

LOS CONCEPTOS GENERALES DEL DERECHO Y SU FUNCIÓN CLASIFICATORIA

REMO F. ENTELMAN,
exprofesor de la Universidad de La Plata y
de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

CAPÍTULO PRIMERO

La crisis de los conceptos fundamentales del derecho

1

La mayor parte del pensamiento tradicional sobre el concepto del deber y del derecho en sentido subjetivo, ha estado influido por dos directivas fundamentales:

- a) La búsqueda de una clara distinción entre los ámbitos de la moral y del derecho, en cada uno de los cuales aparecen sendos conceptos de deber.
- b) La búsqueda de justificación del deber y del derecho.

2

Hasta la teoría pura de Kelsen, en su gran intento de superación de la actitud dualista en la explicitación de los conceptos *deber-derecho*, hubo de pagar tributo a la tradicional necesidad de justificación. De allí su teoría de la norma básica que busca resolver, con recurso a una explicación gnoseológica propia de la formación kantiana de su autor, la cuestión de la relación *realidad-validez* prescindiendo de fundamentos jurnaturalistas.

Kelsen consigue concentrar su problema en un ámbito normativo que le permite redefinir el concepto de *deber* a través del de *sanción*. La amenaza de un mal contenida en una norma, brinda un concepto de deber, que al darse en una relación conceptual normativa, no presenta el flanco débil de las concepciones predictivas, criticadas porque dejan sin solución satisfactoria la cuestión de la validez del ordenamiento, resabio de aquella antigua necesidad de justificación.¹

¹ Hart Herbert L. A., "Il concetto di obbligo", *Rivista di Filosofia*, vol. LVII, N° 2, p. 125.

3

Los dos intentos posteriores más serios de superación están de alguna manera encerrados en los mismos términos del problema. Hart partiendo de la necesidad implícita de justificación la encuentra en la *regla de reconocimiento*,² que sólo difiere del supuesto kelseniano, en que admite el carácter fáctico del hecho social del reconocimiento, llamado eficacia en la teoría de la norma fundamental. Ross moviéndose en el ámbito netamente normativo intenta una superación semántica del problema de los conceptos fundamentales del derecho, tratando de redefinir el papel que la expresión que los menciona desempeña en el juego de antecedentes y consecuentes normativos.³

4

Sin que pueda cuestionarse el aporte, a veces revolucionario, que estas concepciones han brindado a la teoría general del derecho y la ciencia de su tiempo, para la tarea esclarecedora de sus respectivos universos, hay que admitir que la insatisfacción de juristas y filósofos respecto del instrumental conceptual brindado por tales concepciones, es un hecho real. Tan real como que los científicos continúan su labor volviendo la espalda a las concepciones jusfilosóficas, de las que ni siquiera adoptan la terminología que van acuñando en procura de una mayor claridad. Y los jusfilósofos expresan su decepción y se sumergen en la búsqueda de nuevos horizontes, confesando en más de un caso un pesimismo tal vez exagerado sobre el progreso obtenido. Seguramente la más reciente y dramática expresión en idioma castellano de este escepticismo, respecto de la capacidad de los conceptos que actualmente maneja la teoría general del derecho para clasificar la diversa complejidad de normas jurídicas propia de los ordenamientos contemporáneos, se encuentra en el trabajo presentado por Genaro R. Carrió al Seminario Internacional de Juristas en Bellagio, Italia, en 1965; publicado posteriormente en Buenos Aires. Carrió recurre a la figura de la "pérdida del equilibrio conceptual" de Strawson, para afirmar que en los juristas.

la obsesión de reducirlo todo a un grupo pequeño de nociones que se seleccionan, definen y estructuran en función de aquellas ideas preconcebidas (de las que antes había afirmado que infectan el concepto de deber jurídico), conduce a un laberinto de perplejidades y paradojas.

Cita también el pensamiento de Rayle (*Dylemmas*, Cambridge University Press, 1964), sobre la crisis de los conceptos, que se produce

² Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963, cap. vi.

³ Ross, Alf, *Hacia una ciencia realista del derecho*, Buenos Aires, 1961, caps. vii y viii, y *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, cap. vi.

cuando la teoría, ocupación o actividad a que el aparato conceptual sirve si va sometida a un proceso de desarrollo o cambio substancial. . . Muchos de los términos técnicos empleados no pueden desempeñar sus nuevas funciones; quien se vale de ellos, duda, por momentos, si no está manejando con mucha ligereza los significados *reales* de los mismos. Es decir, los significados que aprendió tiempo antes.

Aunque muy al pasar, Carrió apunta en su monografía que “una prolija y paciente clasificación (de las normas), libre de dogmatismo, arrojaría valiosa base sobre muchos problemas de la teoría jurídica”. Como se verá en el curso de este ensayo, la clasificación y la nomenclatura de la ciencia jurídica constituyen temas fundamentales sobre los que nos proponemos llamar la atención de los juristas.

El pequeño trabajo de W. N. Hohfeld, tan poco conocido entre nosotros y de tanto predicamento en la ciencia anglosajona,⁴ constituyó un alegato contra la inoperancia de los conceptos fundamentales tradicionales y un magnífico esfuerzo para construir, desde un punto de vista racional distinto del que en este ensayo pretendemos mostrar, una serie de conceptos más adecuados al conocimiento de la variada experiencia jurídica, al que daremos referencia comparativa más adelante.

5

No es extraño que ese clima haya volcado el interés de los filósofos del derecho hacia la lógica y sus modernos desarrollos, donde era coherente intentar encontrar clarificación para los conceptos de la ciencia. Pero tampoco es de sorprender la frustración que hayan de encontrar en ese camino, si se admite que el análisis de un lenguaje, o la enunciación de reglas especiales de juego para ese lenguaje, no pueden suplir la descripción y clasificación de las situaciones objetivas a que ese lenguaje hace referencia.⁵ Aun admitiendo la posición nominalista más extrema, desorienta el descubrir la facilidad con que la teoría del derecho confunde los distintos roles que a una expresión cabe jugar en diversos juegos de lenguaje. Algo hay detrás de la expresiones que debe tener relación con las dificultades que aparecen para distinguirlas cuando desempeñan papeles diversos. En muchos lenguajes aparecen expresiones que pertenecen a otros. Y a menudo, esa polivalencia genera posibilidades de confusión que dificultan la inteligencia del discurso y conducen su interpretación por senderos erróneos. Pero en ningún lenguaje, vulgar o científico, la marcha por esos atajos erróneos ha continuado, como en la ciencia del derecho, hasta perderse en laberintos inverosímiles tras haber partido de expresiones polivalentes.

⁴ “Some fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning”, 23 *Yale Law Journal* 16, 1913. Hay reciente traducción al castellano: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina S. A., Buenos Aires, 1968.

⁵ Véase Hospers J., *Introducción al análisis filosófico*, traducción de Néstor Miguez, Buenos Aires, 1966, Cap. I.

6

Cabe preguntarse entonces si no es éste, para la filosofía del derecho, el momento de retornar humildemente a un punto de partida, desde el cual pueda verse, de un solo golpe de vista, en sus respectivas funciones, a la ciencia del derecho y a la ciencia de sus conceptos, al todo clasificado a que estos se refieren y a los concretos que integran ese todo. Si un lenguaje científico es la descripción de determinados procesos o situaciones objetivas, es justo que los filósofos del derecho se pregunten hoy nuevamente por aquellos de que se ocupan sus científicos, a los que se refiere su lenguaje. La postulación normativa de Kelsen, que tanta luz arrojó sobre el estudio del ordenamiento jurídico como producto objetivado de la organización social, no ha puesto en realidad límites demasiado estrictos a la región de *objetos* de que se ocupan los juristas? Si así fuera, sería vano querer definir los conceptos de *hecho ilícito*, *deber* y *derecho* como meros conceptos normativos, como meros nombres de menciones del ordenamiento o como meros operadores lógicos de un lenguaje normativo construido. Porque los juristas parecen usar esos conceptos para muchas otras *cosas* y así lo han hecho desde siempre. Es claro que esas cosas han sido tan oscuras para los jusfilósofos como hablar de ciertas especies de cualidades metafísicas mencionadas por expresiones del tipo *tener deber*, o *tener derecho*, *ser deudor*, o *ser acreedor* o *propietario*.

7

La teoría egológica vislumbró de alguna manera que la ciencia del derecho se ocupa de algo más que de normas jurídicas y que ese algo tenía que ver con los destinatarios de esas normas. Pero su afán sistemático de integrar su pensamiento con el del maestro vienés, al que debía su base conceptual, la llevó a afirmar que las normas funcionan como conceptos lógicos para mencionar conductas y que estas conductas son el objeto de la ciencia. Con lo cual le fue sustraído al ordenamiento su carácter de fenómeno social y su aptitud para *influir* en el mundo en que se da el universo de la ciencia jurídica, al mismo tiempo que la conducta fáctica de los hombres era elevada a la categoría de objeto de la ciencia. De esa manera se sustraía a ésta una parte de su objeto —las normas que se convertían en su lógica— y se desfiguraba la otra, de la que seguramente el filósofo argentino estuvo muy cerca.⁶

⁶ Cossio, Carlos: *La teoría egológica del derecho y el concepto filosófico jurídico de libertad*; y *El derecho en el derecho judicial*.

CAPÍTULO SEGUNDO

El universo de lo jurídico

8.

Si nos proponemos descubrir el papel que desempeñan conceptos generales como los de *deber* y *derecho*, desprovistos de toda la carga de una tradición ideológica y científica, un buen punto de partida parece discurrir sobre el lenguaje de los científicos del derecho en procura del objeto a que ese lenguaje se refiere cuando emplea tales conceptos. Esta mención al objeto, no importa necesariamente entrar en polémica con el nominalismo y postular la existencia de universales. Porque también desde aquel punto de vista cabe preguntarse por los límites y el contenido del universo del lenguaje jurídico.

9.

Nuestros hilos conductores serán pues indistintamente las preguntas:

a) A qué situaciones objetivas se refieren los juristas cuando hablan de deber, de derecho, de facultad, de competencia, de incompetencia, de lo ilícito, etcétera; o bien,

b) Cuál es el universo del lenguaje jurídico en que aparecen los conceptos de deber jurídico, de derecho, de ilícito, de facultad, de competencia, etcétera.

Esta pregunta b) vale para los diversos lenguajes que Hart distingue, a saber:

i) El lenguaje de los científicos (civilistas, comercialistas, procesalistas, etcétera), y el que los jueces utilizan en los *holdings* de sus sentencias.

ii) El lenguaje de los textos normativos dotados de autoridad.

iii) El lenguaje de los filósofos del derecho.⁷

10

No parece dudoso que las afirmaciones que formulemos para responder a tales preguntas serán juicios de hecho, descriptivos de un conjunto de situaciones objetivas o de una realidad de conducta de quienes crean normas, cultivan la ciencia o la teoría general del derecho.

Nuestro problema es entonces escudriñar esa realidad para suministrar de ella una descripción que dé a tales preguntas una respuesta de hecho verdadera, susceptible de verificación.

⁷ *Il concetto di obbligo*, loc. cit., p. 127.

Desde siempre los juristas han tenido, de alguna manera obscura, la sensación de manejar elementos de lo social y problemas axiológicos. El normativismo kelseniano puso énfasis en la clasificación de las disciplinas científicas de lo social y presentó una ciencia del derecho que sólo se ocupaba del producto normativo creado por cierta actividad social de organización, que originariamente ignoró del todo y que luego incorporó parcialmente a través del desarrollo de los conceptos de competencia, facultad, etcétera. Sin embargo, los juristas siguen mirando hacia la vida social como su objeto y se quejan de no poder resolver los problemas sociales, que en buena parte provienen de la existencia de normas jurídicas, valiéndose de conceptos normativos. Por otro lado, toda la corriente del realismo jurídico trabaja conciente de ocuparse de algo más que de normas y no hesita en confesarlo.⁸

Cómo hacer, para comenzar de nuevo despojados de prejuicios, el intento de describir las situaciones de hecho de que se ocupan los juristas o el universo de su lenguaje? Totalmente de nuevo parece imposible. En el estado actual del conocimiento humano, nada puede descubrirse que no encuentre fundamento en alguna concepción filosófica anterior o en las ideas formuladas como antagónicas de alguna de esas concepciones. El proceso gradual del saber humano, es precisamente lo opuesto de la visión omnisciente inmediata y total del mundo que las religiones suelen postular como atributo de Dios. El hombre que piensa sobre un problema y que intenta agregar un grano de arena al gigantesco edificio del conocimiento humano, está parado, lo quiera o no, en algún escalón a alguna altura de ese edificio y sólo desde ese punto de apoyo puede colocar su aporte. Es probable que el peso de ese aporte esté en relación directa con la fuerza con que su autor se sustenta en las ideas desde las cuales parte su intento de colaboración.

11

En ese sentido, este ensayo de ver con renovada frescura nuestro problema, parte desde una toma de posición netamente positivista, que su autor debe a la intuición de Kelsen, aunque la búsqueda de nuevas respuestas a viejas preguntas lo hayan llevado a una concepción que, aún conciente de su modestia, reconoce su heterodoxia respecto del pensamiento que le sirve de punto de partida.

Partimos, en efecto, de la convicción de que el ordenamiento jurídico a que hace constante referencia la ciencia del derecho, es una creación humana, el producto de actos humanos de voluntad. Hoy puede afirmarse, que aun fuera del campo de doctrina que suele denominarse positivismo, toda la ciencia jurídica actual con pretensiones de seriedad, admite que las normas jurídicas con que lidian los científicos en algún sentido, son frutos de la

⁸ Una referencia a la amplia literatura que puede consultarse sobre el tema se encontrará, entre otros, en: Stone, Julius, *The Province and Function of Law*, pp. 414 y ss., y en Puig Brutau, José, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, pp. 23 y ss.

creación humana. Ello, sin perjuicio de que no en todos los sectores del pensamiento esté igualmente clara la respuesta a preguntas tales como: ¿qué relación existe entre los contenidos normativos valorados como buenos para alguien —incluyendo a Dios— y los que los hombres adoptan para las normas que crean? o ¿qué relación debe existir entre tales contenidos? o ¿existen límites naturales o necesarios de algún tipo para la actividad organizadora del hombre que se traduce en la creación de normas?

12

Tales problemas, sobre los que seguramente es también posible echar luz por la vía de describir el proceso a que se refieren las preguntas científicas, no es ahora nuestro tema.⁹

Partimos pues de la afirmación de que en un determinado momento de la evolución de la sociedad humana, el hombre decide —mediante procesos y con frutos que luego devienen cada día más complejos— ejercer su libertad psicofísica en el sentido de limitar el ejercicio o la realización de sus conductas posibles y las de su prójimo, con el fin de crear condiciones que valora como mejores para el ejercicio del resto de sus conductas (libertades) posibles.¹⁰

13

Lo que importa destacar es el *hecho* de que a cierta altura de su vida en sociedad, el hombre *inventa* una técnica determinada, con el objeto de atender determinadas necesidades de convivencia. De ese invento resulta incorporado al mundo un nuevo objeto.

Cuenta aquí, que el *hecho* de la aparición en el mundo de normas creadas por el hombre tiene una *influencia*, produce un *efecto* sobre las conductas posibles de los hombres, que parece dejada de lado en la teoría general del derecho. Mucho se ha hablado en ella, por cierto, de la *influencia motivadora* de esas normas sobre la conducta real de los hombres. Y lo más serio de lo dicho sobre tal motivación ha sido para mostrarla como un fenómeno psicológico o sociológico de explicación causal, ajeno a la ciencia del derecho. Ello sin perjuicio de que la influencia motivadora de la sanción amenazada

⁹ Una adecuada descripción fenomenológica de los actos de conciencia que culminan con la creación de las normas, fundada en los análisis de Husserl, permitirá a su vez distinguir con claridad los *correlatos objetivos* de tales actos. Se verá así cómo el acto de valorar, perteneciente a la esfera sentimental de la conciencia, se funda en actos previos teóricos de conocimiento de situaciones posibles, reales o imaginadas, y a su vez, fundamenta el acto de voluntad cuyo correlato objetivo es la norma positiva. Tales desarrollos pueden iluminar las respuestas o las preguntas insertas en el texto.

¹⁰ Hay aquí también, sobre la génesis de esta actividad social, una importante tarea de descripción, que es ajena a la índole sintética de la fundamentación de la tesis que en este trabajo se intenta sostener. Véase por ejemplo Merton, Robert K., *Teoría y estructura social*, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.

en las normas haya servido de base —aun en esta teoría— para la concepción del deber ser coercitivo como una categoría del pensamiento jurídico en el sentido kantiano.¹¹

Aquí, en nuestro intento de explicitación de los conceptos jurídicos fundamentales, nos referimos a otra índole de *influencia*. El hecho de la aparición de cualquier clase de normas que se refieren a la conducta de los hombres, permite alguna descripción de la totalidad de las conductas posibles como referidas a esas normas, como *normadas* o no por tales normas. Constituye o genera así un nuevo mundo de objetos. O un nuevo universo de discurso.

Y ello posibilita, desde luego, la clasificación de las *conductas posibles* en grupos, para cuya constitución la sola existencia del sistema de normas y luego los contenidos de éste, sirven como *criterios clasificadores*.

CAPÍTULO TERCERO

La clasificación de las conductas posibles

14

Veámos las complejidades que aquí se presentan. Desde luego, cualquier sistema normativo, moral, religioso, jurídico o técnico, permite clasificar las conductas humanas que sus normas mientan, al menos como conductas *normadas* y *no normadas*. Pero sin embargo, este criterio de clasificación carece en su generalidad de utilidad científica suficiente a la altura actual del conocimiento de lo social,¹² frente al hecho de la coexistencia de diversos sistemas normativos que con igual jerarquía de fenómenos reales (o productos de fenómenos reales) aparecidos en la experiencia social, compiten con el jurídico en la tarea común de reglar, mediante distintas técnicas motivacionales, la conducta humana. La ciencia del derecho requiere, y ese ha sido su mayor afán en los momentos del culminar jusfilosófico de la primera mitad de este siglo, clara descripción y nítida delimitación de su universo objetual, de su región ontológica particular. O del universo de su lenguaje, para referirse a los dos enfoques en cuya polémica nos hemos propuesto desde el principio no terciar aquí, en un ensayo cuyas conclusiones, si algún mérito tuvieran, pueden contribuir a orientar los desarrollos futuros a ambas tendencias, desde sus respectivos puntos de vista.

¹¹ También la amenaza del daño es el criterio distintivo de la obligación para Bentham, tanto cuando se trata de deberes morales, en que el daño es infringido por personas indeterminadas de la sociedad, como en los casos de deberes jurídicos en que el sufrimiento es administrado por funcionarios con arreglo a normas o en los deberes religiosos, cuyas sanciones dependen de una divinidad y aun los deberes "físicos", cuya violación importa un sufrimiento atribuible al curso de la naturaleza. (Ver sobre esta coincidencia Genaro R. Carrió, *Sobre el concepto de deber jurídico*, 1966).

¹² La generalidad de un concepto es inversamente proporcional a su contenido, es decir, al número de características de los objetos a que hace referencia. Cuanto más bajo está situada una expresión en la pirámide de conceptos, mayor es el número de características que contiene.

15

Resulta así, que para nuestra averiguación sobre la *influencia* que la existencia de un ordenamiento normativo jurídico tiene sobre la *constitución* de los objetos de la ciencia (o sobre la demarcación y clasificación del universo de su lenguaje), tenemos que recurrir al contenido peculiar de sus normas que lo diferencian de otros sistemas normativos.

Y nuevamente aquí nuestro pensamiento se apoya en la descripción que Kelsen formula de las características esenciales de un ordenamiento jurídico, que sigue pareciendo válida. Nos referimos al carácter coactivo de ese ordenamiento. Lo esencial de lo jurídico reside en la existencia de una sanción socialmente organizada, mencionada en la norma jurídica como amenaza imputada a una condición también descrita en la norma.

Existe además, en el contenido del ordenamiento jurídico, otra característica que permitiría ensayar una clasificación del universo de las conductas posibles, comenzando, por así decirlo, del otro extremo respecto de la sanción. En efecto, la existencia de un ordenamiento jurídico permite distinguir entre conductas con competencia para alterar las posibilidades de conducta de los miembros del grupo y conductas incompetentes para hacerlo. Desde ese punto, una descripción y clasificación nos llevaría a la distinción final entre conductas sancionadas y no sancionadas. Pero le encontramos diversas dificultades, de las cuales dos nos deciden a tomar el otro camino. En primer lugar la existencia de ordenamientos morales o religiosos de carácter dinámico,¹³ en los que cabe también comenzar clasificando las conductas regladas por ellos en competentes e incompetentes. En segundo lugar, la ventaja de utilizar un criterio clasificador que constituye géneros superiores —*conducta sancionada y no sancionada*— con cuya nomenclatura los juristas están familiarizados.

Partimos pues del hecho de la existencia de un ordenamiento jurídico de contenido determinado, fenómeno desde el cual y sólo desde el cual *se constituyen* los objetos de la ciencia jurídica, o desde el cual y sólo desde el cual se define el universo del lenguaje jurídico. Afirmamos que a partir de la creación de normas jurídicas, aparecen formas y situaciones de conductas humanas posibles, cuya totalidad puede ser definida y clasificada, y que esas conductas posibles o posibilidades de conducta constituyen el objeto a que se refiere la ciencia jurídica, o si se quiere, el universo de su lenguaje.

Dentro de esas formas y situaciones de conducta han de encontrarse aquellas que responden a los nombres de *deber*, *derecho*, *ilícito*, *facultad*, etcétera.

¹³ En efecto, existen ordenamientos morales en los que la validez de las normas no se deduce de manera estática del contenido de normas superiores, sino que resulta de su creación por un órgano a quien se reconoce facultades para determinar el contenido de tales normas. Así ocurre con las normas que contienen la conducta que el niño acepta en su temprana edad dentro del núcleo familiar como buena. Si se le pregunta por qué es buena, responderá haciendo referencia a la autoridad de su padre. Otro tanto sucede en una comunidad religiosa, cuando se ocurre a la autoridad eclesiástica para establecer si una determinada conducta no prevista en normas religiosas expresas es buena o mala.

Veámos pues cómo puede describirse y clasificarse el universo de las conductas humanas posibles, a partir de la existencia de un ordenamiento jurídico, es decir a partir del *hecho fáctico* de la creación por el grupo social de normas positivas de contenido sancionatorio.

16

a) *Conductas sancionadas y no sancionadas*

Una primera clasificación permite distinguir, para la totalidad de las conductas posibles, entre conductas *sancionadas* y conductas *no sancionadas*, si llamamos *conductas sancionadas* a aquellas que por virtud del contenido concreto del ordenamiento aparecen *amenazadas* con una sanción.¹⁴ Las expresiones *prohibida* y *permitida* son las que en los lenguajes jurídicos responden generalmente a los *géneros superiores* de conducta *amenazada* o *sancionada* y *no amenazada* o *no sancionada*, respectivamente. En consecuencia, en ningún caso utilizamos *permitida* cual sinónimo de *autorizada* en su uso más corriente, es decir, el de conducta *facultada* (*competencia*).

17

b) *Conductas no sancionadas*

El grupo de las conductas posibles, no amenazadas con sanción, es decir *no sancionadas* o *no prohibidas*, esto es, *permitidas*, es a su vez susceptible de varias y sucesivas subdivisiones sistemáticas. El peculiar contenido de las normas jurídicas, permite distinguir de entre la totalidad de las conductas posibles no *sancionadas* o *permitidas*, diversos subgéneros, a saber:

18

c) *Conductas debidas y situaciones de derecho*

En primer lugar, las conductas *prohibidas* o *amenazadas* que, en virtud del carácter indirecto de la técnica sancionatoria, son las que el creador de la norma ha deseado evitar, permiten determinar, por un simple proceso lógico, una categoría especial dentro del género de las conductas *no prohibidas* (*permitidas*). Se trata de las conductas opuestas, contrarias a las sancionadas, que en el lenguaje jurídico se denominan conductas *debidas*, *deberes jurídicos* u *obligaciones*. Tanto el normativismo kelseniano como las concepciones predictivas, han expuesto esta noción de deber, pero sin identificar

¹⁴ La cuestión de las sanciones imputadas a otros antecedentes que no son descripciones de conducta, permite, con relación al problema del sujeto del derecho, utilizar el ordenamiento jurídico para la clasificación de otros objetos a los que hace referencia y que no son conductas humanas. Esta investigación excede los límites de este trabajo.

este concepto como un mero *concepto clasificatorio* que menciona las *propiedades* distintivas de un grupo de *conductas posibles*, dentro del universo de las conductas regladas por un ordenamiento jurídico. La coherencia sistemática del pensamiento de Kelsen y su compromiso con la teoría dual de la norma y el precepto (Binding), lo llevó a crear el concepto de norma secundaria, que le permitió presentar el deber como un concepto normativo.¹⁵

19

Si se sigue el análisis de la totalidad de las *conductas posibles* de los miembros de una comunidad jurídicamente normada, se descubre que *por el hecho de que ciertas conductas de algunos individuos sean debidas*, en el sentido antes anotado de que su opuesto contrario está *amenazado* con una sanción, producen cambios en las condiciones en que ciertas conductas son posibles para otros individuos. Se crean así una serie de *situaciones de conducta* para ciertos individuos, que constituyen el amplio y mal amojonado campo de lo que se llama *derecho*. Derecho es, en general, el nombre de la *situación de conducta posible* de ciertos individuos que se origina en el hecho, y sólo en el hecho, de que determinadas conductas de otros individuos tengan las características de las conductas que hemos definido como *debidas*. Es decir, como *prohibidas*, si se mencionan con el nombre de su opuesto contrario, como por lo común son referidas en las normas del derecho penal, por ejemplo.

20

Es obvio que esta primera clasificación no agrupa aún las situaciones de *conducta posible* sobre la base de todos los criterios proporcionados por las características del contenido concreto y complejo de los ordenamientos actuales. Estos permiten distinguir, dentro de la totalidad finita de las conductas, muy diversos matices definitorios de las conductas *prohibidas* y por ende de sus opuestos, las *debidas*, lo cual genera a su vez muy distintos matices de *situaciones de conducta* (derechos) para los otros individuos. Numerosos entrelazamientos se producen por otra parte en el ordenamiento de conductas *debidas* de ciertos sujetos, que afectan a las de otros creándoles *situaciones de derecho*, al mismo tiempo que las conductas de éstos resultan en ciertos aspectos *amenazadas*, convirtiéndose así en *deberes* en algún sentido. Por otro lado, el ordenamiento en general crea para las conductas denominadas deberes ciertas condiciones mejores de posibilidad, que de algún modo

¹⁵ La formulación normativa del deber como contenido de una norma *secundaria*, derivada de la norma jurídica *primaria*, ha dificultado que se viera el *concepto genérico de deber* como un concepto clasificatorio que menciona determinadas propiedades de un grupo de conductas, dentro del todo de las *conductas posibles* resultantes de la existencia del ordenamiento coactivo integrado por normas primarias.

diríamos que garantizan su realización (*derecho a cumplir con el propio deber, deber del titular de la situaciones de derecho de posibilitar el cumplimiento al deudor, facultad de inordinación*).¹⁶

21

Todos estos matices permiten la constitución de un número abierto de subgrupos de *conductas debidas* y de *situaciones de derecho*, muchos de los cuales responderán hoy a distinciones que ya efectúan los científicos o los filósofos del derecho mientras otros deben ser investigados aún, para encontrar en el ordenamiento las características o peculiaridades de contenido que sirvan de diferencia específica para la constitución de los nuevos tipos. Pero tal investigación, cuyo camino se espera quede algo más iluminado por el presente análisis, es aún prematura para nosotros a esta altura de nuestro trabajo.

22

Sin embargo es posible descubrir distintos subtipos, dentro de la clase de situaciones de conducta posible creada o *constituída* por el hecho de la existencia de un ordenamiento coactivo, clase que hemos denominado *situaciones de derecho o derechos*.

Hemos mostrado, en efecto, que ciertas posibilidades de conducta de ciertos individuos resultan beneficiadas, mejoradas o *garantizadas* como suelen decir los juristas, por el hecho de la existencia de normas que *convierten* en prohibidas determinadas conductas de otros individuos. Pero el contenido de las normas destinadas a crear esas *situaciones de derecho* no es siempre el mismo, y ello da lugar a que tales situaciones no sean de características idénticas y puedan diferenciarse en diversos subtipos.

23

d) *Derecho subjetivo en sentido estricto*

Así, por ejemplo, a veces el contenido de las normas prevé una sanción como consecuencia de cierta conducta o del acreditamiento procesal de ciertos hechos,¹⁷ y además como condición necesaria y conjuntiva, del reclamo o la

¹⁶ Cossio, Carlos, *La teoría egológica del derecho*, 1944, p. 329. Un intento de análisis y conceptualización de estos entrelazamientos se encuentra ya en las conferencias pronunciadas por Eduardo García Máynez en 1939 y publicadas bajo el título de *Libertad como derecho y como poder*, México, 1941.

¹⁷ Véase la distinción de Hohfeld entre *hechos operativos* y *hechos probatorios*, *op. cit.*, pp. 39 y ss., y los "hechos operativos" en Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, cap. IX.

presentación ante la justicia (*demanda o querrela*)¹⁸ de un tercero, aquel que está en la situación que hemos llamado *de derecho*, el *titular del derecho* en la terminología científica corriente. Todo este subtipo de situaciones es el que, según afirma Kelsen, los juristas han denominado *derechos subjetivos en sentido estricto*.¹⁹

Por el hecho de que existen normas que amenazan con sanción al autor de determinada conducta, o algún otro sujeto como consecuencia de esa conducta, *en el caso de que alguien y sólo en el caso de que alguien entable una demanda*, se crea una *situación de conducta posible* que en la terminología a que se refiere Kelsen se denomina *derecho subjetivo en sentido estricto*.

24

e) *Derecho subjetivo en sentido lato*

Los restantes casos que integran el género de *situaciones* que se denominan *de derecho*, constituyen un subtipo de dicho género, integrado en su totalidad por las situaciones de conducta creadas o *constituidas* por el mero hecho de existir normas que *convierten* en *debidas* otras conductas correspondientes a otros individuos. En este sentido, que *alguien tiene derecho* significa afirmar que ciertas conductas suyas posibles están *garantizadas*, en el sentido de que las normas sancionan aquellas conductas que son las contrarias de las que pueden contribuir a *posibilitar, mejorar o garantizar* aquellas conductas posibles que llamamos *derechos*.

25

Resulta pues, que en la totalidad de los casos en que hablemos de *derechos*, esas situaciones *resultan del hecho de la existencia de conductas correlativas de otros individuos, sujetas a amenazas coactivas*. Y resulta además, que en alguno de los casos que integran esa totalidad, el individuo que se encuentra en la situación de *posibilidad garantizada* que llamamos *derecho*, es munido de una posibilidad de conducta más: la de *accionar*. A esta última subclase de situaciones, se la viene denominando *derecho subjetivo en el sentido estricto*, al menos en el lenguaje de la teoría general del derecho.

26

Ocurre que determinados contenidos del ordenamiento otorgan a veces

¹⁸ Kelsen utiliza la expresión *facultad* para referirse a la conducta procesal que es, bajo la forma de demanda o querrela, condición necesaria de la sanción. Véase la reserva de índole terminológica que formulamos en el parágrafo 32.

¹⁹ Véase Motulsky, H., "Le droit subjectif et l'action en justice". *Archives de Philosophie du Droit*, tomo IX, p. 215.

esta última posibilidad de conducta procesal a un sujeto distinto del titular de la *situación de derecho* (el tutor por ejemplo). Dentro del uso corriente del lenguaje jurídico esta mera posibilidad de actuar, independiente de una *situación de derecho* referente a la conducta del mismo sujeto, no es denominada *derecho* sino *potestad* o con términos específicos equivalentes.

27

Suele pensarse que en las *situaciones de derecho* en que el sujeto es también munido de una acción como condición necesaria de la sanción, sus posibilidades de conducta están más *garantizadas* que cuando la situación no reviste esa característica. Sin embargo, si se reflexiona sobre el problema se descubre que no es así. Cuando el contenido del ordenamiento no dota al individuo de acción como condición necesaria de la sanción, otros miembros del grupo, en función social específica (juez, fiscal, etcétera) están listos a poner en funcionamiento el mecanismo coactivo. El particular de cuya demanda depende la sanción está más librado a sus propios medios que aquel cuya *situación de derecho* es de tal tipo que, cuando se produce la conducta prohibida que le es correlativa, el grupo todo reacciona en su apoyo a través de sus agentes especializados, que actúan *de oficio*, para usar una expresión típica del lenguaje procesal. Las *situaciones de derecho* que no están munidas de acción como condición esencial de la sanción, son aquellas que el legislador ha querido dotar de mayor protección. Pertenecen a esa clase la mayor parte de las creadas por los códigos penales, con excepción de las normas que sancionan los llamados delitos de acción privada y, en distinta medida, los de instancia privada.

Es notorio, además, que el poner en manos de un particular la decisión sobre la aplicación o no de la sanción amenazada, es no sólo una forma contingente de organización adoptada por un determinado ordenamiento para un sector concreto de conductas posibles, sino además una variante de organización que a veces resulta imposible o impensable. En efecto, en las situaciones de conducta que denominamos *derecho a la vida*, sin duda alguna las más estimadas por el grupo,²⁰ es imposible poner en manos del "titular del derecho", que lo es en la medida en que para los demás está sancionado matar, una acción que constituya condición para la sanción al homicida, ya que el hecho del homicidio elimina toda posibilidad de conducta de la víctima. Y desde luego que si una acción es puesta en manos de parientes, esa situación no puede llamarse *derecho a la vida propia*, sino *derecho a la vida ajena*.

²⁰ Si bien la vida, como valor, tiene el carácter relativo de todos los valores, es probablemente el de presencia más reiterada a través de la historia. De allí que, frente al secular antagonismo axiológico entre relativismo y absolutismo puede hablarse a su respecto de un valor *permanente*, es decir, que pese a su relatividad, se da con permanencia.

f) *Derechos reales y derechos personales*

El grado de garantía o mejoramiento de la posibilidad de conducta que hemos denominado *derecho*, es también diverso respecto a la extensión de las consecuencias coactivas, lo que da lugar a situaciones igualmente diversas de derecho, que de alguna manera responden a las tradicionales, imprecisas y debatidas expresiones *derechos reales y derechos personales*.

En efecto, a veces la sanción que amenaza una conducta, de modo de *constituir* en todo individuo una *situación de derecho*, se refiere sólo a la privación de bienes respecto de los cuales tienen a su vez *situaciones de derecho* (son su propiedad) el o los individuos que llamamos *el o los obligados*. En estos casos el lenguaje jurídico habla de *derechos personales*.

En otras ocasiones estas privaciones de bienes están dirigidas como amenazas, en los contenidos normativos, no sólo respecto de *el o los obligados* sino también respecto de otros sujetos cuyas posibilidades de conducta son menos protegidas que las del titular del derecho. Tales los sucesores a título singular en las *situaciones de derecho* que el deudor ejerce respecto de sus bienes (propiedad) o los acreedores posteriores del deudor. La existencia de tales contenidos normativos crea *situaciones de derecho* que los juristas llaman *reales o de reipersecución y privilegios*, respectivamente. El *derecho real* no es pues más que una subclase de la situación de conducta posible que hemos llamado *derecho*, y corresponde a los casos en que la amenaza de sanción privativa de bienes no sólo se dirige contra el individuo respecto del cual una prohibición de conducta *constituye* una situación de derecho a favor de otra, sino también a ciertos terceros que han adquirido, a su vez, *situaciones de derecho* respecto de los bienes de los que el sancionado principal (*deudor*) tenía, por su parte, *situaciones de derecho* (propiedad) creadas por otras normas.

A su vez, los llamados *privilegios*, en el sentido de la preferencia crediticia de que se ocupan las normas del derecho civil, constituyen una subclase donde la sanción privativa de bienes al deudor, que *constituye* o genera el derecho privilegiado, tiene la virtud de ser —por el contenido específico de las normas— de aplicación preferente respecto de otras sanciones, cuya mención como amenaza normativa genera situaciones de derecho a terceros que los juristas denominan, entonces, *acreedores de rango inferior*. O, lo que es lo mismo, hablamos de *privilegios* cuando existen normas que, ante situaciones convergentes de derecho que generan conflictos en la posibilidad de aplicación de sanciones privativas de bienes de función reparadora, establecen un orden determinado para la ejecución de las sanciones, aumentando así las posibilidades de aplicación de las de primer grado y disminuyendo las de grado inferior, hasta el agotamiento por imposibilidad de aplicación.²¹

²¹ Un serio intento de sistematización de los conceptos de *derecho real y derecho personal*, puede encontrarse en Ross, en el cap. IV de *Hacia una ciencia realista del*

g) *Competencias*

Si abandonamos la descripción del sector del universo de conductas posibles generadas o *constituidas* por la existencia del ordenamiento, que hemos llamado *situaciones de derecho* en forma genérica, nos queda aún un amplio espacio de conductas que forman parte, al igual que aquellas *situaciones de derecho*, del género conductas *no prohibidas* o *permitidas*, pero que presenta con ellas diferencias específicas. Esta nueva clase, que admite a su vez subclases que permanentemente proliferan por la complicitad de las técnicas sociales de producción de normas jurídicas, puede ser denominada con el nombre genérico de *competencias*, para utilizar una expresión que aparece en la mayor parte de los lenguajes técnicos, mencionando algunas conductas con las propiedades a que nos referimos. Se trata de las conductas *no prohibidas*, que consisten en *crear normas de conducta* que en el ordenamiento están descritas de modo tal que los productos de esa creación se reputan *normas válidas de conducta*, para los miembros del grupo a que se refiere el universo total de las conductas.

Dentro del ámbito de tales *competencias*, diversas distinciones emergen de distintos contenidos del ordenamiento, que constituyen a su vez subclases diversas. Un primer criterio aceptable de distinción reside en la índole del sujeto, cuya conducta las normas describen como conducta creadora. Puede reconocerse así: *competencias orgánicas* y *competencias particulares*.

Las competencias orgánicas serán siempre conductas *no prohibidas* de sujetos que desempeñan funciones sociales a las que se reconoce aptitud de creación de normas jurídicas. Las competencias particulares son, en cambio, conductas *no prohibidas* de súbditos a cuya conducta se reconoce efecto creador de normas de muy reducido ámbito de validez, el que generalmente involucra a otros sujetos a su vez facultados para actos de competencia particular (contratantes).

En realidad, si se analiza meticulosamente el sector de las *competencias* se encontrarán criterios para clasificarlas por su grado de amplitud, lo que arrojará diversas clases correspondientes a distintos *grados de competencia*, que permiten distinguir varios estratos de *competencias superiores* e *infe-*

derecho, Buenos Aires, 1962, p. 233. Véanse sin embargo las concomitancias que el pensamiento de Ross tiene con toda la concepción del derecho real como técnica de protección, expuesta más de setenta años antes en la obra de Augusto Thon: *Rechtsnorm und subjektives recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878. Hay traducción italiana de Alexandro Levi, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padua, 1951.

riores. La técnica normativa de atribución de competencia constituye un sistema de delegaciones sucesivas, en el que los órganos o competencias *inferiores* se limitan, en una gran cantidad de casos, a la inserción de antecedentes a normas creadas por competencias *superiores*, dejando más o menos indeterminado el o los antecedentes normativos. En buena parte de los casos, cuanto más *inferior* es la competencia, menor el ámbito de creación que le es delegado. Las *competencias particulares* pertenecen, en general, a los estratos más bajos en esta gradación. Estas ideas generales abren sin duda un amplio camino a la tarea clasificatoria de la ciencia, en este vasto compartimento del universo jurídico.

32

Como se ve, todo este sector de las *competencias orgánicas y particulares* se torna propicio para una meticulosa descripción clarificadora en la que puedan comprometerse distintas disciplinas dogmáticas. Es necesario deslindar claramente las competencias orgánicas constitucionales de las creadoras de normas generales, en las que se nota no sólo la actividad legislativa y parte de la atribuida al Poder Ejecutivo en circunstancias normales, sino también actividades muy *sui generis*, como las de los miembros de las comisiones paritarias que celebran las convenciones colectivas de trabajo y las de ciertos tribunales que tienen atribuida la función de unificar, con fuerza obligatoria, la jurisprudencia.

En el sector de la *competencia orgánica* administrativa será preciso describir numerosas variantes de conductas creadoras posibles que pueden dar lugar a una clasificación de las *competencias* suficientemente esclarecedora.

En toda esta tarea ha de cuidarse básicamente ir definiendo con certeza las denominaciones que se utilizan o procurando acuñar nuevas denominaciones, de modo de desterrar en forma definitiva el uso de expresiones que hoy son susceptibles de generar confusión, como cuando se habla, por ejemplo, de *facultades*. Este último término tiene que ser circunscripto a uno solo de los conjuntos de situaciones que integran el todo de las competencias. Habrá que decidir si se lo prefiere para mencionar las *competencias orgánicas* o las *particulares*. Pero seguirá generando dificultades en el progreso de la tarea científica y en la interpretación de los textos que ella produce, si se usa indiscriminadamente de modo ambivalente.

33

Todo el sector de las *competencias* no aparece vinculado o desvinculado de igual manera a otros segmentos de las conductas *no prohibidas*. En efecto, hay situaciones en que el ordenamiento constituye a la conducta que denominamos *competencia* en una *situación de derecho* más o menos garantizada.

En otros casos, el facultado (en el sentido de la competencia particular) no encuentra garantía normativa alguna que convierta su *facultad* en *derecho*, por el hecho de la múltiple concurrencia de otros igualmente facultados.

En ocasiones la *competencia* es convertida en cambio en deber, cuando la omisión de la conducta creadora es objeto de sanción. El entrelazamiento de todas estas posibilidades da lugar a diversos grupos de conductas posibles, que pueden ser tipificadas mostrando sus diferencias. Todo ello es tarea fundamental de la teoría general del derecho y tales desarrollos están destinados, sin duda, a echar luz sobre el campo en que trabajan los juristas y dotarlos del instrumental conceptual de cuya carencia hoy se lamentan.

34

Los análisis precedentes no agotan los sectores de *conductas posibles* analizados. La complejidad que permanentemente adquiere el contenido del ordenamiento, para reglar modalidades nuevas de la vida social, va generando a su vez, dentro del universo finito de las conductas posibles, nuevas modalidades que pueden ser reconocidas y descriptas como nuevas situaciones de conducta. Muchas de ellas serán nuevas especies o subclases de los géneros que hemos descripto. Otras tendrán diferencias específicas con géneros ubicados a mayor altura en el proceso clasificador. Es posible que para algunas de las situaciones ya descriptas o para las que son, en el estado actual de la legislación, descriptibles por una adecuada tarea científica, no convenga utilizar denominaciones que sólo son precisas a una mayor altura genérica. Pero ello nada dice en contra de la idoneidad del sistema instrumental conceptual, que la teoría general del derecho intenta suministrar a las ciencias para el desempeño de la labor descriptiva que le es propia.

CAPÍTULO CUARTO

Necesidad de mayores investigaciones sobre la índole de la clasificación jurídica y la naturaleza de los conceptos jurídicos y de su sistema

35

El intento que en estas páginas se hace, pretende mostrar como un todo el universo de las situaciones objetivas que son el tema de la ciencia del derecho, o si se quiere, el universo de su discurso. Sólo si los juristas son puestos en evidencia frente a este universo y sólo si se les define y aclaran los criterios clasificatorios que el ordenamiento jurídico suministra a la teoría general del derecho, para descubrir dentro de tal universo sectores y segmentos, géneros, clases y subclases, o tipos y subtipos,²² se habrán aven-

²² "En el saber clásico, el conocimiento de los individuos empíricos sólo puede ser adquirido sobre el cuadro continuo, ordenado y universal de todas las diferencias posibles... Conocer lo que pertenece como propio a un individuo es tener para sí la clasificación o la posibilidad de clasificar el conjunto de los otros. La identidad y lo que la marca se define por el resto de las diferencias... Método y sistema no son sino dos maneras de definir las identidades por la red general de las diferencias" (Foucault, Michel: *Las palabras y las cosas*, traducción española de Elsa Cecilia Frost, México, 1968. p. 145).

tado las inquietudes de jusfilósofos y científicos sobre la distancia que hoy creen ver entre un lenguaje jusfilosófico, a menudo esotérico, y otro científico, a menudo desprovisto del número adecuado de expresiones con sentido.

Para que este objetivo pueda lograrse parece imprescindible esclarecer mejor la índole de la clasificación jurídica o de la actividad clasificatoria que atribuimos a la ciencia del derecho, investigación esta que excede los límites de este ensayo pero queda aquí anticipada.