

**RESEÑA:
INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DEL
DERECHO**

DE: CARLOS SANTIAGO NINO
RESEÑADO POR:
LIC. JORGE GARABITO MARTÍNEZ*

* Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador “a”, del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

ANTECEDENTES:

El libro del profesor Carlos Nino¹, de origen argentino, fue editado por primera vez en lengua castellana por Editorial Astrea en Argentina en 1973, bajo el título de *Notas de Introducción al Derecho*, hasta el año de 1980 se publicó en España, la versión actualizada, corregida y muy aumentada.

Según el editor, una de las razones es la enorme dificultad para conseguir un tráfico intelectual *normal* entre ambos países. La inseguridad que producen las devaluaciones y las inflaciones, dificulta enormemente el tráfico de libros, y específicamente los libros de la filosofía del Derecho representan un caso particularmente grave.

El mismo editor informa que los libros de Kelsen, Ross, Hart y Raz son muy solicitados lo que demuestra una vitalidad de la filosofía y teoría jurídica argentina que tanto Kelsen como Ross han reconocido que tal interés es reciente y abierto.

Autores de renombre internacional como Ross, Von Wright y Strawson, han visitado el Instituto de Filosofía del Derecho de Buenos Aires, impartiendo allí sus conocimientos.

Desgraciadamente, la enseñanza de la filosofía argentina también estuvo mediatizada por la política. En 1966 los militares tomaron el poder e intervinieron directamente en la Universidad.

En la Universidad, el Instituto de Filosofía del Derecho se encontró en una situación difícil. En 1969 dejó de publicarse la revista fundada por Gioja –Notas de Filosofía del Derecho- que era uno de los principales órganos de difusión del Instituto. Gioja tuvo problemas para mantener el puesto de Director del Instituto y poco después –en 1971- falleció repentinamente, poniendo fin a una de las más brillantes etapas de la filosofía jurídica argentina. Esta etapa no viene marcada por su obra escrita, sino por su preocupación educativa y pedagógica. La principal obra de Gioja –como la de Sócrates- son sus discípulos, algunos de ellos de renombre internacional.

Como discípulo del penalista, Jiménez de Azúa tiene una profunda preocupación por la problemática del Derecho Penal y un buen conocimiento de la dogmática penal.

¹ SANTIAGO NINO, Carlos, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1973.

En el Prólogo, escrito por Albert Calsamiglia, de la Universidad Autónoma de Barcelona se hace una amplia explicación sobre la historia y personalidad de Carlos Nino, con quien confluyen, según el prologuista, el pensamiento analítico del Instituto de Filosofía del Derecho y un conocimiento profundo de la dogmática jurídica. El mismo prologuista afirma que en Carlos Nino, confluye además un profundo conocimiento de la Teoría normativista, pues, asegura, Carlos estuvo en Oxford, donde asimiló los temas clásicos de la teoría normativista.

En la actualidad, nos informa el prologuista, Carlos Nino trabaja sobre el tema *Ética y Derechos Humanos* y es profesor en la Universidad en Buenos Aires. Según el prologuista, la *Introducción al Análisis del Derecho*, de Carlos Nino es tan importante como las obras de Kelsen, Ross, Hart y Raz por ejemplo.

Infortunadamente, afirma el prologuista, la filosofía argentina también estuvo mediatizada por la política. En 1966 los militares tomaron el poder e intervinieron directamente en las universidades. El Instituto de Filosofía del Derecho, uno de los principales órganos de difusión, se encontró en una situación difícil.

Pero Carlos Nino, no es un filósofo del Derecho *strictu sensu*. Nacido en el año 1943 y por lo tanto más joven que los demás estudiantes de Filosofía del Derecho; ha heredado del Instituto una formación analítica y una preocupación primordial por la claridad del pensamiento y también por sus formas de transmisión de su conocimiento.

Carlos Nino ha realizado trabajos muy importantes, -originales y claros-, de análisis de la Dogmática. Baste recordar sus consideraciones sobre la *Dogmática Jurídica*, (publicado en México, UNAM 1974); su trabajo *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*, publicado en la Universidad de Carabobo en Valencia, (Venezuela) 1979; o en algunos de sus primeros trabajos de carácter más estrictamente penal como *La definición del delito*, publicado en *Notas de Filosofía del Derecho*, No. 5, año 1965; o su trabajo *El concurso en derecho penal*, publicado en Buenos Aires, Astrea, 1972.

En Carlos Nino confluyen, por una parte, el pensamiento analítico del Instituto de Filosofía del Derecho, y, por otra, un conocimiento profundo de la Dogmática tradicional (de sus presupuestos, de sus reglas de juego y de sus funciones).

Creo que este libro, -continúa- es uno de los más importantes de análisis filosófico del Derecho que se ha escrito en castellano. Es un libro claro y al mismo tiempo problemático -porque deja muchas cuestiones abiertas-; es un libro honesto porque reconoce que hay cuestiones que no se han podido solucionar definitivamente (por ejemplo, el criterio o los criterios para identificar el sistema

jurídico). Es un libro consciente de las limitaciones de su discurso, pues al final de cada capítulo plantea una serie de problemas y ejercicios que ayudan a comprender la dificultad de algunas cuestiones. Este trabajo no reniega del momento normativo del derecho.

Esto le da un específico valor; puesto que en los últimos tiempos –ante la crisis del normativismo y de las escuelas analíticas se tiende a disolver el saber jurídico en una sociología general, que no se sabe nunca exactamente qué es, cuál es su objetivo, y qué papel piensa que juegan en ello las normas, desde el punto de vista pedagógico y didáctico, me parece que este libro difiere de la mayoría de los manuales que ofrecen una serie de fórmulas que sirven para solucionar cualquier problema que se presente al estudiante de una forma definitiva y concluyente. Una de las grandes virtudes del libro de Nino es que sirve de ayuda al lector para que éste encuentre por sí mismo las soluciones a los problemas que se plantean. De una forma u otra la herencia socrática de Gioja se traduce en esta obra de un discípulo.

Por último, se debe señalar que en este libro se incorporan las más importantes investigaciones recientes de su orientación y que desde su específica perspectiva es un libro muy completo. Pienso (dice Calsamiglia) que es inusual en los manuales de introducción al derecho (en castellano) presten atención a autores como Rawls, Calabresi, Posner, Dworkin o Raz.

Observaciones Generales de la Obra:

El autor nos advierte que éste libro, *Introducción al Derecho* es el resultado de cuatro pequeños volúmenes que se publicaron entre 1973 y 1975, lo cual da como resultado esta segunda edición.

La *Introducción* es nueva. El capítulo I nos presenta una sustancial modificación al incluir un tratamiento diferente de la controversia iusnaturalismo-positivismo jurídico que ahora considera de mucha menor trascendencia de lo que antes pensaba.

El capítulo II según el autor, sólo requiere ligeras modificaciones por lo que nos lo presenta casi igual.

En cambio el capítulo III podría decirse que es nuevo pues ha sido modificado en su mayor parte, aunque el tema es bastante complejo por lo que su redacción ha devenido un tanto complicada en comparación con el resto del artículo, el propio autor reconoce que el texto de la fracción III es nuevo en su mayor parte, por lo que resalta la complejidad.

Sin embargo, los capítulos IV, V y VI han sufrido algunas modificaciones, aunque sencillas en su redacción, en la (fracción o capítulo VI), varía el énfasis sobre la factibilidad de la ciencia del derecho que refleja bastante incomodidad ante la insistencia de algunos juristas y filósofos del derecho por hacer de la teoría jurídica una ciencia y mientras se despreocupan de algunas tareas más trascendentes que los juristas tradicionalmente han encerrado.

El capítulo VII es completamente nuevo, en el se trata de atenuar deficiencias anteriores, que desgraciadamente son muy generalizadas.

Creo que esta nueva versión proporciona en forma moderadamente satisfactoria, el leguaje conceptual básico con que debe contar quien se disponga a encarar el estudio del contenido y funcionamiento de un cierto sistema jurídico. Tal vez el profesor a cargo (Carlos Nino) del curso de Introducción al Derecho indicara cuáles son los libros adecuados al presente curso.

Hay muchas formas de encarar una introducción al estudio del derecho. Esta es una introducción filosófica y no historia del derecho.

¿Qué es el Derecho?

La dificultad para contestar esta pregunta radica en que aparentemente hay varias contestaciones que se refieren al mismo objeto y son sin embargo tan diferentes entre sí. Se piensa que los conceptos reflejan una pregunta esencial de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos lo cual supone una cierta relación entre las palabras y los objetos que pretenden definir.

Muchos sistemas (filosóficos) se refieren al platonismo antiguo, a la escuela escolástica y al fenomenalismo moderno que se basan en conceptos con carácter de verdad esencial o de necesidad por un procedimiento de intuición intelectual o mística, ya que son ellos los únicos conceptos con los que se pueda constituir la esencia inmutable de las cosas. Si esto fuera así, si, por ejemplo, existiera algo semejante a la esencia del derecho, debería entonces admitirse que entre las muchas acepciones del término derecho, el único significado y la única definición verdadera serían el significado que indicara dicha esencia y la definición que encerrara este significado. Por ello, casi toda la jurisprudencia medieval y oriental, e incluso la moderna han creído que entre el nombre de una cosa (es decir cualquier objeto del pensamiento) y la cosa nombrada, existe un nexo metafísico que sería peligroso y sacrilego desconocer. Esto muestra que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la ciencia antigua o, mejor, prehistórica en la mayoría verbal... (En la definición del Derecho, pp. 33 y 34)²

²KANTOROWICZ, Hermann, Op. Cit., p. 12.

A este enfoque se opone una concepción convencionalista acerca de la relación entre el lenguaje y la realidad que es defendida por la llamada filosofía analítica.

Los filósofos analíticos suponen que la relación entre el lenguaje –que es un sistema de símbolos-, y la realidad, ha sido establecida arbitrariamente por los hombres y aunque hay un acuerdo consuetudinario en nombrar a ciertas cosas con determinados símbolos, nadie está constreñido, ni por razones lógicas, ni por factores empíricos a seguir los usos vigentes, pudiendo elegir cualquier símbolo para hacer referencia a cualquier clase de cosas y pudiendo formar las clases de cosas que le resulten convincentes.

Para el análisis filosófico las cosas sólo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de ellas condiciones necesarias para el uso de determinadas palabras; decisión que, naturalmente, puede variar.

Según esta corriente de pensamiento, cuando nos enfrentamos con una palabra, por ejemplo derecho, tenemos que darle algún significado si pretendemos describir los fenómenos denotados por ella, pues no es posible describir por ejemplo el derecho argentino, sin saber lo que derecho significa.

¿Qué es el derecho? (*quid is iuris*), es la pregunta que desde 1797 Kant, en su *Crítica de la Razón Pura*³, formulaba afirmando que producía gran perplejidad entre los juristas, para sustentar luego una definición del derecho evidentemente positivista.

Las tesis kantianas fueron severamente criticadas por los grandes juristas posteriores empezando por Savigny, Ihering, Del Vecchio y Radbruch dando paso a un auge sin precedente al jusnaturalismo. Que declinó posteriormente ante el nuevo impulso del positivismo a finales del siglo XIX y principios del XX.

En la actualidad las principales corrientes de las doctrinas jurídicas están representadas por los grandes juristas: Kelsen, Hart, Ross y Bobbio. Las corrientes más importantes de las doctrinas jurídicas podemos sintetizarlas agrupándolas en los siguientes rubros:

Se entiende por formalismo jurídico, cierta teoría de la justicia, en particular la teoría según la cual el acto justo es aquel que es conforme a la ley, e injusto aquel que está en desacuerdo con ella. Dice Bobbio que más exactamente se debería llamar formalismo ético, porque tiene en común con todas las teorías formalistas de la ética la afirmación de que el juicio ético consiste en un juicio de conformidad de un acto con la norma, (de don) de bueno es el acto realizado para cumplir con la ley, y malo aquel que se realiza para trasgredirla.

³KANT, Manuel, *Crítica de la Razón Pura*, Editorial Porrúa, Sepan Cuantos..., México 2003.

A la teoría formalista se le conoce también como legalismo en virtud de que el formalismo jurídico coincide con la concepción legalista de la justicia que define la acción justa como el cumplimiento del deber.

El formalismo jurídico es eminentemente positivista y opuesto al jusnaturalismo: *la ley positiva es válida, sólo si es justa, aún cuando la teoría del jus naturalismo siempre ha ido acompañada por la teoría de la obediencia: la ley es válida aún cuando sea injusta.*

La teoría Pura del Derecho, Kelsen

La teoría pura del derecho quiere ser una teoría general del derecho, totalmente despegada de cualquier ropaje ético. Busca el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico: el concepto de norma que afirma que una determinada conducta humana, debe ser. En las proposiciones jurídicas la vinculación de condición y en consecuencia se realiza según el principio de la imputación.

Partiendo de la teoría pura del derecho las órdenes sociales son esencialmente coactivas. *Si se comete un delito, debe producirse una consecuencia que es una sanción.*

La teoría pura del derecho rechaza el concepto de causalidad que se origina en la ley natural del ser, sino que la proposición jurídica o ley, establece el deber ser o rechaza la teoría del derecho natural como meta física del derecho, irracional.

La distinción lógica entre ser y deber ser y la imposibilidad de pasar mediante deducción lógica del campo del uno al del otro es una de las posiciones esenciales de la teoría pura del derecho. Es una teoría de lo que jurídica y positivamente debe ser, no de lo que naturalmente es; su objeto son normas, no la realidad natural. Por lo tanto se distingue del derecho natural en que no quiere conocer como este último, lo que el derecho debe ser, sino lo que el derecho es; es una teoría del derecho positivo, es decir, una teoría del derecho real y no del derecho ideal, una teoría de la realidad jurídica⁴.

Por otra parte, sin perjuicio de que podamos estipular un significado original o más preciso para la palabra que tenemos en vista, es conveniente investigar su significado en el lenguaje ordinario como medio de descubrir distinciones conceptuales importantes, que presuponemos sin tener conciencia de ellas y cuyo desprecio puede provocar pseudo cuestiones filosóficas.

⁴KELSEN, Hans, Introducción a la Teoría Pura del Derecho, Edición Autorizada por el Hans Kelsen-Institut, Lima, Perú-2002.

El iusnaturalismo y el positivismo jurídico

La vieja polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral.

El autor alude a los crímenes cometidos por las autoridades arias con el pretexto de investigaciones científicas según la nueva ciencia ARIA.

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, prohíben imponer una pena por un acto que no estaba prohibido por el derecho, que era válido en el momento de cometerse el acto. Bajo el lema La ley es la ley, se han justificado las opresiones más aberrantes.

Las normas positivas dictadas por los hombres sólo son derecho en la medida que se conforman con el derecho natural y no lo contradicen.

Va de suyo que considera –dice Carlos Nino- que por las mismas razones, el sistema normativo vigente en la Alemania nazi: y en los países ocupados por sus tropas, era un sistema jurídico, por más que el contenido de las disposiciones nos parezca aborrecible. Nino destaca que el sistema nazi fue reconocido internacionalmente.

-Dice Nino- nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo con las normas jurídicas. Son las normas jurídicas y no nuestras convicciones morales las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible?

La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de las conductas que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas.

Si, en cambio se sostuviera que somos jueces de las naciones vencedoras que aplican las normas de su propio sistema jurídico concluiríamos que nuestros respectivos ordenamientos jurídicos incluyen entre sus principios fundamentales el de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, que nos obliga a juzgar los actos conforme las normas que regían en el tiempo y lugar en que fueron cometidos y no de acuerdo a normas posteriores.

⁵NINO, Carlos, Op. Cit., p. 22.

El Planteo del realismo jurídico. (El escepticismo ante las normas)

En primer lugar, una importante corriente del pensamiento jurídico que se ha desarrollado dinámicamente en los Estados Unidos y los países escandinavos, con escritores tales como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, etc., que han demostrado una actitud escéptica ante las normas jurídicas.

En segundo lugar, en países denominados de derecho continental europeo, como España, Francia, Italia, etc., y la mayor parte de Iberoamérica, predomina entre los juristas un pronunciado formalismo ante las normas. Se cuenta en estos países con una amplia codificación del derecho, y esto dio la pauta para que los juristas asignaran a estos sistemas, y a las normas que constituyen, una serie de propiedades formales que no siempre se tienen como son: precisión, coherencia, completitud, univocidad, etc. La designación de estas propiedades con un grado mayor del que permite la realidad, más que nada, a ciertas hipótesis implícitas a la dogmática continental.

Por último, en tercer lugar los juristas del *common law*, no tienen frente a sí cuerpos codificados a los que prestar una tal profesión de fe. En el derecho norteamericano, las normas están originadas, no en el acto deliberado de un legislador, sino en los fundamentos de las decisiones judiciales, en los precedentes.

Una gran vertiente del realismo norteamericano y algunos juristas escandinavos dieron efectivamente el segundo paso.

Es famosa la siguiente frase de Llewellyn (*The Bramble Bush*): *Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. ¿Por qué se dice predecir lo que harán los jueces?* La respuesta está dada por el hecho de que el realismo, en términos generales, justamente coloca a las predicciones sobre la actividad de los jueces, en el lugar de las desplazadas normas jurídicas.

Probablemente hay pocos pasajes que resuman el enfoque realista que éste, del célebre juez Colmes (en *La senda del derecho*):

Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental ¿qué es el derecho? Encontraréis que ciertos autores os dicen que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachussets o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si aceptamos el punto

de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachussets o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Entiendo por derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos⁶

Palabras dichas con un dejo de despreocupación, sin embargo, son material valioso para juzgar el realismo.

Examen crítico del realismo

Aparece en esta corriente una elogiada actitud cautelosa frente a las especulaciones que durante siglos han ocupado a los juristas en la búsqueda de un sistema de normas y conceptos universales, invariables y autoevidentes, que encarnen la verdadera estructura de la razón humana. Los realistas –dicen-, hay que traer el derecho a la tierra y construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables.

Se habla desde el punto de vista del hombre malo. Un individuo que únicamente se preocupa por evitar consecuencias desagradables, estará interesado sólo en que se le prediga qué actos puede realizar impunemente y cuáles probablemente serán objeto de castigo por parte de los jueces. Sin embargo, con Hart, qué pasa con el hombre bueno; el hombre que quiere cumplir con su deber independientemente de cuáles sean las consecuencias. El realismo dirá que este hombre está sólo interesado en una cuestión moral y que el derecho no le puede dar ninguna respuesta, sino que debe recurrir a su conciencia, como dice Holmes. Para concluir esta fase, debemos admitir que los jueces siguen ciertas normas generales, ¿qué clase de normas son éstas? Felix S. Cohen (en El método funcional en el derecho) responde de este modo en nombre del realismo:

La pregunta del tipo ¿hay contrato? puede recibir un segundo significado, radicalmente distinto al anterior. Cuando el juez se formula esta pregunta al redactar una sentencia, no está tratando de predecir su propio comportamiento; lo que está haciendo es plantearse, en forma oscura, el problema de si debe o no atribuir responsabilidad a alguien por ciertos actos. Esta es, ineludiblemente, una cuestión ética. Lo que un juez debe hacer en un caso dado es un problema tan moral como los problemas de moralidad que se examinan en las escuelas dominicales⁷.

⁶NINO, Carlos, Op. Cit., p. 46.

⁷NINO, Carlos, Op. Cit., p. 49.

Reflexiones sobre las normas jurídicas

El filósofo G.H. Von Wright, escribe un libro que denomina *Las normas en la Teoría de Von Wright*, quien es especialista en Lógica y propone una clasificación sobre las normas que pueden servir adecuadamente sobre este tema (norma y acción). Advierte, al comenzar su exposición que las normas que mencionará no son estrictamente subclase de las normas generales lo que supondría que hay características comunes entre todas las normas que serían relevantes para la definición del concepto de norma; sino más bien que la palabra norma, que es ambigua e imprecisa puede ser utilizada en distintos sentidos, aunque el autor utiliza el sentido de las normas, tal como lo indica el título de su obra *qué es norma y acción* en el cual propone una clasificación de las normas que puede servir adecuadamente como hilo conductor en este tema.

Von Wright distingue tres tipos de normas principales y tres secundarias. Las especies principales son las siguientes:

1. Las reglas definitorias o determinativas. Son reglas que definen o determinan una actividad. Típico caso de estas reglas son las de los juegos. Las reglas de un juego determinan qué movimientos están permitidos y cuáles están prohibidos dentro del juego. Si no se siguen las reglas se dirá que no se juega correctamente o que no se juega el juego en cuestión. Si varios jugadores de ajedrez se ponen de acuerdo en cambiar algunas reglas, no tienen impedimento alguno para hacerlo, salvo que jueguen en un marco institucionalizado, pero su actividad no será llamada ajedrez.

Von Wright incluye en esta clase las reglas de la gramática y las del cálculo lógico y matemático. Por ejemplo, a una persona que no sigue las reglas de la gramática castellana, se le dirá que no habla español, sin perjuicio de que hable otro idioma.

2. Las directivas o reglas técnicas. Son reglas que indican un medio para alcanzar determinado fin.

Ejemplos característicos de reglas técnicas son las instrucciones de uso, como esta: *si quiere encender el televisor, presione el botón de la izquierda.*

Las reglas técnicas no están destinadas a dirigir la voluntad del destinatario, sino que lo que indican está condicionado a esa voluntad. Por eso la formulación de la regla técnica es hipotética y en el antecedente del condicional aparece la mención de la voluntad del destinatario (si quiere) y no un hecho ajeno a esa voluntad.

Las reglas técnicas presuponen siempre una proposición anankástica que debe ser verdadera para que la regla sea eficaz. Un enunciado anankástico es una proposición descriptiva que dice que algo (el medio) es condición necesaria de otro algo (el fin).

En el ejemplo de instrucción de uso que se dio, la proposición anankástica es la siguiente: presionar el botón de la izquierda es condición necesaria para que el televisor se encienda.

Como proposición descriptiva que es, la anankástica puede ser verdadera o falsa. En cambio, de la regla técnica que para von Wright es una norma que no es ni prescriptiva ni descriptiva, no se puede predicar verdad o falsedad.

Sin embargo, algunos autores como Betty Powel (Knowledge of Human Action), ponen en duda la distinción entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas, sosteniendo que las primeras sólo difieren de las últimas en cuanto a su formulación, siendo las reglas técnicas enunciados descriptivos y, como tales susceptibles de verdad o falsedad.⁸

3. Prescripciones. Ya hicimos referencia a las prescripciones en general. Vimos que no de todas ellas puede decirse que son normas. Von Wright caracteriza a las normas prescriptivas mediante estos elementos que las distinguen de las anteriores especies: emanan de una voluntad del emisor de la norma, a la que se llama autoridad normativa.

Están destinadas a algún agente, llamado el sujeto normativo. Para hacer conocer al sujeto su voluntad de que se conduzca de determinada manera, la autoridad promulga la norma. Para dar efectividad a su voluntad, la autoridad añade a la norma una sanción, o amenaza de castigo. Luego habrá ocasión de estudiar éstos elementos con más detalle. Al lado de estos tipos principales de normas, Von Wright menciona tres especies secundarias que se caracterizan por tener aspectos en común con los tipos principales.

1) Normas ideales. Son normas que no se refieren directamente a una acción sino que establecen un patrón o modelo de la especie óptima dentro de una clase. Así, hay normas que determinan qué es un buen actor, un buen abogado, un buen cuchillo, un buen camino, un buen ladrón.

Las reglas ideales mencionan las virtudes características dentro de una clase.

2) Costumbres. Las costumbres son especies de hábitos; exigen, pues, regularidad en la conducta de los individuos en circunstancias análogas. Se distinguen de otros hábitos en que son sociales, o sea que las conductas que las integran se hacen con la conciencia de que son compartidas por la comunidad.

⁸ NINO, Carlos, Op. Cit., p. 68.

Las normas en la Teoría de von Wright

En nuestro país, hay en general dos clases de juegos a los que se aplican las normas a que alude el técnico G. H. von Wright.

Son juegos de mesa, que en términos generales se juegan en dos clases, distintos lugares: los clubes deportivos o los llamados: clubes sociales.

Son lugares de esparcimiento que pertenecen a clubes deportivos u otros del mismo género y especie.

Von Wright escribe un libro denominado *Normas y Acción*⁹, que contiene las reglas que en términos generales se aplican a clubes deportivos.

En México tenemos clubes sociales que sirven como lugares de reunión amistosa que se sostienen mediante el pago de cuotas. Como arriba se expone, bajo el título de clubes, existen agrupaciones sociales que unas veces cobijan reuniones sociales y otras sirven para reuniones de tipo social y también son reuniones de tipo político.

No puedo pasar por alto las reuniones que bajo el disfraz de un ciclo de estudios en la Universidad de Turín iniciados en 1995 fue concebido y desarrollado hasta tomar la forma de la tesis de doctorado en el año de 2000 en que cuajaron los esfuerzos de Lorenzo Córdova asumiendo los puntos privilegiados en las obras de Hans Kelsen y Carl Schmitt. Volviendo a las normas en la teoría de von Wright, este autor distingue tres tipos de normas principales y tres de normas secundarias.

Las especies principales son las siguientes:

Las reglas definitorias o determinativas. Son reglas que definen o determinan una actividad.

Las reglas de los juegos son las clásicas que definen o determinan una actividad. Las reglas principales son las definitorias o determinativas. Las reglas de un juego determinan o definen la o las actividades que están permitidas y cuáles están prohibidas dentro del juego.

Si varios jugadores de ajedrez se ponen de acuerdo en cambiar algunas reglas, no tienen impedimento en hacerlo. Von Wright distingue tres tipos de normas: principales y tres secundarias.

⁹NINO, Carlos, Op. Cit., p. 67.

Las principales son las siguientes:

Las reglas definitorias o determinativas son reglas que definen o determinan una actividad. Típicos casos de estas reglas son las de los juegos. Si no se siguen las reglas esto afecta directamente la validez del juego. Si varios jugadores de ajedrez se ponen de acuerdo en cambiar algunas reglas, no tienen impedimento en hacerlo salvo que jueguen en un marco institucional, pero su actividad no será llamada ajedrez.

La Teoría de Kelsen respecto a las normas jurídicas

Antes de estudiar la teoría de Kelsen respecto de las normas jurídicas, el autor hace una pausa para referirse a John Austin quien define las normas jurídicas como mandatos generales formulados por el soberano a sus súbditos. Toda norma jurídica es un mandato u orden, o sea una expresión del deseo de que alguien se comporte de determinada manera y la intención de causarle daño si no se conduce conforme al deseo del superior.

Las normas jurídicas, según Austin, siempre especifican un sujeto que es el destinatario de la orden, el acto que debe realizarse y la ocasión en que tal acto se realice. Además, las normas presentan por separado la noción del soberano como origen del mandato, base de la Teoría de Austin y una definición del soberano como origen del mandato; lo cual constituye los elementos de una sociedad política e independiente.

Las normas jurídicas como juicios del deber ser

Kelsen distingue dos tipos de juicios. En primer lugar, los juicios de ser, que son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad o falsedad. En segundo término los juicios de deber ser, que son directivos y respecto a los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad.

Siguiendo a Hume, Kelsen sostiene la existencia de un abismo lógico, entre ser y deber ser, en el sentido de que ningún juicio de deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean sólo juicios de ser valiéndose también a la inversa.

Los juicios de deber ser sirven para interpretar, pues constituyen su sentido, los actos de voluntad, o sea los actos cuya intención se dirige a la acción de otra persona. Sin embargo, Kelsen se niega a ver necesariamente detrás de los juicios de deber ser, que llama normas, una voluntad real, en sentido psicológico, y por eso rechaza la identificación que hacía Austin entre normas y mandatos.

Kelsen argumenta en este sentido poniendo una serie de ejemplos de normas que no se originan en una voluntad real de quienes las dictaran y de normas que subsisten, sin que permanezca la voluntad en que se originaron aun cuando sus autores han muerto; del testamento que sólo empieza a regir cuando su autor murió, etc.

Por esta razón, Kelsen sugiere que la analogía entre las normas y los mandatos es sólo parcial; en todo caso se podría decir, en sentido metafórico, que una norma es un mandato despsicologizado.

De cualquier modo, es posible dudar que lo que se llama usualmente mandato u orden requiera necesariamente, como Kelsen supone, una voluntad constante de quien la formuló, en el sentido de que se cumpla la conducta prescripta. Se podrían imaginar casos sin duda fantásticos y en que se diría que la orden subsiste aunque desapareció la voluntad que lo originó. Pensemos, por ejemplo en dos asaltantes de banco; uno da la orden de entregar la caja mientras, el otro apunta con una ametralladora: el que dio la orden es muerto por un custodio; el otro, luego de inutilizar al guardia, sigue apuntando con su arma. Sin duda, la orden sobrevivió al asaltante muerto que la formuló. Claro está que se podría decir que el asaltante que quedó vivo ha hecho suya la orden respaldando con su voluntad; pero la cuestión es que, quiso decir lo mismo de las normas, y en especial de las normas jurídicas y sostener que la voluntad que cuenta no es la que intervino en su formulación sino la de aquellos dispuestos a hacerla cumplir.

En sustitución de la voluntad, que para Kelsen es característica de los mandatos y sólo concomitante en las normas, este autor señala otra propiedad que tienen las normas que las diferencia de los mandatos u órdenes.

Esta propiedad es la validez. Según Kelsen, la validez es la existencia específica de las normas y constituye su fuerza obligatoria, cualidad que no tienen las meras órdenes.

Los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos

¿Cómo se caracteriza un sistema jurídico?

Un sistema jurídico y de derecho (como derecho objetivo) son sinónimos. Lo que procuramos es precisar el concepto de sistema jurídico como sistema normativo o sistema deductivo, Trotsky define sistema deductivo como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas.

Es decir, que si decidimos formar un conjunto con dos enunciados cualesquiera y decidimos que integren el conjunto todos los enunciados que se infieren lógicamente de ellos, tenemos constituido un sistema deductivo.

Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas hay al menos una norma, es decir, un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa (o sea con la permisón, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción).

Como se ve, un sistema normativo no requiere estar constituido sólo por normas; es suficiente con que en el conjunto de enunciados aparezca al menos una norma para calificar de normativo al sistema. Esta exigencia débil refleja la circunstancia de que en muchos casos, sistemas normativos, como es notorio en el derecho, aparecen enunciados que no son normas, tales como definiciones conceptuales, descripciones fácticas o expresiones de derecho.

Sin embargo, Kelsen parece estar bien encaminado a erigir la coactividad en una nota distintiva de los sistemas normativos que son jurídicos, aunque resulta exagerada su afirmación de que toda norma de un sistema jurídico para constituir un sistema normativo.

Parece razonable distinguir el derecho de otros sistemas normativos, como la moral positiva y algunas reglas de juego y de etiqueta; como las normas de asociaciones privadas, principalmente las que están dirigidas a regular un orden jurídico integrado por normas.

Preguntarse por los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos es inquirir por la caracterización del sistema jurídico y por la definición del concepto de derecho pues tanto sistema jurídico como la palabra derecho se usan como sinónimos.

Es normal definir el concepto de derecho o simplemente sistema jurídico sin aludir a propiedades valorativas, y que parece razonable caracterizar a ese concepto de modo que él haga referencia a un fenómeno en que las reglas o normas, más que las decisiones de ciertos órganos o las profecías acerca de tales decisiones-, jueguen un papel fundamental.

Los sistemas jurídicos como sistemas normativos. El Derecho pertenece a la familia de los sistemas normativos, los cuales suelen incluir también a la moral, a la religión, (o al menos ciertos aspectos de ella) los usos sociales, los juegos, etc. ¿Qué es un sistema normativo? Alchourrón y Bulygin han precisado el concepto partiendo de la definición que da Trotsky de sistema deductivo como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas.

Trotsky define sistema deductivo como un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas. Es decir, que si decidimos que integren el conjunto constituido por un sistema deductivo.

Alchourrón y Bulygin caracterizan los sistemas normativos como aquellos enunciados en que hay al menos una norma, un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa.

Ya para concluir, me remonto a la Valoración Moral del Derecho, en que nos dice :¹⁰

Las teorías normativas que serán examinadas a continuación constituyen sólo una selección de las concepciones de justicia y moralidad social que más influyeron e influyen en el pensamiento occidental. Hay omisiones muy notorias que se explican por distintas razones. No se pretende hacer una historia de la filosofía moral y política, sino presentar, en rasgos gruesos y rápidos, algunos de los principales esquemas de razonamiento que encauzan actualmente las elaboraciones intelectuales que se desarrollan en esta materia.

*En la exposición siguiente de las teorías de justicia y moralidad social adoptaremos una clasificación comúnmente aceptada: la que las divide en teorías **teleológicas y deontológicas**. Las primeras son las que hacen prevalecer lo bueno sobre lo moralmente correcto; o sea juzgan a las acciones no por ciertas cualidades intrínsecas sino por cómo ellas y sus consecuencias contribuyen a alcanzar cierta meta valiosa o a realizar o maximizar cierto estado de cosas intrínsecamente bueno. Las teorías deontológicas (también llamadas formalistas) dan, en cambio, prioridad a lo moralmente correcto sobre lo bueno, juzgando principalmente a las acciones por sus cualidades intrínsecas que las hacen objeto de derechos y deberes y sólo tomando en cuenta su contribución a satisfacer ciertos objetivos valiosos dentro del marco de tales derechos y deberes.*

Teorías teleológicas. (Santo Tomas y la perfección del hombre)

Santo Tomás de Aquino fue, sin duda uno de los más grandes filósofos de todos los tiempos. Su pensamiento, sobre todo en el plano ético, resulta inspirador, aun para quienes no comparten sus presupuestos fundamentales.

Toda la filosofía de Santo Tomás, incluida su filosofía moral está grandemente influida por el pensamiento de Aristóteles, y en cierto sentido, su construcción teórica constituye un brillante intento de conciliar la filosofía aristotélica con la teología cristiana.

Precisamente la pretensión de Santo Tomás fue armonizar las elaboraciones de la teología con las de la filosofía, de modo que el teólogo y el filósofo lleguen a las mismas conclusiones desde sus diferentes puntos de vista.

¹⁰NINO, Carlos, Op. Cit., p. 383.

También Copleston señala otro rasgo general de la teoría moral de Santo Tomás: al igual que la de Aristóteles, es una doctrina **teleológica** puesto que la idea de lo bueno tiene prioridad sobre la idea de lo moralmente correcto u obligatorio; para ambos filósofos los actos humanos adquieren cualidad moral por su relación con el bien final del hombre.

La justicia tiene en la filosofía tomista, según lo señala G. Graneris (en *Contribución tomista a la filosofía del derecho*) dos dimensiones: una es la de la justicia como virtud personal, y la otra es la de la justicia como cualidad del orden social (es por la existencia de esta segunda dimensión que la justicia, a diferencia de las demás virtudes, puede satisfacerse –aunque imperfectamente– por el mero comportamiento externo, no acompañado de la intención correspondiente). Santo Tomás se refiere a la justicia como virtud cuando la define, siguiendo a Ulpiano, como **la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo**. En cambio, la justicia como cualidad del orden social está relacionada con la concepción tomista del **derecho natural**.

Santo Tomás concebía a la moral como un derecho natural porque la suponía intrínsecamente relacionada con la naturaleza humana¹¹

Ante las afirmaciones de que el derecho no es objeto de la justicia Santo Tomás, en su Tratado de la Justicia, responde: La justicia tiene como característica, entre otras virtudes, el ordenar al hombre en todo aquello que se refiere a los demás. Lo cual supone una cierta igualdad, como el mismo nombre lo demuestra, pues suele decirse ajustar, al adecuar dos cosas; y es que la igualdad siempre se refiere a los demás.

Todas las demás virtudes perfeccionan al hombre en aquello que le corresponde en sí mismo. Por ello juzgamos de lo que es recto en las otras virtudes según aquello a lo que dichas virtudes tienen como propio objeto, y siempre encontramos en lo que conviene al propio agente. En cambio, al hablar de las obras de la justicia, en lugar de fijarnos en si es conveniente al sujeto, atendemos también a que lo sea a los demás, pues solemos llamar obra justa aquello que responde a demandas del otro; por ejemplo, el dar un salario justo por un servicio prestado. Por ello llamamos justo aquello que muestra la rectitud de la justicia, y hacia lo cual tiende la acción justa; y ello aún cuando no atendamos al modo como lo hace el sujeto. En cambio, en las demás virtudes, en el objeto de la justicia sólo consideraremos recto aquello que el sujeto obra de determinada manera. Por ello el objeto de la justicia queda determinado por lo que en sí es justo, o sea por el derecho, a diferencia de las otras virtudes. Por tanto es claro que el derecho es el objeto de la justicia¹²

¹¹NINO, Carlos, Op. Cit., p. 384.

¹²AQUINO, Tomás De, Tratado de la Justicia, Editorial Porrúa, Sepan Cuantos..., México 2004.

En su tratado, Santo Tomás hace consideraciones acerca de si es correcta la definición de Justicia tomada como la voluntad constante y perpetúa de respetar el derecho de cada uno, a lo que responde:

La definición propuesta de justicia es correcta si se le entiende bien. Pues siendo la virtud un hábito que actúa como principio de los actos buenos es preciso que la virtud se defina por el acto bueno acerca de tal virtud. Y la justicia se refiere a todas aquellas cosas que pertenecen al otro, esta es su materia, como se dirá más adelante. Por eso el acto de justicia se explica al exponer su materia y su objeto cuando se dice el dar a cada uno lo que le pertenece según derecho; justo es aquel que observa el derecho.

En consecuencia Santo Tomás confirma la sentencia de Ulpiano, a quien llama el Jurisconsulto, de que: Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo que le corresponde según derecho, que es la propia definición aceptada por el Derecho Romano.

Estas objeciones han provocado y seguirán provocando diversas réplicas como parte de un debate que ha resultado fructífero y lo será más todavía en la medida que se profundice y amplié el diálogo entre tomistas y partidarios de otras corrientes filosóficas; el persistente interés por discutir las tesis de Santo Tomás, aun por sus más tenaces oponentes, es buena prueba de la agudeza y fecundidad de su pensamiento.