, incluyen la escasez de recursos —que hace que no puedan satisfacerse las necesidades y deseos de todos—, la vulnerabilidad de los seres humanos ante las agresiones de otros, la relativa similitud física e intelectual de los hombres —que hace que ninguno pueda, por separado, dominar al resto—, la relativa falta de simpatía de los hombres hacia las necesidades e intereses de los que están fuera de su círculo de allegados, la limitada racionalidad de los individuos en la persecución de sus propios intereses, el insuficiente conocimiento de los hechos, etcétera. Estas circunstancias llevan a los hombres, al mismo tiempo, a entrar en conflicto unos con otros y a buscar la cooperación de otros. Las mismas circunstancias que generan conflictos entre los individuos son las que los mueven a colaborar mutuamente.

Para eliminar o reducir los factores que determinan el enfrentamiento y limitar algunas de sus consecuencias más desastrosas. El derecho cumple la función de evitar o resolver algunos conflictos entre los individuos y de proveer de ciertos medios para hacer posible la cooperación social. Esto no quiere decir que las funciones mencionadas estén siempre en la mente de todos los actores en el proceso jurídico —muchas veces los propósitos que los mueven están muy lejos de coincidir con estas funciones—, ni que todo sistema jurídico cumpla con estas funciones en forma adecuada, ni que algunos aspectos de un sistema jurídico no puedan ser causa de nuevos conflictos y trabar la cooperación social, ni que no haya otras exigencias que un orden jurídico deba satisfacer para ser valorado positivamente. Pero decir que el derecho contribuye a superar algunos conflictos y a lograr cierto grado de cooperación social no es decir mucho, puesto que, como se verá, también se alega que la moral cumple la misma función de contrarrestar las circunstancias que llevan a los hombres a enfrentarse entre sí y a no colaborar mutuamente en el grado necesario. Lo importante es determinar de qué forma el derecho satisface esa función. Hay a primera vista dos elementos

que parecen ser característicos de la forma en que el derecho consigue persuadir a los hombres de que adopten comportamientos no conflictivos y cooperativos y generar un sistema de expectativas que faciliten esos comportamientos: la autoridad y la coacción. En primer lugar, el derecho establece órganos o instituciones encargados de indicar cuáles son las conductas genéricas que se supone deseables y de resolver, en casos particulares, conflictos que se hayan generado por falta u oscuridad o por desviación de aquellas directivas generales. Las reglas que los órganos jurídicos establecen están dirigidas tanto a disuadir a los hombres de realizar ciertas conductas (como la de lastimar a otros), como a promover determinadas expectativas a partir de la ejecución de ciertos actos (como la expectativa de recibir una suma de dinero si otro formuló palabras que implican un compromiso a tal efecto). La autoridad de estas reglas generales y de las decisiones que ponen fin a conflictos particulares no dependen del todo, a diferencia de la de las reglas y decisiones de índole moral, de su calidad intrínseca, sino, en gran medida (aunque no exclusivamente) de la legitimidad de los órganos en que se originan. Por supuesto que el grado en que se consiga obtener conformidad con las directivas y decisiones jurídicas, sobre la base de la legitimidad de los órganos que las dictaron, dependerá de hasta qué punto las concepciones morales de la gente concurren en considerar legítimos a tales órganos, y en qué medida la población esté dispuesta a observar lo prescripto por autoridades que considera legítimas. Para los súbditos y funcionarios que están así dispuestos, las razones operativas que los mueven a actuar según lo prescripto son razones morales, y el hecho de que ciertos órganos hayan ordenado o decidido alguna cosa y no otra es sólo una circunstancia que incide en la particularización de aquellas razones morales. Para estos súbditos y funcionarios el derecho aparece como una extensión de su sistema moral; las normas jurídicas gozan de la misma validez que las pautas morales, ya que esa validez deriva, en realidad, de ciertos principios valorativos que otorgan legitimidad a los órganos jurídicos en cuestión. Que este tipo de disposición se dé en buena parte de los súbditos y funcionarios de un orden jurídico es una condición necesaria para que éste se mantenga y alcance cierta estabilidad; de ahí la preocupación aun por parte de los gobernantes más cínicos, de apelar al sentido de justicia de la comunidad en apoyo de su autoridad y del contenido de sus mandatos. Pero difícilmente un orden jurídico pueda mantenerse sólo sobre la base de las creencias y actitudes relacionadas con la legitimidad moral de sus disposiciones. Hay, por cierto, en toda comunidad un grado menor o mayor de divergencia moral e ideológica que determina que muchos no tengan razones morales para obedecer las prescripciones jurídicas; por otro lado, es obvio que, mientras los hombres sean como son, siempre

habrá gente que no está inclinada a obrar según sus razones morales sino según otro tipo de razones, como las de autointerés. Esto hace necesario buscar la forma de que la obediencia a las prescripciones jurídicas sea en interés de quienes las observan. Para que eso ocurra, aun en los casos en que la conducta prescripta sea, en sí misma, contraria al autointerés del agente, debe prometerse o bien una recompensa para el caso de obediencia o bien un castigo para la desobediencia (por supuesto que la promesa debe cumplirse para ser creíble) que compensen el interés por abstenerse de la acción indicada. Por razones prácticas, en la mayoría de los casos, aunque no en todos, se suele preferir, en la búsqueda de conformidad con las directivas jurídicas, la técnica de motivación a través del castigo más que a la que envuelve la promesa de premios. Esto implica recurrir a la coacción. El Estado, que detenta un cuasimonopolio de la fuerza disponible en una sociedad, por un lado emplea esa fuerza para persuadir a la gente de actuar de modo de satisfacer fines y objetivos establecidos por los órganos competentes, y, por otro lado pone esa fuerza a disposición de los particulares para que hagan valer los esquemas de cooperación en que hayan entrado voluntariamente en persecución de sus fines particulares. Hay, entonces, directivas jurídicas cuya desviación está amenazada con el empleo de la coacción estatal, y hay otras directivas jurídicas que es necesario satisfacer si se quiere contar con la coacción estatal para hacer efectivo un arreglo privado. En todo caso, la necesidad de evitar o de contar con el respaldo de la coacción proporciona razones prudenciales que pueden ser efectivas cuando no lo son las razones de índole moral. Para los que sólo tienen razones prudenciales para observar lo prescripto por el derecho, éste aparece más bien como una serie de reacciones probables de ciertos funcionarios que, según sea el caso, es preciso eludir o promover. El derecho vigente tiene, de este modo, que ser tomado en cuenta, ya sea en virtud de razones morales o prudenciales, en el razonamiento práctico —o sea el razonamiento dirigido a elegir un curso de acción— de quienes son destinatarios de sus directivas. Entre esos destinatarios hay un grupo de funcionarios —los jueces— que ocupan, por varias razones, un lugar central en la comprensión del fenómeno jurídico. Los jueces deben decidir, según lo establecen ciertas normas del sistema jurídico, si ciertas otras reglas son aplicables a casos particulares que se les plantean para su resolución, y deben disponer, en algunos casos, la ejecución de las consecuencias que esas reglas disponen. Las decisiones de los casos planteados pueden ser justificadas generalmente, aunque, por razones que luego veremos, no siempre, en las reglas del sistema jurídico. Pero la decisión de aplicar tales reglas no puede ser justificada sobre la base de ellas mismas, ya que las reglas jurídicas no proporcionan razones para

que ellas deban ser aplicadas. La decisión de aplicar el derecho puede estar motivada por razones prudenciales, pero es obvio que los jueces no pueden justificar decisiones que afectan a terceras personas en meras consideraciones de auto interés. Los jueces, como todas las demás personas moralmente responsables, no pueden eludir justificar, frente a sí mismos y ante los demás, sus decisiones sobre la base de razones morales. Generalmente habrá razones morales fuertes que indican aplicar las normas de un sistema jurídico vigente; pero habrá casos excepcionales en que esas razones se vean contrapesadas por razones morales que presionan en diferente dirección. Esta situación ineludible de los jueces hace que ellos tiendan, más que otra gente, a ver el derecho como una prolongación de concepciones morales que consideran válidas, y a las normas jurídicas como aquellas normas que están moralmente justificados en reconocer y aplicar. El punto de vista de los súbditos y de los jueces frente al derecho contrasta notablemente con el de quienes ocupan el rol, no de destinatarios de normas jurídicas, sino de elaboradores de ellas. Desde esta perspectiva el derecho aparece como un instrumento, no del todo maleable, para obtener efectos sociales que se consideran deseables. Como ya vimos, ese instrumento funciona principalmente, aunque no exclusivamente, como una técnica de motivación —como lo es también, por ejemplo, la propaganda— que apela tanto a la conciencia de la gente como a su autointerés. También el derecho puede interponer obstáculos físicos a ciertos comportamientos, gracias a la intervención de funcionarios que, a su vez, están motivados por el derecho a actuar de cierta forma. Como un instrumento para obtener cambios sociales de diferente índole, el derecho es el reflejo de ideologías y esquemas valorativos dominantes y recibe los embates de diferentes grupos de presión y de distintas circunstancias sociales y económicas. Los efectos sociales que se persiguen a través del derecho a veces son directos —cuando la mera conformidad con sus normas constituye el efecto buscado—, y otras veces son indirectos — cuando los efectos se producen a través de hábitos generados por el derecho, o de medios que éste provee, o de instituciones que él crea. La interpenetración entre el derecho y cosmovisiones dominantes, concepciones éticas vigentes, circunstancias sociales y económicas, presiones de diferentes grupos sociales, relaciones entre quienes controlan los distintos factores de producción económica, etc., hace que el derecho no pueda ser dejado de lado por los estudiosos de la realidad social —como antropólogos, sociólogos, científicos políticos— y constituya muchas veces un espejo en el que se reflejan los datos básicos de la sociedad que están interesados en analizar. Desde este punto de vista, el derecho sólo cuenta en tanto se traduzca en regularidades de comportamiento efectivo y en actitudes y expectativas

generalizadas que permitan explicar diferentes fenómenos sociales. No es, por cierto, lo que prescriben las normas jurídicas lo que interesa, ni cuál es su justificación, ni qué reacciones de los órganos jurídicos es posible predecir, sino cuáles son los factores que condicionan el dictado de tales normas y las reacciones en cuestión, cómo ellas son percibidas por la comunidad y cuáles son las transformaciones sociales y económicas que el "derecho en acción" (según la expresión de Alf Ross) genera. El punto de vista de los abogados es radicalmente diferente del anterior. Los abogados, como dicen Henry Hart y Tony Honore, son "arquitectos de estructuras sociales". Ellos diseñan diferentes combinaciones de conductas posibles dentro del marco del orden jurídico. Esto se advierte claramente en el rol del abogado de redactar contratos, estatutos sociales, testamentos, reglamentos, etc.; allí el abogado debe prever cuáles son las posibles circunstancias sobrevinientes y la eventual conducta de diferentes actores, y proyectar, con el trasfondo del orden jurídico general, un esquema para encauzar los efectos de esas circunstancias y acciones. También se advierte esta función de arquitecto de estructuras de conducta en el papel del abogado de evacuar consultas acerca de las posibilidades de acción a que da lugar el derecho vigente, sea que la preocupación del consultante por averiguar los "topes" jurídicos a los diferentes cursos de acción esté motivada por razones prudenciales o por razones morales. Pero también esta función de los abogados se pone de manifiesto en su tarea de litigar ante los tribunales, la que consiste, fundamentalmente, en presentar ante los jueces el "mundo posible" más favorable a su representado que sea compatible con las normas jurídicas vigentes y con las pruebas acreditadas; en este caso el diseño del abogado se proyecta no hacia el futuro sino hacia el pasado. En todos estos roles, el derecho se les aparece a los abogados como un marco relativamente fijo, como un dato con el que es necesario contar para calcular las posibilidades de acción. Las normas jurídicas son para el abogado algo parecido a lo que son las leyes de la perspectiva para un pintor o las leyes de la resistencia de los materiales para el ingeniero o el arquitecto: constituyen un límite a los proyectos alternativos que pueden ser viables y una base con la que se puede contar para obtener ciertos efectos deseados. Es materia de discusión cuál es la perspectiva frente al derecho que corresponde a los juristas teóricos, y si ellos cuentan con un punto de vista peculiar o si reciben, de segunda mano, la visión del derecho que tienen los jueces, o los legisladores, o los abogados, o los sociólogos, o el "hombre malo" movido sólo por razones prudenciales. Hay aspectos del derecho que se ponen más de relieve desde cada una de estas perspectivas, que parecen ser de interés para el jurista académico. Por ejemplo, él no puede desentenderse de determinar cuál es el

**derecho en acción de cierta comunidad**, qué factores sociales han incidido en su conformación, cuál es su eficacia como instrumento para obtener los efectos perseguidos, cuál es la justificación moral de sus disposiciones y **qué alternativas serían más satisfactorias desde el punto de vista valorativo**, qué estructuras de relaciones jurídicas y de decisiones judiciales posibles permite el derecho vigente frente a distintas circunstancias, etcétera. Es obvio que **la adopción de cada uno de estos puntos de vista diferentes frente al derecho incide en los alcances del concepto de derecho** que se emplea, en el significado y función del lenguaje que se utiliza para formular los enunciados característicos del punto de vista en cuestión, en la percepción de las dificultades y posibilidades que ofrece la manipulación del derecho, en la determinación de qué forma asume el conocimiento del derecho, etcétera. En la elaboración que sigue trataremos de mantener, en la medida de lo posible, **cierta distancia respecto de los diferentes puntos de vista que se acaba de mencionar**, planteándonos una serie de preguntas que son fundamentales para la comprensión y el manejo de la realidad jurídica desde cualquiera de esas perspectivas: **¿Cómo se emplea y cómo es conveniente que se emplee la expresión "derecho"?** **¿A qué tipo de fenómenos hace referencia?** **¿Cómo son las "unidades" elementales que constituyen un sistema jurídico?** **¿Cómo se identifica un sistema jurídico existente, distinguiéndolo de sistemas normativos no jurídicos, de otros sistemas jurídicos y de sistemas jurídicos no existentes?** **¿Cuál es el alcance de los conceptos fundamentales con que se hace referencia a la realidad jurídica?** **¿Qué dificultades aparecen en la aplicación de normas jurídicas generales a casos particulares?** **¿Hay una "ciencia" específica para conocer y controlar los fenómenos jurídicos?** **¿Cuál es la relación entre los principios morales que consideramos válidos y el orden jurídico?** **¿Cómo se determina qué principios morales son válidos?** **¿Cuáles son esos principios?** **¿Cuáles son sus implicaciones para distintas instituciones jurídicas?** La tarea de contestar todas estas preguntas, y muchas otras relacionadas con ellas, no es cosa fácil; pero la tentativa de hacerlo no puede dejar de ser provechosa, porque empezar a **comprender la estructura**, el funcionamiento y las posibilidades de **perfeccionamiento de la maquinaria jurídica**, es una forma de comenzar a vislumbrar la compleja trama del tejido social que envuelve la vida humana.