

LECCIÓN PRIMERA*

ENFOQUE SOBRE EL MUNDO DEL DERECHO

CONSTITUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: § I. El poder y la coerción jurídica. § II. La definición del Derecho. § III. El Derecho, macrocombinación de reglas acerca de la fuerza que se expresa por intermedio de reglas primarias y secundarias. § IV. Estado y legitimación. § V. Estado "fin": totalitarismo. § VI. Estado "medio": constitucionalismo. § VII. El positivismo jurídico y la caracterización del Derecho como "la razón de la fuerza". § VIII. La base de los sistemas jurídicos estatales: la norma constitucional. § IX. Derechos fundamentales: líneas de acción para el ejercicio de la fuerza estatal. § X. Esquema. § XI. Bibliografía.

§ I. El poder y la coerción jurídica

El hombre forma parte del mundo natural porque es producto o resultado de la naturaleza o su evolución. La naturaleza no da fundamento ni dispone de ningún estado de cosas para que una decisión o convención humana sea producida de determinada forma. La naturaleza no dispone, entre sus uniformidades y regularidades, de ningún modelo moral y/o jurídico.

El Derecho es una eminente creación de la razón y experiencia del hombre; por tanto es él quien introduce un nuevo patrón o sistema a la naturaleza, que le ha dado la posibilidad de que viva en el mundo.

Las leyes naturales rigen, por ejemplo, los movimientos de los cuerpos celestes, la sucesión de las estaciones climáticas

* Dedicada a Ricardo Arturo Kelly.

del año o la ley de la gravedad, etcétera; las leyes sociales o normativas rigen, ordenan, determinan con permisiones, obligaciones o prohibiciones la conducta humana; esta distinción, por supuesto, comporta una vigorosa y decisiva demarcación de campos de análisis y evaluación.

Las reglas o normas de Derecho siempre regulan o determinan, directa o indirectamente, la conducta del hombre.

El Derecho positivo, pues, fruto del arbitrio humano, es un ente o cosa variable, mudable, susceptible de cambio¹. El Derecho es Derecho en el tiempo y en un espacio determinado; no existe la vigencia eterna o atemporal del Derecho ni un Derecho que carezca de límites espaciales.

El hombre introduce el Derecho en el mundo natural, no al revés. La naturaleza no tiene en su inventario reglas, normas o modelos morales; su estado de cosas no tiene propiedades morales². Repárese, por tanto, que queda abierta la posibilidad de que la naturaleza pueda influir (por ejemplo, el contexto geográfico; la insularidad; la densidad de población, etc.) en la convención que adoptan los hombres; es decir: la construcción de pensamientos del hombre que da lugar al sistema jurídico o Derecho puede ser influida, pero no fundamentada por los hechos naturales o sus leyes³. El hombre, por intermedio del Derecho, y éste por intermedio de sus normas, que son esquemas de determinación de conducta humana (acciones u omisiones) todavía no concretadas, pero posibles de ser concretadas, intenta reglar la realidad por vivir. Esta realidad, la propia vida que el hombre tiene delante de sí y sus congéneres, es el único mundo que podría, autorizadamente,

¹ Kelsen, Hans: "La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico", en *Academia*, Revista sobre enseñanza del Derecho, n° 12, año 6, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, p. 184.

² Popper, Karl: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, 1992, pp. 67-92.

³ V. Radbruch, Gustav: *Filosofía del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado 1944, pp. 14-22.

pertenecerle a él o a ellos por completo o entero y no determinado por la causalidad natural o sus leyes. La realidad natural puede influir o presuponer, pero no determina ni fundamenta, ni dura ni vigorosamente, la realidad propia construida por el hombre⁴.

Conocer objetivamente cualquier sistema jurídico significa elaborar argumentos en forma de proposiciones. El saber jurídico debe demarcar y distinguir los entes que abarca y los que quedan excluidos⁵; la configuración del concepto "Derecho" determina decisivamente qué ha de comprenderse en su estudio científico. La función de conocimiento del sistema jurídico siempre posibilita tres tipos de comentarios o enfrenta igual cantidad de problemas⁶.

Uno: La congruencia o incongruencia de las reglas que lo integran con valores superiores que inspiran determinado ideal de justicia. En estos casos, los planteos giran en torno a los fundamentos axiológicos del sistema jurídico, en virtud de que la justicia o injusticia de un sistema normativo equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que la realidad ofrece y lo que determinada idealidad sugiere.

Dos: Sobre la estructura de las reglas que integran el sistema. En este caso, el problema se relaciona con la existencia y configuración misma de las reglas de Derecho. Desde este enfoque, puede decirse que se emprende el examen de los problemas ontológicos del Derecho.

Tres: En este ámbito, la preocupación central consiste en el análisis de los problemas que se derivan de si las reglas que los componen son o no son efectivamente cumplidas y acatadas por las personas y órganos a quienes se dirigen. En este caso, la gama de los problemas aparece relacionada

⁴ V. MAIER, Julio: "El orden jurídico", en *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pp. 15-24.

⁵ ZAFFARONI, E. Raúl et ál.: *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 3.

⁶ BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Bogotá, Temis, 1997, p. 20 y ss.

con la eficacia de las reglas jurídicas que integran un sistema normativo; remite, pues, al examen de los problemas sociológicos del Derecho.

El enfoque ontológico o estructural predomina en esta contribución y constituye la determinación conceptual del objeto de estudio. Decir, pues, que el Derecho disciplina la arquitectura y el control social, al determinar la conducta de los ciudadanos y los poderes, implica admitir su normatividad como propiedad relevante.

El Derecho es un sistema complejo, compuesto básicamente⁷ de reglas sobre la planificación, la organización y la aplicación de la fuerza, cuya expresión o manifestación se materializa por intermedio del discurso elaborado por los poderes estatales⁸. Que el Derecho se encuentre constituido básicamente pero no únicamente por normas significa que las normas existen en el mundo real: pensadas, escritas, publicadas en el Boletín oficial, en forma de constitución, código o ley⁹. Es en este contexto en el cual puede verificarse la afirmación cuyo enunciado sostiene que esta programación del ejercicio

⁷ BULYGIN, Eugenio: "Sobre el problema de la objetividad del Derecho", en AA.VV., Nancy Cardinaux, M. Laura Clérico y Aníbal D'Auria (coord.): *Las razones de la producción del Derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, 2006, p. 40.

⁸ Respecto del tema "lenguaje y derecho", es decir, la/s forma/s que puede (paradigmáticamente) asumir la manifestación de este último, v., por ej.: (i) ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: "...no parece controvertible que las normas son expresables en el lenguaje, es decir, por medio de enunciados" (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 99); (ii) CARRIÓ, Genaro: "...las normas jurídicas están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales. No se trata de una circunstancia meramente accidental; tampoco debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia remediable de la técnica de control social que se denomina 'Derecho'. Por ello, es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural, sino que, en cierto sentido, tienen que hacerlo" (*Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 47).

⁹ V. ZAFFARONI, E. Raúl et ál.: *Manual de Derecho Penal*, 2ª ed., 4º reimp., Buenos Aires, Ediar, pp. 82-83.

del poder, racionalmente planificada, que realiza el Derecho, puede ser conceptuada como la razón de la fuerza.

¿Razón de la fuerza?¹⁰ Sí, razón de la fuerza, que quiere significar, sencillamente, que el Derecho muestra o pretende mostrar cómo sus reglas organizan y programan el ejercicio que el poder estatal decide llevar a cabo. Nada más.

Podrá decirse que la verificación de estos contenidos puede dar lugar a injusticias. No hay dudas. Que por intermedio de ello puede aducirse que el Derecho sería sólo la expresión de los más fuertes y no de los más justos. Tampoco tengo mayores dudas al respecto, ni tampoco de la alarma comunitaria que ello fundadamente provoca.

El planteo que aquí se desarrolla (ver, especialmente, *ut infra* sección IX) consiste en un esquema de análisis de la complejidad que presenta el Derecho que, sin compadecerse y con debida cautela con ninguna de las versiones que se reportan desde el normativismo o positivismo jurídico¹¹, se identifica

¹⁰ El término "razón", de acuerdo con las definiciones lexicográficas que suministra el *DRAE*, tiene más de quince acepciones. En este contexto —es decir, el que se anota en el texto principal—, el término es empleado en un sentido "débil": (a) tanto como dando noticia o informando (por intermedio del lenguaje) acerca de la organización de la fuerza; o más bien, (b) empleando, por ej., específicamente algunas de sus acepciones (la tercera): "palabras o frases con que se expresa el discurso" o (la sexta): "orden y método en una cosa"; (c) agregando y adelantando por mi parte: del poder del Estado. El significado de la expresión "razón de la fuerza" describe, dentro de este perímetro, que el Derecho expresa el discurso del poder y/o que el Derecho es quien organiza el uso de la coacción estatal. ¿Fuerza? Intervención o amenaza de intervención enfilada a la creación y/o mantenimiento de un sistema jurídico, en la orientación deseada por quienes ejercen o detentan el poder.

¹¹ Norberto Bobbio distinguió tres aspectos básicos del positivismo jurídico, según si se lo considera: (i) como método para el estudio del Derecho; (ii) como teoría del Derecho; (iii) como ideología del Derecho. Además, se juzga que no existe relación necesaria ni lógica ni causal entre los diferentes enfoques. Como modo de acercarse al conocimiento del Derecho, el positivismo se apoya sobre un juicio de oportunidad: "partir del Derecho tal como es, y no del Derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es proporcionar esquemas de decisión y elaborar un sistema de Derecho vigente". El jurista que hace profesión de fe en este sentido no niega (en general) que exista un derecho natural, ideal o racional, sino que niega que sea Derecho

con una interpretación preferente de los derechos fundamentales de rango y jerarquía constitucional. ¿Cómo es esto? Se

en la misma medida que lo es Derecho positivo. El Derecho, por tanto, es una cosa, una entidad (existe fundamentalmente en cuanto a su comprensión) que se encuentra en la realidad, que puede ser conocida, distinguida y descrita objetivamente a partir de la explicación de ciertos estados de cosas absolutamente verificables (v.gr: que la regla emane de cierto órgano y por intermedio de determinado procedimiento) y no a partir de su correspondencia con cierto sistema de valores. En cuanto al positivismo como teoría, puede ser resumido en la siguiente fórmula: el Derecho vigente es una combinación de reglas que directa o indirectamente son producidas por el Estado; rigurosamente este punto de vista parte de seis concepciones fundamentales: coactividad, producción e imperatividad del Derecho, coherencia, plenitud e interpretación mecánica del Derecho. Finalmente, la ideología del positivismo jurídico puede ser resumida como sigue: "el Derecho, por la manera como es puesto y hecho valer o por el fin al que sirve, cualquiera sea su contenido, tiene por sí un valor positivo y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones" (v. BOBBIO, Norberto: *El problema del positivismo jurídico*, 4ª ed., Fontamara, México, 1995, pp. 37-67).

Cada uno de estos aspectos del positivismo jurídico pueden ser asumidos de manera completa o parcial y la historia del pensamiento y la producción jurídica lo comprueba de dicho modo, razón por la cual, con fines meramente explicativos, debería expresarse que se puede ser positivista en sentido fuerte, ortodoxo o riguroso, o en sentido restrictivo, moderada o débil. Esta posición (la moderada, débil o restrictiva) es la que asume en esta obra. Corresponde decir que se asume el positivismo como método, en la inteligencia de que el método científico ayuda a comprender la realidad mejor o más confiadamente que los modos vulgares o no ilustrados. La tarea del jurista eminentemente es formular proposiciones descriptivas sobre el universo normativo. En cuanto a la teoría, hay dos tesis imposibles de aceptar: la plenitud y la interpretación mecanicista del Derecho; los sistemas jurídicos tienen lagunas o vacíos y, como muy bien se ha dicho, muchos juristas se han ahogado en el intento de negarlas; a su turno, en la realización de las reglas constitucionales, a veces, no puede dejar de recurrirse a determinados principios morales. En cuanto a la defensa del positivismo como ideología, naturalmente, es una actividad que no haré y que más bien rechazo pues no existe obligación moral incondicionada de obedecer al Derecho; no obstante, no puede dejar de ameritarse que el principio de legalidad, el principio de certeza y la ordenación en paz como fin-cualidad del Derecho son postulados inventados para contener al despotismo o estado totalitario, y que éstos forman ideaciones elementales del positivismo. El Derecho positivo es un instrumento recomendable para lograr ciertos fines, por ejemplo la construcción de una comunidad organizada; sin embargo, la obediencia escrupulosa al Derecho no siempre constituye un bien, porque existen límites que hacen intolerable –en ciertas ocasiones– la irracionalidad de la producción jurídica y abren las puertas a su desobediencia, inaplicación o nulidad. En pocas palabras: positivista muy rigurosamente, en relación con el método; moderado en el planteo teórico y nula adhesión en relación con la ideología, salvo lo ya apuntado.

propugna la posibilidad de que los derechos fundamentales alojados en los textos constitucionales sirvan como efectivas líneas de acción para el empleo de la fuerza estatal, configurando o reforzando, según los casos, los caminos en los cuales cada uno de los ciudadanos que componen la sociedad pueda elegir y decidir libre, individual, grupal y/o colectivamente, y en igualdad de oportunidades, la orientación de los planes de su vida.

El itinerario, y sin que ello signifique anticipar las conclusiones, puede ser descripto en las dos proposiciones que siguen: el Derecho es la razón de la fuerza, entendida la palabra "razón" tanto como (a) descripción (y legalidad) de la coacción, cuanto como (b) de su argumentación racional¹². En ambos supuestos, el conocimiento objetivo del Derecho¹³ es la finalidad buscada, es decir, la definición de su identidad y los rasgos básicos de su alcance.

§ II. La definición del Derecho

Si un humanista del prestigio de Norberto Bobbio ha llegado a sostener que para cultivar un campo tan inmenso como resulta el Derecho se requiere un potente tractor, mientras que el único instrumento que él había llegado a poseer eran las tijeras de un jardinero, con toda la modestia que me es posible descreo de que los resultados de la tarea puedan servir de pan para los dientes de quienes concentran sus afanes en el estudio de los problemas de la teoría general del Derecho¹⁴. No obstante, constituye proposición capital la consideración

¹² Sobre las funciones de argumentación y descripción, ver, por ej.: POPPER, Karl: "Conocimiento: subjetivo contra objetivo", en David Miller (compil.): *Escritos selectos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 61-82.

¹³ BARBAROSCH, Eduardo: "La objetividad en la moral y en el Derecho", en *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 85-102.

¹⁴ BOBBIO, Norberto: *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Torres Editor, 1980, p. 12.

del Derecho como un artificio, en la misma línea del significado que le atribuyera Jean-Jacques Rousseau¹⁵. El Derecho es una realización cultural¹⁶, es decir, resultado de la actividad del hombre. Sin embargo, la historia exhibe que los seres humanos, muchas veces, han probado que la irracionalidad, tanto en la producción como en la realización del Derecho, demuestra que el hombre puede construir la cultura y también destruirla.

La definición del Derecho ha causado, ocasiona y seguramente seguirá provocando escozor, polémica, desconcierto, dificultades, perplejidades. Y la lista de efectos puede continuar.

Preguntarse qué es el Derecho comprende una situación sumamente vaga y ambigua. Si sólo se focaliza la atención en la producción del saber jurídico del siglo xx, las respuestas que se encontrarán son disímiles y contradictorias. Por ejemplo, Herbert Hart sostuvo en 1961 que no hay una vasta literatura para contestar las preguntas "¿qué es Medicina?" o "¿qué es Química?", como sí la hay para contestar la pregunta "¿qué es Derecho?"¹⁷.

Algunas palabras que integran el lenguaje tienen importante pluralidad de significados. La polisemia del término

¹⁵ Afirma Rousseau: "puesto que ningún hombre tiene una autoridad natural sobre sus semejantes, y puesto que la naturaleza no produce ningún derecho, sólo quedan las convenciones como único fundamento de toda autoridad legítima entre los hombres (...) El pacto fundamental sustituye con una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres, y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o talento, se convierten en iguales por convención y derecho" (*El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1993, pp. 8 y 23).

¹⁶ MAIER, Julio: "El orden jurídico", en *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, T. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 6. En igual sentido, ver: HABERLE, Peter: "La constitución como cultura", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 6, Madrid, 2002, pp. 177-198. Ver también RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 8-12.

¹⁷ HART, Herbert: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 1.

Inevitablemente, debe entenderse que el momento de la aludida indagación fue el de la publicación de la versión inglesa de la obra citada.

"Derecho" tiene grado superlativo. Si se renuncia de antemano a la búsqueda de definiciones dirigidas al descubrimiento de sus propiedades esenciales y naturales, se encuentra que "Derecho", conceptualmente, tiene varios significados, tanto en el lenguaje de los juristas como en el caso del lenguaje de las fuentes jurídicas. En el caso del lenguaje que emplean los juristas, básica y precariamente se pueden distinguir no menos de dos orientaciones, las cuales se encuentran estrechamente ligadas entre sí.

En una primera significación, "Derecho" (objetivo) se emplea para designar un sistema u ordenamiento jurídico, o conjunto de normas jurídicas vigentes en determinado espacio y tiempo, o mejor dicho, una combinación¹⁸ de normas primarias, secundarias y otros enunciados no normativos.

Una segunda significación del término alude al Derecho no como sistema u ordenamiento, sino como el nombre que recibe la disciplina científica o saber o ideología cuyo objeto —mediante la utilización de herramientas provenientes de los campos lógicos y/o empíricos y/o valorativos— es la identificación y/o sistematización y/o valoración de la compleja realidad configurada a partir del "Derecho objetivo". Es decir, que tanto el estudio del objeto como el objeto del estudio reciben el mismo apodo. Para toda significación se utiliza el mismo signo: Derecho.

Puede agregarse otro significado: "Derecho" entendido como facultad, pretensión o expectativa subjetiva o grupal. Lógicamente, si bien no es un escollo insalvable, se debe lamentar que la polisemia apuntada no favorece precisamente las indagaciones ni las reflexiones del saber jurídico.

¹⁸ Con originalidad y rigor, Julio Maier describe al Derecho como la combinación de reglas entre las que se encuentran normas de deber, normas potestativas y reglas permisivas específicas. V. MAIER, Julio B. J.: "I. El orden jurídico", en *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 94-95.

De los significados del término "Derecho", el que se tiene en foco como cabecera de análisis es el de Derecho como sistema jurídico. Dicho sea de paso, la delimitación de por sí no da por ganada la partida ni asegura su resultado. Sólo ayuda a esparcir las piezas en el tablero, mientras se decide ulteriores realizaciones. Nada más. Porque la delineación del perimetro del primero de los significados del término "Derecho", aun entendiéndola imprecisa, simplificada y livianamente como combinación de normas, no dista de ser altamente problemática.

Con rigor se señala que los sistemas jurídicos designan una macrocombinación de normas jurídicas cuyos componentes son todos reconducibles a un fundamento común de validez: típicamente una constitución; la que a su vez asienta la suya en una norma hipotética fundamental o regla de reconocimiento. La admisión de que el Derecho es un sistema puede ser entendida en no menos de dos sentidos: (a) por un lado, reconociendo que manda y pone orden; (b) por otro, asumiendo que es algo ordenado, coherente y quizá tendencialmente completo. En los desarrollos que siguen, al Derecho se lo caracteriza —la mayoría de las veces, de modo implícito— como un sistema que intenta poner orden, o cuyas mandas reglamentan el uso de la coerción.

Significa admitir, además, al reconocer en el Derecho un sistema, cuya estructura consiste, básicamente, en una combinación de normas o reglas, que responden a diferentes elaboraciones, normas que pueden ser observadas tanto en forma estática como dinámica. Siempre producidas por el hombre¹⁹.

¹⁹ Mario Bunge enseña que el más simple de los análisis del concepto de sistema incluye los conceptos de composición, entorno, estructura y mecanismo. La composición de un sistema es la colección de sus partes; el entorno del sistema es la colección de las cosas que actúan sobre sus componentes, o a la inversa; la estructura de un sistema es la colección de las relaciones, en particular, de vínculos y enlaces entre los componentes del mismo, así como entre éstos y los componentes del entorno; por último, el mecanismo de un sistema está compuesto por los procesos internos que lo hacen funcionar, es decir, cambiar en algunos aspectos, mientras que conserva otros. (V. BUNGE,