

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**TEMAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO NOTARIAL**

HÉCTOR F. ROJAS PELLERANO

**SUMARIO**

Palabras preliminares. CAPÍTULO I. Introducción a la ciencia del derecho. 1. Introducción. 2. Problemática sobre el objeto y método de la ciencia del derecho. 3. El derecho como realidad normativamente valorativa: a) Hecho, norma y valor. b) Conclusión. Definición del derecho. - CAPÍTULO II. Las diversas ramas de la ciencia del derecho y el derecho notarial. 1. Tendencia actual. 2. Problemática actual. 3. Solución de la doctrina. Definición de derecho notarial. - CAPÍTULO III. La ciencia del derecho y su objeto. 1. Introducción. 2. La ciencia del derecho y su objeto. Origen. 3. El fenómeno jurídico u objeto del derecho: a) Ser de la moral y ser del derecho. b) Conclusiones. - CAPÍTULO IV. Norma individual. 1. Su existencia. 2. Acto creador del derecho. 3. Estructura lógica de la norma. 4. Consecuencias. - CAPÍTULO V. El valor en la axiología jurídica. 1. Introducción. 2. Punto de partida. 3. Concepto: valores puros y valores materiales. 4. Conclusiones finales.

**PALABRAS PRELIMINARES**

Este trabajo tiende a conectar al llamado derecho notarial con temas más importantes de la ciencia del derecho, sin pretender agotarlos, y en tanto y en cuanto el derecho notarial es, como tal, una reflexión científica jurídica que está supeditada como las demás partes del derecho (derecho civil, penal, del trabajo, etc.) a la teoría general del derecho.

En este aspecto, en la teoría general del derecho estamos embarcados en una posición tridimensional desarrollada bajo el telón de fondo de una teoría egológica que intenta dentro de la egología lo que podríamos decir una "egología normativa".

En el primer capítulo hemos tratado de plantear en pocas líneas la problemática jurídica de nuestro siglo y esbozar una respuesta que se irá fundamentando a lo largo del presente trabajo, alejándonos de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

polémica y del énfasis que a veces empañan las opiniones.

El capítulo segundo está dedicado al derecho notarial, siguiendo la línea de los grandes maestros de esa reflexión y, en apretada síntesis, tratamos de ubicarlo en la unidad inescindible del derecho, porque es simplemente derecho.

Posesionados de que el derecho notarial es la conducta del notario en cuanto realiza una norma individual, nos es imprescindible tocar un tema fundamental: cuál es el objeto de la ciencia del derecho, y, por ende, del derecho notarial. De ahí en adelante el lector se hallará frente a una consideración tridimensional: hecho, norma y valor, que si bien no es nueva respecto de esos tres elementos, sí lo es en cuanto esa forma y materia constituyen una amalgama de fundamentación unitaria. Conectar esas tres dimensiones es la meta de la concepción tridimensional, puesto que el jurista no puede contentarse con yuxtaponerlas ni omitirlas, ya que todas y cada una constituyen diversos elementos del derecho.

Esas consideraciones nos obligaron a dedicar un capítulo a la definición del derecho, otro a la norma individual y otro a los valores.

## **CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN A LA CIENCIA DEL DERECHO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Cuenta la tradición que cuando Blackstone inició en Oxford sus conferencias sobre el derecho inglés (1753), se sintió obligado a justificar su nueva empresa académica diciendo: "Las ventajas y la paz de que disfrutan, caballeros, no se les otorgan exclusivamente en beneficio propio, sino también en beneficio de la comunidad; empero, en ninguna esfera de la vida puede cumplirse de modo adecuado sus deberes, tanto con respecto a la comunidad como consigo mismo, sin un cierto grado de conocimiento de las leyes".

El mundo ha ido de prisa desde los días de Blackstone, dice Vinogradoff(1)(165), y es indudable que se han producido cambios importantes en los aspectos didácticos del derecho. Por de pronto, el círculo de los "caballeros" que deben dedicar alguna atención al derecho se ha ampliado en gran escala. No hay necesidad de ser juez, abogado, escribano o procurador, diputado o un alto funcionario, todo miembro de la comunidad participa de él y lo requiere para defender su propio derecho y actuar en la esfera que le es propia. Pero aún hoy, como en aquel entonces o siempre, ha inquietado al alma del hombre saber qué es aquello que se llama derecho. Pocas preguntas, nos dice Hart(2)(166), referentes a la sociedad humana, han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta "¿qué es derecho?", a diferencia de lo que sucede en otras ramas del saber científico. Nadie o casi nadie se ha preguntado ¿qué es la química? y menos se ha pretendido responder ¿qué es la medicina? Sin embargo, en el campo jurídico se ha insistido con elocuencia y pasión en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

responder aquella pregunta, y no siempre fueron formuladas por filósofos del derecho o sus teóricos, sino también por aquellos juristas prácticos, como ser abogados, jueces, profesores y estudiantes. Si pudiera darse una estadística de tales respuestas, diremos que la más coincidente es: el "derecho es un conjunto de normas".

Pero, indudablemente, no es la única, pues se ha dicho con insistencia: "las profecías de lo que los tribunales harán..."(3)(167), "lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas es... el derecho mismo"(4)(168), "las leyes son fuentes del derecho... no partes del derecho mismo"(5)(169), "el derecho reside en la interferencia intersubjetiva de conducta"(6)(170) o "el ordenamiento social y coercible de las acciones humanas según un criterio de justicia"(7)(171), etcétera.

¿En qué radica esa disparidad? ¿Es acaso la ciencia del derecho multifacética? ¿Qué es derecho? Antes de dar respuesta al último de estos interrogantes se impone la tarea de saber cuál es la causa de tal disparidad, único medio que nos permitirá emprender cualquier estudio serio sobre el tema. Nosotros centramos el equívoco o la disparidad de conclusiones en la diversidad de enfoques respecto del objeto que hacen los juristas que a menudo los confunde y, por ende, yerran el método que a él aplican. La clarificación sobre estos dos presupuestos de la ciencia es esencial. Desde que toda ciencia, para poseer el título de tal, requiere como presupuesto de su existencia un objeto y un método: Entonces recién podemos contestar a la pregunta ¿qué es derecho?, después que responde a los interrogantes ¿cuál es el objeto del derecho? y ¿cuál es su método?

## **2. PROBLEMÁTICA SOBRE EL OBJETO Y MÉTODO DE LA CIENCIA DEL DERECHO**

Las distintas definiciones que con anterioridad indicáramos, son harto demostrativas de la real disparidad existente sobre los dos puntos esenciales: el objeto y el método, y, por cierto, tal disparidad justifica distintas respuestas a la pregunta ¿qué es derecho?

El porqué está - muchas veces - en que partimos de premisas distintas; así, si se piensa en el derecho tan sólo como hecho, entonces la respuesta será diametralmente opuesta a que si se lo examina como norma o como valor (distintos unidimensionalismos) o si se lo considera como norma y valor o hecho y norma (dimensionalismo) o como hecho - norma - valor, desde luego entrelazados de un modo unitario y recíproco (tridimensionalismo).

En efecto, tal es lo que ocurre si concebimos el derecho como norma o conjunto de normas. Desde luego, su objeto no es otro que una norma y tan sólo la norma jurídica y, en consecuencia, su método únicamente podría ser el lógico abstracto, aquel que es propio de esas ciencias con un objeto ideal, como ocurre con las matemáticas, la lógica, etc., por cuanto la norma, como tal, no dista intrínsecamente del número (ej. 5) o de una figura geométrica (como un triángulo). ¿Por qué? Porque es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

objeto creado, irreal, por no estar en el tiempo y en el espacio y no darse la experiencia, que si bien es la abstracción de la observación de un conjunto de conductas reales que se dan en el mundo de la experiencia, no deja por ello de ser un ente ideal. Y como tal reducible mediante un método lógico formal a través de operaciones racionales deductivas, que arribarán por supuesto a conclusiones dotadas de nitidez y de fijeza absoluta partiendo de normas positivas. A esa posición se la conoce con el nombre de normativismo o dogmática jurídica o posición formalista. Es la posición racionalista tradicional que, mediante construcciones libérrimas del pensamiento, concluyen siempre en un nominalismo jurídico o sea el triunfo del pensamiento que no reconoce más limitación objetiva que la de la lógica formal. Como dijo Hegel, es el mundo viviente de las ideas.

Pero frente a este unidimensionalismo normativo se colocan otras proclama, y la americana, especialmente la rama sociológica - . Toda la "Escuela de Upsala" y de un modo particular Lundstedt, padece una radical deficiencia sociológica en sus premisas doctrinales, convirtiendo el derecho en una ciencia de la experiencia, dice Geiger(8)(172), que tiene que adoptar la forma teórica de una sociología jurídica. Salvo Alf Ross, se ha visto esta escuela encerrada en un cono de sombra sociológico, observando a su objeto como tal y, como consecuencia de un mal entendido realismo, la lleva a negar el concepto de norma jurídica, en lugar de referirlo a su contenido de realidad, con lo cual ha caído también en un monismo tan equivocado y unilateral como el fetichismo normativo que ha combatido. No otra cosa ocurre con la moderna ciencia jurídica norteamericana, a la que hiciéramos referencia al abandonar el logicismo, y que emplea, al igual que la "Escuela de Upsala", un método sociológico, haciendo sociología jurídica más que ciencia del derecho, y, más aún, algunos analizan ese objeto del derecho - Arnold(9)(173)- como un fenómeno psicológico - social.

Nosotros, por nuestra partes al considerar que el derecho es una realidad, no omitimos que él posee la forma normativa, a la vez que es valorativamente positiva o negativa - hecho, norma y valor -, indisolublemente unidos entre sí, en una relación de esencial implicación. Tan es así - digamos a modo de aclaración de lo que vendrá -, porque lo estamos describiendo sin omitir que él es conducta (acción) valorativamente normativa y cuando hablamos del derecho como tal indicación de un "valor ontológico". Pretendemos esclarecer, ante todo, que los acontecimientos del actuar humano en general son el mero valor del resultado, por ser el ejercicio de una realidad finalista; por eso el hecho jurídico (conducta) es suceso "finalista" y no "causal". Pues como brillantemente lo ha expresado Welzel, la finalidad o actividad finalista de la acción tiene su fundamento en el hecho de que el hombre puede prever, hasta cierto punto, en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro, mientras "la causalidad" es ciega. En definitiva, aceptar que hay un ámbito de impedimentos es

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

valorar en el ámbito de libertad que otorga el ordenamiento jurídico, es normatizarse individualmente.

No es necesario advertir al lector que nuestra posición respecto al objeto y al método dista mucho de aquellos que sólo ven en el valor o en la norma o en el hecho su única dimensión, como ocurre con ciertos unidimensionalistas o los normativistas o los de la "Escuela de Upsala", etc. Y, también, con aquellos dimensionalistas que admiten ya no una, sino dos de ellas, tales como ocurre con aquellos que sólo admiten el derecho "justo" (norma y valor). En realidad nosotros ambicionamos llegar a esa conclusión, pero la ciencia sólo sabe de verdades y de realidades justas o injustas y como tales no dejan de incluir en su seno aquel derecho, que como la prostitución y la esclavitud, por ejemplo, no son justamente una realización de justicia. Esta disquisición no tuvo otro motivo que simplemente poner de manifiesto algo muy sencillo, que según el prisma con el cual observamos y experimentamos, las conclusiones científicas serán distintas. Es ésta la problemática del derecho, la que aún no hemos refutado, por ahora, ni aún hemos fundamentado nuestra posición; ello ocurre en la ciencia y en la filosofía del derecho, pues la realidad contingente tal como se desarrolla y dramatiza en la vida del derecho se le impone a toda especulación teórica a la que no puede torcerse por una equivocada interpretación "lógico formal o mecanicista del derecho", por cuánto siempre habrá una norma general que necesitará de una individual, que a través de una estimativa jurídica sentará bases del juicio jurídico. No obstante la problemática señalada, es innegable que es una actividad intelectual tendiente a adquirir un conocimiento adecuado a la relación fenomenal; como tal el derecho es ciencia. Por cuanto es un conocimiento lógicamente relacionante, conceptual, sistemático y metódicamente dirigido, aunque no presente ese conocimiento racionalmente comprobado la posibilidad de alcanzar el grado de exactitud que en otras ciencias es su característica, ni la posibilidad de la reiterabilidad. El derecho no responde a esos dos presupuestos por poseer un objeto con características peculiares.

No debe experimentar por ello desasosiego el científico del derecho, ni aún cuando no encuentra la exactitud del matemático. Pues como nosotros la concebimos, la ciencia del derecho es una ciencia de los hechos humanos, los cuales, como es sabido, no proporcionan un conocimiento seguro. La realidad es insegura, corregible, perfectible. Sólo una ciencia formal puede ser segura y desembarazarse de un mínimo de intuición, pero ella no informa nada sobre el mundo, por lo que sólo se le puede considerar "conocimiento" por cortesía.

Hoy día la "verdadera ciencia" ya no se define como conocimiento cierto e indudable (episteme) opuesto a la opinión incierta y cambiante doxa. Por eso usaremos para definir a la ciencia la expresión "con pretensión de validez", ya que las conclusiones representan una opinión justificable, fundada, pero siempre opinión. El rigorismo científico, es un saber autolimitado impuesto por el científico, y pese a ser un filtro de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

impurezas amenaza a menudo el avance de la ciencia por el temor de ser expulsado de su seno al menor desliz que cometa(10)(174); sin embargo creemos que el científico no puede ni debe apartarse de las exigencias: rigor lógico y metodológico. Como quehacer indaga metódica y sistemáticamente sobre una porción del universo.

### **3. EL DERECHO COMO REALIDAD NORMATIVAMENTE VALORATIVA**

Planteada en pocas líneas la problemática jurídica de nuestro siglo y esbozada su respuesta, es necesario, ahora, dar su fundamento, que a lo largo de la presente obra iremos reafirmando alejándonos de la polémica y del énfasis que a veces empañan las opiniones o el modo de ver las cosas, y trataremos lo más didácticamente posible de adentrarnos en el tema.

Con anterioridad, y en especial en el "normativismo crítico", fijábamos ya nuestra posición, con la cual pensábamos responder al planteo problemático ya citado. El normativismo crítico es una posición tridimensional desarrollada bajo el telón de fondo de la teoría egológica que intenta dentro de la egología lo que podríamos decir una "egología normativa".

Busca hallar el objeto de la ciencia del derecho, y, ya en posesión del mismo, el lector se hallará frente a una consideración tridimensional: hecho, norma y valor, que si bien no es nueva respecto a estos tres aspectos del derecho, sí lo es en cuanto a que esa forma y materia constituyen una amalgama de fundamentación unitaria. Conectar esas tres dimensiones es la meta de la concepción tridimensional, puesto que el jurista no puede contentarse con yuxtaponerlas ni omitirlas, ya que todas y cada una constituyen diversos elementos del derecho.

#### **a) Hecho, norma y valor**

El derecho es una realidad, que posee la forma normativa, a la vez que es valorativamente positiva o negativa; es norma, con especiales características en cuanto es la realización de un valor elaborado por la sociedad para la sociedad misma.

Expuesto de este modo singular, puede afirmarse que el derecho es "hecho, norma y valor", indisolublemente unidos entre sí en relaciones de esencial implicación. Nunca interpuestos sino que, por lo contrario, son tres aspectos entrelazados de modo indivisible y recíproco(11)(175).

Muchos se oponen a esta concepción y si bien algunos desechan de la trilogía al valor, otros en un campo puramente lógico aceptan la norma como objeto único del derecho y entonces la definen como el conjunto de normas jurídicas, etc., en contra de aquellos que aceptamos que es conducta en interferencia intersubjetiva según una norma individual de valoración. Desde luego que si aceptáramos como cierta la primera definición, negaríamos los otros elementos del derecho. Los que nos llevarían a establecer una identidad entre derecho (ciencia del derecho) y

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

codificación o recopilación de leyes. (Así, por ejemplo, derecho civil se identifica con el Código Civil, etc.).

Esta posición analiza el derecho desde el punto de vista de la norma; es, por lo tanto, unidimensional. Entre sus sostenedores podemos citar a Kelsen, que en su Teoría pura del derecho<sup>(12)</sup><sup>(176)</sup> extirpa todo ingrediente sociológico y valorativo.

Pero en la práctica muchas veces se ven obligados a reconocer que es imposible separar el hecho jurídico de la norma. Así ocurre con el problema de la "efectividad", al afirmarse que carecen de positividad o vigencia - en sentido traslativo - las normas que no concuerdan con la conducta efectivamente observada, o aquellas que no ostentan un mínimo de cumplimiento. Para que un orden jurídico nacional - entonces - sea válido, es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden. Se trata de una condición sine qua non, pero no de una condición per quan. Un orden es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está basado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz<sup>(13)</sup><sup>(177)</sup>. Los normativistas deberán ubicar la norma (objeto para ellos del derecho) entre los objetos ideales y, como se vio, la existencia (posibilidad o vigencia) está dada por la conducta. En un sentido traslativo esta nota se aplica esencialmente a las normas, en la medida en que éstas presentan una conducta efectivamente existente. Si bien él es un problema candente, creemos que la crítica expuesta y llevada a cabo contra Kelsen como unidimensionalista es importante, pero también, amén de normativa, más gráfica para demostrar que el derecho es hecho, es abordar a una rama cualquiera de esta ciencia, ya que la normatividad no se la discute en términos generales, no así el valor, sobre el que también alegáramos.

Mas creemos que la principal incógnita que debemos despejar es: ¿el derecho es hecho?; para ello recurrimos, como anticipáramos precedentemente, a una de las ramas que forma parte de la ciencia del derecho - la ciencia penal, p. ej. -, la que como es sabido trata, en términos muy amplios, de hechos o manifestaciones externas que normativamente llámense delito y pena. Entonces, no se cumple una investigación verdadera si no se estudian empíricamente esas manifestaciones a que hemos hecho referencia. A la consideración lógica y axiológica de la materia se agrega, como tercero y seguro elemento, el aspecto científico del ser, vale decir, en el sentido literal y no propiamente filosófico del término, es aspecto ontológico. Con él se convierte la teoría del delito en una manifestación real de vida y se le otorga, por este medio, un auténtico elemento a la total ciencia del derecho penal. La ciencia del derecho penal presente, en su tarea de "tutelar veloz del tiempo", como dice Mezger, está inseparablemente unida, por lo tanto, a consideraciones y tareas jurídico - conceptuales (lógicas), valorativas (axiológicas) y científicas del ser (ontológicas). De

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

tal manera, la ciencia del derecho penal participa del carácter eterno de toda ciencia autónoma, aun en los casos en que su objeto se encuentre expuesto a modificaciones temporales y espaciales(14)(178).

No es extraño que cuando comencemos a internarnos en su estudio veremos que de un modo u otro esta ciencia trata del delito y de la pena. Pero ¿qué es el delito? Universalmente o casi universalmente se lo define como una acción típicamente antijurídica y culpable. Y la acción, como una conducta voluntaria humana que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior(15)(179), que gráficamente puede expresarse por una manifestación de voluntad, más un resultado unido por un nexo de causalidad.

Así hoy, en materia penal, se parte de que la vida social presupone que el hombre puede ponerse fines, y como tales pueden ser valorados según el resultado logrado, y es también para la ley esa conducta, la acción, el punto de partida universal de la observación jurídico - penal. Mezger(16)(180)con razón afirma que lo normativo indica lo que debe ser castigado con pena, y está hecho para servir, en su ulterior estructuración, para la apreciación de determinadas finalidades humanas. Por consiguiente - agrega -, no está en lo cierto Von Liszt cuando ve en ese concepto tan sólo una "abstracción de los hechos". Cuando en realidad el núcleo objetivo de todos los delitos es la acción, ligada, por reglas generales, con una lesión de amenaza jurídica, como resultado de esa acción. Por tanto, es el hecho externo la base de la construcción dogmática del delito, y antijuridicidad es una característica de la acción, que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. Mientras lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; desde luego, el objeto, junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Esta diferencia es dogmáticamente de gran significación, pero nosotros lo único que nos interesa puntualizar, ahora, es no solamente que existe una pura relación entre el objeto (acción) y el ordenamiento, sino que establece una característica axiológica de disvalor entre una y otra. La antijuridicidad se da en todo el ordenamiento jurídico (civil, penal, comercial, etc.), no así lo injusto penal que es propio del derecho criminal y está especialmente diferenciado por la "adecuación típica" (en contra, la escuela egológica).

La labor de circunscribir en la "conducta humana" el suceso al cual se puedan conectar medidas jurídico - penales, da a este acontecimiento de la vida un concepto ontológico, el ser jurídico. Pero ese ser jurídico ya contiene en su estructura una norma y una valoración. Mientras que la apreciación normativa (el deber ser jurídico) llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales no tiene lugar en él, sino a posteriori en la obtención del significado conceptual del mismo, como atributiva de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

En consecuencia, la conducta (acción) es el punto de consideración no sólo jurídico - penal sino de toda la ciencia del derecho y no puede ser excluido, salvo cuando se intente el estudio lógico del derecho. Ella comprende la voluntad humana, como fenómeno psíquico - elemento



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

objetivo de la voluntad -, enderezada o dirigida necesariamente a un fin, a una meta. El que actúa debe siempre querer "algo", y el que omite, no querer "algo". Dé tal manera toda acción lleva consigo, en su naturaleza "ontológica" (esencial), un carácter "final", objetivamente apreciado como resultado ulterior del movimiento corpóreo producido mediante el acto de voluntad(17)(181). Con lo dicho no se pretende excluir el normativismo o la valoración del campo jurídico, como más de una vez se ha intentado en la literatura jurídica, puesto que no sólo existe unidimensionalismo en el normativismo, sino que también se da en la escuela escandinava, con Olivecrona(18)(182), y en la americana(19)(183), especialmente en la rama sociológica. Ello dista mucho de nuestra posición, pues cuando hablamos del derecho como hecho o de la conducta (acción) como indicación de "valor ontológico", pretendemos esclarecer, ante todo, que los acontecimientos del actuar humano en general no son el mero valor del resultado, por ser el ejercicio de una actividad finalista; por eso la acción es un suceso "finalista" y no sólo un suceso "causal". Pues como brillantemente lo ha expresado Weizel(20)(184), la finalidad o actividad finalista de la acción tiene su fundamento en el hecho que el hombre puede prever, hasta cierto punto en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro, mientras la "causalidad" es ciega.

El fundamento de experiencia representa para la ciencia penal del siglo XX una conquista impostergable, como lo sería la doctrina surgida de la orientación filosófica - formal - neokantiana - y el inestimable aporte de la teoría del conocimiento y del valor de la filosofía del sudoeste de Alemania. Mientras, en la teoría general del derecho y en la ciencia del derecho, la admisibilidad del derecho como hecho es algo dudoso y en cierto modo desdeñable. Por eso, cuando se analiza el hecho social conducta, indirectamente se piensa que se está trabajando con un método no jurídico, o más bien, con el de una ciencia causa], como el de la sociología del derecho respecto de la ciencia del derecho o el de la criminología en cuanto al derecho penal. Pero, en realidad, no ocurre ello, si se tiene bien claro que la acción es un objeto cultural y, como tal, sólo es aprehensible y tratado por métodos de las ciencias culturales.

Por ello sin titubear debemos admitir que la ciencia del derecho es, además de normativa por excelencia, una ciencia de la experiencia, y la que fue un tiempo objeto de las numerosas ciencias auxiliares, es hoy un elemento más del complejo total de la ciencia del derecho, pero con características propias. Si bien el derecho es dogmático, también es hecho social y con él forma una unidad inseparable.

Pero aún falta el tercer elemento: el valor, que en la dogmática jurídica se da en la norma misma, como ideal real y positivo, pues ella es el medio de su realización, como lo es su origen. Radbruch ha enseñado que "los juicios valorativos no pueden ser objeto de conocimiento, sino y sólo de reconocimiento"(21)(185), o sea que no poseen dimensión "científica de conocimiento" por ser aprehensibles emocional y subjetivamente. Sin embargo, se ha reconocido que son accesibles los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

valores a consideraciones científicas. Nosotros pensamos, en cambio, que sí es posible aprehenderlos metódicamente, pero ello es tema que trataremos más adelante, por cuya causa, a los efectos de no introducir nuevos planteos polémicos, admitamos como cierto lo expresado y dirijamos nuestra mirada a los normativistas.

Los positivistas con Kelsen a la cabeza niegan los valores, aseverando que ellos no se pueden conocer por deducción; este tema, al cual desde luego volveremos en otra oportunidad, ha sido blanco de críticas por Recaséns Siches (llamando relativismo axiológico a la posición de aquel autor). Como bien enseña Kelsen, la norma es un marco de posibilidad<sup>(22)</sup>(186) dentro del cual el juez puede moverse sin salir de la legalidad. Y si bien éste se halla frente a una norma superior que prevé no sólo el procedimiento para la producción de la norma inferior - sentencia -, sino que también en alguna medida el "contenido" de la norma a producirse, ocurre que esta determinación nunca es completa, porque siempre la norma superior deja un margen de apreciación más o menos amplio. Y agrega Kelsen que esa relativa indeterminación de las normas a aplicar puede ser: 1) intencional: por ejemplo, en el caso de los delitos reprimidos con penas paralelas (prisión o multa), o con penas elásticas (un mes a un año de prisión), o en las leyes sanitarias que facultan a las autoridades administrativas para tomar, en caso de epidemia, las "precauciones necesarias"; 2) no intencional: es decir, susceptibles de interpretación. A través de su fina lógica lo lleva a afirmar que el juez, al optar dentro del margen de posibilidades que le brinda la ley, "ejerce un acto de voluntad", y es, en este sentido, un creador de derecho, y como creador debe buscar en todo momento una solución más justa basada en la equidad u otros valores. Todavía el panorama aparece más claro cuando la norma falta, como ocurre en las "lagunas del derecho", en cuyo caso debe integrarse el ordenamiento jurídico, como lo expresa la ley positiva (art. 16, del Cód. Civil argentino), al establecer que debe recurrirse en esos casos a los "principios generales del derecho", "la equidad", "la razón", etc.<sup>(23)</sup>(187), o lo que sucede en derecho penal con la llamada justificación supra legal que extiende sólo aparentemente el ámbito de lo lícito; lo que se logra conforme a un acto de valoración, de acuerdo con los principios del orden jurídico (conf. Fontán Balestra, Tratado de derecho penal, t. 2, pág. 85; Mezger, Tratado, t. 1, pág. 32; Jiménez de Asúa, Tratado, t. 3, pág. 295; Mayor, Allgemeiner Teil, pág. 284; González López, La antijuridicidad, págs. 80 y 81, etc.).

Hablar de hecho, norma y valor es referirse a la concepción tridimensional del derecho, pero para ello es preciso fusionar en un concepto estos aspectos o elementos del derecho. A ninguna conclusión arribaríamos si aplicáramos el método de cada uno de ellos y luego quisiéramos sumarlos para obtener un resultado, como se suele hoy hacer en la generalidad de las doctrinas que acepta esta trilogía. Así, respecto al hecho, sería una incongruencia que aplicáramos el método causal de la explicación de las ciencias naturales, mientras que en la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

normatividad y valoración usáramos el método de la intelección racional deductiva o el lógico abstracto.

Con ello no se pretende fundamentar la axiología jurídica, pero sí mostrar lo difícil que es negar eso que llamamos valores, que invaden irremisiblemente todos los contornos de los seres humanos. No por ello nos ubicamos en el jusnaturalismo, que sólo ve la validez intrínseca de aquellas normas ideales con las que se aspira a realizar los valores jurídicos, sino que el derecho, como toda creación cultural, emana de la realidad social y va dirigido a ella valorativamente. El derecho no puede prescindir de reconocer los hechos que integran la realidad, que poseen necesariamente una dimensión de referencia a valores. Y su realidad constituye el derecho, que al poseer la dimensión de referirse a valores tiene forma normativa. Lo que significa que esos ideales reales, histórico positivos (ley, costumbre, etc.), tales como han sido perfilados por el legislador, o tal como es sustentado por una cierta colectividad en un determinado momento, trascienden a la conducta, de modo que sólo den sentido a través de la norma individual a la conducta como presente existencial. Es claro que esto no es una garantía - como se ha dicho - que ese ideal histórico positivo sea, a la vez, un ideal "verdadero", en términos absolutos, pero ocurre que la afirmación de un ideal como verdadero, en términos absolutos, nos sacaría del plano de la ciencia jurídica para llevarnos al de la metafísica racional, definitivamente desbancada por la crítica kantiana(24)(188).

El mundo jurídico contiene una tensión entre hecho, valor y norma que plasma en la objetividad de la norma individual. Nosotros insistimos que derecho es hecho, norma y valor, lo que no implica tres acepciones diferentes de la palabra "derecho", irreductibles entre sí, sino tres aspectos o partes convergentes en una unidad, a través de una fundamentación unitaria.

**b) Conclusión. Definición del derecho**

En suma, los autores están contestes en que la única parte de este tridimensionalismo, que está perfectamente desarrollado, es el normativismo, y ello se produce con Hans Kelsen, cuyo pensamiento al respecto se sintetiza en su Teoría pura del derecho que trasciende del causalismo al de la imputación, del ser al deber ser. De la norma como nudos imperativos (órdenes impartidas por el Estado), a la norma como juicio hipotético o disyuntivo (Cossio). A la vez que, con Merkel, demuestra al mundo del derecho la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. Hasta enunciar la norma individual como el punto final, de un voluntarismo determinado por sucesivos actos de creación y aplicación.

No sucede lo mismo con la otra dimensión - "hecho" -, que hoy pugna por salir del mundo causal determinado por las leyes inexorables de la naturaleza al que difícilmente puede aplicársele los métodos de la explicación o los principios de causalidad de la sociología del derecho.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Porque, como lo expresáramos con anterioridad, se presupone que el hombre puede proponerse fines y como tales deben ser valorados o heteronormados. El hombre puede prever, hasta cierto punto en virtud de su conocimiento causal, las consecuencias posibles de su actuar futuro, o más, usar ese saber para la consecución de sus fines. La causalidad, en cambio, es ciega. Ello permite afirmar que sólo tendrá esa conducta sentido jurídico, cuando se inserta en una cierta totalidad estructural de valores objetivos dados por las normas jurídicas.

A la luz de la fenomenología, por la filosofía de los valores y de la cultura y por la metafísica existencial corrientes todas ellas que se destacan sobre el telón de fondo, siempre actual, del kantismo, y sobre la base de Kant y de la "teoría pura" del derecho, Cossio llega a la conclusión tan sencilla - y a la vez tan revolucionaria - de que "el derecho, como objeto, es conducta, en interferencia intersubjetiva"(25)(189), al que nosotros agregamos que por cierto posee un grado de normativismo valorativo que determina un ámbito de libertad.

Pero ese modo de enfocar la conducta con las acciones de otros sujetos, con el impedir de otro u otros, de un modo vincular o bilateral, que constituye la interferencia, no contesta a la pregunta que nos formuláramos al comienzo de este tema: ¿qué es derecho? Para nosotros se requiere no sólo la interferencia intersubjetiva, sino la realización efectiva. La interferencia puede producirse, pero hasta que no se concreta en una norma individual, tal situación de hecho está carente de realización y, por consiguiente, no es derecho, a lo sumo algo más que la sola norma, o conjunto de éstas, elaboradas por la sociedad en una determinada situación histórica, pero aún "ineficaz" en cuanto a los casos, como el duelo, adulterio, sin que pueda negárseles interferencia intersubjetiva. Y sin embargo, sólo puede predicarse, en el campo del derecho, como una pretensión de éste o un propósito frustrado del derecho; a lo sumo será formalmente derecho, y su validez como tal, discutida. Pero respecto a la "eficacia", como lo entiende Kelsen, no juega otro papel que el de un proyecto de ley. Es que la positividad no puede existir sin la vigencia de la eficacia. Es, pues, la norma individual (sentencia, acto administrativo o contrato, conducta normativamente valorada), donde se da la verdadera creación del derecho, pues en él se ejerce un acto de voluntad al optar dentro del margen de posibilidades que da la ley: el modo de crear el derecho. Por eso, y animados por éstos razonamientos y sin dejar de reconocer la temeridad que significa el permitirnos entrar en la controversia suscitada en torno del tema que venimos tratando, junto a maestros y tratadistas de prestigio imperecedero, queremos contribuir a hallar una solución presentando una nueva o más bien una modificación al esquema dado. Derecho es, entonces, conducta en interferencia intersubjetiva, según una norma individual valorativa(26)(190), y no el conjunto de normas individuales valoradas, como pudiera pensarse, porque si bien en el fondo resumiría la interferencia intersubjetiva, tal abreviatura no definiría lo que quiere expresar.

**CAPÍTULO II LAS DIVERSAS RAMAS DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL DERECHO NOTARIAL**

**1. TENDENCIA ACTUAL**

Las diversas ramas del derecho son realidades irreversibles que aparecen a lo largo de la historia de esta ciencia, con diferencias de tiempo y lugar. La complejidad de las relaciones interhumanas ha impuesto aquella separación, que involucran relaciones jurídicas que tienen un sentido más o menos común, que se revierte cada vez más en una abundante realización legislativa en los países modernos. A su vez, esa complejidad observada en los diversos campos que ella abarca, ha impuesto la creación de diversas ramas, y ha dado lugar a la creación de especialidades. De este modo surge el llamado "derecho notarial" como disciplina y como rama autónoma, para unos, o como materia individualizada de reflexión científica, para otros. Es un fenómeno actual con características y universal. Un ejemplo claro de esta corriente normativa, lo revela el hecho de que mientras en el año 1870 nuestro Código Civil dedica seis artículos (del 1623 al 1628 inclusive) a la locación de servicios, estos seis modestos artículos se han convertido hoy en leyes, decretos, convenios colectivos obligatorios, disposiciones y jurisprudencia que constituyen lo que, ya con autonomía desprendida del derecho civil, se denomina derecho del trabajo o derecho laboral.

Los penalistas, por su parte, ven con asombro que todo el campo de lo ilícito penal no se concreta en los delitos que enumera el Código Penal, y que surge una nueva legislación que ha dado en llamarse "penal económico" o "derecho penal administrativo", al lado del penal clásico. Al tiempo que cobra cada día mayor importancia el derecho contravencional, previendo en ciertos casos esta legislación penas mayores que los delitos. Derecho reservado - según la posición tradicional a las provincias como derechos no delegados al poder central -, convertido hoy, en muchos casos, en ilicitud nacional con desmedro de las legislaturas provinciales, al ser legisladas por el poder central; así puede observarse lo dispuesto por las leyes 845 sobre penas y medidas; 8875 sobre contrato de comercio de carnes; 11275 sobre identificación de mercaderías, etc.

Voluntaria o involuntariamente, el derecho tiende a admitir doctrinaria y legislativamente la existencia de mayor número de "ramas jurídicas", que se caracterizan por ser más especializadas y consolidables en cuerpos legales que provoca como legítima consecuencia nuevas autonomías jurisdiccionales.

Con el derecho notarial, evidentemente, ocurre lo mismo que con otras ramas del derecho que se han ido desgajando del derecho civil, tal como sucedió con el derecho comercial y el del trabajo, en tanto y en cuanto el notario no sólo es depositario de fe pública, aunque ésta sea su función

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

principal. Rama autónoma o no, resulta difícil intentar impugnarla, aunque deben reconocer la debilidad de su base científica.

Pese a lo afirmado precedentemente se advierte que dichas disciplinas tienden a aproximarse nuevamente al tronco del derecho civil, del que antes se ufanaban haberse emancipado. El derecho comercial ha elaborado una serie de cuestiones - por ejemplo, contratos entre ausentes, circulación de los derechos, movilización de los créditos, seguros, etc. - que no son privativos de su ámbito, sino generales. De ahí que se propugne por muchos la recepción en el derecho común, de los pertinentes principios comercialistas, o sea, en otros términos, una serie de "comercialización del derecho privado". Por otra parte, se propone hoy, por doctrinarios reputados, la unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, y la extensión de la quiebra, todo lo cual permite afirmar la fuerza "centrípetas" del derecho civil (Díaz de Guijarro), o el oscurecimiento de la línea divisoria entre los derechos civil y comercial (Ascarelli), tendencia que llevaría al sistema jurídico romanista a una actuación similar a la del anglosajón(27)(191).

El derecho notarial, pese a ser proclamado independiente, vuelve su vista al derecho civil cuando estudia al instrumento público y el documento notarial y debe hacerlo por su interdependencia con las disposiciones sobre hechos y actos jurídicos, nulidades, simulación, actos ilícitos, delitos, cuasidelitos, contratos en general y obligaciones que nacen de los mismos, consentimiento, forma de contratos y sus efectos y todas aquellas disposiciones que irremisiblemente deben mantener su unidad y sólo se puede desglosar desconociendo una concepción civilista integral. Vemos que cuando se habla de derecho notarial, incluso se programa su estudio se hace mención a la forma, a la relación jurídica notarial, al documento notarial y sus elementos, clasificación, contenido, formación, protocolo, fe de conocimiento, capacidad, legitimación, representación, audiencia, ordenación del documento, actas, documentos extraprotocolares, sus clases, copias, certificadas y extractos, etc.(28)(192).

De lo dicho, podrá observarse que existe un movimiento tendiente a separar el derecho en ramas, destacándose a su vez una reversión al tronco que le da origen, marcándonos más que una autonomía, o un recuadro, o un ramal especializado.

En general puede afirmarse que existe una imposibilidad de proclamar como autónomas gran cantidad de ramas que han adquirido individualidad propia, pero no descartamos que existen legítimas especializaciones que se han impuesto como una necesidad frente a la actividad coexistencial, a las que muy bien puede darse el nombre de ramas autónomas, teniendo en cuenta que el derecho es uno al que no se puede desarticular, si no se quiere "borrar con el codo lo que se ha escrito con la mano".

## **2. PROBLEMÁTICA ACTUAL**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La problemática que plantea el derecho notarial radica en primer término en si dicha especialización constituye una rama autónoma, o si simplemente es un recuadro especial dentro del derecho civil u otra disciplina, o si no se confunde derecho notarial con técnica notarial, y por último, cuáles deben ser los datos que determinan el reconocimiento o la impugnación de la autonomía científica de una cierta disciplina.

Evidentemente no es un asunto puramente académico, ni aún puede resolverse en el plano lógico - formal de la vieja "Begriff jurisprudentz", sino que debe solucionarse teniendo en cuenta la realidad jurídica, puesto que si partimos de una posición lógico - formal y pretendiéramos sopesar los fundamentos teóricos de cada rama que aparece en la ciencia del derecho como autónoma, muy pocas podrían poseer la entidad de tal, siguiendo la posición conceptual de aquella escuela. El derecho comercial y del trabajo, y más concretamente el derecho notarial, por ejemplo, serían varias especialidades del derecho civil.

Situados en esta posición, sólo pueden llamarse ramas autónomas aquellas que posean caracteres que determinen sistemas cerrados y fundados: en otros términos, que constituyan estructuras constantes, tal como ocurre con el derecho internacional, el derecho sustancial y el procesal, y finalmente los derechos: civil, penal, constitucional, administrativo. En consecuencia, el derecho notarial, como otros, quedaría fuera de esta enunciación pese al celo con que sus expositores defienden su autonomía.

Es que, en general, se parte para determinar el reconocimiento o su impugnación únicamente de elementos normativos, como si fueran éstos los únicos elementos del derecho donde comienza y donde termina el derecho. Sin embargo, vamos a ver que la ley es sólo una fuente formal, y si es una fuente del derecho, mal puede ser el derecho. En realidad, lo que sucede es que la ley es una de las fuentes normativas, tal como lo es la costumbre jurídica o derecho consuetudinario y la jurisprudencia. Pero al lado de ella hay otras, no menos importantes, que son la realidad jurídica (hecho) y la valoración jurídica o axiología jurídica, que también constituyen el derecho.

Evidentemente que si partimos de la premisa lógico - formal, no nos queda más alternativa que ver el derecho notarial, el del trabajo, comercial, marítimo, rural, de minería, etc., como especificaciones de otras disciplinas. ¿Y por qué? Por que con un criterio sumamente lógico formal absoluto, únicamente podrá considerarse autónoma aquella rama del derecho que se agota en sí misma, es decir, constituida por un conjunto de principios, legalmente determinados que no necesitan recurrir a otras disciplinas. En este sentido, dice Aftalión(29)(193), constituirá una construcción jurídica sistemática, completa y cerrada; en cambio, si de los principios de la rama en cuestión aparecen como contingentes excepciones, o especificaciones de las de otra disciplina, a la que se recurre además para la solución de los casos no previstos, no cabe hablar de una rama autónoma, sino, a lo sumo, de un recuadro o ramal más o menos excepcional (derecho de excepción) o especializado

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

(derecho especial).

Como podrá observarse, dentro de este encuadramiento quedarían subsistentes como ramas independientes sólo aquellas que indicáramos al principio de este párrafo, que caben en los dedos de una mano. Mientras las otras - derecho comercial, del trabajo, etc. - constituirán especialidades de aquéllas, con individualidad propia. De lo contrario debe recurrirse a elementos axiológicos y contingentes para proclamar su autonomía, y no como sucede hoy día que para encontrar un camino doctrinario cierto que conduzca a hallar un criterio único, se recurre al normativismo. Con un criterio amplio, una especialización es una rama autónoma, no normativamente, pero sí axiológicamente, y frente a las crecientes complicaciones jurídicas y a las nuevas situaciones de la vida comunitaria.

Conspira contra la separación en ramas, que el derecho es uno e inescindible, separado en muchas especialidades, a las cuales el jurista llama "ramas del derecho", con mayor o menor grado de autonomía unas que otras; aunque siempre constituirán "la trama de un mismo ovillo", en el que no es posible contradicción, por ser el derecho una ciencia lógicamente fundada y correlacionada por excelencia, en la que no se puede admitir la contradicción lógica, ni vertical ni horizontal. Ello es así, pues el derecho ha elaborado principios para solucionar lo que llamaríamos "conflictos aparentes de leyes" o "antinomias", tal como puede observarse en el derecho penal con los principios de especialización y subvención.

### **3. SOLUCIÓN DE LA DOCTRINA**

A lo largo de lo expuesto queremos hacer resaltar que en nuestro criterio hemos notado primeramente una tendencia marcada a la división del derecho en ramas, por lo cual no se puede afirmar que las clasificaciones pudieran ser cerradas o finitas, sino que por lo contrario son abiertas a nuevas creaciones basadas en la complejidad de las relaciones interhumanas, que son provocadas por la convivencia existencial.

En segundo término, existen dos criterios, uno el que llamamos lógicoformal y otro realista.

Estas dos posiciones han surgido justamente como consecuencia de la asumida doctrinariamente por las dos grandes corrientes que se mueven en la teoría general del derecho, a la cual haremos referencia más adelante.

La posición lógico - formal o dogmática tradicional es aquella que parte del conjunto de normas que constituyen un sector del ordenamiento jurídico y, aplicando un método inductivo a través de una serie de abstracciones, de situaciones particulares, extrae la idea rectora que presidirá toda esa construcción jurídica. Por este camino sólo podrán ser autónomas las ramas del derecho que constituyan una construcción sistemática, completa y cerrada. Es decir, aquellas que se bastan por sí



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

solas, sin que deba recurrir a otras ramas de ese ordenamiento.

Como podrá advertirse, la autonomía de muchas disciplinas - ya tradicionales ramas del derecho - dejaría de serlo, por no tener cabida en los restringidos cánones expuestos. Entonces la dogmática jurídica concibió un temperamento menos rígido para resolver esta problemática, pero siempre en el plano únicamente normativo, conciliable con esta posición.

Con respecto al derecho notarial, está ubicado en esta corriente Henri Maigret(30)(194), cuando afirma que el derecho notarial no es una rama del derecho, por no ser una construcción jurídica basada en principios de alcance universal y lógicamente organizada en función de esos mismos principios, sino más bien una legislación de carácter contingente y particular que no podría ser calificada como "rama del derecho", y mucho menos ser considerada como autónoma.

Esa posición lógico - formal surgió en Alemania en el siglo pasado, con la jurisprudencia de los conceptos o conceptual (Begriff jurisprudenz) que nace de la Escuela Histórica de Savigny y que muy pronto autores como Ihering, primeramente enrolado en ese movimiento, se convierte más tarde en su crítico más ferviente. Algo análogo ocurre en el derecho anglosajón con respecto al Analytical Jurisprudence de Austin. En Francia hallamos a Gény y en Norteamérica a Pound y Cardozo, que provocó el realismo jurídico norteamericano, y el escandinavo, que se colocan en la línea sociológica.

El realismo, en algunas expresiones, negó las normas generales del derecho, para demostrar la insuficiencia de posiciones lógico - formales, y en su oportunidad nos referiremos más a fondo a estas dos grandes corrientes jurídicas.

Nosotros, dentro de una posición realista pero sin dejar de lado las más importantes dimensiones del derecho, aceptamos la norma tanto como el hecho y el valor. Y partiendo de la base de que las ramas del derecho están supeditadas al derecho mismo y, siendo el derecho una ciencia, como tal contará con un objeto y un método, del cual no pueden prescindir esas pretendidas ramas, y quienes propician lo contrario - como dice Allende(31)(195)-, lo hacen en detrimento de una integridad conceptual que debe mantenerse en razón del bien entendido concepto de "método jurídico" que es, repitiendo lo dicho, el que constituye conceptos, establece principios y determina la verdadera metodología integral. Al derecho del trabajo - dice Bielsa(32)(196)-, empezó llamándosele impropriamente "derecho social"; siendo derecho del trabajo, es simplemente derecho. Porque, como dice el maestro citado, se trata del derecho que tiene unidad no escindible.

Por eso cuando hablamos de ramas y de ramas autónomas, sólo estamos hablando de especialidades y esas especialidades únicamente están dadas por elementos empírico - históricos - contingentes, sustentadas en necesidades propias de derecho, que importa una toma axiológica frente a la experiencia, que se impone más por la "razón de las cosas en sí mismas" que por una pretendida lógica formal normativa.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El derecho notarial es una especialidad y una técnica, porque la ciencia jurídica de nuestro tiempo, en este aspecto, sigue elaborando construcciones jurídicas, sólo que no las encara como un ejercicio lógico, de espaldas a la vida, sino como una tarea a realizar teniendo en mira la concreta experiencia jurídica y ateniéndose a las valoraciones vigentes en un momento determinado. En rigor, toda construcción jurídica, aunque se pretenda ver en ella una categoría puramente lógica, alberga ingredientes históricos - contingentes e importa, quiérase o no, una concreta toma de posición axiológica frente a la experiencia jurídica(33)(197).

Mas, de la decepción que suscitan en el hombre las malas leyes - dice con razón Guaglianone(34)(198)-, se pasa, en una cadena interminable, a la desobediencia abierta o solapada; y de allí a nuevas leyes para sancionar esa desobediencia o cubrir sus efectos. Tal es lo que ocurre no sólo en la justicia penal sino también en la esfera de las leyes fiscales.

El derecho notarial - se ha dicho - es nada más que un "derecho de forma", que comprende, en las palabras de Mustápich(35)(199), "la vestidura y exteriorización auténtica de la voluntad jurídica". Como tal estudia la teoría general del instrumento público, las normas que determinan la intervención de los oficiales públicos en la documentación pública, su organización, y así todo lo relativo al registro público.

Pero indudablemente en el derecho notarial, como en todo otro derecho, sólo la ley es la fuente formal (formal notarial), pero eso no es el derecho, que es realidad, y que está en el tiempo y en el espacio. Y esa realidad no se da en las normas generales, sino en las individuales, en las cuales el "notario", al decir de Carnelutti(36)(200), "interpreta", traduce la realidad social al campo del derecho, al trasladar el hecho al derecho, al "ligar la ley al hecho".

En este aspecto, es ordenación del derecho sustantivo - según Sanahuja y Soler(37)(201)-, de autenticidad, legitimidad, coordinación de intereses y eficacia ejecutiva, y en cuanto se vale como medio para su práctica aplicación de la forma instrumental. En cuanto al derecho sustantivo es evidente que se refiere al derecho civil, el cual no forma parte del derecho notarial, como lo han sostenido entre otros Sanahuja y Soler(38)(202), Giner(39)(203), Castán Tobeñas(40)(204), Mengual y Mengual(41)(205), aunque sea la fe pública - Couture(42)(206)y Arata(43)(207)-, donde separar la base de la estructura en que se asienta el derecho notarial.

No es, por lo tanto en nuestro criterio, equivocada la posición de Villalba Welsh(44)(208), en cuanto sostiene que el documento notarial y los deberes del notariado, constituyen lo sustancial de ese derecho, o sea el derecho notarial propiamente dicho. Nosotros diremos, en cuanto realiza una norma individual, con lo cual el objeto del derecho notarial no es sólo conducta del notario como notario, o sea, en cuanto autor de la forma pública notarial, sino en cuanto traslada el hecho al derecho. La aparente simplicidad, en la práctica, se convierte en materia científica de estudio,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

y si bien es cierto - como lo expresa Allende - que en la conducta del notario no encuentra razones para fundar el ordenamiento jurídico especial, no es menos cierto que el contrato y la determinación de la exteriorización de la voluntad, es; bajo el telón de fondo de la fe pública, autorizaría a considerar una especialidad de la que la realidad ha marcado pautas que tampoco pueden desconocerse, y que desde luego también darán lugar, como lo expresa el autor citado, a una técnica notarial.

En materia de autonomía, no es posible encontrar entre una rama y otras, diferencias ontológicas, sino que es necesario hallar diferencias axiológicas, dentro de una estructura jurídica y en la realidad jurídica. Por ejemplo, si en materia de contratos comerciales se sostiene que los casos no previstos deben resolverse acudiendo a una construcción de los principios específicos del derecho comercial - en vez de recurrir al Código Civil - es porque se estima (valoración) que los principios del ius civile no son adecuados para solucionar con justicia y eficacia los problemas del comercio(45)(209).

El problema que plantea la conceptualización científica de las normas del derecho notarial no es, en realidad, exclusivo de ese derecho. Pues él no es sino una especie dentro de un género más amplio - que se caracteriza por ser independiente, aunque relacionado con sus diversas concepciones - y es, para nosotros, un derecho de forma que gobierna el ministerio de la autenticidad. Como tal no cabe ni dentro del derecho civil, ni del comercial, etc. No se lo puede ubicar dentro del derecho administrativo, lo que importa destacar otra vez que la autonomía de una rama o su existencia no puede resolverse en el plano lógico abstracto sino con los elementos del mundo de la cultura, ya que el derecho notarial - sea o no derecho autónomo - es derecho y, como tal, está constituido por tres dimensiones inescindiblemente unidas. Es, pues, nuestra labor mostrar el derecho notarial a través de la ciencia del derecho.

## **CAPÍTULO III LA CIENCIA DEL DERECHO Y SU OBJETO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El derecho notarial, según lo hemos expresado, es la conducta del notario en cuanto realiza una norma individual, siguiendo la línea iniciada por Villalba Welsh, que sostiene que el documento notarial y los deberes del notario constituyen lo sustancial de ese derecho, colocándose este autor en la posición egológica que ve en la conducta - en su interferencia intersubjetiva - el objeto del derecho y no en las normas, que tan sólo serían los juicios que mientan esa conducta. Mientras, nosotros consideramos cierta esa última afirmación en tanto y en cuanto el juez intervenga en un hecho controvertido, pero no respecto a la conducta del escribano, la que por cierto se halla determinada tanto por la norma, como por el hecho, como los valores jurídicos. Ello surge del modo

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

particular en que nosotros vemos el fenómeno jurídico o el objeto del derecho, distanciándonos de la propia egología. En consecuencia, ello nos lleva a entrar en el difícil problema del fenómeno jurídico, sin dejar de reconocer que ese objeto - conducta - es especialmente normativo.

## **2. LA CIENCIA DEL DERECHO Y SU OBJETO. ORIGEN**

Durante muchos siglos la humanidad tuvo conciencia de la existencia de dos mundos distintos: El de la naturaleza y otro que por oposición al primero, comprendía todo aquello que no tenía cabida en la naturaleza. En la antigüedad fue familiar la discusión en torno a la superioridad de uno y otro, especialmente por parte de los sofistas; los cínicos proclamaron su oposición a todo lo que no fuera la simplicidad natural, a lo que se aparte de la naturaleza. No en vano los estoicos predicaban que vivir según la naturaleza era también vivir según la razón universal, pues la naturaleza era algo más que el conjunto de los objetos naturales. Los antiguos griegos ya lo habían descubierto, y las ciencias del espíritu se desarrollaban inusitadamente frente a las de la naturaleza, más el proceso del lenguaje de la exactitud había logrado un grado de particular perfección en la matemática, sea por la crítica sofística, sea por la de Platón, que hizo de estas ciencias una técnica particularmente eficaz en la Investigación de un determinado grupo de nociones, a la vez que las convirtió en un saber absoluto. Es así que durante casi dos milenios prevaleció la influencia de Platón, y la matemática - sobre todo la geometría elemental - fue considerada como ejemplo típico de ciencia racional. Es cierto que no todos sus axiomas parecían demostrar la misma evidencia, pero existía la convicción de que aún el más discutible de ellos habría podido reducirse a una verdad más segura.

De este modo, insensiblemente, más con criterio intuitivo que razonado, se van delimitando dos regiones ontológicas que más tarde - Husserl, por ejemplo - llamaría objetos naturales a unos e ideales a los otros - la aritmética, la geometría, la lógica, etc. -, sin que un resto del saber, sumamente importante, tanto o más que los anteriores - la moral, el derecho, la historia, etc. - tuvieran cabida en esas regiones.

¿Sería posible - según el ejemplo helénico de la matemática - construir también, ahora, un lenguaje técnico preciso para la formulación teórica del enunciado de las leyes en el ámbito de la ética (derecho y moral)?

En algunos campos del saber esta tarea se ensayó con gran éxito, como ser en la mecánica, y los científicos vislumbraron de inmediato la posibilidad de extender a otras disciplinas experimentales el lenguaje de las matemáticas (fórmulas, figuras geométricas, etc.). Tal fue la labor de Galileo, Kepler y otros, los cuales mediante este camino lograron precisamente fundar las bases científicas de esas disciplinas.

Desde el punto de vista epistemológico práctico puede afirmarse que cuanto más se acerque una ciencia empírica al nivel "racional" (ciencia exacta), tanto más se acrecentará el volumen y la fuerza de sus resultados.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Este fenómeno possibilitó a las ciencias naturales (ciencias físicas) su pronta evolución en la Edad Moderna, en que especialmente se produce su apogeo.

Este pasaje de lo precientífico a lo propiamente científico se observa en todos los ámbitos del saber. El derecho también sufre ese proceso, se crea un mundo de conceptos al que se le aplican métodos lógicos abstractos. En la duda de su ubicación, ya que el derecho no era aritmética ni geometría, posiblemente por influencia del positivismo comtiano se pretendió encastrarlo en el mundo causal de la experiencia natural, y, por ende, aplicar (a esa ciencia) el mismo método que había dado muy buenos resultados en el campo de las ciencias naturales. Pero aquí no ocurrió lo mismo, pues los fenómenos jurídicos no respondieron con exactitud a la ley causal y muchos se decepcionaron de tal experiencia y optaron por la salida más fácil: afirmar que esa disciplina, al igual que la moral, la historia, etc., no eran ciencias.

La conclusión es evidente, pero indudablemente falsa, porque existe algo que no debe perderse de vista nunca: el objeto de la ciencia de que se trata. El éxito de una investigación radica en aprehender claramente el objeto y el método. El error acerca de uno u otro importará desvirtuar la científicidad de una disciplina. De ahí, entonces, cuando quiera ubicárselo en el mundo de la naturaleza, al derecho se lo convertirá - por ejemplo - en una ciencia estimativamente incolora, regida por el principio de causalidad al cual sólo es posible acudir por el método empírico inductivo o gnoseológicamente mediante la explicación. Pero ocurre que la causalidad no se da con la regularidad que es necesaria y que le otorga validez en el mundo físico. Un ejemplo claro de aplicación de ese método a la ciencia del derecho se origina con la escuela positiva, cuyos exponentes fueron Lombroso, Ferri y Garófalo, por nombrar a los más conspicuos. Con Lombroso (1836 - 1909), por ejemplo, se quiso hallar la causa del delito en las formaciones antropológicas; sus investigaciones giran en torno a sus caracteres anatómicos, craneológicos, fisiológicos, de su constitución orgánica (biología y psicología). Ferri (1856 - 1929) encuentra su causa en el factor físico y en el factor social (llámase a esta corriente sociología criminal). El derecho penal sería entonces un capítulo de la sociología criminal, y un producto de la orientación doctrinaria del siglo XIX, como lo fueron los métodos que estuvieron en boga, inductivos, de observación y de experiencia, como lo fue la influencia del evolucionismo (Darwin, Spencer), como lo fue el positivismo comtiano y el materialismo (Buchner, Haeckel, Moleschott), que obligaron a esa generación a examinar la experiencia jurídica, pero desgraciadamente como un fenómeno natural y no cultural como hoy se lo considera.

Los que veían con desdén la concepción del derecho como un producto de la naturaleza, buscan infructuosamente el modo de introducirlo en el mundo de los objetos ideales y crear una ciencia jurídica libre de ingredientes fácticos y valorativos, por lo tanto capaz de crear un mundo de conceptos que no reconoce más limitación objetiva que la de la lógica

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

formal y como puro pensamiento, la más de las veces alejado de la realidad específica que es el derecho (la conducta en interferencia intersubjetiva).

Sin embargo, el auge del cientificismo naturalista al que hiciéramos referencia, no en vano produjo una eclosión en el mundo y los científicos "dejaron de ver al mundo exterior para verse a sí mismos proyectados en aquel mundo".

Esa realidad es captada por un acto perceptivo que permitió a Dilthey, en ponderado acierto, hablar de la comprensión, es decir adjudicarle un sentido "revivencial", según sus palabras. Término que alude a una representación psíquica del sujeto aprehensor similar a la realizada por su autor (conducta - objeto de conocimiento).

Así nace una nueva ontología regional de objetos, los objetos culturales, que empiezan por formar parte de lo que se llama "ciencia del espíritu" y de la psicología, pero de una psicología distinta a la clásica, puesto que por obra de Dilthey, ambos - espíritu y psicología - se identifican en una misma idea. La psicología - como ciencia madre fundante de toda clase de objetividades culturales (o espirituales) - se ha hecho en manos de Husserl, primero psicología descriptiva y luego rigurosa y verdadera fenomenología(46)(210).

Es evidente que las investigaciones de Dilthey se desenvuelven apoyadas a medias en la presunta psicología y a medias en el resto de las ciencias espirituales constituidas, particularmente la historia, que ocupaba hace tiempo ese lugar de ciencia general del espíritu que ahora se atribuye a la psicología, pero tanto el método como la esfera de objetos propios impusieron una separación de las otras ciencias del espíritu que produjo como consecuencia la sustitución del espíritu por la cultura. No se trata del espíritu metafísico, sino de los objetos culturales perceptibles por sentidos(47)(211). Es decir, se deja la metafísica, a la vez que se obtienen los objetos culturales y, correlativamente, las ciencias culturales.

La actual teoría de la cultura cuenta entre sus principales sostenedores a Windelband, Rickert, Simmel, Spengler, Spranger, Scheler, Hartmann, Freyer, etc., pero especialmente Dilthey.

El tema es retomado, por fin, por la fenomenología y por el existencialismo, como la fenomenología existencial.

La idea de cultura fue aplicada al derecho por Lask y Radbruch, pero fue Cossio y su escuela(48)(212) quienes sobre una base fenomenológica existencial le dieron el verdadero alcance a esta investigación.

Entonces ya no fue necesario el cumplimiento riguroso de la causalidad, ni la deducción racional silogista. ¿Por qué? Porque el objeto cultural tiene sus características propias que lo hacen individualmente independiente de los objetos naturales y de los objetos ideales; porque su objeto es la conducta (objectum) que refluye sobre el sujeto cognoscente de un modo valorante, y porque su valor no puede alcanzar su plenitud explicativa, mediante los métodos de las ciencias naturales ni de las ideales, y porque ese objeto concluye donde concluye el valor.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

### **3. EL FENÓMENO JURÍDICO U OBJETO DEL DERECHO**

El derecho es una ciencia esencialmente nueva que tiene principios propios y que pugna por independizarse de las ciencias naturales y de las ciencias lógico - formales. Sin embargo, sólo en nuestros días se ha visto realizada esta aspiración. Como tal es una disciplina atinente a los "fenómenos". En esto no varía mucho de otras, como la psicología, la física, la historia, etc., y por ello se suele - según lo expresara Husserl - designar a la psicología como una ciencia de los fenómenos psíquicos; a la ciencia natural, como una ciencia de los fenómenos físicos; igualmente se habla a veces en historia de los fenómenos históricos, en la ciencia de la cultura de los fenómenos culturales, y análogamente en todas las ciencias de realidades. Por distintos que puedan ser los sentidos de la palabra fenómeno en semejantes expresiones, lo cierto es que el derecho, como ciencia de la cultura, se refiere a un determinado tipo de fenómeno que es posible arrancar de la unidad: de lo fáctico, con lo normativo y axiológico.

El conocimiento de esa unidad indisoluble, en su aprehensión natural, comienza con la experiencia, de donde el concepto de verdadero de ese fenómeno es el de ser "verdadero", de ser "real" y - como todo lo real se funde en la unidad del mundo - "ser en el mundo". Pero si a toda ciencia le corresponde un dominio de objetos como campo de investigaciones, es necesario, por tanto, determinar cuál es el propio objeto de la ciencia del derecho. Desde ya anticipamos que para nosotros es "la norma individual", la que importa la conjugación de un objeto real como uno ideal y un presupuesto de valoración. Al expresar tal afirmación desechamos en cierto sentido que el objeto de la ciencia del derecho sea solamente las normas - por lo menos, no solamente normas generales - y aunque nos inclinamos a expresar que el derecho es conducta en interferencia intersubjetiva, pensamos que es inconclusa dicha afirmación. Y por eso agregamos: conducta en interferencia intersubjetiva según una norma individual de valoración.

Volviendo sobre lo dicho, el hombre al determinarse en su interferencia intersubjetiva realiza un acto valorativamente jurídico, y su expresión es en realidad una norma individual. Si su manifestación exterior estuviera inspirada no por el ordenamiento jurídico sino, por ejemplo, por un ordenamiento moral, la norma individual resultante será moral, aunque pueda tener consecuencias jurídicas y pertenecer por lo tanto a ambas regiones de la ética.

Evidentemente este tipo de norma individual es por sí mismo contingente; esta contingencia equivale a la facticidad. Y las ciencias fundadas en hechos, son ciencias empíricas. El derecho que estudia el fenómeno jurídico es una ciencia empírica que está latente en ese hacer en el mundo, que es el interferir con otro, en el tiempo y en el espacio; de ahí, entonces, que el ser individual es de índole "contingente" y que jurídicamente expresamos diciendo que es una norma individual.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

En el mundo de los fenómenos ocurre algo semejante, entre el fenómeno natural actual y el fenómeno jurídico. El primero responde a leyes que rigen la producción de esos fenómenos físicos y obedecen a relaciones de causalidad que son inexorables, mientras el jurídico - es sabido - responde al principio de imputación. Sin embargo es útil advertir que no se debe confundir la "relación con la ley". Así, cuando no se cumpla la ley en el mundo de la naturaleza, ocurre el cataclismo, y en el mundo del derecho, la antijuricidad; en ambos campos se originan daños que determinan una o varias víctimas. Mientras por ejemplo en la naturaleza, el hombre, mediante diques, encerrará sus aguas, en el mundo del derecho - en ciertos casos - la cárcel, a modo de dique, detendrá el cataclismo jurídico.

Si observamos ese hecho jurídico que está en el mundo, veremos que es un fenómeno cuya estructura es nada menos que una norma individual; entonces, una norma individual es el objeto del derecho, que en algunas circunstancias será aprehendido por el juez en la sentencia, a través de un acto de conocimiento que implica, a su vez, un acto de voluntad valorativo.

Todo hecho podría, "bajo el punto de vista de su esencia peculiar", ser de otra manera, dando a esta expresión el sentido de que en todo lo contingente hay una esencia y por tanto un eidos que hay que aprehender en su pureza. De ahí que si "esencia" es lo que se encuentra en el ser autárquico de un individuo (juez) constituyendo lo que él es (Husserl), todo "lo que es" transportable en derecho de la conducta (norma individual) a la norma individual, dictada entonces por el juez o el funcionario (acto administrativo), es la esencia valorada del fenómeno jurídico.

Ello nos conduce a afirmar que todo ejercicio de un derecho constituye un escoger, un valorar, un elegir, dentro de un ordenamiento jurídico, de modo que ese ejercicio importa la elaboración de una norma individual: es el fenómeno jurídico, aprehensible mediante un acto de sentido llevado a cabo por el juez, al cual haremos referencia más adelante al tratar a la "norma individual" en especial.

En definitiva, aceptar que hay un ámbito de impedimentos es valorar, es determinarse en el ámbito de libertad que otorga el ordenamiento jurídico, es normatizarse individualmente.

**a) Ser de la moral y ser del derecho**

Frente al imperativo categórico individual, existe coetáneamente con el derecho la moral social, cuyo sentimiento valorativo comunitario se impone al grupo donde domina. Ella ejerce heterónomamente su influencia, su reconocimiento, da validez y eficacia a sus normas. Es un juicio categórico del deber - ser, que se da en el espíritu común de la sociedad. El juicio de reproche no es personal ni frente a Dios, sino social de la comunidad. Sin embargo, ambas - tanto moral individual como moral social - tienden a la perfección del individuo, pero mientras



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la individualidad lo intenta como tal, la "moral social" deberá hallarla en la sociedad. En cambio el derecho tiende a la convivencia; sin embargo, el derecho y la moral social analizan el hombre frente a otro u otros. Son importantes las diferencias estructurales de ambos sectores: hallamos en unos u otros la fuerza creadora de normas; en el espíritu común de la sociedad, los juicios de valor y deber - ser y las corrientes de voluntad que en ella predominan. Las normas del derecho y de la moral se dirigen a los individuos como personas en su comportamiento social; se trata casi siempre de lo que "se" debe hacer u omitir en el aspecto social - moral como miembro de la sociedad o como parte de relaciones sociales, y dentro de qué límite está permitido un determinado comportamiento(49)(213).

Si bien es cierto que el derecho y la moral social se confunden, ambas apuntan a realizaciones distintas en una convivencia potable en sociedad. También lo es que mientras es admisible en el derecho la aceptación de ganancias exorbitantes con respecto al esfuerzo y al capital arriesgado, la moral social las desecha y, hoy día, estamos cansados de ver en lugares de nuestra ciudad destinados a viviendas familiares, "hoteles por hora" tolerados como una "necesidad" por la ley; sus explotadores constituyen una casta repugnante ante la moral social. El derecho tiene razones que escapan a la moral social; y así, no es indiferente ni a la moral social (ni a la moral individual) gran parte de las relaciones civiles, tales como el instituto de la prescripción, la falta de sanción a la usura en materia penal, que hasta hace días no se castigaba. También ello ocurre con la "obscenidad", reprimida por el Código Penal (art. 128), que no se aplica cuando un comportamiento lascivo o aberrante permanece limitado a la esfera privada, quedando reservado a Dios y exento de la autoridad de los magistrados, siempre que ocurra entre personas adultas (art. 17 del Código Penal).

En realidad, es que el ser del derecho difiere del ser de la moral. En uno como en otro aparece no como un objeto ajeno al hombre sino como parte del ser hombre, más específicamente dentro del "ser con" heideggeriano (o "del ser para otro" sartriano), es decir, dentro del panorama que se abre en la analítica existencial, a partir de la nota que se denomina coexistencia, que significa copresencia (aun en el tiempo existencial). Mejor dicho convivencia y no coexistencia. Pero la convivencia - que se da en lo social - no determina por sí sola el ser derecho. Para caracterizarlo es menester todavía aludir a las siguientes notas que determinan una estructura única e inescindible: es necesario conectar a la descripción que determina el material óptico del derecho - conducta en interferencia intersubjetiva - con la lógica normativa, la impedibilidad y la coerción, pues el ámbito comunitario de la impedibilidad, que tiene sentido de permitir, es decir, autorizar, o no impedir, bajo el telón de fondo del mero convivir, al asumir autónomamente la heteronomía comunitaria (ya que la comunidad proyecta - programa normas sociales que abren a los conviventes un marco de expectativas y les señala una anticipada libertad sobre su mero

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

óntico presente)(50)(214)determina el ser del derecho, por cuanto la norma es una anticipación de futuro caracterizada como deber - ser, proyecto - programa o deber ser social y da pautas para conductas intersubjetivas y provocan expectativas convivenciales.

En suma, se trata de poner de relieve las notas del ser del derecho que deben tenerse en cuenta para la proyección del valor jurídico, porque reconocemos que ese ser del derecho, no es el ser de la moral social, y por ello consideramos no está cerrado el tema en la investigación.

Empero, no se puede negar en la moral social la existencia de una interferencia de conductas, ni la coercibilidad, por ejemplo: el alejamiento de un individuo de la sociedad es una sanción, como también lo son otras que no constituyen la privación de un bien, pero que resultan, a veces, tan severas como las impuestas por los órganos jurisdiccionales. En consecuencia en la sanción (coerción) no puede hallarse la meta diferencial y tampoco en la heteronomía. ¿Dónde, entonces, encontrar su inidentidad? Y la respuesta es: en el modo de contemplar los valores a través del ser del derecho y el ser de la moral, y en las consecuencias de ello.

Tal como lo vimos para la teoría egológica, "el ser" del derecho tenía su raíz en la conducta en interferencia intersubjetiva, pero con ello se logra sólo la debida distinción entre vida personal y vida social, pues dice Legaz y Lacambra(51)(215)que toda conducta humana interferente es para la egología, conducta jurídica, cuando lo específico del derecho es ser forma de vida social, lo cual ya expresa su substancia vitalmente normativa. Por esa circunstancia hemos definido al derecho como conducta en interferencia intersubjetiva, según una norma individual de valoración. Es que cuando se reconoce y se acepta los impedimentos, no sólo estamos observando nuestra conducta frente a otro, sino que nos hemos determinado frente al derecho del otro. A ese no impedir sólo se llega en el sujeto mediante una norma individual que representa la vida ilícita o lícita dentro de un orden jurídico; en el primer caso se dirá que se cumple la condición de la perinorma y en el segundo que concuerda con la endonorma. Entonces, ha habido acto de creación semejante al que hace el juez; se ha producido, intelectualmente, una norma individual con significación jurídica. ¿Cómo es posible? Lo es porque la norma individual es la significación jurídica valorativamente unitaria, determinada para un caso concreto, llevada a cabo por un poder de hecho y otro normativo.

En suma, puede llegarse a una norma individual (conducta) por concordancia o discordancia con la endonorma o norma secundaria, a través de una norma general, moral o jurídica. Pero cuando se plantea la interferencia sólo nos queda determinar si ella es valorada jurídica o moralmente, por el sujeto que determina su conducta frente a otro y entonces estamos frente a una norma individual. Un ejemplo nos aclara más lo dicho: si el padre, basándose en lo que permite la ley, se dispone hacer un adelanto de herencia entre sus hijos, lo puede realizar, pero, indudablemente, a esta solución se ha llegado mediante una norma

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

jurídica general, interpretándola. La resolución que tome ese padre será una norma individual, y por eso el objeto del derecho es la conducta en interferencia intersubjetiva según una norma individual, mientras que si ese padre se hubiera manejado con normas morales su norma individual sería moral, la cual puede coincidir o no con la jurídica.

En definitiva, aceptar que hay un ámbito de impedimentos es valorar. El primer paso al determinarse en el ámbito de libertad otorgado por el ordenamiento, es normatizarse individualmente. He aquí la primera diferencia entre moral y derecho. La otra estará dada por el juicio de reproche y la distinta valoración que le cabe a cada una de estas dos ciencias, pero ello es "harina de otro costal".

### **b) Conclusiones**

La ciencia del derecho estudia una realidad - conducta humana - que como tal es el ser del derecho en términos jurídicos, una norma individual. Así aparece en el mundo exterior, un ser para otro en convivencia, en un tiempo existencia, que determina inexorablemente la interferencia intersubjetiva, con las notas de impedibilidad y de coerción impuestas por la heteronomía comunitaria de la norma general. Es que en lo jurídico siempre existe una alternativa ineludible, que importa escoger, valorar, un elegir dentro de un ordenamiento que otorga un marco de expectativas cuya elección determina una norma individual. En esto reside nuestra diferencia con la teoría egológica, tal como la ha enseñado su autor y maestro Carlos Cossio, quien con éxito defiende su pretensión ontológica haciendo notar que cualquier figura jurídica muestra en su base el hecho de la conducta en interferencia intersubjetiva, garantizando así una aprehensión directa como fenomenología y una omnitud a priori como esencia. La teoría egológica aparece entonces en la historia de las ideas jurídicas como la apertura hacia una ciencia cultural rigurosa con el dominio de la experiencia jurídica, frente a las teorías jurídicas preegológicas que no contienen una base ontológica intuitiva; es decir, ninguna cuenta con algún hecho lo suficientemente general como para que el ser de ese hecho pueda ser considerado como un mismo y constante fundamento. Fenomenológicamente son meras construcciones intelectuales, por carecer de base intuitiva. Tal ocurre con el empirismo exegético, que toma por base de sustentación sistemática un fenómeno como hecho: la voluntad del legislador. Pero es evidente que el ser de este fenómeno no aparece en ninguna figura jurídica del sistema por mera explicación intuitiva de lo que hubiere en ella, salvo en el acto legislativo mismo. El historicismo se remite no a un fenómeno único como la exégesis, sino a una multiplicidad de fenómenos. Pero la deficiencia ontológica - como dice Cossio(52)(216)- es similar, no sólo ahora como incertidumbre en el trance del caso originario si allí mismo quisiera aclararse su consistir genérico, sino también como sistemática más importante - como nexo cualitativo entre el precedente y el nuevo caso - donde, por explicación,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

habría de aparecer el precedente como calidad genérica. Sin embargo, únicamente un discurso puede sostener esta pretensión. El racionalismo dogmático mientras fue impuro, enunciaba que su base de sustentación radicaba en la finalidad de las normas, con lo cual, en rigor, se reproducía la actitud exegética con la sola diferencia de que el hecho fenomenológico radica en el jurista y no en el legislador. Y cuando se hace puro, con Kelsen, ya no se referirá a finalidad de la norma sino a la normatividad de la norma: al verbo "deber ser" como cópula de los juicios con que los juristas se expresan.

Nosotros no renunciamos a la experiencia jurídica, y sin embargo ubicamos la ontología en la "norma individual" (conducta), por cuanto en ella hallamos todo lo contingente propio de la experiencia como norma individual en la acepción formulada por nosotros.

Cabe, pues, al jurista o al juez la tarea de aprehender esa norma individual (conducta), tarea que se facilita porque tanto una como otra (norma conducta y norma sentencia) tienen un término común, la norma general. Por consiguiente, el ser del derecho es hecho, norma y valor, indisolublemente unidos en relación esencial de implicación. Corresponde, entonces, preguntarse ahora: ¿cómo se integran? y ¿cuándo se integran? La respuesta ya la hemos anticipado, pero la importancia del tema nos lleva a dedicarle el capítulo subsiguiente.

## **CAPÍTULO V NORMA INDIVIDUAL**

Hemos definido el derecho notarial como "la conducta del notario en cuanto realiza una norma individual". En consecuencia, el núcleo central de toda nuestra investigación apuntará justamente a la determinación de la norma individual, y por eso es necesario dedicarle un capítulo. El notario, en nuestro concepto, al ligar el hecho con el derecho - como dice Carnelutti - no puede hacerlo de otro modo que mediante normas individuales.

En este aspecto, es un creador, juntamente con las partes en el otorgamiento del documento notarial del derecho, y jurídicamente está obligado a incursionar en todos los campos del derecho; no hay sector de la ciencia jurídica al cual pueda el notario sentirse extraño, ha declarado la VI Jornada Notarial Argentina. Como no hay parte - agrega - de la norma jurídica que pueda más o menos a sabiendas prescindir de la evolución de las instituciones, de las cuales somos (refiriéndose a los escribanos) más que testigos, los artifices.

La norma individual notarial no difiere en nada de la norma individual, conducta a que hicieramos referencia en el capítulo III. Sin embargo, su especialidad y su problemática requieren una nueva disquisición; su similitud estructural con la sentencia judicial hace que le demos un tratamiento igualitario.

### **1. SU EXISTENCIA**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Norma individual es la posición jurídicamente valorativa y unitaria, dictada para un caso concreto, determinada por un poder de hecho y otro normativo. Como tal, es la realización dinámica del derecho o el derecho mismo. Es norma por su estructura, pues vincula un hecho concreto con su consecuencia y, por consiguiente, atribuye derechos y deberes recíprocos, individualizados por el caso concreto. A modo de lo que sucede en las de tipo de carácter general, en que la vinculación importa afirmar que la consecuencia jurídica está "imputada" a la condición.

En consecuencia, la decisión judicial continúa el proceso de creación del derecho que va de la esfera de lo general y abstracto al de la individual y concreto, pues el derecho no se compone solamente de normas generales, como con cierto prejuicio se suele pensar en él, por cuanto a través de todas las gradas de la estructura formal propia del derecho, se mantiene el esquema: dado A debe ser B, con sus propias particularidades.

Para llegar a esta conclusión es necesario recorrer algunos caminos que le son propios y necesarios; primeramente no hay que perder de vista que las normas individuales (sentencia, acto administrativo, contrato, etc.), como las normas generales, forman parte del orden jurídico total, y que no constituyen, especialmente la sentencia judicial y el acto administrativo, una deducción lógica de la norma general, sino que es "algo no contenido totalmente en aquélla"; porque las determinaciones individuales no están ni pueden estar en ese marco de posibilidades que es la norma general.

La existencia de relaciones de este tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez. El problema del orden jerárquico normativo fue planteado por vez primera en la Edad Media, siendo poco más tarde relegado al olvido. En los tiempos modernos, Bierling resucitó la vieja cuestión. El mencionado jurista analiza la posibilidad de establecer una jerarquización de los preceptos del derecho, y considera ya, como partes constitutivas del orden jurídico, no solamente la totalidad de las normas en vigor, sino la individualización de éstas en actos como los testamentos, las resoluciones administrativas, los contratos y las sentencias judiciales. El desenvolvimiento de las ideas de Bierling y la creación de una teoría jerárquica de las normas débense al profesor vienés Adolph Merkel. Hans Kelsen ha incorporado a su sistema la teoría de su colega. Es un error muy difundido entre legos y doctos - dice Merkel - el creer que el orden jurídico se agota o resume en un conjunto más o menos numeroso de preceptos de general observancia. Al lado de las leyes, dicho mejor, subordinados a ellas y por ellas condicionados, aparecen los actos jurídicos en su infinita variedad y multiplicidad. Tales actos son en todo caso individualización de preceptos generales, como dice Bierling. Merkel da a dichos actos la designación de normas especiales o individualizadas, para distinguirlas de las generales o abstractas. Unas y otras forman el orden jurídico total(53)(217).

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Ello rompe con aquellos esquemas de final de siglo y principio de éste, en el que sólo veían en la actividad judicial o administrativa, etc., una operación intelectual llevada a cabo exclusivamente mediante un silogismo (ley, etc.) : premisa mayor; hecho, premisa menor, y fallo o conclusión. Si realmente fuera así, no habría, frente a casos análogos, más que una solución jurídicamente válida. Pero la experiencia demuestra lo contrario y que frente a estos casos las conclusiones pueden ser diversas, y aún formalmente correctas (desde un punto de vista racional - deductivo). Y tanto ocurre en la vida jurídica, que se ha recurrido a un medio de dudosa constitucionalidad para unificar esas resoluciones dispares de un mismo cuerpo - fallos contradictorios de diversas Salas de una misma Cámara de Apelaciones - : "Acuerdo plenario". Si fuera de otra forma, estarían demás esos "acuerdos plenarios", como remedios procesales para unificar la jurisprudencia, como así también el recurso de casación.

La norma individual es algo más que la aplicación de la ley; es algo más que una deducción silogística; entonces ¿en qué consiste? ¿Es acaso únicamente una nueva valoración? ¿O es la compenetración de la interdependencia de la conducta y de la norma a través de una valoración? Cossio(54)(218)contesta hábilmente y con acierto a la primera pregunta, al decir que el juez no sólo refiere el caso a la ley por subsunción deductiva, sino que también refiere la ley al caso por dialéctica estimativa, con lo cual quiere decir que el carácter apriorístico de la ley respecto de la sentencia nos hace ver que el juez ha de descender de la ley a la sentencia con método deductivo, de tal manera que cualquier caso de la ley aparezca en la sentencia; ha de tener esa conformidad racional de lo general a lo particular, común a toda deducción. Pero en realidad el caso está sometido a la ley por subsunción sólo después que ha sido declarada apta para el caso por valoración. Por cuanto la ley es la que da la estructura a la sentencia desde un ángulo formal, y el hecho el contenido de la condición, que es a su vez el presupuesto de la consecuencia jurídica. En este plano sólo se ha cumplido con lo predispuesto por el legislador. Sin embargo al integrarse este hecho, aquella norma sufre, ahora, una primera modificación, como resultado de una complementación que coincide con el encaje del hecho a la norma. He aquí una nueva valoración, una nueva proposición, "la norma individual". En cuanto a la segunda y tercera preguntas formuladas al principio del párrafo (si la norma individual consiste en una nueva valoración únicamente o es la compenetración de la interdependencia de la conducta y norma a través de una valoración), han sido respondidas por nosotros en un trabajo anterior(55)(219).

## **2. ACTO CREADOR DEL DERECHO**

Toda norma - enseña Kelsen(56)(220)- por minuciosa que sea, deja librada al órgano ejecutor la iniciativa para una cantidad bastante amplia de decisiones, opciones éstas libremente tomadas por el órgano y que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

constituyen propiamente el proceso al que la doctrina tradicional ha venido llamando interpretación; además, advirtió este autor que la norma superior - constitución, ley, etc. - prevé un procedimiento para la producción de la norma inferior y en alguna medida el contenido; de suerte que la norma superior es un marco de posibilidades dentro del cual puede moverse la legalidad del creador de la norma inferior.

Ello, que es evidente, no conformó a muchos autores, no digamos aquellos que adoptaron una "concepción mecánica" de la función jurisdiccional, como la escuela de la exégesis, sino aquellos que niegan a la sentencia la cualidad de norma, a la par que la consideran como simplemente reproductiva. Sin embargo, ni aun en esta escuela racionalista por excelencia, el silogismo fue de aplicación exclusiva, pues nos es conocido por boca de Aubry y Rau, que el juez puede modificar la solución que surgiría del texto legal claro, cuando contraría la voluntad del legislador, lo que significa algo más que una operación mental de mera aplicación. Pero la historia demuestra que ésta no es la única vez que se ha negado la norma individual. Remontándonos a los racionalistas del siglo XVIII y principio del siguiente, cuyas ideas se reflejaron en los códigos - como el de Baviera de 1812 -, veremos que prohibían toda interpretación judicial, tal como lo había legislado el Fuero Juzgo en el siglo XIII, y si analizamos a los pandectistas alemanes, los juristas anglosajones del siglo XIX, españoles e hispanoamericanos, observaríamos que también éstos no fueron ajenos a aquellos esquemas jurídicos. "La concepción mecánica" de la función jurisdiccional, o de la sentencia como un silogismo, ha sido enérgicamente repudiada por la casi totalidad del pensamiento jurídico contemporáneo. Incluso, los pocos autores que en apariencia quieren seguir fieles a aquélla, le añaden una cantidad tan grande de importantes reservas y de substanciales limitaciones, que, en el fondo, la invalidan.

Contra esa tesis se ha pronunciado abiertamente: la jurisprudencia teleológica de Ihering; las doctrinas de Gény; las aportaciones de Oliver Wendell Holmes; la axiología jurídica de Stammbler; la teoría pura del derecho de Kelsen; la jurisprudencia sociológica norteamericana; la escuela alemana de la jurisprudencia de los intereses; el movimiento del realismo jurídico en los Estados Unidos; la teoría francesa de la institución; la escuela egológica argentina; las nuevas teorías de derecho procesal; y muchas otras manifestaciones del pensamiento jurídico de muy diversas tendencias, pero todas coincidentes en rechazar la "concepción mecánica" del silogismo(57)(221).

Pero, aun admitiendo que la sentencia o el acto administrativo fuera la conclusión de un pasaje deductivo, nada impide que esa conclusión importe una norma nueva, individualizada, ni que ese acto constituya una creación.

Para la egología el tema no presenta dificultad. Tanto para ella como para la teoría tradicional, la norma general es algo necesario al derecho - ya sea el objeto, como quiere la teoría tradicional; ya sea su concepto, como sostiene la egología - pues no puede crearse la norma individual

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sin una referencia temática al derecho positivo. La egología sostiene con razón que no hay inconveniente en admitir los conceptos generales juntos con los individuales, aunque dichos juicios utilicen la cópula "deber ser" - en pura lógica formal - tal como ocurre en la lógica tradicional del ser. Sin que obste a ello la extensión de un concepto, pues no se mide por el número de individuos que se subsumen en él, sino por el número de especies(58)(222).

Lo mismo sucede en la teoría kelseniana. No obstante, nos ocuparemos en determinar si se puede generar una norma individual, y en consecuencia, si se puede hablar de esta especie de norma y si la sentencia es una norma individual, en la teoría pura.

Kelsen explica el monismo normativista del modo siguiente: supóngase que un juez ordena al deudor A devolver 1.000 pesos a su acreedor B. Al amenazar en forma expresa o tácita al sujeto A con una sanción civil para el caso de incumplimiento, el juez "ordena" a tal sujeto pagar 1.000 pesos a B.

La decisión del juez es una norma jurídica, en el mismo sentido y por la misma razón que el principio abstracto según el cual si una persona no devuelve la cantidad prestada debe imponérsele una sanción civil, a petición del acreedor. La "fuerza obligatoria" o "validez" de la ley se encuentra intrínsecamente referida no a su carácter general, sino únicamente a su carácter de norma. Tomando en cuenta que, por su misma naturaleza, el derecho es norma, no hay razón para considerar exclusivamente como jurídicas a las normas generales. Si las normas individuales presentan en otros aspectos las características esenciales del derecho, habrá que considerarlas también como partes de éste(59)(223).

Sostiene Soler que en este párrafo de Kelsen se emplean las palabras "normas" y "derecho" en sentido fluctuante, y que lo esencial de ese pensamiento es la "identificación del sentido de las dos expresiones, sobre la base de considerar como carácter específico de la norma jurídica el de establecer una vinculación imputativa de dos términos mediante la cópula «deber ser». La afirmación es inexacta - como dice Vilanova -, aunque pueda deducirse de otros pasajes de Kelsen y no, precisamente, de éste. Lo que Kelsen sostiene en este pasaje no puede llevar a confusión, y es una ecuación que puede resumirse así: partiendo de la premisa kelseniana de que derecho = validez = "obligatoriedad" ("fuerza obligatoria"), y que derecho = norma jurídica, la sentencia es obligatoria (válida); por tanto: sentencia = derecho = norma jurídica.

La fuerza de convicción de la ecuación descrita por Kelsen y realizada por Vilanova está en la equiparación derecho = "fuerza obligatoria", pues validez no significa simple vinculación imputativa de dos términos mediante la cópula "deber ser", pues, notoriamente, dicha vinculación imputativa no tiene fuerza contra nadie ni es obligatoria. La que tiene fuerza de la cual deriva la obligatoriedad, es la sanción, pero no como concepto imputativo sino como dato real, pues efectivamente puede sucederle a uno que lo sancionen. Y por esto la norma es una



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

"amenaza"(60)(224).

La lógica formal descripta importa, además de validez, vigencia a través del principio de efectividad. Por cuanto la sentencia no es sólo válida sino también vigente. Dado que es ella precisamente la que conducirá a la eficacia, y por ello sostiene Kelsen que una norma es considerada válida bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden, que, considerado en su totalidad, es eficaz(61)(225).

Pero estas conclusiones, que aparentemente son claras, no son admitidas unánimemente, pues hay algunos, los menos - como dijéramos líneas antes - que consideran a la sentencia, por ejemplo, una repetición de la ley, y que al juez sólo le toca la tarea de determinar la vida propia de la ley.

Entre nosotros es Soler quien una y otra vez ha fundamentado esta tesis. Así ocurre - dice ese autor - cuando la norma establece: se aplicará prisión de un mes a seis años al que defraude a alguien mediante ardid. Con el planteamiento a que nos venimos refiriendo parecería que el proceso interpretativo consistiera solamente en la acción concreta del juez, el cual, frente a una determinada estafa, crea la pena que impone a un sujeto entre un mes y seis años; creación dentro del marco legal.

Es evidente, sin embargo, que la consideración de ese aspecto de la actividad del juez no significa apreciar con plenitud la acción que ese órgano cumple. Desde luego que es un problema el de elegir entre un mes y seis años, y que en él la voluntad del juez se mueve con bastante amplitud, aun cuando ésta no sea tanta como algunos teóricos parecen inclinados a creer, pues la determinación de una pena concreta dentro de un sistema de escalas penales está, a su vez, regulada en la medida por otras normas distintas de la que hemos tomado como ejemplo, normas contenidas en todos los sistemas del derecho positivo y que constituyen otros tantos marcos a los cuales el órgano debe ajustar su acción... Acaso sea exacto en algunos casos seguir hablando de un marco, pero nos inclinamos a creer que no; que esos conceptos más bien responden a la idea de si están o no compuestos por un conjunto de notas que se dan o no se dan y, en consecuencia, son o no son(62)(226). Aparentemente parece cierto, pero no lo es, ya que se puede cumplir la norma propuesta, por Soler mencionada, y no cometerse el delito de estafa; tal ocurre si alguien concurre a un negocio y engaña al patrono del mismo, consiguiendo distraer su atención y sustrae el objeto. Pese a haber perjuicio y engaño - requisitos de la norma propuesta -, el hecho debe calificarse como hurto. A modo de aclaración hacemos notar que el caso ejemplificado no difiere en general de la estafa del artículo 172 y sin embargo no es estafa. ¿Por qué? La respuesta es sumamente fácil. No ha habido por parte de la víctima "disposición patrimonial" debido al engaño, que es de la esencia de la estafa; sin embargo, es sabido que no surge ni del texto ni de las palabras, sino de la interpretación de esa norma. Es la jurisprudencia, a través de la norma individual complementada dogmáticamente y no producto de una deducción silogística, la que exige que sea la propia víctima la que se despoje de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

algo a causa del engaño y determine un delito de doble voluntad.

Grunhut, por citar un autor, dice con mucha claridad: "la estafa es un delito patrimonial mediante el cual el autor convierte a la víctima en instrumento de su propósito criminal".

El contenido criminal reside en un hacerse dar y no un tomar para sí, en una dación y no en una aprehensión(63)(227). Lo interesante es, en el ejemplo traído a colación, que el encartado sufrirá una pena que no será de un mes a seis años (estafa), sino de un mes a dos años (hurto) según el Código de 1922, de donde toma las penas Soler. Muchos otros ejemplos podrían darse para rebatirlos y se verá que la solución no sólo está en "elegir entre un mes y seis años".

Dirijamos la mirada a lo que se suele llamar "estafa con medios mecánicos". En nuestra capital, la Cámara del Crimen debió recurrir a un plenario, pues se halló frente a la incertidumbre de que muchos jueces de 1ª y 2ª instancias la calificaban de modo diferente (unos, hurto, otros, estafa). En varios países se ha planteado el problema, por ejemplo en Italia, donde, según Tolomei(64)(228), ese hecho constituye estafa, porque el autor induce en error mediante el engaño, consistente en la alteración del medidor (gas, agua, electricidad, distribuidores de mercaderías automáticos, etc.) para obtener un provecho ilícito, y el proveedor, engañado de esta manera, cobra al usuario un importe inferior. En cambio, la jurisprudencia italiana reconoció en esa alteración por parte del usuario el delito de hurto calificado por fractura (art. 404, núm. 4), sosteniendo con razón que el culpable no se apodera de la cosa ajena con el conocimiento del propietario de la cosa, sino contra la voluntad de éste. Puede ocurrir que se engañe a un sujeto distinto al defraudado, y hay estafa (el caso de la llamada estafa procesal), es decir, que usando del mismo texto antes indicado por el autor que criticamos, se llega a encuadrar conductas que aparentemente parecerían no estar contenidas en la norma general. El creador de la norma individual ha realizado algo más que una valoración cuantitativa. Si se examina la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, podemos comprobar que en Alemania se ha aceptado definitivamente que no es necesaria la identidad personal entre la persona engañada y perjudicada, y que únicamente se exige que el engaño debe ser el que realiza la disposición patrimonial.

En doctrina hay tres posiciones bien definidas, una que niega su existencia y que se opone a considerar que en la norma individual hay una creación, sosteniendo, en cambio, que la función que cabe al intérprete (juez, funcionario o un particular) es la de simple aplicación. Mientras otros "consideran que existe la norma individual y que constituye una verdadera creación", y por último, una tercera posición admite que en ciertos casos hay una "auténtica decisión" y no simple deducción, pero niega que siempre haya creación. En otras palabras, esta última sostiene que puede ocurrir que existan hechos constitutivos que están claramente comprendidos en el área de significado central de los términos o expresiones en que la regla consiste, en cuyo caso hay

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

simple deducción y no creación; y que también puede haber hechos que se encuentran en lo que Carrió - siguiendo a Hart - llama "zona de penumbra", es decir que son marginales o atípicos, y dan lugar a creación.

A los casos del primer tipo se los suele llamar claros, puesto que el intérprete encontró su adecuación al caso concreto, el significado que efectivamente quiso poner en la norma, la autoridad que la sancionó; o el significado que en el contexto y situaciones semejantes le acuerda actualmente el uso preponderante. En cambio, en los casos del segundo tipo los de la zona de penumbra son aquellos atípicos, marginales o insólitos, si existe creación. El caso no está claramente incluido, por el significado "descriptibles de las palabras de la ley". Entonces requiere el juez una operación mental realmente creadora. Aclarando más ese sentido de la zona de penumbra, no deriva de ignorancia de los hechos, sino de ignorancia del significado efectivo de la regla en relación con los hechos.

Se ha dicho, también, que cuando se equiparan artificialmente todos los casos con los llamados "casos claros", se incurre en el vicio de formalismo (o racionalismo). Consiste, fundamentalmente, en no ver los problemas de la penumbra. Y cuando por lo contrario la homogeneidad se alcanza sobre la base de equiparar artificialmente todos los casos con los de penumbra, se incurre en el vicio opuesto, que a falta de una denominación corriente se lo llama realismo(65)(229).

Desechada la primera posición y considerando que la intermedia - o sea la tercera descrita precedentemente - aparentemente se acerca a la verdadera, pensamos que por mínima que sea la labor interpretativa siempre habrá creación, como se verá más adelante. Además, es difícil delimitar la existencia de la zona de penumbra, ya que requiere la adopción de una actitud crítico - valorativa y no una aplicación automática. Tomemos por ejemplo el homicidio emocional, cuyo verdadero sentido jurídico no es fácil determinar, quizá porque su substrato material tan ligado a la vida abarca tremendos dramas pasionales o emocionales, no siempre captados por el jurista, quizás porque la norma contiene una exigencia psicológica y otra valorativa. Tal la "valoración jurídica" postulada por Peña Guzmán(66)(230) que enfrentó la autorizada voz del maestro Juan P. Ramos y la jurisprudencia unánime del país, que veinte años había reinado pacíficamente en nuestros tribunales, exigiendo, cuando menos, que lo excusable se fundara en "motivos éticos". Pero, como ocurre generalmente, la doctrina paulatinamente fue apartándose de esa línea, al censurar las exageraciones de algunos fallos de rigidez draconiana y comenzó a admitir la tesis atenuante privilegiada. En consecuencia, ¿puede decirse que aún hoy existe una zona de penumbra o que existió durante esas dos décadas?, o es que en definitiva la ley impone a quien debe aplicarla la obligación inexorable de valorar el hecho, según su vivencia de justicia en el caso concreto. Pero para llegar a esa conclusión, el jurista y sobre todo el magistrado penal - en el caso ejemplificado - debieron interpretar

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

una expresión nueva en nuestro derecho, que soportó los brillantes embates de una autoridad como Ramos, y otras veces una interpretación psicologista que era propia de una ciencia del ser, lo que retrasó su correcta aplicación. Es que pocas veces el intérprete logra evadirse de esa especie de asfixia producida por la teoría mecánica - zoológica - del hombre delincuente, sin considerar que el centro de la investigación es la personalidad moral del hombre como individuo, que tiene libertad y dignidad propias que deben ser sopesadas. En este aspecto estudia el obrar humano como objeto cultural, criterio que permite elevarse del ciego mundo de la naturaleza al otro axiológico, que realmente sienta las bases de un juicio jurídico, a través de la norma individual, sin privarse la linfa vital de la estimativa jurídica. Y ocurrió que lo que pareció un texto claro, durante largo tiempo, no lo era. La norma general necesitó realizarse en la corrección de una norma individual para vivir la realidad existencial estimativamente valorada. Así, unos y otros ejemplos(67)(231)nos llevarán a la exactitud de lo dicho.

En consecuencia, estamos en desacuerdo con Carrió por considerar imposible una delimitación del término penumbra, y por tanto, no puede ser él una nota connotativa determinante de una creación de la norma individual. Lo que sucede es que siempre, nosotros pensamos, hay creación, en mayor o menor grado.

¿Por qué sucede ello? Difícilmente podrían responder aquellos que no están enrolados en una posición racionalista tradicional, ya que como se ve, no se trata de un simple proceso de comparación entre el hecho que se declara probado y la norma general, ni es el derecho un fenómeno more geometrico tan simple y aparentemente claro. Actualmente sabemos que ese fenómeno es complejísimo y que carece de la simplicidad antes supuesta. Es un fenómeno de una complicada estructura integrada por elementos diversos, difíciles de apresar, confusos, sorprendentes. Sobre la armazón lógica hay elementos alógicos de tipo real y sentidos axiológicos de especie jurídica montados en sentidos políticos, técnicos, económicos y otros(68)(232).

Si no fuera así, la jurisprudencia sería innecesaria como fuente, afirma Cueto Rúa(69)(233). El caso, como arquetipo o ejemplo de un género - agrega -, sería sustituido por la descripción efectuada por el legislador con sus palabras. Pero esta respuesta es superficial e ignora la experiencia jurisdiccional. Si la relevancia de los hechos hubiera de depender exclusivamente de la descripción que efectúan las normas generales, ¿podríamos resolver casos concretos con sólo el concurso de las normas generales del ordenamiento? Por supuesto que así eliminaríamos figuras, como el "abuso de derecho", que sólo puede existir si admitimos un acto de valoración del juez que debe alejarse del derecho positivo y, por tanto, de la norma general, para introducir normas metajurídicas impuestas por el orden social existente. La formulación de la norma individual no importa un procedimiento simplemente maquinal, sino que por el contrario requiere un conjunto de operaciones intelectuales. El derecho nunca puede contradecirse, ya que cuando una

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

norma establece que algo está permitido, otra no podrá disponer su prohibición, salvo que se agregue un aditamento condicional al juicio, que la haga posible. Ello lleva a remontarse y descender en la estructura escalonada de las normas (art. 31, Constitución Nacional) hasta hallar la formulación de la norma general (v. la inviolabilidad de la propiedad, art. 17, Constitución Nacional y el presupuesto del art. 162, Cód. Penal, incluido entre los valores fundamentales). Aparentemente, parecería que en la dinámica formal, en razón de lo expresado, el conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos no podría presentarse, pero la eventualidad hace que la defensa de un bien jurídico signifique a veces que el ataque a otro de idéntica significación, de superior o inferior valor, sea tolerado por circunstancias ante las cuales el derecho se ve forzado a reconocerlas y dar cabida a casos especiales que son, precisamente, aquellas condiciones que evitan la contradicción lógica entre lo permitido y lo prohibido a la vez. En segundo lugar, debe distinguirse en toda norma una "objetiva valoración" del derecho que materializa esa objetividad de vida y una "norma subjetiva de determinación" que se deduce de aquella norma, y se dirige al individuo, y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y emitir, para satisfacer dicha norma de valoración(70)(234).

El derecho a través de sus normas de valoración y determinación se refiere a un hecho externo - conducta - pero ello no es óbice para que no deba referirse a la conducta interna o subjetiva. De ahí que se recurra - por ejemplo - al examen del animus en derecho civil (derechos reales), etc., y, en consecuencia, al análisis de los elementos subjetivos de la normatividad (en derecho penal, el elemento subjetivo del injusto).

La valoración jurídica se realiza por medio de normas jurídicas, por cuanto ellas, aunque no encierran un juicio de valor, lo presuponen. En consecuencia, su aplicación significa creación, tal como se da en el mundo cultural, es decir, la formación de una cosa a partir de algo preexistente, pues crear no sólo significa *criatio ex nihilo*, creación de la nada (por ej., la voluntad de Dios), sino también reproducir en algo el objeto conocido. En otras palabras, se parte de algo preexistente para llegar a algo distinto (norma general, norma individual). Sin ese acto ejecutado por el juez o funcionario, etc., no habrá la vinculación in concreto de la consecuencia al hecho. No creemos - con Legaz y Lacambra(71)(235)- que tenga menos carácter normativo que su vinculación hipotética e in abstracto. Pues, por ejemplo, si el condenado a prisión se evade de la cárcel en que cumple su condena, la norma individual (sentencia) que lo condena, sigue siendo válida; no constituye un simple hecho jurídico que desaparezca al desaparecer su *substrato* material. En suma, la norma individual es una referencia concreta de las limitaciones impuestas por el caso; pero eso no quita que no sea una verdadera norma, y por consiguiente, no es simple la "subsunción lógica" a que hacíamos referencia, sino que presenta una verdadera creación del derecho, pues la norma general siempre es un concepto genérico, y el género contiene diversas especies y la norma individual será esa

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

especie a través de una nueva valoración, a la vez que en cierto modo determina la eficacia de la norma general. Tal es lo que ocurre en derecho penal con la llamada justificación supralegal, que se logra conforme a un acto de valoración de acuerdo con los principios del orden jurídico; con el derecho civil, con el abuso del derecho.

No hay pues dificultad para admitir que el acto administrativo sea norma individual, que surge de uno de los órganos del Estado, con competencia para resolver casos concretos, aunque de esos actos se pueda apelar al Poder Judicial. Tampoco la hay para aceptar como normas individuales. los contratos, cuyos términos obligan a las partes como la ley misma, y las sentencias judiciales, que mediante un acto valorativo - dentro de un ámbito o marco normativo - permiten varias soluciones, lógicamente correctas, entre las cuales habrá de elegir, el intérprete, una.

### **3 ESTRUCTURA LÓGICA DE LA NORMA**

La norma individual - habíamos dicho - posee la estructura normativa, pues vincula un hecho concreto con su consecuencia y atribuye, por consiguiente, derechos y deberes individualizados para el caso concreto. Estamos persuadidos de que la ley apunta significativamente, en el supuesto jurídico de su imputación coactiva, a un "tipo" de conducta, a una generalidad, mientras que lo expresado por la sentencia en su relato, es siempre un "hecho" de conducta individual. En consecuencia, "el modo de darse" del esquema de conducta descrito, en el antecedente de la norma primaria, es el de reproducción anticipada, mientras que el modo de darse del hecho concreto de conducta, que describe la sentencia en su relación, es el de la reproducción de "lo ya ocurrido". En efecto, el antecedente de un juicio tiene su origen constitutivo en un juicio posible, y este juicio posible se fundamenta en una expectativa, es decir, en una anticipación. Por su parte, los juicios de una descripción histórica encuentra su fundamentación y validez en la estructura vertical y horizontal del ordenamiento jurídico(72)(236), al igual que la propia norma general.

Estas diferencias, entre ley y sentencia, no afectan, como se ha dicho, la unidad de las diversas especies de normas (generales e individuales) que constituyen el género norma, ni impiden que en el pasaje de una a otra haya un acto de creación.

Así, por ejemplo, la norma general dirá: "si alguien se apodera de una cosa ajena..."; en cambio la norma individual dirá: "Ticio se apoderó de una cosa ajena...". Si bien son dos oraciones que encierran juicios distintos - como dice Soler(73)(237)- no sólo por su forma lógica sino también por su objeto y por el modo que tiene de mencionarlo, no hay por qué - pensamos - negarle su carácter normativo, pese a que aceptamos como cierto que el primero es una abstracción, una idea, mientras el objeto del segundo es un hecho. El "modo mencionante" es lo anticipado por la ley, mientras lo ocurrido, "valorativamente" estimado, constituye la norma individual. Que una sentencia judicial esté fundada

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

en la ley no significa otra cosa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley representa; no significa que no sea una norma individual, sino una de las tantas normas individuales posibles dentro del marco de la norma general.

La coexistencia inarmónica del hecho y de la norma jurídica se expresa, conceptualmente, en la estructura lógica de la proposición normativa individual de valoración.

En consecuencia, la estructura es un juicio cuya enunciación puede formularse esquemáticamente del modo siguiente:

(norma primaria o perinorma). Dada no Pc, debe ser Sv o no Sv. (norma secundaria o endonorma). Dada Sv o no Sv, debe ser C.

Es decir, que la norma primaria o perinorma significa que dada la no prestación (no Pc), en un caso concreto, debe ser: o la sanción o la no sanción (Sv o no Sv), acto valorado por el juez o Por el acto del funcionario administrativo o por el particular pretensor. Dada la sanción o no sanción (Sv o no Sv) - norma secundaria o endonorma -, debe ser el cumplimiento de esa resolución (C).

Como puede observarse, la norma individual repite esquemáticamente la formulación de la norma general (primaria o perinorma) con la diferencia que contiene la no prestación concreta y la nota de coerción o no valoradas por alguien determinado - juez, funcionario o particular - . Así, la norma general dirá "dada una cierta conducta de hombre, debe ser un acto coactivo (S sanción) por parte de un órgano del Estado (pena o ejecución forzada). En cambio, en la norma individual se dirá "dado un homicidio ocasionado en tales circunstancias de tiempo y modo, debe ser la reclusión o prisión de tantos años del que lo cometió" o "dado un homicidio ocurrido en tales circunstancias de tiempo y modo, debe ser la absolución del que lo cometió". Mientras una expresa algo que puede o debe ocurrir si hay un hecho antecedente, que es el presupuesto de una sanción (norma general, declaración abstracta de ilicitud, jurídicamente contenida en la norma), la otra - individual - establece, también imputativamente, que algo debe ser concreto, aunque no se realice, a la vez que presupone un juicio de valor.

En consecuencia - con Aftalión, García Olano y Vilanova(74)(238), debe advertirse que pese a su identidad verbal ("dado el entuerto, debe ser la sanción"), es incorrecto identificar la norma primaria de Kelsen, con la perinorma de Cossio, porque mientras aquélla es un concepto que representa la conducta del juez, la perinorma de Cossio alude a la conducta o la vida del transgresor, desde que se inserta en ella el acto de coacción estatal (por encarcelamiento, ejecución forzada). Nosotros más cerca de los egológicos, hacemos notar que la norma primaria o permorma - de la norma general - sólo alude a la conducta y a la coacción estatal en forma abstracta, mientras que la norma primaria o perinorma - de la norma individual - alude a la conducta del juez en concreto.

No es necesario hacerlo notar, pero sin embargo lo agregamos a modo de aclaración: la norma secundaria o endonorma - de la norma general -

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

es aquella que evita la consecuencia coactiva, como lo es en la norma individual, pero su formulación es diferente, aunque ambas definan la conducta lícita; mientras una se refiere a "cualquiera", la otra - individual - al sujeto que debe cumplir la ejecución de la norma individual, por ejemplo, el cumplimiento de una orden de detención o de libertad como consecuencia de una sentencia condenatoria o absolutoria. Indudablemente, la formulación debe ser distinta, pues si hubiera conducta lícita, habría cumplimiento de la prestación indicada en la norma general (secundaria o endonorma) y no daría lugar a la norma individual, salvo excepcionalmente el caso del proceso contra lege.

Como dijimos, la norma secundaria o endonorma - de la norma individual - también indica la conducta que evita la sanción, tanto para el obligado frente a alguien pretensor, como para los funcionarios obligados ante la comunidad pretensora. De tal modo que la falta de cumplimiento iniciará una cadena normativa nueva. El caso estará determinado por el siguiente esquema: dado el no cumplimiento, debe ser la sanción, que es una norma primaria. Entonces, la norma secundaria o endonorma de la norma individual cumple la misma función que la secundaria o endonorma de la norma general. Su validez estará supeditada a su apoyo en otra norma, la cual contiene un valor axiológico y estará integrada en su contenido conforme a un procedimiento. Cabe al juez o al funcionario desenvolver y determinar el punto estimativo de la norma fundante.

Este proceso de creación es lo que caracteriza el orden jurídico, pero mientras el "contenido puede o no insinuarse expresa o implícitamente", el aspecto formal es fijo y expreso, y de él no se puede apartar.

En consecuencia, la norma individual es la conjugación de un objeto cultural con uno ideal y un presupuesto de valor. Como consecuencia, a la norma general se le han introducido elementos nuevos que se integran para originar una nueva norma, una realidad concreta de la vida y una valoración.

#### **4. CONSECUENCIAS**

En suma, de acuerdo con lo expresado en la ecuación kelseniana, lo sustentado por la teoría y de acuerdo con lo determinado en el esquema lógico precedente, no hay razón para considerar que el derecho admita únicamente normas generales, si justamente son las normas individuales las que determinan la compenetración integral del derecho (hecho, norma y valor) y su efectividad. Por la sencilla razón de que el hecho jurídicamente valorado que da origen a la norma individual no se introduce en la lógica jurídica del "deber ser" de la norma general, sino que se apoya o se funda en esa norma general en relación de subordinación de una inferior a una superior, en relación de género a una especie (varias especies), cuando la primera es creada de acuerdo con el procedimiento previsto en la segunda. No es ajeno al pensamiento de los ególogos que las normas jurídicas siempre presuponen o



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

representan conductas de hombres que conviven y se interfieren. Lo que equivale - en lógica - a decir que las normas son conceptos, aptos de expresión, por los cuales, mediante el empleo de ciertos signos verbales, se dice algo acerca de algo. Pero mientras en las normas generales ese algo que se dice, es sin duda un concepto o significación de un pensamiento que mienta un objeto ideal de representación intelectual, como puro pensamiento pertenece al campo racional, intemporal y aespacial del juicio y del concepto. Al contrario, la norma individual, por contener un substrato de conducta, posee una significación de sentido, cuya realidad es una valoración del juez o funcionario, pero que a su vez importa una norma, y como tal, también presupone un juicio de valor (deber ser). Sin embargo, parecería ser una contradicción afirmar que es una valoración y luego una norma, pero una (la norma) es la expresión de un acto realizada por aquéllos (juez, funcionario, etc.).

Su diferencia - norma general e individual - es justamente lo que ha permitido darle un nombre determinado por sus caracteres, por su origen y por sus consecuencias.

Puesto que las normas individuales permiten el desenvolvimiento voluntario y creador del derecho, determinando en cada caso cuál es efectivamente.

La ciencia del derecho como tal ha de ser, entonces, el estudio de esas normas generales, de sus estructuras y relaciones, en una tarea valorativa, destinada a desentrañar el funcionamiento "potencial", tal como es y ha sido declarado en la norma individual.

Es un error decir por ello que la ciencia del derecho se constituye en una "teoría de la experiencia", y no por su conducta (que es un objeto cultural) que potencialmente contiene la norma general y concretamente constituye la norma individual. La norma individual, al integrar la jurisprudencia como fuente de derecho, pasa a convertirse en "norma general", vuelve al género que le da su origen, convirtiéndose desde ese instante en un objeto ideal. Su sólo estudio será tan dogmático como el estudio de la norma general, pero el uno no cabe sin el otro.

Buscando a Kant, diríamos que la norma general es la forma y la norma individual contiene la materia a través de una valoración. Diríamos entonces que le hemos dado la función a esa forma literal. Como resultante de ese corolario, la norma individual puede modificarse cuantas veces existan nuevas valoraciones para un mismo caso concreto, sin que la norma general se haya perturbado en su composición formal. El error de los formalistas - y aún de algunos realistas - es creer que la sentencia, por indicar una norma individual, es la complementación de la norma general, cuando en realidad aquélla no la interfiere ni la modifica sino que es la formación de algo a partir de otra preexistente (creación), tal como significa creación en el mundo de la cultura.

**CAPÍTULO VI EL VALOR EN LA AXIOLOGÍA JURÍDICA**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El último de los temas de la teoría general del derecho es el referente a los valores, que creemos importante vincularlo con el derecho notarial por cuanto ese derecho, como todo otro, se halla unido inescindiblemente al derecho como ciencia. Como tal, el objeto del derecho notarial pertenece a la categoría de los que tienen implícitamente la característica del valor, que da, justamente, lugar al objeto cultural, con las particularidades que el normativismo impone. El valor de ese objeto real le imprime a ese objeto un método, del cual no puede ni debe apartarse todo derecho para no caer en un equívoco, como hemos expresado en capítulos anteriores.

En tanto y en cuanto el notario participa como jurista en "dar a cada uno lo suyo", participa de ese valor justicia, y si es cierto que el valor constituye una de sus dimensiones no es raro que el notario se pregunte: ¿qué es ese valor?

## **1. INTRODUCCIÓN**

Desde que el hombre empezó a pensar - se ha dicho - no dejó nunca de preguntarse: ¿Qué es lo realmente bueno o valioso? Toda la historia de la ética no fue sino un continuo estudio de este problema; ocupó un lugar central en el pensamiento de hombres como Platón y San Agustín, Spinoza, Kant y Fichte(75)(239). En consecuencia, el derecho como parte de la ética no pudo escapar a esa reflexión, máxime que él es una realidad, que posee la forma normativa, a la vez que es valorativamente positiva o negativa; es norma con especiales características en cuanto realización de un valor elaborado por la sociedad para la sociedad misma.

Expuesto de este modo singular, puede afirmarse que el derecho es "hecho, norma y valor", indisolublemente unidos estos términos entre sí en relación de esencial implicación, nunca interpuestos, sino que, por lo contrario, son tres aspectos entrelazados de modo indisoluble y recíproco(76)(240).

Muchos se oponen a esta concepción, y si bien algunos desechan de la trilogía el valor, otros en un campo puramente lógico sólo aceptan la norma como objeto único del derecho. Nosotros hemos sustentado en otro trabajo(77)(241) aquella posición doctrinaria.

Toca ahora tratar esta nueva dimensión. Para ello ubiquémonos en la realidad y advertiremos que la vida es esencialmente un devenir, una creación continua, de manera que marca en la conducta un modo de manifestarse, que no es otro que prefiriendo, eligiendo o determinándose frente a una situación cualquiera, y ello implicará una "valoración". De ahí que para decidir hay que elegir; para elegir, preferir, valorar(78)(242).

Obsérvese que todo individuo frente a un hecho real de la vida, sea cual fuere: un accidente de tránsito, un examen, una sentencia judicial, se inclina a juzgar a los autores del hecho, es decir, todos se colocan o nos colocamos en la situación de jueces, es decir, que experimentamos un

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sentimiento de justicia. Frente a un cuadro artístico, a una obra de arte, todos o casi todos percibimos la belleza, y sin mayor esfuerzo hemos obtenido otro valor.

Por ello afirmamos que los valores existen, aunque haya quienes afirman que no pueden ser demostrados deductivamente. No hay duda que del observar conductas justas, hacer bien al prójimo, dar a cada uno lo suyo, etc., podemos inferir de esas actitudes vivientes que son cualidades que caracterizan a un objeto. A la vez, que determinan una referencia a otro valor, inmaterial, que constituye el punto de referencia de esa apreciación, el valor puro. He aquí dos interrogantes: ¿Qué son esos valores que se dan en las cosas? ¿Qué son esos valores que usamos de referencia?

## **2. PUNTO DE PARTIDA**

Las reflexiones atinentes al valor son un tema de hoy, mas el uso del valor es tan antiguo como el ser mismo o, por lo menos, tan antiguo como aquella filosofía que se ocupa del ser. Y no es patrimonio solamente de las doctrinas filosóficas, sino del mismo lenguaje vulgar a través de los juicios de existencia.

Su ausencia no es, pues, debida más que a la subsunción de lo valioso en lo verdadero o existente o, si se quiere, del valor en el ser. Evidentemente el ser significa realidad; pero ¿acaso es la única? o ¿todo lo real debe ser? No, existen otras realidades sin ser, y ellas son precisamente los valores. Identificar uno y otro nos ha permitido distinguir los caracteres ontológicos propios de cada una de las entidades y por eso la filosofía actual se propone, independientemente del ser, descubrir la esencia y sentido de los valores. Tema éste que se ha convertido últimamente en el centro capital de meditación ya que, al decir de Nietzsche, no debe interpretarse la filosofía como una posición del pensamiento de la realidad, sino como una actitud frente a los valores. Es así que el valor se descubre como el fundamento esencial de las concepciones del mundo, las cuales consisten, en última instancia, en el predominio del valor como otra realidad más de la que no puede evadirse el derecho mismo. En Brentano, el amor justo era aquel amor evidente que lleva en sí mismo la razón de su justeza. Era el amor a un objeto que muestra evidentemente que la actitud adecuada para referirse a él es la de amarlo. Un objeto es amable con amor justo cuando obliga a reconocer esa auténtica cualidad suya de exigir ser amado. Estamos a dos pasos de la teoría de los valores. Cuando yo prefiero una cosa es que veo que esa cosa tiene valor, es valiosa. Los valores son, pues, algo que tienen las cosas, que ejerce sobre nosotros una extraña presión; no se limitan a estar ahí, a ser aprehendidos, sino que nos obligan a estimarlos, a valorarlos. Podrá ser una cosa buena y no buscarla; pero lo que no puede hacer es no estimarla. Verla como buena es ya estimarla; los valores no nos obligan a hacer nada, sino a esa cosa modesta, pequeña e interior que es estimarlos. Valor, pues, es aquello que tienen

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

las cosas que nos obliga a estimarlas(79)(243). Es la misma realidad, a la que muchas veces se contraponen el mundo de cultura o de naturaleza, y en ellas mismas podemos hallar o aún explicarnos el origen y creación de los valores. Así, mientras el felino, sea cual fuere, vive y se reproduce como hace 2000 años (aunque, por ejemplo, el gato se adecua al mundo moderno porque en él vive), sin que su nueva experiencia pueda ser transmitida a las generaciones venideras(80)(244), en cambio, el hombre transmite la experiencia de las generaciones anteriores al mundo que lo sucede proyectándola al futuro, a la vez que intentará hallar otros horizontes. Cuán difícil e imposible pareció llegar a la luna a nuestra generación, y qué fácil le será a las venideras, que han adquirido esa nueva técnica. Cuán fácil es lograr la luz y la sombra al artista de hoy en un cuadro y qué gran hallazgo lo fue en su tiempo para Caravaggio ("iluminismo") o para Berromini en las arquitecturas romanas, a través de sus fachadas cóncavas y convexas, a fin de lograr dominar la luz al igual que Caravaggio en la pintura.

Con ello se quiere expresar que mientras el gato, a través de múltiples generaciones, en nada enriqueció ni enriquecerá a su conglomerado, el hombre de ayer aportó a la sociedad de hoy los adelantos técnicos y culturales, que perfeccionados y renovados servirán de punto de partida para nuevos progresos al hombre del futuro, y no sólo elementos técnicos, sino también espirituales, como los que llamamos "valores".

Valores que se van desglosando de la realidad misma, que se muestra generosa al señalar aquellos en que están encarnados un sinnúmero de objetos que los hallamos valiosos, especialmente objetos culturales - conducta -, que interesan al derecho tanto como a la moral. De esa estimación nace esta parcela de la cultura y así se enriquece ese mundo, que, por su origen, no es, en última instancia, ni corporal ni anímica, sino espiritual (Spranger) pero también real. Y, en consecuencia, la vivencia del valor llega a ser una obra de conjunto. La que desde luego no ha sido creada o no ha tenido una función creadora, sino que ha sido aprehendida. No es absurdo reconocer que muchos de los valores han sufrido una evolución o han tenido un extenso desarrollo desde los tiempos más remotos, hasta llegar a los tipos más perfectos. Sin embargo, lo importante para nosotros no es dar forma gráfica a un ideal que sobrepasa los límites de toda posibilidad de concretarse ulteriormente; lo importante está en que el hombre desde el principio de la historia ha sido creador de normas de convivencia social, alrededor de las cuales ha podido organizar toda su vida bajo el concepto de lo que debe ser. Ello explica que las valoraciones difieren según el tiempo y el lugar. Es probable que un crimen haya sido considerado en algún lugar a cierta época, justo y aun loable, pero esto no prueba que el valor no exista ni que no sea objetivo. Lo que sucede es que no ha sido un valor verdadero. Hay que hacer notar el hecho significativo de que a aquellos juicios de valor se les atribuye objetividad en forma tan real como la asignada por nuestras percepciones sensoriales. Cuando percibimos un gato, nuestra percepción no significa meramente que en nuestra

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

conciencia tiene lugar un proceso psicológico, sino que estamos viendo y oyendo un gato real, o al menos creemos que un gato real es el objeto de nuestra percepción, de igual manera que cuando juzgamos que es injusto robar o que el Monte Cervino es sublime. Puede que nuestras percepciones sensoriales sean erróneas y están sujetas a la crítica que el pensamiento hace de toda experiencia; existen ilusiones y alucinaciones que pueden ser corregidas por una reflexión razonable. Así también nuestros juicios o percepciones de valor pueden ser erróneos e igualmente necesitan crítica y organización<sup>(81)(245)</sup>, en cuyo caso acudimos a la lógica, a la estética, a la justicia o a la equidad, etc., según se planteen valores intelectuales, valoraciones de belleza o valores jurídicos. La presencia de juicios erróneos<sup>(82)(246)</sup> de valor en la experiencia, al igual que las ilusiones en el mundo de la naturaleza, no destruyen más la objetividad de los valores que la objetividad del mundo de la naturaleza.

En suma, siguiendo a Ortega y Gasset<sup>(83)(247)</sup>, digamos que los valores pueden percibirse o no, ya que, según pensamos, siempre se requiere un sujeto que les dé vida o que los viva. Y así como el conocimiento requiere un sujeto y un objeto, así los exige el valor, y uno y otro nacen cuando el hombre actúa. Cada hombre, cada época, tienen una sensibilidad para ciertos valores y la pierde o carece para otros; existe la ceguera hacia un valor, por ejemplo para el estético, o para el valor religioso en algunos hombres. Los valores - realidades objetivas - se "descubren", como se descubren los continentes y las islas; a veces, en cambio, la vista se obnubila para ellos y el hombre deja de sentir su extraño imperio, deja de estimarlos, porque no los percibe. Con ello queremos decir que para ser valores deben existir y que, por lo tanto, tienen en el mundo del ser un lugar tan legítimo y obligatorio como aquél.

### **3. CONCEPTO: VALORES PUROS Y VALORES MATERIALES**

Los valores están dados en el mundo y ellos se alojan en los objetos; el hombre es su descubridor y su realizador, y es él el que los hace vivir.

Pero no les da su existencia, puesto que lo preexisten. Y del contacto hombre - objeto surge la vivencia del valor, y de la estimación, el valor que se objetiviza aun a pesar del propio sujeto. Cuando más se objetiviza y cuanto más se aleja del objeto donde se encarna, más se generaliza y se convierte por esa misma abstracción en un ideal, irreal, fuera del tiempo y del espacio. Es un "valor puro" (justicia, santidad, belleza, etc.). Indefinible por su categoría primaria, a la que sólo llegamos a conocer por el método de la intelección.

Así cuando hablamos de justicia, belleza, en forma abstracta, observamos que ellas no son algo que pueden ser calificadas como cosas, sino que sensiblemente están ahí y que permiten predicar su realidad o, como se ha dicho - al comparar el ser y el valer -, que los valores no son, sino que valen; no son entes, sino valentes.

Pero al lado de estos valores llamados puros hay otros que están

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

encarnados en las cosas como cualidades, que podemos descubrirlos en las cosas mismas o seres que nos rodean, que determinan una decisión por un acto de elección, ante los cuales no podemos ser indiferentes, porque se presentan como objetividades valiosas, que determinan problemas concretos del valor, y de valores o relaciones entre los valores y la vida humana.

Así concebidos los valores como productos de la valoración se hallan en el mundo determinados en un ser. Constituyen, empero, un pedazo de realidad de esas cosas o conductas que les dan sentido. Son por lo tanto, cualidades o esencias objetivas. Es decir, independientes de nuestra estimación, pero posibles de ella. Realidades tan sensibles como el color, con respecto al objeto donde se da. Y así como el ciego no puede percibir los colores sin afirmar que no existen, tampoco podemos decir que la ceguera de la historia para percibir un valor signifique su no existencia.

De los valores puros se puede decir que valen, y por lo tanto, que no tienen ser, sino valen (Lotze). Pero mientras, los puros, justicia, belleza, santidad, bondad, etc., no son cosas reales sino intemporales y no espaciales. Su realidad es, indudablemente, el valer. Los valores materiales, en cambio, no son independientes porque se hallan vinculados a la realidad en donde se alojan. Y, por eso, hacen siempre referencia al ser y son expresados como predicados del ser. Hay quienes distinguen esas cualidades (valores) de la cosa misma; por ejemplo, cuando se predica la belleza de un cuadro, la justicia de un acto, etc. A la belleza, a la justicia se las llama bienes. En realidad, con ello sólo se causa una confusión y por eso omitimos este modo de referirse a los valores.

En consecuencia, los valores puros no tienen existencia - no son, sino valen - a diferencia de la otra especie, y pese a la impugnación de algunos autores<sup>(84)</sup>(248), deben ser colocados en la categoría de objetos ideales y como tales accesibles por el método de la intelección.

¿Cómo aprehender esos valores? Como decíamos en el párrafo anterior, habremos de utilizar el método de la intuición intelectual o la intelección. No es difícil pensar que en un caso de accidente de tráfico nos coloquemos insensiblemente en la posición de jueces del hecho al enjuiciar al autor. Tampoco es extraño que frente a un tribunal, sea de justicia o que evalúe la capacidad técnica o artística de uno o varios individuos, nos coloquemos en jueces de jueces; aunque fuéramos beneficiados inmerecidamente no dejaríamos de percibir la injusticia. Y aun frente a otros objetos, tales como serían un semáforo, o un simple indicador de rutas, muy pronto advertimos su sentido y nos percatamos de su valor útil. Análogamente a lo que ocurre frente a un cuadro calificado de artístico, cuando comprobamos su belleza. Ahora bien, esos valores, justicia, belleza, utilidad, que calificamos de puros, son reales, en el sentido de que son verdaderos, pero no están en el espacio ni en el tiempo. Y por consiguiente, no nos son dados a conocer por la experiencia, no están en la percepción sensible, sino en la intuición

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

intelectual desde el instante en que se han convertido en absolutos.

Cuando predicamos que algo es útil, bello o justo, sea un objeto, un cuadro o una conducta, se supone una intuición de los valores, utilidad, belleza, justicia, es decir, que en cierta medida en algo o en mucho coinciden con la idea de aquellos valores. Ocurre que esos juicios no se podrían hacer, si no tuviéramos una intuición de los valores indicados. Pero no es lo mismo otorgar un valor que hacer juicio de valor, que consiste en denotar que dichos objetos, que se dicen valiosos, coinciden con alguno de esos valores.

Todo lo expresado nos lleva a una conclusión que en el fondo no es otra que afirmar la distinción que existe entre lo contingente de la realidad y el valor puro y, por consiguiente, entre la percepción pura del objeto real y la intuición de la cualidad valiosa. Advertimos que a veces ocurre que percibimos el objeto real y estamos ciegos para su valor y, viceversa, ocurre también que intuimos un valor en un objeto, pero no su substratum real que apenas conocemos o que simplemente pensamos en la idea pura del valor, sin referirnos a ninguna realidad concreta en que se halla encarnada; así sucede cuando pensamos en la justicia perfecta. Indudablemente, no dudamos de su realidad porque ella se nos ha representado en cada día de nuestra existencia, si bien sabemos que es difícil su materialización, como no dudamos que ella está definida en aquella vieja fórmula romana "dar a cada uno lo suyo" - suum cuique tribuere -, como decía Ulpiano(85)(249). A la justicia perfecta no accederemos por medios racionales (discusiones), pero sí - como dice la escuela fenomenológica de Max Scheler y Hartmann - por la intuición intelectual que es aprehensión directa de un objeto que se da de inmediato ante nuestra conciencia, sin intermediarios.

Hay intuiciones sensibles como, verbigracia, la de un color, la de un sonido. Pero hay también intuiciones intelectuales; ver con los ojos de la inteligencia que A no puede ser no A, al mismo tiempo y bajo el mismo respecto. Pues bien, según la filosofía fenomenológica de Husserl (cuya línea prosiguen Scheler y Hartmann en el estudio de los valores), son cognoscibles mediante intuición no sólo los primeros principios lógicos formales, sino también un ingente número de ideas con contenido. Entre esos objetos ideales, captables por intuición suprasensible, figuran los valores. A modo de aclaración - aunque sea simplemente -, de lo que es una intuición y del modo de producirse ésta, hace falta añadir las siguientes observaciones: lo que se presenta ante la conciencia de manera inmediata, directa, resulta evidente, es decir, perfectamente visible; ésta visión es la que llamamos intuición. De todo cuanto se nos presenta, pues, en una intuición adecuada podemos hallar una verdad rigurosa, con conocimiento válido, de una vez y para siempre. Hay verdades de que de por sí no nos resultan visibles a primera contemplación, por lo cual requieren ser demostradas, es decir, necesitan de una argumentación racional, que como cadena intermediaria convierta en evidente aquello que prima facie no lo era. Si digo que A es igual a F, esto no se ve por de pronto en sí mismo; hay

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que demostrarlo, para lo cual entra en funciones el método racional. Pero si digo que A es igual a A, tal aserto no necesita explicación. La razón no constituye, pues, en manera alguna, la totalidad de nuestro intelecto, sino tan sólo una parte auxiliar de éste, que conduce a convertir en evidente lo que no lo era todavía. Pero frente a los objetos que se nos dan presentables y de un modo adecuado, esa inmediatez no hace necesario ningún procedimiento auxiliar. Una versión intuitiva no puede propiamente ser explicada al prójimo; lo único que se puede hacer respecto de otro que la ve, es darle una especie de sacudida intelectual, incitarle, ponerle en disposición, para que la vea(86)(250).

Husserl, Scheler y Hartmann consideran los valores como objetos ideales (según la clasificación de los mismos). Pero además nosotros entendemos que hay también otros: los materiales, como se ha explicado, que podemos descubrirlos en las cosas, en aquellas cosas o conductas que estimamos como valiosas, al contrario de los autores mencionados, que sólo admiten los valores ideales, que, empero, son un producto de la realidad.

Hay autores (Aftalión, especialmente, García Olano y Vilanova)(87)(251)que discrepan con la posición de Husserl, Scheler y Hartmann, pues consideran que los valores puros no deben ser incluidos en la categoría de objetos ideales - aunque dichos valores no tengan existencia -, ya que de los objetos ideales se puede tener una experiencia independiente porque se admite que hay una experiencia de lo ideal, y afirman que en los valores no hay otra experiencia que la que corresponde a los objetos culturales en que encarnan.

Nosotros pensamos que al lado de los valores puros existen otros - tal como lo afirma Aftalión, siguiendo a Heyde - y que, aunque puedan encarnarse como una cualidad de cosas, son entes que dan una "noción de relación": el valor resulta de una conformación de un objeto con un sujeto y no es concebible por sí solo el objeto, ya que el sujeto le da vivencia aunque no su existencia; los valores no valen porque los estimamos - se ha dicho - sino que los estimamos porque valen. No debe confundirse vivencia con valor. Una conducta es justa o injusta, muchas veces, a pesar del sujeto que lo valora. No debe olvidarse que el no poder demostrar los valores deductivamente no significa que no pueden ser mostrables como algo objetivo.

Los valores son "objetivos" - es su primera condición - y ello surge de todo lo expresado precedentemente, sin que al respecto sea necesario, ahora, hacer ninguna disquisición acerca de los "valores puros" o de aquellos que están en los seres mismos, puesto que ambos son "objetivos".

Por objetividad del valor debe entenderse la autonomía con respecto al sujeto que tiene la vivencia del valor, es decir, que su existencia es independiente del sujeto que lo estima.

Esta propiedad no ha sido aceptada en forma absoluta. Las corrientes subjetivas y las objetivas se disputan el terreno. Platón - el primero que



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

prestó atención seria a la metafísica del valor - fue objetivista. Puede afirmarse sin temor a equívocos que la objetividad ha sido tradicionalmente la posición predominante en la historia de la filosofía. Pero de tiempo en tiempo se han puesto serios escollos al objetivismo. El estudio de la antropología, de la evolución de la moral, de la sociología y de la psicología social ha llevado a muchos a convenir con Westermarck que el valor moral es una cuestión de sentimiento subjetivo que varía en la medida en que varían las condiciones(88)(252). Nosotros nos hemos referido a esta objeción en el párrafo anterior. Largo sería enumerar todas y cada una de las objeciones de los subjetivistas. Entre las más interesantes consideramos la referente a la naturaleza psicológica de los valores, que niega su objetividad. Dicen que los valores dependen de los deseos y consisten en el cumplimiento de éstos. De ahí que haya dos razones por las cuales los valores no pueden ser objetivos: primero, porque los valores carecen de significado fuera de los deseos cumplidos, que son una experiencia subjetiva, y segundo, porque le es indiferente a nuestros deseos.

Cuando nos ponemos en actitud de preferir, lo hacemos porque esos valores que poseen los objetos o cosas ejercitan su influencia sobre nosotros. El valor o el disvalor de las cosas tienen su existencia aun a pesar nuestro. Es equivocado afirmar que una cosa es valiosa cuando más agrada, o a la inversa (Brentano), o que las cosas son valiosas cuando provocan un deseo (Von Ehenfels), porque tal postura importa despojar al objeto de una cualidad que le es propia, que le da sentido o que lo hace comprensivo en el acto cognoscitivo, a través del substratum, para traspasarla al sujeto que lo observa. Es decir, que es propia del objeto y no del sujeto y no pertenece a los estados psíquicos de éste, como lo afirman los autores citados(89)(253).

No hay, pues, que confundir la vivencia de un valor - aunque toda vivencia sea psicológica - con el valor mismo; la diferencia que media entre las impresiones subjetivas, psicológicas, de agrado o desagrado, y la objetividad de los valores, radica en que el sujeto no es la medida del valor, mientras que en la apreciación subjetiva sí lo es. Decir que la Quinta Sinfonía de Beethoven es una obra de arte, es pronunciar un juicio, pero no implica convertirla en valiosa, ya que el valor es independiente del sujeto que la aprecia.

En el siglo XI, cuando se reimplantó el tema de los valores se tendió a concebirlos como una concepción subjetiva, como proyecciones especiales de procesos psíquicos - bien como resultado de expresiones placenteras, bien como manifestación de tendencias, deseos o afanes - y esa concepción fue recién superada por obra de las investigaciones lógicas de Husserl y de sus discípulos, que muy pronto fundaron la concepción objetiva en contraposición a la citada.

De lo dicho inferimos como consecuencia que no cabe definir el valor como proyección de un deseo, porque los deseos no coinciden con la escala jerárquica de los juicios de valor(90)(254).

En segundo lugar, tienen "polaridad", o sea la peculiaridad que tienen los

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

valores de presentarse positiva o negativamente desdoblados. Lo que importa es que a cada valor positivo corresponda otro negativo. Así, por ejemplo, a lo sagrado se opone lo profano; a lo útil se contraponen lo superfluo; a lo justo, lo injusto. Valor y disvalor.

En tercer lugar se encuentran relacionados por una implicancia de "jerarquía". Ello nos ha hecho pensar que los valores están subsumidos todos los de una especie en el de mayor jerarquía. Y así la justicia implica la equidad, el orden, etc., ya que sin equidad no puede haber justicia, pero sí orden en una injusticia - por ejemplo -, en un régimen en que se observe la esclavitud.

De este modo existe una escala de valores y cuando más inferior es el valor en la escala jerárquica, menos objetivo se nos presenta. Los valores tienen una índole semejante en lo que se refiere a la objetividad, o agrado o desagrado; por ejemplo, en la apreciación por el paladar predomina lo subjetivo. Pero este predominio se perderá si saltamos a los más altos grados en la escala axiológica, a los valores éticos, por ejemplo. "El valor ético posee una fuerza imperativa que nos obliga a reconocerlo aún en contra de nuestros deseos, tendencias e intereses personales. En medio de estos dos extremos se ubican los demás valores, útiles, vitales, artísticos, etc."(91)(255).

Fuera de estos tres caracteres de los valores, hallamos un cuarto que es sólo propio de los "valores materiales", que es la "no independencia", pues, como ya explicamos, hay valores que están encarnados en las cosas como cualidades de las mismas, lo que importa una no independencia ontológica con el "ser" que las sustenta. Pero no en el sentido de relación de dependencia o subordinación, sino que se hallan necesariamente vinculados al substratum de la realidad material. Por eso se ha dicho que los valores hacen siempre referencia al ser y son expresados como predicaciones del ser. Cabe entonces decir que están ahí, con presencia individual que permite calificarlos como objetos reales o de la experiencia. Aclaremos que cuando nos referimos al obrar humano establecemos un valor jurídico (positivo o negativo), que indudablemente participa de la esencia jurídica (valor puro); pero en tanto que esos primeros no "son independientes", porque se hallan vinculados a la realidad donde se encarnan, sí lo son los segundos en su forma abstracta.

#### **4. CONCLUSIONES FINALES**

Con la labor trazada se ha propuesto ir a las raíces mismas de los valores, para después - utilizando las enseñanzas de Husserl, Max Scheler y Hartmann, por un lado, y Heyde, por otro - llegar a conclusiones que nos permitan ubicar los valores, a la par que las normas jurídicas, en la clasificación de los objetos que Cossio expusiera siguiendo el pensamiento de Husserl(92)(256).

Y así, mientras de los valores materiales jurídicos cabe decir que, además de ser valiosos, son características del ser donde se encarnan o

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

están en él, lo que permite establecer juicios de valor, tal como ocurre con el obrar humano, no es impropio decir que esa apreciación participa realmente de la esencia de la justicia, como valor puro. Pero, en tanto que esos valores - los de conducta - no "son independientes" porque se hallan vinculados a la realidad donde se dan y por eso hacen referencia al ser, como predicaciones del ser, los valores puros no tienen existencia, no son, sino valen. La diferencia está en que unos se hallan en el tiempo y en el espacio, mientras los otros, los puros, son una categoría distinta del ser, tan primaria y radical como éste. Desde luego, siempre que hacemos referencia a esos valores - los de conducta - en algo o mucho haremos referencia a los llamados puros.

En consecuencia, si intentáramos ubicar a unos y otros valores en la clasificación, los puros - en relación a los demás objetos del Universo - deben ubicarse en la familia de los objetos ideales y, desde luego, participarán de sus características y aun de sus métodos, por eso nos vimos obligados al hablar de ellos a tener que exponer que el método gnoseológico es el de la intelección, mientras que los valores materiales, que constituyen una cualidad misma del objeto, sólo los aprehendemos a través de la relación sujeto a objeto - conductas humanas -, que entran en la categoría de objetos culturales.

El acto de vivencia del valor material surge de su referencia al valor puro, sin que esta referencia convierta a este último en una cualidad de la cosa en que se encarna el valor material, sino que, por el contrario, aquél sigue tan incólume como antes, allí entre los objetos ideales, mientras el valor calificante de la conducta será una realidad temporal y espacial ajena al sujeto que la estima, pues le preexiste en el tiempo perceptible sólo como una característica de un objeto cultural, tal como cuando se predica el valor de un acto justo o al disvalor de una obra pictórica. De ahí que su ubicación está en los objetos culturales. Si bien estos valores materiales tienen su origen en un proceso mental psicológico, con algún componente biológico de esa realidad en que se dieron, puede suceder que con el transcurso del tiempo se conviertan - al despojarse de todo residuo del ser - en valores puros y lleguen a formar parte del mundo de los objetos ideales. Pero eso no implica deducir que los valores materiales puedan ser psicológicos o subjetivos, sino afirmar que encuentran su punto de inserción en la vida o en la conducta humana, y por ello constituyen una característica más de los objetos culturales, a los que accedemos a través de un substrato que sirve de soporte a un sentido espiritual valioso y que el hombre puede captar por comprensión, ya que el ser de los objetos de cultura consiste en ser valiosos, en ser un sentido. El sentido es siempre algo referido al valor o el valor es el supuesto del sentido(93)(257). Pues, como dice Rickert(94)(258), si de un objeto cultural se retira el valor, queda reducido a mera naturaleza. Pero al lado de estos valores puros y materiales, existe otro valor dado por la comunidad en un acto particular de legislación: la norma. Es así que mientras la acción humana o - en otros términos - la conducta, adonde apunta el normativismo, es un objeto cultural y como tal valioso,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la norma, que no es otra cosa que la fijación de una medida de valoración atribuida por la comunidad y para esa comunidad, o el punto de referencia dialéctico, debe ser ubicada entre los objetos ideales, por cuanto, aunque sea un valor histórico, positivo, dado por la comunidad, no se halla en el tiempo ni en el espacio, al igual que los "valores puros" que mencionáramos precedentemente, con la diferencia que no pretende ser absoluta y no siempre coincide con aquéllos, o, más bien, a veces constituye frente a ellos un disvalor, como puede ser las leyes de prostitución o de esclavitud, etc. De ahí que parecería que participásemos del formalismo o racionalismo jurídico, en cuanto consideramos a la norma como un objeto ideal, pero nos alejamos de esa doctrina porque pensamos que el derecho no es sólo norma, sino también hecho (conducta), y el valor, que se integra en la norma individual; por eso hemos definido al derecho(95)(259) como "conducta en interferencia intersubjetiva, según una norma individual de valoración". En lo jurídico la valoración se produce a través de aquella invariable construcción jurídica que es la pirámide, cuya estructura establece en su gradación jerárquica, valores normativos, que se eslabonan de modo tal que siempre habrá un valor fundante en relación a un valor fundado, en orden de subordinación que partiendo del valor supremo estructurado - la constitución, vértice de la pirámide - producirá a través del legislador (norma general) y del juez, o contrato o acto administrativo (norma individual) un sinnúmero de valores, que, desde luego, deben encontrarse "en razón de compatibilidad axiológica". Y ello ocurre cuando cada grado superior origina a la inferior, en un juego de validez y legitimidad. La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes en materia de valoración. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior. Es que el derecho "regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Pero no en forma completa" - dice Kelsen -(96)(260), dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja - la norma superior - un margen más o menos amplio de libre apreciación (valorar). Decimos valorar, por cuanto el hombre a cada instante debe decidirse o determinarse, y esto le ocurre al legislador o al modelador de la norma individual y ello constituye un acto de valoración.

Si bien, entonces, como dijimos respecto a la "forma", el procedimiento está determinado por la norma superior, ésta también determina la validez de la inferior. De ahí que su "validez" no deriva del valor justicia, sino de la norma fundante. No ocurre lo mismo con el "contenido", que aparece condicionado por el contenido de las normas fundantes. Es claro que ese ajuste sólo crea una presunción de justicia(97)(261). Y sin embargo, sólo importará un valor histórico positivo por no decir un disvalor jurídico, cuando esos valores relativos no tengan en cuenta aquel valor puro que es la justicia. De donde(98)(262) la validez de las

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

normas y su axiología derivados de la Constitución, exige: 1) un doble juego de encuadramientos positivos a través de las normas (norma general o individual) y valoraciones subordinadas a la Constitución, y 2) con apoyo supra positivo en el valor justicia. Sin embargo, puede constituir un disvalor: a) cuando falte el valor fundante en la constitución, o b) porque sólo le faltan intrínsecamente a la norma fundada los valores derivados de aquélla, en cuyo caso se plantean un sinnúmero de remedios que la lógica o los propios ordenamientos determinan.

La valoración es indiscutiblemente mínima en la última grada de la pirámide, para aquellos que consideran a la norma general como "elaboración conceptual abstracta" donde se determina la totalidad de la conducta, es decir, como "mandato inflexible" y máxime para aquellas concepciones llamadas realistas, por oposición a las primeras - las formalistas o normativistas o dogmáticas - . Para los cuales "no hay normas sino puras decisiones individuales, por cuya circunstancia los jueces serían los creadores del derecho" y sólo a ellos les está dado "crear derecho", como se ha dicho: "todo derecho es creado por los jueces".

Esa necesidad de valoración no es la consecuencia, es decir, el resultado, de un modo particular de ver las cosas, sino que es un imperativo de la esencia misma de adecuación y aplicación de una norma a otra, cuyo pasaje se impone, aun en contra del integrante de la nueva norma frente a la norma fundante. La valoración aumentará cuanto más general sea el concepto contenido en la norma superior y menos cuanto mayor sea la precisión para abarcar diversos casos. Pero pecaríamos de idealistas si empujados por el optimismo pensáramos en un paraíso formalista - como dice Hart(99)(263)- o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. Cuando sabemos que no es posible la existencia de una regla ideal, pero sí admitimos su perfección, por lo menos para un momento y un lugar determinado.

La norma individual será, pues, la aplicación última del proceso de creación y aplicación y significará una valoración más que se ha producido a través de un hecho y de una norma y, al igual que los valores materiales, temporales y espaciales, la norma individual se convertirá a través del tiempo y de su fijación como precedente, en una norma general, y como tal irá a fijarse entre los objetos ideales al igual que los valores puros.