

**Y... ¡QUE HAYAN MÁS QUIJOTES EN
NUESTRO DERECHO!**

Reseña a la obra “Conocimiento, validez y derogación de normas jurídicas” de Juan Carlos Mendonca

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá¹

En el exordio de su obra “*Conocimiento, validez y derogación de normas jurídicas*”² el Profesor Juan Carlos Mendonca, con acierto y sabiduría, asimila la actividad de escribir sobre el derecho en el Paraguay (¡ni que decir, filosofía del derecho!) a una tarea “quijotesca”. Lo único que podemos agregar a la acertada frase del maestro, es que esta proposición es “indemostrable, por lo evidente”.³

Por ventura, sin embargo, existen todavía quijotes en el mundo jurídico paraguayo (aunque en un número cada vez más escaso: el jurista serio es una especie en extinción en nuestro país, y como sucede con toda especie en extinción por aquí, está desprotegida y desamparada.) Y uno de ellos es, sin dudas, el Prof. Mendonca. Para fundar esta afirmación, no necesitamos referirnos a su larga trayectoria como docente, decano, jurista, redactor de códigos, etc. (por demás conocida por todos); nos basta con mencionar este libro, que es una joyita de la (casi inexistente) bibliografía iusfilosófica paraguaya.

El libro acopia una serie de monografías redactadas por el Prof. Mendonca, que tratan diversas cuestiones, muchas de ellas de las más difíciles de la filosofía del derecho. Y lo hace con una claridad y profundidad que sólo una persona que ha pasado su vida meditando sobre ellas puede alcanzar. Si a ello sumamos la brevedad con la que el autor expone los densos problemas que ensombrecen las noches de los teóricos del derecho, la obra no puede sino ser considerada de lectura obligatoria para todos los estudiantes y abogados paraguayos, estén o no interesados en cuestiones iusfilosóficas (aunque al terminar de escribir esta línea, nos parece que esta exhortación misma es ya quizás demasiado quijotesca).

El libro del Prof. Mendonca está dividido en los siguientes capítulos: (i) El primer ensayo se refiere a la fascinante relación entre el lenguaje y el derecho⁴; (ii) el

¹Abogado y Notario Público. Master en Derecho y en Derecho Comparado por la Universidad de Oxford, egresado en el cuadro de honor con distinción (2002-2003, *Magister Juris, First Class Honours, Distinction*). Mejor Egresado de la Promoción 2000 (Fac. de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, U.C.). Profesor Encargado de Cátedra de Contratos (U.C.). Curso de Postgrado en la Universidad de Salamanca (2002) y en la Universidad de Buenos Aires (2001). Profesor Invitado a la Universidad de *Princeton* (U.S.A.) y Universidad Austral (Buenos Aires). Miembro de Moreno Ruffinelli & Asociados. rmoreno@moreno.com.py.

² Editado en Asunción, Paraguay, 2000.

³ Esta última frase – de inspiración tomista – es de Fulgencio R. Moreno, tomada de su Exposición en defensa de sus proyectos de Ley en la Cámara de Diputados (22 de agosto de 1902) (la frase completa es: “falta papel para el movimiento económico interno... verdad es esta indemostrable por lo evidente”).

⁴ Basado en su discurso de ingreso a la Academia Paraguaya de la Lengua Española, de la cual Mendonca fue Presidente. A modo de interjección, nos parece oportuno mencionar aquí que nos parece que la importancia del “análisis lingüístico y su aplicación a la filosofía del derecho” fue altamente exagerada a partir del auge de la filosofía del lenguaje a mediados del siglo XX. Esto se imputa, en el mundo de la

segundo, a la cuestión del conocimiento de la norma jurídica; (iii) el tercero, a esa *vexata quaestio* de la filosofía del derecho que es el problema de identidad de los sistemas jurídicos o de la “validez” del derecho; (iv) el cuarto, el ensayo más cercano a los profanos en cuestiones iusfilosóficas, nos introduce en un importante estudio sobre la problemática de la derogación de las normas jurídicas a partir del Código Civil de 1987; y, (v) finalmente, el quinto se refiere a la cuestión de los principios jurídicos, puesta en relevancia principalmente a partir de la obra de Dworkin.⁵⁶

De todos estos capítulos, por cuestiones de espacio (y si, también de elección un tanto caprichosa de este reseñador), nos ocuparemos aquí solamente de uno: el sempiterno *problema de la identidad* de los sistemas jurídicos, tratado en el Capítulo más carnoso y desarrollado del libro (el tercero, intitulado “Derecho válido”).

¿En qué consiste el problema de la “identidad”?

Como nos lo explica Joseph Raz, el filósofo del derecho que con mayor profundidad ha estudiado este problema,⁷ la cuestión de la identidad gira en torno a dos preguntas parecidas pero distintas:

iusfilosofía, a los primeros trabajos de Hart que demostraron un entusiasmo (posteriormente abandonado tácitamente por el propio Hart) por este método, y a un par de frases del propio Hart en su obra *Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, 1963. Aunque también es cierto que el verdadero lugar dado por Hart a la filosofía del lenguaje ha sido ampliamente sobrevalorado por otros autores, quizás por confusión de sus intérpretes superficiales, quizás por la influencia de autores (como su amigo J.L. Austin o Wittgenstein a través de P. Winch), o quizás por el nombre mismo del libro, que parece dar a entender que estamos ante un análisis lingüístico de la palabra “derecho”. Pero a cualquier lector precavido le debe quedar claro que *El Concepto de Derecho* no es, como pretenden (un tanto maliciosamente) Dworkin, o (interpretando erróneamente las tesis de Hart) Nino, una obra “semántica” o infatuada con el análisis del lenguaje. Por lo demás, hoy en día, parece bastante claro que la filosofía del lenguaje tiene muy poco (casi nada) que aportar a los insolubles problemas de la filosofía del derecho: ver para esta afirmación Endicott, “Law and Language”, en el *Oxford Handbook of Jurisprudence*, y Raz, “Two Views on the Nature of Law: a Partial Comparison”, en *Hart’s Postscript*, Coleman (ed.). Para una postura contraria, la genial (pero hoy día a nuestro parecer un poco superada) obra *Notas sobre derecho y lenguaje* de Genaro Carrió.

⁵ No podemos en este artículo avanzar nuestras ideas sobre los méritos y la influencia de la obra de Dworkin, si bien tenemos nuestras reservas al respecto. A nuestro criterio, el legado verdadero de Dworkin debe verse antes que nada en (i) la elaboración de una sofisticada teoría de la adjudicación (“¿cómo debe un juez fallar ante un caso difícil?”), y (ii) el forzamiento a las teorías positivistas de reformular en forma más sofisticada sus teorías. Pero si después de tantos años de mordaz crítica, para un positivista serio actual como Raz (por citar uno), las tesis centrales de Hart en el *Concepto de Derecho* siguen siendo (con algunas matizaciones) acertadas, entonces la labor de Dworkin como autor de una teoría propia del derecho, distinta del positivismo o iusnaturalismo clásico, puede ser puesta en duda. En cualquier caso, es innegable que Dworkin ha tenido una gran influencia – no tanto por el número de seguidores – sino por las interrogantes que ha planteado. Pero, al final del día, no puede considerarse, a nuestro parecer (y a pesar de lo que el propio Dworkin sostiene en *Law’s Empire*), que Dworkin tenga una “teoría del derecho” propia, sino sólo una teoría de la adjudicación judicial. Para una crítica global de cuál es la tarea de la iusfilosofía tal cual Dworkin la entiende (no universal, particularista, limitada a una cultura jurídica individual, etc.), ver el artículo de Raz, citado en la nota 3 supra, o la crítica excelente formulada tempranamente por John Finnis, “On Reason and Authority in *Law’s Empire*”, *Law & Philosophy*, 1987.

⁶ Aunque fue estudiada – y esto hay que decirlo – mucho tiempo antes en la literatura anglosajona por el Dean Roscoe Pound (*inter alia*) a quién Dworkin siguiendo una costumbre cuestionable, apenas recuerda. Ver sobre todo *Taking Rights Seriously*, de 1977. Para una perspectiva distinta de los principios jurídicos (el *locus classicus* positivista en este tema), ver el artículo de Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *Yale L. Journal*, 1972.

⁷ En su densa tesis doctoral, *The Concept of a Legal System*, pag. 1, 2da Edición con un valioso capítulo agregado al final, y luego en *The Authority of Law*, 1979.

- (a) ¿Qué leyes o normas forman parte de un sistema jurídico determinado?
- (b) ¿Cuáles son los criterios que determinan, delimitan e identifican al sistema jurídico al cual una ley pertenece?⁸

Dicho en otros términos, el problema de la identidad de los sistemas jurídicos viene así a atender las siguientes cuestiones:

- (i) La primera, la de establecer si una norma particular forma parte o no de un determinado sistema jurídico (por ej. ¿forma parte del derecho paraguayo el art. 716 del Código Civil? ¿O el art. 32 del Código Aduanero? ¿O una sentencia de la Corte Suprema? Etcétera.); y,
- (ii) La segunda, determinar cuál conjunto de normas individuales forman parte e integran a un “sistema jurídico” determinado, permitiendo, así, que se pueda hablar por ejemplo de un “derecho paraguayo” como una globalidad de reglas. Vale decir: ¿cuál criterio puede determinar que la frase “las normas A, B, C... X, Y, Z (y así sucesivamente) son normas jurídicas que establecen la existencia del “derecho positivo paraguayo”, como sistema jurídico distinguible del “derecho inglés”, del “derecho brasilero”, y así sucesivamente?

Ambas preguntas, salta a la luz, están íntimamente relacionadas, y son cruciales a la hora de analizar al fenómeno cultural del derecho, entendido como institución social.⁹

Las más grandes mentes de la iusfilosofía del siglo XX – Hans Kelsen, Alf Ross, H.L.A. Hart, Norberto Bobbio, Joseph Raz, entre otros – han enfrentado el problema de la identidad del derecho, con mayor o menor felicidad. Son dos de los méritos de la obra del Prof. Mendonca (i) el haber efectuado una descripción y exposición sumamente útil y adecuada a las principales ideas de autores como Kelsen y Hart, etc. (que, con la claridad que acostumbra al autor, será de extremada ayuda para los que no estén compenetrados plenamente con éstas ideas), y (ii) haber apuntado la insuficiencia de estos autores, hasta proponer una salida tentativa que parece, a grandes rasgos, más adecuada que la propuesta (al menos explícitamente) por aquellos maestros.

Al dar inicio a su exposición, el Prof. Mendonca se pregunta cuál es el criterio que permite determinar o establecer la validez de las normas. Para reformularla: ¿cuándo puede decirse que una norma jurídica forma parte del “derecho paraguayo”?

Esta pregunta, como indica Mendonca, ha tenido varias respuestas a lo largo de los años, y al estudio de las mismas se dedica en claras páginas.

⁸ Ver en general J. Raz, *The Concept of a Legal System*, pag. 1.

⁹ El derecho, como enseña a Finnis, tiene una doble vida: como una institución social y como una razón para actuar (*reason for action*). Cómo institución social puede ser descrita y estudiada por sociólogos, economistas, teóricos, etc. Pero como una razón de actuar, pertenece más bien al ámbito de la filosofía práctica (antes que teórica, en la distinción aristotélica), y por ende, del jurista, moralista, político, etc. Quién no comprenda esta doble vida puede caer a visiones reduccionistas del derecho y precipicios insondables. Ver Finnis, “Natural Law – The Classic Tradition” en Coleman y Shapiro, *Oxford Handbook and Jurisprudence*, Capítulo 1.

En primer lugar, se ocupa brevemente de la “doctrina del derecho natural”, señalando que “de acuerdo con esta doctrina, el derecho natural determina el contenido del derecho positivo, de modo que un derecho positivo cuyos contenidos no se conforman con el derecho natural debe ser considerado como un derecho no válido, como un derecho inexistente. El problema de la validez queda, así, sin solución...”¹⁰

Debe decirse, respetuosamente, que el tratamiento de la “doctrina del derecho natural” es quizás el punto menos elaborado por Mendonca en su obra. Quizás se deba ello a que Mendonca repite aquí el famoso argumento (erróneo) de “*lex injusta non est lex*”, tan utilizado por autores como Kelsen y otros para ridiculizar al derecho natural.¹¹ Por supuesto que afirmar que una ley injusta no es válida es un despropósito desde todo punto de vista, por lo que parece muy poco probable encontrar a alguien que afirme algo parecido.

Así, como lo ha demostrado en forma concluyente (y agregaríamos nosotros, irrefutablemente) John Finnis en su magistral *Natural Law and Natural Rights*¹²: la tesis “*lex injusta non est lex*” (que nunca fue afirmada en éstos términos por autor alguno¹³) jamás fue concebida como una respuesta al problema de la “validez jurídica”, sino más bien como respuesta a la pregunta absolutamente distinta (y que pertenece en puridad a la filosofía política) de *cuándo debe un ciudadano obedecer a la ley*. La formulación estricta de “*lex injusta non est lex*”, es así, no una creación de la doctrina del derecho natural, sino una caricatura e imagen creada por algunos autores para deshacerse (lo más rápido posible y sin detenerse en los méritos de la que es, por lejos, la tradición iusfilosófica más antigua del mundo¹⁴). Además, cuando los iusnaturalistas afirman algo parecido a ello no están haciendo una afirmación sobre el problema de validez jurídica, sino de la autoridad legítima o ilegítima que tiene una ley. Repetimos: *no se trata de una tesis jurídica intra-sistémica (¿cuándo es válida tal norma?), sino más bien, de filosofía política (¿debo prestar fidelidad a tal mandato del gobernante de turno?)*.

La verdad es que ningún filósofo (al menos de la tradición clásica) del derecho natural – pensamos específicamente en un Platón, un Aristóteles, un Tomás de Aquino, y en nuestros días, en un Finnis – ha pretendido formular meramente una doctrina de

¹⁰ Pag. 63.

¹¹ También se repite en esta parte de la obra el error de Kelsen y otros de no tomar en cuenta que existen varias “doctrinas” del derecho natural, razón por la cual se consideran como iusnaturalistas (con mayor o menor grado de acierto en cada caso) a autores con ideas tan diversas como Tomás de Aquino, Pufendorff, Grocio, Suárez, Lon Fuller, Ronald Dworkin, Michael Moore y Robert Alexy, entre otros.

¹² Ver el Capítulo XII “Leyes Injustas”, edición en castellano de Abeledo-Perrot, año 2000 (con traducción y excelente estudio introductorio del profesor chileno Cristóbal Orrego) *Ley Natural y Derechos Naturales*.

¹³ La confusión se deriva de la afirmación que hace San Agustín – ¡en una obra teológica, no jurídica! – al decir que “una ley que fuese injusta no parecería ser ley”, a lo que Tomás de Aquino glosó que una ley injusta más que una ley parece ser “una corrupción de la ley” y un “acto de violencia” o una “perversión de la ley”. Queda claro que no están afirmando la tesis absurda de que una ley injusta no es válida (no es ley, lo que es una contradicción, pues si decimos que una LEY injusta no es LEY, estamos justamente reconociendo de antemano que estamos ante una “ley”), sino que una ley injusta, por ir contra los principios de razonabilidad y moralidad, no es digna de nuestra fidelidad, y por ende, de nuestra obediencia. Ver la preclara exposición de Finnis, en su obra citada, pags. 390 y sgts.

¹⁴ Si tomamos a las dos tradiciones fundamentales, la iusnaturalista y la positivista, y consideramos que la primera fue iniciada por Platón (o Aristóteles), mientras que la segunda recién vio la luz con Bentham (o, dirán algunos, Hobbes), no quedan dudas respecto a cual ha estado más tiempo participando del debate.

“validez” o “identidad jurídica”.¹⁵ Por el contrario, su interés teórico ha sido otro muy distinto, como gráficamente dice Finnis al rechazar reducir todo el debate de la iusfilosofía al (mayormente) pseudo-problema de la conexión entre el derecho y la moral: “lo que verdaderamente caracteriza a la tradición (iusnaturalista) es que no se satisface con observar el hecho histórico de que la “moral” afecta de tal modo al “derecho”, (o que ésta norma es válida o no) sino que en lugar de eso procura determinar cuáles son realmente las exigencias de la razonabilidad práctica, para ofrecer de este modo una base racional para las actividades de los legisladores, los jueces y los ciudadanos”.¹⁶ La teoría iusnaturalista, así, no es una teoría que se (auto)límite a lo meramente jurídico, sino que es una teoría ética, política y jurídica sobre la condición humana.

Por tanto, acusar al iusnaturalismo de no proveer criterios de “validez” del derecho es, sencillamente, equivocarse. No puede acusarse a una persona de un hecho que jamás ha cometido; tampoco a una doctrina de sostener algo que nunca ha sostenido. El tratamiento de la doctrina del derecho natural ofrecido por el Prof. Mendonca merece, a nuestro parecer, de éstas precisiones. No puede afirmarse – al menos no después de la obra de Finnis – que la doctrina del derecho natural sea errónea porque no ofrece criterios de validez jurídica.¹⁷

Hechas estas salvedades, podemos pasar al tratamiento del jurista que puso en el tapete iusfilosófico el tema de la validez jurídica: Hans Kelsen. Como bien explica Mendonca, para Kelsen una norma jurídica es válida (es decir, forma parte del derecho paraguayo) si deriva de otra norma válida, de superior jerarquía. Para poner un ejemplo: el art. 1º del Decreto No. 2939/04 dictado por el Ejecutivo es válido (y por ende, forma parte del derecho positivo paraguayo) pues ha sido autorizado por el art. 38 (y 46) de la Ley 2421/04 de Reordenamiento Administrativo y Reforma Tributaria. Ésta ley, a su vez, es válida (y por ende forma parte del derecho positivo paraguayo) porque ha sido autorizada por otra norma superior (en este caso, la Constitución Nacional).

A pesar de su elegancia y simpleza, hasta el lego menos avisado puede intuir los graves problemas que posee la teoría kelseniana. Su tesis de validez supone una *regressio ad infinitum*, pues hay una cadena de validez que parece no terminar jamás. Y, así, al llegar a la Constitución Nacional no podemos determinar con facilidad de dónde deriva la validez de esta. La respuesta primera de Kelsen no es satisfactoria: la validez de la Constitución deriva de todas las constituciones históricas anteriores. Y en esta respuesta está justamente la regresión al infinito de la que hablamos: ¿hasta que constitución histórica debemos remontarnos? ¿La del *Australopithecus*?

¹⁵ Qué, según el actual Profesor de *Jurisprudence* de la Universidad de Oxford sucesor de Hart y Dworkin, John Gardner, es la única pregunta a la cual el positivismo jurídico intenta responder; ver su “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *Am. J. of Jur.*, 2001.

¹⁶ Finnis, ob. cit. pag. 317. Los agregados parentéticos son nuestros.

¹⁷ Aunque en defensa del Prof. Mendonca, es justo recordar que la obra de Finnis recién fue traducida en el año 2000 al español – después de la publicación del libro del Prof. Mendonca - lo que explica la tardanza en llegar a nuestros lares de sus ideas. Por otra parte, es interesante mencionar que Finnis (y otros) han reconocido expresamente que sólo puede ser derecho “válido” aquello que ha sido “puesto” en una “fuente social” (ver su artículo “The Truth in Legal Positivism”, en George, *The Autonomy of Law*, 1996), razón por la cual alguien ha dicho que se trata de un “iusnaturalismo positivista” (como ha dicho el Profesor argentino Santiago Legarre).

Claro está que Kelsen estaba más que consciente de este dilema. Para resolverlo, el jurista vienés postuló famosamente la “norma fundamental” o “básica” (*Grundnorm*), que es el criterio de validez último de todo el sistema jurídico. Pero esta norma básica, como recuerda Mendonca, no es una norma de derecho positivo, sino que es “presupuesta en nuestro pensamiento”. Vale decir: toda persona que “piense como jurista” debe presuponer antes de entrar a su análisis la existencia de una norma fundamental de la cual derivan todas las demás normas; en caso contrario, no podrá hacer ciencia (pura) del derecho. Ésta, por supuesto, es la paradoja de Kelsen: se trata de un positivista para quién la norma fundamental de todo el derecho positivo no es positiva. Y aquí sólo quedan dos caminos: seguir la (altamente dudosa) tesis epistemológica neo-kantiana de Kelsen¹⁸ (cosa que muy pocos han hecho) o afirmar con Mendonca que “es obvio que la validez de la norma básica kelseniana no puede provenir del mero hecho de ser supuesta, sino de alguna otra propiedad... lo que permite concluir, además, que el sentido en que la norma fundamental es válida, difiere del criterio de validez de las otras normas... con lo cual se hace remisión de la validez a un hecho extrajurídico, que está fuera del sistema de normas...”.¹⁹

Esta manifiesta auto-contradicción lleva a Kelsen, como bien explica Mendonca, a afirmar que “la validez de una norma particular depende de que satisfaga las condiciones establecidas por otras normas superiores del propio sistema; pero la validez del sistema mismo depende de su eficacia”, entendiéndose por ésta última “la relación entre el derecho y la fuerza”.²⁰ Pero el concepto de eficacia es – como se ha dicho en innumerables ocasiones – altamente cuestionable. ¿Cuándo es “eficaz” un sistema jurídico? ¿Cuándo lo acatan el 51% de los ciudadanos? ¿El 25%? ¿El 90%? Y a la vez, ¿qué porcentaje de las leyes debe ser acatado por ese porcentaje de ciudadanos? ¿El 95% de las leyes por el 51% de los ciudadanos? ¿O el 51% de las leyes por el 25% de los ciudadanos? ¿O el 50% por el 90%? Y así sucesivamente.

Y, además, si se dice que la validez depende de un hecho normativo (de la autorización de una norma superior), ¿cómo puede afirmarse que la validez del sistema depende de un factor fáctico, sociológico, como que un porcentaje importante de la población obedece al sistema? ¿Qué quedó de la *norma* fundamental? ¿Para que sirve ésta ficción entonces? El hecho de acudir al grado de acatamiento de las normas – un hecho empírico de observación científica - ¿no significa la debacle de la teoría “pura” (i.e., exenta de impurezas sociológicas, políticas, económicas) de Kelsen? Las dudas son muchas (muchísimas) y no pueden ser aquí atendidas. Pero concordamos plenamente con las palabras de Mendonca en este respecto: “Nos queda, pues, la duda sobre si es la norma fundamental o es la eficacia el verdadero fundamento de la validez del sistema – y aún de las normas particulares – y, en su caso, en qué sentido debe entenderse la eficacia: si como acatamiento espontáneo de una parte apreciable de la comunidad, o si como una imposición coactiva lograda por la fuerza.”²¹

Mendonca (correctamente) deja a Kelsen en su aporía y pasa a otro gran iusfilósofo: el Profesor de la Universidad de Oxford H.L.A. Hart. Éste, en su obra *El Concepto de Derecho*, había intentado darle solución al problema mediante su conocida

¹⁸ Ver sobre esto el excelente artículo de Stanley Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Oxford J. of L. Studies*, 1992 Vol 12.

¹⁹ Mendonca, pag. 65 (referencia interna a Gioja omitida).

²⁰ Mendonca, pags. 69 y 70.

²¹ Mendonca, pag. 71.

“regla de reconocimiento”. Según Hart, todo sistema jurídico se compone de dos tipos de normas: las normas primarias – que establecen una obligación o deber, como las normas penales en general – y las normas secundarias – que confieren un poder o competencia; por ejemplo, las normas que permiten a los legisladores crear otras normas, o las que permiten a los particulares celebrar contratos. Las normas secundarias son parasitarias, en el sentido que su existencia sólo es concebible porque existen normas primarias sobre las cuáles se refieren. De entre estas normas secundarias, hay una que se destaca porque permite establecer el criterio de validez o identidad del sistema jurídico: la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento permite individualizar cuáles normas pertenecen al sistema y cuáles no; por citar el famoso ejemplo (un tanto simplificado) de Hart que es recordado por Mendonca, “todo lo que la Reina en el Parlamento Inglés sanciona como derecho” forma parte del sistema jurídico inglés. Pero, la regla de reconocimiento, a diferencia de las demás normas del sistema, es *empírica*, una cuestión de hecho: consiste en una convención social compartida por los funcionarios de un país (presumiblemente los jueces²²) en virtud de la cual se puede determinar cuando una regla integra dicho derecho y cuando no. O, en Paraguay, la práctica habitual indica que son normas jurídicas aquellas que se encuentran en la legislación (en sentido amplio, incluyendo tratados y la propia Constitución), y excepcionalmente la costumbre (normalmente, cuando la propia ley hace referencia a la misma), es decir, las “fuentes sociales del derecho” – tesis maestra del iuspositivismo moderno.²³ Hart deja bien en claro que, a diferencia de las normas del sistema, la regla de reconocimiento es una *cuestión de hecho*, cuya existencia sólo puede ser comprobada *empíricamente* (o en su terminología, por “enunciados externos”). Así, si bien sigue a Kelsen en cuanto afirma que toda norma particular es válida mientras haya sido autorizada por otra (y en ese sentido “puede “existir” aún cuando sea generalmente desobedecida), la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, de identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”.²⁴

Las diferencias entre la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento son muchas (y destacadas por Hart en una de las notas más extensas de su libro), pero aquí nos interesa sólo la siguiente. Cuando uno empieza a subir la escalera de validez de Kelsen y llega al último escalón, Kelsen dice: “la validez de la norma fundamental no deriva de otra, sino que se presupone”. Hart, por su lado, afirma: “la validez de la regla de reconocimiento no deriva de de otra, ni mucho menos se presupone: simplemente existe. Si no existe, no hay sistema jurídico. De hecho, la regla de reconocimiento no puede ser ni válida ni inválida, sino sólo puede existir como un hecho sociológico (o no existir).”

Dicho esto, debe destacarse que al Prof. Mendonca le parece insuficiente la argumentación hartiana. Específicamente, crítica a Hart pues, “quiera que no, sin embargo, es insatisfactorio cancelar toda discusión sobre la validez de la regla última de validez, propinando que simplemente se la acepte como “adecuada”. Parece, inclusive,

²² Hart nunca es claro en este sentido; la tesis de que los funcionarios son los jueces ha sido defendida por Raz, en, por ejemplo, *The Authority of Law*, OUP, 1979.

²³ Por supuesto que esta es la visión ortodoxa; en realidad, existen otras “fuentes” del derecho que son habitualmente utilizadas en nuestros tribunales. Entre ellas la jurisprudencia (si bien no es válida como fuente de derecho, es comúnmente referida en fallos judiciales como autoritativa) y especialmente la doctrina jurídica. ¡Cuántos fallos en nuestro país se reducen a la opinión de un jurista! Pero el estudio de esto escapa obviamente al presente artículo.

²⁴ Hart, *Concepto de Derecho*, pag. 137.

que esta no difiere substancialmente de la noción de “eficacia”, que Hart descalifica, por extraña al sistema”.²⁵ Esta crítica (pero no otras que se le pueden formular) a Hart nos parece desacertada.²⁶ La regla de reconocimiento, en la concepción hartiana, sólo existe como un enunciado externo al sistema,²⁷ y la validez de una norma sólo puede predicarse en un contexto intra-sistémico, es decir, como un enunciado interno. La regla de reconocimiento es una costumbre, una convención, según la cual se identifican a ciertas normas como integrantes o no de un sistema. Como tal, la explicación de la regla de reconocimiento como forma de identificación de normas jurídicas, o como dadora de validez en el contexto intra-sistémico, parece substancialmente correcta.²⁸ (Además, nos parece que la teoría de la validez de Mendonca, como veremos, de alguna manera ratifica la existencia de una suerte de “regla de reconocimiento” en el sistema.)

Independientemente de la corrección o no de su crítica a Hart, lo interesante y digno de destacar aquí es que en las siguientes páginas de su obra, el Prof. Mendonca expone su propia teoría de validez, que es iluminante en muchos aspectos y plantea nuevas e inteligentes soluciones a viejos problemas. Además, viene a llenar muchos de los vacíos que Hart no pudo llenar, e incluso supera a Hart desde que nos permite concluir – y es de notar esto, por lo ilustrativo, con ejemplos traídos de la historia del derecho paraguayo – que el problema de la identidad de un sistema jurídico nunca puede ser resuelto por un criterio jurídico “autónomo” (como la regla de reconocimiento de Hart, la norma básica de Kelsen o parecidos ejemplos), sino que siempre dependerá, en mayor o menor grado, de las características propias del sistema político al cual pertenece el sistema jurídico (en otras palabras, jamás podré identificar al “derecho positivo paraguayo” si no puedo identificar al sistema político al cual pertenece; vale decir, al “Paraguay”).²⁹ O esto al menos, argumentaremos más abajo.

¿En qué consiste la teoría de validez expuesta por el Prof. Mendonca?

En primer lugar, Mendonca señala que más allá de una regla convencional que permita conocer que normas integran (o no) el sistema, es propio de todos los derechos positivos³⁰ que los mismos consagran normas o reglas de validez (llamadas por Mendonca elegantemente como) “reglas de admisión” y “reglas de rechazo”. Las primeras determinan bajo cuáles supuestos se considerará que una norma ha “entrado”

²⁵ Mendonca, pag. 74.

²⁶ Aunque sí coincidimos con la otra crítica que hace Mendonca a Hart, en cuanto éste proscribe “ulteriores indagaciones respecto de la validez de la regla de reconocimiento”. Cómo ha dicho Finnis, en tono parecido a Mendonca, “La proscripción (*outlawing*) de ulteriores indagaciones (cualquiera sea el tema), ¿no es acaso una razón de suspicacia en todo estudio teórico?” Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, Oxford Essays of Jurisprudence, 1972; en las siguientes páginas Finnis demuestra las razones por las cuales es sospechosa la actitud de Hart.

²⁷ Aunque también puede ser vista desde el punto de vista interno, imponiendo deberes a los funcionarios. En el sentido intra-sistémico, la regla de reconocimiento es norma efectiva, pues obliga al funcionario a aplicar la fuente social. Ver para esto, Honoré, *Making Law Bind*, Cap 1.

²⁸ De acuerdo: Raz, *The Authority of Law*, pag. 97.

²⁹ Esta conclusión es casi generalizada en la actualidad. Los ejemplos más importantes son: Finnis, en su monografía “Revolutions and Continuity of Law”, Oxford Essays on Jurisprudence; Raz, en su ya citada *Concept of a Legal System y The Authority of Law*; Postema, “Law’s Melody: Time and the Normativity of Law” (versión electrónica en el sitio de la UTDT).

³⁰ Esto requeriría una observación: es propio de todo sistema jurídico sofisticado. Pueden darse muchos ejemplos (ver, por ej. Gluckmann, *The Judicial Process among the Barotse*) de “sistemas” jurídicos que no prevén las reglas de admisión y de rechazo, y no por ello dejarán de tener criterios de validez – *valedicet*, reconocerán algunas reglas como aplicables y otras no.

en el sistema (y forma parte por ende del mismo, que es “válida”), mientras que las segundas establecen cuando ha de considerarse que la norma ha “salido” del orden jurídico (y por ende ha dejado de formar parte del mismo, que es “inválida”). Entre las reglas de admisión y rechazo previstas en el derecho paraguayo, Mendonca establece una lista (sumamente completa e interesante): el principio de supremacía constitucional (rechazo), el principio de jerarquía de leyes (rechazo), el principio de derogación (rechazo), el principio de irretroactividad de las leyes (rechazo), el principio de que las normas deben ser creadas por el órgano competente, conforme con el procedimiento y el contenido establecido en las normas superiores (admisión), y la “llamada regla de inferencia”, según la cual serán válidos los enunciados jurídicos que sean consecuencia lógica de normas válidas (si la norma estipula la mayoría de edad a los 20 años, es mayor de edad también una persona de treinta años, y de cuarenta y así sucesivamente).³¹

En segundo lugar, Mendonca señala correctamente que “todos – particulares, funcionarios, jueces – deben estar en condiciones de saber cuándo una norma es válida, y cuándo no la es”, y que “es obvio que toda comunidad, y especialmente una comunidad jurídicamente compleja, tiene la necesidad de encomendar a algún órgano esta función primordial de declarar cuál es el derecho válido, so pena de una total anarquía”.³² Con igual corrección, el Prof. Mendonca señala que el órgano que tiene esta función es el judicial, y que los jueces en su conjunto constituyen el “órgano encargado de la declaración de validez”. Mendonca llega así a una conclusión similar a la arribada (por ejemplo) por Raz (cuyas ideas son en puridad un refinamiento de la tesis hartiana), según la cuál son normas de un sistema jurídico “momentáneo” (vale decir, en un momento determinado – por ej. el 23 de febrero de 2005), todas “aquellas reconocidas y aplicadas por las instituciones aplicadoras-del-derecho (i.e. tribunales) autoritativas”.³³ Como explica nuestro autor reseñado, la sentencia judicial deviene así en el “máximo criterio para determinar la validez. Es la única declaración indiscutible reconocida por el Estado sobre la validez de las normas, y deviene regla de reconocimiento, ya que cualquiera, para establecer que es derecho válido en un momento dado, podrá investigar qué ha sido declarado derecho válido en un momento dado, podrá investigar qué ha sido declarado derecho válido por los tribunales.”³⁴

La tesis del Prof. Mendonca parece *prima facie* acertada. Pero a la vez plantea – como él mismo lo advierte de inmediato – ulteriores problemas.

El primero de ellos es que resulta imposible que una sentencia determine, en un momento, todas las normas que son válidas (o no) en un sistema. Es decir, nunca encontraremos una sentencia que diga algo como que “las normas que están en esta lista son las que forman parte e identifican al derecho paraguayo”. Ello es absurdo. Como explica Mendonca, “el particular no puede, empero, para regular su vida de relación jurídica, recurrir por anticipado permanentemente y en cada caso, a los órganos jurisdiccionales, a fin de que éstos le digan si, obrando de tal manera, obrará conforme a

³¹ Mendonca, ob. cit. pags. 74-77.

³² Mendonca, ob. Cit. Pags. 77-78.

³³ Raz, *The Concept of a Legal System*, pag. 212, y desarrollada ampliamente en *The Authority of Law*, capítulos 4 a 6. Debe decirse, sin embargo, que Raz no está citado en este contexto en la obra reseñada.

³⁴ Mendonca, ob. cit. pag. 82.

derecho válido. Además de la perturbación que esto acarrearía, resulta prácticamente imposible”.³⁵

Pero, entonces, ¿cómo saber cuáles normas son válidas y cuáles no?

La respuesta del Prof. Mendonca a este problema es sumamente ingeniosa. Mendonca señala que es necesario para que un sistema jurídico tenga carácter racional (i.e. para que sea inteligible) de que exista una “presunción de validez”. Vale decir, que una gran cantidad de las normas del sistema sean creadas por los órganos correspondientes (i.e. el Congreso) les otorga una suerte de presunción de validez, por lo que los particulares pueden confiar en ellas y arreglar su vida en consecuencia, hasta tanto no se pronuncie un órgano judicial al contrario (o confirmando ello). De esta forma, “la vida de relación jurídica se desenvuelve, así, de acuerdo con una presunción de validez del derecho, remitida a la declaración judicial, que es la norma que confirmará o destruirá esa presunción lógicamente fundada, en caso de conflicto”.³⁶

Cómo se puede apreciar sin mayor esfuerzo, la argumentación es impecable y demuestra la calidad de las ideas y la *mens iuris* de su expositor.

Resuelto el primer problema con el argumento de la presunción de validez, queda el segundo (y mucho más importante) problema que se le plantea a toda teoría que intente explicar y resolver el problema de la identidad del sistema jurídico. El problema es el siguiente. Supongamos (como hipótesis de trabajo) que obtenemos una sentencia que declare la validez de un gran conjunto de normas como integradoras del derecho positivo paraguayo en ese momento. Hasta aquí todo bien. Pero como sabe incluso cualquier profano en materia jurídica, el derecho se caracteriza por ser altamente *dinámico*: todos los días ingresan nuevas normas a través de las reglas de admisión (ya sea a través de la sanción de leyes, o costumbres, o sentencias judiciales, resoluciones administrativas o incluso actuaciones de los particulares como contratos – miles celebrados diariamente) y al mismo tiempo son expulsadas otras por las normas de rechazo (por ej. la derogación de un Código, la declaración de inconstitucionalidad de un decreto, la revocación de una resolución administrativa por un superior, la rescisión de un contrato, etc.). Ello quiere decir que el *contenido* de un sistema jurídico – el conjunto de reglas particulares y generales que lo conforman y hace posible que se hable de un (por ejemplo) “derecho paraguayo” – no puede ser determinado mediante criterios autónomos de identificación como la regla de reconocimiento, la *Grundnorm* o similares. Aquí radica la segunda rama del problema de la “identidad” que hemos señalado al comienzo de esta reseña: *¿Cuáles son los criterios que determinan, delimitan e identifican al sistema jurídico al cual una ley pertenece?* Si bien el criterio propuesto por Mendonca resuelve *grosso modo* el primer problema o rama del problema de la identidad (cómo identificar si una norma pertenece a un sistema jurídico – es válida - v.gr. a través de la sentencia de un órgano judicial), no llega a formular una solución completa para esta segunda rama de la cuestión, la cual es mucho más compleja. A intentar dilucidar esta segunda rama del problema nos dedicaremos a continuación.

Quizás sea útil aquí – para arrojar un poco de luz a esta cuestión – recurrir a la distinción entre sistemas jurídicos “momentáneos” y “no momentáneos”. Ya hemos

³⁵ Idem. anterior.

³⁶ Mendonca, ob. cit. pag. 83.

dicho que el sistema momentáneo es el que existe en un momento determinado – v.gr. el 23 de febrero de 2005. Recurriendo a la idea de presunción de validez del Prof. Mendonca, podemos decir que la identidad de (por ejemplo) el derecho paraguayo está resuelto, al menos mirándolo desde el punto de vista de sistema “momentáneo”: el derecho paraguayo es el 23 de febrero de 2005 la reunión de todas aquellas normas que o son declaradas válidas por una (o varias) sentencia(s) judicial(es) o que gozan de la “presunción de validez”. Pero, ¿qué ocurre cuando miramos a un sistema jurídico en forma diacrónica? ¿Cómo explicar el dinamismo del sistema jurídico, cuyo contenido varía día a día por millares de normas que ingresan y salen del mismo? En otras palabras, ¿qué ocurre cuando lo observamos no desde el punto de vista de “un día”, sino de un plazo o lapso de tiempo prolongado, digamos, 150 años? Esto es lo que se quiere significar cuando se habla de un sistema “no momentáneo”: ¿cómo explicar la continuidad – la identidad – de un sistema jurídico, y no meramente la determinación de su contenido en un día determinado (cosa que, dicho sea de paso, es bastante trivial)? ¿Cómo explicar, con (cualquier) criterio jurídico de validez la existencia de un sistema jurídico, como el paraguayo, del cual se puede hablar existe hace (digamos) 150 años?³⁷ ¿Qué ocurre con este sistema jurídico cuando hay un quiebre de la magnitud de la creación de un nuevo país (por ej. la independencia del Paraguay de la Corona Española³⁸), o de un nuevo régimen político (paso de una Dictadura Perpetua a una “República” en 1844), o cuando se da un simple golpe de Estado (como el 3 de febrero de 1989)? En suma: ¿por qué, a pesar de todos estos cambios, quiebres, continuidades y discontinuidades es posible seguir hablando de un “derecho paraguayo”, plenamente identificable y distinguible?

Como deja en evidencia (en forma a nuestro parecer verdaderamente espectacular) el libro del Prof. Mendonca, los criterios meramente jurídicos o “autónomos” para identificar a los sistemas jurídicos son desde todo punto de vista *insuficientes*. Pensemos, para un ejemplo de esta insuficiencia, en la explicación kelseniana de los golpes de estado. Según Kelsen, cada vez que cambia la constitución (o norma básica) de un país en forma ilegal (el caso típico es el de un *coup d'état*), existe un cambio del sistema jurídico.³⁹ Por supuesto que esto es absurdo desde todo punto de vista. ¿Cuál es la diferencia de identidad o contenido entre el sistema jurídico paraguayo de la mañana del 2 de febrero de 1989 y el de la tarde del 3 de febrero de 1989? ¿No estamos ante un mismo Código Civil, un mismo Código Penal, ante los mismos contratos celebrados por los particulares; incluso, hasta la misma Constitución? Obviamente ninguna diferencia sustancial puede ser encontrada aquí. El contenido de ambos “derechos” “paraguayos” (el del 2 de febrero y el del 3 de febrero) es prácticamente el mismo.

Podría decirse, en respuesta a estas objeciones, que el sistema jurídico es un conjunto de secuencia de conjuntos establecidos por el criterio de validez (por ej. la regla de reconocimiento). Así, el derecho paraguayo sería la secuencia de conjuntos de

³⁷ No asumimos en forma alguna en el texto dicha fecha (ni ninguna otra) para dar inicio al “sistema jurídico paraguayo”, por lo complejo que se presenta el asunto desde el punto de vista histórico (piénsese en las obscuridades que rodean el derecho aplicable bajo la Junta Superior Gubernativa, el Consulado, la Dictadura francista, el *regnum* lopizta, etc). Tomamos arbitrariamente el gobierno del viejo López como inicio de dicho sistema (más precisamente, la “Constitución” de 1844).

³⁸ O de Buenos Aires, como aguda y sutilmente planteó hace casi cien años Fulgencio R. Moreno en su *Estudio sobre la Independencia del Paraguay*, Schaumann Editores, Asunción.

³⁹ Para una de las múltiples exposiciones de la teoría kelseniana de la discontinuidad del sistema jurídico, ver su *Teoría General del Derecho y el Estado*, trad. E. García Maynez.

sistemas que se han venido dando entre (digamos) 1844 y 2005. Pero esto (además de parecer extremadamente artificial) no responde a la siguiente pregunta: ¿por qué entre 1844 y 2005 existió algo que se denomina comúnmente “derecho paraguayo”? O dicho de otra forma: ¿Qué es lo que tiene una secuencia de conjuntos de normas que nos permite interpretarla como un sistema de normas existente o subsistente con una identidad perdurable o duradera a través del tiempo?⁴⁰

Un gran aporte del trabajo de Mendonca es el de dejar bien en claro que esta pregunta no podrá ser respondida por una mera alusión a una “regla de reconocimiento” (Hart), o “norma fundamental” (Kelsen) o “la norma soberana” (Von Wright), o a cualquier criterio de identidad o validez autónomo-jurídico. Como dice Mendonca: “esta circunstancia lleva a la exigencia de apelar a un criterio externo de validez (i.e. extra-jurídico o no-autónomo al menos), haciendo caer la validez en dependencia de ese criterio ajeno al sistema”.⁴¹

Y, posteriormente, el autor pasa a exponer lo que nosotros denominamos aquí como el “argumento de la necesidad del derecho”⁴² – o juridicidad esencial – es un párrafo que merece ser citado *in extenso*: “Pareciera que la validez final de todo orden jurídico no pudiera fundarse, en definitiva, en otra cosa que en su necesidad, ya que no existe sociedad alguna que haya podido o pueda vivir sin derecho. Pareciera también que esta es una causa mucho más real y efectiva para fundar la validez del orden jurídico, que los conceptos más o menos artificiales de justicia, norma fundamental, eficacia o vigencia... *La necesidad de tener un orden jurídico que rija la vida de relación funda válidamente el orden jurídico, cualquiera sea él, bueno o malo, desde el punto de vista axiológico.*”⁴³

En otras palabras: ¡adiós a los criterios puramente artificiales/jurídicos para determinar la identidad de un sistema jurídico! Por supuesto que esta conclusión puede causar alarma a los juristas, acostumbrados a ver el mundo de acuerdo a un patrón negro/blanco y no grisáceo⁴⁴ como plantea el Prof. Mendonca, de que en algunos casos la validez no es una cuestión automática, mecánica, contundente. Como afirma nuestro autor: “no puede negarse la alarma que produce en el jurista el fenómeno de la invalidez, pero una actitud empírica, estrictamente fundada en la observación, debe llevarle a admitir esta verdad histórica, que ha afectado en algún momento a todos los derechos positivos. Históricamente no hay uno solo que no haya pasado por el problema de la invalidez, más o menos radical, en mayor o menor medida, y que no haya legitimado siempre el sistema. La causa reconocible es la misma: *la necesidad de contar*

⁴⁰ Ver Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, pag. 232.

⁴¹ Mendonca, ob. cit. pag. 85. El agregado parentético es nuestro.

⁴² *Caveat lector*: debe quedar bien en claro al lector de esta recensión que el “argumento de la necesidad del derecho” no debe ser equiparado con la afirmación hobbesiana de Hart de que hay un “contenido mínimo del derecho natural” dirigido a la protección de las funciones mínimas necesarias del ser humano (vida, propiedad, etc.). No es lo que se quiere significar con este argumento, y cualquier asimilación de este reseñador con ideas hobbesianas es ilícita. Más bien lo que se quiere significar es que “debe existir un derecho” (sin entrar a tallar su contenido o aspiración, es decir, sin ver si es un caso-central o un caso-secundario o arruinado de derecho; ver Finnis, Cap. I, *Ley Natural y Derechos Naturales*). En cualquier caso, a la visión hobbesiana de Hart del contenido mínimo del derecho, debería seguir la interjección, ¿por qué parar ahí (en la protección de sólo la vida, la propiedad, etc.)? ¿Por qué no ir más lejos? ¿Por qué no incluir al bienestar general de la comunidad, más allá de ese mínimo tan escuálido?

⁴³ Mendonca, pag. 86. énfasis añadido.

⁴⁴ Como observó hace tiempo ya Lon Fuller en su insuperable *The Morality of Law*, pag. 199.

*con un orden jurídico, o, dicho de otro modo, la imposibilidad social de prescindir de él so capa de invalidez”.*⁴⁵

Expresado de esta forma, el pensamiento de nuestro autor reseñado paralela al formulado hace más de 500 años por los juristas ingleses medievales, que al afrontarse a la anarquía producida por la Guerra de las Rosas – con la línea interminables de cambios de reyes, dinastías, anarquía, usurpación, etc. – no intentaron justificar la continuidad del sistema jurídico en una pauta ficticia como la regla de reconocimiento o la *Grundnorm*, sino en base al mismo argumento de Mendonca. Al plantearse específicamente en un tribunal inglés el problema, la respuesta dada fue la siguiente: “*Es necesario que el Reino tenga un rey bajo cuya autoridad las leyes puedan ser sostenidas y aplicadas, y aunque (el Rey Enrique VI) accedió al poder por usurpación, cualquier acto judicial hecho por el mismo y a través de la jurisdicción Real debería ser válido, y ser obligatorio al rey legítimo cuando éste regrese al trono*”.⁴⁶

Es decir: tanto en la Inglaterra del siglo XV como en el Paraguay del siglo XXI, los sistemas jurídicos continúan a pesar de los cambios de regímenes, golpes de estado, etc. porque ello es *fundamental y necesario para la convivencia de toda comunidad política decente*. No puede haber una co-ordinación mínima de los proyectos e intereses en la comunidad sino existe un orden jurídico, por precario o rústico que sea. Este es, resumidamente, el “argumento de la necesidad del derecho”.⁴⁷

Sólo a través de este argumento se puede explicar, como lo hace preclaramente Mendonca, que la historia jurídica paraguaya – con tantos sobresaltos y cambios e irregularidades – siga contando con un “derecho paraguayo”, plenamente distinguible e identificable. Podemos recordar la historia irregular de nuestro sistema jurídico, expuesta en forma excelente por Mendonca, para comprobar plenamente el argumento de la necesidad. En 1844, y luego de 30 años de la ruptura de la colonia con España (y los sucesivos cambios “constitucionales”: de triunvirato a Junta Superior Gubernativa, de Junta Superior a Consulado y así sucesivamente), Carlos Antonio López instituyó en 1844 una Constitución (el “Reglamento”) sin tener como base ninguna regla de validez de la misma (¿Por qué? Porque la comunidad política necesitaba del derecho). En 1870 fue promulgada otra Constitución, que no se ajustó en absoluto a las reglas establecidas en la anterior para su reforma total o parcial (¿Por qué? Porque la comunidad política necesitaba del derecho). Incluso, como recuerda Mendonca, se llega al absurdo de que la Constitución del 70 en su art. 10 dejó sin efecto toda legislación anterior, la que a pesar de ello siguió siendo aplicada normalmente (¿Por qué? Porque la comunidad política necesitaba del derecho). En 1936, luego del golpe febrerista, un simple Decreto (el infame Decreto 152) dejó sin efecto la Constitución del 70, que después fue reestablecida y nuevamente dejada sin efecto por otro Decreto, que fue la mal llamada Constitución de 1940, simple Carta de soberano (¿Por qué? Porque la comunidad política necesitaba del derecho). La Constitución de 1967 fue elaborada siguiendo el procedimiento de reforma prescripto por aquella Carta inválida y la de 1992 fue creada arrastrando todos esos vicios precedentes. En consecuencia, como dice Mendonca, el orden jurídico paraguayo, fundado en tales constituciones, sería inválido a la luz de

⁴⁵ Mendonca, pag. 87, énfasis añadido.

⁴⁶ *Bagot's Case* (1469) Y.B. 9 Edw. IV, Pasch., pl. 2. Citado por Finnis, “Revolutions...” pag.

⁴⁷ Una defensa brillante – como siempre – respecto de la necesidad del derecho en las comunidades políticas la da Tony Honoré en su *Making Law Bind*, Oxford, 1987, especialmente la introducción con el sugerente título *How is Law Possible?*

criterios rigurosamente formales o jurídicamente autónomos. Explicados en términos estrictamente kelsenianos o hartianos, *el derecho paraguayo actual sería simplemente derecho inválido*. Y sostener ello es obviamente absurdo.⁴⁸

A pesar de dichas irregularidades, puede afirmarse que continuó existiendo un “derecho paraguayo”, aplicado por los funcionarios y acatado (en mayor o menor grado) por los ciudadanos. ¿Por qué? Pues porque “la imposibilidad de vivir sin orden jurídico, o la necesidad de vivir bajo un orden jurídico – aunque viciado formalmente de invalidez -, hace que tribunales, funcionarios, juristas y particulares acepten que lo que no fue formalmente válido en su origen, se legitime por la necesidad, pese a todos los vicios que le afectan... *porque el orden jurídico es una condición inexcusable de la vida social*”.⁴⁹

O, como hace más de 500 años lo pusieron los juristas medievales ingleses, en medio de una gravísima crisis institucional y social, “*es necesario que el Reino tenga un rey bajo cuya autoridad las leyes puedan ser sostenidas y aplicadas*”; de lo contrario, simplemente no existiría el orden social.

Con el argumento de la “necesidad del derecho”, o juridicidad esencial, pueden descartarse a aquellas teorías (especialmente, a una importante rama del positivismo jurídico) para las cuáles el derecho es un fenómeno contingente, que puede o no existir en las sociedades. (Aunque es obvio que no todas tendrán “el concepto” de derecho que tiene Hart, de una sociedad sofisticada con normas primarias y secundarias; muchos de los casos de “derecho” serán instancias secundarias o escuálidas de lo que es un sistema jurídico sofisticado).⁵⁰

Pero el “argumento de la necesidad del derecho”, además de demostrar esto, y de lo imposible de acudir a criterios puramente jurídicos o autónomos para demostrar la validez (o identidad) de un orden jurídico, tiene asimismo otra consecuencia implícita, no expuesta explícitamente por el autor pero que no escapa a una atenta lectura de su obra.

La consecuencia es la siguiente.

Si la identidad o validez de un orden jurídico – digamos, el conjunto de normas que componen el “derecho paraguayo” – no puede ser explicada por términos puramente técnico/jurídicos, quiere decir que existen otros factores que lo componen y que no son estrictamente jurídicos. El Prof. Mendonca ha identificado uno: la necesidad de que toda sociedad se rija por un orden jurídico, para una co-ordinación de las acciones, intereses y proyectos de los sujetos que la componen. Podemos quizás pensar en otros. (El primero que viene en mente – por su importancia y elaboración al menos – es el abrazado por el iusnaturalismo clásico: el bien común de la comunidad política.) Quizás lo mejor sea dejar de lado los criterios meramente jurídicos y recordar que un

⁴⁸ Mendonca, ob. cit. pags. 87 y 88.

⁴⁹ Mendonca, ob. cit. pags. 88 y 89.

⁵⁰ El positivismo hartiano ha sido interpretado de esta forma por autores como Raz, Waldron y Leslie Green. Éste último afirma, que de acuerdo a Hart, “el derecho tiene una historia. Es una institución que no siempre ha existido y que ha emergido por razones especiales”. Ver Green, “The Concept of Law Revisited”, Mich. L. Rev., 1996, pag. 1692. Para un escritor en la tradición iusnaturalista, el derecho sin embargo será siempre *necesario*. Ver Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, primera oración del libro, y en sus casos centrales, *bueno*.

sistema jurídico, si “*existe*” (en el sentido interesante de la palabra), *existe por una razón: por que una comunidad determinada necesita del mismo para subsistir y convivir*. En otras palabras, el “derecho paraguayo” (o “brasileño” o “inglés”, etc.) existe por que *hay una comunidad política* (el Paraguay, el Brasil, el Reino Unido) *que necesita de un orden jurídico, el cual viene a ser un sub-sistema dentro del sistema político global de la comunidad* (pues: el sistema político de la comunidad no se extingue sólo en su orden jurídico: están también los sub-sistemas religiosos, asociativos, familiares, etc.)

De esta forma, llegamos a la misma conclusión que ha llegado la filosofía jurídica más autorizada y penetrante: la visión artificial del sistema jurídico como mero conjunto de normas, autónomo, descarnado y desconectado de toda realidad debe ser abandonada. Como explica en páginas (vibrantes) Finnis, luego de rechazar los criterios artificiales como la regla de reconocimiento y la *Grundnorm*: “la implicancia teórica de los argumentos que hemos venido analizando en esta sección es ciertamente radical, y no necesita sorprendernos el hecho de encontrar que se han adoptado, en su oportunidad, medidas bastantes desesperadas para evitarla. La implicación es ésta: *el sistema jurídico, considerado simplemente como un conjunto de “normas válidas”, no existe*, puesto que, considerado simplemente como un conjunto de normas, como significados normativos interdependientes, *no existe nada* que le de continuidad, duración, identidad a través del tiempo. Como ha señalado Eric Voegelin, no puede explicarse la existencia continua de un sistema jurídico haciendo referencia simplemente a secuencias de conjuntos de normas válidas de la misma manera que no puede explicarse el movimiento por referencia a secuencias de puntos, tal cual lo descubrió Zenón... No obstante, si es un fenómeno básico de la experiencia jurídica el hecho que todas las normas válidas son igualmente válidas (y ese ha sido el punto de partida de éste análisis), es también un fenómeno básico de dicha experiencia el hecho que los sistemas jurídico ciertamente existen y perduran. Y si su existencia no puede ser fundada en una norma “básica” o conjunto de normas, parece existir sólo una conclusión: *la continuidad y la identidad de un sistema jurídico es una función de la continuidad y la identidad de la sociedad en cuya existencia ordenada en el tiempo el sistema jurídico participa.*”⁵¹

Incluso los autores de la tradición positivista han tenido que aceptar esta conclusión, que a un Kelsen (por citar sólo un ejemplo) le hubiese parecido más que escandalosa. Joseph Raz, escribiendo antes del artículo de Finnis recién citado, reconocía que: “Los sistemas jurídicos son siempre sistemas jurídicos de formas complejas de vida social, como las religiones, los estados, las regiones, las tribus, etc.... La identidad de los sistemas jurídicos depende la identidad de las formas sociales a las cuales pertenecen. Los criterios de identidad e los sistemas jurídicos en consecuencia no son determinados sólo por consideraciones iusfilosóficas o jurídicas, sino también por otras consideraciones, consideraciones que pertenecen a otras ciencias sociales”.⁵²

Luego de la lectura del texto de Finnis que hemos citado, Raz volvió sobre el tema, sólo para reconocer la corrección de dichos argumentos y decir que debería enfatizarse todavía más esta conclusión: “los sistemas jurídicos no son organizaciones sociales “autárquicas”. Son un aspecto o dimensión de un sistema político. Este hecho pesa sobre la delimitación temporal de los sistemas jurídicos continuos. (He) criticado a

⁵¹ Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, pags. Nota interna a Eric Voegelin omitida.

⁵² Raz, *The Concept of a Legal System*, pags. 188-89.

autores como Austin, Kelsen, y Hart, quiénes han intentado proveer criterios jurídicos autónomos para la definición de la continuidad del derecho... el derecho es un aspecto del sistema político, sea éste un estado, una iglesia, un tribu nómada, o lo que fuera. Tanto su existencia como identidad están ligadas a la existencia e identidad del sistema político del cual forman parte”.⁵³

Y todo esto que se ha venido diciendo en éstas páginas también tiene otra consecuencia devastadora (al menos para cierto tipo de positivismo jurídico) y a la vez iluminante: si puede hablarse de la continuidad de un sistema jurídico por su pertenencia a un sistema político, entonces quiere decir que el sueño de la “autonomía absoluta” del derecho debe ser abandonado. El derecho es, en este tren de pensamiento, necesariamente un compartimiento más pequeño de otro sector de la ciencia o filosofía social – la política o filosofía política. Y, a su vez, la política es una dependencia más de la filosofía moral o ética (lo que por supuesto no significa que estamos ante un mismo fenómeno). Forman todas parte de una rama de filosofía, *la filosofía práctica*. Podemos despedir desde ya, entonces, a toda teoría “pura” del derecho, y a todas aquellas otras teorías que celebran la autonomía absoluta del derecho (respecto de las otras ciencias sociales) como una gran cosa.⁵⁴ Ello no es sino una distorsión del fenómeno jurídico, y como tal, sólo achicará notablemente nuestra mira (y las conclusiones que obtengamos en nuestra tarea de elucidación del fenómeno jurídico). Necesitamos, entonces, volver en cierto modo a las raíces: a Aristóteles, y a observar al derecho como una más de las disciplinas a ser estudiadas dentro de lo que el Estagirita denominó “la filosofía de los asuntos humanos” (*ta anthropina*)⁵⁵, no dividida de otras áreas de estudios por artificiosas separaciones (principalmente) académicas.

Todo esto no implica, ni mucho menos, negar la importancia de establecer los criterios de identificación de normas jurídicas (por ej. la tesis del Prof. Mendonca para identificar normas en un sistema momentáneo a través de la sentencia declarativa de validez y la presunción de validez). Dejar de lado a los criterios autónomos tiene el mismo defecto que exagerarlos. Es necesario contar, siempre, con pautas que nos permitan separar y distinguir a una norma jurídica de una moral, o de una religiosa.⁵⁶

Para ir terminando: en las últimas páginas hemos venido analizando las innumerables preguntas y respuestas que plantea el Prof. Mendonca en la obra que hemos reseñando. Ellas van, como puede apreciarse, al corazón mismo de la filosofía del derecho, y las palabras del jurista arrojan luz sobre penumbras y zonas antes no recorridas. La riqueza de los argumentos expuestos, la claridad del lenguaje y estilo, la profundidad de los temas tocados en la obra que estamos reseñando saltan a la vista y nos hacen sino recomendar a todos – sean o no aficionados a la iusfilosofía – a que tomen esta obra y la lean.

Nosotros, como aficionados que somos a la filosofía del derecho dentro del ámbito precario y casi inexistente en que la misma se desenvuelve en nuestro país, no

⁵³ La primera referencia a Raz es de su tesis publicada en 1970; la segunda es del *Postscript* de dicha obra, publicada en 1980, especialmente, las pags. 210 y sgts.

⁵⁴ Pensamos especialmente en las ideas de Norberto Bobbio, quién repetidamente celebraba la existencia de una “teoría” del derecho (de juristas) por sobre la tradicional “filosofía” del derecho, en la que pensadores siempre veían al derecho dentro del contexto más amplio de la moral o la política.

⁵⁵ Así la llamó el Estagirita, refiriéndose sobre todo a la ética, la política, la economía y el derecho; ver la excelente obra de Giovanni Reale sobre Aristóteles, *Introducción a Aristóteles*, Edit. Herder, Madrid.

⁵⁶ Como acertadamente apunta Raz, ob. cit. pag. 212.

podemos sino congratularnos por la obra del Prof. Mendonca, y asimismo, concluir con dos exhortaciones. La primera, dirigida al Prof. Mendonca, para que continúe aportando a la bibliografía jurídica nacional con este tipo de obras de relevancia. La segunda es una exhortación más general, dirigida a otros juristas paraguayos; instarlos a que sigan el ejemplo de Mendonca y que realicen contribuciones a nuestro derecho (¡que tanto lo necesita!), para lograr algún día la superación de lo que el Mendonca llama con acertada precisión “la profunda crisis jurídica que vive nuestro país”. En fin: que hayan otros Quijotes en nuestro país, Quijotes jurídicos que sigan reflexionando, escribiendo, pensando y debatiendo *en forma seria* sobre ese inagotable y apasionante fenómeno que es el derecho.⁵⁷

⁵⁷ Agradecemos los agudos y penetrantes comentarios de Diego Moreno Rodríguez Alcalá a un borrador anterior. Nos ha dado la oportunidad de aclarar varias obscuridades del texto original. Por supuesto que las equivocaciones que permanecen en el texto no pueden ser a él imputadas, sino solo al autor (¡aunque quizás valga aquí una imputación por consanguinidad!)