

FILOCAM

MAYO 2021

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE
ABOGADOS DE MORÓN

VOLUMEN 9

Colegio de Abogados de
Morón

Presidente: Jorge Omar Frega

Instituto de Filosofía del
Derecho

Director: Cristian Callegari

Directores adjuntos:

Osvaldo Enrique Nan

Iván Ponce Martínez

Secretario: Martín Aldax

Revista FILOCAM
consejo de redacción

Osvaldo Nan - Cynthia E. Callegari

Martín Aldax - Cristian E. Callegari

Staff permanente

Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni -

Adrián Sergio Cetrangolo - Carlos

Maddalena - Mariana Kaul - Mariela Blanco

- Mariana Rozenhauz - Luciana Sofía Frega

- Claudia Basiliz - Gustavo Baellia - Héctor

Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio

Navarro - Francisco Callegari - Maria

Eugenia Cavallo - Pedro Janevic - Olga

Mater - Marcela Leal - Carlos Birocco -

Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela

Ferrise - Pablo Fernandez Steffe - Carolina

Guerfell de Grenalfe - Jorge Oscar Rossi

Arte de tapa

Mariela Laboranti - Juana Illia

S U M A R I O

Presentación Filocam Volumen IX	4
Más crítico que nunca por Cristian Callegari.....	5
Los orígenes del derecho municipal bonaerense: las Ordenanzas del Cabildo de Buenos Aires por Carlos Maria Birocco.....	8
Encriptado, desafío y resiliencia de la legislación canónica por Jorge Antonio Di Nicco.....	17
DOSSIER:.....	22
<i>Presentación por Martín Aldax</i>	<i>22</i>
<i>Positivismo jurídico por Cristian Callegari.....</i>	<i>24</i>
<i>El concepto de sistema jurídico de Herbert Hart por Gustavo Ronzitti.....</i>	<i>38</i>
<i>A propósito de El Sentido del Derecho, de Manuel Atienza Rodríguez por Osvaldo Nan.....</i>	<i>52</i>
AVISOS PARROQUIALES	58
Contratapa Literaria “La Señorita Lynch” por Mercedes Bruno	59

Presentación Filocam Volumen IX



[Presentación FILOCAM Volumen IX](#)

Más crítico que nunca...



Por Cristian Callegari¹

Hace largo tiempo que nos venimos preguntando sobre cuestiones jurídicas, geopolíticas y filosóficas, buscando refugio en las artimañas del arte y la literatura como una forma onanista de evasión. Hablamos con palabras huecas, como justicia, libertad, salud y democracia, que son como un analgésico, que alivia, pero no cura, y nos llenamos la boca con ellas. Las mismas pueden encontrarse atravesadas por el derecho, pero no forman parte de él.

Por ello, en este momento, donde no rige más el estado de bienestar, sino que mantenemos un sistema de desigualdad, donde los grupos dominantes han creado un sistema de auto preservación y redireccionamiento, para mantener de manos atadas a las mayorías dominadas, no vemos otro camino que la crítica.

Ese es el primer resultado de la pandemia: atar aún más a la gente, hablar muy poco de derecho, atemorizar, no ya con sanciones o penas sino con el miedo a quedarse sin nada, a tener que abandonar su casa, a que nadie compre lo que se ofrece, a la enfermedad, a la salud de mi entorno, a la muerte.

El sistema jurídico en la Argentina se ha corroído, por falta de recursos, imaginación y voluntad. La política en lucha por representar a unos y otros, mientras las PyMES van desapareciendo, las relaciones intrafamiliares se encuentran destruidas, colapsan las defensorías de

¹ Abogado (UBA); director del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón, director de la Caja de la Abogacía, Ex Vicepresidente del CAM, Ex Docente de Filosofía del Derecho en la UM y UBA.

pobres, las cárceles llenas de procesados, pero sin posibilidad real de condenar o sobreseer, los medios de comunicación incitando y cizañando a políticos, a pseudo artistas, o a deportistas, alienando aún más a la población.

Todos unidos y conectados a un núcleo que no sabemos quién lo maneja, que nos carcome aún más y al que nos sometimos sin dudarlo, siendo todos parte de un rizoma infinito.

Así hemos creado un dios (el rizoma, la matrix) al que adoramos, con el que compartimos alegrías y el miedo: el miedo al encierro, el miedo a la enfermedad, el miedo a caer en la indefensión, el miedo a la muerte.

La situación de vulnerabilidad se torna cada vez más desesperante y nos envuelve a todos sin distinción. Ya tenemos amigos y conocidos víctimas directas de la enfermedad y todos nosotros los que la hemos sobrellevado y los que no nos hemos contagiado aún, somos también afectados.

Esto perdurará como un nuevo sistema, como un nuevo orden, donde la protesta ante el rizoma será una de las llaves para hacer justicia, política, aprender, mostrar que ayer estábamos vivos y hoy muertos.

Hoy transitamos variantes de la democracia, de la vida, simulaciones de un pasado ¿mejor? Y nuestra descendencia, deconstruida, se mantendrá en un letargo adolescente como en Neverland, jugando a la vida, los que puedan, y padeciéndola la mayoría.

En Latinoamérica, con la hegemonía económica y mediática en manos de unos pocos, con positivistas jurídicos dando remedios acomodaticios y aletargados, sin admitir que sin derechos humanos, sin

garantismo, sin equilibrio entre las fuerzas y sin comprender la función paradójal del derecho, su papel dependerá de una relación de fuerzas “en manos de grupos dominantes constituye un mecanismo de preservación y de reconducción de sus intereses y finalidades; en manos de los grupos dominados un mecanismo de defensa y contestación política” . No podremos evitar el cambio de paradigma socio político ni jurídico.

La Teoría Crítica del derecho, a la que adhiero, ha servido para diagnosticar los procesos, comprender por qué el derecho no es una superestructura, o entender qué es el discurso del poder, comprendiendo sus tres niveles de ejercicio, o la opacidad de su lenguaje.

Los críticos se han jactado siempre de no tener su manual, de no cerrar el pensamiento, con la “solución”. Hoy es tiempo de buscar una salida. Estamos ante la oportunidad de cerrar el “manual” y dar la respuesta.

Si no como en otoño, caeremos, como dice Epicuro.



Los orígenes del derecho municipal bonaerense: las Ordenanzas del Cabildo de Buenos Aires



Carlos María Birocco²



Desde sus comienzos, las corporaciones municipales (que desde la década de 1880 recibieron en la provincia de Buenos Aires la

² El autor es Licenciado en Historia (Universidad Nacional de Luján, 1996) y Doctor en Historia (Universidad Nacional de La Plata, 2015). Fue investigador becario de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNLu y hoy es investigador externo del Centro de Historia Argentina y Americana de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la UNLP. También es miembro del Nodo Rioplatense de la Red Columnaria. Es profesor asociado en la Universidad Pedagógica Nacional, a cargo de la cátedra de Historia de Latinoamérica (Colonial).

denominación de “municipalidades”) buscaron regirse por medio de un cuerpo de normas. Durante el período colonial, los cabildos dispusieron de un cuerpo orgánico de disposiciones conocido como *Ordenanzas*. Santayana Bustillo, un tratadista catalán de la primera mitad del siglo XVIII, observaba que en ningún caso estas debían ser contrarias a las leyes del reino ni opuestas al derecho divino ni a las buenas costumbres.³ Aunque frecuentemente fueron elaboradas por el mismo cabildo, no faltaron los pasos en que les fueron impuestas a éste por la corona o por sus agentes en América, como los virreyes o las audiencias.⁴

Las disposiciones que recogen las *Ordenanzas* de los cabildos hispanoamericanos dejan traslucir las problemáticas que estos debían afrontar y las estrategias que elegían para resolverlas. Preponderaban las materias de carácter político-administrativo, entre las cuales gozaban de un lugar relevante la composición y funcionamiento del gobierno municipal: era común que se ocuparan puntillosamente del nombramiento o elección de los oficiales concejiles, de las responsabilidades que les competían y de su rango respectivo dentro del ayuntamiento y de la periodicidad de las sesiones. Se prestaba menos atención a los aspectos de la vida religiosa de la ciudad y por lo general hicieron escasas referencias a las obligaciones militares de la vecindad. Sí eran tratadas, en cambio, materias de carácter económico, pues los cabildos se ocupaban de que el mercado urbano estuviese bien abastecido de víveres, lo mismo que de asegurarse los recursos que necesitaban para su propio funcionamiento. Por último, comprendían disposiciones de orden social, que atendían básicamente a las regulaciones sanitarias, al control sobre

³ Lorenzo de Santayana Bustillo (1742) *Gobierno político de los pueblos de España y el Corregidor, Alcalde, Juez en ellos* Zaragoza: Imprenta de Francisco Moreno, 1742, pp. 40-42.

⁴ Juan Manuel de Bernardo Ares, “Las Ordenanzas municipales y la formación del Estado Moderno” (1978) en *En la España Medieval*, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 10, p. 27.

la actividad del comercio al menudeo y los oficios manuales y a la conservación de la moral y el orden público.⁵



La historiografía ha rastreado paralelismos o divergencias en su estructura y los asuntos abordados. Ana Barrero García, una estudiosa de ellas, encontró que sólo dos se centraron en una única problemática, mientras que el resto se expidió con mayor o menor amplitud sobre dos o más materias, aunque la diversidad temática no se correspondió necesariamente con la extensión de su tratamiento. Entre las

materias que resultaron comunes se destacaron la organización del cabildo y la administración de justicia, el control sobre la población negra e india, la regulación de la higiene y la conservación del medio, la administración de los bienes comunales, la política de abastecimiento, la supervisión sobre el adecuado uso de las medidas de peso, sobre la molienda y la venta de pan, carne y bebidas, la reglamentación de los oficios manuales y la celebración de las festividades religiosas. El asunto que fue objeto de mayor atención parece haber sido el abastecimiento, seguido de la regulación de las medidas de peso, el protocolo capitular y la administración de justicia.⁶

⁵ Francisco Domínguez Compagny *Ordenanzas municipales hispanoamericanas* (1982) Madrid-Caracas: Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal – Instituto de Estudios de Administración Local.

⁶ Ana M. Barrero García “Las relaciones textuales de las ordenanzas de los cabildos americanos” en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios* Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 2000, Tomo I, pp. 157-197.

Buenos Aires no contó en un principio con *Ordenanzas* propias, sino que adoptó las que dictó el virrey Francisco de Toledo en 1572 para la ciudad de Cuzco. No hay noticia de cómo se implantaron aquí, pero según parece entraron en vigor en la década de 1610. Los capítulos de las *Ordenanzas* cuzqueñas reflejaban como pocos la complejidad del mundo andino: los enfrentamientos facciosos que dividían a la opulenta vecindad española, el intento de controlar a una población indígena numerosa que intentaba escabullirse de las cargas que se le imponían, la escasez de agua con que abastecer a una ciudad populosa enclavada en un medio semiárido... Nada más distante de la antigua capital de los Incas que la casi despoblada Buenos Aires de comienzos del siglo XVII. Es posible que el cabildo de esta ciudad se limitara a obedecer los artículos que trataban asuntos de carácter más general, como la reglamentación de las funciones de los empleos concejiles, el ordenamiento de las sesiones del cabildo o la regulación de los oficios artesanales.

En febrero de 1642, un incidente movería al ayuntamiento de Buenos Aires a dictar sus propias *Ordenanzas*. Por pedido del procurador de la ciudad se quiso consultar el ejemplar de las *Ordenanzas* de Cuzco que se guardaba en las arcas del cabildo, pero no se lo pudo hallar. En las dos siguientes sesiones, los capitulares se abocaron a redactar diecinueve artículos y los presentaron al gobernador para que los aceptara como nueva carta estatutaria. Una revisión de estos permite apreciar la escasa importancia que se otorgó a las reglas de carácter interno. Uno solo intentaba regular el protocolo concejil: el que disponía que el ayuntamiento se reuniera todos los lunes y se multara a los alcaldes y regidores que no acudiesen sin justificación. El resto de los artículos tenía una clara proyección externa y apuntaban a estrechar la vigilancia sobre los sectores subalternos y la actividad mercantil. Cinco de ellos

procuraban precaver desórdenes y escándalos en la ciudad: se perseguían el juego y las borracheras en la población negra e india, se prohibía a los soldados circular armados de noche para evitar pendencias, se castigaban los “pecados públicos” y se desterraba a las mujeres de mala vida a los arrabales. Otros dos recogían disposiciones de justicia rural, ordenando proceder contra los cuatreros y los vagabundos y contra quienes tuviesen peones sin papeleta de concierto en sus chacras y estancias. En los artículos que tocaban asuntos económicos, el cabildo fiscalizaba la actividad de los *regatones* (pequeños comerciantes independientes) y de los herreros, zapateros y otros *oficios mecánicos*, recurriendo a la imposición de aranceles, la inspección de pesas y medida y el control sobre las ventas. No conforme con esas medidas, que ya eran contempladas por las *Ordenanzas* de Cuzco, arremetió contra los comerciantes que hacían atender sus tiendas por esclavos negros, multándolos con la incautación de sus mercancías. También prohibió a los negociantes que enviaran fuera de la ciudad fardos de ropa de la tierra, hierro, acero o municiones, bienes que por entonces eran escasos debido a la conexión poco fluida con la metrópoli.

Poco más es lo que sabemos sobre las *Ordenanzas* de 1642. Al parecer, en 1661 las de Cuzco volvieron a ser puestas en vigencia, cayendo aquellas en desuso.

Pero dos años más tarde se estableció la primera Real Audiencia en Buenos Aires, la cual, aunque de efímera duración realzaría con su presencia la categoría de nuestra ciudad. Y a imitación de otras ciudades del virreinato del Perú, ésta ordenó que se designara un *corregidor* para que supervisara los actos del cabildo y representara en él los intereses del monarca. Todo ello hizo necesario que el ayuntamiento contara con *Ordenanzas* propias con que posicionarse frente a las autoridades recién instauradas. La tarea de redactarlos fue confiada a uno de sus miembros,

el regidor Juan Fernández Guillén, que fue asistido por el escribano Juan de Reluz y Huerta. A fines de 1668, estos presentaron las nuevas *Ordenanzas* al cabildo, que las aprobó y elevó a la Real Audiencia local. Unos meses más tarde también fueron validadas por esta. El texto original se componía de 46 artículos, que posiblemente estuvieron sometidos a las correcciones de uno de los oidores, el jurista Alonso de Solórzano Velasco, a quien en ocasiones se identificó erróneamente como su autor.

El tercer paso necesario para su aprobación –la presentación al Consejo de Indias– se demoró durante dieciocho años. En 1695 el cabildo de Buenos Aires envió a Madrid al procurador de la ciudad, Gabriel de Aldunate, para iniciar las gestiones ante el Consejo. Este dio su conformidad y las *Ordenanzas* obtuvieron la sanción del rey el 31 de diciembre de ese año. Pero esa dilación de casi dos décadas no significó que no fueran juradas y obedecidas por los sucesivos *staff* del cabildo. Quienes las redactaron se mostraron muy influidos por las *Ordenanzas* cuzqueñas que anteriormente habían sido acatadas en Buenos Aires. Eso llevó a que, en algunas de las materias abordadas, la originalidad del tratamiento fuese muy limitada. Diecisiete artículos reproducían, con poca o ninguna modificación, los contenidos de aquellas, y sus redactores lo admitieron en por lo menos dos de ellos. Un ejemplo lo encontramos en el procedimiento decretado para el festejo de Corpus Christi, que se diferenciaba en poco del que ordenó el virrey Toledo para la ciudad de Cuzco en 1572. Después de haber sido respetadas en Buenos Aires durante casi medio siglo, no es ilógico suponer que las formalidades y rituales que prescribían las *Ordenanzas* cuzqueñas habían arraigado lo suficiente como para convertirse en costumbre.

A diferencia de las de 1642, las *Ordenanzas* de 1668 tenían escasa proyección externa. Estas ya no se ocupaban con preferencia del ordenamiento social ni de la fiscalización de la actividad mercantil. Un solo

artículo regulaba el comercio: el que disponía que el cabildo pusiera precio al trigo y a otros bienes de abasto. La impartición de justicia ocupaba un lugar algo más relevante: siete artículos en que se reglamentaba, entre otros aspectos, el horario de las audiencias de los alcaldes ordinarios y el manejo de la cárcel. Pero el tema más abordado eran las reglas de protocolo. Con el propósito de evitar las rencillas entre los cabildantes, nada se dejó librado al azar: veintiún artículos abordaron parcial o íntegramente problemas de etiqueta concejil. No estaba permitido a los cabildantes, por ejemplo, el intercambio de opiniones en una discusión, sino que se les fijó un estricto orden de intervención para que pudieran expresarse sobre cualquier asunto. El alcalde de primer voto sería el primero en hablar y luego lo harían los regidores de acuerdo con su orden y antigüedad. Si uno de ellos se adelantaba o interrumpía a los demás, no se lo tendría en cuenta y su voto sería nulo.

La exhibición material y simbólica de las jerarquías también estaba rígidamente regulada: el teniente de gobernador no podría entrar en el salón de sesiones del cabildo llevando en sus manos un bastón sino una vara de justicia, mientras que los cabildantes se presentarían en “traje decente”, preferentemente de color negro. Quedaba asimismo contemplado el día y horario de las sesiones y a quienes les correspondía suplir a los que se ausentaran, siguiendo un riguroso orden de rango: si alguno de los alcaldes ordinarios abandonase la ciudad, ejercería su oficio el alférez real, y si no el regidor más antiguo. Dos artículos se ocupaban del orden estipulado para ocupar los asientos. El primero de ellos disponía que los regidores se sentaran en orden a su antigüedad en un escaño de madera, colocado bajo el escudo de armas de la ciudad; los alcaldes lo harían en dos escaños más pequeños, situados a los lados, y el teniente general en una silla en el medio, ocupando la cabecera. El otro precavía los disgustos que podían suscitarse cuando aquellos abandonaban de sus

asientos y les ordenaba que lo hicieran sin hacer demostración alguna, so pena de ser multados.

La etiqueta capitular se observaría también durante el ceremonial religioso, al que se dio generosa cabida en las *Ordenanzas* de 1668: catorce artículos hacen referencia al lugar que ocuparían los miembros del cabildo en la misa, las procesiones y los festejos de Corpus Christi. Al igual que en la sala de sesiones del cabildo, cada cabildante tenía reservado su asiento en la capilla mayor de la iglesia catedral: el primer escaño lo ocupaba el teniente de gobernador y los siguientes los alcaldes ordinarios y los regidores, de acuerdo con su orden y antigüedad. Ninguno tenía permitido sentarse fuera de los lugares asignados ni ceder a otros sus asientos. En las procesiones, los capitulares también se desplazarían en *cuerpo*, detrás del pendón real y a continuación de los miembros del cabildo eclesiástico.

El contraste entre las *Ordenanzas* de 1642 y 1668 resulta evidente. Cuando las primeras se pusieron en ejecución, el cabildo estaba aún en manos de la facción aportuguesada que había mostrado recientemente su cohesión al resistir la expulsión de los lusitanos de la ciudad. Esa uniformidad hacía innecesario reglar la convivencia en el seno del cabildo; en cambio, se apuntó a subordinar a los estratos subalternos y a los pequeños mercaderes que podían convertirse en competidores molestos. Se deja entrever, en suma, la existencia de una élite política con escasas contradicciones internas pero consciente de que su posición en la cima de la pirámide estamental distaba aún de hallarse consolidada. Las de 1668, en cambio, respondieron a propósitos distintos. En 1663, varios nuevos regidores habían ingresado al cabildo, luego de que el Consejo de Indias ordenara sacar a remate esos empleos; a ellos se agregó la presencia de nuevos funcionarios a los que la corona ordenó fiscalizar en forma directa o indirecta la actividad del concejo, como el corregidor y los

oidores de la Real Audiencia local. Ya no era prioritario, como en 1642, asegurar el orden exterior al cabildo, quizá porque éste contaba con otras herramientas para hacerlo: se trataba ahora de que sus integrantes respetaran una rigurosa etiqueta, dándole así exclusividad al orden interno. Con el objeto de reconocer los privilegios y prerrogativas de sus miembros, se aseguró que cada uno de ellos ocupara el lugar que le correspondía en la sala capitular y en las ceremonias públicas, evitando conflictos de protocolo, a fin de poder concentrar las energías de la corporación en enfrentar la intromisión de las autoridades residentes en asuntos de su injerencia.

Encriptado, desafío y resiliencia de la legislación canónica



Por Jorge Antonio Di Nicco⁷

En el hoy actual, donde la globalización nos une, o nos desune, según como quiera verse. Donde, según se dice, la consulta jurídica va en firme camino a despersonalizarse y a pasar al mundo online donde no se sabe quién evacúa la misma, ni con qué pericia profesional. Todo ello bajo la premisa de cubrir necesidades jurídicas insatisfechas de una porción de la población a un costo bajo que permite que tengan acceso al asesoramiento. A ese “asesoramiento”. Eso sin olvidar el autoservicio jurídico googleando, que lleva a pensar al que lo hace que tiene los conocimientos jurídicos de un doctorando.

En el hoy actual, donde, también se dice, no resulta nada fácil dar un parecer jurídico sobre un tema determinado, ya que el lógico y previsible devenir de los hechos suele no ser tan lógico, y aquello que resultaría previsible y esperable da lugar a lo no esperado, a lo unimaginable, ... a la sorpresa jurídica. El saber, también se continúa diciendo, ya no garantiza un resultado teóricamente esperado, ni al menos en nivel de expectativa. El derecho pasa a tener tantas visiones e interpretaciones que, según estos que dicen, nada queda en claro. Nada parece ser seguro. Todo parece tornarse en inseguridad. El marco jurídico, según lo que dicen estos que dicen, se aprecia desenmarcado.

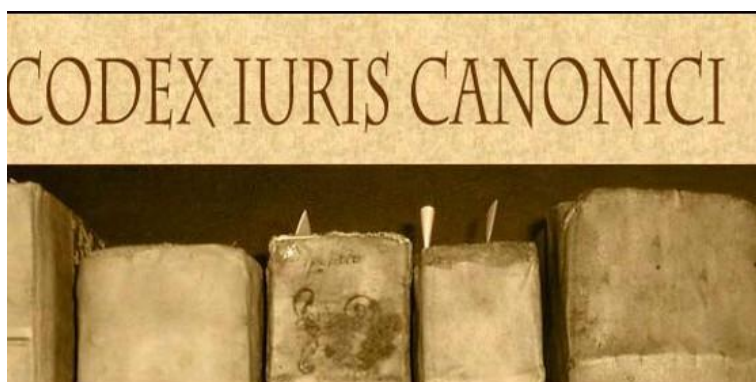
⁷ Abogado, doctor en Derecho Canónico y director adjunto del Instituto de Derecho Eclesiástico y Canónico del CAM.

En este contexto, que demanda más que nunca de claridad y de adecuada difusión jurídica, que decir de aquellas normativas que se tornan encriptadas.

Encriptar consiste en cifrar. La criptografía es la técnica y la especialidad consistente en encriptar. Por la criptografía se puede transformar un texto con una clave de cifrado, volviéndolo incomprensible a quienes no disponen de la clave de descifrado. Trasladado al ámbito jurídico, podemos decir que se protege a dicha normativa del libre acceso a su conocimiento. De su difusión. Todo queda encriptado en unos pocos que tienen la clave de descifrado.

Y en el caso puntual del encriptado de la legislación canónica, si ella sólo hiciera a lo interno de la Iglesia católica, su difusión masiva, tal vez, no devendría en imprescindible. Tal vez... Digo, tal vez, ya que la salvación de las almas debe ser siempre la ley suprema en la Iglesia (véase canon 1752 del Código de Derecho Canónico); y el conocimiento y divulgación de la misma es parte necesaria para llegar a la salvación. Ejemplo de lo dicho puede resultar el proceso eclesiástico de nulidad del matrimonio canónico. Cuántos fieles ignoran de su existencia o tienen un conocimiento distorsionado. Cuántos fieles no acceden a dicho proceso por ese motivo. Cuántos fieles se ven privados de poder regularizar su situación por esa ignorancia o por ese conocimiento distorsionado.

Ahora bien, si la legislación canónica sale de lo interno de la Iglesia católica y es contemplada, en los aspectos pertinentes, como derecho vigente por el ordenamiento estatal argentino, el encriptado en unos pocos no resulta ni lógico ni defendible.



La legislación canónica excede el marco interno de lo eclesiástico y pasa a integrar el ámbito del ejercicio diario de todos los profesionales del derecho, sin importar sus creencias, o no, religiosas. Pasa a integrar el saber jurídico que debe conocerse. Que debe conocerse y aplicarse. Visto que, el acto jurídico que es nulo canónicamente, también lo es civilmente. La venta de un bien eclesiástico nula canónicamente, también es nula en el ámbito estatal. Lo mismo para locaciones, hipotecas, etc.

El desafío pasa por visualizar que el encriptado no lleva a nada. Que a mayor difusión mayor es el beneficio. A mayor conocimiento adecuado mayores son los frutos.

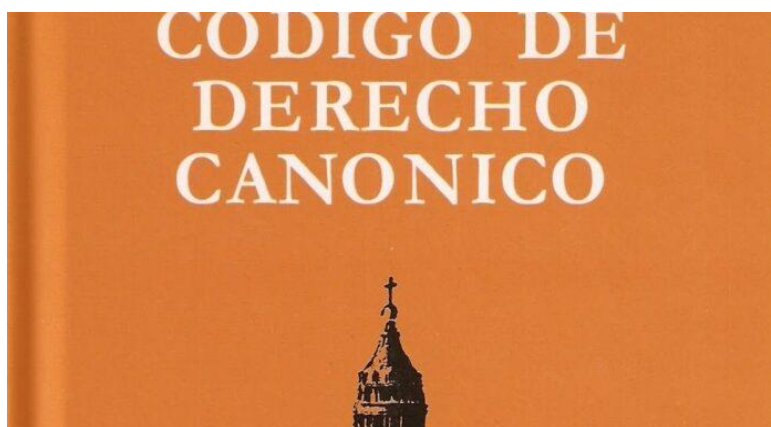
Cuántos abogados y cuántas abogadas desconocen la existencia del Código de Derecho Canónico. Cuántos y cuántas ignoran la aplicación de la legislación canónica en el ámbito estatal. ¿Es admisible dicha ignorancia? ¿De quién es la culpa de dicha ignorancia? ¿Qué puede hacerse para que cese dicha ignorancia? Preguntas cuyas respuestas quedaran para otra oportunidad. O, tal vez, se contestarán aquí. Tal vez...

Posiblemente, cuando el conocimiento de la legislación canónica se reduzca a su mínima expresión, cuando su aplicación en el ámbito estatal se vuelva inexistente, sea el momento de su resiliencia. Tal vez...

La resiliencia es la capacidad para adaptarse a las situaciones adversas con resultados positivos. Resiliencia viene del latín *resilio*: volver atrás, volver de un salto, resaltar, rebotar.

La resiliencia, tal vez, pueda aplicarse a la legislación canónica en cuanto designa la capacidad de cualquier material para recuperar su forma inicial después de que se ejerce una fuerza que lo deforma.

Nadie que ame a la legislación canónica, y al derecho en su conjunto, puede desear su encriptado, su ignorancia, y su falta de aplicación en el ámbito estatal.



El saber canónico debe ser un saber cotidiano para todo profesional del derecho. Un saber necesario. Quién puede pretender que así no lo sea. ¿Bajo qué fundamento jurídico puede sostenerse que persista su desconocimiento?

Toda facultad de derecho debería contar en su currícula con el derecho canónico, ya que no resulta extraño al conocimiento jurídico que debe recibir todo estudiante. Todo futuro profesional del derecho. Su falta de inclusión es incomprensible. De allí una de las causas por la cual deviene en minúsculo el número de Colegios de Abogados que cuentan con un Instituto de Derecho Canónico. ¿Cómo puede analizarse un acto jurídico que hace a la legislación canónica si se ignora la misma? ¿Cómo se funda una demanda, cómo se contesta una demanda, cómo se dicta una sentencia atinente a un bien eclesiástico si se ignora la legislación canónica aplicable? Si algún lector tiene la respuesta le agradecería me la hiciera saber.

No es un tema religioso, es un particular que hacer al saber jurídico aplicable en el marco de nuestro ordenamiento estatal. A mayor ignorancia mayor distorsión, y a mayor distorsión menor claridad. Y como fuera precisado, en el hoy actual, se necesita más que nunca de claridad y de adecuada difusión del saber jurídico. Tal vez, esto llegue a comprenderse en un futuro más que cercano. Tal vez... Muchos tal vez, ¿no? Demasiados tal vez y pocas certezas. Me disculpo, pero tengo más interrogantes que certezas.

Interrogantes que me alejan de buscar responsables y que me enfocan en encontrar soluciones. Encriptar conocimientos no es bueno. Negarse a recibirlos, o impedir que otros los reciban, tampoco es bueno. En el saber usar el saber está la clave de todo.

Permítaseme, como despedida, traerles la siguiente cita del Martín Fierro:

Mas naides se crea ofendido

Pues a ninguno incomodo-

Y si canto de este modo

Por encontrarlo oportuno-

No es para mal de ninguno

Sino para bien de todos.

DOSSIER:

Presentación



Por Martín Aldax⁸

Dedicamos el Dossier de este número, a un recorrido por la escuela jusfilosofica del positivismo jurídico.

El primero de los artículos en tratamiento, denominado *Positivismo Jurídico*, Cristian Callegari realiza un recorrido histórico de esta escuela filosófica jurídica, en sus tiempos hegemónica, como el autor la denomina, permitiendo situarnos, transitar ideas y autores más trascendentes y fundacionales.

Por su parte en *El concepto de sistema jurídico de Herbert Hart*, su autor, Gustavo Ronzitti, nos introduce en el pensamiento del oxoniense, quien había incursionado en el panorama filosófico británico de principios del siglo XX, hasta los más profundos orígenes de la moderna filosofía analítica.

Por último, Osvaldo Nan analiza el texto de Manuel Atienza Rodríguez, "*El Sentido del Derecho*", donde intenta dar cuenta de cómo al trazar un panorama de las escuelas filosóficas contemporáneas, este prestigioso autor se detiene en un pormenorizado detalle en las miradas filosóficas positivistas, mientras que comprime las miradas críticas, sin efectuar individualizaciones ni especificaciones respecto de su

⁸ Abogado (UM); Especialista en Derecho de Daños (UBA); secretario del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM; ex Docente de Derecho Constitucional UM; Director de la Caja de la Abogacía de la Provincia de Buenos Aires.

procedencia y contextualización, lo que evidencia una clara reducción eurocéntrica y anglófila respecto de las posturas críticas del derecho.

Esperamos puedan disfrutar los siguientes textos y que estos sean el origen de nuevos estudios y pensamientos entre los lectores. Dedicamos este Dossier a presentar y hacer un repaso del positivismo jurídico.

Positivismo jurídico

Un repaso y una mirada crítica



Por Cristian Callegari⁹

En un tibio y breve intento por recordar ideas y autores que han quedado en algún cajón de la memoria, intentaré abrirlo para que cada uno de los lectores regrese a repasar este movimiento hegemónico, y puedan a partir de allí encontrar sus conclusiones buscando nuevas respuestas.

I.- Antecedentes: durante el siglo XIX y principios del XX, arribamos a un nuevo mundo que ya había sido movilizado por las tres grandes rupturas epistemológicas: la astronómica Galileo, la evolucionista Darwin y la psicológica Freud.

Además del clima creado por la filosofía de Hegel, con su antecedente en Kant. La aparición de los maestros de la sospecha, Nietzsche, Marx y Freud, y con el pensamiento previo de Schopenhauer, más el arrasador e incontenible desarrollo del pensamiento científico y la revolución industrial se fue creando una atmósfera que devino en la evolución del positivismo, el cual tiene su tesis en el desarrollo del conocimiento científico, buscando una forma empírica, tangible, comprobable, basada en la razón todas las respuestas. Desde en el campo del derecho, debemos sumar como un hecho revelador el surgimiento de la codificación, teniendo su inicio en los pueblos germánicos en el siglo XVIII y dando a luz en 1804 al Código Napoleón, como el gran compendio del saber jurídico y el sistema normativo.

⁹ Abogado (UBA); director del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón, director de la Caja de la Abogacía, Ex Vicepresidente del CAM, Ex Docente de Filosofía del Derecho en la UM y UBA.

Todo ello dio el basamento original al desarrollo del positivismo jurídico, el cual continúa siendo incipiente hasta fines del siglo XIX, donde surge en clara oposición al derecho natural.

Así el positivismo jurídico intenta tomar como base una materia de estudio científica y se centra en la visión empírica del derecho, con su eje en las normas y el sistema normativo.

En una forma básica podríamos definir al positivismo como la corriente filosófica que entiende que el derecho es una creación humana, una suma de convenciones, o normas que regulan el comportamiento humano.

Las normas deben ser válidas, en cuanto a su creación, además están sometidas a la discrecionalidad judicial y deben generar una obligación jurídica.

La problemática axiológica queda fuera de la concepción de esta corriente, en principio, el derecho se encontraría distanciado de la moral, siendo disciplinas distintas con alguna terminología y factores comunes, pero con diferencias insalvables.

Son importantes las vertientes y escuelas que han desarrollado sus teorías a partir del estudio de la norma como origen del derecho, además de ser reveladores como evolución del pensamiento jurídico, para dejar de pensar en el derecho como un orden normativo, moral/religioso de origen mágico o natural, para ser un estudio racional con un método científico, no obstante, comparte aristas con la moral.

Sin embargo, los primeros antecedentes del positivismo los encontramos en los sistemas normativos ancestrales, como la ley del tali3n y el c3digo de Hammurabi, en el derecho romano y en la modernidad en Tom3s Hobbes fundamentalmente.

Pero el gran desarrollador y pensador de esta corriente de pensamiento a partir del principios del siglo XX fue Hans Kelsen, quien en



Hans Kelsen 11/10/1881 Praga, Imperio Austrohúngaro - 19/04/1973 Berkeley, Estados Unidos.

sus distintas actualizaciones de la “*Teoría Pura del Derecho*”, define al Derecho desde el punto de vista estático “*como un sistema de normas*” y desde el

dinámico “*como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas*” y todas ellas surgen de la “*regla de derecho*”, entendiendo Herbert Hart, que existe una regla de reconocimiento que une como un todo al sistema normativo y Ronald Dworkin (quien luego de analizar el sistema lo critica, ya que entiende que el derecho no puede prescindir de criterios morales), como también es fundamental el aporte de Alf Ross, con su teoría de la validez de la norma; además son destacables los aportes y pensamiento de Austin, Joseph Raz, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino y Norberto Bobbio.

En Argentina, tierra de grandes maestros que han sido formadores de nuestros iusjuristas actuales, siendo los más importantes; Ambrosio Gioja, quien abrió el camino a los estudios de lógica deóntica; Abel Arístegui con su teoría de la co-praxis, que continuo defendiendo desde su cátedra de la UM; Carlos Nino, quien trascendió nuestras fronteras, Guibourg; Delia Echave; María Eugenia Urquijo y Ernesto Vernengo, por citar de memoria a alguno de los más importantes filósofos ius positivistas del continente.

No debemos dejar de destacar a Carlos Cossio, quien fuera un positivista que entendía que el derecho se encontraba sujeto a interpretación, y tuvo por esto un famoso su enfrentamiento con Hans Kelsen en la Facultad de Derecho de la UBA.

Ellos abrieron brechas en la UBA, en la UNLP y cuando pudieron hasta en la UM, haciendo pensar y razonar a miles de alumnos, hartos del paradigma medieval.



*Carlos Cossio y Hans Kelsen en la
Facultad de Derecho de la UBA -
Agosto de 1949*

Dentro de estos pensadores, se desprenden cuatro ilustres nombres que nos llevaron a otros autores, no juristas; generando un pensamiento fresco y crítico, así nos hicieron navegar entre Saussure a Foucault, de Eliseo Verón a Legendre y de Habermas a Bataille; me refiero a Ricardo Entelman, Enrique Marí, Carlos Cárcova y Alicia Ruiz.

II.- Derecho y moral: A partir del concepto de norma regulativa, se puede introducir la licitud o ilicitud, así son ilícitas las acciones contrarias a los deberes que la norma ordena y en caso de incumplimiento se impone una sanción (aunque ahondando no todos los actos ilícitos llevan aparejada una sanción) y lícitos son los permisos que ella concede.

Además, nos hallamos con normas constitutivas, que son las que confieren el poder que le dan validez para crear las normas regulativas, es decir que para que una norma sea válida, debe ser creada conforme los requisitos de la norma constitutiva.

La validez de la norma se vincula con la nulidad de esta.

En esa línea de pensamiento podemos introducir el concepto de la moral.

La primera gran diferencia es que la moral no tiene principios constitutivos, todos son preceptos regulativos.

La otra gran diferencia es que las normas regulativas tienen una sanción institucionalizada o al menos endilgan responsabilidad a quien la quiebra, lo que no ocurre con la moral.

Una y otra pueden contemplarse, pero desde planos distintos, tienen objetos de regulación o de estudio similares y terminología afín, como principios básicos análogos.

Las normas constitucionales y penales comparten principios, pero en el ámbito de aplicación el sujeto que juzga debe apartarse de su problemática moral, limitándose a la norma jurídica, actuando siempre de acuerdo con derecho positivo.

Parafraseando a los críticos debemos entender que los operadores jurídicos obran con moral o no, lo que no significa que su aplicación del derecho sea válida.

Ello no significa que alguien sea juzgado por su proceder de acuerdo con los principios morales.

El hombre común, el ciudadano, que es a quien se le aplican las normas, no comprende muchas veces las diferencias entre las normas jurídicas y los principios morales.

Quizás esta partición conceptual, tenga su primera razón de ser en la modernidad y la aparición de la individualidad, siendo separados ambos planos a partir de la teoría positivista.

La contraposición entre el derecho natural y el positivismo jurídico quizás radique fundamentalmente es esta diferenciación, el positivista separa los principios morales, de las normas jurídicas, siendo muchas de

estas inspiradas en conceptos morales o de justicia, siendo además de una posición conceptual, una tesis práctica.

Quizás la disputa sea conceptual, o lexicográfica, pero eso es ir muy lejos, para esta humilde presentación del tema.

Un ejemplo distinto, al del texto recomendado, es preguntarse qué ocurrió el 24 de marzo de 1976 desde el punto de vista jurídico, cuando por la fuerza, se irrumpe contra el contrato que mantenían los argentinos y por encima de la norma constitutiva de la Nación Argentina, se impuso una nueva norma constitutiva, (de discutible validez) que era el estatuto para el proceso de reorganización nacional (en minúscula adrede) la cual contradecía la regla de reconocimiento. ¿Eso era derecho?

Desde el ius naturalismo se interpretaría al menos desde la concepción aristotélico tomista, que el sistema normativo que imperó entre 1976 y 1983, no es derecho, dado que contradice a los principios morales y de justicia, sostenidos por su metafísica.

Para algunos positivistas será derecho, ya que simplemente se cambió una norma constitutiva por otra, y todo el sistema continuó funcionando, a través de nuevos mecanismos legislativos, ejecutivos y judiciales, y los principales operadores jurídicos eran los mismos, como los destinatarios de dicho sistema regulador.

Por ello desde la crítica se incorporan dos conceptos y es la teoría del discurso y el poder.

III.- El concepto de validez: El mayor contraste existente entre el filósofo iusnaturalista que se ocupa de una rama de la filosofía más cercana a la axiología y, el positivista que describe al derecho como un hecho social que puede ser descrito en términos empíricos. El defensor del derecho natural no puede negar que, aunque existan normas

contrarias a su posición, sean eficaces. Para los positivistas el derecho natural, no es derecho.

Dentro del positivismo encontramos al dogmático o extremo y al hipotético o moderado, el primero niega la existencia de un conocimiento ético y del derecho natural, la segunda en cambio deja abierta dicha posibilidad, pero no tiene relación con la ciencia jurídica, reconociendo de algún modo la autoridad moral de cualquier ordenamiento.

Según hemos visto Alf Ross, le da tres significados a la palabra validez. La primera utiliza el término para indicar si un acto jurídico, tiene o no los efectos jurídicos deseados, el acto será nulo si no los tiene. La segunda acepción que equipara a la existencia efectiva, en oposición a normas en proceso de construcción. La tercera construcción es apriorística y es la vinculación entre la validez y la moral, llamada fuerza obligatoria del derecho que da lugar a la obligación moral correspondiente.

En términos generales, la validez (existencia) de una norma representa lo mismo que su eficacia. La validez en sentido normativo no cumple una función en la descripción de la realidad, tiene como función reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas que nacen de ese orden no sólo son obligaciones respaldadas en acciones, sino también en deberes morales, que deviene como un instrumento de la ideología sostenedora del Estado. Este pensamiento no tendría espacio en una teoría del derecho basada en principios empiristas.

Por ello, según interpretaciones la teoría pura del derecho del Hans Kelsen es continuadora del pensamiento cuasipositivista.

Para Kelsen un sistema jurídico establecido como tal posee validez en el sentido normativo de la palabra. La existencia de una norma es su

validez, y ello implica que para que la norma sea válida los individuos deben comportarse como la norma lo estipula.

A los individuos se les obliga a cumplir o no cumplir una conducta, es decir deben comportarse de cierta manera y deben hacer lo requerido por dicha norma, dicho principio tiene un punto de similitud con lo que pregona la iusfilosofía natural, una idea que sólo posee significados apriorísticos de los cuales derivan los verdaderos deberes.

Por ello como ejemplifica Kelsen la orden que da un ladrón de entregar la bolsa no se considera una norma obligatoria válida.

Por ello el presupuesto de que la norma fundamental proporciona validez al sistema fáctico, atribuido por Kelsen al “pensamiento jurídico”, quizás equiparable a una idea mágica, que seguramente tendrá su basamento ideológico.

Otras tesis del significado y función del concepto de validez son: 1) El término utilizado por el derecho natural, incluyendo la teoría kelseniana, es tomado para designar una cualidad moral de un sistema jurídico, que les da fuerza obligatoria a los deberes impuestos por el sistema, solo podrá sostenerse en una ciencia jurídica fundada en principios empiristas. 2) Si el término válido es utilizado como equivalente a designar existencia de un sistema de normas, deberá ser entendida como referencia a un complejo de hechos sociales, que son necesarios para la regla o sistema de reglas.

El concepto de validez, según Hart, funciona cuando un acto jurídico ha sido realizado de tal manera que llena las condiciones necesarias para que el acto tenga los efectos jurídicos que corresponden a su intencionalidad.

Hart, rechaza que la existencia de un sistema jurídico se base en su validez, expresada una norma fundamental, critica que resulta engañosa, una regla que se dicta para que otra regla sea obedecida. Este autor entiende a la norma jurídica como un todo. Como una cantidad de hechos heterogéneos, mediante la práctica efectiva, con relación a su aplicación con la aceptación general.

IV.- Concepciones del derecho: Una concepción del derecho le atribuye un sentido al derecho. Es una respuesta a anteriores cuestiones y atribuye un sentido al derecho.

Podemos situar dentro del derecho occidental a dos corrientes, denominadas derecho continental, donde se encuentra incluida Europa continental y Latinoamérica basado en la codificación y el derecho anglosajón, common law, que su sustento es la jurisprudencia y casos que se puedan utilizar como antecedente.

El common law, realza la figura del juez y el carácter comunitario de la tradición, en cambio en el derecho continental, la figura excluyente es el legislador.

El realismo tiene su mayor prédica en los países con tradición en el carácter comunitario del derecho, siendo tomado muchas veces como contrapuesto al positivismo jurídico e iusnaturalismo, por ser estos dos últimos como concepciones idealistas jurídicas.

También han surgido posiciones trialistas donde se toman en cuenta las dimensiones que abarcan estos tres grandes grupos (realistas, positivistas y naturalistas), es decir hecho, norma y valor.

Este esquema aparta a las concepciones conocidas como formalismo jurídico, el marxismo y a mi entender a la teoría crítica.

Para el formalismo el derecho es un sistema completo y coherente con capacidad para dar una respuesta correcta a toda la cuestión jurídica, de allí deriva la tendencia de privilegiar la analogía como procedimiento para resolver nuevos casos; sólo los legisladores pueden crear derecho, dada la división de poderes; el Derecho tiene un carácter estático, por lo cual las modificaciones deben reducirse al mínimo; el derecho válido surge de las leyes y los códigos; es más perfecto cuanto más general y abstracto sea; los conceptos jurídicos poseen una lógica interna; las decisiones judiciales sólo se justifican cuando se realizan en forma deductiva; la certeza y predictibilidad son los máximos ideales jurídicos; la interpretación es una operación cognoscitiva; no se adecua a una sociedad en “transformación” política, el derecho es un fin en sí mismo, reduce lo justo a lo jurídico.

El realismo, debería entenderse como la escuela contraria al formalismo, que entiende que el derecho es un sistema dinámico, pragmático, adaptado a la sociedad y donde los jueces tienen una gran incidencia, por ello es necesario considerara como derecho no sólo las normas formales e informales, sino también intereses, los fines y los valores sociales. Y todos los elementos que lo influncian. El derecho es un medio para la transformación social. La ciencia jurídica debería verse como ciencia social aplicada.

Existe el realismo americano y el escandinavo, este último parte de una concepción empirista y antimetafísica, manifestando que los principios enarbolados como derecho deber, propiedad, son ideas que no tienen basamento empírico, sino en la creencia, pudiendo ser explicadas en términos psicológicos, pero como dice Alf Ross dichos términos, aun careciendo de referencia semántica, pueden ser utilizados como instrumentos de presentación.

El normativismo, es la idea de que el derecho como un conjunto de normas, con gran cantidad de adeptos en el siglo XX. Quizás haciendo una división simple se podría clasificar en el normativismo formalista, de Hans Kelsen y en el analítico representado por Hébert Hart.

La idea de Kelsen es que el derecho es un sistema jurídico completo, sin lagunas, el componente esencial es la norma, la cual se halla en el mundo del deber ser, donde la coactividad juega su rol fundamental, lo que lo diferencia de la moral. El derecho además se reserva el monopolio del uso de la fuerza. Su teoría se halla ligada a la defensa del Estado democrático y valores como libertad que se apoyan en el relativismo ético.

Hart, en cambio sostiene que el derecho no puede verse sólo como un sistema de órdenes respaldadas en amenazas, introduciendo el concepto de norma social. Existen dos tipos de normas, primarias y secundarias, diferenciadas porque las primeras conllevan sanciones, en cambio las secundarias al no cumplir sus requisitos traería aparejada como consecuencia la nulidad. Para su existencia es necesaria su aceptación, es decir su eficacia, bastando simplemente que fuese aceptada su regla de reconocimiento.

El iusnaturalismo en el siglo XX ha tenido variadas vertientes, siendo el más persistente el escolástico, caracterizado por la existencia de valores absolutos, que deviene del derecho natural y es la condición para que un derecho positivo sea válido. Tuvo su renacer luego de los regímenes totalitarios de mediados del siglo XX. Su mayor representante el Lon Fuller, para él el principal nexo para la validez del derecho no será la coerción, sino una cuestión de grado, es decir que se cumpla con el ideal de legalidad.

El marxismo jurídico, conforme la posición de Manuel Atienza sería que el derecho tiene un carácter clasista, es un fenómeno histórico, se halla subordinado a otros elementos sociales, tiene un carácter ideológico, una actitud de rechazo frente al modelo tradicional y una actitud de desconfianza frente a los valores que resalta, El derecho sería un fenómeno de falsa conciencia, carente de historia propia.

La teoría crítica del derecho, ya hemos hecho una breve referencia a la trascendencia de la teoría crítica del derecho en nuestro país, no obstante llama la atención, la poca importancia que le dedican los positivistas a esta corriente superadora, desde la misma que se estudia el poder y el discurso como ejes de la construcción del derecho, no debemos abandonar dentro de las concepciones del derecho, al pensamiento de Jürgen Habermas, Adorno, Benjamín, Marcuse, Niklas Luhmann y Michel Foucault, además de las distintas corrientes críticas en Francia, Reino Unido y Estados Unidos.

El pospositivismo, cuyo filósofo más influyente es Ronald Dworkin, quien toma como principio general que el único sistema jurídico legitimado es el de los estados democráticos, por ello él no se detiene en las relaciones entre el derecho y el poder. Él basa su concepción en tres tesis, la de los principios (no puede entenderse si solo se ve al derecho como un conjunto de reglas), la de los derechos (los principios establecen derechos y los jueces no los pueden establecer, ya que es una función del legislador) y la de la concepción del derecho como interpretación (el derecho es un todo, que marcha como una cadena, con un aporte, eso es interpretación).

V.- El derecho como sistema de reglas: Cuando analizamos la pregunta, ¿Qué es el derecho?, surgen como vimos incontables respuestas, con contenidos valorativos, con basamento en una regla

moral, en la fuerza del Estado, pero siempre esquivamos un concepto esencial, el término poder.

Bajo el control del Estado el derecho crea conductas, sanciona a otras y genera obligaciones, tal como lo sostiene el positivismo, el derecho es el conjunto de reglas jurídicamente válidas.

Austin por su lado, sostiene que cada regla es un mandato general y que cada persona está obligada por una regla si es susceptible de ser dañada en caso de desobediencia.

Hart señala que esto destruye la distinción entre verse obligado a hacer algo y tener la obligación de hacerlo, ella debe tener autoridad para expedir la reglas tal autoridad proviene de otra regla., esa es la regla de reconocimiento.

Para algunos, los jueces gozan de discreción en la aplicación de las reglas, Para los positivistas en cambio solo pueden aplicar la discreción cuando la norma no es clara.

El positivista resuelve sus tesis aplicando la discrecionalidad, sin detenerse en que se trata de una exposición simple, las prácticas sociales y el derecho van más allá de la regla.

La regla de reconocimiento en Hart tiene como utilidad reconocer un sistema jurídico, en la teoría de Kelsen es un equivalente a la norma fundante. Esta última presupone la validez de un determinado instrumento normativo, esto implica que el concepto de validez, como si fuera una actividad mágica, según Dworkin, se incorpora a los principios y directivas como parte del derecho, por lo que el post positivismo, agrega un principio justificativo de los las normas y con los principios generales, por lo que el derecho sea válido, es necesario que no sólo sea creado conforme sus propias normas, sino que tiene que responder a los principios generales.

Por ello entendemos que el post positivismo incorpora valoraciones o una ética al derecho, para no reconócelo como un sistema de normas.

VI.- Una pequeña conclusión: Al adherir a una posición contraria al positivismo jurídico, la teoría crítica del derecho, resulta muy complicada la objetividad, al releer algunos textos me reencontré con conceptos muy valiosos, y lo que he intentado volcar en este esquemático trabajo un repaso del positivismo, con menciones a sus autores y el

Por ello, al aplicar el derecho entiendo que, si bien hay verdades absolutas, como la existencia de la norma, los principios de Dworkin, la regla de Hart, o la “pirámide” de Kelsen, o en muchos casos la aplicación del “sudoku”, desde la lógica deóntica.

El mayor hallazgo del positivismo fue secularizar el derecho, entenderlo como materia de estudio cuestionable, aplicando el método científico.

Ya el derecho sólo no se va a sustentar en magia, religión, principios morales, o la ética.

No obstante, las escuelas fundacionales de esta corriente, pretenden crear una ciencia dura, cuando el estudio no debe limitarse a las normas, se olvidan que el objeto es el control social, no se refiere al ser humano físico, dejan de lado que el derecho, además es una imposición del sistema dominante, se han apartado que de las corrientes filosóficas, políticas y psicológicas, de un modo en el cual el debemos asumir que el derecho, es el discurso del poder y no un simple sistema de normas, obviamente en próximas ediciones continuaremos con la cuestión.

El concepto de sistema jurídico de Herbert Hart



Por Gustavo Ronzitti¹⁰

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo central el de delimitar el concepto de sistema jurídico en el pensamiento de uno de los más reconocidos filósofos del derecho del siglo XX: el inglés Herbert Hart (1907-1992).

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford, fue uno de los más destacados representantes del positivismo jurídico y de la Escuela analítica en el siglo pasado.

En su obra más reconocida, “*The concept of law*” (“El concepto de derecho”, traducida a nuestro idioma por el jurista argentino Genaro Carrío) el filósofo del derecho inglés sentó los rasgos centrales de su concepto de sistema jurídico, idea que se convirtió (con el paso de los años) en una de las columnas vertebrales sobre la que se estructura la forma de aplicar el derecho en el mundo.

El marco de este trabajo se limitará a analizar exclusivamente el concepto de sistema jurídico en el pensamiento de Hart, desarrollados por el autor en los capítulos V y VI de su obra más renombrada, sin dejar por ello de mencionar a algunos otros autores importantes y prestigiosos del derecho (tanto argentinos como extranjeros), para llegar a una conclusión

¹⁰ Abogado y profesor en ciencias jurídicas (UBA). Jefe de trabajos prácticos en la materia Teoría General del derecho en la cátedra del Dr. Zuleta Puceiro. Actualmente está realizando el doctorado en Filosofía del Derecho UBA.

general del concepto actual de sistema jurídico, señalando sus características principales.

Hart. El derecho como unión de reglas primarias y secundarias

Hart realiza una reformulación filosófica en la historia de la filosofía del derecho sin apartarse de la idea central de que el derecho no deja de ser un conjunto de normas válidas, vigentes, vinculadas y coercitivas. De esta manera, introduce un nuevo concepto de sistema jurídico.

Para el autor inglés, el derecho primitivo se caracterizaba por la existencia de un hábito de obediencia y obligación hacia un soberano. Ese estado de naturaleza se caracterizaba por una general inobservancia de las leyes, generando un “pre-mundo” jurídico basado en el poder del más fuerte.

Este modelo “pre-jurídico” de derecho consuetudinario basado en órdenes, amenazas y coacción hacía imposible la evolución del derecho debido a su carácter estático, lo que impedía su adecuación a los cambios que se producían en el mundo

Al no existir ningún tipo de de órgano independiente (que en la actualidad sería el Poder Judicial) era muy compleja la aplicación de justicia a los casos concretos, así como también la posibilidad de determinar una sanción justa y equitativa en el caso de infracción a una norma.

Para salir de ese mundo confuso e injusto, Hart dice que “... *dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista una persona o cuerpo de personas que emitan órdenes respaldadas por amenazas, y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas*

*efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente.*¹¹

Para el autor inglés "...para hacer justicia, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado del tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones."¹²

Hart establece que las reglas primarias son reglas de comportamiento, pero un sistema compuesto sólo por reglas primarias carecería de unidad, certeza legitimidad, sin unidad sistemática. Estaríamos en una situación cercana al desorden.

Ante este problema y para limitar estas deficiencias, Hart introduce el concepto de reglas secundarias.

Mientras las reglas primarias se ocupan del comportamiento de los individuos, las secundarias se ocupan de las primarias.

¹¹HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Trad. Genaro Carrió, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1995, p.32.

¹² HART, H.L.A., op.cit., p.101

Hart divide las reglas secundarias en:

a) Reglas de cambio: Establecen el procedimiento legal para modificar las reglas primarias y adaptarlas a los distintos cambios sociales, económicos, culturales y tecnológicos que se producen en el mundo, dinamizando de esta manera el sistema jurídico de un país,

B) Reglas de adjudicación: Otorgan competencia a individuos (jueces-funcionarios) para que determinen si se infringió (o no) una regla primaria.

c) Regla de reconocimiento:¹³ La más compleja e importante de las reglas secundarias categorizadas por Hart, que analizaremos a continuación.

Como sostuvo el jurista argentino Carlos Santiago Nino “*Hart, sostiene, como hemos visto, que el derecho no puede ser entendido como un conjunto integrado únicamente por normas de obligación. Debe tenerse en cuenta también las normas que asignan para modificar las normas existentes y crear otras nuevas, así como las normas que permiten aplicar las restantes normas a un caso dado con fuerza de cosa juzgada. Pero además, dice Hart, deben considerarse las reglas que utilizan para identificar un conjunto de normas como parte de un determinado derecho. Las reglas que cumplen esta función son designadas por Hart reglas de reconocimiento. Una regla de reconocimiento no es un artificio, o una ficción, ni una norma presupuesta, como en la concepción de Kelsen; es una regla consuetudinaria o legislada, que efectivamente usa la gente en general y los funcionarios y jueces en particular, para identificar el derecho de un país; es por tanto, una norma positiva.*”¹⁴

¹³ Rule of recognition en inglés.

¹⁴ Nino, Carlos S, Notas de introducción al derecho 3, *El concepto de sistema jurídico y la validez moral del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p.37.

Esa unión de reglas primarias y reglas secundarias (de adjudicación, de cambio y de reconocimiento) sería un sistema jurídico en la teoría jurídica de Herbert Hart.

El concepto de sistema jurídico se ha transformado - objetivamente- en uno de los sinónimos más utilizados de la palabra “derecho positivo” en el lenguaje jurídico de nuestros días.

Esto sería, ni más ni menos, la forma en que se aplica el derecho vigente en un país o en una sociedad.

El filósofo del derecho Norberto Bobbio analizó la compleja cuestión de identificar y separar a las normas primarias de las secundarias, señalando que “... *se ha visto que la introducción de las distinción entre normas primarias y normas secundarias ha obedecido sobre todo a tres exigencias a) respecto a su sucesión en el tiempo, considerando el ordenamiento jurídico como un todo dinámico; b) respecto a la función que cumplen en el sistema, considerando el ordenamiento jurídico como un todo funcional y c) respecto a la posición que ocupan en el sistema, considerando como un todo que tiene una determinada estructura jerárquica. Pues bien, a pesar de la enorme y aparente desconcertante variedad de acepciones, los tres casos tienen algo en común, es decir, que la distinción entre normas primarias y secundarias se refiere en cada uno de los tres casos, a situación típica, repito, bien en el caso en que la relación entre los dos términos sea temporal, bien en el caso en que la relación sea funcional, bien en el caso en que la relación sea estructural, Si se va a ver cuáles son las situaciones que han hecho nacer la exigencia de la distinción entre normas primarias y secundarias, estas situaciones, a pesar de las confusiones terminológicas anteriormente examinadas son, principalmente dos a) la de las normas sobre la sanción y b) la de las normas que se suelen llamar*

normas sobre la producción jurídica. La primera situación permite tanto una interpretación temporal como una interpretación funcional de la relación entre una norma llamada primaria y una norma llamada secundaria. En otros términos, la norma sobre la sanción puede ser considerada como una norma secundaria aa) porque presupone la existencia previa de otra norma, en cuanto que entra en funcionamiento en el caso de que la primera no haya tenido la eficacia que el ordenamiento le atribuye; bb) porque está al servicio, por así decirlo, de la norma primaria, en cuanto que sirve (de ahí la interpretación funcional) para poner remedio a la ineficacia de aquella.”¹⁵

En nuestro sistema jurídico, podemos citar el Código Penal, que en su artículo 79, que establece el tipo penal básico de homicidio como ejemplo.

“ARTICULO 79. - Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.”

En este supuesto y siguiendo la teoría de Bobbio, la descripción de la conducta prohibida (al que matare a otro siempre que en este código no se estableciera otra pena) se consideraría una norma primaria y la consecuencia jurídica o sanción que se impone al que realizare la conducta prohibida (se aplicará reclusión de ocho a veinticinco años) como una norma secundaria.

Respecto a las normas de producción, podemos mencionar en el sistema jurídico de nuestro país el artículo 75 de nuestra Constitución Nacional, al atribuir las facultades del Congreso.

¹⁵ BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, pp 322 – 323.

En estos casos específicos de producción normativa otorgados en nuestra Carta Magna al Congreso Nacional, estaríamos en presencia (siguiendo la teoría del jurista italiano) de normas secundarias.

Resulta difícil para un estudiante de derecho, abogado o investigador, cuya matriz jurídica de aprendizaje y de ejercicio profesional de la abogacía se encuentra enraizada en la familia jurídica continental-europea, lograr identificar en los sistemas jurídicos de nuestros países una regla de reconocimiento, uno de los puntos neurálgicos de la teoría de Hart.

El sistema jurídico inglés tiene peculiaridades que lo distinguen del nuestro, como, entre otros, la obligatoriedad de los precedentes judiciales (Principio llamado “Stare decisis”)¹⁶, que no tiene correspondencia en el nuestro derecho continental, donde el juez puede apartarse de un precedente judicial de similares características.

Para ello es indispensable ubicarse y entender la idea de enunciados internos y externos que elabora Herbert Hart.

Enunciados internos y enunciados externos

Hart distingue en su libro dos puntos de vistas diferentes para identificar la regla de reconocimiento y clarificar ese concepto en el mundo

¹⁶ “El hecho de que el Derecho Inglés sea un sistema jurídico basado en un Derecho de origen jurisprudencial o *case law* significa básicamente que la decisión dictada por un juez en un caso particular constituye un “precedente”. Ahora bien, si nos ponemos en la posición del juez que debe resolver un determinado caso concreto, nos damos cuenta de que pueden existir muchas clases de precedentes. El juez puede estar obligado simplemente a tener en cuenta la decisión como parte del material en el que puede basar su decisión en el caso presente; o por el contrario, puede estar obligado a resolver el caso de la misma manera en que fue decidido el caso anterior salvo que tenga razones válidas para no hacerlo. O puede incluso estar obligado a resolverlo de la misma manera en que se decidió el caso anterior, a pesar de tener buenas razones para no hacerlo.”

“El Precedente en el Derecho Inglés”, Rupert Cross, J.W. Harris, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, p.24.

jurídico; por un lado los enunciados internos y por otro los enunciados externos.

El autor señala esta diferencia comparando el funcionamiento del derecho con el fútbol.

La comparación que realiza con el popular deporte el jurista inglés es clara y particularmente precisa. *“En este aspecto, como en muchos otros, la regla de reconocimiento de un sistema jurídico se asemeja a la regla de un tanteo de juego. En el curso del juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (p. ej.: lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello es usada por las autoridades y por los jugadores al identificar las fases particulares que tienen relevancia para ganar. También aquí las declaraciones de las autoridades tienen un status especial, revestido de autoridad, atribuido por otras reglas. Además, en ambos casos existe la posibilidad de un conflicto entre estas aplicaciones de la regla dotada de autoridad, y el acuerdo general sobre lo que la regla obviamente exige según sus términos. Como veremos más tarde, esta es una complicación de la que hay que hacerse cargo en cualquier intento de explicar qué significa la existencia de un sistema de reglas de este tipo. El uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto a reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo. Quizás la forma más simple es la expresión “It is the law...” (“El derecho dispone que...”), que podemos hallar en boca no sólo de los jueces, sino de los hombres comunes que viven bajo un sistema jurídico, cuando identifican una determinada regla del sistema. Tal expresión, como: “Saque lateral” o “Gol”, es el lenguaje de una persona que aprecia*

una situación por referencia a reglas que, conjuntamente con otras personas, aquélla reconoce como apropiadas para ese propósito. Esta actitud de aceptación compartida de reglas debe ser contrapuesta a la de un observador que registra ab extra el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte. La expresión natural de ese punto de vista externo no es “It is the law...” (“El derecho dispone que...”), sino “En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento...”. Denominaremos a la primera expresión un enunciado interno, porque manifiesta el punto de vista interno y es usado con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema. Denominaremos a la segunda forma de expresión un enunciado externo, porque es el lenguaje natural de un observador externo al sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.”.¹⁷

Podemos distinguir entonces en la teoría de Hart, la existencia de dos perspectivas para aproximarnos a la regla de reconocimiento y al concepto de sistema jurídico. El punto de vista externo y el punto de vista interno.

Como señalara Carlos Nino al analizar la obra del autor inglés: *“Hart distingue dos puntos de vista diferentes en relación a la regla de reconocimiento. El punto de vista externo¹⁸ es el de un observador que describe que en tal ámbito se usa la regla para identificar al sistema jurídico. Así podemos describir qué regla de reconocimiento se usaba en*

¹⁷ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Trad. Genaro Carrió, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1995, pp.127-128.

¹⁸ El subrayado es nuestro.

*el derecho romano, podemos decir si aquella regla era útil o conveniente, etcétera. En cambio, el punto de vista interno no consiste en hablar de la regla de reconocimiento, sino en usarla para identificar las reglas que se aceptan como parte integrante del sistema jurídico. Este punto de vista es el de los súbditos y funcionarios de una sociedad que implícitamente aceptan ciertos criterios al aceptar determinadas normas para regir su conducta. Sostiene Hart que, cuando se dice que una norma es válida, se formula un enunciado interno que presupone el uso de una regla de reconocimiento que permite afirmar de la norma en cuestión que forma parte del derecho del lugar. Los enunciados de validez, dice Hart, no aluden a la eficacia del sistema jurídico, aunque se los suele formular dentro de un contexto en que se describe un sistema eficaz.*¹⁹

Analizando la definición de sistema jurídico y de derecho elaborada por Hart (que considera al mismo como una unión de reglas primarias y reglas secundarias) podemos decir que la regla de reconocimiento sería la regla que logra validar todas las reglas primarias y secundarias que no pueden validarse de otra manera en el universo jurídico.

Es el propio Hart quien establece (al finalizar el capítulo VI de su obra) una definición que busca desentrañar y clarificar el significado del concepto analizado: “... la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.”²⁰

De esta manera podemos distinguir los principales rasgos que caracterizan a la regla de reconocimiento:

¹⁹ Nino, Carlos S, Notas de introducción al derecho 3, *El concepto de sistema jurídico y la validez moral del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 39.

²⁰ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Trad. Genaro Carrió, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1995, p.137.

1-Es una norma existente, legislada y escrita, no hipotética.

2 -Es una práctica aplicada y aceptada por los tribunales, funcionarios y particulares. Al observar esa práctica concordante en una sociedad vamos a poder distinguir la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico.

3- La práctica que realizan los operadores jurídicos se vincula a criterios jurídicos mínimos o “básicos” aceptados por la comunidad. Ej: el acceso a la salud pública, el acceso la vivienda, al bienestar económico, la protección del medio ambiente o de la propiedad privada.

4- La existencia y el contenido de esta regla va a estar siempre condicionada a la aceptación fáctica de ese hecho social externo, que es la aplicación de esa práctica que realizan los funcionarios y tribunales. Ese hecho social puede verse modificado con el paso del tiempo.

5- No es jurídicamente válida ni inválida. La validez es una característica que tienen el resto de las reglas que integran un sistema jurídico en relación a la regla de reconocimiento.

6- Existen una pluralidad de reglas de reconocimiento. La misma no es una norma única, como sucede con la norma fundamental de Kelsen.

Después de analizar el texto de Hart y las características que definen a la regla de reconocimiento, veremos un ejemplo de la misma en el sistema jurídico argentino.

En nuestra Constitución podemos citar el principio constitucional que establece la inviolabilidad de la propiedad. “*Artículo 17- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.*”

La recepción de este principio no implica que (mediando una orden de allanamiento emitida por un juez competente) la autoridad policial pueda allanar un domicilio y secuestrar elementos probatorios, con el objetivo de reconstruir los hechos del litigio que eventualmente sirvan como prueba en un juicio, según la valoración que pueda dar el juez de los mismos.

En este supuesto tendríamos identificados a:

a-El juez que emite una orden de allanamiento (tribunales).

b- A la fuerza policial que realiza el allanamiento (funcionarios).

c- A los ciudadanos, como el propietario que debió permitir el acceso al inmueble a la autoridad ante la orden judicial, los testigos o simples observadores externos del hecho (particulares).

Esa práctica aplicada por el juez y los funcionarios y receptada por los ciudadanos de una comunidad al aceptar la orden de un juez para allanar un domicilio es una regla social que las partes reconocen, aún sabiendo que se vulneran garantías constitucionales. Estas garantías constitucionales a los que deben ajustarse las leyes se limitan cuando el interés público y la búsqueda de la verdad entran en juego.

La aceptación a la validez de la orden de un juez (siguiendo el procedimiento establecido en el Código Procesal Penal) y a la potestad otorgada a las fuerzas de seguridad de ingresar a un domicilio serían (para Hart) una regla de reconocimiento.

De no existir esa regla de reconocimiento, ese vínculo imaginario que une a tribunales, funcionarios y particulares carecería de fusión y cada uno de ellos se desenvolvería individualmente, lo que tornaría imposible la existencia de un sistema jurídico y de la aplicación de justicia a casos concretos.

Conclusión

Finalizado el análisis del concepto de sistema jurídico en la teoría de Herbert Hart, podemos decir que de esa unión de reglas primarias y secundarias que lo delimitan conceptualmente, se desprenden las siguientes características que nos permiten identificar la existencia de un sistema jurídico como tal:

1-Abiertos: La existencia de Estados independientes y las relaciones que se dan entre los mismos, sumado al avance de las nuevas tecnologías, torna imposible en el mundo actual la existencia de Estados que no se relacionen con el mundo que los rodea.

De esta manera, es necesario que cada Estado soberano contenga en su legislación normas cuyo propósito sea dar fuerza vinculante a normas y tratados que no pertenecen a su sistema jurídico interno.

El artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna es un ejemplo de la jerarquía que se les otorga en nuestra constitución a los tratados internacionales.

2- Dinámicos: Esta característica se opone a uno de los rasgos distintivos que definen a los sistemas morales, filosóficos o religiosos: su carácter estático. El derecho está constantemente sujeto a modificaciones y a cambios. Esa adaptación a los cambios implica un sistema jurídico flexible y no pétreo.

3- Existencia de una cadena de validez: Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizada por otra norma de jerarquía superior dentro del mismo ordenamiento jurídico.

4- Jerarquizados: Los sistemas jurídicos están divididos en distintos grados o niveles de jerarquía normativa, existiendo normas con mayor jerarquía que otras.

5- Auto-regulados: Regulan su propia forma de creación, modificación y extinción.

6- Temporales: Las características anteriormente mencionadas nos llevan a concluir que el derecho se aplica en determinados contextos históricos y que ese marco se va modificando constantemente, lo que implica una necesaria adaptación a la realidad concreta donde se sanciona y aplica la norma. Los cambios tecnológicos que se producen en el mundo globalizado generan que ese fenómeno social que es el derecho deba adaptarse a nuevas realidades sociales y culturales impensadas en el pasado.

7- Eficaces: El derecho debe producir un cambio concreto en la realidad, debe ser acatado, aunque no sea en forma unánime. Los diferentes grados de eficacia darán una mayor o menor eficacia al funcionamiento institucional del sistema jurídico de un país.

Todas estas características delimitan lo que en el mundo jurídico actual puede ser llamado un sistema jurídico, piedra angular de la teoría de Herbert Hart.

Para finalizar, podemos señalar la enorme influencia que tuvo en las generaciones posteriores la obra del jurista inglés, siendo la misma una referencia ineludible en el mundo del derecho.

Sus conceptos abrieron nuevas perspectivas dentro del positivismo jurídico y marcaron a varias generaciones de juristas en el mundo.

A propósito de El Sentido del Derecho, de Manuel Atienza Rodríguez



Por Osvaldo Nar²¹

Haremos referencia a un texto llamado “*El Sentido del Derecho*” de Manuel Atienza²², donde el autor procede a examinar en su investigación, las concepciones del derecho del siglo XX, referidas a derechos de tipo occidental.



Manuel Atienza Rodríguez 24 de septiembre de 1951, Oviedo, España

Para ello, analiza los ordenamientos jurídicos imperantes en las sociedades occidentales, tanto del derecho continental europeo, así como en el *comonlaw* anglosajón

En su mirada, pone un énfasis especial en algunas cuestiones que podemos encontrar básicamente en los sistemas de derecho europeos, y sus características diferenciales: miradas más empíricas o sistemáticas, prevalencia del juez y del carácter comunitario, o perspectiva desde la óptica legislativa, matices iusnaturalistas/iuspositivismo en el derecho continental o formalistas/realistas en las miradas anglosajonas y escandinavas

En definitiva y de manera llamativa, el texto de Atienza, curiosamente un filósofo de procedencia latina, posee a la hora del

²¹ Abogado; Director Adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, ex Docente del Dpto. de Filosofía de la Facultad de Derecho UBA; ex Docente de la Escuela de Gobierno dependiente del INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM.

²² *El Sentido del Derecho* de Manuel Atienza Rodríguez. Editorial Ariel Madrid 2001

análisis, una evidente mirada casi exclusivamente posada en la historia y la realidad europeas.

Entendemos que existen puntos centrales para nuestra ubicación temporo-espacial, que casi nos empuja hacia un necesario anclaje regional a la hora de establecer una filosofía del derecho en América Latina.

En efecto: la discusión respecto del colonialismo, que nos involucra con la toma de partido en definiciones de nuestro continente y de Europa, condicionaron y sometieron a culturas que eran las originarias y que han sido tardíamente reconocidas con la expansión del pensamiento de las teorías de los derechos humanos y tantas otras áreas jurídicas.

Nos preocupa que una cuestión como la colonial, y su impacto en la cultura y en la tradición iusfilosófica, no deberían ser eludidos en una propuesta como la de Atienza. Es necesario discutir e incorporar todo lo que las distintas olas del pensamiento decolonial, feminista, etc., tanto en la teoría como en la praxis, se han impactado en nuestras concepciones acerca del derecho.

Porque estas cuestiones, implican necesariamente pensar la ética además del canon jurídico académico y de nuestra profesión de abogados en sociedades marcadas por cuestiones tales como la desigualdad y la injusticia social.

En nuestra cotidianeidad docente y profesional, estamos básicamente sometidos al eurocentrismo, máxime en dos ámbitos universitarios con tanto contenido eurocéntrico tales como la filosofía y el derecho.

Cuando estudiamos derecho, estudiamos a partir del derecho romano, pero no pensamos en el derecho chino o el islámico, cuerpos con fuertes y ancestrales elaboraciones y que incluso hoy poseen 1.300 millones de personas interactuando en ellos, cuestión que no sucede con el derecho romano.

A modo de ejemplo cercano en el tiempo y el espacio, en un país latinoamericano como Bolivia, existen dos sistemas jurídicos yuxtapuestos, por lo que un ciudadano boliviano puede ser juzgado en el derecho estatal, basándose tanto en el ordenamiento de raigambre romano-napoleónico con matriz en la modernidad (muy similar al que tenemos nosotros en la Argentina), pero a la vez y a partir de que el 70% de sus habitantes son *aymaras* o quechuas, un ciudadanos de tal país pueden pedir ser juzgados en la ley y de su procedencia ancestral, en el derecho indígena. Todo ello con basamento constitucional, por lo que un judiciable puede hoy ser juzgado en un sistema legal completamente distinto.

Entonces nos preguntamos en qué medida las miradas EUROCÉNTRICAS no impiden de alguna manera la posibilidad de otras miradas del derecho y de la filosofía, las cuales enriquecen la perspectiva.

Por eso la relectura de los grandes críticos de la racionalidad europea, y en definitiva del modelo capitalista global, que van desde Marx a Heidegger nos aparece como tan ineludible.

Cuanto necesario es en ese marco, la relectura de Walter Benjamín efectuada por Enrique Dussel, o la de Marx a través del mismo Dussell, Mariátegui o Rodolfo Kusch; o la relectura de Heidegger y Husserl efectuada por Carlos Cossio, o la de Nietzsche a través de Carlos Astrada,

o la lectura de Althusser y Lacan que han hecho los críticos vernáculos como Cárcova o Alicia Ruiz.

En el artículo en tratamiento, el autor se pregunta acerca de algunas de las cuestiones más generales y más básicas a propósito del derecho, referidas al porqué de su existencia, a la consistencia de sus normas, a las relaciones con el poder y con la moral, a su funcionalidad sistémica pero también social, se pregunta acerca de objetivos y valores y respecto de la actividad acumulativa en el marco del derecho, en su aplicación e interpretación

Dice que una “...*concepción del derecho viene a ser una respuesta articulada a todas o al menos a la mayor parte de las anteriores cuestiones y atribuye en consecuencia un sentido al derecho...*”

Expresa que al preguntarse cuál es el sentido del derecho que ello implica una cuestión controvertida y que pueda hablarse de diversas concepciones del derecho

Sin embargo, al pasar a posteriori revista a las concepciones del derecho del siglo XX, donde integra a pesar de su pregonada síntesis en la exposición, al formalismo jurídico, al realismo americano y escandinavo, al normativismo en general y también a los nuevos naturalismos contemporáneos, y aun al marxismo jurídico

Pasa revista asimismo a teorías jurídicas post positivistas tales como el pensamiento de Ronald Dworkin, o los que identifica como integrantes de los que denomina el paradigma constitucionalista que integrarían según la cortapisa elegido por el autor, a McCormick, Johsep Raz, Robert Alexy, Nino y Luigi Ferrajoli, deteniéndose incluso en teorías jurídicas críticas tales como los *Critical Legal Studies*, posición esta última de crítica localista de raigambre estadounidense.

Pero lo que nunca incorpora en su recorrido, a lo largo de todo su texto, otras visiones y miradas desde un pensamiento periférico, a las que ni siquiera menciona.²³

¿Acaso la relectura de las filosofías emblemáticas del pensamiento europeo, no han merecido una relectura, pero no desde la mentalidad europea sino alternativa, y la necesidad de su individualización es en todo caso un acto de justicia académica, pero a la vez de calidad clasificatoria?

En nuestra búsqueda de caminos que nos permitan enfrentar algunas de las contradicciones que han afectado el logro de los objetivos ambicionados por los pensamientos críticos, consideramos que los aportes realizados por ejemplo, por el pensamiento decolonial y las llamadas epistemologías del sur²⁴, resultan de gran valor no solo para constatar limitaciones existentes al interior de la teoría crítica, tal como su incapacidad para identificar en qué medida la modernidad implicó formas específicas de dominación, sino también para avanzar en los propios objetivos emancipadores trazados por el pensamiento crítico²⁵

Posiciones europeas como las críticas a la Escuela Frankfurt señala que la misma, si bien confrontó el resultado al que llevó el proyecto moderno, ofreció un horizonte de emancipación (epistémica, política,

²³Es llamativo cuando expresa “...pues bien, esta ambigüedad del derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene en realidad nada de paradójico. En cierto modo no es más que una consecuencia de que el derecho sea-como decía Savigny-la totalidad de la vida tomada desde un específico punto de vista...” en franco desconocimiento de la concepción del jusfilosofo de la teoría Crítica argentina, Carlos M. Cárcova que ha incluso tenido amplia difusión en España. Cfr. El Sentido del Derecho de Manuel Atienza pp311.

²⁴ Cfr. A modo de ejemplo, la trayectoria y aportes de dicho grupo, en “Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico”, texto escrito por Castro-Gómez, S. y Grosfoguel R. (comps.) en El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global (Bogotá: Siglo del Hombre/ Universidad Central / Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos / Pontificia Universidad Javeriana / Instituto Pensar y que sirve de prólogo al libro compilado por ellos

²⁵ De Sousa Santos, Boaventura, *Para descolonizar Occidente: más allá del pensamiento abismal* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO / Prometeo) Primera edición

ética, económico) circunscrito a los parámetros categoriales y a la racionalidad de la misma modernidad, puesto que tal como expresan autores como Walter Mignolo, estas posturas han limitado su experiencia y su reflexión, a la esfera europea incluso del norte del atlántico. Entendemos que, frente a ese límite, los aportes provenientes del pensamiento decolonial operan a partir de las experiencias y las expectativas de contextos y sujetos colocados en ámbitos geográficos, dinámicas históricas y procesos socioculturales pertenecientes a distintas partes del mundo, sobre todo desde posiciones subalternas.²⁶

²⁶Cfr. Mignolo, W. 2010 *Desobediencia epistémica* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones del Signo, pp. 27-28

AVISOS PARROQUIALES

El día jueves 13 de mayo último pasado expuso en nuestro CAM el Dr. Pierluigi Chiassoni, Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Génova. miembro del Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto (Universidad de Génova). Uno de los referentes, junto a Paolo Comanducci y Riccardo Guastini de la denominada Escuela Escéptica o Análitica Genovesa. Ha cultivado diversos ámbitos dentro de la disciplina de la teoría general del derecho, como por ejemplo el análisis económico del derecho, el estudio de la jurisprudencia civil italiana o la teoría de la interpretación y argumentación jurídicas. Autor, entre otras obras de, “El análisis económico del Derecho”, “El discreto placer del positivismo jurídico”, “La tradición analítica en la Filosofía del Derecho” y “El problema del significado jurídico”.

La charla fue organizada de manera conjunta por el Colegio de Abogados de Morón y el Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Morón, y moderada por el Dr. Jorge Oscar Rossi.

Dejamos el link para que puedan revivir el encuentro.



[*Charla Pierluigi Chiassoni*](#)

Vencimientos 2020 Caja de la Abogacia

Recordamos a todos nuestros matriculados que el próximo 31/05/2021 vencerá la cuota anual 2020 de la Caja de Abogacia de la Provincia de Buenos Aires, por consultas deberán comunicarse a la Delegación de Morón al Tel: (011) 4483-5150 / 5173 o por correo electrónico a E-mail: moron@cajaabogados.org.ar

**VENCIMIENTOS
AL 31 DE MAYO**

- Cuota Anual 2020
- Opción a estamentos
- Desistimiento
- Pase de excedentes 2019-2020

The graphic features a teal background with a large white clock face and a calendar grid. A small figure of a person is standing next to the calendar, holding a large pencil. The text is in white and red.

Contratapa Literaria

La Señorita Lynch



Para mi gran amiga F.B., quien supo

compartir "ciertos" claustros conmigo.

Por Mercedes Bruno²⁷

Cuando tardíamente la Señorita María Jesús de la Santísima Trinidad Lynch se enteró que había un grupo de roqueros ingleses, que habían dedicado una canción para que “Dios salvara a la reina” le pareció muy bien. Lo que le parecía de muy mal gusto era el nombre de esos roqueros: Sex Pistols. Ella, tan meticulosa, quien había estudiado inglés por correspondencia, entendía que esas alusiones sexuales y no quería que ninguno de sus alumnos, ninguno, hiciera mención alguna a semejante hecho en clase ¡La música era otra cosa! De todas maneras, a ella eso no la incumbía: el teorema de Pitágoras, afortunadamente, no había cambiado o era posible, en este siglo incauto que también cuestionaran a Pitágoras.

María Jesús de la Santísima Trinidad Lynch vivía en Olivos desde hacía bastantes años. Era un barrio tranquilo y ordenado, que siempre le había gustado a la familia. Su mamá, la señora Piedad Consuelo Iragusti se había casado con Wenceslao Lynch hacía más de cincuenta años. Por

²⁷ Magíster en Literaturas en Lengua extranjera y Literaturas comparadas (UBA). Licenciada y Profesora de Letras (UBA). Es investigadora y escritora. Es Jefa de Trabajos Prácticos en la Universidad Nacional de José C. Paz y docente en escuela media. Escribió en las revistas: Teatro XXI (FFyL); Herramienta; Bordes (UnPaz), Feminacida y en Bitácora Dodó. En ficción publicó los libros: Historias urbanas en Roma (2010); Un lector... hacia París (2011). Participó en el libro Episodios musicales: duetos (Wolkowicz: 2019) de Guillermo Xavier Sesma.

lo tanto, la familia Lynch era parte fundante de la zona y sabían todo de todos.

Especialmente, sabían todo del colegio que habían prácticamente inaugurado: La Sagrada Concepción de la Virgen Milagrosa.

Habían hecho cientos de colectas para juntar fondos para hacer: en primer lugar, la capilla, en segundo lugar, las aulas y, en tercer lugar, no por eso menos importante, el jardín de la Virgen. Cómo no habrían de confiar a su bien máspreciado, a la pequeña Jesusita, para que fuera formada en ese lugar que ellos también habían gestado.

- Nuestra querida Jesusita tendrá su vida en este lugar.

Como dice el proverbio, *“cuídate de tus deseos porque pueden convertirse en realidad”*.

Jesusita se convirtió en la Señorita María Jesús de la Santísima Trinidad Lynch y transcurrió absolutamente toda su vida en aquel lugar monacal. Ella daba clases de Matemáticas y de Física en el colegio y dedicaba el resto del día para asistir a su mamá en las labores domésticas, nada mejor se podría haber soñado para una mujer.

La Señorita Lynch siempre estaba atenta y focalizada, era de pocas palabras. Sin embargo, nadie podría haberla tildado de desapasionada; porque a la hora del trabajo, ella contaba uno por uno cuántos cuadraditos quedaban a los costados de los cálculos combinados para saber si había sido centrado, por sus educandos, según lo pedido. Ella jamás faltó a clases, jamás se despeinó con el viento e incluso no se ensuciaba las manos con las tizas mientras escribía.

Lamentablemente, un día Don Wenceslao Lynch dejó este mundo y la Señorita Lynch lloró, triste y en misa, a su progenitor.

- Cuando se está seguro de la vida eterna, no hay necesidad de duelo. Papá está con Dios y ellos dos desean que yo venga a enseñarles a ustedes.

Así se dirigió a sus alumnos, al día siguiente del deceso. Ante el momento más duro de su vida la Señorita Lynch no se dejó distraer y por supuesto cumplió con su deber. Es preciso ponderar que la Señorita Lynch no fue distraída nunca. Ni en ese día negro, ni en ningún otro ¡Nunca!

Impecable, puntual y bien acicalada, estaba en el aula antes de que llegaran los alumnos. Los esperaba sentada frente a su pupitre.

Un día cuando entró al aula se llevó una sorpresa...Unos minutos antes que ella, un joven profesor había entrado y esperaba sentado en el escritorio. La Señorita Lynch conocía al personal docente, no docente y también administrativo de la institución; hacía más de veinte años que se dedicaba al colegio La Sagrada Concepción de la Virgen Milagrosa. Este joven era un profesor nuevo y a ella no le habían informado; quizás, solo por esta vez, la Señorita Lynch dejaría pasar ese error. Recordemos que la piedad y la paciencia son evidentes demostraciones de amor del Señor.

- Buenos días. Me temo que está usted equivocado. Esta es el aula de 2º A y son mis horas de Matemáticas.

- ¿Es 2º A? Perdón, lo confundí con 3º A. Quisiera presentarme: soy Roberto Medina, el nuevo profesor de Contabilidad.

- Que tenga usted muy buenos días. El aula que busca, está en el piso de abajo. Mi nombre es María Jesús de la Santísima Trinidad Lynch, pero puede decirme Señorita Lynch, como lo hacen todos.

¡Cómo es la vida! ¡Cómo sabe el Señor responder a las plegarias de sus fieles! Justo a su debido tiempo, le llega a la Señorita Lynch un joven profesor de Contabilidad, quizás un poquito desorientado, cuando ella está por cumplir sus treinta y nueve años.

Recordemos que la Señorita Lynch no había sido distraída nunca. Después de los treinta, la Organización Mundial de la Salud, prescribe alguna distracción ocasional para combatir el estrés y mejorar la tonicidad muscular.

Todos los domingos, la Señorita Lynch, asistía a misa con su madre y se sentaban en el tercer banco del lado de la izquierda. A la salida de la misa y después de felicitar al Padre Juan por su sermón, la Señorita Lynch y su mamá emprendían juntas, y del brazo, el regreso a casa.

- Jesusita querida, la señora Pilar me contó que hay un profesor nuevo de Contabilidad, me dijo que es nuevo en el barrio y que es viudo. Así que lo invité a cenar a casa el próximo viernes. Le va a ser de gran utilidad una charla sobre el colegio y sobre el barrio, que nosotras conocemos tanto.

La Señorita Lynch asintió con la cabeza. Ella no quería distracciones, pero los caminos del Señor son misteriosos. Debía formar una familia, ella cumpliría cuarenta años en pocos meses, no había que perder de vista la variable temporal en este cálculo. La vida de la mujer es, sin dudas, acotada. Los tiempos para la maternidad no son eternos, a

diferencia de los tiempos de la muerte. Si “así lo quiso Dios, tendrá sus motivos”, pensó la Señorita Lynch.

Roberto Medina, también creía que la vida sin familia no era vida. Él había pasado los cuarenta años, era efectivamente viudo y muy creyente. No fue difícil que aunaran deseos de una familia decente. Roberto Medina y La Señorita Lynch se casaron en la capilla que había visto nacer a la pequeña Jesusita, unos meses después de aquella cena. Se sabía que el Señor Wenceslao Lynch, desde el cielo, hubiese estado exultante con la visión de aquel enlace.

La pitagórica Señorita Lynch, encontró una nueva faceta como Señora DE Medina. Nótese el uso de la preposición “de” que a ella le parecía tan adecuado. La Señora DE Medina, ex Lynch estuvo embarazada los próximos cinco años seguidos de su matrimonio; porque los años pasaban y había que apurar los tiempos para tener a sus tres gracias. Sus hijos se llamaron:

María de los Milagros Medina, María Magdalena Medina y José María Medina. Fueron una bendición para ese matrimonio. Formaron una familia: decente, trabajadora y que nunca, nunca había tenido ni problemas, ni distracciones ninguna clase.

Todos sabemos que, así como la recta mano del Señor acomoda nuestras vidas, también existe el innombrable, cuya cola se entromete en el designio divino y ocasiona los males del mundo.

No pudo ser otra que la maleficencia de Mefistófeles la que intervino en la disciplinada vida de la familia Medina Lynch. Ningún cristiano habría podido, siquiera pensar, la tragedia que le aconteció a la

pobre María Jesús de la Santísima Trinidad Lynch de Medina. Sucedió en las afueras del colegio, y fue un escándalo municipal.

Transcurría la década del noventa y los video clubs habíanse reproducido por todos los barrios de Buenos Aires como hongos en la humedad. Olivos, no fue la excepción. La Señora DE Medina iba con sus hijos, cada sábado, para alquilar una película. Buscaban una comedia blanca que animara la cena familiar.

- ¡*Buenas noches, Don César! ¿Qué me recomienda hoy para los chicos?*

- *Buenas noches, Señora DE Medina. Llegó una historia de unos perritos muy divertida: “Las aventuras del cachorro”. Creo que les va a gustar.*

- *Perfecto ¿Dónde la encuentro?*

- *En la fila de arriba a la derecha.*

Cuando María Jesús de la Santísima Trinidad Lynch de Medina levantó la vista para tomar la caja de la película “*Las aventuras del cachorro*”; se indignó al ver que los perritos estaban debajo de muchos estantes de películas para adultos. El imperativo categórico que significaba la osadía de Don Cesar y la urgencia de su reprimenda, junto con las vistosas cajas coloradas y con muchas, muchas “x” fuera de cálculos matemáticos. Hicieron que la Señora DE Medina se distrajera, trastabillara y cayera. Fue tal la distracción, tan ensañado estaba Mefistófeles con la Señora DE Medina, que, en su caída, enganchó “*Las aventuras del cachorro*” con las películas del estante lujurioso que lo precedía...

María Jesús de la Santísima Trinidad Lynch de Medina fue víctima implacable de cuatro estantes de películas pornográficas. No pudo soportar el golpe, la distracción, el asombro y sobre todo el disgusto. Unos días después, el Señor se llevó a la Señora DE Medina; fue un paro cardio-respiratorio.

En el colegio La Sagrada Concepción de la Virgen Milagrosa, no hubo bandera a media asta, ni duelo porque la Señora DE Medina no lo hubiese querido así. Ella no se había distraído nunca, y ya ven lo cara que le salió su única distracción a la pobre mujer.

Hoy, el Señor Medina es viudo por segunda vez. Lleva a sus tres Marías con él al colegio, todas las mañanas. Los caminos del Señor, siguen siendo un gran misterio. A veces hasta crueles, pero nunca, jamás cuestionables.

Arte de tapa: Mariela Laboranti @marielalimon18 - Juana Illia juailia@gmail.com

Fotografía utilizada en artículo “*Más Crítico que nunca*” Giorgio Trovato @giorgiotrovato

¿Querés comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Si querés leer los volúmenes anteriores de Filocam los podés descargar desde <https://camoron.org.ar/filocam/>

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09

