

LOS CONTENIDOS DEL DERECHO Y SUS POSIBILIDADES LOGICAS

Roberto J. VERNENGO ()*

Se suele criticar a Kelsen, desde un punto de vista político sobre todo, la tesis de que cualquier contenido puede ser derecho. Se entiende: derecho objetivo. Los iusnaturalistas consideran que esa tesis es incompatible con la moral o con lo que ellos consideran ser asunto moral. Los positivistas arrepentidos le reprochan haber permitido con semejante postulado las barbaridades del nazismo, con el que Kelsen no colaboró y ellos sí.

Pero la tesis no tiene mucho sentido mientras no se precise de qué se habla. Contenido del derecho objetivo son las materias que éste regula y las mismas están determinadas por las referencias de las oraciones que componen las normas que lo integran. Dado que el derecho, para Kelsen, es un sistema dinámico y, por ende, dado que un ordenamiento jurídico cuenta, en rigor, con una cantidad no enumerable de normas, habría que decir que el contenido del derecho objetivo es harto cambiante y que, históricamente, la afirmación kelseniana parece bien sensata frente a los múltiples aspectos que los derechos positivos han exhibido y actualmente muestran. Pero hay en juego cosas de otro tipo. Puesto que, esquemáticamente, una norma jurídica tiene, para Kelsen y para la mayoría de los juristas, una estructura típica: dispone que dado cierto conjunto de circunstancias (fácticas o lingüísticamente convencionales, y hasta la clase nula \emptyset), cierta conducta (propia o de terceros, individual o colectiva) queda consecuentemente regulada conforme a alguna modalidad deóntica: $(c_1, c_2, \dots, c_n) \rightarrow O$ (Axt). Esto es: dadas las circunstancias c_1, \dots, c_n , la acción A del sujeto x es obligatoria en la circunstancia L. (Por circunstancia se entiende aquí los ámbitos temporales y espaciales de validez).

Ahora bien, ¿cómo entender entonces que cualquier contenido puede ser derecho objetivo? Es claro que la cuestión no atañe, en principio, al contenido —esto es: la referencia— de las circunstancias condicionantes. Los juristas excluyen algunas, las imposibles; los lógicos, otras, las tautológicas; y el sentido común de los políticos, los ciudadanos y los órganos de aplicación, aquéllas que parecen carecer de relación racional aceptada con el consecuente prescriptivo. Sin embargo, estas circunstancias condicionantes, que, por monotonía, pueden ser incrementadas indefinidamente limitan la extensión lógicamente posible del enunciado normativo completo, que canónicamente es un condicional material. Si $c_1 \rightarrow Op$, pongamos, $(c_1 \& c_2)$ también implican a p, donde c_2 puede ser cualquier cosa. La extensión o referencia de toda norma condicional, pues, puede ser cualquiera, si se mantiene la noción de consecuencia monotónica. Lo que hace a la tesis controvertida.

Pero la extensión del consecuente del condicional normativo también puede ampliarse indefinidamente, por tradicionales razones lógicas, como precisamente lo revela la llamada paradoja de Ross. Sin embargo, seguramente los críticos kelsenianos apuntan más bien a los datos componentes del consecuente de la norma, que se ha simbolizado arriba como $O(Axt)$. La simbolización de la acción A, en algún tiempo y lugar t, no parecieran poder restringirse a algunas acciones, pues los juristas sostienen que cualquier acción puede ser objeto de regulación jurídica. No hay acciones ajenas al derecho, si consideramos que aún aquellas que son libres, en cuanto no son obligatorias ni prohibidas jurídicamente, tienen un status normativo fijado por algún ordenamiento jurídico. Para afirmar que la acción A es libre o facultativa es menester examinar el derecho positivo que sea para saber si no contiene una obligación o una prohibición que afecten a A; en ese respecto, el carácter normativo de A, sea el cual fuere, depende del derecho objetivo y no de la naturaleza de la acción misma.

Lo que se reprocha Kelsen más bien es que considere que A, sea la conducta que sea, puede ser regulada por cualquiera de los caracteres normativos disponibles. A puede ser tanto obligatoria, como prohibida y aún, ni lo uno ni lo otro. Si consideramos que estos tres caracteres nor-

(*) Universidad de Buenos Aires / CONICET.

mativos –O: obligatorio; V: prohibido, y F, definido como NO & NV– son exhaustivos en cuanto partición de las modalidades deónticas, y, además, que son interdefinibles entre sí mediante la negación o a partir de la modalidad débil subalterna, la mera permisión simple (P), no se ve bien cómo los críticos iusnaturalistas o ex-positivistas puedan rechazar la simple tesis kelseniana. Los primeros consideran que la relación entre la acción y su modalidad normativa no es contingente, sino que la naturaleza de la acción determina la modalidad posible; los ex-positivistas, desde un punto de vista político, consideran peligroso que esa contingente relación sea reconocida como tal. Pero la primera posición implica en todo caso una falacia reconocida, en cuanto pretende inferir una modalidad normativa, un *sollen*, de un enunciado no modal, violando el viejo principio de Hume. La preocupación de un Radbruch, ex positivista arrepenido, y de sus numerosos repetidores, parece, en cambio, poco científica y un tanto apresurada. El conocimiento científico del derecho no puede resignarse a desconocer las características efectivas de la relación examinada, porque la suponga políticamente riesgosa; el peligro político anunciado, por otra parte, no puede provenir de una mera característica lógica de las normas jurídicas. El riesgo no puede residir en una propiedad sintáctica de las normas, salvo que el peligro sea una invención fantástica, un artilugio mental. Estos, sin embargo, no hacen correr riesgo real alguno a ninguna sociedad humana.

La tesis kelseniana –cualquier cosa puede ser objeto de regulación jurídica positiva– es correcta. No quiere decir ni surge de ella que las regulaciones jurídicas –esto es: la determinación del carácter normativo de una acción humana cualquiera– sean caprichosas. Ellas dependerán de variadísimas consideraciones y circunstancias que no cabe limitar conceptualmente. Las limitaciones que se pretenda legítima y justificadamente imponer a los órganos productores de normas, en el sentido de que ciertas conductas específicas sean excluidas de una u otra modalidad normativa, como cuando se quiere que una cierta conducta A no sea prohibida en circunstancias específicas, tienen que ser establecidas por otras normas que, por cierto, no se ajustan a los falsos presupuestos iusnaturalistas o del neo-positivismo arrepenido que regaña a Kelsen el sostener una tesis lógicamente correcta. Pareciera más bien que la racionalidad o razonabilidad que políticamente exigimos de las normas positivas hace a la relación que entre una cierta acción y su caracterización normativa consideramos adecuada. Una acción cuyas circunstancias definitorias (sus ámbitos ocasionales o circunstanciales de validez) varían puede parecernos menesterosa de una caracterización deóntica diferente: no es lo mismo matar en tiempo de paz que en tiempo de guerra y en combate, por ejemplo. Pero la caracterización deóntica, en derecho y, seguramente, en otros códigos éticos, nos parece racional o razonable a la luz de sus antecedentes o condiciones: que A sea obligatoria bajo las circunstancias c1 y c2, es cosa que nos puede parecer inconveniente cuando las circunstancias condicionantes son c3 y c4. No es, la propia acción A, su “naturaleza” o “esencia” o “definición”, según se prefiera, la que determinarí la modalidad normativa que se le imponga, sino que más bien parece que dado un cierto conjunto de circunstancias condicionantes una u otra modalidad normativa nos puede parecer, subjetivamente, más o menos adecuada y conveniente, y objetivamente, puede haber sido establecida “racionalmente” por el legislador. Que el legislador imponga la obligación de vacunarse porque el signo del zodiaco es desfavorable nos parecería hoy irracional; esa obligación seguramente nos parecería adecuada si la vacuna es capaz de evitar el contagio y si existe una epidemia que hace posible la extensión del mal. Una obligación incondicionada (es decir: frente a un conjunto nulo de condiciones) es, jurídicamente, poco corriente: no se aceptaría así como así la obligación de vacunarse contra alguna enfermedad por que sí. Una obligación de vacunarse en todo caso (es decir: frente al conjunto universal de condiciones) tampoco parece suficientemente racional: no se aceptaría tal obligación ante cualquier, ante todo hecho. Pareciera que requiriéramos, para considerar racional una regulación jurídica cualquiera, la presencia de ciertas condiciones que efectivamente constituyen razones suficientes o necesarias de la efectivización de la conducta que se regula, positiva o negativamente. Pero ello depende del nivel de conocimiento o de creencias existente en alguna sociedad, así como del status normativo de otras acciones que el derecho positivo ya ha regulado. La obligación de vacunarse, si existe vacuna eficaz conforme a los dictámenes de la medicina, si existe riesgo de epidemia, y si pretende mantener un cierto nivel sanitario en la población, siempre y cuando hayamos delegado en el Estado, por normas anteriores, la planificación de los servicios de salud, constituirá una norma aceptable, en cuanto racionalmente establecida y comprendida.

La tesis, pues, de que cualquier contenido puede ser derecho positivo no puede ser puesta de lado con argumentos simplistas o efectistas. No es tesis que permita sistemas totalitarios o enteramente arbitrarios: las reglas de formación del lenguaje del derecho no tienen poder para ello. La tesis, en cambio, no requiere sustentar creencias ontológicas sobre la naturaleza de las acciones, sino, más bien, da pie a pautas de crítica racional de cualquier norma positiva. La conveniencia (justicia u otro valor) de

una norma –esto es: su apreciación a la luz de alguna regla de preferencia, o “valor”– se mide, no en mérito a una supuesta “naturaleza” de la acción misma, sino a la luz de las circunstancias que pueden ser razón suficiente o necesaria para que se caracterice a tal acción de una u otra manera, cosa especialmente contingente, dado que las circunstancias condicionantes mismas lo son.

Buenos Aires, mayo 1991.