

## EL DERECHO COMO HECHO O COMO NORMA

por

*ROBERTO J. VERNENGO (\*)*

1 .Para el historiador, antiguamente, y para el sociólogo, en nuestros días, el derecho es un fenómeno empírico. El derecho de una sociedad es un dato de su realidad: historiador o sociólogo tienen que buscar el derecho en alguna experiencia empírica accesible. Sin embargo, no es fácil toparse con el derecho de una sociedad, como, por caso, con el derecho argentino actual, pues no sabemos muy bien a qué datos de la realidad apuntar. Aquéllos que discernimos aparecen teñidos por alguna concepción previa que tengamos sobre qué haya de entenderse por derecho.

Para los juristas y los moralistas, para quien vive pergeñando utopías, pero también, inclusive, para quien tiene un pleito entre cejas y desea imponer su voluntad, el derecho no se reduce a hechos que acaecen, sino, a lo mejor, a ciertos hechos que debieran producirse, pero cuya aparición no depende de causas reales, sino de normas que reflejan la voluntad de alguien. Tradicionalmente, los juristas ven inicialmente el derecho en ciertas normas. Luego, al hacerse cargo de ciertas dificultades -¿cómo aparecen y desaparecen esas normas que pueden llegar a modificar el estado del mundo?-, y al atender a las preocupaciones de epistemólogos e ideólogos, advierten que también sería conveniente a veces tomar en cuenta algunos hechos y otras cosas, como valores, ideales, proyectos políticos, etc.

Estas disparidades -el derecho como hecho, el derecho como norma- no son alarmantes: sería vano y prematuro pretender que una noción de derecho, ingenua y anterior a toda preocupación teórica, tenga alcance decisivo sobre lo que el jurista teórico pretende conocer. Pero cuando se avanzan algunas tesis epistemológicas sobre el derecho, ateniéndose a las propuestas de algún filósofo importante, y se las continúa interpretando desde una posición precientífica, se suscitan algunas paradojas inquietantes.

Que el derecho tenga algo que ver con hechos sociales, pero que se constituya a través de ciertas normas, hace sospechar que entre tales hechos y el derecho

---

(\*) El Dr. Roberto J. Vernengo es Profesor Emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, y miembro del CONICET. Los días 28, 29 y 30 de setiembre dictó un seminario-taller sobre "Problemas metodológicos de la investigación Jurídica" en nuestra Facultad, organizado por la Unidad de Apoyo Pedagógico.

existentes deben darse algunas relaciones. Sea que el derecho derive de los hechos, sea que los hechos, por arte inexplicable, deba ajustarse al derecho. Creer que hechos y derecho (i.e.: normas) sean dos dominios inconexos, no sólo parece una tesis teórica arriesgada, sino que a la postre nos parece que viejas y asentadas doctrinas metafísicas se vieran así resquebrajadas. Entre lo que se da, lo que es, y lo que debe ser, parece inconveniente pensar una total incomunicación, aunque no sepamos muy bien dónde buscar el canal que los enlace. Lo que es debe ser, por un lado, pero también, lo que debe ser debe derivar o respetar lo que es: la realidad.

2. El asunto suele aparecer con ribetes más graves cuando se trata de derechos que todos nos interesan. Por ejemplo, los que actualmente se denominan “derechos humanos” o “derechos fundamentales”. Todos aceptamos que en relación con normas menos importantes, los hechos carecen de relevancia para determinar las normas que los rijan: que el tráfico de vehículos deba circular por la izquierda o la derecha de la ruta es asunto, creemos, que el legislador puede determinar arbitrariamente, pues ninguno de esos sentidos tiene en principio nada que decir en cuanto a la preferencia que escojamos. Que la tasa del IVA tenga un punto más o menos es cuestión que ya nos atañe más directamente -por lo menos, a los responsables de ese popular impuesto-, pero nos veríamos en figurillas para entender que entre la tasa del impuesto y la realidad social haya una relación determinante unívoca, una relación funcional. Son otros hechos, como los malos cálculos de los recaudadores, los que determinan que se nos aumente el impuesto. Si, en cambio, nos referimos a un derecho humano básico, como el mentado derecho a la vida y a algunos otros, el asunto parece de otro cariz: no aceptamos sin más que esté permitido privarnos de la vida. La vida, por el mero hecho de darse, se dice, impone una cierta caracterización normativa: está prohibido atentar contra la vida, en razón del valor intrínseco de la vida misma. Por consiguiente, si algún pensador considerara que la vida misma nada determina con respecto a la normación de las acciones que puedan afectarla, consideraríamos que hay una falla en la doctrina o teoría que sustente.

Sin embargo, no es fácil, al margen de tesis políticas, religiosas o morales impuestas en forma puramente dogmática, dar fundamentos convincentes de esta necesaria relación que se establece entre la naturaleza intrínseca de ciertos hechos y las normas que los regulan. Más sencillo ha sido atacar la tesis, aparentemente escandalosa, de que los hechos en nada determinan las normas que a ellos conciernen. O, para decirlo en la forma corriente: las características normativas son independientes de los hechos a que se aplican y, por ende, las normas pueden tener cualquier contenido, pueden regular los hechos como plazca. Los moralistas consideran que semejante tesis hace del derecho algo inmoral o, lo que es peor, le quitan una condición esencial para ser derecho. Los positivistas temen que sostener

entusiásticamente esta tesis -la tesis de que cualquier contenido puede ser derecho- los haga incurrir en las iras de positivistas redimidos que les reprochan haber permitido, con semejante postulado, las barbaridades de los totalitarismos.

3. Discutir sobre las relaciones entre hechos y normas (derecho objetivo) no tiene mucho sentido mientras no se precise de qué se habla. Por "contenido" o "materia" del derecho se entiende los hechos regulados; los mismos quedan determinados por las referencias de la oraciones que componen las normas que constituyen ese derecho objetivo. Por características conocidas, como la de su dinamismo histórico, hay que apuntar, inicialmente, que los contenidos de los derechos objetivos son harto cambiables y que la tesis mencionada -defendida quizás por Kelsen- parece bien sensata frente a los múltiples aspectos que los derechos positivos exhiben.

Ahora bien: la referencia a hechos por parte de las normas jurídicas es cosa que tiene que analizarse. Para la mayoría de los teóricos del derecho, tenemos un modelo esquemático que define la estructura lógica típica de esas normas. Una norma jurídica dice, en definitiva, que dado un cierto conjunto de circunstancias fácticas (incluída la clase nula), cierta conducta (propia o de terceros, individual o colectiva, etc.) queda consecuentemente regulada conforme a alguna modalidad deóntica. Dados tales y cuales hechos, será obligatorio (o prohibido) para algún sujeto cierta acción en determinadas circunstancias. ¿Cómo entender entonces la tesis de que cualquier contenido puede ser derecho objetivo? Acaso se afirme que ¿sea cuales fueren los hechos antecedentes, la regulación del hecho consecuente es independiente de las características naturales del antecedente?

No pareciera, empero, que la cuestión tuviera algo que ver con el contenido de las circunstancias condicionantes -esto es, a la referencia de los enunciados del antecedente de la norma-. Ciertamente es que los juristas excluyen ciertos hechos del dominio de tales antecedentes: así los hechos imposibles y los lógicamente necesarios por tautológicos. Pero políticos, ciudadanos y aún los órganos de aplicación, en cuanto dotados, según se dice, de sentido común, excluirían también como antecedentes normativos aquellos parecieran carecer de alguna relación racional aceptada con el consecuente normativo. Sin embargo, algunos problemas intrigantes, derivados de la forma condicional que el modelo presupuesto impone a las normas, no pueden ser eludidos: por muy aceptable que nos parezca el conjunto de antecedentes de una norma cualquiera, por la propiedad de monotonía que el condicional material posee, cabe siempre agregar cualquier otro hecho al conjunto antecedente y, por ende, cualquier cosa puede ser antecedente de una consecuencia normativa. De ahí, sin duda, la preocupación que los juristas han mostrado recientemente ante esta característica insólita de las normas condicionales.

4. Pero también el consecuente de una norma condicional puede extenderse tanto como se quiera, en mérito a tradicionales argumentos lógicos que han dado pie a la conocida paradoja de Ross. Pero los críticos de la tesis positivista apuntan seguramente a los datos componentes del consecuente de la norma: el enunciado normativo “es obligatoria la acción *A* del sujeto *X* en la circunstancia *t*”. La extensión de la variable *A*, de las acciones posibles en la circunstancia *t*, no pareciera poder restringirse a sólo algunas acciones, dado que los juristas sostienen que cualquier acción puede ser jurídicamente regulada. No habría, así, acciones ajenas al derecho, si consideramos que aún aquellas que son libres, en cuanto no son ni obligatorias ni prohibidas, guardan un cierto status normativo, el ser facultativas, que establece el ordenamiento jurídico. Vale decir, para afirmar que la acción *A* es libre, no es suficiente examinar las propiedades intrínsecas naturales de la acción en cuestión, sino que es menester examinar el derecho positivo que sea para establecer si éste contiene alguna obligación o prohibición que afecten a *A*. El carácter normativo de *A*, inclusive el ser una acción libre depende del derecho objetivo que se considere y no de la naturaleza de la acción misma. Si la acción es un hecho, hay ciertas características de la misma que no son propiedades fácticas, sino que son características derivadas de su relación con normas.

Lo que se reprocha a la tesis positivista es que se considere que *A*, sea la conducta que fuere, admita cualquiera de los caracteres normativos disponibles. *A* puede ser tanto prohibida, como obligatoria y aún, ni lo uno ni lo otro. Respetar la vida no sería, pues, intrínsecamente obligatorio, sino contingentemente determinado, para ciertas circunstancias, por normas igualmente contingentes. ¿En qué queda, así, el carácter sagrado de la vida que todo derecho positivo tendría que salvaguardar? Si los caracteres normativos fuertes -obligatorio, prohibido y facultativo son exhaustivos, en cuanto partición de las modalidades deónticas y, además, son interdefinibles entre sí, no se ve inmediatamente cómo sea posible, desde una posición iusnaturalista y post-positivista, rechazar la simple tesis atribuída a Kelsen.

Los iusnaturalistas consideran que la relación entre una acción, o su naturaleza intrínseca, y la modalidad normativa que la regule, no es asunto contingente, sino que la naturaleza misma de la acción determina funcionalmente su modalidad normativa propia. Los positivistas arrepentidos -críticos de un utópico positivismo inventado ad hoc- consideran políticamente peligroso que esa contingente relación entre acción y norma sea reconocida como tal. Pero los primeros suelen incurrir en una falacia conocida, en cuanto pretenden que lógicamente la modalidad normativa de un enunciado derive del enunciado no modalizado que constituye su “substrato neutro” (como recordaba Kelsen atenién-

dose a sugerencias de Husserl)<sup>(1)</sup>. El tema ha sido exhaustivamente analizado recientemente<sup>(2)</sup>.

5. La tesis clásica positivista parece, pues, correcta. Conviene esclarecerla. No quiere decir, ni propone, que las regulaciones jurídicas -esto es: la determinación del carácter normativo de una acción humana cualquiera- sea resultado azaroso o caprichoso. Cómo se regule una acción cualquiera, a la luz de los antecedentes que parezcan pertinentes y de las circunstancias en que pueda darse, dependerá de variadísimas consideraciones, que no cabe limitar a priori en forma puramente conceptual. Las limitaciones que se pretenda, legítima y justificadamente, imponer a los órganos productores de normas, en el sentido de que ciertas conductas específicas queden excluidas de una u otra modalidad normativa, como cuando se quiere que una cierta conducta A no se prohíba en circunstancias específicas, tienen que ser establecidas por otras normas que, por cierto, tampoco pueden derivarse de la naturaleza de las cosas o de los hechos. La racionalidad o razonabilidad que política o éticamente exigimos de las normas jurídicas positivas concierne a la relación de adecuación circunstancial que aceptamos entre una cierta acción y su caracterización normativa. Así, aún cuando una acción en abstracto nos pueda parecer normativamente determinada en forma unívoca, tan pronto la consideramos en circunstancias que modifican sus ámbitos ocasionales, nos parece razonable que alteremos sus caracterizaciones normativas: no es lo mismo matar en tiempo de paz que en tiempo de guerra y en combate, por ejemplo. Que, tanto moral como jurídicamente, nos parezca racional que A sea obligatoria en las circunstancias c1 y c2, no altera el hecho de que, tal caracterización nos parezca inconveniente cuando las circunstancias son c3 y c4.

No es, por tanto, la propia acción A, ni su naturaleza o esencia, o su definición -según se prefiera-, la que determinará funcionalmente la modalidad normativa que se le imponga, sino que más bien parece que, dado un cierto conjunto de circunstancias condicionantes, una u otra modalidad nos aparecerán como subjetivamente más adecuada o conveniente -por lo tanto: como valorativamente preferible- y, objetivamente, como la que racionalmente el legislador debe establecer -si así resulta de una decisión racional que respete los criterios mínimos de racionalidad de una decisión política-. Que un legislador imponga hoy la obligación de vacunarse porque los signos del zodiaco le son desfavorables en la ocasión, nos parecería hoy irracional; tal obligación seguramente la consideraríamos conveniente si la vacuna es capaz de evitar el contagio de una enfermedad seria y si existe una epidemia que hace posible la propagación del mal.

---

<sup>(1)</sup> Cf. R. J. Vernengo, *Das modal indifferente Substrat der Normen in der Allgemeine Theorie der Normen*, en W. Krawietz, & H. Schelsky, editores, "Rechtssystem un gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen", Duncker & Humblot, Berlín, 1984.

<sup>(2)</sup> Cf. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Analisis e Diritto, G. Giappichelli Editore, Torino, 1994.

Una obligación incondicionada -algo así: como la obligación de llevar a cabo acciones definidas en abstracto, fuera de todo contexto y circunstancia, una acción definida frente a un conjunto vacío de condiciones- es jurídicamente poco corriente: no aceptaríamos vacunarnos sin más, no aceptaríamos la obligación de vacunarnos por que sí, sin riesgo de enfermedad a la vista. La obligación universal de vacunarse, la obligación de vacunarse en todos los casos, tampoco nos parecería suficientemente racional, pues no es todo hecho, cualquier hecho, razón suficiente para justificar semejante obligación. Para considerar racional una regulación jurídica cualquiera requerimos la presencia de ciertas condiciones que efectivamente constituyan razones suficientes o necesarias para llevar a cabo la conducta que se regula positiva o negativamente. Ello depende del nivel de conocimientos o de creencias reinante en una sociedad, así como del status normativo de otras acciones que el derecho positivo ya ha regulado (como las normas que confieren competencia a ciertos órganos). La obligación de vacunarse, si existe una vacuna eficaz conforme a los dictámenes de la ciencia médica, si existe riesgo de epidemia y si se pretende mantener un cierto nivel sanitario en la población, sería aceptable, siempre y cuando hayamos delegado en autoridades estatales, por normas anteriores de competencia, la planificación de los servicios de salud. Esa obligación se expresará en una norma racionalmente establecida y, en cuanto tal, comprendida socialmente como adecuada.

La tesis de que cualquier contenido puede ser derecho positivo no puede ponerse de lado con argumentos efectistas y simplistas. Esa tesis no es una receta de magia, pues corresponde hacer cargo de que las meras palabras del derecho no tienen poder suficiente para modificar la realidad. La tesis, por otra parte, no requiere de creencias ontológicas sobre la naturaleza de las acciones, sino más bien exige contar con pautas de crítica racional válidas para cualquier decisión normativa. La conveniencia -la justicia u otro valor- de una norma -esto es: su apreciación a la luz de alguna regla de preferencia o valor- se mide, no atendiendo a la supuesta naturaleza de la acción regulada, sino a la luz de las circunstancias que sean razón suficiente o necesaria de la modalidad con que se caracterice normativamente a la acción, cosa enteramente contingente, pues tales razones condicionantes también lo son.

Buenos Aires, octubre de 1994.