

Nota preliminar: la lectura de este texto, es complementaria de los textos de la bibliografía obligatoria de la Cátedra y no debe entenderse como desplazamiento de la lectura de la misma.

Introducción:

El presente texto, pretende ser una ampliación y una explicación de los capítulos I y IV del libro Elementos Generales del Derecho del Dr. Carlos Nino

¿Donde radica la relevancia de ver estos dos capítulos en particular?.

Cuando ingresamos al recorrido académico del saber científico, vamos a encontrarnos con que el lenguaje que utilizamos en la comunicación cotidiana, puede tener mas acepciones en el campo de una disciplina. Por ejemplo en el conjunto de signos lingüísticos que componen el lenguaje, cuando hablamos de alimentos, a nadie le quedara duda que hablamos de comida, sin embargo en la disciplina que vamos a comenzar a estudiar, “El Derecho”, la palabra alimentos esta referida a una institución, del derecho de familia vinculada a los deberes de asistencia familiar y a la obligación de todo alimentante respecto del alimentado.

El Dr. Carlos Nino, ha abordado, el estudio del lenguaje en general y en la ciencia jurídica en particular. No es casual entonces que el primer capitulo de nuestro material de estudio y trabajo comience preguntándose **¿Que es el derecho?.**

Interesante pregunta, porque como primera cuestión, para el estudio de toda disciplina, lo primero que tenemos que focalizar es cual sera el “objeto” de estudio. Pero en el caso del derecho en particular se nos genera una dificultad, justamente vinculada a cuestiones del uso y los alcances del lenguajes. No hay mayores dificultades en saber cual es el objeto de estudio de la medicina, la química, la física, la sociología... Pero en el caso del derecho, se torna complejo, ya que disciplina y objeto de estudio tienen por uso el mismo signo lingüístico para mencionarlos. Es decir, “el derecho” tiene por objeto de estudio “el derecho”.

Por eso la primer mención al respecto del Dr. Nino, es que hay cierto acuerdo entre los juristas, en llamar Ciencia Jurídica, al derecho como disciplina científica, y que su objeto de estudio conserve la utilización del termino derecho. Dicho de otra manera, **La ciencia jurídica tiene como objeto estudiar el derecho.**

Dificultad para establecer el concepto de “Derecho”. I

¿El lenguaje nos es dado o es un producto del devenir social?

Antes de comenzar a trabajar con el lenguaje en la ciencia jurídica, el Dr. Carlos Nino, nos presenta dos grandes escuelas, o corrientes filosóficas respecto de como se concibe al lenguaje.

Una primera postura, o una de esas escuelas, la podríamos llamar “clásica” o “tradicional”, y esta vinculada al pensamiento del filosofo griego Platón, para esta escuela, las palabras tiene un solo uso posible, y ese uso dependerá de si el concepto del termino utilizado logra incluir la verdadera esencia de la cosa que describe. Aunque pueda parecer una corriente en desuso, este es un error, en el discurso contemporáneo, a veces nos encontramos con ciertas concepciones que remiten incluso a una suerte de categoría absoluta, por ejemplo cuando alguien dice “el matrimonio siempre fue entre un hombre y una mujer”. Esa expresión en

definitiva expresa que se concibe al “matrimonio” o que el concepto de la palabra matrimonio es uno solo. El concepto de matrimonio entonces para la escuela clásica se concibe de manera universal e inmutable, en todo tiempo y lugar...

La otra escuela que menciona Carlos Nino, (menciona estas dos, pero no son las únicas en el análisis del lenguaje), es la escuela de la filosofía analítica, o la corriente moderna o contemporánea, la que entiende que el lenguaje es una construcción social, el lenguaje es producto del devenir de una sociedad, un buen ejemplo de esto es tener en cuenta que se utilizan vocablos diferentes en la existencia de distintos lenguajes, por ejemplo pizarra o black board.

Es importante en este punto detenernos un instante para hacer alguna mención, de porque o como se concibe al lenguaje como un producto social. (la denominación correcta es llamarlo “constructo social”). Independientemente de los elementos de todo signo lingüístico conformado por un significado y un significante, (si tomamos por ejemplo a Ferdinand de Saussure), el signo lingüístico tiene dos características, ellas son la arbitrariedad y la convención. La arbitrariedad consiste en que no sabemos porque las cosas se llaman como se llaman, ¿podrían ser denominadas de otra manera? Si, pero lo que sostiene que el pizarrón sea el pizarrón, y no un barco a vela, es que cuando el docente dice que va a escribir en el pizarrón, todos estamos de acuerdo que pizarrón ese ese rectángulo de madera que cuelga de una pared para ser utilizado como herramienta pedagógica. Volviendo al ejemplo de la palabra “matrimonio”, desde 2010, en la argentina pueden contraer matrimonio personas del mismo genero, se llama a este “matrimonio igualitario”, pero en realidad la ley es la Ley de Matrimonio Civil (ley 26.618). Es decir que el concepto de la palabra “matrimonio”, no es uno solo en todo tiempo y lugar, y que este se redefine (se re-significa) de acuerdo al devenir social.

Resumiendo: *para quien suscribe a la postura platónica o clásica, entonces el concepto de “derecho” sera solo uno en todo tiempo y lugar. Para quien considera al lenguaje como una construcción social, el concepto de derecho dependerá de las reglas del lenguaje que tenga una sociedad en un momento determinado de su historia*

Dificultad para establecer el concepto de “Derecho”. II

En el punto anterior, mencionamos dos escuelas enfrentadas en sus posiciones respecto de como se concibe al lenguaje. Es importante porque Nino, sostiene como hipótesis de trabajo para poder llegar a un concepto que explique que es el derecho; que el principal problema de los juristas para establecer dicho concepto, es la relación que hay entre el lenguaje y la realidad. Para poder describir esta ultima recurrimos al lenguaje como vehículo de comunicación. Parece sencillo, decir que con el lenguaje yo puedo describir la realidad, y comunicárselo a otro. No nos vamos a detener en la discusión si la realidad puede describirse o no, en tanto y en cuanto la realidad es inconmensurable, en todo caso podremos describir puntualmente algún hecho de la realidad pero aun así no describimos la realidad por completo.

Carlos Nino, plantea entonces esa hipótesis de trabajo, la relación entre el lenguaje y realidad para poder establecer un concepto de los distintos signos lingüísticos que conforman un complejo conjunto al que llamamos lenguaje. Y de todos esos signos lingüísticos a nosotros nos interesa puntualmente el concepto de “derecho”

Características del signo lingüístico

Carlos Nino, plantea tres características respecto de todo signo lingüístico, ellas son la ambigüedad, la vaguedad y la carga emotiva de todo termino pudiendo ser esta tanto positiva como negativa.

En la ambigüedad describe Nino, que una misma palabra puede tener distintos usos, aunque no nos interese en nuestro abordaje de la ciencia jurídica, no debemos olvidar que además la palabra derecho tiene acepciones, no jurídicas, “sentate derecho”, “me voy a casa y sigo derecho”, “ese muchacho es derecho” (tanto para significar que es una buena persona, como que puede ser alguien diestro”. }

Circunscripto a la jurídico, podemos decir que tengo derecho de transitar libremente el territorio del país, que la república argentina es un estado social constitucional de derecho, etc etc. como veremos la palabra “derecho” tiene distintos alcances en cada una de las oraciones ensayadas.

La vaguedad, esta vinculada a cuales son las propiedades que describe la palabra, Nino da sobrados ejemplos en el texto, por ello solo mencionaremos alguno, por ejemplo decir que una característica del derecho es que todas sus normas son escritas, cuando en realidad, el derecho también tiene normas consuetudinarias, que no están escritas, lo que mas adelante analizaremos como fuente del derecho llamada “la costumbre”.

Por ultimo la carga emotiva de las palabras, un insulto tiene una carga emotiva negativa, no hay persona que al pegarse un martillazo por clavar un clavo le agradezca a Dios, el martillazo, seguramente emitirá algún tipo de improperio. Otros términos tienen una carga emotiva positiva, es en estas que se encuentra la palabra derecho, la cual describe algo bueno, algo positivo, algo deseado, inclusive la expresión de una oración de carácter negativo, no invalida el carácter positivo de la palabra derecho, por ejemplo “durante los gobiernos de hecho (dictaduras) se violan todos los derechos de los ciudadanos”. La oración es negativa, sin embargo la palabra derecho sigue siendo positiva, ya que la negatividad radica en violentar los derechos de los ciudadanos.

Este ultimo punto, es el mas complejo de tratar, ya que nos presenta la relación que tiene el derecho con la moral, con lo justo. La carga emotiva positiva de la palabra nos lleva a ese punto, de lo deseado, de lo correcto, solemos decir “quiero que se respeten mis derechos”, o también “mis derechos terminan donde comienzan los de otro”. Son expresiones de muy buena voluntad, pero ¿describen el alcance de la palabra derecho ?.

Cuando un ciudadano reclama justicia, la cual deriva supuestamente de la aplicación del conjunto de normas que constituye el derecho vigente en un país, debemos preguntarnos a que consideramos justicia. Los griegos, sostenían que justicia es dar a cada uno lo suyo, lo cierto es en ese caso, como saber que es lo que le corresponde a cada uno y en todo caso quien lo decide. Bueno consideramos que a partir de la aparición de los autores contractualistas, del denominado pacto o contrato social entre gobernantes y gobernados, quien determina que es justo para cada uno, es un ente que esta por encima y por fuera de las partes en conflicto. Ese ente, es el Leviatán, según el filosofo y autor de la obra que lleva ese nombre y al cual se considera el primer autor de la ciencia política de hablar del pacto entre gobernantes y gobernados, Thomas Hobbes.

Hobbes de origen ingles, vivió durante once años en París, producto del exilio producido por las guerras de religión entre los parlamentarios del Reino Unido. Para sintetizar, Hobbes sostenía que el hombre era malo por naturaleza y que esa maldad innata se corregía, viviendo en comunidad organizada con sus semejantes. Para eso, los hombres debían someterse a una

autoridad superior y por fuera de ellos, y ese es el Leviatan. De alguna manera esa figura hoy se representa en el Estado, o Estado Moderno tal cual lo conocemos en la actualidad.

Como decíamos mas arriba, al estar el derecho como un termino que refiere a algo, bueno, correcto, justo, la relación que este tiene entonces con la moral es relevante para poder establecer un concepto de derecho, pero a su vez esa misma relación entre derecho y moral, dificulta el poder establecer un concepto único y definitivo.

Distintas concepciones ius-filosoficas han estudiado y establecido sus definiciones acerca de que es el derecho. En el texto de el Dr. Carlos Nino, el alumno encontrara a modo de ensayo un decálogo, sin perjuicio de que existan otras definiciones, de la relación entre el derecho y la moral. Algunas de esas tesis estarán presente en los argumentos y votos de los jueces del ejercicio acerca del tribunal de Nuremberg que plantea Nino en este primer capitulo. Nino toma a partir de un hecho real, el juzgamiento de los jerarcas nazis en el Tribunal de Nuremberg, un ejercicio con tres jueces de ficción para establecer una sentencia que condene o absuelva a los nazis por los hechos cometidos durante el periodo de existencia de la Alemania bajo el poder el nazismo. Este tribunal (el real) significara una bisagra en el derecho del siglo XX, el paradigma del derecho vigente cambiara en las legislaciones occidentales a partir de este proceso donde, se discutió mucho mas que el hecho de juzgar a los responsables de hechos aberrantes, y que han merecido el repudio de toda la humanidad.

El estudio de la relación entre el derecho y la moral, ha sido planteado por dos importantes posturas ius-filosoficas, por un lado el ius-naturalismo y por otro lado el positivismo. Generalmente se suele decir, que el ius-naturalismo solo acepta la norma creada a partir de principios morales, y que el positivismo hace todo lo contrario, es decir que una vez que la norma ha sido creada, ya no resulta relevante la moral, en cuanto a su aplicación si la norma esta vigente. Bien, adelantamos, que estas dos posturas suelen ser las mas extremas y no explican todas las corrientes ya que no todos los autores positivistas, ni todos los ius-naturalistas suscribirían a dichas concepciones, que se acercan mas a una postura de carácter absoluta.

El ius-naturalismo tiene distintos corrientes, podríamos ubicar su origen en Santo Tomas de Aquino, haciendo referencia la ius-naturalismo teológico, esta corriente sostiene que toda norma jurídica debe someterse a los principios morales de un orden natural surgido de la voluntad de Dios. Por lo tanto contrariar una norma moral, seria contrariar la voluntad de este. Debemos comentar al respecto que no se trata de que el las normas morales comienzan a partir de Santo Tomas, las normas morales tenían plena aplicación en las civilizaciones antiguas, fundadas ademas en culturas de organización teocraticas y politeistas, como Grecia, Egipto, Roma, etc.... En todo caso a partir de Santo Tomas de Aquino, encontramos una corriente filosófica que explica el orden de la norma moral, o del derecho creado por el hombre sometido a ciertos principios que provienen de ese orden moral.

El ius-naturalismo tiene otros orígenes según las corrientes que estudiemos, sean estas, racionalistas, costumbristas, historicistas, pero independientemente de cual sea el origen de cada corriente, todos los autores ius-naturalistas coinciden en dos tesis fundamentales del ius-naturalismo. La primera es que existe un orden natural, de carácter universal, e inmutable regido por principios morales, y la segunda que el derecho creado por el hombre solo se considera tal si sus normas se adecúan suficientemente a ese orden natural. Dicho de otra forma, para un ius-naturalista, la existencia de un derecho injusto es imposible. El único derecho posible es el derecho justo, y en consecuencia esto nos aproxima a una definición de "derecho" según el ius-naturalismo.

Para el positivismo, el único derecho posible es el derecho vigente, una vez que la norma ha sido creada, y esta entra en vigencia, lo que le da validez a esas normas es su posibilidad de ser aplicadas. Algunos autores positivistas como es el caso de Hans Kelsen, no niegan ni lo político, ni la moral, como fuentes que pueden influenciar la creación de una norma, pero una vez que la norma se convierte en derecho positivo, no existe posibilidad de desplazar la aplicación de la norma porque esta es “injusta”, la mayoría de los autores positivistas, sostienen que las normas morales, existen, pero que estas están en el plano de la subjetividad, y por lo tanto son relativas... (el ejercicio del tribunal de Nuremberg, ficticio realizado por Carlos Nino, nos mostrara que no tiene porque ser necesariamente así.).

No perdamos de vista, que el desarrollo de estos temas, es para tratar de arribar a un concepto de derecho, nuestro primer texto de estudio y análisis comienza preguntándose ¿que es el derecho?. Sin que esto signifique un enunciado definitivo, no encontramos entonces que para un ius-naturalista derecho sera toda norma jurídica, que se ajuste a los principios de justicia surgidos del derecho natural, (ya sea que este surge de dios, de la razón humana, de la historia etc etc). Mientras que para un positivista, el derecho sera la norma jurídica vigente en un tiempo y lugar determinado creada por la autoridad competente para crear normas, y que estas sean aplicadas por quien tiene la autoridad para hacerlas cumplir.

¿Pero es siempre así?. Por ejemplo si adoptáramos una postura ius-naturalista, donde estaría la seguridad jurídica del sistema, de que solo se puede juzgar por una ley previamente existente, si el juzgador desplaza la norma vigente porque la considera injusta o inmoral. Por otro lado, que grado de aceptación tendría por parte de la población un conjunto de normas que por el solo hecho de estar vigentes, en su aplicación producen daños a la población que no son establecidos como delitos en esa legislación.

Nuremberg: Sempronio, Cayo y Ticio

Como mencionamos mas arriba, Carlos Nino, toma de la historia, un hecho, que tuvo características inéditas para la humanidad. Los Juicios de Nuremberg, ciudad de Alemania donde se juzgo a los jefes del nazismo, una vez finalizada la segunda guerra mundial.

Los alumnos deben tener presentes que no había un ente superior por sobre los Estados-Nación, que juzgaran los crímenes de guerra, La creación de Naciones Unidas es justamente a partir de 1945, es decir que cuando los hechos ocurrieron, no existía, ni una organización de naciones, ni mucho menos un tribunal de carácter internacional, como pueden ser los que existen hoy día.

Una mención especial a un concepto fundante de esta época, donde aparece la nueva categoría jurídica de los Derechos Humanos, para despejar todo tipo de concepción negativa respecto de estos. Los derechos humanos son una categoría de derechos que surge como consecuencia de que el Estado ya sea por acción o por omisión, genera la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. A veces ocurre de manera muy maliciosa que se opina o se dice que “los derechos humanos son para los delincuentes, y se olvidan de la población civil”. Bien el sistema jurídico debe ser garantista en primer lugar porque el delito es una excepción, por lo tanto el sistema jurídico debe contar con herramientas suficientes para ser seguro, para evitar que se sancione a alguien que no violento norma alguna. Por otro lado se confunde la categoría de derechos humanos, porque para el delito común o cotidiano, esta vigente el o los códigos penales según del país que se trate. Los derechos humanos tienen plena aplicación cuando quien se convierte en delincuente es el Estado.

Como decíamos mas arriba, el ejercicio del Tribunal de Nuremberg, nos sirve para analizar algunas de las corrientes filosóficas, del ius-naturalis, y del positivismo, de acuerdo a esas distintas posturas como ya hemos mencionado surgirán concepciones diferentes del derecho, habrá de alguna forma distintos conceptos de ¿que es el derecho? De acuerdo a como se expresan los jueces ficticios del ejercicio, en definitiva de una forma practica el Dr. Carlos Nino, trata de mostrarnos con un hecho relevante en la historia de la humanidad, como no hay una conclusión única, y al mismo tiempo, poner en crisis alguna de ellas, cuando los jueces, asumen sus propios argumentos para arribar a una conclusión pero al mismo tiempo, intentan refutar la opinión precia de sus colegas.

Algunas consideraciones previas a la lectura de Nuremberg por parte de los alumnos:

Algunas cuestiones mínimas a tener en cuenta, mirado desde el presente, estaremos de acuerdo en que los Nazis debían ser juzgados y que son culpables. No ubicarse en tiempo y espacio nos puede resultar un inconveniente al realizar la lectura, por lo tanto, primer hay que analizar si el juicio goza de la suficiente, legitimidad, (mencionamos mas arriba la no existencia de un ente superior de naciones organizadas, y por otro lado agregamos ahora que quienes impulsaron el juicio fueron los Estados vencedores en la guerra, por lo tanto corresponde preguntarse o poner en crisis la legitimidad de que los vencedores a su vez fueran los juzgadores). La sentencia debe ser producto de un recorrido solido en argumentos, hoy sin lugar a dudas decimos que los nazis eran culpables y que tenían que ser sancionados (como finalmente lo fueron). Un proceso judicial es similar a un proceso de investigación, se llega a una conclusión pero la conclusión no debe ser forzada por nuestros deseos o posturas subjetivas.

Por ultimo, es habitual que el alumno se apresure a “etiquetar” la postura filosófica de cada Juez, a identificar a cada Juez de antemano. En la medida de lo posible, cuando los alumnos realicen la lectura se recomiendo que lean a cada Juez y que luego lleguen a la conclusión de que corriente filosófica representan, una vez que el alumno tenga claro los argumentos vertidos por cada Juez.

Al final de este ejercicio, Nino trata de manera teórica, distintas categorías o corrientes filosóficas, como ser el positivismo ideológico, el escepticismo ético, el positivismo conceptual o metodológico, el formalismo y el realismo jurídico, etc etc.....Todas estas categorías serán explicadas en un texto similar a este, que trataremos por separado para no acumular material de lectura.

El material de lectura es la bibliografía obligatoria establecida en el programa de la Cátedra y textos como el presente, se acompañan para ampliar y para mayor comprensión del material obligatorio.