

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CONSTITUCIÓN ORIGINARIA DE LOS SENTIDOS JURÍDICOS(*) (439)

JOSÉ VILANOVA

SUMARIO

Prefacio. 1. Leyes y prescripciones. 2. Normas y prescripciones. 3. Las normas jurídicas. 4. La programación de la conducta. 5. La proyección de la conducta. 6. Proyecto y costumbre. 7. La constitución de la costumbre. 8. El proyecto en la constitución de sentidos particulares. Análisis de ejemplos. La permisón. 9. De la permisón a la obligaci3n: la institucionalizaci3n. 10. Constituci3n de sentidos particulares: la prohibici3n. 11. Sentido objetivo y sentido subjetivo. 12. La concepci3n que identifica derecho con derecho estatal.

PREFACIO

Para la concepci3n iuspositivista las acciones de los hombres no tienen por s3 mismas un sentido jur3dico que les pertenezca por derecho propio con independencia de las circunstancias de tiempo y lugar en las que dichas acciones ocurren, sino que, por el contrario, tales sentidos les son asignados a las conductas por los hombres mismos en su trato rec3proco.

En este trabajo se acepta la concepci3n iuspositivista en la versi3n amplia de la misma, que queda explicada, pero no en ninguna precisi3n de ella, en particular la que identifica derecho con derecho estatal. Su prop3sito es indagar las formas menos conspicuas en que se produce tal asignaci3n de sentidos jur3dicos: aquellas no se valen de la palabra para hacerlo. Respecto de ellas se sostiene en 3l que la costumbre se funda en una constituci3n de sentido jur3dico m3s originaria que se hace para conductas particulares. Seg3n el autor, la comprensi3n de este proceso permite esclarecer algunos temas de verdadero inter3s para la iusfilosof3a y termina por delimitar una concepci3n iuspositivista satisfactoria.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. LEYES Y PRESCRIPCIONES

En el derecho civilizado moderno la forma más conspicua de asignar sentidos a las conductas es por medio de la sanción, promulgación y publicación de leyes (y también ordenanzas, reglamentos, etc.). Las leyes son prescripciones de sentido genérico. Vale decir, que en las leyes la atribución de sentidos jurídicos: 1º) se hace por medio de la palabra, 2º) a la que corresponde una significación, 3º) referida esta última a un género o clase de acciones. Este género o clase de acciones recibe su sentido jurídico de obligatorio, facultativo o prohibido(1)(440) merced al carácter prescriptivo de la ley.

2. NORMAS Y PRESCRIPCIONES

En su concepción acerca de las normas jurídicas, la iusfilosofía positivista dominante arranca de este rol preponderante que tienen las leyes. Aunque se preste un reconocimiento puramente formal a la costumbre, para dicha concepción la norma es, básicamente, el significado de un acto lingüístico: la prescripción. Y que esta concepción tiene a la vista la ley resulta notorio por su preferencia por las prescripciones de tipo genérico, como lo pone de manifiesto la resistencia opuesta a la doctrina relativa a las normas individuales.

Si se me permite denominar conceptualismo a ese viejo amor por las palabras - que se remonta, según creo, al libro del Génesis - y por los conceptos, unido a cierto desdén por los hechos, yo diría que dicha concepción peca de conceptualista.

3. LAS NORMAS JURÍDICAS

La noción de "norma jurídica" resulta así algo equívoca o compleja, pues, por una parte - fundamental - ella debe responder a la exigencia de teorizar esa asignación de sentidos jurídicos a las acciones humanas de la que hablamos desde el comienzo. La norma es así concebida como esquema de interpretación(2)(441) de - o para - la conducta. Pero, por otra parte, la noción más corriente de norma encierra la exigencia de ser el significado de una prescripción genérica o, por lo menos, el significado de una prescripción, vale decir de un acto lingüístico.

Ahora bien; a este segundo requerimiento no se ajusta la norma jurídica consuetudinaria y, según mi parecer, tampoco la que emana del derecho judicial (common law, jurisprudencia) ni en forma simple las normas contenidas en tratados, convenios y contratos. Y como no se trata de forzar los hechos para que se ajusten a una doctrina - por más cómoda que sea y difundida que ésta se encuentre - sino de teorizar acerca de ellos en la forma más adecuada, la sola invocación del contraejemplo constituido por el derecho consuetudinario debe bastarnos para descartar la concepción criticada e intentar sustituirla por una mejor.

4. LA PROGRAMACIÓN DE LA CONDUCTA

Se asigna sentido jurídico a la conducta por medio de la palabra en las prescripciones pero no sólo en ellas. También en los tratados, contratos, promesas, juramentos y otros actos lingüísticos. En todos estos casos aparecen o se dan las normas como el sentido de actos lingüísticos. Desde hace ya algún tiempo vengo propiciando que hablemos de programar o de programación de la conducta común en todos aquellos casos en que la asignación de sentidos jurídicos a las acciones humanas se hace por medio de la palabra(3)(442).

Si tenemos en cuenta que la asignación de sentidos se hace mayormente a géneros o clases de acciones pero que también se hace ineludiblemente a conductas particulares o individuales (únicas que en rigor existen), tendremos que admitir que hay programación de conductas genéricas (produce normas generales) y programación de conductas particulares (produce normas individuales).

Es cierto que las normas individuales pueden y suelen obtenerse por deducción de las normas generales más los hechos del caso, según el conocido esquema del silogismo judicial. Esto constituye un desideratum de racionalidad y de justicia que por sí solo explica la mayor atención que la ciencia presta a la normación genérica contenida en las leyes y a la normación individual que se hace por los órganos Jurisdiccionales. Pero conviene tener presente que ello no es necesariamente así ya que la normación individual puede no obtenerse por deducción lógica de la norma general, como lo pone de manifiesto la conocida doctrina kelseniana sobre la "norma de habilitación" que pretende dar sustento normativo genérico a normas individuales jurisdiccionales contra legem.

5. LA PROYECCIÓN DE LA CONDUCTA

Hablamos de "programación" de la conducta para destacar que la asignación de sentidos jurídicos es, al mismo tiempo y necesariamente, un compromiso con cierto curso de conducta. No se limita a asignar sentidos jurídicos como quien les pusiera una etiqueta, sino que señala un curso de conducta que, al ser seguido, asigna sentidos jurídicos. Esto no se hace plenamente patente si nos limitamos a considerar la norma general pues el sentido genérico que la misma asigna a la conducta puede ser meramente captado o comprendido. Pero si damos el paso ineludible de considerar la norma individual, no se nos escapará que el sentido jurídico de un caso sometido a jurisdicción - supongamos - no depende tanto de lo que el juez diga como de lo que él haga. No basta que el juez declare - por ejemplo - que el reo ha cometido un delito. Lo decisivo es que el juez lo condene. Vale decir, que la asignación de un sentido jurídico para la conducta del encartado es eo ipso cumplimiento de una norma por parte del juez.

Quizá convenga decir algo aquí sobre la noción de "proyecto". En su versión más simple alude - según imagen de Cossio - a que la conducta, tal como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un proyectil en trayectoria, se encuentra dirigida a una meta obviamente antes de llegar a ella. Aquí lo que se mienta con "proyecto" es, pues, la acción misma en tanto ella persigue un propósito u objetivo - acciones de resultado - o meramente se encuentra intencionalmente dirigida - acciones que no son de resultado como bailar, pasearse, etc. -. Hasta este punto la noción de "proyecto" no difiere de la noción de "acción" entendida como conducta propositiva o intencional que ha ganado un lugar central en una importante dirección del pensamiento filosófico contemporáneo sobre la conducta(4)(443). Pero la noción más amplia y elaborada de "proyecto" comprende aspectos temporales - decisiones que se sustentan o mantienen a lo largo del tiempo sin requerir actualización intencional/consciente - y aspectos de nivel - decisiones que se toman a nivel subconsciente - y otros que contemplan aspectos de la conducta de que no puede hacerse cargo la noción de "acción intencional"(5)(444).

La conducta entendida así como proyecto transcurre ininterrumpidamente durante la vigilia tanto en el fuero externo - en acciones o abstenciones que resultan en una modificación o no modificación del mundo - como en el fuero interno como "actos" puramente mentales. De estos últimos nos interesa aquí referirnos a dos actos lingüísticos: la descripción de una conducta y la programación de ésta. Mientras la descripción es neutral, la programación, en cambio, pretende dirigir la conducta en cuestión. Importa una suerte de decisión o elección anticipada en relación con la pluralidad de conductas posibles que se dan en el futuro. Pero si se tiene presente lo que hemos dicho más arriba sobre el proyecto, se comprenderá, sin más, que esta dirección sobre la conducta se encuentra ínsita en la acción como la intencionalidad o direccionalidad que la caracteriza. De aquí que cualquier programa, para realizarse, para pasar a los hechos, deba transitar primero por la adhesión que pueda prestarle el proyecto. De aquí que en la conducta individual la decisión anticipada que caracteriza al programa no pase de ser, en rigor, una cuasidecisión, una exigencia del pensar para que la conducta tome cierta decisión, elija de cierta manera. En la conducta colectiva o de grupo la programación debe ser comunicada a sus miembros, y siempre es acción de comunicar programación (así, por ejemplo, una orden). Pero aquí también la decisión final - la que concierne a la conducta programada - la toma el proyecto que puede no adherir a la programación (la orden puede, por ejemplo, ser desobedecida).

La norma puramente programada - establecida por medio de la palabra - alcanza cumplimiento solamente si alguien - en el caso precedente el juez - asume en forma autónoma ese programa y lo realiza en los hechos. Alcanzamos aquí el nivel fundamental en la consideración de la conducta humana, que consiste en su aptitud para hacerse a sí misma y que hemos denominado "proyecto" para aludir de algún modo al avance de su propio futuro que hace la conducta.

6. PROYECTO Y COSTUMBRE

Hasta ahora me pareció que el proyecto común (jurídico) no podía ser otra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cosa que la repetición de la conducta pasada y por tal motivo identifiqué sencillamente proyecto común y costumbre. Según ese esquema la asignación de sentidos jurídicos o bien se hace por medio de la palabra (programa) o bien consiste en la costumbre o derecho consuetudinario, donde no se hace por medio de la palabra (proyecto).

Pero finalmente he caído en la cuenta de que dicho esquema se deja en el tintero la asignación de sentidos particulares que se pueda hacer sin palabras (vía proyecto).

Pues la costumbre es proyección de sentidos genéricos, ya que la repetición de conductas - núcleo mismo de la noción de costumbre - supone lógicamente un género común o clase que comprende a todos los casos individuales que se consideran repetidos, aunque este género común permanezca tácito. Pero la equiparación racionalista entre norma general y norma a secas me jugó una mala pasada y me hizo creer que ya estaba todo dicho al hablar de la proyección de la conducta con señalar el derecho consuetudinario, cuando lo más importante está aún por decirse.

7. LA CONSTITUCIÓN DE LA COSTUMBRE

Al llegar a este punto me resisto a hablar de "asignación" de sentidos y prefiero hablar de constitución de los mismos, pues creo que, efectivamente, hemos llegado al nivel fundamental donde en último término se constituye el sentido jurídico. Donde se transita del ser de la conducta al deber ser en que consiste su sentido.

Pero antes de abordar este tema central, veamos qué ocurre con la costumbre. Comencemos por advertir que si bien una acción contemporánea recibe su sentido de una norma general consuetudinaria vigente conforme una costumbre bien establecida, esto no pudo ser obviamente así cuando la costumbre en cuestión se fue estableciendo. Para los primeros casos que la fueron constituyendo como costumbre debemos optar por uno de los términos de la siguiente alternativa: o bien estos casos carecían por completo de sentido jurídico o bien ya venían pertrechados de sentido. Pero, si bien lo pensamos, el primer término de la alternativa no resulta nada prometedor. Pues la acumulación de hechos sin sentido no puede darnos un sentido jurídico genérico, del mismo modo que la suma de ceros no nos puede dar otra cosa que cero. Por otra parte, tampoco resulta prometedora, como fundamento de la costumbre, la repetición de hechos a los que se asigne un sentido al azar, ya que no se advierte cómo una clase de actos cuyos ejemplares son ora lícitos, ora ilícitos puede adquirir solamente el sentido, por ejemplo, de clase de actos lícitos.

Parece, pues, razonable, adelantar la siguiente hipótesis: la costumbre se constituye por la repetición de acciones particulares provistas de sentido cuando, y solamente cuando, tales acciones caen bajo una descripción común específica y tienen además el mismo sentido jurídico.

8. EL PROYECTO EN LA CONSTITUCIÓN DE SENTIDOS PARTICULARES.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ANÁLISIS DE EJEMPLOS. LA PERMISIÓN

Pero si para dar origen a una norma (general) consuetudinaria es menester que los hechos que se repiten vengan ya pertrechados de sentido jurídico antes de que se establezca la costumbre, es hora ya de preguntarnos cómo adquieren tales hechos su sentido jurídico.

Para llegar a comprender cómo una conducta o acción particular puede adquirir o tener un sentido jurídico con independencia de toda programación y de toda norma consuetudinaria, convendría comenzar por el análisis de algunos ejemplos:

Desde que a mediados de diciembre ha llegado a su casa ubicada en una villa balnearia, Ticio viene despertando a su familia a las 7 en punto tocando una batería, justamente la que sus hijos empleaban el año pasado para hacer un poco de "ruido" hasta la madrugada. La conducta de Ticio - enderezada obviamente a imponer en su casa, por medios algo drásticos, cierto orden que él prefiere - no ha provocado gran resistencia entre sus hijos, que protestaron algo al principio pero más tarde apreciaron las ventajas de aprovechar mejor el día. Aunque el medio estridente ya no parece necesario, Ticio sigue usándolo. Los vecinos a quienes podría molestar el toque de batería llegarán sólo el 19 de enero.

Queremos pesquisar el sentido jurídico de la conducta de Ticio con independencia de toda norma preestablecida. Por otra parte, bien puede ocurrir que no exista ninguna, ya que el orden interno de una familia constituye un santuario que el Estado respeta. Creo que en vista de lo precedente tendríamos que decir que la conducta de Ticio es lícita o que está permitida. Esta permisión emana del consentimiento de los afectados por ella, a saber, los miembros de su familia, ya sea que este consentimiento se manifieste activamente como una adhesión explícita o aun pasivamente como una admisión tácita. Pero todavía diríamos que la conducta de Ticio es permitida si fuere criticada - aun acerbamente - pero tolerada en los hechos.

En todos esos casos el proyecto cotidiano de vida de cada miembro de la familia que convive allí se integra con la despertada matinal y este constituye el punto decisivo para que hablemos de un proyecto común, por más que algunos asuman esa despertada que lo integra con alegría y otros con fastidio. Aunque - salvo el caso de Ticio - la despertada no forma parte del propósito o finalidad que anima el proyecto de cada uno, ella lo integra tal como el sol mañanero aunque éste constituya un inconveniente (como lo sería para un caco nocturno). La diferencia entre ambos casos consiste en que la luz solar que integra nuestro proyecto diurno al aire libre es irremediable, en tanto que la conducta de otro - en tanto que la misma incide en nuestros planes - es algo a lo que podemos oponernos. Mientras esta oposición se mueva exclusivamente en el plano de la palabra, si bien puede intentarse ejercer una influencia sobre la conducta del otro, siempre es el otro el que lleva las de ganar. Solamente cuando integramos nuestro proyecto con un intento de impedir la presencia en el mismo de la conducta a la que queremos oponernos podemos decir, desde el punto de vista jurídico, que desaparece el proyecto común. Así, en nuestro ejemplo, si uno

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los hijos rompe o vende la batería o deja la villa balnearia.

Permitir es consentir un acto que nos afecta. Este consenso respecto de un acto ya cumplido puede manifestarse como aprobación o meramente como falta de protesta. Pero respecto de un acto continuado o que se está dando en el presente, ese consenso se manifiesta como un no impedir.

Permitir es, pues, no impedir pudiendo hacerlo(6)(445). En el nivel fundamental del proyecto que estamos considerando, la permisión no puede consistir en una autorización verbal. Por ejemplo: digo "le permito pasar", pero en los hechos sigo obstruyendo el pasillo. El nivel del discurso no puede afectar al de la acción más que por una vía: la adhesión del proyecto/acción a lo programado en aquél, sea esta adhesión fruto de una libre convicción o bien sea motivada por evitar un mal y/u obtener una ventaja prometidos.

Como conclusión general podemos decir que una conducta que afecta a otra persona o personas es permitida por éstas en tanto ellas - pudiendo hacerlo - no ponen en obra un proyecto destinado a hacerla cesar o a hacer cesar su incidencia sobre los proyectos de los afectados. El agente y los afectados por su conducta forman una comunidad de vida (aunque sea fugaz) y dentro de esta comunidad la conducta del agente tiene el sentido que le adjudican sus integrantes. Debo admitir que en este nivel fundamental de constitución de sentidos jurídicos particulares - pero sólo en este nivel - el proyecto - contra lo que pensaba hasta hace poco - constituye el sentido deóntico de "permitido", sin diferenciar entre "facultativo" y "obligatorio". Por ejemplo: estamos haciendo cosquillas a una criatura que se divierte con ello. Si cuando interrumpimos nuestra acción el chico nos exige continuar, quiere decir que para él nuestro acto no era facultativo sino obligatorio.

Podría pensarse que nuestro ejemplo principal no es concluyente y sostenerse que la conducta de Ticio adquiere el sentido de ser permitida sólo al cabo de cierto tiempo de repetición de la misma sin reacción de los afectados. Pero eso hace a la norma general que autorizaría a Ticio a despertar todas las mañanas y no a la norma individual que autoriza cada despertada. Veamos, en nuestro ejemplo, qué ocurre cuando llegan los vecinos el 1º de enero y son despertados por el toque de batería a la mañana siguiente. Podrían los vecinos colectivamente, o por una delegación, enrostrar a Ticio lo desconsiderado de su conducta y aun pueden señalarle que no tiene derecho a despertarlos a ellos, no importa el derecho que le pueda asistir respecto de los miembros de su familia. Y Ticio - que por lo demás es un hombre razonable - puede convenir en ello y excusarse, por ejemplo diciendo que no había advertido la llegada de sus vecinos. Habría aquí un acuerdo en considerar ilícita tal conducta. Pero supongamos, en cambio, que Cayo, el vecino de Ticio, ve con simpatía la conducta en cuestión, pues ella vendrá a imponer un orden temprano en su propia casa, orden que goza de sus preferencias, aunque no ha tenido el coraje de imponerlo a los suyos. Así, pues, Cayo anima a Ticio a continuar o simplemente, no hace nada, y admitamos, en gracia de argumento, que tampoco lo hacen los otros miembros de su familia. Ahora podemos decir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que la despertada del día 2 de enero, la primera, fue permitida pues nadie protestó contra la misma, aunque, como veremos más adelante, no bastaría una mera protesta para cambiar el sentido de permisión.

9. DE LA PERMISIÓN A LA OBLIGACIÓN: LA INSTITUCIONALIZACIÓN

Según lo visto en el párrafo precedente, el hacer de uno y el no impedir del otro constituyen, a nivel fundamental, el sentido genérico de "permitido" que engloba tanto a lo facultativo como lo obligatorio. Quiere decir que la discrepancia que pueda existir entre los sujetos interfirientes respecto al carácter facultativo u obligatorio de un acto no empece que para todos ellos el acto tenga un sentido común: el de "permitido".

De allí surge cierta inestabilidad del sentido genérico "permitido", ya que, de reiterarse el acto, es muy posible que con el paso del tiempo alguno de los sujetos interfirientes reclame y consiga que la comunidad de los interfirientes acepte el sentido que el le atribuye, precisando así para todos lo que antes era un sentido abierto a las discrepancias.

La repetición de un acto considerado beneficioso por aquellos a quienes afecta crea en ellos una expectativa de futuras repeticiones. Con "expectativas" queremos aludir acá, no solamente el aspecto cognitivo de la creencia, sino también a la carga afectiva que se da juntamente con la creencia. El proyecto del afectado se integra con tal expectativa, de modo que la repetición constituirá una realización del propio proyecto, y la falta de ella una frustración de éste. Las expectativas se hacen más fuertes con las sucesivas repeticiones y devienen verdaderas exigencias. Para los beneficiados, el acto tiene ya el carácter de obligatorio, carácter que el agente que lo produce terminará usualmente por reconocer de grado o bajo la fuerte presión de la lógica de la situación por él creada. Desde el punto de vista que aquí se desarrolla constituye ésta la característica distintiva del proceso conocido como "institucionalización": consiste en el tránsito del sentido indeterminado genérico de "permitido" al sentido determinado específico de "obligatorio".

Considérese, entre nosotros, cómo se dio, por ejemplo, la institucionalización del denominado "aguinaldo", hoy legislado como "sueldo anual complementario". Considérese, todavía, el siguiente ejemplo: una muchacha y un joven comienzan un romance y él, entusiasmado con la chica, la viene llamando por teléfono todas las noches después de la comida. Supongamos que al quinto día no la llama. Al día siguiente ella le espeta: "¿Qué te pasó? ¿Por qué no llamaste anoche?" Si el joven le explica, por ejemplo, que tuvo que hacer en La Plata y que a la hora habitual no podía llamarla porque regresaba en tren a Buenos Aires y que cuando llegó ya era muy tarde para hacerlo, quedará bien con la niña, pero habrá reconocido que llamarla es una obligación de la que sólo pueden eximirlo el caso fortuito o la fuerza mayor.

La institucionalización abrumadoramente más importante se hace por los roles que cumplen los miembros del grupo. Algunos pueden ser de corta duración - como la pareja de nuestro último ejemplo -. Otros pueden

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acompañar a un individuo durante toda su vida o durante buena parte de ella. En todos los casos la institucionalización del rol significa que las acciones que lo tipifican son obligatorias para el que lo desempeña.

Estas consideraciones son de orden general, pero se aplican sin dificultad al campo del derecho. En este último tiene interés hacer referencia a los roles de los funcionarios con competencia para tomar decisiones, y, en particular, al rol que desempeñan los jueces.

De los jueces se espeta que resuelvan los casos sometidos a su decisión - generalmente cuando las partes interesadas no están de acuerdo sobre sus respectivos derechos y obligaciones - y que lo hagan no en forma discrecional sino de acuerdo con las normas generales vigentes - establecidas por leyes o costumbres -. Aplicando la noción de obligatorio desenvuelta en este parágrafo, diremos que los jueces están obligados a fallar y que están obligados a hacerlo aplicando las normas generales vigentes en el grupo social que los ha instituido como jueces.

La noción obtenida de "obligatorio" no coincide plenamente con la que se obtiene a partir de la prohibición - que se caracterizará más adelante -. Desde este último punto de vista - convenientemente elaborado, por ejemplo, por un Kelsen - se considera "prohibido" a todo acto si y sólo si se encuentra imputada la aplicación de una sanción por las normas vigentes en caso de omisión de tal acto. Desde este punto de vista resulta aplicable el concepto de "obligatorio" a la omisión de cualquier acto prohibido. Brevemente: es obligatorio omitir lo prohibido. Si denominamos obligatorio en sentido fuerte a esta última noción y obligatorio en sentido débil a la primera desarrollada en este parágrafo, advertiremos que si bien ambas coinciden en la mayoría de los casos (al menos en un orden jurídico bien constituido), ellas: 1º) por motivos puramente lógicos no pueden coincidir en el caso de funcionarios supremos (pues la cadena de funcionarios que sancionan debe cortarse en algún punto) y 2º) en un régimen razonablemente democrático de creación descentralizada de normas individuales por jueces independientes, tampoco coincide para éstos que están obligados a fallar conforme a derecho en el sentido débil pero no en el fuerte de "obligatorio".

10. CONSTITUCIÓN DE SENTIDOS PARTICULARES: LA PROHIBICIÓN

Si volvemos a nuestro ejemplo principal, cabe preguntarse cómo se constituiría el sentido particular de la conducta de Ticio en caso de desacuerdo, porque Ticio no admite la ilicitud de su conducta cuando los vecinos le reclaman al respecto. En relación con la despertada del día 2 ella constituye un hecho consumado, y los vecinos no están en condiciones de impedirlo. Pero tampoco pueden impedir la segunda despertada porque no tienen acceso a la casa de Ticio. Y puesto que Ticio no quiere entrar en razones, la situación parece bastante desesperada.

Pero hay, sin embargo, una salida. Los vecinos pueden proponerse doblegar la voluntad de Ticio haciéndole saber que si llega a tocar la batería antes de las 9 de la mañana el día 3 de enero ellos se encargarán de que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

arrepienta de haberlo hecho causándole daños de importancia, por ejemplo, en el jardín que Ticio cultiva. Esto constituye una amenaza y la despertada matinal ha sido así prohibida por los vecinos. Tendrá ese sentido jurídico para todos si Ticio cede. En caso de que ello no ocurra, habrá, por ejemplo, una suerte de guerra privada que, dentro de los límites que los contrincantes se autoimpongan, excluye el proyecto común. Y esta indefinición de los sentidos jurídicos particulares como consecuencia de haberse roto la comunidad de criterio subsistirá mientras dure la guerra privada.

Advirtamos, entre tanto, que mientras la mera inacción como expresión del consenso en el nivel fundamental del proyecto bastaba para constituir el sentido de permitido, para prohibir una conducta debemos pasar forzosamente al plano del lenguaje a fin de poner en relación la conducta en cuestión con los males que, de acuerdo con aquel, les esperan a sus autores.

Si bien el empleo del lenguaje parece ser un requisito de la prohibición, debe advertirse que él no basta. Como la prohibición trata de influir en la conducta de otra persona, es seguro que el mero empleo de una expresión más o menos sacramental, como, por ejemplo: "Le prohibo a Ud. hacer X", sin suficiente respaldo, no logrará tal objetivo. El agente así conminado puede contestar grosera pero realísticamente con un "¿Con qué herramienta?". Y un proyecto que afronta un seguro fracaso no es un auténtico proyecto. La prohibición puramente verbal puede ser así usada de mala fe(7)(446) - para "salvar las apariencias" - por quien realmente no quiere oponerse al proyecto del otro. Así, por ejemplo, puede usarla una dama que, en realidad, no quiere desalentar a su fogoso compañero.

Lo decisivo en la prohibición parece ser no las funciones superiores del lenguaje - descriptiva y argumentadora - sino las inferiores - expresiva y motivadora(8)(447). Así, podemos decir que una perra que gruñe y nos muestra sus dientes cuando nos acercamos a sus cachorros expresa su irritación y nos amenaza seriamente conminándonos así a alejarnos de ellos (función motivadora).

Digamos, como conclusión, que una conducta es originariamente prohibida cuando alguien amenaza al que incurriere en ella. Este sentido subjetivo puede alcanzar cierto grado de objetividad cuando el amenazado cede ante la amenaza. Pero los males que se infligen en cumplimiento de amenazas - sobre todo si son de cierto calibre - afectan a un ámbito cada vez mayor de convivientes. Para que la prohibición alcance un sentido auténticamente objetivo, debe tenerlo para todo el conjunto de afectados. Aparecen así como requisitos de la prohibición (objetiva): 1°) que la amenaza sea pública y que no sea cuestionada (mediante una contraprohibición, por ejemplo); 28) que el amenazado ceda o, caso contrario, se cumpla la amenaza, lo que debe ser públicamente conocido. De este modo, vía inacción del conjunto de los convivientes, la conducta del que prohíbe resulta permitida, conforme lo que hemos visto en el párrafo anterior, y su prohibición, una prohibición objetiva, y la ejecución de la amenaza, el uso lícito de la coacción.

El último punto nos pone en contacto con la constitución originaria de los órganos del Estado, con el ejercicio público y lícito de la coacción, y de aquí

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

puede transitarse sin excesivo esfuerzo al derecho estatal.

11. SENTIDO OBJETIVO Y SENTIDO SUBJETIVO

Es posible que se objeten los desarrollos precedentes con un argumento como el que sigue: esas "descripciones" nos brindan, en el mejor de los casos, lo que se conoce como "sentido subjetivo" de la conducta - el que ésta tiene para sus autores - y no su sentido objetivo, el único que interesa al derecho, que podría obtenerse en forma sencilla consultando una ordenanza municipal sobre ruidos molestos.

Cabe replicar, en primer término, que tal ordenanza puede no existir. Pero, además, la constitución de sentidos particulares en la forma que la hemos ido mostrando, se hace conjuntamente por varias personas y no solamente por el autor. Esta participación de otros permitirá fundar la objetividad en la intersubjetividad, cosa a la que debe aspirar una concepción iuspositivista realista para la cual, en último término, hay seres humanos y sus acciones. El sentido jurídico de acciones particulares es constituido por la comunidad acorde que forman el agente y los afectados por su conducta. Es un sentido "para ellos", lo cual parece hacerlo incurrir en las desventajas de la subjetividad. Sin embargo, una concepción iuspositivista crítica debe sospechar de un sentido jurídico que fuese "para todos", va que él ocultaría el hecho principal de que son ciertos seres humanos dados en un tiempo y lugar quienes construyen esos sentidos jurídicos.

Las formas usualmente admitidas de asignar sentidos jurídicos - y en particular las prescripciones genéricas que son las leyes - deben conectarse de alguna manera con esta dación de sentido a nivel fundamental, si ellas aspiran a figurar como fuentes dentro de una concepción iuspositivista y realista. Ya hemos visto, al tratar el caso del juez, que éste confiere sentidos jurídicos por lo que él hace (más que por lo que dice). Vale decir, que lo hace por un proceso igual al tratado en los dos párrafos precedentes, sin perjuicio de que el juez toma en consideración toda una programación previa que aquí está ausente. Pero esta programación constituye nada más que las premisas de un razonamiento. Solamente al actuar conforme a la conclusión que dicho razonamiento impone, el juez inserta su propia acción en el trato real de las acciones recíprocas de los hombres. Y solamente a través de esta inserción - que es proyecto - (o de otras similares) es que las normas programadas pasan a ser normas positivas (en la concepción iuspositivista y realista que aquí se defiende).

12. LA CONCEPCIÓN QUE IDENTIFICA DERECHO CON DERECHO ESTATAL

Contra lo expuesto, cabe finalmente argumentar, insistiendo en la tesis de que el derecho es siempre estatal, y que el sentido objetivo de la conducta le es asignado a ésta exclusivamente por la comunidad política y no por estas frágiles comunidades de vecinos ocasionales a las que hemos hecho referencia en nuestros análisis de ejemplos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No puede desconocerse la fuerza de este argumento sobre todo porque éste representa el punto de vista de cierta forma especialmente estrecha - aunque muy difundida - de iuspositivismo. Sin perjuicio de la refutación forma de este punto de vista que se intentará en lo que sigue, conviene tener presente que sólo por la definición del derecho positivo según esas estrechas miras es que algunos se han creído en la necesidad de adherir a alguna forma de iusnaturalismo cuando en realidad sostienen un iuspositivismo más amplio que el que combaten.

Refutar el argumento expuestos como espero aquí hacerlo, servirá, por una parte, para convalidar las indagaciones sobre la constitución de sentidos particulares de conducta efectuadas aquí pero también servirá, por la otra, para desechar la concepción iuspositivista más estrecha criticada y volver a la más amplia expuesta en el prefacio de este trabajo. Contra la concepción criticada cabe argumentar:

1°) No es cierto que todo el derecho sea estatal, como lo ponen de manifiesto: a) el derecho consuetudinario que aparece como forma exclusiva o preponderante en los orígenes históricos del derecho civilizado, en los pueblos primitivos (ágrafos) y en el derecho internacional público. Me limitaré a un ejemplo tomado de este último para mostrar cómo se da en él la constitución originaria de sentidos jurídicos a nivel fundamental en la forma que ha sido explicada. Me refiero a los conocidos tribunales y juicios de Nüremberg que aplicaron la noción de responsabilidad personal en contra de la costumbre inveterada vigente en el derecho internacional. Está claro que - aparte de su justificación axiológica - dichos tribunales tuvieron el sentido de serlo, así como lo tuvieron las condenas que dictaron, porque tal sentido les fue adjudicado por los aliados vencedores sin que fuese el mismo diputado por el foro de las naciones. Vale decir, que hubo consenso (al menos tácito).

2°) Tampoco es derecho estatal el que construyen y aplican algunas organizaciones que extienden su acción al territorio de más de un estado soberano como, por ejemplo, la Federación Internacional de Fútbol (FIFA) y otros organismos similares que ostentan un monopolio de la práctica profesional de esos deportes y pueden aplicar auténticas y graves sanciones a sus asociados y hasta a los jugadores profesionales, irrevisables por el poder estatal.

3°) Derecho de comunidades internas. La familia es la más notoria de ellas, pero el concepto puede aplicarse sin esfuerzo a otras, como asociaciones gremiales y profesionales y congregaciones religiosas. Es una ficción usual sostener que tales agrupaciones no tienen poder normativo propio sino que él les es otorgado por delegación del Estado. Pero ello no pasa de ser un artificio pues lo que ocurre es que el Estado reconoce el poder normativo de tales agrupaciones porque a los órganos del poder político no les conviene enfrentarlo - al menos en tanto no ponga en peligro sus propias posiciones -. Confróntese al respecto lo que ha ocurrido recientemente con el sindicato

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Solidaridad en Polonia.

4º) Aun las comunidades frágiles - como la de los vecinos que puse por ejemplo - poseen un poder normativo que para el caso particular puede derogar cualquier programación general. Por ejemplo: malgrado cualquier ordenanza que prohíba arrojar papeles en la vía pública (que seguramente existe), soy testigo presencial de que los porteños oficinistas festejan desde hace unos quince años a esta parte todos los fines de año arrojando toneladas de papeles a la vía pública, especialmente en la zona céntrica. De acuerdo con lo visto en el párrafo 8, tenemos que decir que si la primera vez no se presentó ningún funcionario municipal a labrar una infracción, ya esa primera vez tuvo esa conducta el sentido de ser lícita y su repetición pudo fundar una costumbre hoy bien consagrada.

5º) Finalmente, querría decir que la comunidad política misma puede constituirse por el acatamiento general a la asunción del mando o poder político supremo por algún jefe dominante o por un grupo.

Desde tiempos muy remotos, el predominio de hecho del más fuerte fue la forma usual para la constitución de la sociedad política. Esto quedó institucionalizado y ritualizado en muchos pueblos como un formal desafío y consiguiente combate entre el viejo rey y su desafiante, para proclamar rey al vencedor(9)(448).

También en este punto la constitución de sentidos particulares a nivel fundamental puede derogar cualquier norma expresa que exista al respecto. Entre nosotros, por ejemplo, el general Galtieri asumió el 22/12/81 la Presidencia de la República con retención de su cargo de Comandante en Jefe del Ejército en manifiesta violación de lo dispuesto al respecto por el Estatuto de 1976. Podrá quizá, un Kelsen, teorizar casos semejantes con su doctrina relativa a la norma de habilitación, pero ello no pasa de ser un expediente ingenioso pero artificioso para esconder el tremendo poder normativo de los hechos mismos, cosa que en este trabajo se ha tratado de explicar aunque quizá en forma algo sucinta.