

## EL CONCEPTO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Pablo SLAVIN\*

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Conceptos-esencias*.

### I. PLANTEAMIENTO

Si existe o no una conexión necesaria entre derecho y moral constituye un debate interminable. Pareciera que la teoría jurídica no tuviera otra opción que elegir el camino del positivismo jurídico, o de lo contrario, caer en algunas de las variantes jusnaturalistas. Afirma Bobbio que “Se podría decir scherzosamente que cuando se enfrentan como ideologías, son enemigos pero no hermanos; cuando se enfrentan como teorías no son hermanos ni enemigos; cuando se enfrentan como modos diversos de acercarse a la experiencia jurídica, son hermanos y no enemigos”.<sup>1</sup>

Hart, como otros tantos positivistas, no pone en duda que

...el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas.<sup>2</sup>

Pero esto no implica que “...los criterios de validez de normas particulares usadas en un sistema jurídico tengan que incluir, en forma tácita, si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia”.<sup>3</sup>

---

\* Doctor en derecho (UBA); director del Instituto de Investigaciones “Carlos S. Nino” de la Facultad de Derecho (UNMDP); investigador categoría 1; titular exclusivo ordinario de derecho laboral y de derecho político, ambas en la Facultad de Derecho (UNMDP).

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 87.

<sup>2</sup> Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 229.

<sup>3</sup> *Idem*.

Hart entiende por “Positismo Jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.<sup>4</sup>

Comparte con Austin la idea de que “El derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente... no es lo que debe ser, sino lo que es”, o con Kelsen la clásica frase expuesta en su *Teoría general del Estado y del derecho*, respecto de que las normas jurídicas “...pueden tener cualquier tipo de contenido”.

Rescata la claridad y honestidad que estos autores intentaban establecer “...en la formulación de las cuestiones morales suscitadas por las normas jurídicas particulares que son moralmente inicuas, pero que han sido sancionadas en la forma establecida, tienen un significado claro, y satisfacen todos los criterios de validez reconocidos por el sistema”.<sup>5</sup>

Es que para el positivismo jurídico, intentar negarle carácter jurídico a las normas jurídicas “válidas” con el argumento de que las mismas son manifiestamente inicuas, sólo constituye una forma de “inducir a confusión”, que no resuelve ni siquiera el problema que intenta atacar.

Admite, es cierto, Hart, que aparecería como

...un punto de vista atractivo cuando, después de una revolución o de conmociones sociales graves, los tribunales de un sistema tienen que considerar su actitud frente a las iniquidades cometidas guardando las formas jurídicas, por los ciudadanos o los funcionarios bajo el imperio del régimen anterior.

Pero enseguida responde:

Es posible que entonces parezca tentador decir que las disposiciones que obligaban o permitían la iniquidad no deben ser reconocidas como válidas, o como dotadas de calidad jurídica, aún cuando el sistema dentro del que fueron dictadas no establecía restricción a la competencia de esa legislatura. Fue en esta forma que en Alemania, después de la última guerra, se revivieron los argumentos del Derecho Natural, en respuesta a los agudos problemas sociales que quedaron como saldo de las iniquidades del régimen nazi y de su derrocamiento.

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 256.

Vale la pena recordar algunos de los dilemas que hubo que enfrentar y son descritos por Hart:

¿Debían ser castigados los delatores que, persiguiendo fines egoístas, obtuvieron el encarcelamiento de otros por transgredir leyes monstruosas aprobadas durante el régimen nazi? ¿Es posible condenarlos en los tribunales alemanes de post guerra, sosteniendo que estas leyes violaban el Derecho Natural y por lo tanto eran nulas, de modo que el encarcelamiento de las víctimas por violar tales leyes fue en realidad ilícito, y el obtenerlo fue en sí un delito?<sup>6</sup>

La disputa entre “...quienes aceptan y quienes rechazan el punto de vista de que las reglas moralmente inicuas no pueden ser derecho...” no es una cuestión puramente verbal, sino que, a juicio de Hart, encierra “...el mérito comparativo de dos conceptos o maneras de clasificar reglas que pertenecen a un sistema generalmente efectivo de la vida social”.

Se trataría de un concepto amplio y otro más restringido.

Si adoptamos el concepto más amplio, eso nos llevará, —explica Hart— en las investigaciones teóricas, a agrupar y considerar juntos como “derecho” todas las reglas que son válidas según los criterios formales, aun cuando alguna de ellas atente contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida.

En cambio, adhiriéndose al concepto más restringido, “...excluiremos del significado de ‘derecho’ esas reglas moralmente ofensivas”.<sup>7</sup>

¿Dónde estaría la ganancia de adoptar este punto de vista? “nada, por cierto, sino confusión...”, responde Hart.

Por el contrario, apelando al criterio más amplio, el resultado científico podría ser más fructífero en la medida en que es posible “...ubicar dentro de él, el estudio de cualquier característica que tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad frente a ellas”.

Negarle carácter jurídico a las normas moralmente inicuas no presta ningún servicio práctico.

“¿Conduciría ello —pregunta Hart— a mejorar las maneras de resolver problemas tales como los que el régimen nazi dejó detrás suyo?”<sup>8</sup>

En síntesis:

<sup>6</sup> Hart, H., *op. cit.*, p. 257.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 259.

Un concepto de derecho que permita distinguir entre la validez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a reglas inicuas puede cegarnos frente a ella.<sup>9</sup>

No niega Hart que los que utilizaron la delación en el régimen nazi, conduciendo a la muerte a sus parientes o vecinos valiéndose de la aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el Estado castigue únicamente a aquellos que al cometer el mal hicieron lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento.

¿Qué sugiere Hart?

Si estamos dispuestos a “...introducir fisuras en el principio *nulla poena sine lege...*” para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, “...es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente”.<sup>10</sup>

Concluye que

...un castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse a favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ello no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar.

Estas palabras de Hart nos provocan una serie de inquietudes.

¿Hay un único concepto de derecho, o en realidad cabe distinguir entre “derecho” y “derecho moralmente inicuo”?

No cabe duda que Hart se adhiere a la tesis amplia y, por tanto, la calificación de derecho inicuo no puede realizarse desde la ciencia jurídica, sino que dicha determinación sería exclusivamente establecida por la moral.

Si esto es así, dado que los juicios morales, de acuerdo con el pensamiento positivista, son juicios de valor, y por tanto, relativos e indemostrables científicamente, no resulta posible distinguir entre normas inicuas y las que no lo son.

Armados de ese argumento, los nazis, como otros tantos defensores de regímenes aberrantes, podrían sostener que la normativa aplicable por ellos no sólo es jurídicamente válida, sino además moralmente justa.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>10</sup> *Idem*.

La explicación de Hart no nos resulta muy clara. Considera que “introducir fisuras en el principio *nulla poena sine lege* para impedir un mal mayor que su sacrificio... es la elección entre males...” que en circunstancias extremas nos vemos obligados a realizar.

Ahora bien, si las normas pueden tener cualquier contenido, el principio de irretroactividad sólo tiene validez en la medida en que el derecho positivo lo recepta. De no preverlo, no existiría ningún reparo para aplicar sanciones a pesar de que el acto hubiera sido legal cuando se realizó.

Si, en cambio, el principio está vigente, apartarse del mismo importa la violación de la ley.

Resultaría entonces que la ley “monstruosa” se habría cumplido “...guardando formas jurídicas por los ciudadanos o los funcionarios bajo el imperio del régimen anterior”;<sup>11</sup> y la norma retroactiva reparadora, por el contrario, podría ser declarada ilegal en los términos de la legislación actual.

No debemos asustarnos. Nada es tan simple.

En primer lugar, es posible que el principio de irretroactividad no esté regulado por la ley, y sin embargo, los jueces lo reconozcan como un principio jurídico indiscutible, y como tal, lo apliquen.

En segundo lugar, tratándose del caso inverso, si la norma existe, pero los jueces —invocando razones de moral, equidad o lo que fuere— no la aplican y sus sentencias son confirmadas por el Tribunal Superior, la resolución es jurídicamente válida.

En la célebre obra de Anatole France *La Isla de los Pingüinos*, este brillante escritor describe con fina ironía la historia de Francia. Al tratar el caso Dreyfus, representado éste por el pingüino Pyrot, uno de los personajes pregunta si existen dudas sobre su culpabilidad. Como es sabido, Dreyfus (Pyrot) fue condenado por un hecho que no había cometido, sufriendo las consecuencias de ser un judío integrante del ejército francés plagado de antisemitas.

Respondiendo a la pregunta el monje de Conils, afirma:

...no puedo dudar, querido Agaric... En cuanto a pronunciarme de algún modo a favor o en contra de su culpabilidad, me guardaré mucho de hacerlo, pues sería sustituir la autoridad de los jueces por la mía. Por lo demás, es inútil, pues Pyrot está condenado. Si no está condenado porque es culpable. Es culpable porque está condenado, y viene a ser lo mismo...<sup>12</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>12</sup> France, Anatole, *Obras selectas*, Librería Ateneo, t. I, p. 814. Las cursivas son nuestras.

¡El principio de validez queda subsumido en el de efectividad!

Como sabemos, a diferencia del jusnaturalismo, que pretende derivar el conocimiento de la naturaleza o de la razón, el positivismo lo describe como una entidad variable que se modifica en la historia por voluntad del legislador.

Una de las polémicas más duras la dirige el jusnaturalismo contra el formalismo jurídico "...o sea, contra la pretensión francamente positivista jurídica de distinguir el derecho del no derecho sin hacer ninguna diferencia al contenido de las reglas jurídicas".<sup>13</sup>

Bobbio precisa el punto:

En otras palabras, esta última contraposición entre jusnaturalismo y positivismo jurídico, se refiere a la disputa acerca de si conviene introducir en la definición de derecho una referencia al fin (el bien común, la justicia, la paz, etc), o si es preferible definir al derecho mediante la referencia a los procedimientos susceptibles de descripción práctica mediante como se lo crea y aplica. Es indudable que el approach del positivismo jurídico está caracterizado y condicionado por este segundo tipo de definición...<sup>14</sup>

Se concibe o describe como derecho al objeto que reúne, desde el punto de vista formal y procedimental, las propiedades de un sistema normativo, coactivo, etcétera.

Cualquiera puede ser el contenido de las normas por aberrantes o inicuas que resulten. De esta forma, la definición o el concepto de derecho puede mantenerse inalterable sirviendo para identificar cualquier régimen a través de la historia, sin necesidad de ningún *aggiornamento*.

Bulygin, al referirse al estatus ontológico de los derechos humanos, y fiel a una concepción positivista, niega la existencia de normas morales abstractas objetivamente válidas; no cree en derechos morales absolutos ni en derechos humanos universalmente válidos.

A su entender,

...los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su "positivización" por la legislación o la constitución, los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de "realidad", aun cuando esa realidad sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional incorpora los derechos

<sup>13</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 84.

<sup>14</sup> *Idem*.

humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales.<sup>15</sup>

Hasta aquí no podemos sino compartir las palabras de Bulygin.

Nuestra diferencia con el positivismo estriba en que, al no distinguir el contenido de las normas, resulta indiferente que se trate de un derecho fundamental o de un derecho común, siendo por tanto posible su eliminación por un nuevo legislador.

Se apresura Bulygin a responder: “Se me podría reprochar que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo”.

Sin embargo, no acepta esta crítica. No cree que los peligros que acechan a los derechos humanos puedan imputarse a la teoría positivista. Considera que no debe cerrarse los ojos a la realidad “...ni crear la ilusión de seguridad cuando la realidad es muy otra”.

Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, —sostiene Bulygin— entonces los derechos humanos son sumamente frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje; si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución.<sup>16</sup>

Fundamentar los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta constituiría una política reprochable, pues crea una “...falsa sensación de seguridad”. Y seguidamente agrega que “Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que la conquista se pierda como tantas otras”.

¿Cuidarla? ¿Cómo?

La definición de derecho limitado a las formas con exclusión de sus contenidos normativos constituye una concepción, a nuestro criterio, cuestionable.

Pierde de vista que las formas y los procedimientos requieren para su existencia del reconocimiento de ciertos contenidos jurídicos, que paulati-

<sup>15</sup> Bulygin, Eugenio y Alchourrón, Carlos, *Análisis lógico y derecho. Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 624.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 624 y 625.

namente se van volviendo pétreos y constituyen el andamiaje de cualquier sociedad organizada.

Veamos esto con un ejemplo. Imaginemos una Constitución que expresamente disponga la vigencia irrestricta del régimen democrático y declare insanablemente nula cualquier disposición en contrario. A través de elecciones libres se constituye un cuerpo legislativo que, con una amplia mayoría, decide reformar la extensión del mandato del Poder Ejecutivo —hasta entonces de cuatro años— llevándolo a cincuenta años.

La pregunta que debe responder el más alto tribunal de la República es si esa normativa resulta o no constitucional.

No escapa a nadie que una de las condiciones del sistema democrático es la renovación periódica de los cargos políticos.

Por tanto, no hay duda de que la norma en cuestión estaría desnaturalizando el régimen democrático establecido en la Constitución.

Sin embargo, para quienes como Kelsen, Ross o incluso Bobbio, la democracia sólo es un sistema procedimental que no garantiza contenidos, no resulta muy coherente que definan como propiedades esenciales de la democracia una serie de valores (igualdad, tolerancia, pluralismo, renovación gradual, cada individuo un voto) que, en todo caso, tendrían que aceptarse o no mediante un procedimiento democrático.

Sabemos que esto es un absurdo. La idea de Kelsen de que todos los valores son relativos, termina siendo inconsistente cuando lo que se pone en discusión son los principios mismos de la democracia.

¿Qué ha ocurrido?

A través de la historia, la definición de democracia ha dejado de ser puramente procedimental para incorporar a su concepto principios que ya no son parte de la agenda de discusión política. Son, como diría Martín Kriele, cotos vedados al debate democrático. Se han vuelto valores que ya no se discuten. Han dejado de ser relativos para volverse —por ahora— pétreos.

## II. CONCEPTOS-ESENCIAS

Bulygin debate con Raz sobre si es posible o no una teoría del derecho. De acuerdo con Raz, el concepto de una cosa “...implica el conocimiento y comprensión de todas las propiedades...” de la misma.



“¿Tiene una cosa propiedades esenciales *per se*, independientemente del concepto usado para identificarla?” —pregunta Bulygin— y enseguida responde: “Esta parece ser la opinión de Raz”.<sup>17</sup>

Bulygin discrepa con este punto de vista. Pone como ejemplo un objeto que está observando. Si se lo identifica como una lámpara, la propiedad de iluminar será esencial; en cambio, si lo observa como un objeto de bronce, entonces el material del cual está hecho pasa a ser lo esencial, y la iluminación, lo accidental.

Pone en duda entonces

...que existan propiedades esenciales o necesariamente independientes del concepto usado para identificar esa cosa. Si por ‘naturaleza’ entendemos el conjunto de todas las propiedades esenciales o necesarias de una cosa, entonces parece razonable sostener que es sólo en virtud de nuestros conceptos que las cosas tienen una naturaleza, que algunas de sus propiedades son necesarias o esenciales y esto significa que son propiedades definitorias del concepto correspondiente.<sup>18</sup>

Adoptando una posición idealista, afirma que no existen propiedades esenciales de una cosa independientes del concepto.

Para Bulygin “...es el concepto de una cosa el que determina cuáles son las propiedades esenciales y —en consecuencia— la naturaleza de esta cosa, y no a la inversa”.<sup>19</sup>

Veamos un ejemplo. En una época, el concepto de agua establecía como propiedades esenciales la de ser líquido, inodoro, incoloro e insípido. Más tarde, la ciencia precisó con mayor exactitud que por agua debe entenderse una combinación de dos moléculas de hidrógeno y una de oxígeno, y que puede ser tanto líquida, como sólida o gaseosa.

¿Ha sido el concepto el que estableció cuáles eran las propiedades del agua, o viceversa?

La cuestión tiene importancia para poder entender cómo llega al concepto de derecho.

En este sentido, Bulygin afirma: “Por otra parte, si, como he sugerido, las propiedades necesarias o esenciales de una cosa dependen del concepto que usamos para referirnos a esa cosa, entonces, las proposiciones acerca de la naturaleza del derecho serían analíticas y por tanto necesarias”.

<sup>17</sup> Raz, J. *et al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 101.

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 102.

Raz ve las cosas de distinta manera. A su juicio, la teoría del derecho no consiste en el análisis del concepto de derecho, sino en establecer en qué consiste su naturaleza.

Aparentemente hay un punto de coincidencia entre ambos. Nos referimos a la afirmación del primero, en el sentido de que el "...concepto de derecho es un producto histórico que cambia a través del tiempo..."<sup>20</sup>

Existiría entonces una pluralidad de conceptos de derecho, pero no debemos caer en el error y suponer que estos conceptos diferentes responden a un cambio o transformación en la historia de la "...naturaleza del derecho".

De ninguna manera.

Para ninguno de los dos autores el cambio está en la realidad, sino que lo encuentran en el mundo ideal.

"La teoría general del derecho estudia las propiedades esenciales del derecho", afirma Raz; pero dado que la lista de estas propiedades es indefinida, cada concepto del derecho identificará algunas propiedades prefiriéndolas respecto de otras.

No hay cambio en "la naturaleza del derecho"; lo que varía a través del tiempo no es el derecho, sino su comprensión.

Desde ya no compartimos esta posición.

El derecho es una relación social, un producto histórico sujeto a continuas transformaciones.

El elenco de los derechos humanos —dice Bobbio— se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas; esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etcétera.<sup>21</sup>

Derechos que a finales del siglo XVIII se consideraban absolutos, como el de propiedad, recuerda Bobbio, han sido "...sometidos a radicales limitaciones, otros que ni siquiera se mencionaban, hoy son proclamados con gran ostentación en todas las declaraciones recientes".<sup>22</sup>

La incorporación de los derechos humanos, ya sea a través de las Constituciones o las convenciones y declaraciones internacionales, constituye una particular positivización que exige a los teóricos del derecho replantearse el concepto de derecho y asumir, como una realidad, que ciertos principios y derechos se han instalado con carácter pétreo, en el sentido de que su discusión ha quedado fuera de la agenda política.

Para concluir, coincido plenamente con Bobbio cuando afirma que

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>21</sup> Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, p. 56.

<sup>22</sup> *Idem*.

...en la medida en que sea útil pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 89.