



# LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
ARGENTINA

---

1989

LYE

52

---



## LECCIONES Y ENSAYOS

## FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Profesor Jorge Alberto Sáenz

### DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Subdirector

Profesor Consulta Dr. Carlos J. Colombo

Consejo Asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Cueto Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

Consejo Directivo (1988-1990)

Director: Ignacio Adrián Lerer

Subdirector: Eduardo Baistrocchi

Secretaria de Redacción: Gabriela Liliana Alonso

Secretarios de Redacción Adjuntos: Gabriel Rizzo  
Sergio Rocamora

Secretario del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas  
Estudiantiles (COLAPJE - Zona Sur): Alberto Bovino

Redactores: Gustavo Naveira

Alberto Bovino

Cecilia Rossi

Javier Rodríguez Galli

María Laura Velasco

Ariel Edgardo Dulitzky

Mario Alberto Villar

Marcela Chibdemí

Mariano Godachevich

Secretarios Técnicos: Silvana Bacigalupo

Roberto Pablo Saba

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
ARGENTINA

# LECCIONES Y ENSAYOS

1989

LyE

52



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
BUENOS AIRES  
1988

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Dirigirse a

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**  
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2262 - CP-1425  
Buenos Aires - Argentina

© EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.  
Lavalle 1298 - Buenos Aires

ISSN: 0024-0019

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.733  
IMPRESO EN LA ARGENTINA

## EDITORIAL

Muchos fueron los cambios que experimentaron los Estados y los hombres en los últimos dos siglos. Gran cantidad de ellos encuentran su origen en uno de los acontecimientos históricos más importantes en el camino que el hombre emprendió hacia la organización de su vida en sociedad. La Revolución Francesa es uno de esos sucesos que dejan de ser propios de un país y adquiriendo autonomía se unen al patrimonio de la humanidad, dividiendo su desarrollo histórico, jurídico, político, ideológico, social e institucional en un "antes y después de".

Nada es eterno absolutamente entre los hombres; ni siquiera, y mucho menos, el régimen más despótico y autocrático que se conozca, por más sólido y perenne que los que ocupan el poder crean que es. Así quedó demostrado en los acontecimientos de julio de 1789.

El antiguo régimen fue arrasado por la revolución, aquella que, para ser sinceros, no constituyó lo que algunas idealizaciones románticas presentan como un pueblo unido y hermanado contra el tirano sino que fue, como todas las manifestaciones sociales, un hecho complejo, con grupos con intereses distintos y proyectos diferentes, pero en el que todos: girondinos, jacobinos, sans-culottes, Sieyès, Marat, Danton, Robespierre, Hebert, Babeuf y muchos otros, estaban movidos por un mismo objetivo que animaba el espíritu revolucionario: terminar con el despotismo del tirano, la irresponsabilidad del gobierno, los privilegios de la nobleza, la personalización del poder, la imprevisibilidad del soberano y la falta de participación del pueblo en la toma de decisiones.

Pero también es claro que el espíritu del antiguo régimen no desapareció totalmente, surge como un fantasma y nos sorprende aún hoy en todos aquellos hombres o go-

biernos que no respetan la libertad, no creen en la igualdad y niegan la necesidad de la fraternidad, trilogía inescindible en la que cada uno de sus términos sólo es realizable si permanece absolutamente unido a los otros, convertida en una perfecta síntesis de los objetivos que buscó la Revolución en sus orígenes.

Contra este fantasma de un régimen que se abolió hace dos siglos, pero cuyas fuerzas comenzaron a trabajar por su reposición el mismo 15 de julio, es que no debemos olvidar ni dejar de comprender aquel acontecimiento, especialmente nosotros, aquellos que hacemos del estudio del derecho nuestra profesión, pues es a través de él que debemos continuar la labor que iniciaron los hombres y mujeres de París hace exactamente doscientos años, tratando de lograr que sus ideales revolucionarios se transformen, no en meras enunciaciones formales, sino en realidades concretas, aquellos mismos que fueron volcados en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se leía: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos", o en la Constitución francesa de 1793 que en su art. 3º expresaba: "Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley", o en la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948), cuyo art. 1º dice: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Nuestra Constitución Nacional retoma estos principios cuando establece que "todos los hombres son iguales ante la ley", así como son penalizados por la ley 23.592 recientemente sancionada, que reprime las conductas arbitrariamente discriminatorias en razón de "raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos", sean estas conductas comisivas u omisivas.

Habrà quienes critiquen esta ley por ineficaz o innecesaria, otros dirán que es incompleta, pero el derecho no tiene como función solamente la resolución de conflictos, sino también la motivación de conductas socialmente valiosas. El Congreso ha dado, afortunadamente, el primer paso.

## ÍNDICE

Editorial .....	5
-----------------	---

### LECCIONES

Ferré Olivé, Juan Carlos, <i>La descriminalización del tráfico y tenencia de drogas como alternativa político-criminal</i> .....	11
Strasser, Carlos, <i>Rousseau, o el gobierno representativo</i> .....	23
Sandler, Héctor Raúl, <i>Los problemas sociales y el orden jurídico</i> .....	37
Sagüés, Néstor Pedro, <i>Intervención de abogados en el proceso de designación y remoción de jueces</i> .....	69

### ENSAYOS

Courtis, Christian, <i>Algunas aproximaciones a las respuestas de derecho sobre la locura</i> .....	83
Herrera, Carlos, <i>La relación (Una aproximación al problema del poder en Nicos Poulantzas)</i> .....	93
Rodríguez Galli, Javier - Baistrocchi, Eduardo A., <i>Responsabilidad y realidad. ¿Por qué es innecesaria la existencia de un régimen de responsabilidad civil contractual por un lado y extracontractual por el otro?</i> .....	99

### CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

Nino, Carlos S., <i>Presentación</i> .....	119
Lerer, Ignacio A. - Naveira, Gustavo, <i>Anatomía jurisprudencial: dos visiones sobre el concubinato ¿o una?</i> .....	121

## UNIVERSITARIAS

Aspectos jurídicos de la integración latinoamericana con especial referencia al Pacto de San José de Costa Rica .....	151
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## ENTREVISTAS

Doctor Fernando de Trazegnies .....	161
-------------------------------------	-----

## COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Terradillos Basoco, Juan, Terrorismo y derecho. Co- mentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de refor- ma del Código Penal de España .....	177
Eser, Albin - Huber, Bárbara, Strafrechtsentwicklung in Europa 2 (parte 1 y 2). <i>Länderberichte 1984/ 1986 über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Li- teratur</i> .....	183

## MISCELÁNEA

¿Lo sabía? .....	189
Para tener muy en cuenta .....	191

## **LECCIONES**



## **LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL TRÁFICO Y TENENCIA DE DROGAS COMO ALTERNATIVA POLÍTICO-CRIMINAL\***

**JUAN CARLOS FERRÉ OLIVE\*\***

### **1. INTRODUCCIÓN**

El tratamiento jurídico-penal de las drogas a nivel internacional atraviesa su momento más confuso: mientras algunos países, como los Estados Unidos o España, se deciden por un incremento sustancial de la criminalización, creando nuevos delitos y elevando fuertemente las penas, aparecen grupos no gubernamentales que entienden que el derecho penal no debe intervenir. Dichos grupos están formados por médicos, juristas, policías y otros sectores no sospechosos de representar intereses favorables a las drogas<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva se sostiene que el consumo y tráfico de drogas debe despenalizarse, pasando al Estado la tarea de administrar esas sustancias con criterios médico-sanitarios.

Es indiscutible que la cuestión de las drogas encierra un problema multidisciplinario, siempre de difícil solución. En un comienzo fue tratado exclusivamente como un tema jurídico y terapéutico, pero hoy no puede pensarse en una solución válida sin recurrir a otras disciplinas. Es necesario acudir a los enfoques sociológicos, psicológicos, antro-

\* Trabajo presentado y expuesto en el I Congreso Nacional Universitario de Derecho Penal, Buenos Aires, 1 al 3 de diciembre de 1968.

\*\* Profesor titular de Derecho Penal, Universidad de Salamanca.

<sup>1</sup> Según informa el periódico "El País" del 2/10/68, se intenta formar una "Liga Antiprohibicionista Mundial" en base a que la prohibición de las drogas ha provocado problemas más graves que aquellos que debía resolver.

pológicos y político sociales<sup>2</sup>, pero, sobre todo, al enfoque político económico.

Lo que trataré de concretar en esta ponencia es si el derecho penal tiene que ser una de esas instancias de control de la droga, si es lógico y necesario que intervenga, o bien cabe exigir que no actúe, dejando paso a otras instancias de control y a una actividad más seria y consecuente del Estado. La pregunta es si tanto la tenencia de drogas para el consumo, como el tráfico y distribución nacional e internacional de esas sustancias deben ocupar la atención del derecho penal, o bien si la política criminal que se desarrolle respecto a las drogas debe ser modificada.

En el momento actual, dentro del panorama internacional, podemos advertir un endurecimiento en la intervención penal, sobre todo en los Estados Unidos, país que recientemente ha elevado las penas para los delitos relacionados con las drogas, llegando inclusive a establecer la pena de muerte para algunos supuestos<sup>3</sup>. En España, el cuadro se presenta de manera similar, pues la ley orgánica 1/1988 que reforma el Código Penal en materia de drogas, supone un fuerte incremento en las penas y el ámbito de intervención del derecho penal sin llegar, por supuesto, a la pena de muerte que no está constitucionalmente permitida en el ordenamiento español<sup>4</sup>.

El aumento de las penas viene exigido a los gobiernos por la opinión pública. El punto de mayor coincidencia en la campaña electoral de los candidatos presidenciales norteamericanos de 1988 fue el incremento de la lucha contra las drogas. Una eventual propuesta de mantener o rebajar las penas existentes hubiera frustrado las expectativas presidenciales de ese candidato. Lo que ocurre es que la opinión pública norteamericana está influida por los medios de comunicación que asocian droga y delincuencia, y quiere penas ejemplares para el tráfico y consumo de drogas<sup>5</sup>. El

<sup>2</sup> Ver al respecto Bergalli, *Introducción al Informe sobre la cuestión droga en la República Argentina*, en "Poder y Control", nº 2, p. 112.

<sup>3</sup> El incremento espectacular de las medidas represivas contra el narcotráfico puede verse también en las últimas Convenciones de la ONU, y en el marco de la CEE. Cfr. Díez Ripollés, *La política de drogas en España*, en ADP, 1987, p. 348 y siguientes.

<sup>4</sup> Ver Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, 1988, p. 447 y siguientes.

<sup>5</sup> En España se da el mismo fenómeno. Sobre la identificación dro-

círculo se cierra cuando advertimos que la clase política y económica más poderosa, la que selecciona los candidatos presidenciales, domina los medios de comunicación e indirectamente la opinión pública.

Trataré por una parte la problemática de la tenencia y el consumo para luego ocuparme del tráfico y distribución. Se trata de problemas distintos, pues la tenencia y el consumo exigen una solución acorde con la forma de organización política y social de cada Estado. Las soluciones pueden no ser coincidentes de un país a otro. Pero el tráfico y distribución internacional de drogas exigen soluciones de conjunto, para permitir una lucha coherente contra las grandes mafias y poderosos capitales que manejan este negocio.

## 2. TENENCIA Y CONSUMO

La problemática de la tenencia y el consumo de drogas debe analizarse desde el marco social y geográfico concreto. La mejor solución para un país puede no coincidir con la de otros. Hay que averiguar en qué clase de Estado nos encontramos: Debemos constatar si se trata de un Estado democrático y pluralista, que permita la participación de los sujetos en los procesos sociales. Hay que comprobar si ese Estado respeta las garantías individuales y deja un marco de libertad para que el sujeto pueda realizarse. Dentro de ese modelo político y social no puede intervenir el derecho penal para sancionar a quien posea una cantidad de droga para consumirla. No cabe amenazar con penas la tenencia para el consumo ni, menos aún, el propio consumo<sup>4</sup>.

Partimos de la circunstancia de que las drogas ilícitas están definidas por ciertas instancias de control, autoridades gubernamentales o sanitarias. Ellas elaboran unas listas que incluyen el cannabis y el opio pero no así el alcohol, droga peligrosísima pero socialmente difundida y aceptada. Quien fuma cannabis es un delincuente, que será agredida

---

ga-delinuencia y la elevación de las penas para estos delitos en los países europeos, ver González Zorrilla, C., *Drogas y control social*, en "Poder y Control", n.º 2, p. 58 y siguientes.

<sup>4</sup> En España la tenencia para el consumo no constituye delito. Ver Muñoz Conde, *Derecho penal*, cit. p. 455.

su personalidad y su vida tras una violenta incursión policial, plagada de vejaciones. Quien bebe buen whisky comprobará que su comportamiento no interesa al derecho penal. La barrera de lo lícito e ilícito depende de las valoraciones del funcionario sanitario de turno. Estos criterios, al ser poco claros, pueden conducir a que inexplicablemente una sustancia sea droga lícita y otra ilícita, a la arbitrariedad y a la manipulación política y económica.

En la Argentina la problemática de la tenencia de drogas para el consumo es objeto de una gran discusión. Existe un argumento acorde con la lógica jurídica que lleva a la despenalización, pues la Constitución, en su art. 19, consagra un marco de libertad en el que las acciones privadas del sujeto que no afectan al orden y la moral públicas ni perjudican a un tercero quedan fuera del poder jurisdiccional: dentro de ese ámbito privado el ciudadano puede hacer lo que quiera, bueno o malo, mejor o peor, pero el Estado no puede intervenir. Es lógico porque se trata de su ámbito más íntimo, de su universo más personal, y allí no puede entrar un Estado respetuoso de las garantías individuales.

Como destaca Bergalli, el art. 19 de la Constitución argentina impide la sanción penal para la tenencia de drogas para consumo personal y esto implica la imposibilidad de imponer subsidiariamente medidas de seguridad terapéuticas y curativas, si esas medidas no se aplican con total consentimiento del sujeto<sup>7</sup>. Pero, además, aplicar esas medidas de seguridad requiere constatar un hecho típico y antijurídico (en definitiva, prohibido por el ordenamiento con carácter general) lo que no puede afirmarse de la tenencia de drogas para el consumo personal. Es un comportamiento conforme a derecho porque lo autoriza la Constitución en su art. 19.

Pero por otra parte advertimos que castigar al consumidor o al que tiene drogas para consumir nos lleva a un derecho penal de autor, donde se sanciona penalmente a los drogadictos por ser drogadictos con independencia de que realicen o no determinados comportamientos disvaliosos.

<sup>7</sup> Bergalli, Introducción, cit., p. 117 y siguientes. Por otra parte, las medidas rehabilitadoras que se imponen contra la voluntad del sujeto no consiguen los fines preventivo especiales que se pretenden, por lo que resultan copenadas al fracaso. La voluntad del que debe someterse al tratamiento es fundamental para conseguir algún resultado positivo.

Y como sabemos, el derecho penal de autor es arbitrario, ataca las garantías individuales y desemboca en posiciones autoritarias, donde lo importante es inventar un catálogo de los desviados y desatar toda la violencia penal sobre ellos. El drogadicto es otro chivo expiatorio, es otro enemigo interno señalado por el Estado para que la gran masa de gente, influida por los medios de comunicación, radio y televisión, lo vean como un delincuente, como un peligro social. Se atrae a la opinión pública para que rechace al drogadicto y encuentre al enemigo que el Estado necesita para consolidar el orden establecido.

En el marco de la discusión internacional sobre el problema de las drogas, se está volviendo a un argumento que aún se utiliza en la Argentina, del que sacan partido pensadores conservadores y reaccionarios: la única manera de luchar contra el tráfico es sancionar penalmente al consumidor, pues si nadie consume nadie trafica. En consecuencia, la sanción penal al consumo se convertiría en el camino más idóneo de la lucha contra el tráfico.

Este pensamiento puede ser catalogado de ingenuo e infantil, o de una hipocresía manifiesta. Es ingenuo si constatamos lo que ocurre en la realidad. De una u otra manera el tráfico de drogas es incontrolable. Ningún país, ningún gobierno, posee dinero suficiente para luchar contra el tráfico de drogas. Se trata del negocio más rentable del mundo, con beneficios superiores a los 100.000 millones de dólares al año, que puede permitirse corromper, comprar y vender funcionarios de todas las escalas y gradaciones. Ha sobornado a cientos de generales latinoamericanos, presidentes, jueces, policías, funcionarios de la OEA y un catálogo impensable de figuras políticas. No puede sostenerse, ante un emporio económico de tal naturaleza, que la sanción penal a cinco infelices detenidos con medio gramo de cocaína pueda afectar la forma de producción y distribución de una empresa que maneja más dinero que muchos Estados.

Pero decir que sancionando al consumidor se sanciona al traficante, que llegará a desaparecer, puede encerrar también una hipocresía manifiesta. Es sabido que la droga multiplica su precio de 1000 a 5000 veces entre el lugar de producción y el sitio de venta en los Estados Unidos o Europa. Ese precio exagerado se produce por el monopolio que poseen los traficantes y productores. Y el monopolio está consolidado porque la gente común no se arriesga individualmente a producir y transportar esas sustancias

prohibidas, justamente por eso, porque están prohibidas, porque se trata de delitos amenazados con penas privativas de libertad. La amenaza penal al tráfico de drogas contribuye a mantener un buen precio en el mercado. Y si la amenaza también se dirige al consumidor, el buen precio está más que garantizado.

En definitiva, quien sostiene que hay que sancionar al consumidor para acabar con el traficante puede formular esa afirmación pensando ingenuamente que se puede acabar con el traficante —algo contrario a lo que la experiencia nos demuestra cada día— o bien procurando que con la sanción penal al consumo se mantenga el alto precio internacional de la droga o incluso se aprecie algún incremento, produciendo mayores beneficios a las bandas de narcotraficantes y a sus no menos poderosos amigos, políticos y asesores de toda clase.

Como último argumento de peso contra esta teoría puedo decir que en una sociedad democrática y pluralista, que debe permitir la convivencia de distintos grupos sociales e ideologías, el sujeto no puede ser un medio para ningún fin. No puede utilizarse al drogadicto para detener al traficante. Si el Estado no puede materialmente detener al traficante e imponerle penas es un problema que debe resolver el Estado pero nunca a costa del consumidor. El Estado no tiene derecho a utilizar a los consumidores para evitar por esa vía utilitarista e indirecta que se trafique con las drogas. Y esto es más grave cuando constatamos que con la sanción al consumidor sólo se quiere evitar una caída del precio de la droga. No puede ser una simple coincidencia que se incaute anualmente un porcentaje ínfimo de droga en todo el mundo. Las policías intervienen hasta el punto de consolidar el precio del mercado. Los traficantes dejan perder ciertos envíos de drogas a conciencia de que es necesario para que el precio sea estable.

Se entiende que el bien jurídico tutelado es la salud pública<sup>8</sup>, pues se quiere evitar que los miembros de la sociedad consuman ciertas sustancias que producen dependencia física y psíquica, y deterioran gravemente el organismo. Pero si se interviene con el derecho penal para salvar al individuo de su ruina personal, se recurre al único camino

<sup>8</sup> Sobre la discusión —nada pacífica— acerca del bien jurídico tutelado, ver Díez Ripollés, *op. cit.*, p. 378 y siguientes.

desaconsejado. ¿Cómo se puede recurrir a sancionar penalmente a quien se quiere ayudar? Entonces la premisa original se demuestra falsa. No se quiere ayudar a nadie, no interesa la situación personal de nadie. No hay un Estado benefactor que se preocupe por la salud de sus administrados, sino un Estado autoritario que lleva a prisión a ciertos sujetos con el pretexto de ayudarlos.

Queda perfilado nítidamente que si el bien jurídico salud pública debe protegerse penalmente por encima de los individuos y justamente contra los individuos que ven afectada su salud individual, nos encontramos ante un modelo que poco difiere del nacionalsocialista, donde ciertos valores superiores permitían actuar indiscriminadamente sobre los miembros de la sociedad. Los bienes jurídicos no merecen protección si no están en directa relación con los individuos concretos que son sus titulares. Los bienes jurídicos supraindividuales, desconectados del individuo, llevan a un poder sin límites del Estado.

El gran traficante está integrado en los sectores dirigentes de la sociedad, y cuenta con el asesoramiento técnico jurídico de los profesionales más entendidos. El camino a prisión de los grandes traficantes es prácticamente imposible, mientras que el de los consumidores, y más aún para aquellos que son al mismo tiempo marginados sociales, está prácticamente asegurado.

En definitiva, tenencia y consumo de drogas deben encontrarse fuera del derecho penal porque:

a) Un estado plural, que permite la convivencia de distintas razas, religiones e ideologías, no puede utilizar al derecho penal para sancionar las costumbres privadas de un grupo o grupos de ciudadanos.

b) Los límites de lo lícito y lo ilícito en materia de drogas está determinado por las autoridades sanitarias con criterios poco claros, que bien pueden responder a intereses económicos que procuran mantener el precio internacional de la droga.

c) Sancionar el consumo y la tenencia nos lleva a un derecho penal del autor y no del acto.

d) No puede sancionarse con una pena a aquel a quien se dice que se trata de ayudar.

El consumo de drogas y su tenencia para consumir implican una cuestión de conciencia individual, en la que el Estado no puede intervenir directamente, sino sólo a través

de campañas para desalentar el consumo, como las que se desarrollan en muchos países contra el alcohol y el tabaco.

### 3. Tráfico

Distinto es el problema del tráfico de drogas. Podríamos considerar que se trata de un fenómeno delictivo porque determinadas personas producen, distribuyen y se enriquecen con la comercialización de sustancias altamente nocivas para la salud individual, que destruyen el organismo y hasta pueden llevar a la muerte. Sin duda con lo dicho hasta ahora podríamos estar definiendo la venta de alcohol o tabaco, pero tenemos que sentar la distinción entre el tráfico de unas drogas y otras. El alcohol y el tabaco son drogas producidas por particulares que brindan, sin embargo, espectaculares beneficios al Estado a través de los impuestos. El resto de las drogas, que escapan al marco de legalidad, es decir, al límite señalado por los funcionarios competentes, no enriquecen económicamente al Estado a través de los tributos. Solamente benefician a los narcotraficantes, productores e intermediarios, y a un gran número de funcionarios que se prestan a la corrupción.

Las drogas no controladas, que no producen beneficios económicos directos al Estado, son las que hoy persigue el derecho penal.

Actualmente las drogas ilícitas atraviesan el momento de máxima expansión y éxito comercial. Paralelamente se han convertido en un factor criminógeno por excelencia. Se calcula que en Europa muchos delitos contra la propiedad son cometidos por individuos que necesitan dinero para comprar drogas. La inseguridad ciudadana está íntimamente relacionada con el factor droga, aunque no pueden desconocerse los factores socioeconómicos, de marginación y desempleo que contribuyen a dicho estado de inseguridad pública.

Pero por más que se quiera luchar contra ella sancionando al traficante, la experiencia ha demostrado que esa lucha está perdida de antemano, que es imposible actuar contra el traficante con los medios económicos y técnicos con que se cuenta actualmente.

El número de sujetos que se droga es cada vez mayor. Puede afirmarse que la oferta y demanda de drogas nunca desaparecerán, pues se trata de un fenómeno que desde

siempre afectó a importantes sectores sociales y lo seguiré haciendo en el futuro.

Actualmente la droga está al alcance de cualquiera. Existen calles, esquinas, bares o refugios en todas las ciudades del mundo en los que se consiguen libremente drogas. Y la ubicación de esos sitios la conocen todos. ¿Entonces cómo es que la policía no actúa y detiene a los traficantes? Cuando las fuerzas de seguridad deciden actuar sobre los lugares de tráfico, sólo detienen a quien da la cara, al vendedor incauto y sin experiencia a quien sus jefes no comunicaron la inminencia de una redada. Porque los jefes de la droga conocen el sitio y la hora de las redadas con antelación a los propios agentes policiales sin gradación. Esta situación es inevitable, nada puede ir contra los millones de dólares de la droga, o por lo menos ningún medio descubierto o por descubrir en un futuro inmediato.

Ante esta situación, un importante movimiento de científicos norteamericanos y europeos inician sus investigaciones para contemplar la posibilidad de despenalizar el tráfico de drogas, es decir, que la barrera no esté marcada por el alcohol y el tabaco de un lado y el resto de las drogas del otro, sino que las drogas ahora prohibidas sean cultivadas, producidas y distribuidas por el Estado con criterios médicos, evitando que el consumidor deba robar para obtener su dosis diaria y permitiendo la destrucción de los emporios económicos construidos en base a las drogas. Este planteamiento no incita al consumo sino todo lo contrario, intenta encontrar una posible solución para desalentarlo<sup>4</sup>.

La droga se consigue con facilidad en cualquier parte del mundo, y eso es inevitable, no hay forma de modificar esa situación. El fenómeno de la producción, venta y consumo de drogas tiene que ser analizado como un hecho de la realidad que no cambiará, diga lo que diga el Código Pe-

<sup>4</sup> Como señala Díez Ripollés, el Informe Stewart-Clark de la Comisión de Investigación del Parlamento Europeo aborda el problema actual de las drogas y valora las consecuencias a las que llevaría una eventual despenalización. El grupo mayoritario dentro de la Comisión rechaza esta posibilidad, basándose en el posible incremento de consumidores. La minoría se muestra favorable a la despenalización, porque se acabaría con las organizaciones multinacionales de traficantes. Cfr. Díez Ripollés, op. cit., p. 138 y siguientes. Personalmente entiendo que no es posible cerrar la discusión con el argumento de un eventual incremento del consumo, ya que no existen pruebas empíricas que demuestren que ese incremento se producirá efectivamente.

nal. A nada conduce el actual modelo norteamericano que prevé pena de muerte para algunos supuestos de narcotráfico. Tal vez sólo ayude a estabilizar o aumentar el precio del producto.

La política contra las drogas no puede pasar por el Código Penal. Sólo la información a los eventuales consumidores y el potenciar aspectos médico-preventivos puede ayudar a resolver esta cuestión.

La despenalización del consumo y tráfico de drogas mejoraría sensiblemente el aspecto sanitario de aquellos que se encuentran esclavizados por esas sustancias.

Fundamentalmente los colectivos marginales que hasta pierden la vida cuando el proveedor de heroína la entrega adulterada para obtener mayores beneficios.

Disminuiría el número de delitos contra la propiedad, aumentando la seguridad ciudadana.

Pero al mismo tiempo que se controla el mercado de las drogas, debe desestimularse el consumo a través de mecanismos racionales.

Si tenemos como cierto que la droga la consigue cualquiera en cualquier lugar, el hecho de que sea el Estado el encargado de su control y distribución sólo encierra beneficios, pues:

a) Desaparecen los poderosísimos narcotraficantes, los mayores delincuentes de nuestra época, cuyas ganancias se aplican a crear nuevas empresas multinacionales, y a colocar y derribar gobiernos a su antojo.

b) Disminuyen las cuotas de criminalidad común, pues los adictos podrán recibir la droga del Estado y no necesitarán cometer delitos contra la propiedad para comprar esas sustancias.

Al mismo tiempo pueden obtener, si lo desean, una atención sanitaria completa y mayores posibilidades de integración social, pues ya no serán considerados delincuentes por el hecho de drogarse.

c) Se evitan las muertes por sustancias adulteradas.

d) Inclusive, si se repite lo acontecido en Norteamérica cuando se derogó la llamada "ley seca", autorizándose la venta de alcohol, debería disminuir sensiblemente el consumo de drogas.

La prohibición y la ilegalidad hacen más apetecible para muchos el consumo de sustancias que, de estar al alcance

de todos, no consumirían<sup>10</sup>. Pero para poder poner en marcha un programa de despenalización del tráfico de drogas se necesita, sin duda, la cooperación internacional y el consenso de un número importante de países que adopten esa misma medida. Pues si un Estado suministra legalmente drogas que pueden ser vendidas a un precio superior en el país vecino que conserva la prohibición, sólo se estará multiplicando hasta el infinito la red de narcotraficantes y no se apreciará ninguna ventaja.

Sin embargo, debe mantenerse la actuación del derecho penal para resolver algunos supuestos marginales, como el suministro de drogas a niños o menores<sup>11</sup>. Esta penalización no afecta para nada el planteamiento general recién esbozado.

#### 4. Conclusión

Esta comunicación sólo pretende sentar las bases para una discusión amplia y sin tabúes sobre el tema de las drogas, valorando luego cuál debe ser la salida político-criminal más adecuada.

La droga, como elemento que se posee para consumir, encierra un problema eminentemente individual que debe ser resuelto en conciencia por los ciudadanos adultos. El Estado sólo puede desalentar su consumo con campañas de información y con un tratamiento médico adecuado para quienes lo requieran y necesiten. Pero no es un fin del Estado educar por la fuerza a personas adultas, utilizando nada menos que la poderosa herramienta del derecho penal. Cada sujeto tiene que tener la oportunidad de optar, entonces, en conciencia.

En cuanto al tráfico, distribución y venta de drogas, es una tarea que debe desarrollar el Estado con el auxilio de sus servicios médicos, procurando que la droga llegue a

<sup>10</sup> En un reciente estudio sobre el consumo de drogas en Alicante se comprobó que un importante número de sujetos recurre a la droga "Por gusto de probar algo prohibido". Ver Rodríguez Marín y otros, *Conductas adictivas, actitudes y opiniones acerca del consumo de drogas y su regulación legal en la ciudad de Alicante*, en "Problemáticas jurídicas y psicosociales de las drogas", Valencia, 1987, p. 297 y 333.

<sup>11</sup> En este sentido, Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, p. 278.

todo aquel que la requiera. No se debe retirar el producto del mercado ni elevar su precio.

Paralelamente, deben desarrollarse campañas para desalentar el consumo y para que los propios sectores sociales afectados se vuelquen libremente por el abandono de las drogas.

## ROUSSEAU, O EL GOBIERNO REPRESENTATIVO\*

CARLOS STRASSER\*\*

### I

Para tomarle examen a una concepción pura de la democracia, entendida como gobierno del pueblo según la ley que se da el pueblo, nada mejor que atenderse al Contrato social de Rousseau. No sólo y ni siquiera principalmente porque en ninguna otra parte se aboga de modo tan fiel y sostenido por ella, sino, en especial, porque es el análisis más avisado, más profundo y más fino conocido sobre el tema, y también el más rematadamente lógico e iluminante.

A conciencia y, a veces, a pesar suyo, Rousseau ha revelado y relevado como nadie la complejidad del asunto en todo lo que tiene de intrincado a la vez que de políticamente fundamental; y en sus dilemas, en sus nudos, en los apremios a que llevan lo mismo la coherencia lógica que la coherencia política en la materia. En ninguna otra parte como en esta obra, tampoco, se ha estado más alerta y se ha sido en general más consecuente respecto de la distinción que

\* Este texto es parte de un capítulo de un trabajo más extenso. El título que aquí recibe no corresponde al original y se introduce al efecto de la tesis que contiene. En pocas palabras, se trata de sugerir lo siguiente. Por lo general, Rousseau es entendido como teórico de la democracia directa; en este sentido, el título plantea una alternativa. El texto sostiene, en cambio, que el propio Contrato social conduce al gobierno representativo; en este segundo sentido, el título habla de una equivalencia.

\*\* Profesor titular de Teoría del Estado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Investigador en filosofía política y filosofía de la ciencia del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina.

corresponde hacer y mantener entre las dimensiones de la soberanía, la legitimidad y el gobierno democráticos.

Desde luego, la sencillez y la precisión del texto, y esa magistral simplificación del asunto que va acompañada por la belleza de la escritura, convirtieron al Contrato en un clásico para siempre; pero es su enorme penetración la primera acreedora del caso y lo que aquí nos importa.

Ahora bien, contra lo más aparente del texto y lo más habitualmente entendido, contra, esto es, la lección tal como está recibida o quizá privilegiada en sede experta, la lectura rigurosa del Contrato social arroja en verdad este saldo: la soberanía política constituyente y legislativa del Estado radica en el demos y su voluntad; esta voluntad, en principio legítima, es "la voluntad general": en la realidad política, la voluntad de la mayoría popular.

El gobierno, suceda ello en efecto o no, debe ajustarse a dicha voluntad como mero mandatario y, por así decir, vocero; ni intérprete fiduciario ni representante, sólo mandatario e portavoz. Sin embargo, el gobierno no puede ser (conforme el discurso de Rousseau mismo en el libro III, así sea que afirme mucho más enfáticamente otra cosa en los libros I y II y nuevamente el IV) sino, necesariamente, un gobierno representativo, aun si desautorizable con posterioridad.

En consecuencia, incluso prescindiendo de las dificultades, las inconsistencias y hasta los, por qué no, misterios que presentan los libros I y II del Contrato, acompañados por el IV, lo que en verdad y buena lógica está más congruentemente postulado por el texto es una democracia representativa. Digo: soberanía popular, legitimidad democrática, gobierno representativo, en el sentido hoy corriente u ordinario de la palabra.

Así, del Contrato social entero resulta algo muy distinto de lo que Rousseau escribió en las partes más famosas del mismo. La lección es decisiva para ir haciéndonos una concepción correcta de la forma democrática de gobierno o, en términos más actuales, del régimen de gobierno democrático del Estado.

Por lo demás, para alcanzar las conclusiones de esta tesis nuestra se requiere únicamente subrayar y enderezar la lógica de Rousseau allí donde él la ha subenfaticado o aun torcido, seguramente porque en esos puntos dilemáticos la voluntad política de su argumentación pudo más que su reconocido aferramiento a dicha lógica, tantas otras veces im-

placable. Y eso es posible, en definitiva, porque Rousseau el democrata y romántico superó a Rousseau el filósofo y racionalista más que nada en el énfasis de la expresión, no tanto en lo que el texto así y todo manda inferir. Si ello no quita reconocer cuál era la voluntad evidente de Rousseau, implica, en cambio, rendirse a la lógica pura y la lógica de la política —planteadas incluso tal como están en Rousseau—.

Si tenemos que pasar ahora a sustanciar la tesis, primero corresponde y es importante (por lo último que hemos dicho y además porque Rousseau así lo hizo saber y puede tomarse como un descargo, aquí tan a propósito) recordar de entrada lo que él mismo pensaba de este texto, el Contrato social, la evaluación que hacía de este discurso. En primer término, lo que decía en su Advertencia preliminar al propio volumen: "Este pequeño tratado es parte de una obra más extensa, emprendida en otro tiempo sin haber consultado mis fuerzas y ha mucho abandonada". En segundo término, concordantemente, y a estar a lo que cuenta Dussault, lo que habría dicho en el sentido de que "los que se alaben de entenderlo por entero son más hábiles que yo. Es un libro a rehacer, pero ya no tengo ni tiempo ni fuerzas para ello"<sup>1</sup>. En tercer lugar, y también, de algún modo, concordantemente, que Rousseau, conforme la cita que efectúa Bertrand de Jouvenel de una carta a Malesherbes, no mencionaba al Contrato entre sus obras esenciales. Y, en efecto, "basta tener una cierta familiaridad con la Correspondencia de Rousseau, con sus Confesiones, con sus Diálogos para advertir que su pensamiento apenas vuelve sobre esta obra"<sup>2</sup>.

De todo esto, dicho sea de paso, quizá pueda entenderse asimismo que no es un despropósito sino a lo sumo un atrevimiento ponerse a pasar en limpio la tesis que se sigue del Contrato. Es lo que hubiera querido hacer el propio Rousseau, después de todo, o tal vez lo que nunca más intentó a falta de la solución que habría preferido. Nosotros iremos a ello en seguida, sí que con la brevedad que parece suficiente al efecto en un trabajo con el objeto de éste y que, además, ni comienza ni queda en la presente sección.

<sup>1</sup> La cita está tomada de Bertrand de Jouvenel, "Essai sur la politique de Rousseau", en Rousseau. *Le Contrat Social*, Collection Pluriel, Paris, 1978. De Jouvenel remite a Dussault, De sus relaciones con J. J. Rousseau, Paris, 1798, p. 102.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

## II

En nuestra lectura, el libro III del Contrato da la clave de la teoría tomada en su conjunto, y no porque los libros I y II no sean justamente los más célebres y revolucionarios, en todo sentido. La cuestión no está en examinar la soberanía del pueblo ni la legitimidad de la misma (antes bien, nosotros las tendremos aquí por axiomáticas). Está, en cambio, en establecer que aun en Rousseau la argumentación completa conduce necesariamente al gobierno representativo, de democracia en todo caso indirecta, con lo que esto conlleva y ya veremos a su debido momento.

Desde luego que, además, los libros I y II no se prestan a la discusión: están fuera de toda duda. De hecho, ese ha sido el caso durante los últimos más de doscientos años<sup>3</sup>. Pero hay que insistir en que no tenemos bajo análisis aquí la soberanía popular, ni su legitimidad, ni tampoco las dificultades de su teorización. Nuestra cuestión es otra, es la cuestión misma del gobierno del pueblo: de la soberanía popular y su voluntad puestas en el gobierno y al gobierno, es decir, gobernando a través de uno o pocos o muchos pero

<sup>3</sup> Y no hablamos aquí de la famosa paradoja de que a "quien se obliga a obedecer a la voluntad general... se le obligará a ser libre" (Contrato Social, libro I, cap. 7 —concordantemente, libro II, caps. 4 y 6—) porque a este argumento, tomado en sí mismo, no le falta sino que le sobra congruencia lógica, tan espantosa como políticamente es. Nos referimos a verdaderas inconsistencias, a contradicciones y a misterios. Por ejemplo: cómo reconocer la voluntad general no es un pequeño problema, desde que aun la unanimidad del pueblo puede confundir y extravasar el interés general (CS, II,3 y 6). Tampoco lo es el fundamento de aceptación, si existe, de la regla de la mayoría, no ya de la unanimidad, que deberá venir establecida en el pacto social (CS, I,6) como el modo concreto de discernimiento de la misma voluntad general. No está nada claro, tampoco, cómo es acaso posible concebir algún cálculo cualquiera de la voluntad general (CS, II,3) puesto que el interés o la voluntad particular pueden coincidir o no coincidir con el interés o la voluntad general (CS, II,3) y dada la desconfianza que en la materia cabe tener por igual respecto de mayorías que de minorías. Tampoco se deja ver fácil ni difícilmente por qué la necesidad de un pacto social se encuentra en definitiva en la carencia de sanciones por parte de la ley natural (CS, II,6) si la tarea de legislar, variable de país en país (CS, II,8 y II), requiere la deliberación del pueblo y hasta la redacción de un legislador sabio (CS, II,6 y 7): lo que falta no son las sanciones, para empezar, sino la formulación de la propia ley. Sin embargo, "...aunque no hayan sido acaso nunca enunciadas (las cláusulas legales), son en todas partes las mismas..." (CS, I,6). Etcétera.

en efecto. Y sea o no sea la voluntad popular la expresión auténtica de la "voluntad general" de que habla Rousseau.

La premisa mayor rousseauniana en la materia es que, aun si puede no conocer lo recto y confundirse o equivocarse, el pueblo es siempre el soberano y por ende da la ley, o debe darla. Se entiende por qué: "Las leyes no son propiamente otra cosa que las condiciones de la asociación civil" (*Contrato social*, libro II, cap. 4; en adelante, CS, II.4). Naturalmente "el pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas" (*ibidem*), el silogismo se cierra solo.

Pero sigamos ahora el hilo del discurso a partir de este punto.

a) El dictado de la ley es políticamente fundamental. La ley expresa la soberanía popular y revela la voluntad general. La ley sienta las bases del Estado. Ahora bien, ¿qué es en efecto una ley, de qué se trata? Rousseau es claro al respecto, "la materia sobre la que estatuye la ley es general, como la voluntad que estatuye... Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuerpo y a las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo y a una acción particular. Así, la ley puede muy bien estatuir que habrá privilegios, pero no puede dárselos concretamente a nadie" (*ibid.*).

El objeto de la ley es general, o generalizado. Como refiere Rousseau en el mismo párrafo, la ley puede incluso establecer la forma monárquica hereditaria de gobierno: lo que no puede es nombrar el rey ni designar la familia real; "... en una palabra, toda función que se refiera a un objeto individual no corresponde al (soberano)" (*ibid.*).

b) El nombramiento de tal rey o cual familia real, para seguir el ejemplo, ya sería un acto particular, o un acto de magistratura, o un decreto, como indistintamente los llama Rousseau.

Los actos particulares son propios del gobierno, del ejecutivo, no del soberano, el legislador. Justamente, la finalidad y el cometido del gobierno está en dar estos actos particulares, o de magistratura, o decretos.

c) Más, "el gobierno no consiste sino en actos particulares" (CS, III.1). Y como el gobierno o poder ejecutivo consiste sólo en actos particulares y todo en actos particulares, es apenas "un agente", o "un ministro", o "una delegación" del legislador soberano (*ibid.*). De ningún modo, su

representante: la soberanía, la voluntad soberana, no se representan (CS, II.1).

d) Ahora los actos particulares que da el gobierno deben ser "solamente una aplicación de la ley" (CS, II.2). Los miembros del poder ejecutivo, en tanto "simples oficiales" del soberano y "depositarios que ejercen en su nombre el poder" (CS, III.1), realizan únicamente "una ejecución de la voluntad general" (CS, II.2).

Así, pues, "cada uno de estos actos no es una ley sino solamente una aplicación de la ley, un acto particular que determina el caso de la ley" (ibid.).

e) Es de tal forma que "el gobierno recibe del soberano las órdenes que da al pueblo" (ibid.). En otras palabras, el gobierno recibe del demos como sujeto activo las órdenes que da al demos como sujeto pasivo de la relación política. Y es de ahí también que, a no ser por otras circunstancias, circunstancias de otra naturaleza (tales como el tamaño del territorio y de la población o las dimensiones consecuentemente necesarias del gobierno, etc.), no tiene en definitiva mayor trascendencia cuál forma de gobierno se encargará de ejecutar la voluntad del soberano, desde que, cualquiera que sea la forma, ella será el agente o ministro o ejecutante de la voluntad soberana.

f) Escribe en consecuencia Rousseau: "Llamo pues república a todo estado regido por leyes, bajo cualquier forma de administración" (CS, II.6). Leyes, claro está, entendidas en el sentido en que las ha definido y ya vimos. "Todo gobierno legítimo es republicano", prosigue concordantemente (ibid.); y, en llamada al pie que efectúa allí mismo, dice: "No siempre entiendo por esta palabra (republicano) una aristocracia o una democracia", como habría que hacerlo estando al maestro Montesquieu, va implícito, "sino en general a todo gobierno guiado por la voluntad general, que es la ley". Y remata: "Para ser legítimo, no debe el gobierno confundirse con el soberano, sino ser el ministro del mismo: en este caso la propia monarquía es república".

En suma, la soberanía del pueblo puede plasmarse por cualquier y toda suerte de gobierno que se atenga a la voluntad general. Lógicamente, esto hace del gobierno un algo indiferente. Y lógicamente, de nuevo, esto parece impecable. En efecto, ¿qué más da una forma monárquica o aristocrática o democrática de gobierno si de lo que se trata es de la recepción de la soberanía popular, del atenuamiento a la voluntad general, y de su pura y simple ejecución?

Pero, en rigor, la lógica impecable no es tal. Y, contra lo expuesto, la forma de gobierno no es indiferente sino, en verdad, especialmente relevante. Mejor dicho, el gobierno es el locus de problematización y atascamiento de la teoría, entendida, según dijimos al comienzo, como gobierno conforme a la ley que se da el pueblo para esto mismo. En el propio Rousseau, el propio Contrato social.

Si el gobierno resulta ser a fin de cuentas un nudo de la cuestión, esto en Rousseau mismo, como veremos, no es porque, además cada forma de gobierno "es la mejor en ciertos casos y la peor en otros" (CS, III.3), según circunstancias que van, desde el tamaño del territorio o la población y las costumbres y tradiciones imperantes en el país, hasta la conveniencia o inconveniencia de la distinción o la identificación entre quien legisla y quien ejecuta, pasando por las desigualdades de condición social existentes o el grado de concentración del poder más adecuado a cada caso (CS, III.1 y siguientes). Todos éstos son datos ciertamente determinantes para definir puntualmente, casuísticamente, la forma de gobierno más adecuada al objeto de realizar la soberanía popular y la voluntad general. Pero de lo que se trata, en verdad, es antes aun, de la posibilidad lógica misma de tal realización por parte del gobierno, cualquiera que sea su forma, aun la forma casuísticamente más apropiada. Se trata, insistamos, de la consistencia lógica del discurso en ese mismo nivel y antes de ver y considerar las circunstancias geográficas, poblacionales, de costumbres, y demás. Territorio, distancias, clima, números de población y modos de asentamiento, costumbres y usos tradicionales, recursos económicos y distribución de la riqueza, separaciones en la educación, aparato variablemente necesario de gobierno, colusión entre la posibilidad de mejor aplicación de la ley y tendencias al propio privilegiamiento, etc., son todas complicaciones, pero complicaciones sucesivas, sobrecomplicaciones. Antes y ya en abstracto está para todas las situaciones imaginables una dificultad lógica, intrínseca.

Hablamos de la "aplicación" de la voluntad general por el gobierno. Ni siquiera de la voluntad general<sup>4</sup>, sólo de su "ejecución". Rousseau casi no se detiene en el aspecto, y sin embargo la cuestión es clave. Si el gobierno aplica la voluntad general, será legítimo; si no la ejecuta, ilegítimo.

<sup>4</sup> Aquí damos por supuesta la existencia de la voluntad general. Lo que de aquí es un problema. Ver nota anterior.

Muy bien, pero ¿qué hay de la posibilidad como tal de que la aplique o ejecute? ¿Depende esto sólo de las circunstancias y una forma adecuada de gobierno o ya está acotado y problematizado por la existencia misma de un gobierno?

Nótese para empezar que la ley es general y las decisiones de gobierno son particulares, y recuérdese que en todo caso hasta la voluntad del pueblo es falible, de modo que *mutatis mutandis* también lo será, con toda probabilidad y regular frecuencia, la de los magistrados o ministros del poder ejecutivo.

Así y todo, sin embargo, el Contrato sólo habla de "aplicar" o "ejecutar" la voluntad general (supongamos que lo es) de la ley o las leyes del pacto. ¿Cómo se pasa de lo general a lo particular?, ¿qué problemas contiene esto, si los contiene? Rousseau no se detiene en ello. Su referencia al asunto, la más puntual, se produce en el tramo del discurso en que critica la teoría de la división de poderes, todavía en el libro II, cuando es el III el dedicado al gobierno. El asunto es allí la soberanía misma, no ya cómo es posible y cómo ha de ejecutársela.

De todos modos veamos el párrafo, por entero, porque salvo un otro y muy casual pasaje del Contrato no hay dónde más mirar. Rousseau apunta allí a quienes "no pudiendo dividir la soberanía en su principio, la dividen en su objeto" y se refiere a "la división en (...) poder legislativo y en poder ejecutivo (...). Este error procede de no haberse formado nociones exactas de la autoridad soberana, y de haber tomado por partes de esta autoridad lo que no era más que emanaciones de la misma. Así, por ejemplo, se ha considerado el acto de declarar la guerra y el de hacer la paz como actos de soberanía, lo que no son, puesto que cada uno de estos actos no es una ley, sino solamente una aplicación de la ley, un acto particular que determina el caso de la ley (...). Siguiendo de la misma manera las otras divisiones (...) se cae en un error, que los derechos que se toman por partes de esta soberanía son todos subordinados de la misma y (...) no dan sino su ejecución" (CS, II.2).

Por otra parte, como quedó claro con anterioridad; "ni siquiera lo que ordena el soberano sobre un objeto particular es una ley, sino un decreto" (CS, II.6). Y Rousseau ya casi no vuelve sobre el tema; cuando alguna vez lo hace, reitera.

Excepto una vez, a las cansadas, y muy al pasar. Esto ocurre al comienzo del capítulo "De la democracia" como

forma de gobierno (CS, III.4). Hasta ese punto, todo hace suponer que en los casos particulares, de gobierno, no hay más que darle sonido a la voz preexistente. El gobierno sería el portavoz de una voluntad general que cada vez no hay más que vocear. Todo es simplemente aplicar, ejecutar la ley, nada más que vocearla, llenándola de su sonido pre-determinado. Pero aquí, en este capítulo del tercer libro, es donde Rousseau escribe: "El que hace la ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada" (si bien quita un poco más abajo: "No es bueno que quien hace las leyes las ejecute...").

Así que hay que saber algo: saber interpretar la ley. Y hay que interpretar la ley, esta es la cuestión. Los gobiernos "interpretan", no sólo ejecutan lisa y llanamente. La ejecución con-tiene y va precedida por la interpretación de la voluntad general tendiente al bien común. El gobierno interpreta cada vez el bien común particularizado al caso o eso dice el gobierno, todo gobierno: acé hagamos honor a su palabra.

Y es por esto, acto seguido, que tampoco se mantiene aquello de que las formas de gobierno son indiferentes. En el libro III la lógica del discurso toma su propio rumbo, bien que apenas por implicancia; se corrige a sí misma, aunque calladamente. ¿Cuál es la mejor forma de gobierno? En abstracto, ninguna, cualquiera puede serlo (CS, III.9 y 1), ya lo hemos anticipado. Respecto de países concretos, aquella forma que mejor se avenga a sus circunstancias específicas de todo tipo (CS, III.8), ya lo mencionamos. En todo caso, "tampoco hay más que un buen gobierno posible en cada Estado" (CS, III.1). Pero ahora hay algo más, que aparece hurgando en y desde las diferencias de plano.

Ahora, por de pronto, ya se nos hace saber en términos generales sobre la viabilidad y no viabilidad efectiva de unas u otras formas. Por ejemplo: "En general, el gobierno democrático conviene a los Estados pequeños, la aristocracia a los medianos, y la monarquía a los grandes" (CS, III.3), y también que "la monarquía conviene a las naciones opulentas, la aristocracia a los Estados de mediana riqueza y mediana extensión, la democracia a los Estados pequeños y pobres" (CS, III.8); pero también que "Tomando el término en su rigurosa acepción, no ha existido nunca verdadera democracia, ni existirá jamás", y que sólo "un pueblo de dioses se gobernará democráticamente. Un gobierno tan perfecto no es para hombres" (CS, III.4). En cuanto a las aristocracias, por principio Rousseau concluye prefiriendo

la aristocracia electiva (CS, III.5). Y Rousseau da razones generales al efecto.

Será sumamente ilustrativo atender a las razones del caso aristocrático, para empezar.

Concurren a la preferencia inicial por la aristocracia electiva dos de esas razones. Una es que así, mediante una aristocracia, se distinguirá adecuadamente entre el soberano y el ejecutivo, lo cual no ocurriría en el caso de la forma democrática de gobierno. Como se recordará, "no es bueno que quien hace las leyes las ejecute" (CS, III.4). La otra es "la ventaja... de la elección de sus miembros", los miembros de la aristocracia electiva (CS, III.5).

Hay que preguntarse ahora por qué esta última es una ventaja, y la respuesta, felizmente, no falta: cuando los magistrados de la aristocracia "sólo llegan a serlo por elección", "la probidad, las luces, la experiencia y todas las demás razones de preferencia y de estimación pública son otras tantas nuevas garantías de buen gobierno" (ibid.).

En la aristocracia electiva la elección es la cosa propia, por definición. En la democracia, en cambio, a veces corresponde la elección, otras y más pertinentemente, el sorteo de los cargos (CS, IV.3). Ahora bien, la elección es ventajosa porque, recién lo vimos, de tal manera llegan al gobierno los hombres más probos, con más luces, experiencia y demás prendas de preferencia y estimación.

La verdad real es que esto no es tan así, pero no lo dudemos ahora, démoslo por supuesto.

Así las cosas, la pregunta ahora es: ¿Para qué se requieren dicha probidad y luces y experiencia de los mejores? Si la pregunta viene, estrictamente, desde el tratamiento de la aristocracia electiva, de todos modos también se puede llegar a ella desde el caso de la democracia y ello, además, con el beneficio de que el Contrato esboza un comienzo de respuesta, o al menos la dirección en que hay que buscarla:

"En toda verdadera democracia, la magistratura no es una ventaja sino una carga onerosa... Sólo la ley puede imponer esta carga a aquel sobre quien recaiga la suerte...

Las elecciones por sorteo tendrían pocos inconvenientes en una verdadera democracia, en la que, siendo todo igual, tanto en las costumbres y en los talentos como en las máximas y en la fortuna, la elección resultaría casi indiferente. Pero ya he dicho que la verdadera democracia no existía.

Cuando se procede a la vez por elección y por sorteo, la primera debe aplicarse para las plazas que exigen talentos especiales...; el segundo, para las funciones en que bastan el buen sentido, la justicia, la integridad" (CS, IV.3; lo destacado en bastardilla es nuestro).

Aun si es cierto que como ejemplo de "plazas que exigen talentos especiales" Rousseau pone a "los empleos militares", no lo es menos que el ejemplo es un ejemplo. En general, algunos cargos del gobierno, al menos, requieren algo más que "buen sentido, justicia, integridad": requieren eso, unos talentos especiales. O, como se ha dicho para el caso de la aristocracia, "luces, experiencia", probablemente otras "razones de preferencia y estimación pública". Pero, otra vez, ¿para qué?

No hay otra respuesta posible más que la obvia: para cumplir las funciones ejecutivas de gobierno. Que eran, se recordará, y son "aplicar" la ley, darle "ejecución". Y primero, al objeto, interpretarla, discernir y elaborar cuales decisiones particulares ajustan con la voluntad general de bien común.

Ahora bien, del Contrato resulta que esa última, la tarea de gobierno, no es tarea sencilla ni fácil, como parecía entenderse. De ahí que el texto admita dispersamente pero por doquier la posibilidad del mal gobierno. Insisto: el texto habla de la posibilidad, no apenas del caso de uno o muchos malos gobiernos ni de la experiencia histórica general conocida. Habla de la posibilidad, de una posibilidad que ni siquiera se extingue dentro de la república que está (estuviera) bajo el contrato social. Pruebas al canto:

Aun producido el pacto, el hombre debe saber que "si los abusos de esta nueva condición no le degradaran a menudo por debajo de aquella de que salió, debería bendecir conatantemente el dichoso momento que le sacó de ella para siempre" (CS, I.8; lo destacado en bastardilla, aquí y en adelante, no figuran en el original y están agregados para llamar la atención sobre lo pertinente al caso). "El pacto fundamental, en lugar de destruir la igualdad natural, sustituye, al contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la Naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres, y que, pudiendo ser desiguales en fuerza y en inteligencia, resultan todos iguales por convención y en derecho. Nota: Con los malos gobiernos, esta igualdad no es más que aparente e ilusoria" (CS, I.9). En ciertos supuestos, a tener en cuenta por el pacto, de crecimiento natural o

necesario del estado, se "da a los depositarios de la autoridad pública más tentaciones y medios de abuso de poder" (CS, III.1). Indudablemente, por eso "Las dificultades están en la manera de ordenar en el todo ese todo subalterno, de suerte que no altere la constitución general al reafirmar la suya" (ibid.). El problema último está en que todo magistrado tiene tres voluntades: la general que debe instanciar, la del cuerpo de gobierno a que pertenece, y la suya propia, particular, y en que "Según el orden natural... en el gobierno, cada miembro es en primer lugar él mismo", mientras que "la voluntad general es la más débil" (CS, III.2). En fin, "el gobierno actúa continuamente contra la soberanía". Este es un "vicio inherente e inevitable" (CS, III.10). De ahí la necesidad de hacerse de "garantías (para un buen gobierno)" (CS, III.5).

El gobierno es un nudo, o el nudo está en el gobierno, pues. Y así, aun no tomando en cuenta lo que no nos ha hecho falta y por eso mismo no mencionamos hasta ahora, a saber, el problema práctico (paralelo, por eso, a la línea primera y más básica de argumentación seguida aquí) de que "No se puede imaginar que el pueblo permanezca continuamente reunido en asamblea para vacar los asuntos públicos"<sup>4</sup>, de lo que "fácilmente se ve que no podría establecer para esto delegaciones sin que cambie la forma de administración" (CS, III.4), de todos modos nos hemos topado con dos problemas insalvables, de esos que no dependen, como quizá dependan los prácticos, de los desarrollos históricos. Problemas que no permiten optimismos a futuro, porque están en la naturaleza de las cosas, que diría Rousseau.

Concatenados, esos dos problemas hacen un problema único, insoluble.

Si la complicación inicial es que a cada acto de gobierno la ley general debe ser "aplicada" (y esto en primer término es "interpretada") por los gobernantes, y para ello, en una larga serie de casos, se precisarán luces especiales y expe-

<sup>4</sup> De todos modos (la diferencia de lo que había opinado en escritos anteriores, v.gr., su artículo sobre la voz Economía política en la Enciclopedia) Rousseau cree posible que el pueblo pueda ser reunido frecuentemente, no obstante su número, y reunirse cada tanto de manera regular o periódica (CS, IV.12 y 13). Esto, sin embargo, vale según Rousseau mismo para los estados territorial y demográficamente pequeños y compactos, únicos en los que podría pensarse en establecer una forma democrática de gobierno; y no deja de tropezar con los mismos problemas que hemos tratado, tal vez algo reducidos.

riencia, etc., amén de probidad y demás, de donde conviene elegir y no sortear a los gobernantes, la segunda será que, como bien sabe Rousseau, porque en verdad nada le ha escapado, un gobierno "para responder al fin para que... fue instituido", "supone asambleas, consejos, un poder de deliberación, de resolver, derechos" y demás (CS, III.1, subrayado añadido). Hemos llegado, no queriéndolo, antes rechazándolo a rajatabla, pero de todos modos, al gobierno representativo. ¿O esto, empecinamiento en la voluntad y en las palabras aparte, énfasis y silencios también aparte, no es un gobierno representativo?

No por nada, pero de buenas a primeras y también sorprendentemente, allá por la segunda mitad del capítulo 15 del libro III Rousseau estampa esta afirmación que va tanto precedida cuanto seguida por descalificaciones de la representación y digresiones varias: "Como la ley no es más que la declaración de la voluntad general, es claro que, en el poder legislativo, el pueblo no puede ser representado; pero puede y debe serlo en el ejecutivo, que no es sino la fuerza aplicada a la ley". Desde luego, a estas alturas ya ha podido inferirse, contra todo, que el poder ejecutivo no es sólo "la fuerza aplicada a la ley". Mientras la congruencia de lo más explícito y lo más enfatizado quiere salvarse, el gobierno representativo se ha abierto paso. También lo ha hecho la propia expresión. Ahora resulta que ese que sólo era ministro, mero agente, es y debe ser representante.

Los sequitur del discurso están dispersos, apartados de la línea a toda vista fundamental del Contrato, no están puestos en vinculación con ella para redefinirla claramente ni siquiera cuando aparecen, desdibujados, murmullos al lado de los clamores, como una especie de cuestión pendiente y abierta que sin embargo ya ha liquidado todo a su sola emergencia. Los sequitur no se pueden torcer, no callan ni callados, lo que ni siquiera es demasiado el caso.

En suma, una democracia pura no es posible tal cual ni directamente (vía un gobierno democrático, de muchos o la mayoría, que responda a la soberanía popular y ejecute la voluntad general)<sup>4</sup> ni tampoco indirectamente (vía un gobierno de uno, de una minoría que igualmente responda a la soberanía popular y ejecute la voluntad general). Sencilla-

<sup>4</sup> En sí misma, además, la verdadera democracia no sería "más que un gobierno sin gobierno" (CS, III.4). Pero esto es "insuficiente", así como es "peligroso" (ibid.).

mente, para decirlo en las palabras del propio Rousseau, hacen falta poderes que resuelvan y deliberen y constituyan consejos y tengan derechos: la democracia posible tiene la forma del gobierno representativo, inevitablemente.

Así termina hasta por decirse. Y ya se sabe lo que Rousseau pensaba y tan explícitamente expuso, en el mismo capítulo, sobre el gobierno representativo; de cómo lo hallaba incompatible con el principio de la soberanía popular, temible para una democracia en tanto (de algún modo, pero realmente) autogobierno del pueblo; y por qué. Pero quizá valga la pena recordarlo: habrá oportunidad de hacerlo en la próxima sección.

Entre tanto, la cuestión es que, hablando ahora con términos más en boga, aunque menos exactos que los de Rousseau, la "democracia directa" contiene ya in nuce el gobierno representativo, que es algo bien distinto de aquélla y hasta, en cierto sentido, opuesto. Lo mismo que cualquier otro y todo régimen, ella pasa por el gobierno, en este caso el gobierno representativo. Además y en cualquier caso, como también sabía Rousseau, "Propiamente hablando, no hay gobierno simple" (CS, III.7). Pero este es un tema para desarrollar, lo que también se hará por separado.

## LOS PROBLEMAS SOCIALES Y EL ORDEN JURÍDICO

HACTOR RAÚL SANDLER \*

### I

Nos proponemos presentar algunos puntos de vista, en particular para los estudiantes, sobre la necesidad social y la posibilidad intelectual de desarrollar una teoría del derecho de distinto contenido de las que gozan de preeminencia en la actualidad. Tomando como muestra la enseñanza que se imparte en nuestras facultades, enseñanza que no constituye una excepción, se puede ver que las teorías dominantes acerca del derecho en general, o de sus aspectos parciales como dogmática, se desarrollan de un modo explícito y directo o de una manera implícita o indirecta, a partir de un supuesto indiscutido: derecho y orden jurídico son términos equivalentes. Por este último, ha de entenderse un "sistema de normas"<sup>1</sup>.

\* Profesor titular de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Al decir que algunos identifican explícitamente el derecho con un sistema de normas, hemos tenido en cuenta, preferentemente, las obras de mayor consulta por parte de los estudiantes, producidas por los distinguidos profesores Yernengo, Roberto J., *Curso de teoría general del derecho*, I 1.1.18; Mino, Carlos S., *Introducción al estudio del derecho*, cap. III, quien con justicia cita en esta parte a Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, quienes también sirven de ejemplo a este sector del pensamiento. En cambio, cuando decimos que también implícita o indirectamente se puede partir del mismo supuesto —pese a una manifiesta voluntad contraria— nos estamos refiriendo a profesores como José Vilanova, para quien como seguidor de la teoría sociológica de Carlos Cosío, sostiene que el derecho es en primer e irrenunciable término, conducta humana (*Elementos de filosofía del derecho*, cap. III, II, a. 1). Hay que reconocer que Vilanova distingue entre derecho —que sería lo que llamaríamos orden jurídico— y ordena-

Muchos que no están satisfechos con esta reducción del derecho a un puro ordenamiento normativo, suelen atribuir esa tendencia a Hans Kelsen, sin duda con gran vigencia entre nosotros. Sin embargo, la acusación parece excesiva. Villoro Toranzo sostiene con razón, que el planteamiento positivista normativista es patente en Holmes, Hart, sus seguidores y críticos, sin que la mayor parte de ellos siquiera lo mencione a Kelsen<sup>2</sup>. Parece más atinado, entonces, atribuir esa tendencia a factores más profundos que la obra de un autor, por destacado que fuere. Digamos de paso, que de igual manera y correlativamente debe atribuirse a muchas y variadas causas, y no a una mera obstinación caprichosa, la reiterada emergencia de posiciones críticas a una teoría general del derecho demasiado complaciente en identificar derecho con sistema de normas.

## II

Nada demasiado grave habría que objetar al desarrollo de una ciencia jurídica —sea como teoría general, sea como dogmática jurídica— con su centro de gravedad en el conocimiento de la norma. Este desarrollo, por lo demás muy importante, ha esclarecido mucho las características de las normas jurídicas y la singularidad del ordenamiento jurídico, en cuanto puro sistema de normas<sup>3</sup>. Lo que parece objetable es cierta tendencia entre sus cultivadores a considerar único objeto de las ciencias jurídicas a ese ordenamiento normativo, lo que los lleva a descalificar como no científica toda investigación del orden jurídico como realidad que, si

---

miento jurídico (cap. V); pero a nuestro parecer no saca de la distinción todas las consecuencias que nosotros creemos que se pueden sacar y cuya importancia trataremos de explicar en lo que sigue del texto. Agrego lo siguiente: toda vez que en este trabajo se ensaya una crítica a la creencia dominante según la cual orden y ordenamiento jurídico son la misma cosa, este artículo, en sí mismo, es propio de la filosofía jurídica.

<sup>2</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *La evolución de la filosofía del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica*, en "Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho", México, 1978.

<sup>3</sup> Los avances en este terreno son notables y, sólo como ejemplo, citamos la obra de Norberto Bobbio, quien sin ser un "positivista normativo" ha escrito un par de memorables trabajos en ese sentido. Nos referimos a *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960 y *Teoría della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, s.f.

bien comprende y se expresa mediante un sistema de normas, lo supera en muchas direcciones y dimensiones.

Desde luego que la posición positivista normativista no cuestiona, por principio, que la filosofía del derecho —no la teoría general— forje sus propias visiones del fenómeno jurídico. Lo que pone en tela de juicio es que tales "visiones" tengan fuerza de conocimiento científico. Esto, de alguna manera, equivale a negar la posibilidad de una teoría científico-jurídica sobre otra cosa que no sea el ordenamiento y sus normas, pues si se intentara ampliar el objeto de investigación hacia el ser del derecho y la realidad que lo comprende, se caería, según esa opinión, en el mejor de los casos, en una sociología jurídica, cuando no en un puro alegato político. Y si el investigador, en otra dirección, se dedica a la contemplación del valor, al mundo de los valores, para determinar su incidencia en el derecho, hará pura filosofía cuando no mera ideología carente de objetividad.

Hay cierta soberbia objetiva en una cerrada posición positivista de ese tipo, pues —más allá de la actitud subjetiva de quien la sostenga— entraña la aceptación, no crítica, de algunos supuestos que debieran ser, como en toda actividad genuinamente científica, provisorios, relativos y limitados. Al no asumirse, explícitamente, que con el positivismo jurídico sólo se da a conocer cierta parte de realidad jurídica y, por el contrario, sostener que lo que ofrece es todo el conocimiento jurídico posible, pese a la reiterada insistencia de estar libre de todo subjetivismo valorativo, se construye un saber ideológicamente cargado, lo que conspira contra la validez de sus hallazgos<sup>4</sup>. Así las cosas, una posición semejante es criticable no tanto por sus falencias como por su decisión de cerrar el paso a otros posibles y necesarios descubrimientos en otras esferas de la realidad jurídica. Sapiencia que dadas ciertas circunstancias puede ser decisiva tanto para la ciencia del derecho como para el dominio del orden social. Estos hallazgos —desde luego, lo más científicamente fundados con arreglo a la materia a que se refieren— podrían tener, incluso, fuerte impacto sobre la ciencia

<sup>4</sup> En un libro relativamente reciente, nuestro colega el profesor Zuleta Puccio, recopila una serie de muy interesantes ensayos en los cuales, desde diferentes perspectivas y con distintos alcances, sostiene argumentos que, con alguna tolerancia pueden ser usados para defender lo que exponemos en el texto; ver Zuleta Puccio, Enrique, *Teoría del derecho. Una introducción crítica*, Bs. As., Depalma, 1987.

positiva normativista en un doble frente. Por un lado, tales conocimientos podrían afectar a la vigencia del ordenamiento jurídico en cuanto a su legitimidad, justicia y eficacia, lo que puede estimular sus cambios más o menos rápidos, más o menos profundos y, consecuentemente, demandar la reelaboración de algunos conceptos jurídicos fundamentales, corazón de la teoría general del derecho dominante. Por otra parte —aun sin tales cambios en el ordenamiento— las conclusiones de aquellas investigaciones pueden poner en crisis algunos conceptos jurídicos fundamentales y con ello estimular nuevas construcciones teóricas dentro de esa misma línea de pensamiento.

—Sin embargo, el principal efecto de nuevas y distintas teorías jurídicas sobre el derecho, que incluyan pero a la vez excedan a la pura norma, cobrarían especial relevancia por sus efectos prácticos para la vida del hombre, social e individual. Este efecto sería de gran significación en los tiempos en que vivimos, dada la innegable crisis espiritual y material que padece la humanidad<sup>5</sup>. En esta crisis o, más bien, en el notorio malestar existente pese a muchos avances materiales, le corresponde, indudablemente, un alto grado de responsabilidad al orden jurídico, en cuanto de una

<sup>5</sup> La expresión "la crisis social de nuestro tiempo" —o sus equivalentes— ha llegado casi a ser un lugar común para titular una enorme cantidad de trabajos intelectuales, de distinta factura y muy diverso enfoque, que tratan de describir lo que Freud denominase el malestar de nuestra cultura. Fuera de que la abundancia de ensayos refleja por sí misma una realidad que ninguna persona perceptiva puede eludir, a mi juicio lo más interesante de esas investigaciones, es que las de más elevado vuelo vinculan entre sí reiteradamente algunos hechos como los más importantes, aunque no siempre los más visibles. Entre ellos se destacan la progresiva masificación de la sociedad (con su correlato la despersonalización del individuo y de las instituciones que se afirman en la persona individual) y lo que podría denominarse la desespiritualización de la vida humana, individual y colectiva. En torno a este último fenómeno, el decaimiento de la religión, como una de las importantes actitudes de trascendencia del hombre, ha sido reiteradamente señalado. Pero, para lo que a nosotros, por el momento nos interesa, es que ambas cosas afectan fuertemente a la estructura histórica del orden jurídico; como es de presentir también que determinados ordenamientos positivos, puestos en vigor por el poder político, pueden contribuir al agravamiento de aquellos dos fenómenos. Sobre estos temas, y sólo como lectura introductoria, puede verse: Preyer, Hans, *Teoría de la época actual*, México, Fondo de Cultura Económica, Breviario 141; Müller - Armack, Alfred, *El siglo sin Dios*, México, Fondo de Cultura Económica, Breviario 195, 1968; Díez - Piqueo, Luis, *Derecho y masificación social*, Madrid, Civitas, 1967.

manera u otra es éste uno de los principales ordenadores de la sociedad contemporánea.

La responsabilidad tiene que extenderse, en la debida proporción pero sin ninguna duda, al estilo de la ciencia jurídica dominante<sup>4</sup>.

Tal como se ha desarrollado, por propia decisión o por impotencia resultante, esta ciencia no da muestras de tener mucho que decir —de original y efectivo— en torno a aquel malestar, ni menos aun respecto a lo que podríamos esperar del derecho para aliviar o solucionar los problemas. Hay muchos y valiosos trabajos de juristas preocupados por esta pesadumbre del mundo actual, a la vez que —desde sendos puntos de vista— proponen distintas funciones a específicas instituciones jurídicas<sup>5</sup>. Pero la ciencia jurídica dominante no los considera como algo propio de su pertenencia. No sabe qué hacer con ellos y ni siquiera les otorga el honor de una mención. La explicación a esta falta de consideración no debe buscarse en actitudes subjetivas sino, más bien, en la eficacia que tiene un paradigma científico para guiar el trabajo de los científicos hacia un campo o hacia otro y para cerrar el paso hacia los demás<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> El grado de incidencia del conocimiento en general, pero en particular, el conocimiento científico, en la realidad jurídica, individual y colectiva, es mucho más importante de lo que se supone. Por principio la realidad cambia, pues a la vez que se va despoblando de seres tenidos por muy activos tales como espíritus, dragones o fuerzas con sus propios designios, se puebla de otros entre los cuales hay relaciones precisas, mensurables y predecibles: masas, fuerzas, energías, átomos, etcétera. En segundo lugar, esta nueva realidad sirve de base a la creación de otras nuevas antes vistas: el mundo de cosas tecnológicamente formadas y el mundo intelectual integrado por términos, conceptos, teorías con su propia legalidad intrínseca. Esta transformación es pareja con la que se produce en los individuos, cuyo desarrollo espiritual tiende a ser cada vez más refinado. Todo esto es patente a partir del Iluminismo para las ciencias de la naturaleza y algo menos visible en el campo de las ciencias humanas; sin embargo no habría que dudar de que el desarrollo más científico de las ciencias morales y sociales tiene que producir, si ocurre como es de desear, una transformación de la realidad social y un refinamiento moral de las personas.

<sup>5</sup> A modo de ejemplo se recuerdan los trabajos de Castán Tobeñas, José, *La propiedad y sus problemas actuales*, Madrid, Reus, 1952, o el de Antonio Perpiñá Rodríguez, Madrid, 1956, excelentes monografías jurídicas sobre el derecho real de propiedad.

<sup>6</sup> Los condicionamientos que todo paradigma teórico impone pueden agravarse por la estructura actual de la enseñanza universitaria. Por principio el sistema de "materias" de contenido fijo y virtualmente invariable,

## III

A esta altura se podría decir que mi propuesta tratando de desarrollar una teoría sobre el orden jurídico, inspirada en tales preocupaciones sobre el porvenir del orden social, tiende a ser un examen de problemas de "política legislativa". El adjetivo "legislativa" no es de tanto peso como para evitar que la balanza se incline demasiado en favor del tratamiento de problemas políticos, no jurídicos. Esta impresión tiende a descalificar notablemente a aquella propuesta. Es sabido que sobre política es mucho y muy variado lo que siempre se puede decir y que de hecho se dice; pero en su conjunto todo lo dicho parece ser mera opinión, sin valor científico<sup>8</sup>.

---

al menos mientras sigue impartíendola el mismo profesor, hace de la enseñanza universitaria algo extremadamente escolástico y ajeno al estilo de la ciencia contemporánea. A esto se le suman problemas coyunturales. Por ejemplo, en nuestra Facultad, dada la creación de la materia Teoría general del derecho, ubicada en el primer semestre en sustitución de la antigua Introducción al derecho, el paradigma utilizado en aquella afecta a la visión global sobre el derecho. La vieja Introducción, por sus objetivos —reflejados en el nombre— permitía, con criterios variables, "incurcionar" por distintos aspectos de la realidad jurídica, sin falsear el propósito de la asignatura, cosa mucho más difícil de hacer en una Teoría general entendida como teoría del ordenamiento jurídico. Agradezco al doctor Juan Carlos Aguilá el hacerme presente su importante punto de vista sobre este aspecto.

<sup>8</sup> La diferencia entre lo jurídico y lo político nunca es fácil. Fue ocasional testigo de un hecho que revela la complejidad del asunto que, sin embargo, por complejo que fuere, no puede ser eludido si se quiere contribuir desde el punto de vista más científico posible a la solución de ciertos problemas que agobian al hombre de la sociedad actual. Se desarrollaba un simposio de gran vuelo sobre "derechos humanos". Cuando uno de los ponentes iba a exponer sobre ese tema, alguien presente en el público quiso saber si se analizaría el —desde luego espinoso tema— de la "ley de obediencia debida", dictada hacía muy poco tiempo. El disertante replicó de inmediato que no, porque hacerlo era impropio. A la vez que mostraba en alto el folleto que contenía el reglamento del congreso, argumentó, más o menos, de este modo: "Como puede ver usted en el título de este Congreso, estamos aquí para tratar el problema de los derechos humanos y, por añadidura, este lugar es precisamente una Facultad de Derecho. Si usted lo desea, al fin de la reunión estoy dispuesto a conversar de política; pero fuera de aquí, pues en este lugar solo debemos hablar de derecho". Es posible que el curioso que lanzó la pregunta quisiera algo más que un mero tratamiento del tema que le preocupaba y es probable que el ponente, frente a ese riesgo, haya "salvado la situación". Pero lo que de hecho quedó firme y sin cuestionamiento, es que aquella ley, dictada por el aparato productor de derecho por excelencia, el Estado, y que regula gran parte de hechos de los que depende la efectiva vigencia de los derechos huma-

No es mi propósito ocuparme en esta ocasión del complejo asunto de lo que es o no ciencia, tema del que —con argumentos que podrían usarse en favor de nuestra posición— se han hecho cargo acreditados profesores de nuestra propia casa de estudios<sup>10</sup>. Prefiero reconocer, abiertamente, que efectivamente es el problema de la legislación correcta lo que me preocupa. Digamos, a modo de justificación, en el caso de que ésta fuera necesaria, que fue uno de los más conspicuos predecesores del positivismo normativo —Jeremías Bentham (1748-1832)— quien con la mayor seriedad consideró que reflexionar, explicar y fundamentar el derecho debido era algo propio del jurista. Nunca sintió incompatible sostener lo expuesto y criticar más que ácidamente al derecho natural, idea a la que no sólo consideraba una tontería, sino “una tontería al cuadrado”<sup>11</sup>.

Esta actitud, poco corriente entre nosotros, es muy comprensible tan pronto se la ubica en el contexto social de su tiempo. El mismo examen nos hace ver que —en lo esencial— la preocupación de Bentham por la ley debida, era históricamente oportuna. Bentham alcanzó su madurez intelectual en el período que va desde la gran transformación del orden social inglés (que corre desde la Revolución Gloriosa de 1688 a la industrial, que se hace patente alrededor de 1750) hasta la resonante Revolución francesa de 1789, dentro del cual, además, aconteció la norteamericana de 1776. Bentham fue testigo del derrumbe de muchas de las principales vigas y muros de sostén del milenario edificio llamado “viejo orden”. Desde muchos de sus rincones, cuya ruina algunos anticipaban y otros impulsaban, se levantaron voces propiciando su reconstrucción a partir de nuevos planos. Una de las ideas más firmes y difundidas afirmaba la existencia de un “orden natural”, el cual debía servir de fundamento y guía en la tarea de construir el nuevo orden social<sup>12</sup>.

---

nos, no fue considerada un problema jurídico sino político. Pero entonces, ¿cuál es el límite entre ambas cosas desde el punto de vista del conocimiento jurídico? Convergamos en que el ponente pudo sanjar fácilmente la cuestión ayudado por la idea predominante en relación a lo que debe ocupar a la ciencia del derecho.

<sup>10</sup> Zuleta Pasero, *op. cit.*

<sup>11</sup> La atribución de esta expresión a Bentham la hace Lord Dennis Lloyd en su libro *La idea del derecho. ¿Perseverancia reprobada o necesidad social?*, Madrid, Civitas, 1985, p. 106.

<sup>12</sup> La idea de un orden natural flotaba en el ambiente y, cada penum-

Simultáneamente, en otro campo de la actividad humana, se había producido otra revolución —la científica—, cuyos logros tecnológicos, con lo precario que hoy pudieran parecerse, eran para los hombres de los siglos xviii y xix la más firme base para iniciar un ilimitado progreso. De manera que aquella voluntad, dirigida a construir nuevos y mejores ordenes sociales, fue la respuesta históricamente lógica que los mejores hombres de ese tiempo daban a las exigencias de su época. Podían hacerlo, además, confiados en el seguro éxito por contar con la más nueva y eficaz herramienta disponible, nunca antes jamás usada: el conocimiento científico y la tecnología derivada. Era de presumir, entonces, que podía crearse —lo más científicamente posible— un derecho ordenador. Tanto la Constitución norteamericana, que inicia el período del constitucionalismo moderno, como el Código francés de 1804, que da paso a la era de la codificación, son expresiones de aquella voluntad.

Estos logros no fueron, de ninguna manera, ajenos a la emergencia del Estado nacional como forma "natural" de organizarse la sociedad humana. Al contrario, debe verse en la emergencia de este Estado una de las causas concurrentes para la aparición de ese derecho sistemático y preciso. Esto trajo aparejado un nuevo tipo de relación entre el Estado, como culminación del orden político, y el Derecho como principio de orden de los comportamientos sociales. Esta relación, de suyo muy antigua, progresivamente fue cambiando de contenido, para variar notablemente en los años subsiguientes: el derecho, de ser algo así como la instancia suprema ante la cual la fuerza —el poder político— debía ocurrir para rendir cuentas, pasó a ser cada vez más el instrumento de la fuerza política organizada. Determinar

---

dor apelaba a ella para considerar el aspecto de la realidad social que le preocupaba. Samuel Pufendorf (1632-1744) sostiene la existencia de un orden jurídico natural de fundamento racional; François Quesnay (1694-1774) describe el orden económico natural; Adam Smith (1723-1790) confiaba gran parte del ordenamiento de la economía positiva a una "mano invisible" natural. Todos eran descoltantes figuras en la tarea de meditar y proponer pautas de orden para la vida del hombre y su orden social. No es difícil encontrar un "estilo" de pensamiento del cual, entre otros, participa Montesquieu (1689-1742), cuya obra comienza con estas definitorias palabras: "Las leyes, en su significación más extensa, no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas" (*Del espíritu de las leyes*, cap. I, libro I). El hilo conductor entre todos ellos que alcanza a los economistas clásicos, es el supuesto de que hay un orden debido al cual conviene ajustar el comportamiento humano.

el contenido de esta relación es justo uno de los principales problemas que enfrenta el hombre de nuestros días <sup>13</sup>.

#### IV

El resultado práctico de estos cambios, para el jurista, aparece con toda claridad en la segunda mitad del siglo XIX. En Europa y la mayoría de los países de América, junto a todas las demás cosas de este mundo, aparecía sobre la mesa —listo para ser “científicamente” estudiado— el derecho. Pero esta vez los juristas no tenían ante sí, como era habitual, una materia vaga e informe, casi inefable, sobre cuya misma existencia toda opinión debía ser escuchada. Frente a sus ojos reducían cuerpos sistemáticos de normas escritas. Códigos con normas cuyos textos habían sido pulcramente redactados, cuidadosamente arreglados según principios que obraban como axiomas, cuyo fin preciso era ordenar sociedades acotadas ahora con igual precisión: las fronteras naturales o culturales, siempre discutibles, habían sido sustituidas por mojones delimitativos del Estado matemáticamente calculados y geodésicamente ubicados. Normas cuya fecha de nacimiento no era menos exacta: existían desde el acto gubernamental que las ponía en vigencia y su vida jurídica —su vigencia temporal— estaba igualmente en manos de un poder tan soberano que podía decretar su muerte a voluntad <sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Sobre este punto, como lectura introductoría, ver Legas y Lacambra, *Luiz, Función del derecho en la sociedad contemporánea*, en “Humanismo, Estado y derecho”, Barcelona, Bosch, 1960, p. 221-241.

<sup>14</sup> El cambio del “viejo derecho”, cuyo origen se perdía en el tiempo y cuyo autor era desconocido, al derecho positivado con las determinaciones y exactitudes que detallamos en el texto, no dejó de generar profundas crisis en la conciencia de los juristas. De esta crisis da buena cuenta Julius Hermann von Kirchmann con su resonante conferencia pronunciada en Berlín en 1847, provocativamente titulada *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, libremente traducida al castellano como *La jurisprudencia no es una ciencia*, Madrid, Civitas, 1951. En este opúsculo, Kirchmann describe, con todo dramatismo, el contraste que media entre unas ciencias de la naturaleza entendidas según el modelo newtoniano y la condición miserable que creía advertir en la ciencia jurídica, entregada exclusivamente a recorrer los vericuetos de las normas positivas. Se ve, con toda claridad, el desasosiego que implicó el abandono del derecho natural, como algo superior al poder político, para entregarse al puro derecho positivado.

Dicho sea de paso, mucho de lo dicho por Kirchmann ha perdido vigencia si se comparan nuestras ciencias sociales con las actuales ciencias

Hubiera sido casi incomprendible, dado este hecho y el estilo científico de la época, que no hubiese emergido el positivismo jurídico como actitud científicamente dominante. ¿Cómo no habría de contemplar, la gran mayoría a ese conjunto de normas como el derecho in totum y por lo tanto como el único derecho del cual, en tanto juristas, debían ocuparse? Casi sin excepción fue ganando terreno la idea de considerar como derecho real al derecho puesto por el poder estatal. Derecho y ordenamiento positivado fueron así, cada vez más, considerados una sola y misma cosa<sup>15</sup>. Otras cosas que en épocas pasadas sorbían el seso de los juristas, como normas ideales, tipo derecho natural, o los condicionamientos de la realidad social, con los cuales ideólogos o agitadores sociales perturbaban a la gente, como los conflictos de clase, para dar un ejemplo urticante, no serían, como decía Bentham, "tonterías al cuadrado"; pero eran algo muy parecido; al menos para un jurista científico al nuevo estilo.

## V

Este fenómeno —descrito adrede en sus principales trazos— deja una enseñanza suplementaria: una crisis espiritual

---

de la naturaleza, bastante más relativas y provisoria que el modelo ofrecido por entonces en la obra de Newton. Sin embargo, algunos planteos de Kirchmann tienen hoy —al menos desde el punto de vista que adoptamos en este artículo— plena vigencia. ¿No suenan, acaso, completamente actuales, por ejemplo, frases como éstas?: "Cada época tiene sus cuestiones jurídicas que conmueven profundamente al país... En torno a esas cuestiones se agita la polémica, se polarizan las opiniones, los partidos... Al comienzo la gran mayoría del país se muestra circunspecta; falta de una idea clara sobre el asunto dirige a la ciencia en busca de soluciones a sus dudas... Mas la ciencia [jurídica] se ha revelado siempre impotente para tal fin: nunca hasta la fecha comprendió la actualidad. Los pueblos quedan abandonados a sí mismos" (op. cit., p. 79).

Aclaremos, para evitar toda confusión, que la crítica de Kirchmann quizá sólo sea correcta para juzgar la situación de su país en ese momento y que era excesiva para el caso francés, en cuya ordenación el pensamiento jurídico gravitó enormemente. Mucho más excesivo sería acusar a nuestros juristas de la Organización Nacional, a fin del siglo pasado. Se podrá decir lo que se quiera de hombres como Juan Bautista Alberdi o Dalmacio Vélez Sarsfield, para dar sólo un par de ejemplos. Pero nunca que no fueron capaces de dar a su pueblo una sistemática base para el orden social a través de una no menos concepción sistemática del derecho en conjunción con la economía y la política. Sobre esto volveré más adelante.

<sup>15</sup> Sobre esto ver Sandler, Héctor R., *Derecho natural. Positivismo jurídico y derecho correcto*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", ene.-abr. 1981, año XIV, n° 46.

y social lo suficientemente profunda como para quebrar la mayor parte de los órdenes establecidos, especialmente el jurídico, pero no sólo el jurídico, genera una voluntad de restablecer el orden; en principio el "orden perdido". No tanto por las supuestas virtudes que le atribuyen sus defensores, sino por la necesidad de contar con un orden como condición de vida humana. Pero si la crisis fue tan profunda como para hacer trizas gran parte de todo orden anterior, esa voluntad social adquiere fisonomía de "voluntad constituyente". La vuelta atrás suena a imposible; pero mantener la vida individual dentro de las discordancias que producen los desajustes imperantes no lo es menos. En consecuencia sólo resta avanzar. En este caso se plantea como reto existencial un desafío: saber cómo debe ser el futuro orden social y qué hay que hacer para llegar a constituirlo. Esta segunda pregunta exige también dar respuesta sobre el deber ser; muy importante, porque es de procedimiento, del cual depende el éxito o el fracaso de la meta deseada. La hora exige conocimientos —parejos a nivel de los tiempos— tanto sobre el orden visualizado como-deseable como sobre los métodos que permitan llegar a su concreción.

El viejo orden imponía al flujo de la vida un ritmo de necesidad: los comportamientos humanos se cumplían de determinada forma porque ésa era la manera establecida, "desde siempre". La ruptura, la quiebra del viejo orden por abandono de las conductas que mantenían en pie a las normas que lo aseguraban, abrió, desde luego, las puertas de par en par a la libertad. La vida quedaba, al menos teóricamente, en el umbral mismo del inmenso campo de la posibilidad. Pero el enorme territorio de la posibilidad sólo es transitable por muy estrechos y escarpados senderos. No es un sendero en terreno plano: corre flanqueado por los precipicios del desorden y el caos. Parafraseando al poeta Machado, digamos que en verdad se lo hace al andar. Pero bajo algunas condiciones que los poetas no suelen recordar: en primer término, cada paso dado condiciona en gran medida al siguiente, con lo que los primeros pasos tienen un valor fundamental. En segundo lugar, sólo se llega a buen destino si se lo recorre bajo la luz que brinda una acertada noción de lo que debemos hacer<sup>14</sup>. La idea de

<sup>14</sup> quede hecha la advertencia de que no estamos afirmando nada sobre quién, quiénes o qué debe iluminar ese camino. Hay cierta preclusión en pensar que sólo el individuo con su razón puede hacerlo; sin embar-

lo debido es guía irrenunciable y su fuerza iluminadora depende de su acierto y correcta fundamentación. En otras palabras, en momentos de crisis las pasiones se agitan y los peligros se acrecientan; es justamente por ello y contra ello que se vuelve decisivo un conocimiento sobre el deber ser en muchos aspectos simultáneos de la vida individual y colectiva; un deber ser referido tanto al objetivo final (el orden a establecer), como a los medios a usar (procedimientos para alcanzar la meta).

## VI

Si esta operación cognoscitiva es exitosa y se cuenta con el favor de otras circunstancias, entre las que descuella la perseverancia en la acción, no sólo se consigue establecer un nuevo orden sino que se logra establecerlo de manera perdurable. En este caso, el orden establecido será, cada vez más, algo dado. Lo que ayer era una incógnita, un problema a resolver, hoy es un dato. Tal evolución del orden en general, es por completo aplicable al orden jurídico: en consecuencia mientras "antes de ayer" la preocupación central de los juristas recaía en el derecho que debía ser y por lo tanto su atención se ponía en lo que hemos llamado cuestiones legislativas, tan pronto el nuevo orden jurídico se consolida, la problemática se desplaza, preferentemente, hacia tópicos propios de una aplicación del derecho dado. La ciencia jurídica comienza a desarrollarse desde "ayer" (y lo sigue haciendo hasta hoy), alrededor de temas que permiten describir, explicar, e interpretar al ordenamiento normativo establecido. Esto de ninguna manera importa decir que el orden normativo se ha cristalizado. También aquí —mediante el quehacer revitalizador del ordenamiento, fenómeno conocido como "evolución de la jurisprudencia"— es apli-

---

go, desde el punto de vista de una teoría de sistemas esto no es cierto y, en muchas ocasiones, es el sistema quien acierta mejor que los miembros que lo componen. No desarrollamos aquí el punto y, desde luego, dado el propósito de nuestro artículo, subrayamos la importancia de un conocimiento individual correcto; pero formulamos la advertencia porque no es el único caso de "inteligencia". Sobre esto son recomendables los trabajos de Pepper, Karl R., *Epistemología sin sujeto representante*, en "Conocimiento objetivo", Madrid, Tecnos, 1974, y Haken, Hermann, *Secretos de los datos de la naturaleza sinérgica, la doctrina de la acción de conjunto*, Barcelona, Argos Vergara, 1984.

cable la idea de "paradigma": vía interpretación doctrinaria, legislativa y jurisprudencial se va enriqueciendo el inicial cuerpo de normas, a veces poniéndolo en verdadera tensión, pero sin llegar a quebrar el paradigma que lo caracteriza. En ocasiones, al exagerar alguna "interpretación", se suele hablar de "crisis del derecho". En general suele ser sólo una crisis del ordenamiento que requiere ser remodelado.<sup>17</sup>

Esta tarea, tendiente a la mejor aplicabilidad del ordenamiento, culmina en un alto rango científico con la construcción de conceptos jurídicos fundamentales propios de ese ordenamiento. Aquí la ciencia jurídica con verdadera maestría construye a su discreción, pero sobre la base de materiales elaborados en etapas previas, términos técnicos, conceptos sintéticos y teorías de gran fuerza científica, que pese a verdaderas disputas entre sí, incrementan la complejidad de la normatividad jurídica. Este esfuerzo puede ser completado con una obra aun de mayor enjundia si alguien con excepcional talento, como es el caso de Hans Kelsen, acuña un axioma jurídico de tal potencia que, a partir de él, toda una teoría general puede ser construida. Este trabajo puede ser equiparado al que en el campo de la naturaleza cumplieran los teóricos del tipo de Galileo o Newton.

Todo este proceso de afianzamiento del ordenamiento ocurre normalmente en la medida que no contradiga la base social a la que se aplica y que en el transcurso del tiempo no emerjan serias contradicciones, bien entre los otros órdenes en que la sociedad se vertebra, bien dentro de alguno de esos órdenes en especial<sup>18</sup>. Dada esta evolución aquel or-

<sup>17</sup> La palabra ordenamiento menciona en todo este desarrollo un amplio conjunto de normas; pero a veces los juristas entienden por tal sólo parte de ese conjunto. Dworkin, por ejemplo, ha dado muy buenas razones para acreditar que los "principios jurídicos" y no sólo las normas (legal rules) forman parte del ordenamiento. Según un punto de vista u otro, si reinterpretarse una norma según aquellos principios los resultados pueden ser distintos y algunos pueden ver en ellos una "crisis" y otros un "progreso" del derecho. Hasta este punto en verdad sólo hay un recomodamiento del ordenamiento.

<sup>18</sup> Un ejemplo histórico muy claro para nosotros fue la inaplicabilidad virtualmente absoluta, de las Constituciones de 1818 y 1826 por ser contradictorias con el orden social y político al que se destinaban. Distinta fue la suerte de la Constitución de 1853 pese a contener gran parte de lo que aquellas disponían; su fuerza estaba mucho menor en su estructura como ordenamiento que en el cambio de cosas ocurrido por obra, en parte, del prolongado gobierno rosista. Sarmiento, con su aguda inteligencia percibió y

denamiento normativo no sólo será formalmente válido sino, también, eficaz, en el sentido de que una amplia mayoría de conductas humanas, cotidianamente cumplidas, se realizan conforme a las reglas que lo conforman. En este caso hay una pronunciada semejanza o isomorfismo entre lo preceptuado por el ordenamiento normativo y el orden de conductas efectivamente cumplidas. Este hecho refuerza la tendencia a identificar orden jurídico con puro ordenamiento e incluso con otros órdenes de la sociedad<sup>19</sup>.

## VII

La dinámica descripta tiene su contrapartida: así como un orden consolidado da lugar, porque así se lo necesita, a una ciencia jurídica dedicada a conocer el ordenamiento

---

lo dejó escrito en el Facundo (cap. XV), sosteniendo que aquel gobierno podía ser visto como un "grande y poderoso instrumento de la Providencia, que realiza todo lo que al porvenir de la Patria interesa", en particular, poniendo fin a los desgarramientos internos y echando las bases de una unidad con la que Rivadavia soñó pero no alcanzó a establecer.

Un ejemplo de contradicción interna dentro de un específico orden —en este caso el económico—, que con la evolución afecta al jurídico hasta alterarlo por completo, es la emergencia de monopolios dentro de una economía regulada por el mercado en libre concurrencia. Sobre esto hay varios trabajos. Entre otros, ver Sandler, Héctor R., *Alquileres e inflación. Un examen de las relaciones existentes entre el orden jurídico, el orden económico y la renta fundiaria*, México, Jus, 1977.

<sup>19</sup> En ciertos momentos no sólo se tiende a identificar ordenamiento con orden jurídico, en razón de ese mayoritario y habitual cumplimiento fáctico de lo preceptuado, sino que se ha exagerado la correlación entre el orden jurídico, entendido en diversos sentidos, con alguno de los otros órdenes mediante los que una sociedad moderna se vertebra. Vale la pena recordar la reducción extrema que hace Hans Kelsen de Estado a derecho, en cuanto considera que "el Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional" (ver *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Unam, 1979, Segunda Parte, I, A., a. p. 213); también Stammler hace una reducción tan viva como exagerada esta vez del orden jurídico y el económico, pues "una regla sin una materia regulada es un absurdo", correspondiéndole a la economía ser la materia y al derecho la forma: "La forma de la vida social puede ser sometida a estudio como algo aparte, por obra de la Jurisprudencia; pero dentro de la vida social no podrá darse sino identificada con la economía social" (*Economía y derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófica social*, Madrid, Neus, 1929). Contra estas reducciones indebidas, en consecuencia a la importancia que le asigna a la noción de orden como concepto fundamental para el conocimiento de la realidad social, se alza Walter Eucken: "Los órdenes económicos no deben identificarse con los respectivos órdenes jurí-

normativo para hacerlo eficaz, una caída del orden social en desarreglos, crisis y desajustes, torna inseguro e impropio un saber jurídico sobre lo puramente normativo. En un principio algunos juristas dan señales de asombro y malestar por el giro que van tomando las cosas. Denuncian la existencia de una "crisis del derecho", a la que consideran envuelta o coetánea con otra moral y de conducta. Simultáneamente, aparecen los que se consideran más progresistas, afirmando que, en verdad, el ordenamiento jurídico es el que se ha quedado rezagado en relación a nuevas formas de organización social o —mejor aun— en relación a los nuevos ideales sociales que la gente alienta. Mientras los primeros aconsejan, generalmente con poco éxito, ajustarse estrictamente al ordenamiento vigente (como si ello fuera muy sencillo), los segundos alientan reformas normativas para ajustar el ordenamiento concordándolo con la nueva realidad o los nuevos ideales (como si el hacerlo no entrañara riesgo alguno).

En este tipo de situaciones —efectivamente críticas— se hace patente la falta de destreza para afrontar la nueva problemática. Falta de aptitud política, por una parte, para gobernar enrucijadas ciertamente complejas. Los políticos conservadores están, lógicamente, más preparados para administrar lo existente que para orientar el cambio en el punto y momento oportuno. Y aquellos que hacen del cambio su prédica, piensan más bien en transformaciones a realizar sobre ellos, mediante su gobierno que en obrar sobre ciertos puntos neurálgicos del orden social dejando que el cambio lo hagan los miembros de la sociedad. Pero esta falta de destreza política que se incrementa en relación directa con la extensión y prolongación de la crisis, se debe en gran medida a la falta de una ciencia formal con suficiente solvencia como para pesar "normativamente" en el comportamiento de gobernantes y gobernados. O sea capaz de hacer visibles los peligros que entrañan ciertas decisiones, los errores a que llevan otras y la conveniencia de actuar en un determinado sentido<sup>28</sup>. Esta ciencia sólo es posible en la medida

---

dicos vigentes en cada momento", pues lo importante —para el investigador de la economía— es la determinación de los hechos ordenadores (entre los que, desde luego, pueden estar los jurídicos) y no las normas de derecho, es decir el *meso* ordenamiento.

<sup>28</sup> Se suele sostener que la ciencia, para tener jerarquía de tal, debe ser objetiva, es decir, abstenerse de dar opiniones sobre lo que es bueno o malo y de dar consejos sobre lo que se debe hacer o dejar de hacer. Esto

que quienes se dediquen a ella hayan forjado oportunamente los adecuados conceptos y teorías<sup>21</sup>. Si esto no ha ocurrido, la impotencia para dominar los fenómenos de discordancia que se presentan, tales como la brecha cada vez mayor entre ordenamiento regulador y orden efectivamente cumplido, lleva a los juristas a abandonar por completo el examen del orden jurídico, limitando sus estudios al puro orden normativo; que es lo que habitualmente vienen haciendo desde la etapa anterior a la crisis.

Sin embargo no se crea que este repliegue evita que impacten sobre la sociedad los resultados producidos por una ciencia jurídica despreocupada del orden jurídico y sus conexiones con la restante realidad. Desde su refugio en lo puramente normativo, los juristas suelen elaborar teorías presentadas como mera interpretación de normas, pero que tienen decisivos efectos en la realidad social. La razón de

---

es verdad desde cierta perspectiva; pero no para otra. Desde el momento en que una ciencia auténtica distingue entre lo falso y lo verdadero es de alguna manera normativa; aunque lo sea implícitamente. Al exponer de un modo lógicamente impecable y con soporte empírico suficiente las razones por las que un hecho A producirá un efecto B, cualquier persona en su sano juicio que quiera el resultado B, tratará de producir el hecho A y, desde este punto de vista, aquellas proposiciones científicas tienen un innegable contenido normativo para la conducta humana.

<sup>21</sup> El conocimiento científico es posible, como lo advirtiera Kant, en tanto y en cuanto se puedan construir los conceptos sintéticos a priori, necesarios para aprehender la realidad de que se ocupa. Y como Popper, entre otros, se ha encargado de explicarlo reiteradamente, ese conocimiento —con tales conceptos— se construye y avanza mediante teorías productivas que los hombres ingeniosamente son capaces de construir. De manera que toda ciencia supone contar, para desarrollarse, con ciertos conceptos y teorías sintéticas (sintaxis=construido). Sin este instrumental el conocimiento vulgar puede subsistir tal cual por milenios. Ahora bien: construido cierto aparato, el producto que se obtenga —conocimiento científico— estará condicionado por ese aparato. La construcción de un nuevo aparato conceptual, como lo ha mostrado Kuhn, suele implicar, a veces, una "revolución científica". Para profundizar en este interesante tópico recomiendo la siguiente bibliografía orientadora: a) Sobre conceptos sintéticos a priori (como conceptos distintos de los conceptos analíticos a priori y sintéticos a posteriori de la experiencia), Hartman, Robert S., *La estructura del valor. Fundamentos de la ontología científica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968, cap. III; b) Sobre el sentido de teorías productivas, Whitehead, Alfred North, *Aventura de las ideas*, B. A., Fabril Financiera, 1961; Popper, Karl R., *Conocimiento objetivo. Un enfoque evolucionista*, Madrid, Tecnos, 1974; y Bunge, Mario, *La investigación científica. Su estructura y su filosofía*, Barcelona, Ariel, 1975; c) Sobre los cambios en la ciencia, Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, Breviario 213.

esta reconancia de lo que los juristas piensan sobre la realidad social, está vinculada a la enorme gravitación que tienen sobre el aparato administrador del derecho, en particular, pero no exclusivamente, sobre la administración de justicia<sup>21</sup>. Sea como fuere, el hecho es que los juristas, fundados sólo o principalmente en consideraciones específicas del ordenamiento normativo, obran —aun sin proponérselo— en la vida social; si sus conclusiones, proposiciones o fundamentos son errados, en vez de aliviar agravarán los males que pretendían mitigar<sup>22</sup>.

### VIII

Estamos frente a problemas situados en la ancha frontera que divide lo jurídico de lo político. Áreas que, en gran

<sup>21</sup> No hay que olvidar que el único de los tres poderes del Estado que está virtualmente monopolizado por una clase profesional (los egresados de las Facultades de Derecho), es el Poder Judicial. Esto explica, además de otras razones que no podemos analizar aquí, pero que son sumamente interesantes, el gran peso que tiene el pensamiento jurídico en la realización judicial del derecho y, por su intermedio, en la vida social.

<sup>22</sup> Los ejemplos de mala contribución al "reordenamiento social" desde el stáleya exclusivamente positivista normativo, serían innumerables. Uno de los más importantes y muy recordado por sus pésimos efectos, ha sido toda la llamada "legislación sobre alquileres". No quiero, de ningún modo, atribuir esa legislación a los juristas. Lo que estoy diciendo es que en la larga etapa que corre desde 1943 a 1976 y desde este año a la fecha, salvo rarísima excepción, por demás irrelevante pues no fue tenida en cuenta, la ciencia jurídica no fue capaz de desarrollar ninguna teoría con fundamento científico suficiente capaz de explicar primero y aconsejar después, en torno a ese gravísimo problema. Pero por sus calamitosos efectos en la vida social, la palma corresponde en estos días a quienes desde su estrado positivista han reinterpretado el Código Civil para llegar a la conclusión que, desde el punto de vista jurídico, lo que importa —en materia de obligaciones dinerarias— es el "valor" y no la cantidad de moneda nominalmente establecida. Este tipo de ciencia jurídica, cuyas afirmaciones excede por completo sus fundamentos, ha abierto de par en par las puertas al flagelo social conocido por "indexación", el que por sí solo descalabra por principio todo intento serio de erradicar la inflación. La indexación abroga al nominalismo, pieza clave para el sistema monetario, el que a su vez es indispensable para determinar la escasez de bienes y servicios mediante los precios, sobre cuya base deben tomar decisiones productores y consumidores. Elimina —sin ninguna otra consideración— toda posibilidad de establecer un orden económico orientado por el mercado. Paralelamente abroga la responsabilidad del gobierno por gastos gubernamentales. El presupuesto nacional, falsado de hecho por una mala administración, pasa a ser una falsedad institucional. No se puede inventar nada peor para una sociedad.

medida, sólo analíticamente se las puede separar. Si a ese campo, por repliegue del pensar jurídico, limitándolo a lo normativo, se lo escinde en dos partes desvinculadas, para considerar a cada una de ellas cotos sometidos al dominio de muy distintos dueños, no sólo se desarrollará una ciencia jurídica impotente para explicar problemas en torno al orden jurídico; lo más grave para la vida social será que un aire enrarecido asfixiará al orden político.

La arena política —la palabra arena es empleada aquí con toda intención— es el fundamento material del orden político; pero éste es sólo el principio básico de ese orden. Hay mucho más que pura lucha por el poder público en un orden político correctamente constituido. Precisamente es necesario constituir un orden político y no quedarse en la mera pedana en que los actores se enfrentan, porque la lucha en sí impide el desarrollo de la sociedad y sus miembros. La sociedad es, desde luego, un campo plagado de intereses creados, deseos insatisfechos, esperanzas frustradas, egoísmos individuales y colectivos, todo sazonado con ideales e ideologías no claramente discriminadas, pujando por sobrevivir unos a costa de los otros, aunque ello implique arruinar a la sociedad y a sus miembros. En este nivel básico se percibe una dura y cruel lucha por la vida. El orden político emerge y se va refinando porque esa energía que los intereses despliegan, sin ordenar adecuadamente, en lugar de asegurar su subsistencia, amenaza de continuo con la ruina general. Es lo que impresionó tan vivamente a Hobbes que describió al hombre como el lobo del hombre. Felizmente sólo se trata de un estrato fundamental del hombre; pero no del ser humano como totalidad. Son propiedades suyas también, la capacidad de trascender de sí mismo y orientarse por fines altruistas. Esta condición —ensamblada con la primera de carácter egoísta— le ha permitido al hombre crear formas de vida social muy variadas. Dentro de ese espectro se encuentran algunas tan refinadas como la democracia liberal y social que va permeando progresivamente a la sociedad humana.

Cuando el Estado nacional contemporáneo emergió, lo hizo estableciéndose como vértice dominante del orden social. Fue visto, y con razón, como algo distinto y hasta opuesto a la sociedad civil. A la vez, el gobierno de ese Estado quedó en manos de las clases "socialmente" elevadas. Sin embargo, en poco tiempo la democratización creciente fue "sociabilizando" al Estado. La consecuencia de este fe-

nómeno produjo un efecto muy importante: todos los sectores sociales, incluyendo los más adversos a su existencia, por ejemplo, los trabajadores, pero no sólo ellos, advirtieron que era más beneficioso apoderarse del Estado que luchar contra él. Mucho se ganó en ese proceso; pero en verdad, como siempre ocurre, algo se perdió. Una de las cosas más valiosas, si no perdida, al menos olvidada, fue la necesaria objetividad o imparcialidad que debe tener el Estado para conservar la autoridad moral, su principal fundamento si ha de contribuir al orden social.

Un Estado penetrado y tironeado por todos sus costados por intereses en conflicto, suele perder no sólo su imparcialidad sino el rumbo en el cumplimiento de su función. El llamado Estado "corporativo", no se limita ni mucho menos, a registrar en su seno las diversas y encontradas demandas emergentes de grupos que puján en la sociedad: actúa según la presión de esos grupos y los propios mecanismos de defensas como ente diferente de la sociedad, tratando de favorecer a unos en contra de los otros. Esto enturbia la conciencia política, la tinte, por momentos, de un color muy parecido a la sangre y según las circunstancias uno de los principales instrumentos de orden inventado por los hombres, el Estado, puede ser la fuente principal de desorden y aun del colapso definitivo de la sociedad<sup>24</sup>. Si bien el fenómeno raigal de la política es ineludible porque es un modo de ser de la vida, no sólo se pueden mitigar sus efectos, sino hacer de aquella energía algo benéfico. Desde luego que, como dijimos, ése es el propósito de todo orden político; pero los sistemas políticos que dan mayores satisfacciones y se compeñen con el sentido de mejorar la vida de los hombres, son aquellos que, a su vez, son ordenados por el derecho. El resultado más valioso de este tipo de órdenes es, sin duda, el llamado Estado de Derecho<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Véanse en los efectos producidos para la sociedad alemana por el Estado en manos de los nacionalsocialistas, incluyendo los de la derrota militar de 1945.

<sup>25</sup> Esto ha sido desorientador para muchos: ¿qué es primero o quién depende de quién, el Estado o el derecho? Parece que nos enfrentamos a un dilema tipo "el huevo o la gallina". Esto es resultado de estar demasiado acostumbrados a pensar linealmente y poco habituados a pensar en términos de sistemas en los que aquella pregunta no tiene sentido alguno. Entre ambos hay una recíproca función y, alternativamente, funcionan como variables dependientes e independientes.

Este complejo fenómeno denominado muy sintéticamente Estado de Derecho es el producto de muy variados esfuerzos, los que, naturalmente, no podemos examinar aquí. Pero necesitamos decir a los fines de nuestro artículo que uno de los requisitos para su existencia y sobrevivencia es la primacía del derecho sobre el fenómeno de fuerza que siempre entraña lo político. ¿Pero se puede, sinceramente, confiar en que esa primacía se obtendrá —en los hechos— por meras declaraciones, semejantes a la que acabo de hacer? Quien piense así no ha llegado a comprender cuán primitivamente vital es el fenómeno político ni qué elevado grado de desarrollo espiritual debe darse, en los hechos, para que los comportamientos políticos se ciñan de buen grado a principios de igualdad, justicia y respeto por los derechos del individuo.

Este "desarrollo espiritual" supone algo más que el desarrollo de lo jurídico dentro de una sociedad. Sin embargo, no se dará si no hay un orden jurídico suficientemente desarrollado. Soy preciso: digo un orden jurídico suficientemente desarrollado y no mero ordenamiento<sup>20</sup>. Y bien, retomando el hilo del párrafo anterior, hay que decir que ese desarrollo del orden jurídico depende en mucho de lo que los juristas hagan para conocer, lo más científicamente posible, el orden del que son parte principal y el orden social del que son miembros. Mucho se suele hablar de la "conciencia jurídica" de una sociedad. Pero sea lo que ella fuere, hay que reconocer que en su desarrollo y estructuración le cabe a los juristas un papel primordial.

Tienen como tarea explicar de un modo lógicamente aceptable y empíricamente verificable, cuál es el rol ordenador del derecho dentro de la sociedad. De qué manera puede cumplir su función ordenadora y cuáles son los límites que no ha de sobrepasar. Deben explicar, además, por qué el derecho goza, o tiene que gozar, para beneficio de la sociedad, de una particular soberanía, a la vez que una equivalente soberanía en favor de cualquiera de los otros órdenes —el moral, el religioso, el económico o el político, para citar los principales— puede causar grave desorden social.

<sup>20</sup> No son pocos los casos en que sociedades contemporáneas, con un pobre desarrollo en todos los campos de la vida individual y colectiva, han adoptado —mediante simple copia— sofisticados ordenamientos promulgados en otros pueblos. Esto no ha significado nada de importancia para esas sociedades.

Y deben explicar, en consecuencia y finalmente, el raro rol que —por causa de la naturaleza y función del derecho— le cabe al jurista en la sociedad<sup>27</sup>. Todo esto, para poder obtener adecuadas respuestas, exige un replanteo sobre el conocimiento jurídico. Es dentro de este modo de ver las cosas, que nace la necesidad de examinar la posibilidad de establecer las diferencias entre una teoría del ordenamiento normativo y otra del orden jurídico.

### IX

No debe asombrarnos que en la actualidad entre muchos juristas de renombre se revitalicen y activen tópicos sobre el *debe ser*, no en sentido formal sino más bien material. Son las preocupaciones sobre el orden debido que nacen por causa de las circunstancias. Este tipo de saber exige, como anticipáramos, un particular conocimiento conceptual; tiene que contar con su propio aparato de conocimiento. Nuevos conceptos entre los cuales se encuentra, en primer

<sup>27</sup> He planteado aquí una serie de problemas que, por el momento, sólo puedo enunciar y no tratar. En primer lugar el de la soberanía que sólo le corresponde al derecho; digamos sólo como orientación para desarrollar el tema que las sociedades contemporáneas caen en desorden en la medida en que, por ejemplo, confieren esa soberanía o capacidad para ordenar definitivamente y sin apelación) al orden político, al orden económico, al orden religioso, al orden militar, etcétera. Cada uno de estos órdenes cumple, sin duda una función ordenadora; pero sólo el derecho —dado cierto orden jurídico— puede hacerlo en papel de último ratio. Que la institución de cosa juzgada sea algo tan propio del derecho está vinculado con este asunto. En segundo lugar y en parte derivado de lo anterior, surge el descolante papel de los abogados en las tareas de ordenamiento social. Nunca han faltado quejas contra la abundancia de abogados en los cargos políticos; ellas han acrecentado aún más a partir de que muchos otros estudiosos en asuntos sociales egresan de la universidad. Las explicaciones para este hecho —tan reiterado en la sociedad moderna— suelen ser muy pobres, cuando no francamente interesadas y en contra de los juristas. Poco se repara en que la función del jurista algo tendrá que ver con la función del derecho. Si éste tiene, como lo sostenemos, una función soberana en el establecimiento de un orden social humano, poco debemos extrañarnos que quienes cultivan el conocimiento de ese artefacto ordenador estén también llamados a cumplir un notable papel en las tareas del mantenimiento del orden. Claro que si —por las razones que exponemos en el texto— los juristas no esclarecen su función ordenadora ni cuentan con una ciencia que los habilite para esa función, no sólo cometerán yerros muy grandes, sino que —finalmente— por el juego de los intereses de toda índole, propios de un Estado corporativo, se ha de tratar de excluirlos hasta donde se pueda de la función pública.

lugar, el de orden<sup>24</sup>. Sin embargo si bien esto es necesario no será suficiente. El problema en cuestión exige con igual vigor saber sobre las realidades ordenadas. Es esta necesidad la que impulsa a muchos a demandar una actividad cognoscitiva más compleja, capaz de producir un conocimiento que algunos gustan llamar interdisciplinario, otros multidisciplinario y otros holístico.

Es bueno aclarar a esta altura que en primero e inevitable lugar aparece también la necesidad de describir y explicar al derecho desde el punto de vista de los fundamentos. Nos referimos, justamente, a los fundamentos de esa realidad compleja llamada orden jurídico que si bien se expresa en un típico orden de normas, es mucho más que eso. El ordenamiento normativo estimado como debido ha de guardar —para ser correcto— correspondencia con el tipo de orden jurídico que se quiera establecer. Para avanzar en esta tarea se requiere otra clase de saber. Un saber fundamentalmente filosófico, que nunca será, como conocimiento genuino, ajeno al científico y tecnológico de su tiempo. Es inevitable, a nuestro juicio, desarrollar una ontología jurídica, por pesado y gravoso que ello sea. Es posible que en este terreno cada jurista, tras sopesar razones, no tenga más posibilidad que la de optar entre una u otra ontología, lo que ocurrirá aun en la creencia de que no opta por ninguna. Lo que debe tener bien en claro es que esa elección —aunque sea implícita— afectará a su posterior construcción científica<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> La noción de orden, en primera aproximación, es equivalente a la de sistema. Este asunto no lo desarrollaremos en este trabajo. Sin embargo, corresponde advertir que aquella noción de orden ha ido cobrando principal importancia para explicar los fenómenos económicos y políticos. Me remito al trabajo de Eucken antes citado en nota, a los que conviene agregar los de Hayek, Friedrich A., *New studies in philosophy, economics and the history of ideas*, London, Routledge & Kegan, Paul, 1978. En el ámbito de las ciencias jurídicas, usa la noción con importantes consecuencias para desarrollar su ontología jurídica, Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, Madrid, Taurus, 1968; Eduardo García Máynez, en su última obra de envergadura, reconoce explícitamente la necesidad de usar el concepto de orden para estudiar el derecho, aunque la eficacia de su empleo en este caso es menor, quizá por partir este distinguido filósofo de la idea —innecesaria— de que todo orden supone un ordenador consciente de los fines para los que ordena; ver *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1974. De todos, quien más completamente ha desarrollado la noción es Jenkins, Iredell, *Social Order and the Limits of Law. A Theoretical Essay*, New Jersey, Princeton University Press, 1980.

<sup>25</sup> Así lo aprecia y sostiene en su muy interesante trabajo, Hernández

Corresponde hacer una aclaración. Si el conocimiento jurídico se vuelve inadecuado por una alteración de las circunstancias sociales, y esto exige reformularlo en los términos antes descriptos, la falencia no se salvará pegando un salto atrás, retrocediendo para buscar lo que no se tiene entre conocimientos una vez abandonados y que por el desarrollo general de la cultura no son ya recuperables. En esto tienen razón quienes critican a los que pretenden volver, por ejemplo, lisa y llanamente al iusnaturalismo, sea de la clase que fuere. No queda más camino que forjar el nuevo saber, aunque para esto se utilicen, como siempre ha ocurrido y ocurrirá, muchos de los materiales creados por hombres de otros tiempos que enfrentaron parecidos problemas a los nuestros.

## X

El síndrome de un generalizado malestar que impulsa a los juristas a cambiar el centro de sus preocupaciones, desplazando su atención hacia lo que hemos llamado al comienzo "cuestiones de política legislativa", se observa en todo el mundo<sup>26</sup>. No se puede negar la influencia estimulante que ejercen esas nuevas corrientes del pensamiento; pero en realidad nos abocamos a este tipo de cuestiones por el padecimiento de iguales, o mayores, problemas en nuestro país.

Las teorías jurídicas predominantes y que ocupan la mayor parte de la enseñanza en nuestras facultades, como ya lo dijimos, son preferentemente teorías sobre el ordenamiento jurídico. Desde luego que (e insistimos en esto para evitar cualquier equívoco) ese tipo de teoría jurídica es indispensable: un jurista no puede ser tenido por tal sin un dominio de tales teorías. La razón es clara: la manera de

Martín, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 37 y siguientes.

<sup>26</sup> Henkel, por ejemplo, a lo largo de toda su obra, un largo camino para alcanzar un final preciso, busca encontrar respuestas para el título del último capítulo "El problema del derecho correcto", op. cit., p. 613. Para Rawls, uno de los más acreditados juristas norteamericanos actuales, según sus expresas palabras, el objetivo de su obra principal es "presentar una teoría sistemática de la justicia superior al utilitarismo tradicional dominante"; ver Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971. Estos son apenas dos ejemplos de una producción notable en el sentido de esos propósitos.

ser del derecho —o sea su manera de expresarse— es mediante el ordenamiento jurídico. Este ordenamiento es algo tan singular como complejo y su dinámica responde a una legalidad intrínseca que es preciso dominar.

El desarrollo científico de estas teorías ha sido y es muy notable en nuestro país. Este excelente nivel fue alcanzado en diversos momentos de nuestra historia, porque más allá de las diferencias existentes, hemos tenido la fortuna de contar siempre con juristas de primera línea, capaces de marchar al compás de la cultura universal de la que formamos parte y, en ocasiones, ponernos en la delantera. Sin embargo, otro hecho debía darse para que nuestra ciencia jurídica se haya podido desarrollar en tan buen estilo. Ese hecho encaja perfectamente en el esquema trazado en la primera parte de nuestro trabajo. Hemos gozado de un largo período, casi un siglo, de consolidación de un orden jurídico ajustado armónicamente al ordenamiento fundamental establecido a partir de 1860.

Un proceso revolucionario se inició en 1810, poniendo en cuestión todo el orden preexistente. Un proceso que, desde la agitación inicial a los estremecimientos finales, consumió medio siglo, hasta que —finalmente— emergió una firme y compartida voluntad de constituir determinado orden social. Precisamente es en la etapa relativamente breve de la Organización Nacional, cuando la "voluntad constituyente" concretó el ordenamiento jurídico que diseñó el orden final deseado y los principales medios para alcanzarlo. Las piezas claves de ese nuevo ordenamiento jurídico fueron la Constitución Nacional de 1853 y las leyes de fondo dictadas en consecuencia. Entre estas últimas sobresale, por la competencia organizadora que le incumbe, como un verdadero monumento de la cultura argentina, el Código Civil. Se conformó así el principal punto de partida para poder desarrollar una ciencia jurídica destinada a describir, explicar e interpretar el derecho.

## XI

Por las virtudes del "plan constituyente", además de otras circunstancias favorables que pueden omitirse para nuestro fin, el ordenamiento jurídico rápidamente fue concretando un orden jurídico. Pueden señalarse muchos segmentos del ordenamiento establecido que no alcanzaron inmediata eficacia; sin embargo, lo que podríamos llamar

la viga maestra del "plan" —el orden económico— se afirmó ampliamente. Esto revela el grado en que aquel ordenamiento se concretó en efectivo orden jurídico que, paulatinamente, fue moldeando el restante orden social. Esta preferencia no fue casual: formaba parte de la teoría social —o sea de lo que hoy muchos estimarían una mezcla de teoría del derecho, teoría política y teoría económica— que implicaba un conocimiento firme sobre la finalidad y relación del derecho con los demás órdenes de la sociedad<sup>21</sup>.

El orden social así planeado acreditó ser extremadamente estable, si se recuerda que fue sometido a fuertes tensiones, como, por ejemplo, la gigantesca inmigración recibida en menos de cuarenta años. Todo esto contribuyó a fomentar la tendencia a identificar orden jurídico con orden económico y, consecuentemente, a desarrollar teorías del tipo que hemos caracterizado en la primera parte de este trabajo. Es decir, teorías sobre el ordenamiento. Nuestros grandes tratadistas del derecho, en todos los campos, dan cuenta de esa actitud teórica.

## XII

El problema de la disfuncionalidad de este conocimiento comenzó con ciertas perturbaciones institucionales, principalmente políticas y económicas, detectadas por Bunge a partir del Centenario (1910)<sup>22</sup>. Al principio, esos cambios

<sup>21</sup> "La Constitución federal argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza por disposiciones terminantes la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra como principales agentes de la producción, ratifica la ley natural de equilibrio que preside al fenómeno de la distribución de la riqueza y encierra en límites discretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno de los consumos públicos", dice Juan Bautista Alberdi en la introducción de su extraordinaria obra denominada, *Sistema económico y político de la Confederación argentina según su Constitución de 1853* (t. IV, de las Obras completas, Bs. As., La Tribuna Nacional, 1898). Para la concepción alberdiana, de la cual —en grueso— participaban juristas y políticos de la época, lo importante era la libertad económica, no —aunque pareciera extraño— la política. Esta idea, que en la actualidad nos es muy chocante, hay que ponerla en el contexto de toda la concepción: según ésta es la libertad civil la verdaderamente importante para los hombres, porque de ella todos necesitan; la libertad política sólo la piden quienes por vocación quieren participar en el gobierno, actividad no del todo interesante para quienes están dedicados a su trabajo personal, sea económico o de cualquier clase.

<sup>22</sup> Bunge, Alejandro, *La economía argentina*, Bs. As., Agencia General de Librerías, 1929.

fueron juzgados como coyunturales: apenas crisis provocadas por una familia no del todo bien avenida (de ahí, por ejemplo, la ley Sáenz Peña de 1912). Más tarde se imputaron los trastornos al cambio del orden mundial por causa de la guerra de 1914-1918, aunque ya era bastante complicado explicar alguno de nuestros desórdenes sociales mediante aquel fenómeno europeo del cual no fuimos parte. Posteriormente, haciendo abuso de estas muy superficiales interpretaciones, todo se atribuyó al crac de 1929.

A partir de la década de los años treinta, pero con mucha mayor intensidad en la de los cuarenta, se hizo patente, para quien dispusiera del paradigma adecuado, que todas aquellas interpretaciones sobre las causas del creciente "desajuste" eran falsas. Los cambios, provisionales en su mayoría, fueron adquiriendo carácter institucional. En principio mediante medidas jurídicas de muy dudosa validez formal; pero posteriormente los órganos del Estado pertinentes, ejerciendo el poder político del que eran titulares, le otorgaron a las disposiciones de facto, el manto de legalidad necesario para que formaran parte del ordenamiento jurídico. El orden social, en su conjunto, había cambiado mucho en pocos años y, siguiendo un procedimiento semejante, fundado en la idea de que derecho es lo que el poder político dicta, en 1949 se aprobó una nueva Constitución Nacional, sustitutiva de la de 1853.

### XIII

Sin embargo, había una diferencia significativa, no siempre lo suficientemente destacada: la nueva carta organizadora del orden social, venía mucho menos a plantear una sociedad aun inexistente, como ocurrió con la de 1853, que a legitimar el orden que ya, por vía de decretos y leyes y otros hechos, estaba constituido. Esta afirmación puede llamar la atención. Sin embargo, piénsese a manera de ejemplo, que hechos políticos posteriores, por todos conocidos, abrogaron este ordenamiento constitucional y en su lugar se restableció el ordenamiento de 1853. ¿Puede por esta causa sostenerse que con el restablecimiento de la Constitución de 1853 se repuso, de inmediato o a través de los años, "el sistema completo de política económica" que ella contiene, para usar la frase de Alberdi? ¿Cuál es, entonces, el orden económico existente? ¿Qué orden jurídico sirve de orientación, sostén y control a ese orden económico?

¿Es que, en verdad, se necesita un orden jurídico que lo oriente, sostenga y controle? Si no es así, no tendría sentido respecto de la economía la Constitución formalmente vigente; pero entonces, mucho menos lo tendría demandar constantemente "reformas constitucionales" para mejorar las relaciones económicas. Pero en este caso, ¿cómo se establece ese orden jurídico, en qué consiste, cuáles son sus fundamentos, cuáles son los límites de sus posibilidades, cuáles, en fin, sus relaciones con los demás órdenes? Y, sobre todas las cosas, ¿qué tipo de trabajo se hará intentando contestar aquellas preguntas? ¿Consistirá en dar meras opiniones o investigar científicamente de lo que se trata? ¿El producto que se logre, formará parte de la ciencia económica, moral, natural o exacta, según la materia ordenada por el ordenamiento o, más bien, será propio de las ciencias jurídicas? Si se asienta en esto último, no hay más camino que afrontar la tarea de investigar como juristas.

Ninguna de estas preguntas es irrelevante para una sociedad moderna; pero menos lo es para una como la nuestra que aspira, como algo necesario, establecer un Estado de derecho. Sin embargo, para ser francos, es muy difícil con lo que se dispone dar respuestas productivas. Se necesitan respuestas que permitan describir y explicar la realidad según proposiciones científicamente discutibles. Es a partir de esa base que se pueden ensayar sensatamente las reformas que se estimen convenientes. Aunque pueda parecer cínstico con mi discurso, lo cierto es que la economía argentina, tomada como ejemplo, es desde cualquier perspectiva, pero en especial desde la jurídica, casi un misterio<sup>21</sup>. No es extraño que todo lo que sobre ella hacen los gobiernos suene, con el correr del tiempo, a pura chapucería.

Tampoco debiera extrañar, desde este punto de vista, que el país tenga la sensación de estar sobre un tembladeral. Por momentos se vive bajo la amenaza del caos económico; siempre con el temor de una nueva fractura del orden político, susceptible de ocurrir por muchas razones pero

<sup>21</sup> Un solo ejemplo: ¿cuál es el sistema monetario que rige en la Argentina? ¿Cuál es su moneda de cuenta y cuál el medio de pago? Poca razón da el ordenamiento, que —desde el punto de vista teórico— debería ser el único que tiene la palabra; en los hechos, para algunos bienes (inmuebles, artículos importados) la unidad de cuenta es el dólar; a veces, no siempre, el medio de pago es el austral. Este ejemplo puede ser multiplicado al infinito: póname en la función del cheque o el pagaré, del título público, etcétera.

ninguna desconectada del desorden económico; de vez en cuando asoma el peligroso rostro de un desborde social generalizado.

#### XIV

Todos hablan de los síntomas del desorden; pocos vinculan este prolongado fenómeno de perturbación en los más diversos planos de la vida argentina, a la creciente maraña legislativa casi imposible de aprehender, aun por los expertos del derecho—incluyendo los juristas—lo que más presente se tiene es que una cosa es la ley y otra muy distinta su cumplimiento. Luego de haber separado la ciencia jurídica en forma tan tajante lo jurídico de otros fenómenos sociales, no considerados de su incumbencia, y—consecuentemente—haber reducido lo jurídico al puro ordenamiento, los hechos de la vida reproducen la misma separación: por un lado, un vasto y enmarañado ordenamiento; por el otro, un sistema de conductas reales, que no es, ni por asomo, el cumplimiento del primero.

La maraña normativa creció, como se puede ver en cada caso, por motivaciones precisas y siempre detrás de propósitos circunstanciales. Mientras el derecho establecido durante la Organización Nacional puede ser visto, metafóricamente, como el esqueleto de un orden social en ciernes, base para que los particulares mediante su trabajo diario y en cooperación recíproca, produzcan todos los tejidos, músculos y órganos que dan vida al organismo social, cuyo diseño básico asegura el esqueleto, la maraña legislativa que en gran parte ha reemplazado a aquel ordenamiento, ofrece una imagen muy diferente. El organismo social carece ahora de esqueleto interno; las viejas normas constitucionales son flácidas; no obligan a acomodarse a ellas; por el contrario son ellas las que se contorsionan para acomodarse a las variables circunstancias. No habiendo esqueleto, por principio, el todo social resultante es amorfo. La maraña legislativa expresa más bien las realizaciones del sentido de oportunidad del poder político. Por ello, ante cada punto concreto del quehacer diario de la gente, tiene mucha más fuerza la ley especial que el ordenamiento fundamental; siempre, claro está, que no haya un reglamento especial, que tiene más fuerza que la ley; y esto es así con la condición de que no exista alguna circular específica de último momento que invalide todo lo demás. De modo que esta

maraña legislativa obra puntualmente. Regula cada específica situación y crece aquí o allá, según la oportunidad lo requiera. De esta manera va cubriendo todos los actos de la vida social; o sea va envolviendo a la sociedad y dentro de ella a sus miembros. Prosiguiendo el uso de la metáfora, cabe decir que ese ordenamiento parece un esqueleto pero no lo es. En todo caso es más parecido al de los insectos, pues es un caparazón duro que traba todo acto innovador de los elementos vivos internos. Para los miembros de la sociedad, todo se vuelve pesado y complicado. Es por esto que con harta frecuencia, respondiendo a un instante vital de sobrevivencia, cada miembro de la sociedad, grupo o individuo, aspira a que se dicte alguna norma que le amplíe su posibilidad de acción. Es obvio que con esta actitud agrava la situación general y, a veces, con el tiempo, la propia. Pero esta es la "ley de la vida" dentro de un ordenamiento jurídico oportunísticamente configurado.

Va de suyo que esa pretensión de lograr la norma para sí sólo puede prosperar en la medida en que el postulante cuente con una buena cuota de fuerza a su favor. Es poco menos que obvio que gran parte de la actividad se pone al servicio de conseguir el poder suficiente con ese fin. Si no se puede conseguir el "pedazo de ley" a la medida de la necesidad de uno —necesidad imperiosa porque algo hay que remover en el ordenamiento que impide actuar— habrá que apelar a lo que es también muy frecuente: eludir las leyes vigentes. El incumplimiento es así un método para poder vivir.

## XV

El desorden social acarrea una infinidad de padecimientos a las personas, que son atribuidos sin precisión, pero con buena cuota de razón, a la "situación" en la que se encuentran. Los gobiernos tratan de remediarlos mediante un verdadero frenesí legislativo: leyes, reglamentos, decretos y hasta circulares telefónicas. Todos preceptos válidos desde un punto de vista formal, que si bien suelen ser totalmente ineficaces para poner remedio a la enfermedad que los motiva, afectan a puntos fundamentales del orden social, sin que sea posible previsión alguna sobre sus resultados. Esto es lo visible; pero no es todo. El proceso de desorden jurídicamente impulsado ocurre, en buena medida, porque los integrantes del vasto aparato jurídico —juristas o

no— no atinan a poner freno a ese deslizamiento. Se es proclive a atribuir esa falencia a la mala voluntad o mala fe de los responsables. En verdad, aunque ese tipo de falla se da a veces con más frecuencia de lo aceptable, es enormemente menos importante que la falta de un conocimiento preciso sobre el instrumento que se tiene entre manos: el derecho. Este desconocimiento es particularmente significativo en una sociedad moderna en la que, por múltiples circunstancias, la denominada conciencia jurídica es bastante difícil de desarrollar en los individuos. Piénsese que es justo en esta sociedad donde más se requiere de esa conciencia, ya todo lleva a otorgar más y más derechos subjetivos a cada uno de los individuos: por razones de edad, sexo, religión, ideas políticas; variedad de gustos de consumo, etc. Dada esa necesidad y, a la vez, la patente dificultad para acrecentar la conciencia jurídica general, el papel de los juristas se vuelve mucho más significativo que de costumbre.

En los hechos, sin embargo, las cosas no van por buen camino. Es muy frecuente que el jurista actual simplemente se resigne a dar "forma jurídica" a lo que otros—el economista, el pedagogo, el sindicalista, el político, los artistas o las amas de casa— proponen. Por lo general, y no podría ser de otra forma, esas proposiciones son intereses encapsulados en palabras más o menos emotivas. Al jurista se le pide que los presente en términos técnicos para que, de ese modo, puedan engarzarse en el ordenamiento y no ser rechazados por falta de formalidad; pero no se le pide (ni es fácil que el jurista actual pueda explicar el punto) opinión alguna sobre la incidencia de lo propuesto en el orden jurídico y menos aún en el orden social. En ocasiones, los postulantes cuentan con el apoyo aparentemente científico de otros profesionales de diversas ciencias. Fundada su pretensión en tales supuestas bases científicas<sup>24</sup>, el jurista no se siente habilitado para discutir nada. En otros casos el jurista prácticamente acata lo que el político dispone sobre el contenido de la norma, por la sencilla y aparentemente definitiva razón de que el político en cuestión cuenta con el

<sup>24</sup> Es notable la ligereza con que se atribuye hoy por hoy fundamento científico a la opinión de muchos profesionales egresados de la Universidad, en terrenos en que ni siquiera existe alguna teoría lógicamente coherente que avale sus afirmaciones. Los juristas, además, parecerían ignorar casi en absoluto la profunda crisis por la que atraviesan otras ramas del saber; por ejemplo, las ciencias económicas contemporáneas.

necesario apoyo popular<sup>21</sup>. Que los juristas tengan tan poco que decir en todos estos supuestos que afectan a la vida del derecho o que en ocasiones, lo que digan, en lugar de aliviar contribuya a agravar el problema, habla a las claras de que la ciencia con que cuentan es inadecuada para ese tipo de asuntos.

## XVI

Ha sido mi propósito en este trabajo, llamar la atención sobre la posible contribución de los hombres de derecho a la solución de los graves problemas sociales que nos aquejan. En verdad, de nuestro examen sólo surge la necesidad —poco se dice sobre la posibilidad— de un conocimiento jurídico de distinta clase al que habitualmente dominamos. Desde este punto de vista se plantea la necesidad de una teoría general del derecho como algo comprensivo, pero distinto, de una teoría general del ordenamiento jurídico. Esta actividad científica apunta a describir y explicar al orden jurídico. Para llevar adelante este programa hay que resolver cuestiones filosóficas (propias de la ontología jurídica) y otras de índole epistemológica, como es la determinación de los conceptos sintéticos adecuados para poder avanzar en la posterior elaboración teórica. Todo esto excede los límites de nuestro artículo que eran, repetimos, presentar en gruesos trazos el problema.

<sup>21</sup> Aunque es un tema en extremo delicado, hay que afirmar que esa actitud admite sin crítica alguna una tesis que expuesta en forma desnuda muy pocos han de aceptarla: que es derecho lo que la fuerza quiere. El hecho de que la fuerza en lugar de provenir de las armas provenga de las urnas, no da validez a aquella tesis. Desde luego que todo esto encierra uno de los más espinosos problemas de la democracia: los límites de un poder legislador; pero no serán más felices los efectos para la vida humana si en lugar de discutir este problema se le disimula permanentemente.



## INTERVENCIÓN DE ABOGADOS EN EL PROCESO DE DESIGNACIÓN Y REMOCIÓN DE JUECES

Néstor Ferrer Sagóla \*

### 1. Introducción

Sabido es que el tema de los mecanismos de designación de magistrados judiciales es uno de los que más ha preocupado al derecho constitucional contemporáneo, y en buena hora es que así sea<sup>1</sup>. El viejo esquema patrocinado por la Constitución estadounidense, en el que el juez federal es nombrado por el Presidente con acuerdo del Senado, si bien no ha dado resultados necesariamente negativos en su país de origen, es decididamente insatisfactorio en otras latitudes. En muchos países ha conducido a nombramientos judiciales inspirados en criterios político-partidocráticos que poco hacen por lograr una magistratura judicial idónea, calificada e independiente.

Es por eso que el constitucionalismo actual busca otras alternativas al respecto. La mayor parte de ellas, en verdad, gira en torno al Consejo de la Magistratura, ente formado por jueces, legisladores, ministros o secretarios de Estado,

\* Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica de Rosario.

<sup>1</sup> Sobre el tema ver, por ejemplo, Sagóla, Néstor P., *Reforma constitucional. El Poder Judicial, en Consejo para la Consolidación de la Democracia*, "Reforma constitucional. Segundo dictamen", Bs. As., Eudeba, 1987, p. 185 y siguientes. Las directrices fundamentales que animan esos procesos de remozamiento del Poder Judicial, buscan en él un organismo autónomo, idóneo y operativo, para lo cual cabe perfeccionar los mecanismos existentes.

algunas veces catedráticos de derecho y, asimismo, abogados, por lo común representantes del colegio profesional respectivo.

Nos interesa aquí abordar un aspecto del problema: la participación de los abogados, sea a título personal de letrados, sea como representantes u órganos de un colegio profesional, en los regímenes de selección y de nombramiento de jueces. Y al respecto cabe distinguir las siguientes situaciones que pasamos a describir.

### 2. No PARTICIPACIÓN

La posibilidad más simple es negatoria: que los abogados no sean llamados ni oídos en el trámite de designación de jueces. Esto ocurre cuando la Constitución, o la ley del caso, no contemplan tal intervención.

Para excluir a los letrados del trámite designatorio de jueces podría decirse que la integración de uno de los poderes del Estado, como es el Judicial, debe realizarse por los órganos representativos del pueblo (dentro de un esquema democrático), como son el Ejecutivo y el Legislativo; y además, por cuerpos inspirados en criterios generales de bien común, y no sectoriales, de corte corporativo (como serían los colegios de determinada profesión). Por lo demás, podría añadirse que los partidos políticos tienden a perfilarse como el único canal vinculatorio del ciudadano con el Gobierno, y de ahí que esa participación abogadal resultaría superflua, cuando no burocrática y obstaculizadora.

A su turno, y en favor de los letrados y de sus colegios, sería posible agregar que si no son convocados en el proceso de designación de magistrados judiciales, obviamente no son responsables de tales nombramientos, y eso los dejaría en mayor libertad de acción para cuestionarlos, de ser desacertadas las nominaciones.

### 3. PARTICIPACIÓN

En la vertiente opuesta, fuertes argumentos bregan por conferir a los letrados y a sus colegios algún tipo de colaboración en los trámites referidos.

Por un lado, los abogados pueden brindar un asesoramiento valioso a los órganos oficiales de designación (y, en su caso, de remoción) sobre los méritos y defectos de la per-

sons del caso. Son ellos quienes, muchas veces cotidianamente, perciben, gozan o sufren el comportamiento de colegas y jueces. Su apreciación es a menudo directa y repetida, cosa que permite detectar la conducta constante, y no la meramente ocasional, del individuo en cuestión.

Simultáneamente, los órganos oficiales de nombramiento y exclusión han pensado en más de una ocasión que si la designación o remoción que hacen cuenta con el respaldo de un colegio profesional o de los letrados, tendrá más consenso y posibilitará también un reparto de responsabilidades, si el acto del caso no ha sido del todo acertado.

La acusación de corporativismo, a su vez, resulta hoy ya infundada. Aquel régimen se inserta en una filosofía autoritaria —el fascismo—, con partido único y líder indiscutible, dentro de un marco de intolerancia y negación de las libertades. En cambio, la intervención profesional en un Estado que garantiza los derechos personales en la adopción de ciertas decisiones, es actualmente percibida como un mecanismo más de la democracia participativa, y ello se refleja —por ejemplo— en los múltiples consejos económico-sociales que abundan en constituciones democráticas, como pueden ser las de Francia de 1958 (art. 69) y de Weimar (art. 183).

La democracia participativa contemporánea reconoce el rol de los partidos políticos —piezas naturales del proceso democrático— pero asimila también sus defectos, admite que no siempre ellos tienen una vocación de bien común (ya que hay partidos al servicio de grupos sociales y económicos, con lo que también se tiñen en ciertos casos de sectorialidad) y no reniega del aporte de cuerpos intermedios (como son, v.gr., entidades gremiales de trabajadores y de empresarios; universidades, colegios profesionales) en la adopción de algunas decisiones estatales. Esta concepción, en suma, pretende enriquecer, y no perjudicar, las vicencias democráticas, puesto que el pueblo, en resumen, no sólo se expresa por medio o a través de los partidos políticos.

De aceptarse la tesis de la participación, cabe advertir que ella puede asumir formas distintas, que pasaremos a describir a continuación.

#### 4. PARTICIPACIÓN OPCIONAL, Y POR VÍA CONSUETUDINARIA

En algunos casos, si bien la norma (constitucional o infraconstitucional) no contempla la audiencia de los colegios profesionales de abogados en los nombramientos de jueces,

ello ocurre —con mayor o menor frecuencia— por una suerte de práctica que en ciertos casos ha generado una verdadera costumbre, ocasionalmente de rango cuasi constitucional.

Esos hábitos se han generado a menudo por los propios poderes públicos, en la búsqueda de datos, informes y opiniones que requieren a los cuerpos de abogados. A su vez, los colegios consultados aceptan con frecuencia ese llamado, que algunas veces se formula a sus autoridades a título institucional, o solamente personal. Se piensa, y no sin fundamento, que esa intervención puede servir tanto para acercar a los órganos oficiales de designación nombres de personas útiles para la judicatura, como para intentar excluir a sujetos no aptos para ella. Es evidente que el conocimiento que tenga un colegio profesional sobre un candidato, será uno de los más dignos de tenerse en cuenta.

##### 5. PARTICIPACIÓN FORMAL. LA CONSULTA

Pero en otras situaciones la intervención de los colegios profesionales en el proceso de nombramiento judicial se formaliza, es decir, se lleva a la norma de derecho positivo, e incluso se transporta al mismo texto constitucional. Existen, al respecto, diversas modalidades de inserción.

Tal vez lo más simple sea la consulta. A mero título ejemplificativo, puede citarse al respecto el art. 142 de la Constitución de la provincia de Corrientes, norma que después de aclarar que los jueces son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo senatorial, prosigue así: "El Superior Tribunal de Justicia podrá proponer al Poder Ejecutivo uno o más candidatos para ocupar las vacantes y el Senado escuchará al Colegio de Abogados de la circunscripción judicial correspondiente". La anterior Constitución de Catamarca, del año 1985, decía también que el nombramiento de jueces lo hacía "el Gobernador, con acuerdo del Senado y previa audiencia del Colegio de Abogados, y de la Corte de Justicia" (art. 200).

Desde luego, el valor de la consulta, que en principio es de por sí positiva, depende de los usos locales concretos. Puede ocurrir que tal consulta se practique efectivamente, y que la opinión y el consejo del colegio profesional tenga peso, y sean respetados (aunque no obliguen al consultante). Pero bien puede pasar que la consulta, si se la hace, sea un paso burocrático más, y que luego termine desatendida.

De todos modos, si la constitución o la ley determinan la consulta obligatoria, es notorio que el colegio profesional asume un papel institucional significativo, y que, de no ser llamado o de resultar constantemente desatendido, bien podría hacer público su disenso con la política de designaciones de los órganos oficiales de nombramiento, y poner en conocimiento de la sociedad las razones de su posición. Una actitud de ese tipo, además de desalindar responsabilidades ante la sociedad, podría provocar una crisis de legitimidad en las nominaciones que realice el Gobierno, en el ámbito judicial.

#### 6. La prescripción

Otra alternativa de intervención formal del colegio de abogados se produce si por vía normativa se circunscriben las atribuciones de los órganos de nominación de jueces (v.gr., del Poder Ejecutivo), puntualizando, por ejemplo, que sólo podrán designarse magistrados de una lista de candidatos elaborada por la abogacía. El régimen ha sido empleado, a nivel estadual, en los Estados Unidos<sup>2</sup>.

#### 7. La proposición

La intervención es más intensa. Ocurre cuando el colegio de abogados propone al órgano gubernativo de nombramiento uno o más candidatos para ocupar una plaza judicial.

Este régimen admite, conviene advertirlo, varias modalidades. Puede ocurrir que el órgano oficial de designación no esté facultado para apartarse del o de los propuestos por el colegio profesional, caso en el cual la gestión de éste es decisiva en el proceso de nombramiento. En cambio, si el órgano de designación cuenta con poderes para prescindir del nombre o de la lista elaborada por el colegio profesional, es obvio que el criterio del mismo no es concluyente.

<sup>2</sup> Ver Sagüés, Néstor P., *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la carrera judicial en el derecho argentino y comparado*, Bs. As., Astrea, 1978, p. 59; Comisión Internacional de Juristas, *El imperio de la ley en las sociedades libres*, Ginebra, 1956, p. 325.

En la Argentina se ha practicado la variante que citamos. Así, el Estatuto Provisional de 1815 determinó que los nombramientos de los vocales de las cámaras de apelaciones "se harán por el Director del Estado a propuesta del cuerpo de abogados, residentes en la ciudad del asiento de dichas cámaras" (art. III, cap. II, secc. 4<sup>o</sup>). De producirse una vacante, el presidente de la cámara tenía que citar a todos los abogados del lugar para que eligiesen a tres candidatos de la matrícula. El Director optaba después por uno de ellos.

La actual Constitución del Chubut, por su parte, establece que los jueces de primera instancia y los demás funcionarios letrados de la justicia "serán nombrados por el Superior Tribunal, que deberá solicitar terna a los colegios de abogados y a los profesionales del foro donde no exista aquella entidad, para la designación de los abogados que se incorporen a la administración. La designación de jueces de primera instancia requerirá el acuerdo de la Legislatura".

Aunque una interpretación literal de la norma transcrita conduce a entender que la intervención del colegio como agente de selección y de proposición sólo opera para el caso de letrados que ingresan en la carrera judicial<sup>3</sup>, por derecho consuetudinario se ha entendido que los colegios de abogados deben intervenir mediante ternas en todos los supuestos de vacancia de juzgados de primera instancia, sea que quienes desean acceder a tales plazas estén fuera, o dentro, de la carrera judicial.

Cuando el colegio de abogados monopoliza el proceso de preselección de jueces (en el sentido que únicamente él puede proponer los candidatos a los órganos gubernativos de designación, y que éstos no pueden apartarse de la lista o terna de los postulados por el colegio) puede correrse el riesgo (no tan ilusorio, por lo demás) de una exagerada influencia del cuerpo profesional en la integración de los cuadros judiciales, y de una suerte de dependencia de éstos hacia las autoridades de tales colegios. La imparcialidad judicial puede ponerse a prueba si la designación o el ascenso de un aspirante a una función de ese poder del Estado se condicionan —sine qua non— a la previa conformidad y postulación de quienes dirigen la institución profesional de abogados. Por último, si esa proposición se realiza no por las juntas di-

<sup>3</sup> Sagüés, *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado*, p. 61.

rectivas de los colegios, sino a través de asambleas de éstos, la selección de los jueces puede quedar a merced de las mayorías circunstanciales (no siempre desapasionadas ni políticamente desinteresadas) que predominen en tales reuniones.

### 3. EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Este organismo, como se sabe, es un cuerpo de integración plural, formado —según los casos— por jueces, legisladores, miembros del Poder Ejecutivo, docentes de derecho y representantes de los colegios profesionales (de abogados y magistrados judiciales)<sup>4</sup>. Algunas veces los abogados concurren no a título de representantes de sus colegios, sino como letrados al margen de su condición de afiliados (o no) a un colegio profesional.

Los roles de los Consejos de la Magistratura (cuya denominación varía; también se los llama Consejos Judiciales, de la Judicatura, Juntas calificadoras, etc.) varían de un país a otro. En términos amplios, puede decirse que operan como entes de selección (y hasta de designación) de jueces y miembros del ministerio público. Actúan parecidamente en cuanto las promociones; y de vez en cuando son también agentes disciplinarios, disponiendo algunas veces la remoción de jueces.

Interesa averiguar en qué medida los abogados se insertan en tales Consejos, para lo cual pasaremos una rápida revista a éstos.

El art. 348 de la Constitución del Perú, por ejemplo, indica que el Consejo Nacional de la Magistratura se compone, entre otros, por un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, y uno del Colegio de Abogados de Lima. Son elegidos para ello cada tres años.

En la Argentina, el art. 173 de la Constitución del Chaco (una de las pioneras en el tema) incluye en el Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento a dos abogados en ejercicio de la profesión, inscriptos en la matrícula y domiciliados en la provincia, nombrados por elección de sus pares. Igual número y similar proceso de designación tiene

<sup>4</sup> Sagóla, Néstor P., *El Consejo de la Magistratura*, ED, 113-250.

el Consejo de la Magistratura de la provincia de San Juan, el que aclara que esa elección se hace "bajo el control de la entidad de ley que maneje la matrícula" (art. 214, Constitución).

La Constitución de Santiago del Estero (art. 166) dice que el Consejo de la Magistratura incluye a dos diputados, abogados si los hubiere, y dos abogados en ejercicio activo de la profesión inscriptos en la matrícula de la provincia, domiciliados en ella, que reúnan las condiciones para ser miembros del Superior Tribunal de Justicia. Son electos por el voto directo de los matriculados.

Iguales requisitos demanda el art. 197 de la Constitución de San Luis para los diputados y los abogados (uno por cada circunscripción judicial) que forman el Consejo de la Magistratura. En cuanto al sistema de designación de los abogados, el art. 198 prevé la elección directa, secreta y obligatoria, practicada entre los inscriptos y habilitados para el ejercicio de la profesión, de cada circunscripción judicial y bajo el control de las entidades de ley que tienen a su cargo la matrícula en cada una de ellas.

A su turno, la reciente Constitución de Río Negro (1988) ha implementado dos Consejos. El primero, para la designación de los miembros del Superior Tribunal de Justicia, se forma con tres representantes de los abogados por cada circunscripción judicial, electos de igual forma y por igual período que los representantes del Consejo de la Magistratura, e igual número total de legisladores, con representación minoritaria. Dicho Consejo es presidido por el Gobernador (art. 205).

Por su parte, el Consejo de la Magistratura tiene tres representantes de los abogados de la circunscripción judicial respectiva, nombrados mediante elección única, directa, secreta y con representación de la minoría, en forma periódica y rotativa, entre los inscriptos y habilitados para el ejercicio de la profesión, con residencia habitual en la circunscripción, bajo el control de la institución legal profesional de abogados de la circunscripción respectiva (arts. 221 y 222).

Como apreciación global, puede apuntarse que en la Argentina los colegios de abogados, o con mayor precisión, los abogados agrupados en ellos, tienen una intensa participación en los consejos de la magistratura, situación que es todavía más notoria en la Constitución rionegrina, donde para el primer Consejo forman prácticamente la mitad del mismo.

### 9. JURADOS DE ENJUICIAMIENTO

En otros casos, la intervención de los abogados no ocurre necesariamente en el trámite de designación, pero sí en el de remoción de jueces. Por ejemplo, el art. 175 de la Constitución de Jujuy programa un Jurado de Enjuiciamiento en el que participan "dos abogados elegidos mediante sorteo entre los veinte primeros de mayor antigüedad en el ejercicio activo de la profesión".

Como otros casos de ese tipo de intervención, pueden citarse el art. 153 de la Constitución de Salta (que contempla un Jurado de Enjuiciamiento en el que hay un abogado de la matrícula, electo entre sus pares por voto secreto), y el art. 220 de la Constitución de Catamarca, en cuyo Jurado hay dos abogados de la matrícula, "designados en sorteo público a practicar por la Corte de Justicia".

Puede ocurrir, asimismo, que los abogados participen en el Consejo de la Magistratura (operando éste como órgano de preselección) y después, en el Jurado de Enjuiciamiento (órgano de remoción), al estilo, v.gr., de los arts. 188 y 189 de la Constitución de Santiago del Estero. Esto puede suceder cuando el Consejo de la Magistratura no es el ente que ejerce la policía disciplinaria, y ella corre —en el trámite de remoción— a cargo del Jurado de Enjuiciamiento.

### 10. EVALUACIÓN

El tema de la participación de los abogados en los mecanismos de reclutamiento, promoción y remoción de jueces presenta varios interrogantes, y a su vez, diversas alternativas de instrumentación.

El primer interrogante es si los abogados deben o no intervenir en esos trámites. La respuesta depende tanto de formulaciones teóricas como de apreciaciones prácticas, derivadas de la experiencia recogida en cada medio.

Idealmente, pensamos que la respuesta tiende a ser afirmativa. Los abogados pueden aportar una visión útil del candidato a juez, y a su vez, evaluar si el nombrado ha incurrido o no en una falta que justifique su exclusión. Son ellos, paralelamente, quienes primero sufrirán un mal nombramiento, o la mantención en el cargo de un juez no idóneo. Resultan testigos necesarios, pues, del comportamiento de

los miembros de la judicatura. Por lo demás, hemos visto que las acusaciones de corporativismo a esa participación son exageradas y desfigurantes, incompatibles con una imagen cada vez más desarrollada de una auténtica democracia representativa.

En el orden de las realidades, la actuación de los letrados en las gestiones de nombramiento y de remoción de jueces (y miembros del ministerio público) puede empañarse por ciertos vicios y cegueras axiológicas. Si los letrados de un lugar se encuentran intensamente partidizados, en el sentido de que sus filiaciones político-partidarias son determinantes de su comportamiento profesional, puede ocurrir que en lugar de actuar como letrados operen como agentes de los partidos políticos, en cuyo caso darles participación —en cuanto profesionales— en los Consejos de Magistratura, en las consultas o en el Jurado de Enjuiciamiento, pierde su razón de ser.

Del mismo modo, es posible que en una comunidad dada ciertos letrados se guíen principalmente por apetencias personales, y por ello, pretendan influir en los dispositivos de selección y exclusión de jueces *pro domo sua*, en función de sus respectivos bufetes.

En definitiva, la legitimidad inicial que tiene un sistema de colaboración de los abogados y de sus respectivos colegios en la nominación y exclusión de magistrados judiciales, debe necesariamente confrontarse con los hábitos vigentes en una sociedad determinada. La inserción de los letrados en aquellos mecanismos requiere saber si la conducta corriente de los letrados es allí básicamente imparcial, o si por el contrario, responde más bien a intereses profesionales, sociales o partidarios de tipo sectorial. De darse la primera posibilidad, entonces corresponderá viabilizar la receta teórica que aconseja implementar un régimen de inserción de los abogados en los trámites aludidos.

Si se responde afirmativamente, después de esa doble evaluación (teórica y fáctica) del asunto, cabe preguntarse qué módulo de participación es el más aconsejable.

Aquí tampoco hay recetas dogmáticas, porque en principio, tanto un sistema de consultas, como los de preselección, proposición y Consejo de la Magistratura, son de por sí buenos. No obstante, parece preferible escoger un tipo de intervención en el que el colegio de abogados, o éstos a título personal, no sean quienes decidan por sí solos el nombramiento o la exclusión del juez. Los letrados son una parte

de la comunidad interesada en aquellos mecanismos, y por ende, no conviene que esa parte pueda resolver lo esencial del reclutamiento o remoción del magistrado judicial. Por eso, una alternativa de intervención en la que los abogados monopolicen la entrada de los aspirantes al ingreso o ascenso en el Poder Judicial (v.gr., si ellos solos elaboran ternas o listas de los candidatos), no es aconsejable.

Restan, pues, como posibilidades legítimas, la consulta y el Consejo de la Magistratura. La primera puede ser un modo de participación demasiado tenue, aunque no despreciable. Personalmente, nos inclinamos por la visibilización de la intervención profesional mediante los Consejos de Magistratura, mediante los cuales el interesado será evaluado conjunta y pluralmente tanto por abogados como por jueces, legisladores y funcionarios del Poder Ejecutivo, sin que uno solo de estos grupos pueda imponer aisladamente su criterio.

Idénticas consideraciones pueden transportarse, *mutatis mutandis*, a los Jurados de Enjuiciamiento.



# ENSAYOS

1. Lecciones y Ensayos.



## ALGUNAS APROXIMACIONES A LAS RESPUESTAS DE DERECHO SOBRE LA LOCURA

CHRISTIAN COURTIS\*

"Si esta cárcel sigue así todo preso es político..."  
(Carlos Solari, Un baño para el ojo  
idiotas)

### I

La capacidad es uno de los atributos de la personalidad y su conceptualización queda asignada a la órbita del derecho civil. Esta proposición, de cuño decimonónico y reproducida por más de un siglo tiene efectiva vigencia entre las paredes de nuestra facultad. La racionalidad y prudencia del juez seleccionará a los infortunados insanos y el sistema previsto por Vélez protegerá sus intereses, fundamentalmente mediante la actuación del curador.

Creo que aceptar determinadas ficciones volviendo la cara frente a los hechos no se compadece con un mínimo de espíritu crítico razonablemente exigible a alumnos de una universidad estatal y contribuye a sostener la esquizofrenia resultante de una inercial legitimación teórica del discurso académico, frente a la progresiva degradación de las condiciones materiales y la flagrante desviación con respecto a los resultados propiciados por aquel discurso. Es así que de un modo sumario y simplista trataré de describir los alcances de los distintos subsistemas normativos que tienen

\* Redactor de la Revista "Lecciones y Ensayos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

como objeto definir, contener y responder al problema de la locura. Para ello y con fines didácticos voy a usar determinadas categorías académicas que la compartimentación universitaria fija usualmente.

## II

Comencemos, por ejemplo, con el ordenamiento adjetivo. Evidentemente existe un cúmulo de normas a la que podríamos denominar derecho procesal de la locura, compuesto por aquéllas encaminadas a regir los procesos de insania, y en especial las llamadas leyes de internación (v.gr. la ley 22.914 que rige tal proceso en la Capital). Incluyo también en este dominio normas del Código Penal (como el art. 34, inc. 1°) que establece la posibilidad de internación o reclusión en institutos adecuados. Me limitaré a citar características puntuales de este ordenamiento para que quede esbozado el fondo de la forma, es decir la ideología subyacente al orden adjetivo.

Quienes pueden iniciar el juicio de insania son el cónyuge y los parientes de aquel de cuyas facultades mentales se duda, el Ministerio de Menores, el cónsul de su país o "cualquiera persona del pueblo cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos" (art. 144, Cód. Civil), lo que por cierto incluye a la autoridad policial. Se trata de que se verifiquen las alteraciones suficientes como para poner en marcha el proceso cuya etapa fundamental será el examen de facultativos, que declararán la existencia o no de aquéllas y calificarán la demencia (arts. 142 y 143). Desde la iniciación del juicio se nombra a un curador provisorio que representa al demandado y el Ministerio de Menores es parte del proceso (art. 147).

Es inevitable señalar la similitud del juicio con el proceso penal: podríamos hablar metafóricamente de un proceso inquisitivo iniciado mediante denuncia (cabe observar la terminología del Código: pedido de declaración de demencia, solicitud de demencia -¿?-), con tipicidad difusa (a esto nos referiremos posteriormente, pero no pueden dejar de anotarse algunos "elementos objetivos del tipo": ineptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, furia o incomodamiento de sus vecinos cuando la denuncia provenga de cualquiera persona...) y lo que es fundamental, con garantías procesales restringidas: al iniciarse el proceso, el "demandado" (¿acusado?) pierde su voz, no habla por sí mismo sino por boca del curador, lo que marcaría de alguna mane-

ra la presunción de su insania aun antes del examen de peritos. Y eso no es todo: la interposición de la "solicitud de demencia" objetiza al demandado encarrilándolo hacia el examen psiquiátrico que es la instancia primordial del proceso. De más está decir que fuera de llenar hojas de tests con dibujos de árboles o contestar algunas "preguntitas" el "demandado" no participa en su defensa (¿o debería decir en la defensa de su estado mental?). Y que la respuesta queda en boca de los técnicos. También están previstas ciertas medidas provisionarias cuando la demencia aparezca "notoria e indudable": el juez mandará a recaudar los bienes del demente denunciado y los dejará bajo la administración de un curador provisorio (art. 148). Existe, cabe reconocerlo, una especie de non bis in idem para el caso: no puede solicitarse la declaración de insania cuando otra similar hubiera sido rechazada, salvo la existencia de hechos sobrevinientes. El resultado del proceso será la declaración de demencia (¿condena?) o su rechazo (¿absolución?). Nadie será tenido como demente sin sentencia del juez competente (art. 140, Cód. Civil) (¿o art. 18, Const. Nacional?).

Posteriormente (art. 482, Cód. Civil) se establece una declaración de principios ("el demente no será privado de su libertad sino en los casos en los que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a los demás. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial") que dependerá del alcance que se le confiera a la expresión "dañar o dañarse usando de su libertad". Pero increíblemente dos agregados de la ley 17.711 pulverizan cualquier vestigio de garantía procesal mencionada hasta el momento:

1) Las autoridades policiales podrán disponer la internación (sic), dando inmediata cuenta al juez de las personas que por padecer enfermedades mentales, alcoholismo o toxicomanía pudieran dañar su salud (sic) o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública (sic) previo dictamen del médico oficial. Continuando con nuestra metáfora procesal penal se trata de la "prisión preventiva" del "imputado" mediante selección de la policía y confirmación del psiquiatra (!) y ulterior e "inmediata" comunicación al juez.

2) A pedido de las personas del ya citado art. 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes afectados de enfermedades mentales no justifi- quem la declaración de demencia (!?), alcohólicos crónicos y toxicómanos que requieran asistencia en establecimientos

adecuados debiendo designarse un defensor oficial para que controle que la internación no se prolongue más de lo indispensable. Este parche asume caracteres surrealistas: uno se pregunta para qué sirve la declaración de insania si se puede ordenar judicialmente la internación de los no declarados dementes (y por lo tanto con aptitudes para dirigir su persona y administrar sus bienes). Pido perdón por la ironía pero además de la faceta tragicómica se impone una lectura en sentido inverso: no es necesario un proceso de insania (pésimamente reglamentado, arbitrario, paupérrimo en garantías pero proceso al fin) para poder ser internado en un manicomio, sino que basta una información sumaria (!). Esta disposición excede mi capacidad metafórica (¿una condena sin acción típica?). Me excuso también por evitar tratar los casos de alcoholismo y toxicomanía, que espero tocar en oportunidades posteriores. Quiero llamar la atención sobre ciertos términos regulativos y valorativos (personas que afectadas de enfermedades mentales no justifiquen la declaración de demencia, pero requieran tratamiento; personas que puedan dañar su salud, la de terceros o afectar la tranquilidad pública) y de términos de cierto trasfondo programático (establecimientos adecuados) de los cuales efectuaré un posterior análisis.

De las leyes de internación (que reglamentan este proceso y que dan carriles formales a la norma que comenté anteriormente) solo señalaré algunos mecanismos de reaseguro, como el sorprendente art. 2º, inc. b, 2 de la ley 22.914 que obliga al médico que recibe una consulta psiquiátrica a denunciar a su paciente al asesor de incapaces para la potencial apertura de un juicio de insania, lo que convierte a la decisión de someterse a tratamiento por parte del paciente (retomando nuestro paralelismo con el proceso penal) en una virtual declaración contra sí mismo. O la insistente alusión de la internación como opción para "el bien del paciente". Con respecto al art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, le caben comentarios similares a los correspondientes al ordenamiento civil. Concluyo después de este breve repaso al derecho procesal (¿o procesal penal?) de la locura que se trata de un ordenamiento muy loco.

### III

Vayamos ahora al derecho de fondo, recalcando siempre lo superficial del análisis por el mero carácter informativo

de la nota. Se sitúa evidentemente dentro de la soberana órbita del derecho civil. Intentaré ilustrar el contenido de la normativa destacando las respuestas que se dan al problema de quien está loco. Obviamente a ello nos lleva el esquema legal que divide la realidad humana entre sanos e insanos, cuerdos y dementes (eludiré por cuestiones de espacio el tratamiento de la figura del inhabilitado, incorporada por ley 17.711). Nos hallamos con esta reducción ante la cuestión de determinar qué criterio usaremos para calificar a alguien de demente y privarlo del ejercicio de sus derechos. Para Vélez se trataba de aquellos individuos de uno u otro sexo que se hallaran en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, acotando que esto incluía a aquellos que tuvieran intervalos lúcidos. Manía, demencia, imbecilidad. La elección de estos términos nos sugiere las ideas que sobre el tema tenía el codificador, sin pasar por alto el detalle de la definición de demente como individuo que se halle en estado de demencia.

El modelo psiquiátrico que subyace a este tipo de prejuicio nos remite al paradigma romántico decimonónico: se trata del loco furioso, el loco ululante, atado con cadenas o recluido en el desván de las casas patricias. Para una noción acabada de los conceptos psiquiátricos de Vélez es interesante leer la nota al art. 3615 (no puedo dejar de preguntarme por qué esta nota está situada bajo el título "De la sucesión testamentaria" y no en la parte que trata la incapacidad), donde nos enteramos que la demencia es el género y comprende la locura continua e intermitente, la locura total o parcial, la locura tranquila o delirante, el furor, la monomanía, etc. (sic) y que todas ellas tienen por principio una enfermedad esencial en la razón. No es preciso ser demasiado erudito en el tema para darse cuenta de lo vetusto de estos criterios, sobre los cuales se ha estructurado el sistema del Código Civil en la materia.

Hacia otro lado ha apuntado la reforma de la ley 17.711, definiendo como dementes a aquellas personas que por enfermedades mentales sean ineptas para dirigir su persona o administrar sus bienes. En cuanto a las personas ineptas para dirigir su persona, intuyo que detrás de lo paradójico de la redacción, nada ha variado demasiado respecto a la definición de Vélez. Lo que se ha agregado es la posibilidad de considerar demente a quien no pueda administrar sus bienes. Creo que entramos en consideraciones atinentes al sistema económico; quizá la definición podría completarse con la incapacidad para producir bienes. No obstante

ello, estimo que frente a ciertos casos grises sería necesario el examen conjunto de un psiquiatra y de un auditor contable. Lamentablemente tampoco se proveen criterios para decidir frente a aquellos demandados que no tienen bienes. Dejemos de lado también esta definición.

Podríamos recurrir entonces al Código Penal, que en su art. 34, inc. 1°, define como inimputable a quien no haya podido en el momento del hecho por insuficiencia de sus facultades mentales o por alteraciones morbosas de ellas comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. Acótemos que nuevamente aparecen conceptos remisivos, regulativos, preconstituídos como la insuficiencia de las facultades mentales y las alteraciones morbosas de éstas. Concluimos después de este repaso sobre la sustancia de la discriminación entre sanos e insanos que nuestro derecho no acerca conceptos que nos permitan entender qué designan aquellos términos y por lo tanto esta determinación quedará a cargo de "expertos", "técnicos", "facultativos": se trata de los psiquiatras.

#### IV

Pasemos ahora a otro campo: hemos repasado normas de fondo (incluidas en los Códigos Civil y Penal) y normas de forma (incluidas en dichos códigos y en leyes especiales). Quisiera entonces dirigir la atención hacia la sociología del derecho de la locura, que según hemos visto se parecería bastante a la Criminología. La pregunta que podemos hacernos (inspirados en la criminología de la reacción social) es: mediando los sistemas normativos anteriormente descritos ¿qué personas caen en nuestra práctica jurídico-psiquiátrica bajo el rótulo de insanos y/o sobre quiénes se cierra el cerco de la privación de libertad por internación en hospitales neuropsiquiátricos, manicomios, hospicios, colonias psiquiátricas o "establecimientos adecuados"?

Primer dato constatable: la ostensible arbitrariedad del sistema. Basta pasar algunos días por institutos como el Hospital Borda, el Moyano o Melchor Romero para advertir que, excluyendo los casos extremos, si se tomara como parámetro de insania un considerable segmento de su población (que de hecho mantiene en funcionamiento estos establecimientos realizando tareas de limpieza, control, cocina, distribución de elementos, cuidado de compañeros, etc.)

muchos de los que nos declaramos sanos deberíamos ver modificado nuestro status. Leído a la inversa, el sistema de asignación del rol de insano es lagunario, selectivo, irregular, carente de criterios unívocos. Retomando el paralelismo con la criminología: o existe una gran "cifra negra" de locura no declarada, o, por el contrario, se declara insana a gente que no lo es.

Como segundo dato, refiriéndonos nuevamente a estos ámbitos, surge a las claras que en especial aquella gente situada en la zona gris que media entre la lucidez y la absoluta anormalidad proviene de las capas sociales más bajas. Con respecto a los psiquiátricos privados, pese al hermetismo que los rodea, existen muestras que permiten afirmar que albergan internos de mayor promedio de deterioro y obviamente provenientes de estratos sociales de mayor poder adquisitivo. Es decir que aquella gente "castigada" por el sistema con la declaración de insania y/o internación es mayoritariamente pobre, lo cual concuerda con la situación carcelaria estudiada por la criminología.

Tercer dato: el reducido número de patologías furiosas, antisociales, violentas, maniacas. Esto rompe con el estereotipo del loco peligroso, potencial causante de daños irreparables y arroja serias dudas sobre la aplicación práctica de criterios como el de la posibilidad de causar daño a sí mismo o a terceros. Se verifica por el contrario un gran porcentaje de casos de problemas de relación, miedo, pasividad, falta de decisión, delirios inofensivos, pequeñas alteraciones de conducta, lo que en general es denominado por la psiquiatría como psicosis. Los casos de reacciones más frecuentes se deben justamente a la pérdida de libertad ambulatoria, al cautiverio.

Esta ejemplificación puede dar un simplificado perfil del producto de nuestro sistema de declaración de demencia y de la población de nuestros hospicios. Cabe agregar algunos factores que nos permitirán echar una mirada crítica sobre nuestro sistema normativo:

— La absoluta inadecuación de los establecimientos, su degradación material, la promiscuidad reinante en ellos debida a la insuficiencia de las instalaciones y medios. Esto responde por supuesto al problema más amplio de crisis del Estado benefactor, pero el mantenimiento de tal cantidad de pacientes agrava aún más el cuadro. El Hospital Nacional Borda, por ejemplo, alberga alrededor de mil quinientos internos.

— La ineficacia absoluta del hospital psiquiátrico: el hospital psiquiátrico, de hospital sólo tiene el nombre, ya que es más que evidente que no cura sino que agrava al interno, que pasa a ser depositado entre sus paredes. El promedio de internación del Hospital Borda es de alrededor de quince años.

— El hospitalismo: el paciente adquiere los hábitos vigentes en la microsociedad del hospital: come con las manos, pierde la noción del tiempo, se hace dependiente de los psicofármacos, participa en el mercado negro interno, roba, satisface sus deseos carnales con prácticas masturbatorias y homosexuales, en una palabra, se des-socializa a la vez que se re-socializa según las pautas de vida en cautiverio.

Los tres factores mencionados tienen su correlato carcelario. Teniéndolos en cuenta, quisiera volver sobre la modificación del art. 482 que permite la internación en establecimientos adecuados cuando la salud del enfermo lo requiera y aún no habiendo sido declarado demente. Ninguno de los datos precitados pudo ser desconocido por el legislador. Lo cual lleva a pensar que leyes como ésta revelan o bien una terrible hipocresía o bien un supino desconocimiento de las consecuencias fácticas que puede acarrear una solución normativa, habilitando la vía para la internación cuando en nuestro país no existen los "establecimientos adecuados" ni tratamientos que aseguren resultados tales que puedan garantizarse plazos mínimos. Podríamos agregar que la tendencia legislativa en el mundo (con ejemplos fundamentales en Italia, Canadá y Francia) es la de abolir el hospicio y generar hogares de medio camino descentralizados y centros de asistencia para crisis sin internación u hospitales de día.

Para concluir nuestras observaciones en el campo de la sociología del derecho de la locura, imaginemos que por ventura un paciente es dado de alta. Toma su atado y sale a la calle, compra el diario con plata que le dio algún enfermero, lee los clasificados y busca empleo en su especialidad. Cuando el empleador pregunta qué hizo en los últimos años, él contesta que estuvo internado en un manicomio. Por supuesto el empleador lo sentirá mucho pero ya se comprometió con un muchacho que vino antes. Y tenemos aquí otro de los caracteres que hermanan nuestra disciplina con la criminología: la estigmatización.

Pero esto no es todo. Existe también un derecho administrativo de la locura, que define la estructura y funciona-

miento del hospital psiquiátrico público, y que también tiene su problemática propia. Por ejemplo, la asignación de determinadas competencias que fuera de este ámbito serían consideradas ilegítimas e incluso delictivas. Verbigracia, si un funcionario policial aplica 230v. de corriente eléctrica sobre la humanidad de un detenido, su acción se denomina tortura. Si un psiquiatra aplica 220v. de corriente eléctrica sobre la humanidad de un paciente, su acción se denomina terapia. También en estos casos podríamos plantear el paralelo con el sistema penal, ya que la investidura de funcionario del sistema psiquiátrico autoriza, como la del carcelario, a impartir dolor legalmente, a privar a otro de su libertad, a restringir sus derechos, todo en nombre de la ley.

Nuestro derecho comercial de la locura no tiene correspondencia penal. Esto se debe a la inexistencia de policía y cárceles privadas, ya que esta rama sienta las bases para el funcionamiento de establecimientos psiquiátricos particulares con fines de lucro. También en este caso se reproduce la autorización para realizar conductas que en otras circunstancias serían consideradas delictivas.

Quizá sea la designación académica que menos ha favorecido a los insanos, pero por qué no comenzar a estructurar los derechos humanos de la locura, evidentemente arraigados en nuestro ordenamiento constitucional con un mínimo de progresismo del intérprete, pero que podríamos profundizar definiendo el derecho del insano a obtener el mejor tratamiento, el derecho a la honra y dignidad, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho al respeto de su voluntad, el derecho a ser informado de la terapia a la cual será sometido, siempre en la medida de sus posibilidades y extremando las medidas de control para que aquéllos sean debidamente respetados. Y dado que la protección de derechos humanos se ha extendido al ámbito internacional, no sería impensable un derecho internacional de la locura, frente al cual el estado se comprometiera a renovar las medidas destinadas a garantizar su efectivo goce por parte de los insanos. También existen tendencias paralelas en materia penal en este sentido.

A esta altura de la nota, confesaré que el paralelismo entre derecho de la locura y derecho penal no es casual. Es más; entre ambos existe una estrecha identidad: su andamiaje técnico es similar, su funcionamiento es similar, sus formas de justificación son similares, sus efectos son similares. Se trata de instituciones gemelas, estructuradas de

modo idéntico como resultado de múltiples formas de poder. Poder carcelario y poder psiquiátrico son distintas formas en las que nuestra sociedad se permite descargar violencia sobre sus miembros. Quizá para eso se necesiten presos y locos. Ante este marco, queda propuesta la posibilidad de encarar un estudio conjunto de ambos fenómenos (¿derecho de la reacción social?).

Para finalizar, quiero recalcar la limitación del enfoque en el que me he movido: he omitido infinidad de aspectos sobre el tema; no he querido salir del ámbito del derecho y por lo tanto he eludido lecturas sociológicas, de psicología social, psicoanalíticas, antropológicas, comunicacionistas; he reducido y simplificado posturas psiquiátricas. He intentado no incorporar elementos que dificultaran la comprensión global del problema, habiéndolo por el contrario esquematizado en demasía. Sin embargo creo que el artículo logra transmitir cierto panorama genérico y quizás ilustrativo.

Sé que se trata de una nota polémica, por momentos agresiva. Pero no puedo dejar de reconocer que es necesario generar debate sobre ciertos temas sacralizados, y para ello nada mejor que romper el vidrio de un buen pedrazo. Ojalá que sirva para algo.

## LA RELACIÓN

(Una aproximación al problema del poder  
en Nicos Poulantzas)

CARLOS HERRERA

### 1. INTRODUCCIÓN

El problema del poder es fundamental para la filosofía del derecho. La violencia de la corriente positivista por erradicarla —so pretexto de “pureza” científica— no ha hecho más que acrecentar la necesidad de dar cuenta del fenómeno en una teoría del derecho.

Pese al exilio impuesto, nos parece imprescindible recuperar la reflexión sobre el poder desde el campo iusfilosófico, para avanzar en la comprensión del derecho en las sociedades contemporáneas.

Así, desde una perspectiva crítica, el derecho y el poder no aparecen como variables separadas, como objetos de diferentes saberes. Muy por el contrario, el derecho representa el principal discurso legitimador del poder en el Estado moderno, su más fiel servidor, su distribuidor. La ley misma, presentada tradicionalmente como opositora a los poderes absolutos, a la violencia, no ha sido más que la organizadora, “el código”, de ese poder, de esa fuerza, como ni al mismo Kelsen se le escapaba.

Como señala Alicia Ruiz: “(el derecho) le proporciona al poder su discurso legítimamente, aun en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad y discrecionalidad (...) el derecho instituye, dota de autoridad, faculta a decir y hacer, y el sentido con que define estas prácticas está determinado por el juego de las relacio-

nes de dominación, por la situación de las fuerzas sociales en pugna en un tiempo y un lugar determinado"<sup>1</sup>.

En esta revalorización del poder en la iusfilosofía —de la que no escapan autores que podemos englobar dentro del paradigma iuspositivista, como Ruiz y Bobbio<sup>2</sup>— nos parece importante detenernos en los trabajos de Nicos Poulantzas sobre el tema, que en nuestra opinión se convierten en un hito del que pueden surgir interesantes líneas de investigación.

Intentaremos en este trabajo una aproximación a las tesis poulantzianas sobre el problema del poder, a través de su propio desarrollo. Voluntariamente hemos puesto ciertos acentos en algunas proposiciones a fin de resaltar los elementos teóricos más sistemáticos de su pensamiento en desmedro de ciertas observaciones interesantes, pero referidas a las coyunturas en que fueron escritas. Esto, y su riqueza, hacen irremplazable la lectura directa de los textos.

Aquí nos contentaremos con una primera lectura, una presentación de sus reflexiones.

La primera sistematización de Poulantzas sobre el problema del poder data de 1968, en su primer libro, *Pouvoir politique et classes sociales*.

El poder será considerado como un efecto de la estructura social, globalmente considerada —no siendo específico de ninguno de sus tres niveles: el económico, el político-jurídico, el ideológico—, "los efectos de la estructura sobre las relaciones de las prácticas de las clases en 'lucha'". Así aparece ubicado en el campo de las prácticas de clase.

Irá entonces desechando las definiciones de poder de Max Weber ("probabilidad de que cierto orden de contenido específico sea obedecido por determinado grupo") por "historicista"; y de T. Parsons ("la capacidad de ejercer ciertas funciones en provecho del sistema social considerado en su conjunto") por "funcionalista", entre otras, para dar su propio concepto: "la capacidad de una clase social para realizar sus intereses objetivos específicos".

En ese sentido explicará que este concepto se sitúa en un tipo específico de relación social: "el conflicto", en una sociedad dividida en clases. Y remarcando el campo rela-

<sup>1</sup> Ruiz, Alicia, La ilusión de lo jurídico, en "Revista Crítica Jurídica", n.º 4, may. 1986.

<sup>2</sup> Ver al respecto, Cárcova, Carlos, *Acercos de las funciones del derecho*, presentado en las "Jornadas de Filosofía Jurídica y Social", 1986.

cional de la definición señalará que el interés específico de una clase conlleva a la posición demarcatoria de la otra.

El poder aparece como una relación compleja, demarcativa y específica, de "dominio y subordinación". Los intereses de una clase —sólo localizables en las prácticas, no en las estructuras— se desplazan, se limitan por el accionar de la otra, por tanto su efectividad depende de su oponente.

Pero Poulantzas aclarará que su concepto de poder no es aplicable a las situaciones interpersonales, como la amistad, etc., en las que debe hablarse de "potencia", no situado en el marco del conflicto de clase.

El marco estructural del análisis poulantziano (estructura como un conjunto de niveles y prácticas combinadas, con predominio en última instancia de lo económico, que señala cuál es la instancia dominante en dicha estructura) es innegable. Pocos años después Poulantzas encontrará este trabajo con excesos formalistas y teoricistas, producto de la influencia de Althusser y Balibar y la propia coyuntura social europea. Sin embargo, el concepto de poder que surge es claro: una capacidad de clase, para llevar adelante sus propios intereses, objetivamente considerados, que remite indefectiblemente a una relación, en la medida que la efectividad, la realización de esa capacidad depende a su vez del lugar, de la capacidad de la otra clase a la que se enfrenta. Los elementos se van relacionando, contorneándose, recordando ciertos esquematismos, y alejándose del reduccionismo economicista.

En los años siguientes las investigaciones de Poulantzas alcanzarán un mayor fundamento empírico, desplazando el centro de su análisis a los problemas específicos del Estado moderno, estudiando fundamentalmente sus formas de excepción —fascismos y dictaduras militares—, y la problemática de las clases sociales en la sociedad actual.

El poder no aparecerá como objeto de reflexión teórica en esos trabajos, pero muchas de sus observaciones (en particular el análisis de la relación entre la caída de los gobiernos militares en Grecia, Portugal y España y las luchas de las masas, no siempre frontal al Estado) serán de fuerte influencia cuando retome específicamente el problema del poder.

## 2. DIEZ AÑOS DESPUÉS

Hacia 1978, Poulantzas retoma en *L'Etat, le pouvoir, le socialisme*, la teorización sobre el poder. Sin embargo, el

panorama filosófico, el horizonte político, la realidad social, no eran los mismos que diez años atrás. Los trabajos de Michel Foucault, sus premisas y sus tesis, habían tenido fuerte impacto en las discusiones del momento, en particular *Surveiller et punir* ("Vigilar y castigar") y más aún sobre el tema del poder, el tomo I de su *Histoire de la sexualité*, "La voluntad de saber". En buena medida esta segunda reflexión de Poulantzas estará enmarcada por las nuevas tesis foucaultianas. No es éste el lugar para analizar la obra de Foucault, pero vale la pena que nos detengamos al menos esquemáticamente en algunas de sus enunciaciones.

En *La volonté de savoir* —escrito en buena medida en oposición a los análisis de Reich—, Foucault señala a la ley, al Estado o a las clases como "formas terminales" del poder, no teniendo éste un "nudo central", un origen. El poder es omnipresente: "el poder está en todas partes... el poder no es una institución, no es una estructura, no es cierta potencia de la que algunos estarían dotados: es el nombre que se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada"<sup>3</sup>. Y de allí, otras proposiciones: donde hay poder se ejerce —el poder es productor, no está en relación de exterioridad con lo económico, con lo sexual, etc.—, el poder no se sitúa en una matriz binaria (del tipo dominante-dominado), sino múltiple; el ejercicio del poder es siempre intencional, pero no intención de un sujeto o una clase, sino de "dispositivos de conjunto": donde hay poder, hay resistencias, pero nunca exteriores al poder.

El poder se hace microfísico, poroso, se desmaterializa en partículas, es "una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social". La sexualidad, la locura, la organización carcelaria son dispositivos en los que el poder se expresa.

El impacto de estas tesis es imaginable. Luego de publicado el libro Foucault puntualizará algunas de sus definiciones: "el poder consiste en realidad en unas relaciones, un haz más o menos piramidalizado, más o menos coordinado, de relaciones", remarcando que no existe el poder, como lugar o emanación de un lugar. O señalará que el poder tiene un "anverso": la plebe, una energía inversa, lo no apreciable, un movimiento centrifugo, que hay "en los cuerpos y las almas, en los individuos, en el proletariado y en la burguesía", pero puede reducirse si se la somete, si se la utiliza o si ella se encuadra en una estrategia de resistencia.

<sup>3</sup> Foucault, M., *Microfísica del poder*, Ed. de la Piqueta.

Quando Poulantzas retoma sus reflexiones, las tesis foucaultianas están en pleno auge. Comenzará coincidiendo expresamente con Foucault en que el poder no es una sustancia, ni una cualidad de una clase en sí, ni una magnitud conmensurable, aunque no dejará de alertar sobre ciertas caricaturizaciones de Foucault sobre el materialismo histórico.

Aunque circunscribiéndola a las clases sociales, ratificará su primer concepto de poder de años atrás ("la capacidad de una o varias clases para realizar sus intereses específicos"), pero remarcará con mayor fuerza que su campo es "estrictamente relacional", en tanto "los intereses de clase designan el horizonte de cada clase con relación a las otras", estando la capacidad de una en oposición a la capacidad de la otra, "designado y a la vez limitado".

Entendiendo entonces que "el poder depende y deriva de un sistema relacionista de lugares materiales ocupados por tales o cuales agentes", señalará como su fundamento, en las sociedades divididas en clases, la extracción del plus-trabajo, aunque no únicamente remitiendo "a un sistema material de distribución de lugares en el conjunto de la división social del trabajo". Por tanto, señalará que las diversas situaciones de ejercicio de poder, aun las más cotidianas —que no deben subestimarse— y a las que Foucault es más propenso (como la relación padre-hijo, hombre-mujer, por ejemplo) están fundadas en el poder de clase, de las que son un "eslabón".

Centrará sus críticas a Foucault en que en su sistema "la relación de poder no tendrá otro fundamento que ella misma", debilitando una "relación" que no es tal, en la medida en que "si el poder está siempre allí, si toda situación de poder es immanente a ella misma, ¿por qué iba a haber resistencia, de dónde vendría esa resistencia y cómo, incluso, sería posible?". Las resistencias de Foucault, sin mayor fundamento "que su propia relación con el poder", se desequilibran totalmente en la balanza hacia ese "poder totalidad", a esa immanencia, que nunca puede ser subvertida.

Para Poulantzas, Foucault, al no hallar una razón de ser al polo "resistencia", termina "esencializando y absolutizando" el poder, "siempre insoslayable", una sustancia que todo lo empapa y que todo atrapa. Cuando intenta salir de él, señalando a la "plebe" (esa "energía inversa"), su falta

\* Poulantzas, N., *Estado, poder y socialismo*, Siglo XXI.

de mayor fundamento y además su débil eficacia, en tanto es integrada apenas se strategiza, termina abandonando el concepto de poder como "relación", para convertirlo en "una esencia fagocítica".

Frente al poder-esencia de Foucault, Poulantzas remarca el poder como relación. Luego aplicará su tesis al problema del Estado, cuyas importantes conclusiones exceden los límites que nos hemos propuesto en este trabajo. Pero señalaremos que, alejado de las concepciones instrumentalistas, el Estado aparecerá considerado en las tesis poulantzianas como "la condensación material de una relación de fuerzas", por eso ningún conflicto será externo al campo estratégico del Estado, teniendo siempre "efectos" sobre él, atravesados, permeables a las luchas, creando contradicciones y divisiones en su seno, en tanto es el Estado "un lugar y un centro de ejercicio del poder, aunque sin poseer poder propio".

Las perspectivas que abre la concepción poulantziana del poder en el marco de una teoría crítica del derecho son sustanciales (si bien no es el único aporte de Poulantzas a la iusfilosofía: también podemos contar sus análisis sobre el origen del derecho moderno, su carácter, sus definiciones sobre la ley y aún sobre la lógica jurídica). Así, por ejemplo en el caso de las funciones del derecho, permite captar la complejidad del papel de lo jurídico en la sociedad moderna, no reduciéndolas sólo al engaño ideológico o a la represión, sino situando su rol dependiendo "de una relación de fuerzas en el marco del conflicto social"<sup>3</sup>. Y para una teoría del derecho que se empeña en no reducir a la norma su objeto teórico, un instrumento formidable para avanzar en nuevos desarrollos teóricos.

<sup>3</sup> Cárcova, Acerca de las funciones del derecho, presentado en las "Jornadas de Filosofía Jurídica y Social", 1986.

## RESPONSABILIDAD Y REALIDAD

¿Por qué es innecesaria la existencia de un régimen de responsabilidad civil contractual por un lado y extracontractual por el otro?

JAVIER RODRIGUEZ GALLI\*

EDUARDO A. BAISTROCCHI\*\*

### 1. INTRODUCCIÓN

Las clasificaciones en derecho no son susceptibles de ser apreciadas en cuanto a su valor de verdad, sino en cuanto a su utilidad o inutilidad.

Evidentemente sólo una clasificación clara es útil; cuando en defensa de intrincados laberintos doctrinarios se llega a soluciones jurídicamente disvaliosas, toda construcción de gabinete resulta prescindible.

Creemos que eso acontece con el doble régimen de responsabilidad civil. Este régimen le asigna distintos alcances normativos al deber de resarcir emergente del incumplimiento de un contrato (responsabilidad contractual) que al originado en la comisión de un hecho ilícito (responsabilidad extracontractual). Consideramos que el derecho contemporáneo, dinámico y multifacético, no admite la rigidez de esquemas binarios. Por el contrario, nos exige la búsqueda de elementos comunes, aglutinantes. Aquellos que permitan la aprehensión de un fenómeno único. Porque, aunque resulte paradójico, tal unicidad conceptual es garantía de que la multiplicidad de situaciones que presenta la vida mo-

\* Redactor de la revista "Lecciones y Ensayos".

\*\* Subdirector de la revista "Lecciones y Ensayos". Ayudante alumno en la asignatura Sociedades Cíviles y Comerciales.

derna han de estar contempladas por el derecho. Ya que tales situaciones no resultarán sino variantes de un mismo tema.

Este trabajo busca demostrar la prescindencia de un doble régimen de responsabilidad civil; en virtud de que tanto un régimen como otro están contruidos sobre una génesis común: la ilicitud.

En síntesis, pretendemos analizar la teoría de la responsabilidad monista como sistema normativo que regule en forma conjunta tanto el fenómeno de la violación del contrato (art. 1137, Cód. Civil) como el del deber genérico de no causar daño a los demás (art. 1169, Cód. Civil).

## 2. EL DUALISMO: UNA TEORÍA INNECESARIA

En el derecho romano no existió una precisa distinción entre los regímenes de responsabilidad contractual y extra-contractual. Habrían sido los glosadores y posglosadores quienes establecieron diferencias entre ambos<sup>1</sup>.

Este doble régimen fue receptado por los codificadores franceses quienes lo trasvasaron al Code. La doctrina francesa posterior entendió que los arts. 1137 y 1383<sup>2</sup> establecieron la dualidad en el concepto de culpa y, por lo tanto, en él fundaron el doble régimen de responsabilidad (Saintelette, Chironi)<sup>3</sup>. Sin embargo la doctrina francesa moderna sostiene el criterio de unidad de la culpa civil aun manteniendo un doble régimen de responsabilidad<sup>4</sup>. No obstante haber

<sup>1</sup> Ver Cazeaux, Pedro - Trigo Represas, Félix, Compendio de derecho de las obligaciones, t. II, p. 569, 1994.

<sup>2</sup> El art. 1137 del Cód. Civil francés establece: "La obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que el contrato tenga por objeto la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto su utilidad común, se recae a quien tiene la guarda, a prestarle todos los cuidados de un buen padre de familia". Por su parte, el art. 1383 dice que "cada uno es responsable del daño que él ha causado, no sólo por su hecho sino también por su negligencia o imprudencia". Se entendió que el primero de ellos se refería a la culpa contractual, en tanto el segundo a la culpa aquiliana.

<sup>3</sup> Conf. Cazeaux - Trigo Represas, op. cit., t. II, p. 569; Alterini, Attilio A., Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil p. 38; Bustamante Albina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil.

<sup>4</sup> Así los Mazeaud sostentan el principio: "Il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux ordres de responsabilité. Il existe de différences accessoires (no hay ninguna diferencia fundamental entre los órdenes de responsabilidad. Sólo existen diferencias accesorias). Ver Mazeaud,

sido ésta la postura dominante, hubo autores que defendieron la tesis monista: entre ellos Lefevre<sup>4</sup>.

Esta posición dualista fue receptada por Vélez Sarsfield quien diseñó un sistema de responsabilidad "binario", pero basado en un concepto unitario de culpa (art. 512). Asimismo estableció en el art. 1107 (sin precedentes en el derecho comparado) la posibilidad de optar entre uno u otro régimen, cuando se acreditaren determinadas condiciones.

Es importante destacar, en ese sentido, que la cuestión de la articulación de los ámbitos contractual y extracontractual ha generado serias discusiones doctrinarias<sup>5</sup>.

Como sabemos, el incumplimiento de una obligación surge de una convención habilita el régimen de responsabilidad contractual. De igual manera la violación del principio genérico de no dañar (*neminem laedere*), del art. 1109 del Cód. Civil, genera responsabilidad extrácontractual. Pero el problema se suscita, y ocurre con frecuencia, cuando el incumplimiento de una obligación contractual transgrede, además, el deber genérico de no dañar<sup>6</sup>. ¿Qué régimen debemos aplicar, el contractual o el extracontractual? La respuesta a esta pregunta ha generado dos posturas distintas: la "tesis de la compatibilidad" y la "tesis de la incompatibilidad".

La primera de ellas admite dos variantes: la de la opción y la del cúmulo.

La teoría de la opción permite al acreedor elegir entre

Henri et Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, p. 88.

<sup>4</sup> Lefevre, A., *De la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 1888. Este autor ha sido reiteradamente citado por la doctrina nacional como antecedente de la unificación de regímenes. Ver Altieri, op. cit., p. 38; Bustamante Alsina, op. cit., prefacio; Cazeaux - Trigo Represas, op. cit.

<sup>5</sup> Para una profundización sobre el tema ver Altieri, Atílio, *Opción aquiliana ante el incumplimiento contractual*, RJA, 1985-III-141 y siguientes. Respecto de la cuestión en el derecho español, ver García Valdecasas, Guillermo, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español en "Revista del Derecho Privado"*, 1982, p. 621 y siguientes.

<sup>6</sup> El español García Valdecasas, op. cit., p. 626, se pregunta lo siguiente: "¿Por que la víctima habría de encontrarse frente a su deudor contractual en peor situación que frente a un extraño que no contrae con él ninguna obligación en particular?" y agrega "sería inexplicable, por ejemplo, que el depositante dueño de la cosa, estuviese menos garantido contra los daños ocasionados a esta última por el depositario que contra los que pudiera causar un extraño".

uno u otro régimen; las condiciones de operatividad de esta alternativa son variadas y discutidas en doctrina<sup>8</sup>. Vélez la admitió con carácter restringido: sólo cuando el incumplimiento contractual degenera en delito criminal (art. 1107, Cód. Civil).

Por otro lado la "teoría del cúmulo" le otorga al acreedor la posibilidad de elegir entre uno y otro régimen las soluciones normativas que le sean más favorables. Este sistema, por su naturaleza híbrida, no ha sido aceptado doctrinaria ni legislativamente<sup>9</sup>.

La tesis de la incompatibilidad, por su parte, maximiza la separación entre ambos regímenes de responsabilidad, concibiéndolos como compartimentos estancos. Esta es la posición sustentada por la jurisprudencia y doctrina francesa luego de los serios debates generados a causa de la inexistencia de un artículo que, como el 1107 de nuestro Código, estableciera el derecho de opción.

Sin embargo, todas estas discusiones han sido recientemente superadas por la doctrina nacional y extranjera. Así, actualmente se sostiene la unidad del fenómeno resarcitorio en torno al concepto unitario de ilicitud. Por otro lado también se propicia un nuevo enfoque en materia de daños que atiende primariamente el interés de la víctima, relegando al responsable a un rol secundario. Estas consideraciones serán materia de análisis en los próximos apartados.

### 3. EL MONISMO Y LA UNICIDAD DE LO ILÍCITO<sup>10</sup>

La teoría de la unificación del régimen de la responsabilidad civil se funda en el principio de la unicidad de lo ilícito. Toda ilicitud presupone la existencia de una ley violada. Ése es precisamente nuestro caso: en la responsabilidad contractual lo que se viola es el acuerdo de voluntad de las partes, que tiene fuerza de ley material para las mismas (art.

<sup>8</sup> Alterini, op. cit., R/BA, 1965-III-161 y ss. ensaya una clasificación tripartita clara e ilustrativa al respecto.

<sup>9</sup> Conf. Alterini, op. cit., p. 82; Cazeaux - Trigo Represas, op. cit., t. II, p. 571.

<sup>10</sup> El concepto pertenece a Goldenberg, Ildoro. Una aproximación a este concepto puede encontrarse en La unidad de los regímenes de responsabilidad y la relación causal en el Proyecto de Unificación, LL, 1965-A-865.

1197, Cód. Civil). En el supuesto de responsabilidad extracontractual lo que se viola es el principio de no dañar a otro, que reviste conforme al art. 1109 del Cód. Civil, igual naturaleza de ley material.

Como vemos, no existe una real diferencia entre ambos tipos de ilicitud. Si la estructura de ambos es idéntica: ¿Cuál es la verdadera justificación de un doble régimen? Estamos convencidos de que tal dualidad descansa en un análisis axiológico que reputamos falaz: creer que es más grave el hecho ilícito que el incumplimiento contractual.

En síntesis, el origen de la responsabilidad civil contractual como de la extracontractual es idéntico<sup>11</sup>. Tanto es así que nuestra doctrina, hasta hace poco mayoritariamente dualista, no dudaba en asignarles a ambos regímenes iguales elementos constitutivos.

#### 4. SIMILITUDES Y PRETENDIDAS DIFERENCIAS

La doctrina entiende pacíficamente que los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual están estructurados sobre cuatro elementos comunes a ambos.

Ellos son: a) el hecho antijurídico; b) el daño; c) la relación causal entre hecho y daño; d) el factor de responsabilidad, sea éste subjetivo (culpa o dolo) u objetivo (teoría del riesgo).

En razón de que este tema excede el propósito de este trabajo y de que la doctrina lo ha analizado exhaustivamente, allí nos remitimos *breuitatis causa*<sup>12</sup>.

Sin embargo, mucho mayor interés despiertan las diferencias que hasta hace poco tiempo la doctrina mayoritaria reputaba sustanciales para sostener la dualidad de regímenes<sup>13</sup>. Ellas eran: a) daño moral; b) carga de la prueba; c) fundamento objetivo de la responsabilidad; d) mora; e) com-

<sup>11</sup> Conf. Cazaux - Trigo Represas, op. cit., t. II, p. 244.

<sup>12</sup> Conf. Alterini, op. cit.; Bustamante Alsina, op. cit.; Cazaux - Trigo Represas, op. cit.; Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones; Salvat, Bayamón, Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general (actualizada por Enrique V. Galli); Colma, Alfredo, Obligaciones en la doctrina francesa ver Rigert, Georges - Boulanger, Jean, Derecho civil, t. V, Traité de droit civil, trad. Delia García Baireaux; Planol, Marcel, Tratado práctico de derecho civil; Masséou, op. cit.

<sup>13</sup> Ver Bustamante Alsina, op. cit.; Alterini, op. cit. p. 25.

potencia en razón del lugar, material; f) prescripción; g) extensión del resarcimiento.

Intentaremos demostrar que las cinco primeras diferencias no son tales a la luz de la legislación vigente. En cambio las dos últimas sí lo son, conforme al actual esquema normativo. Por ello, en este caso nuestro propósito será dejar en claro que tales diferencias sólo responden a la discrecional voluntad del legislador. Comencemos con aquellas diferencias que no son tales:

El daño moral está comprendido siempre en la reparación del hecho ilícito, conforme al art. 1078 del Cód. Civil. Como diferencia se señalaba que en el campo contractual su procedencia era facultativa para el juez debido a la defectuosa redacción del art. 522 del Cód. Civil. Sin embargo, creemos que el juez no podrá discrecionalmente denegar el resarcimiento por daño moral estando éste debidamente acreditado<sup>14</sup>. De ser así la decisión judicial sería arbitraria, y por lo tanto la vía del recurso extraordinario quedaría expedita<sup>15</sup>.

En cuanto a la carga de la prueba, se sostenía que en el ámbito extracontractual correspondía a la víctima probar la culpa del demandado. Por el contrario, en el ámbito contractual se entendía aplicable el esquema binario de Demogue que divide las obligaciones en aquéllas de medios (prueba el actor) y de resultado (prueba el demandado). Esta innecesaria complicación doctrinaria ha sido superada por la realidad negocial que supone una multiplicidad de obligaciones de difícil encuadre<sup>16</sup>.

En materia extracontractual, tampoco el esquema ensa-

<sup>14</sup> Conf. Trigo Represas, Félix, La responsabilidad civil en el Anteproyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, LL, 1987-C-863.

<sup>15</sup> Esta variante no legislada del recurso extraordinario es creación pretoriana de la Corte Suprema de la Nación y se agrega como cuarto supuesto del art. 14 de la ley 48. Así lo sostiene Morello, Augusto, El recurso extraordinario.

Conforme, además, Garrido, Roque, en su ponencia, en el tema 13 del "IV Congreso Nacional de Derecho Civil", p. 96. Este autor llega a conclusiones similares a las nuestras.

<sup>16</sup> Esta afirmación es sostenida por Alterini, Atilio, Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual, LL, 1988-B, 947 y siguientes. En este trabajo el mencionado autor relativiza la teoría de las obligaciones de medios y resultados, expuesta por Demogue a comienzos de este siglo.

yado pareciera ser el correcto. En efecto, son múltiples los casos en que es el demandado quien asume la carga de la prueba, tal es el supuesto de los distintos tipos de responsabilidad objetiva (art. 1113, Cód. Civil).

Por todo lo expuesto consideramos que la multiplicidad de situaciones que presenta el derecho actual obsta a una diferenciación tan esquemática como la que se pretende. Esto nos lleva a concluir, con Planiol, que "la cuestión de la distribución en el aporte de las pruebas, no presenta tanta importancia como pudiera creerse; en la práctica, ambas partes hacen alegatos y el juzgador llega a su convicción apreciando esos elementos, confrontándolos y combinándolos"<sup>17</sup>.

La doctrina mayoritaria sostenía que la responsabilidad objetiva sólo era aplicable al campo extracontractual. Sin embargo son diversos los casos en que tal responsabilidad rige en el ámbito contractual, por ejemplo, ley de accidentes de trabajo, ley de transporte terrestre, etcétera.

Respecto del régimen de la mora, se ha dicho que mientras en el ámbito extracontractual opera desde el día del acaecimiento del ilícito, en el ámbito contractual, rigen las modalidades del art. 509 del Cód. Civil.

Creemos que esta distinción es insustancial. Ello es así en razón de que en el campo contractual, donde la mayoría de las obligaciones son a plazo, la mora opera en forma automática a partir del incumplimiento (conf. art. 509). Esto crea en la práctica un régimen similar.

La cuestión de la competencia es eminentemente procesal; por lo tanto creemos que una mera norma ritual carece de entidad suficiente para justificar el régimen de responsabilidad binario.

La extensión del resarcimiento y la prescripción, como dijimos, constituyen las diferencias sustanciales entre un régimen y otro en el actual esquema del Código.

No pretendemos ignorar las mencionadas diferencias, sino demostrar que sus límites, en ambos casos, dependen de la voluntad del legislador. Ello es así en virtud de que su eventual modificación, mediante una reforma legislativa, no afectaría la "naturaleza jurídica" de los regímenes en análisis. Se trata, pues, sólo de un problema de política legislativa.

<sup>17</sup> Planiol, op. cit., p. 688.

### 5. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO

#### a) El esquema del Código

Como vimos, las diferencias sustanciales que estableció el legislador son la extensión del resarcimiento y la prescripción.

En cuanto a la prescripción Vélez previó para las acciones derivadas del incumplimiento contractual el plazo de diez años (art. 4023, Cód. Civil), en cambio, en el régimen extracontractual el plazo es de dos años (art. 4037, Cód. Civil, reformado por ley 17.711).

En cuanto a la extensión del resarcimiento, en el sistema contractual se responde por las consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520, Cód. Civil); cuando media dolo se incluyen las consecuencias mediatas (art. 521, Cód. Civil).

En el caso de la responsabilidad extracontractual, la extensión del resarcimiento comprende las consecuencias inmediatas y mediatas; en caso de dolo, se responde por las consecuencias casuales tenidas en mira al ejecutar el hecho (art. 901 y ss., Cód. Civil).

#### b) La ley 17.048

Es importante destacar que nuestro ordenamiento acepta la tesis monista de la responsabilidad civil. En efecto, con la sanción de la ley 17.048, aprobatoria de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, se incorpora en nuestro derecho positivo la unidad de los regímenes contractual y extracontractual.

La convención establece la responsabilidad del explotador de una instalación nuclear en forma objetiva (art. IV.1), haya o no asumido contractualmente tal responsabilidad (art. II.1.b y c). El plazo de la prescripción (art. VI) y la extensión del resarcimiento (art. V) son idénticos.

#### c) Anteproyectos de reforma al Código Civil

Analizaremos, en este punto, la totalidad de anteproyectos de reforma, al Código Civil. Determinaremos si reciben o no a la teoría de la responsabilidad civil dualista.

1) Anteproyecto Bibiloni<sup>18</sup>. Este prolijo trabajo del doctor Bibiloni establece, en cuanto al plazo de la prescrip-

<sup>18</sup> Bibiloni, Juan A., Anteproyecto, Bs. As., Kraft, t. II.

ción, un término de diez años para el sistema contractual (art. 3438, Cap. III, Tít. XVI, Secc. II, Libro IV) y un año para el régimen extracontractual (art. 3438, Cap. III, Tít. XVI, Secc. II, Libro IV).

En lo concerniente a la extensión del resarcimiento, se prevé en el ámbito de la responsabilidad contractual dolosa y culposa, el responder por las consecuencias que deriven "de la prestación misma" (inmediatas) y "que previó o pudo prever" (mediatas) (arts. 1054 y 1055, Cap. IV, Tít. II, Secc. I, Libro II).

En cuanto a la responsabilidad aquiliana derivada del delito civil se responderá por las consecuencias inmediatas, necesarias y mediatas tenidas en mira (art. 1385, Tít. III, Sec. I, Libro II).

Respecto de la variable de hecho ilícito culposo, este anteproyecto remite al régimen de la responsabilidad contractual (arts. 1054 y 1055).

Resulta claro que este anteproyecto recepta la teoría de la responsabilidad civil binaria.

2) *Anteproyecto de 1936*<sup>18</sup>. En cuanto al plazo de prescripción, este trabajo establece, en materia contractual, el término de diez años (art. 324, inc. 4°, Tít. IV, Secc. V, Libro I) y en la órbita aquiliana, el plazo de un año (art. 328, inc. 6°, Tít. IV, Secc. V, Libro I).

En lo concerniente a la extensión del resarcimiento, en el campo contractual, sea doloso o culposo el incumplimiento, se estatuye que "el juez estimará el importe con arreglo a las circunstancias" (art. 596, Tít. II, Secc. I, Libro III). En la órbita de responsabilidad aquiliana, con sus variables dolosa y culposa, se establece que "el deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por hechos ilícitos" (art. 888, Tít. III, Secc. VI, Libro III).

Este proyecto nos sorprendió por la amplitud de facultades que pone en cabeza del juez para determinar la extensión del resarcimiento. Es además muy claro que se recepta la teoría de la responsabilidad civil dualista.

3) *Anteproyecto de 1954*<sup>19</sup>. En el ámbito contractual, el

<sup>18</sup> Anteproyecto de 1936, Bs. As., Kraft.

<sup>19</sup> Anteproyecto de 1954 para la República Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; Instituto de Derecho Civil y Comparado, 1988, publicación 979; se puede encontrar en la biblioteca de la Corte Suprema de la Nación con el n° C-2734.

plazo de prescripción es decenal (art. 323, inc. 5º) y anual en el campo extracontractual (art. 327, inc. 9º).

En lo relacionado a la extensión del resarcimiento, en el campo extracontractual en la variable culposa, se deberá responder por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles. Cuando el hecho ilícito constituye delito civil (media dolo), se deberán resarcir los daños que sean consecuencia inmediata, previsible y casuales tenidas en mira (art. 1075).

En la débita contractual, en el incumplimiento culposo, se deberá responder por las consecuencias inmediatas y directas (art. 883, Secc. I, Cap. VI, Libro IV). En el caso de incumplimiento doloso el anteproyecto remite al art. 1075 ya analizado.

En síntesis, todos los anteproyectos de reforma al Código Civil regulan en distintos lugares a las dos ramas de la responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual. Vale decir, aceptan la teoría de la responsabilidad civil dualista.

#### d) Proyecto de unificación del derecho privado

El proyecto de unificación del derecho privado no hace más que pretender convertir en ley un criterio largamente expresado por la doctrina civilista nacional desde el comienzo de la década del 60: la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil.

Así lo sostuvieron el "Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil" (Córdoba, 1961), las "Quintas Jornadas de Derecho Civil" (Rosario, 1971), las "Primeras Jornadas Australes de Derecho" (Comodoro Rivadavia, 1980), "Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal" (Junín, 1986), "Terceras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (San Juan, 1986), "Jornadas Nacionales de Unificación de Obligaciones Civiles y Comerciales" (Buenos Aires, 1986), "Décimas Jornadas de Derecho Civil" (Corrientes, 1985), y "Undécimas Jornadas de Derecho Civil" (Buenos Aires, 1987)<sup>21</sup>. En este sentido es interesante destacar lo sostenido por Izquierdo Tolsada al afirmar que nuestro Código, en caso de ser aprobado el proyecto, se encontraría entre los más modernos del mundo.

<sup>21</sup> Conf. López Cabana, Roberto, "El Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial", LL, 1987-D-848; Goldenberg, op. cit., p. 880 y siguientes.

En efecto, sólo los Códigos de Checoslovaquia, Senegal, Yugoslavia y Quebec<sup>21</sup>, aceptan la responsabilidad civil monista.

El proyecto en cuestión logra la unificación de regímenes mediante:

1) La supresión del art. 1107 que separaba a ambos regímenes.

2) La unificación del plazo de prescripción por el término de cinco años en el nuevo art. 3933.

3) La unificación de la extensión del resarcimiento a través de la nueva redacción del art. 906 y la supresión del contenido de los arts. 520 y 521.

En otros términos el proyecto aplica los límites de la reparación extracontractual a la derivada del incumplimiento contractual. Vale decir que en ambos casos debe responderse por las consecuencias inmediatas y mediatas (conf. arts. 903 y 904, Cód. Civil) y, si media dolo, también se comprende a las consecuencias casuales (conf. art. 905).

Todo ello de conformidad con los principios de la causalidad adecuada.

En síntesis, y por las razones que hemos expuesto, creemos que el proyecto no hace más que responder a criterios de justicia, sentido común y simplicidad.

## 8. UN NUEVO ENFOQUE EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En los apartados precedentes hemos dejado en claro que el fenómeno resarcitorio tiene como origen común la ilicitud. También hemos desestimado las pretendidas diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad. Finalmente, hemos destacado la actual posición de la doctrina, favorable a la unidad de regímenes, que se expresa a través del ya comentado Proyecto de Unificación del Derecho Privado.

Es el turno, pues, de darle sustento a la tesis de la unidad mediante la adopción de un esquema valorativo acorde con ella. Tal es el propósito del presente apartado.

La moderna doctrina francesa ha entendido que la evolución de la responsabilidad eminentemente subjetiva del

<sup>21</sup> Ver López Cabana, *op. cit.*, p. 945.

Code hacia factores de atribución enteramente objetivos, y aun, hacia una responsabilidad sin responsables, hace necesario un nuevo enfoque en materia de responsabilidad civil<sup>21</sup>.

Así Yvonne Lambert Faivre sostiene que el moderno derecho de daños no debe enfocarse ya desde la obligación de reparar del responsable sino desde el derecho de la víctima a ser indemnizada. Vale decir que la responsabilidad civil ha de evolucionar de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de reparación.

En la doctrina nacional, José López Olaciregui ha defendido una postura parecida, aun utilizando otra terminología. En efecto, este prestigioso autor sostuvo que "un daño civil puede ser injusto tanto por el hecho de haber sido injustamente causado como por el hecho de haber sido injustamente sufrido"<sup>22</sup>. Vale decir que allí en los casos en que el daño no aparece injustamente causado, debe atenderse primordialmente al interés de la víctima, que es quien injustamente lo ha sufrido.

En síntesis, podemos decir que en la moderna responsabilidad civil "l'indemnisation des victimes se passe de responsable"<sup>23</sup>.

El primer interrogante que nos presenta esta postura doctrinaria es el siguiente: ¿Acompaña este nuevo enfoque una evolución jurisprudencial y legislativa en el mismo sentido?

En caso de responder negativamente, estaríamos ante otra elaboración doctrinaria sin aplicación práctica. Por ello, convengamos en principio que la respuesta debe ser la afirmativa y verifiquemos tal hipótesis.

En el terreno legislativo, nuestro ordenamiento jurídico ha receptado, desde hace mucho tiempo, supuestos que contemplan el derecho de la víctima a ser indemnizada. Piénsese, por ejemplo, en la ley de accidentes de trabajo que prevé la reparación aun en los casos de fuerza mayor, si ésta no es ajena al trabajo. La ley 17.711 también aportó en

<sup>21</sup> Ver un reciente trabajo a propósito de la sanción de la ley de indemnización de las víctimas del terrorismo: Lambert Faivre, Yvonne, L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1987, p. 1.

<sup>22</sup> López Olaciregui, José M., Esencia y fundamento de la responsabilidad civil, RDCO, 1978-941.

<sup>23</sup> Lambert Faivre, op. cit., p. 1.

el mismo sentido la responsabilidad del dueño o guardián por el riesgo o vicio de la cosa (art. 1113, Cód. Civil); la responsabilidad fundada en razones de equidad (art. 907 *in fine*, Cód. Civil), y la responsabilidad por exceso en la normal tolerancia entre vecinos (art. 2618, Cód. Civil). También debe contarse la inclusión en nuestro derecho de la Convención de Viena sobre responsabilidad por daños nucleares; es decir, la ya comentada ley 17.048. Finalmente, digamos que el Proyecto de Unificación del Derecho Privado termina de consolidar el enfoque propuesto, estableciendo la extensión de la responsabilidad objetiva por el hecho de terceros al incumplimiento contractual (art. 521); la responsabilidad objetiva y solidaria por actividades riesgosas (arts. 1113 a 1119); la responsabilidad objetiva y concurrente del productor o fabricante (art. 2176); y la responsabilidad objetiva del transportista oneroso de personas (art. 2186)<sup>22</sup>. Como vemos, el derecho argentino concentra cada vez mayor interés en la víctima de un daño que en el responsable.

El análisis de la jurisprudencia merece el siguiente comentario: si bien hoy por hoy, se concede amplia y pacíficamente que el interés de la víctima prevalece sobre el del demandado, tal postura no es sino el producto de una lenta maduración. Por ello, hemos seleccionado *ex profeso* tres antiguos fallos en los cuales, a pesar de la diversidad de fundamentos, los jueces entendieron prioritario el derecho de la víctima a ser indemnizada.

Así, en los autos "Bonavena, P. y otra c/ C. A. Huracán"<sup>23</sup> se discutió la responsabilidad del Club Huracán con relación a un espectador lesionado como consecuencia de la rotura de un tablón de la tribuna destinada al público de dicho club. El espectador falleció como consecuencia de una septicemia sobreviniente. La Cámara resolvió a favor del resarcimiento del actor basándose en el incumplimiento de una obligación contractual (deber de seguridad del contrato innominado de autos) y en la violación de los arts. 1109 y 1133 del Cód. Civil (responsabilidad extracontractual).

En "Kulosar de Juhasz, Z. c/Picardo, O. (Suc.)"<sup>24</sup> se re-

<sup>22</sup> Goldenberg, *op. cit.*, p. 884 y ss.; Casaux - Trigo Represa, *op. cit.*, t. II, p. 888.

<sup>23</sup> CCivI<sup>2</sup>Cap. 13/941, LL. 34-643, con crítico comentario de Acosta Anzorina, Arturo, *Incumplimiento de contratos y responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas*.

<sup>24</sup> CCivI<sup>2</sup>Cap. 23/1047, LL. 49-371, con comentario de Neppi, Víctor,

solvió que el locador es responsable por el mal funcionamiento del calefón del baño que causó la muerte por asfixia del locatario estableciendo que "no existe exclusión recíproca entre la culpa derivada del hecho de las cosas (culpa aquiliana) y la culpa contractual emergente de la locación pactada; lo importante es demostrar la relación de causalidad entre el hecho y el daño y la imputabilidad de aquél a culpa del dueño de la cosa".

Finalmente, en los autos "Demaria, A. c/Restaurante Abruzzese y otro"<sup>28</sup> se discutió la responsabilidad del propietario de un restorán por la muerte ocasionada a un cliente en razón de haber suministrado alimentos en mal estado.

La Cámara concedió el reclamo indemnizatorio basándose en la violación del contrato innominado que vinculaba a la víctima con el demandado. Por su parte la Corte, sin desestimar la decisión del a quo, satisfizo la pretensión de la actora sustentando su posición en los principios de la responsabilidad extracontractual. Este análisis nos lleva necesariamente a plantearnos un segundo y definitivo interrogante: ¿Enerva el nuevo enfoque la existencia de un doble régimen de responsabilidad civil?

Creemos que los fallos expuestos nos dan la respuesta. En todos ellos los jueces fallaron haciendo lugar a la indemnización y prescindiendo de los esquemas doctrinarios prevalentes. Por esa razón, merecieron la crítica de la doctrina. Sin embargo, ésta debió en todos los casos reconocer que las soluciones arribadas habían sido justas.

Esto nos lleva a afirmar que el nuevo enfoque de la responsabilidad resulta el fundamento axiológico de la unificación de regímenes.

Finalmente, no queremos dejar de destacar que desde el punto de vista valorativo la mentada unificación supone descartar el ya criticado prejuicio acerca de la mayor gravedad del hecho ilícito frente al incumplimiento contractual. En su reemplazo debemos abrazar aquel que sostiene que frente al daño, hecho ilícito e inexecución se igualan en sus consecuencias.

Aquí, quienes esto escribimos, debemos confesar que mantuvimos serias discrepancias "intestinas" respecto de la

---

Concurrencia de la responsabilidad extracontractual con la responsabilidad contractual.

<sup>28</sup> SCBA, 84661 JA, 1985-V-120, con comentario de Marella, Augusto M., ¿Responsabilidad aquiliana o contractual?

justicia de esta asimilación. En concreto, nos preguntamos si a quien incumple deliberadamente una obligación contractual debe alcanzarse las mismas consecuencias que al autor de, por ejemplo, un parricidio (art. 80, inc. 1.º, Cód. Penal). Finalmente debemos coincidir que ante la causación de un daño la extensión del resarcimiento debe ser idéntica, por cuanto ella sólo establece un *quid* (¿hasta dónde alcanza?) y no el *quantum* del monto de la indemnización. En consecuencia este criterio unificador no sólo es justo, sino además es más simple que el régimen hoy vigente.

Por todo lo expuesto concluimos que la moderna responsabilidad civil en cuanto "derecho de la víctima" a ser indemnizada, tiene suficiente arraigo doctrinario, jurisprudencial y legislativo como para imponerse y justificar la unificación de regímenes en nuestro derecho.

## 7. CONCLUSIONES

a) El derecho tiene por función ordenar la vida en sociedad en base a criterios considerados justos.

b) La responsabilidad civil es el dispositivo con que cuenta el derecho para "volver" una situación de hecho dañosa a su estado anterior al daño, a través de una reparación patrimonial.

c) La responsabilidad civil no debe sujetarse a esquemas de laboratorio que vuelvan sus soluciones en perjuicio de las víctimas.

d) Toda clasificación jurídica artificiosa no sólo acrecienta la desconfianza del justiciable en el derecho, sino que además torna de imposible concreción la máxima de que la ley se presume conocida por todos.

e) El doble régimen de responsabilidad civil (contractual y extracontractual) no es más que una construcción jurídica artificiosa.

f) No se pretende la amalgama de dos fenómenos tan distintos como lo son el hecho ilícito y el contrato en cuanto tales. Sólo se busca la unificación de los regímenes que regulan la responsabilidad emergente del acceramiento del hecho ilícito y del incumplimiento contractual.

g) La responsabilidad contractual y extracontractual no son más que hijas de una misma madre: la ilicitud.

a) Las diferencias que se pretenden entre ambos sistemas no responden sino a la voluntad del legislador.

i) La incorporación de la ley 17.048 y el Proyecto de Unificación del Derecho Privado no son más que la traducción legislativa de un criterio ampliamente aceptado por la moderna doctrina.

j) La moderna responsabilidad civil no debe enfocarse desde la obligación de reparar del responsable sino desde el derecho de la víctima a ser indemnizada.

k) Este nuevo enfoque de la responsabilidad civil y la teoría de la unificación de regímenes, no tienen sino sólo un beneficiario: el justiciable.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuña Anzorrena, Arturo, Incumplimiento de contrato y responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, LL, 24-645.
- Alterini, Atilio A., Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.
- La opción equitativa ante el incumplimiento contractual, RJA, 1965-III-141.
- Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual, LL, 1988-B-947.
- Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Bs. As., Perrot, 1989, t. II, p. 222 y siguientes.
- Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1972.
- Casassa, Pedro - Trigo Represas, Félix, Compendio de derecho de las obligaciones, La Plata, Platanos, 1984.
- Colma, Alfredo, Obligaciones, Bs. As., Menéndez, 1920.
- García Valdecasas, Guillermo, El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español, en "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1962, p. 131.
- Goldenberg, Isidoro, La unidad de los regímenes de responsabilidad civil y la relación causal en el Proyecto de Unificación, LL, 1988-A-739.
- Lambert Fatiwe, Ivonne, L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", Paris, Sirey, 1987, p. 1.
- López Cabana, Roberto, El Proyecto de Unificación Legislativa de la Legislación Civil y Comercial, LL, 1987-D-845.
- López Olacregui, José M., Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo, RJA, 1984-IV/59.
- Ejercicio y fundamento de la responsabilidad civil, RDCO, 1978-941.

- Llambías, Jorge J., *El fundamento de la responsabilidad civil en el Código de Vélez y en la reforma*, ED, 25-227.
- *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1966.
- Mazeaud, Henri et Léon, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Sirey, 1947.
- Morello, Augusto M., *¿Responsabilidad contractual o aquiliana?*, JA, 1955-V-129.
- *El recurso extraordinario*, La Plata, Platense, 1967.
- Neppi, Víctor, *Concurrencia de la responsabilidad extracontractual con la responsabilidad contractual*, LL, 49-373.
- Orgaz, Alfredo, *La limitación del resarcimiento en la responsabilidad contractual y extracontractual*, LL, 58-25.
- Planiol, Marcel - Ripert, Georges, *Tratado práctico de derecho civil*, trad. por Mario Díaz Cruz, Habana-Buenos Aires, 1926.
- Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *Derecho civil*, Bs. As., La Ley, t. V, p. 47 y siguientes.
- Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general* (actualizado por Enrique A. Galli), Bs. As., Tea, 1951.
- Trigo Represas, Félix, *La responsabilidad civil en el anteproyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación*, LL, 1947-C-683.



## **CRÍTICA JURISPRUDENCIAL**



## PRESENTACIÓN

Como Ignacio A. Lerer y Gustavo Naveira de Casanova afirman al comienzo de su trabajo, no es frecuente en nuestro medio que se haga un estudio analítico de las decisiones judiciales. Efectivamente el trabajo que tenemos ante nosotros intenta exitosamente hacer una contribución en ese sentido.

La filosofía analítica provee herramientas conceptuales que si bien no siempre permiten resolver los problemas teóricos, hacen posible plantearlos con claridad. Por ejemplo, su rechazo de un esencialismo ingenuo respecto del lenguaje facilita la comprensión de las indeterminaciones de tipo semántico y sintáctico que presentan las expresiones de los lenguajes naturales. El recurso a la lógica, y en especial a la lógica deóntica en el caso del derecho, le permite a la filosofía analítica detectar lagunas, contradicciones y redundancias.

Pero aún más que facilitar el diagnóstico de estas dificultades de interpretación, la filosofía analítica nos libera de la ilusión de que la dogmática jurídica cuente con métodos para encontrar soluciones unívocas y valorativamente neutrales para las indeterminaciones que el derecho presenta. Los diversos recursos dogmáticos —las definiciones conceptuales, la inducción jurídica, la apelación al “legislador racional”, etc.— presuponen, generalmente en forma encubierta, juicios valorativos que deben ser claramente expuestos y justificados.

Una vez que el carácter inevitablemente valorativo de la interpretación jurídica es puesto de manifiesto —como lo hacen con destreza Lerer y Naveira de Casanova—, por cierto surgen una serie de interrogantes de muy compleja respuesta: ¿cuál puede ser el fundamento intersubjetivo de tales juicios? ¿Cómo puede conocerse su verdad o falsedad?

¿Cuál es la competencia de los jueces para realizar una tarea que implica tomar posiciones que, por su naturaleza ideológica y política, debería quedar reservada a los órganos que tienen origen democrático? ¿Hasta qué punto hay algún sometimiento de los jueces a los órganos políticos, si las prescripciones de estos últimos pueden dar lugar a cualquier contenido normativo, de acuerdo con los criterios generales de interpretación que se adopten y a la forma de resolver las indeterminaciones que cualquier criterio deja abiertas?

Por cierto que no es propósito de los autores de este trabajo resolver estas cuestiones en relación con el caso que comentan, pero tienen el mérito de hacernos ver que la solución del caso presupone respuestas para aquellas cuestiones. Dado que el discurso jurídico no es más que una especialización del discurso moral, los juristas no pueden seguir eludiendo una preocupación explícita por consideraciones valorativas y metavalorativas.

**CARLOS S. NINO \***

\* Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Profesor visitante en Yale (USA), y ex coordinador del Consejo de Consolidación de la Democracia.

## **ANATOMÍA JURISPRUDENCIAL: DOS VISIONES SOBRE EL CONCUBINATO ¿O UNA?**

**IGNACIO ADRIÁN LEREA\***

**GUSTAVO NAVIERA\*\***

### **1. INTRODUCCIÓN**

Es infrecuente hallar un estudio doctrinario de la jurisprudencia desde el punto de vista analítico. Casi siempre los "juristas" al comentar algún fallo, no logran sustraerse de los convencionalismos y de los lugares comunes que años de práctica y de costumbre han conformado. Se limitan a marcar sus coincidencias y disidencias con la decisión tomada por el tribunal en cuestión, sin detenerse a analizar los mecanismos -muchas veces sutiles- que los jueces ponen en marcha al tratar de fundamentar la solución a la que arribaron.

Trataremos de hacer algo diferente.

### **2. ESTUDIO TRADICIONAL DEL FALLO**

#### **a) Fallo elegido**

El decisorio elegido a los fines propuestos corresponde a la CSJN, 12/8/82, "C.L.A.", ED, 100-474 (ver los fallos al final del trabajo).

\* Director de la revista "Lecciones y Ensayos". Ayudante alumno en la asignatura Elementos de derecho constitucional.

\*\* Redactor de la Revista "Lecciones y Ensayos".

b) Fallos relacionados de manera relevante

En este rubro relacionamos los siguientes: CSJN, 20/12/57, "Sánchez, Laura Pérez de", JA, 1958-III-488; id., 16/12/60, "M. de G., M.", LL, 103-133; id., 11/5/62, "C. de S., E. J. L.", ED, 88-546 (ver al final del trabajo).

c) Análisis del fallo en cuestión

1) Instancia administrativa. Tanto el Instituto Municipal de Previsión Social como el Intendente Municipal de la ciudad de Buenos Aires, ante quien se interpuso recurso, desestimaron la solicitud de M. C. D. de obtener pensión a raíz de la jubilación de que gozara en vida L. A. C. Ambos fundaron su decisión en la no acreditación del vínculo marital con el causante, descalificando la validez para esos fines de la partida de matrimonio religioso (celebrado in articulo mortis) que presentara la actora.

2) Instancia judicial. La denegatoria fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, considerando irrelevantes los precedentes invocados por la quejosa, opuestos tanto a la doctrina que establece que "viuda" según el art. 38 de la ley 18.037 es estrictamente "cónyuge superstite", ateniéndose a una interpretación literal y restrictiva, como también a la que establece la fuente legal para las obligaciones previsionales, área donde no se aplican criterios diferentes a la ley civil.

Llega por fin ante la Corte Suprema mediante recurso de queja interpuesto por denegatoria de recurso extraordinario. En esta instancia obran los argumentos siguientes:

a) La parte, M.C.D., basa su apelación en dos puntos principales. Primero considera que al haber existido matrimonio religioso (culto católico) y no haber habido impedimento de ligamen, cae el sustento en fallos de la Corte que había dado la Cámara. No son adecuados esos antecedentes pues en ellos el rechazo del beneficio de pensión se debió a la existencia de matrimonio en fraude a la ley, en un caso, y en una "mera" convivencia de hecho, en el otro. Como segundo argumento, plantea la inconstitucionalidad de la ley 2393 de matrimonio civil. Da para ello las siguientes razones: a) la ley 2393 por cuanto establece una única forma de matrimonio válida que produzca efectos jurídicos, va en contra del art. 2º de la Const. Nacional que obliga al Gobierno Nacional a "sostener" el culto católico

apostólico romano, sostén que debe ser no sólo económico, sino en este caso también jurídico, dando validez a los matrimonios celebrados según sus cánones; b) el matrimonio civil único ofende la libertad de cultos y de conciencia; c) hace hincapié en el art. 14 del Cód. Civil en cuanto menciona al culto católico como religión de Estado, extendiendo analógicamente dicho artículo.

b) El Procurador General de la Nación refuta puntualmente las argumentaciones de la actora. En cuanto al primer núcleo argumental, dice que no es atendible la queja de la apelante ya que la Cámara ha resuelto conforme a la "interpretación" legal que la Corte tiene ya establecida. Asimismo las razones aducidas por M.C.D. en cuanto a la calidad del vínculo religioso y la falta de impedimentos en ambos contrayentes, que harían "extensible" a la actora el término "viuda", no son suficientes para asimilar su situación a la que se dio en el antecedente citado, "Sánchez, Laura Pérez de".

En ese fallo, se dieron circunstancias particulares, primordialmente la creencia de buena fe en la innecesidad legal de la unión civil con arreglo a la ley, presumiendo como válido y legal el vínculo reconocido por la Iglesia —según ocurría en Cuba de donde era oriundo el causante—. Además, el sacerdote no reclamó el previo cumplimiento de la unión civil (art. 110, ley 2393).

Al no invocar la apelante circunstancias "singulares" de ese calibre, celebrándose el matrimonio religioso por cuestiones puramente de fe, se pide el rechazo de la cuestión, diciendo que no es susceptible de análisis en esta instancia.

Encuentra procedente el recurso en cuanto a la inconstitucionalidad de la ley 2393, que constituye el segundo núcleo argumental de la actora. La refutación se corresponde puntualmente, rechazando la impugnación de inconstitucionalidad: a) "sostener" según el "espíritu de los legisladores", es excluir toda religión de Estado y que la Nación proteja a la religión católica. Cita fallos de la Corte en ese sentido, a los que mienta como la interpretación "auténtica". El deber de los poderes públicos de respetar dogmas y leyes de la celebración del matrimonio en tanto institución canónica, no tiene como correlato un derecho que exima a quienes profesan ese culto, de las leyes de matrimonio civil, para adquirir efectos civiles válidos; b) el matrimonio civil unifica la celebración de un acto trascendente tanto para los indivi-

duos como para el Estado, ya que la "familia legítima", cuya base es el matrimonio, es la célula primordial de la sociedad. Y dada la libertad de cultos que la Constitución consagra, es razonable que esa unificación se dé en el ámbito civil, laico. Además queda expresamente a salvo la celebración religiosa posterior; c) rechaza tal argumento por ser "manifiestamente inidóneo".

c) En cuanto a la Corte Suprema, la mayoría está de acuerdo con la opinión del Procurador y agrega una cuestión no tratada por éste, que es la existencia de otro beneficio previsional del cual goza la actora.

Por su parte, la disidencia explica y señala las particulares circunstancias que presenta la causa sometida a juicio (consid. 3) y las distingue de otras situaciones dadas en antecedentes en los cuales se denegó el beneficio buscado. En efecto, las particularidades del caso (ausencia de impedimentos matrimoniales, no concurrencia de otros beneficiarios, inexistencia de divorcio de por medio y el matrimonio religioso contraído) hacen que se deba diferenciar de los antecedentes invocados para dar una respuesta negativa a la pretensión (consid. 5), máxime si no existe fraude a la ley (matrimonio nulo) ni una "mera" relación concubinaría.

Aborda también la cuestión desde el punto de vista de las normas previsionales y su "razonable inteligencia", ya que no se deben desnaturalizar sus fines, "análogos a los de carácter alimentario y que tienden a cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad". Estas normas previsionales tienen principios diferentes a los de la ley civil, abarcan situaciones distintas a las que ésta toma en consideración. Las diferencias entre una y otra materia o régimen legal están atemperadas por principios comunes del orden moral y público.

En los consids. 8, 9 y 10 se unen ambas líneas argumentales expuestas, dando relevancia a las particularidades del caso en cuanto a la aplicación de las normas de previsión social, más allá de lo que indiquen las normas del derecho civil, por lo cual se otorga el beneficio revocándose la sentencia de Cámara. Y llegado a este punto, se torna inoficioso tratar sobre la tacha de inconstitucionalidad de la ley 2393.

#### d) Esquema de los fallos relevantes

1) Laura Pérez de Sánchez (la actora) reclama el beneficio de pensión, habiendo estado unida al causante única-

mente por vínculo canónico, sin celebrar matrimonio civil. Las circunstancias relevantes y singulares aducidas para llegar a una solución afirmativa son: la omisión por parte del sacerdote del culto, del previo cumplimiento de las formas que prescribe la ley civil; convicción en los contrayentes de la innecesariedad de dichas formas reforzada por el hecho de que la legislación del país de origen del causante (Cuba) así lo establecía; vida en común, con la convicción de no ser una "mera" pareja concubinaría durante muchos años; buena fe de los cónyuges y la analogía con los efectos alimentarios en los matrimonios nulos respecto del cónyuge de buena fe. Se agrega a lo anterior el carácter asistencial del beneficio peticionado, considerando que los requisitos formales del campo de la ley civil adquieren un carácter laxo al entrar en la órbita previsional, por la particular teleología de este tipo de normas.

2) En "M. de G., M." se peticiona el derecho a pensión, basándose en los derechos constitucionales de propiedad y de igualdad ante la ley. La actora había contraído matrimonio religioso con el titular del derecho jubilatorio, quien tenía impedimento de ligamen debido a un matrimonio anterior subsistente.

Es por esa cuestión que se rechaza la asimilación al caso Sánchez, constituyendo el impedimento una diferencia fundamental, junto con la mala fe que es dable presumir en la especie, lo que hace que se rechace el planteo basado en el derecho a la igualdad. Y en cuanto a la referida violación al derecho de propiedad, no basta con alegar que los aportes del causante hayan hecho nacer un derecho de contenido patrimonial en cabeza de la actora, pues ella debe justificar de manera previa y fehaciente que posee un título hábil para hacerse acreedora al beneficio pretendido. Carece de ese título al no ser considerada "viuda" ni asimilada a esa posición por no reunir los requisitos dados en el precedente invocado.

3) En "C. de S., E. J. L.", tanto la Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles, como la Comisión Nacional de Previsión Social y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo denegaron el beneficio pensionario a una mujer que respecto del causante, invocó un matrimonio extranjero celebrado cuando todavía había un impedimento en nuestro país: la existencia de un matrimonio anterior "subsistente".

La actora interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema, que denegado, llega a esa instancia por vía de queja. Fundamentó su impugnación en que el a quo omitió considerar su planteo acerca de la inconstitucionalidad del inc. 1º del art. 38 de la ley 18.037. Ella sostuvo que ese artículo de la ley era contrario a la "protección integral de la familia" preceptuada por el art. 14 bis de la Const. Nacional, que incluiría la defensa de la familia "natural". Basó esta intelección en los pronunciamientos de los constituyentes de 1957. También invocó el art. 17 de la Constitución.

El Procurador sostuvo que el no tratamiento por parte del a quo del planteo de inconstitucionalidad presentado por la actora equivale implícitamente a una denegatoria de él, citando jurisprudencia anterior de la Corte para reafirmar su postura.

Con respecto a la invocación que hace la actora del art. 14 bis, el Procurador, diciendo que la Corte declaró que no existen derechos absolutos y que una interpretación de la Constitución Nacional que no fuera de absoluta iniquidad es plausible si logra sus fines, opina favorablemente sobre la constitucionalidad de la decisión del legislador. Éste, pues, entendió que la familia que protege el art. 14 bis, pese a lo dicho por los constituyentes en los debates, es la emanada —según M. J. López— del "matrimonio legítimo". Considera, por ende, que en el caso hay un mero desacuerdo sobre el acierto con la decisión del autor de la norma, divergencia de opinión que no es suficiente para fundar el pedido de declaración de inconstitucionalidad. Viuda es, pues, "el cónyuge superviviente de un matrimonio considerado válido por nuestro ordenamiento jurídico".

La Corte Suprema, por su parte, coincide con el Procurador General en descalificar la tacha de inconstitucionalidad del inc. 1º del art. 38 de la ley 18.037 presentada por la actora. Argumentó que ya tiene postura tomada en casos similares y que esta mujer no aportó "fundamentos bastantes para conmover la doctrina". Agregó, como basamento para su postura, que la posición de los constituyentes no fue unívoca, y que uno de ellos (Thedy) afirmó que "las intenciones de cada uno de nosotros no deben servir para la interpretación de las normas constitucionales", usando un argumento que no acertamos en calificar primero como paradójico y errado por el metalenguaje, o como ridículamente gracioso, en segundo término.

### 3. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

Superada una primera etapa de incredulidad absoluta ante las normas luego de la "expulsión" del paraíso de la dogmática jurídica, nos disponemos a ver en este fallo cómo los jueces siguen usando para sustentar sus argumentaciones, construcciones interpretativas, que tildan de "verdaderas" y "jurídicas", de términos y expresiones que —según ellos— tienen un significado unívoco. Lo interesante de este intento pretoriano es comprobar —tal como pretendemos hacerlo nosotros— que tanto la mayoría (a través del Procurador General) como la minoría, llegan a soluciones contrarias partiendo de las mismas normas y de las mismas expresiones, y que ambos señalan y creen que lo hacen "interpretando fielmente" las normas aplicables, dando la única solución.

Para demostrar el arribo de los jueces a resultados adversos, analizaremos comparativamente las principales expresiones y términos en que se sustentan ambas posturas y su distinto tratamiento.

El método a seguir será el de tratar de descifrar los motivos que los jueces van dejando en su camino sinuoso hacia una decisión que (y ésta es nuestra hipótesis a comprobar) ya fue tomada de antemano por ellos, pero que pretenden hacer aparecer como una consecuencia "lógica" del ordenamiento jurídico, siendo ellos los nuevos "descubridores" de la solución correcta del caso.

#### a) Análisis de las expresiones nodales del fallo en cuestión.

1) *Viuda, matrimonio religioso y mera convivencia de hecho.* El artículo de la ley 18.037 en cuestión es el antiguo art. 38, inc. 1º, "La viuda o el viudo incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante a la fecha de su deceso, en concurrencia con:..."

Luego de un primer análisis de la palabra viuda, notamos que son tres las propiedades que pueden tomarse en cuenta para su uso: la existencia de matrimonio civil, de matrimonio religioso y por último, de una relación de hecho estable. Son tres propiedades que pueden o no coexistir y que se reivindicán como relevantes o definitivas de viuda; tomando una sola de ellas quedan como concomitantes las demás, y hacemos un tamiz con un tramado tal que permite o no filtrar la realidad a través de él.

Veamos el siguiente ejemplo que proponemos: una pareja, A y B, a la que conocemos desde niños y siempre como pareja, que tiene hijos, que veranean juntos y que hacen lo que se denomina vida marital. Un desgraciado día, A fallece. Seguramente nos inclinaremos a decir que B ha quedado viuda, y esto sin inmiscuirnos en las anotaciones del Registro Civil, ni en las de los cultos registrados en el Registro Nacional de Cultos. Con este sencillo ejemplo queremos mostrar cómo también la definición informativa o lexicográfica de "viuda" puede atenerse sólo a la apariencia matrimonial, sin tomar en cuenta realmente el estado civil. ¿Cambiaría en nosotros el ánimo de llamar viuda a B si posteriormente nos enteramos de que era soltera, o casada religiosamente? Creemos que no.

Por lo tanto, pensamos que tomar como característica principal para aplicar el término viuda a la unión matrimonial civil disuelta por la muerte de un cónyuge, es estipular una definición.

Con esto queda reconocida la vaguedad del término viuda como vocablo integrante del elenco de un lenguaje natural. Y al pasar a un lenguaje técnico como es el del derecho, esa vaguedad queda casi intacta, pero se ve salvada a posteriori por la estipulación, en nuestra opinión, que pueda llevar a cabo un juez, o un Procurador. Claro está que esta estipulación a posteriori, que da cierta operatividad al sistema, es encubierta o subliminal, ya que "no se descubre nada, ni se estipula nada, sino que por el contrario se toma a la palabra en su verdadero alcance y sentido".

En el fallo "C.,L.A.", el Procurador General dice que la actora "en su presentación, discrepa con el fallo en cuanto éste halla sustento en pautas doctrinarias establecidas por la Corte para rechazar solicitudes de pensión en que el presunto derecho al beneficio se fundaba... en una mera convivencia de hecho"; más adelante, meritiendo el vínculo religioso, lo excluye de la definición de viuda, alegando que las circunstancias del caso no son suficientes como para asimilarlo al precedente "Sánchez".

Ahora podemos agregar otro elemento como variable del tema: el impedimento de ligamen y su otra cara: el matrimonio en el extranjero en fraude a la ley argentina. En el consid. 4 del fallo "M. de G., M.", un claro obiter dictum, se dice que la "asimilación" a la viuda de quien "había estado vinculada al afiliado fallecido solamente por un matrimonio religioso, siempre que se trate de personas que no se

encontraban civilmente impedidas para contraer matrimonio legítimo, que hubieran podido contraer en vida del afilado. En supuestos tales, la unión es susceptible de 'perfección' o legitimación para lo cual... no deben concurrir los impedimentos establecidos por la ley de matrimonio civil". Así se establece una nueva propiedad para el término, producto de la conjunción de dos propiedades: la unión o vínculo religioso, y la propiedad negativa de la ausencia de impedimento de ligamen. De esta manera se realiza una construcción, pero para decidir el fallo a contrario sensu. Sin embargo se ve que dicha estipulación de "viuda" (o en concesión a la neutralidad valorativa "asimilable a la situación de viuda") no es la que se toma en cuenta para decidir el fallo "C.,L.A.", pues si no, la decisión debería ser la contraria, es decir, la concesión del beneficio denegado.

Podemos detenernos también en la argumentación a contrario que realizó el Procurador General en el fallo "C.,L.A." para excluir la aplicación del precedente "Sánchez". No nos vamos a detener en consideraciones puramente axiológicas sobre el acierto o no de esa solución en el plano de las ideas. Queremos hacer notar cómo siendo las situaciones exactamente iguales en que se encuentran las actoras de ambos fallos, de acuerdo con la definición que creemos adoptó el Procurador General sobre viuda, utilizando el recurso de analogía, las situaciones se diferencian. Dicho recurso, según Gény, consiste en el proceso lógico que tiende a inducir de soluciones particulares el principio que las explica, para buscar enseguida las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que se lo aplica por vía de deducción; Alf Ross, por su parte, dice que existe interpretación extensiva o analógica cuando las consideraciones pragmáticas se traducen en la aplicación de la regla a situaciones que, contempladas a la luz del "sentido lingüístico natural", se encuentran claramente fuera de su campo de referencia. El Procurador encuentra que no es un caso análogo a "Sánchez". De este caso toma ciertos elementos, "cuestiones particularísimas", que lo hacen inaplicable a la especie: el error de derecho justificado (aunque vaya "en contra" de los textos de los arts. 20 y 823, Cód. Civil), la omisión del sacerdote y la buena fe. Se trata entonces de un caso análogo que no lo es tanto, pues se ha cambiado sutilmente la definición de "viuda": ésta es más laxa en "Sánchez" que en "C.,L.A."

Vamos ahora el argumento de la minoría, expresado principalmente en su consid. 7. Aquí lo relevante para in-

cluir la situación de la actora en el término "viuda" es la oposición que realizan entre "matrimonio religioso" y "mera convivencia de hecho". Si tomamos la definición de viuda sobre la propiedad de estar casada civilmente con su cónyuge premuerto, ambos casos mencionados son concubinatos, o con menos carga emotiva, "no viuda". Pero no lo entienden así los jueces: piensan que existe una de las llamadas "lagunas axiológicas", donde la solución que da el ordenamiento no es la valorativamente aceptable. Ellos entienden que moralmente no es lo mismo un "concubinato laico" que un "concubinato religioso". Esto, sumado al argumento de la teleología de la ley previsional, nos muestra cómo los jueces se apartan en este caso de la ley (o mejor dicho, de la interpretación legal que hicieron anteriormente, y la que hacen en el fallo en cuestión el Procurador y la mayoría), decidiendo el caso con base en un mismo texto, y arribando a soluciones diferentes bajo la apariencia de una distinta meritación de cuestiones de hecho.

2) Expresión "sostiene" (art. 2º, Const. Nacional). La parte actora como vimos, argumenta que la ley 2393 es inconstitucional por ir en contra de lo preceptuado por el art. 2º de la Const. Nacional, que habla del sostenimiento por parte del Gobierno Federal del culto católico apostólico romano, entendiendo que "sostiene" involucra no sólo el aspecto económico "sino que consiste en una preeminencia establecida a favor del culto citado, razón por la cual el estado no puede desconocer efectos civiles al matrimonio celebrado según sus cánones, pues a tenor de ellos esta unión adquiere calidad de sacramento" (Procurador General *in re* "C.L.A.", consid. 13 *in fine*). La propiedad definitoria de "sostiene" consiste para la actora, en ese cúmulo de prerrogativas que tendría el culto, entre ellas, la de obtener el reconocimiento de los efectos del matrimonio religioso en el ámbito civil.

El Procurador General considera, por el contrario, que el concepto "sostiene" debe obtenerse de la conjugación de "la exclusión de toda religión de Estado" y el objetivo de establecer que "la Nación protege la religión católica". Apela para sustentar tal afirmación al "espíritu de los constituyentes al sancionar el texto constitucional" (consider. 15). Cita además en su apoyo jurisprudencia de la Corte (ficción de continuidad muchas veces utilizada) que puntualizó en una oportunidad que dicha directiva respondía a las costumbres de la sociedad y a las tradiciones legislativas de los intentos

constitucionales anteriores, pero que su alcance "no es otro que el emergente de su texto: los gastos del culto serán pagados por el Tesoro Nacional" (Fallos, 151:403, 411).

Ambos argumentos tratan pues, de defender su posición recurriendo a técnicas de interpretación usuales: la actora a nuestro entender realiza una interpretación pragmática especificadora (al decir de Alf Ross) ya que en ella "las consideraciones pragmáticas son directivas para la elección entre varias interpretaciones, todas ellas posibles y razonables dentro del 'significado lingüístico natural' del texto" (*Sobre el derecho y la justicia*, p. 142); no sólo debe entenderse por "sostiene" el apoyo económico, sino también la obligación del Estado de otorgar efectos civiles a ciertos actos cumplidos de acuerdo con normas eclesásticas. Acompaña este criterio con una interpretación analógica o extensiva del art. 14 del Cód. Civil, que preceptúa (en la parte que nos interesa) la inaplicabilidad de las leyes extranjeras cuando "su aplicación se oponga a la religión del Estado", artículo éste de —por lo menos— dudosa compatibilidad con el sistema religioso establecido por la Constitución según nosotros (siendo conscientes de la carga de dogmatismo de nuestro pensamiento).

Por su parte el Procurador —más allá de nuestra postura afín sobre el artículo en cuestión— realiza una interpretación pragmática restrictiva (Ross) ya que sus consideraciones prácticas "excluyen la aplicación de una regla que según el sentido 'lingüístico natural' sería aplicable" (Ross, *op. cit.*, p. 143).

Dentro de las interpretaciones restrictivas, creemos que M. J. López hace una categorizable como de "excepción" por Ross, ya que se basa en "consideraciones contrarias a pesar del hecho de que el caso en sí mismo, está comprendido por el propósito de la provisión" (Ross, p. 143). El autor escandinavo señala que es muy difícil dar ejemplos claros de este tipo de "maniobra" porque los jueces se resisten a declarar que están restringiendo el ámbito establecido por la norma. En palabras del propio Ross "el juez atribuye cortesmente a la voluntad real o hipotética del legislador todo aquello que él considera correcto". Agrega el Procurador General que el establecimiento del matrimonio civil obligatorio no va en contra del "pluralismo religioso" asegurado —según él— por los arts. 14, 19 y 30 de la Constitución.

Esta discusión sobre el alcance del término sostiene en el art. 2° no es nueva. Todavía hoy se leen una y otra vez los debates de la Convención Constituyente de 1853 y se re-

salta o se oculta que el art. 3º del proyecto alberdiano de Constitución hablaba de "adopta y sostiene". El mismo Procurador menciona, como vimos, el "espíritu de los convencionales" para apoyar su postura. Regresa así, a la utilización de los métodos de la escuela exegética (voluntad del legislador). También utiliza el Procurador, al citar el fallo de la Corte Suprema mencionado, el otro método exegético (interpretación literal), sosteniendo que el alcance del art. 2º "no es otro que el emergente de su texto" (casualmente el sentido del texto coincide con la opinión del procurador).

En la dogmática constitucional encontramos posturas que sustentan las dos opiniones aquí vertidas y una serie de posiciones "intermedias", aptas para todos los gustos. Según la posición ideológica que sustenten, los juristas argentinos hablarán de un Estado confesional, un Estado confesional atípico o mixto, un Estado con Iglesia y religión preferentes, o un Estado separado de la Iglesia. Desde Rodríguez Varela, pasando por Bidart Campos, González Calderón, Agustín de Vedia, Joaquín V. González y Rafael Bielsa o Sánchez Viamonte, el espectro que encontramos es muy amplio. Y nos preguntamos, ¿qué resultará más útil: discutir sobre qué se entiende por "sostiene" o ver las relaciones reales de poder entre la Iglesia y el Estado, como nos diría Lasalle?

3) Familia en el artículo 14 "bis" de la Constitución. En el artículo agregado por la Convención Constituyente de 1957 se habla de "la protección integral de la familia", como parte del deber del Estado de otorgar "los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable".

El concepto de familia a nivel constitucional fue utilizado directa o indirectamente, en algunos de los fallos analizados, como base de argumentación. En cuanto al caso estudiado principalmente, la presencia de un concepto restringido de familia, que ve con propiedad definitoria la de que ésta surja de un matrimonio legítimo (concepto que ya observamos), emana de la remisión que hace el Procurador a un caso anterior resuelto por "la Corte en su actual composición". En el caso referido ("C. de S., E.J.L.") la discusión se centraba en la inteligencia del vocablo viuda (también analizado). La actora en dicho fallo consideró, basándose en las expresiones "unánimes de los Constituyentes", que el texto del art. 14 bis "comprende también a la familia natural", y que, por ende, el inc. 1º del art. 38 de la ley

18.037 era inconstitucional al proteger sólo a la viuda *strictu sensu*, porque una cabal reglamentación de la norma fundamental "debía haber acordado también dicha protección a la familia natural". Ante tales argumentaciones el mismo Procurador (M. J. López) sostuvo en dicha oportunidad que había que recordar que ningún derecho es absoluto y que deben ejercerse de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14, Const. Nacional). Es por ello que (haciendo una interpretación que Ross llamaría "restrictiva" o mejor dicho "especificadora") señala que a su entender es razonable la reglamentación que realizó el legislador aun cuando en el debate de la Constituyente se haya hecho expresa referencia a la intención de sus miembros de extender la protección a la familia natural, ya que —argumenta— dada "la extensión con que está redactada, la directiva constitucional confiere al legislador un amplio margen para su desenvolvimiento y posterior reglamentación" (dictamen del Procurador general in re "C. de S., E. J. L.", consid. 10). ¿Pudo haberse encontrado un modo más encubierto de querer convalidar con un ropaje de juridicidad y de normalidad una actitud que la más de las veces sería considerada inconstitucional? Llevando el argumento al extremo, nunca encontraríamos leyes inconstitucionales, ya que las normas constitucionales siempre son "amplias", y lo "irrazonable" (arg. art. 28, Const. Nacional) quedaría reducido a la nada, todo con la apariencia de sujeción estricta a la Carta Magna.

M. J. López, pues, sostiene que el legislador tomó como propiedad definitoria para comprender el significado de "familia" en el art. 14 bis de la Constitución, la de nacer de un "matrimonio legítimo".

No menos interesantes son las consideraciones que la propia Corte hace para sostener en este caso que familia no comprende a la familia natural. Por un lado, niega la existencia de unanimidad —tras la lectura del debate— en la Convención Constituyente sobre tal extensión del término. Por el otro, como vimos, cae en una de las trampas que nos tienden el lenguaje normativo y sus límites. Carrió podrá seguramente entusiasmarse y escribir otro capítulo de su obra *Sobre los límites del lenguaje normativo* si reparara en el consid. 5 de la opinión de la Corte en este caso. Analizáremos aquí un poco más detenidamente la cuestión. El tribunal habla de "la falta de virtualidad hermenéutica de las opiniones aducidas" por los convencionales... ¿y qué argumento usa para basar su principio? ¿La opinión de un constituyente, Horacio Thedy ("Las intenciones de cada uno de no-

sotros no deben servir para la interpretación de las normas constitucionales”), extractada del Diario de Sesiones de la Convención! Guibourg, Ghigliani y Guarmoni hacen con este tipo de razonamientos un paralelo con la paradoja del mentiroso (“todo lo que yo digo es falso”), denominando lo obtenido paradoja del invalidante: la validez del juicio traería aparejada su invalidez. Estos problemas son solucionables recurriendo a la noción de metalenguaje, distinguiendo niveles entre el objeto de estudio y su descripción. Suponemos que la Corte no fue consciente de la utilización de este metalenguaje descriptivo, y que con el afán de justificar su postura, recurrió a una construcción que sólo en teoría le era favorable (por lo menos impresiona en las mentes de quienes todavía ven como “sagrada” la opinión del legislador, pero que no dudan en dejarla de lado apenas vaya en contra de sus propios intereses).

4) Interpretación auténtica. Haremos aquí una especie de metainterpretación. En todos los casos pudimos observar la tendencia generalizada de considerar como interpretación válida a la hecha por la Corte. No es difícil —creemos— encontrar el origen de esta convicción: los arts. 100 y 101 de la Constitución, ya condicionados en su propia “interpretación” por la dada por el juez Marshall en el caso “Marbury vs. Madison” respecto del art. III de la Constitución de EE.UU., fuente directa de aquéllos. El chief justice sostuvo que el Poder Judicial es el “último intérprete de la Constitución” y el “Titular del control de constitucionalidad”. El inteligente y falaz Marshall tuvo muchos imitadores y seguidores en nuestros tribunales. Es digno de estudio el fenómeno de paulatino aumento de la convicción de nuestros jueces acerca de la semejanza de nuestro sistema (eminentemente continental europeo) y el de los EE.UU. (*common law*) con respecto a la fuerza obligatoria y vinculante de los fallos de la Corte para con los tribunales inferiores o para decisiones futuras, sin que existiera en el país la regla del *stare decisis*. Esto que es negado por la mayoría de los constitucionalistas creemos que es fácilmente comprobable leyendo algunos pronunciamientos del tribunal a través del tiempo, notando una cada vez mayor convicción sobre el fenómeno. Por ejemplo, en “Videla c/García Aguilera” (CSJN, Fallos, 9:53), el fallo del juez de sección, avalado por la Corte, dijo: “que los juzgados seccionales deben ajustar sus procedimientos y resoluciones a las decisiones de la Suprema Corte que en casos análogos dicte ha-

ciendo jurisprudencia" —consid. 1—. En "Santh e Impuestos Internos" (CSJN, Fallos, 212:51) se apercibió a los miembros de la Cámara Federal por ir en contra de una decisión reciente de la Corte. Allí se dijo: "que apartarse de esa jurisprudencia mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos... y con el agravante de invocar para ello 'el deber de aplicar la Constitución', modo tácito de expresar que se repara así el incumplimiento de ese mismo deber en que el superior habría incurrido, importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad" —consid. 6—. Este caso continuó en la causa en la que los camaristas pidieron que se dejara sin efecto la sanción disciplinaria —García Rama y Herrera, Fallos, 212:251— resultado que no obtuvieron. Un caso más reciente —emanado de la actual composición de la Corte— es "Cerámica San Lorenzo" (CSJN, l. 29. XX., 1985). Allí se dijo que "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia" —consid. 2 del voto de los doctores Belluscio, Petracchi y Bacqué—.

En el caso que venimos analizando, el Procurador nos dice que la inteligencia que la Corte le dio al término "viuda" es la verdadera y definitiva, y por ende inimpugnable. ¿A qué se debe este tipo de argumentación? ¿A una influencia marcada del sistema del common law —en el que frecuentemente nuestros juristas y jueces realizan algún posgrado— o a un intento quizá dogmático de condicionar las futuras decisiones a las propias opiniones, sin que exista norma legal alguna, votada por los representantes democráticamente elegidos por el pueblo, que dé habilitación para ello?

#### b) Conclusiones. Consideraciones sobre la "neutralidad" de las decisiones

La aspiración de neutralidad es una constante en la actividad de los jueces. Creemos que no pasa de ser eso una aspiración, y no pretendemos ser nosotros neutrales, pues pensamos que ello lamentablemente es imposible. La mentada asepsia valorativa no alcanzada por los jueces no se nos presenta tanto como una meta frustrada, sino como una declaración esquizoide que tiende a ocultar el elemento de opción voluntaria que existe en la interpretación de la ley.

Vamos a mostrar algunas "puntas de icebergs" que nos indican técnicas usadas por los jueces para esconder su opción real, consciente o inconscientemente, tras un velo de juridicidad y de lógica interna.

En el caso "C.,L.A." el Procurador General al tomar "Sánchez" para excluir su aplicación a la especie, invierte el orden de prelación de las características especialísimas que dieron fundamento a la solución: toma en primer lugar ("primordialmente") el error de derecho del causante y la beneficiaria y lo apoya con la omisión en que incurrió el sacerdote, contrariando el art. 110 de la ley 2383, mientras que en el dictamen del Procurador en "Sánchez" el matiz destacado es este último en detrimento del primero. No podemos afirmar con certeza que esta evidente inversión haya sido intencional, pero vemos que la realización de esta piraeta le sirve al Procurador para fortalecer su argumento, separándolo del precedente.

Por otra parte consideremos lo paradójico que resulta la reivindicación incondicional del valor coherencia por parte de los magistrados, y la desvirtuación que de ella hacen en la práctica. Así, el mismo Procurador General, M. J. López en un caso ("C.,L.A.") le otorga suma importancia a la voluntad e intención de los constituyentes, mientras que en otro ("C. de S., E. J. L.") la relativiza sobremanera hasta el punto de reducirla a la nada jurídica, como vimos, todo ello para apoyar su postura personal.

Vemos además, tanto en el caso "Sánchez" como en el voto de la minoría en "C.,L.A.", la aplicación ante el aparente conflicto normativo, del principio *lex specialis* haciendo prevalecer la ley previsional, invocando su espíritu y sus requisitos de aplicación más benéficos y de menor rigidez. Podrían haber utilizado otro principio de colisión de normas pero era éste el que convenía a sus objetivos.

Asimismo es destacable cómo los jueces pasan por alto el art. 14 bis de la Constitución y cuál es la ubicación dentro de él de la cláusula "protección integral de la familia". Dicho párrafo es el tercero del artículo, conocido como el de la "seguridad social", y aquella cláusula es una de las que menciona como deber primordial del Estado en la materia. Los jueces de la minoría llegan a la solución afirmativa concediendo el beneficio, pero no basándose en ese artículo (rechazado casi de plano por la misma Corte en el precedente "C. de S., E. J. L.", entendiéndose que la familia protegida por el artículo no alcanza a la familia natural. Si así lo hicieran,

perderían la válvula de regulación que sí retienen con su argumento. En otros términos: si se basaran en el artículo nuevo, no sólo estarían comprendidos los concubinatos axiológicamente potables o aceptables según su óptica, sino todo tipo de "unión de hecho". En cambio, con su discurso, es cuestión de excepción, que quien no sea "familia" arribe al beneficio, y esos casos agraciados son los del concubinato religioso o en sus palabras "matrimonio religioso" por oposición a la "mera convivencia de hecho").

Esto muestra su rechazo visceral a la idea del concubinato, rechazo que solapadamente comparte el Procurador, aunque con otros fundamentos, ya que sopesa las aristas del caso de manera distinta, pues entiende al matrimonio religioso de la especie más como una extremaunción que como una institucionalización del vínculo. Casi nos atrevemos a preguntar cómo hubiera encarado el caso si las nupcias religiosas se hubieran realizado unos años antes.

Con estos pocos ejemplos podemos ver que no es tan fácil diferenciar como hace Dworkin, entre los argumentos de políticas y los argumentos de principios, categoría esta última que debería ser la base exclusiva de la decisión de los jueces, y decimos que no es tan fácil, pues este caso es un ejemplo claro de cómo argumentos de políticas tratan de canalizarse como argumentos de principios.

Luego de haber analizado el fallo en cuestión, junto con otros a él relacionados, cabe hacernos algunas preguntas casi obligadas. ¿Es el derecho sólo una mera competencia entre "definidores" que despliegan toda su verbosidad para convencer a los demás de la "verdad inmutable" de los conceptos a los que arriban? ¿Estamos ante construcciones lógicas que tratan de reemplazar de una manera simbólica, estilizada, las primitivas luchas por la solución de conflictos en las sociedades humanas, tal como se predica de la lucha parlamentaria respecto de la lucha por el poder? ¿Se tiene conciencia de esa ficción? ¿Mantenerla es la única salida para la solución de controversias? ¿Se ha pasado de la sacralización del juzgador a la sacralización de lo juzgado? ¿No será necesario sincerar la actividad judicial, aceptando que en ella existe un grado de decisión poco despreciable? ¿Qué mecanismos deberíamos utilizar para lograrlo? ¿La elección democrática de los jueces sería uno de ellos?

\* - La razón es que que surten estrechamente vigentes de las muchas de las dificultades que existen para responderlos.

A través de este trabajo quisimos demostrar cómo no debemos hacerlo.

CSJN, 12/881, "C., L. A."

DECRETOS DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. — Tanto el Instituto Municipal de Previsión Social, organismo ante el cual efectuara su presentación la solicitante, cuanto el Intendente Municipal de la ciudad de Buenos Aires a cuyo conocimiento llegaron las actuaciones por vía de apelación, desestimaron la solicitud de M.C.D. tendiente a obtener la pensión derivada del beneficio jubilatorio que gozara L.A.C.

En ambas instancias administrativas se resolvió que la peticionante no había acreditado el vínculo marital con el causante, ya que no resultaba hábil a esos fines el testimonio de la partida de matrimonio religioso celebrado in articulo mortis que acompañara.

Esta denegatoria fue confirmada, a su vez, por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, cuya Sala III consideró, con base en la inteligencia que a la expresión "viuda" del art. 37 de la ley 18.037 atribuyó esta Corte en su actual composición, que la solicitante no investía esa calidad, por no haber estado unida al causante en matrimonio según lo establecido por la ley de matrimonio civil. Estimó, igualmente, que carecían de relevancia los precedentes invocados por la quejosa que se oponían, no sólo a la doctrina citada sino también a la que estableció que las obligaciones previsionales tienen su fuente en la ley y no corresponde en ese ámbito aplicar criterios distintos a los de la ley civil.

Contra esa sentencia interpuso la peticionante recurso extraordinario, cuya denegatoria motivó la presente queja.

En su presentación, discrepa con el fallo en cuanto éste halla sustento en postas doctrinarias establecidas por la Corte para rechazar solicitudes de pensión en que el presunto derecho al beneficio se basaba en una unión celebrada en fraude a la ley argentina en un caso, o en una mera convivencia de hecho, en el otro. Por ello, estima diferente su situación, ya que si bien no existe matrimonio celebrado de acuerdo con la ley civil, su unión se había formalizado en forma religiosa con los oficios de un sacerdote del culto católico y, además, ni al causante ni a ella le alcanzaban ninguno de los impedimentos matrimoniales establecidos en el ordenamiento legal.

No encuentro atendibles las quejas de la apelante. Ello así porque si a quo basó su decisorio en la inteligencia que de la norma aplicable ha realizado V.E. y que pone de relieve los requisitos necesarios para acceder al beneficio que pretende, razón por la cual, a mi criterio, en las circunstancias de la causa, no es revisible en esta instancia la aplicación que se hizo del derecho que rige el caso.

A su vez, los planteos que articula referidos a la calidad del vínculo que la unió al causante no son aptos para que exista la posibilidad de otorgar a las normas no federales aplicables al sub lite un alcance distinto.

En este orden de ideas, alega la apelante que las características peculiares de su situación —ligamen religioso y falta de impedimentos de los contrayentes— hacen que pueda asimilarse a la de "viuda" del beneficiario, y cita en apoyo de su pretensión la jurisprudencia registrada en Fallos, 229-428, reiterada luego en diversas oportunidades, en la que el tribunal reconoció derecho a pensión a quien estuvo unida al causante con vínculo canónico sin haber concurrido la celebración del matrimonio civil.

Pero tampoco en este aspecto el recurso es viable, pues si bien cabe admitir cierta similitud entre la causa cuya doctrina se invoca y estas actuaciones, ésa no es a mi juicio bastante para configurar una situación ficticia análoga que suscite el análisis sobre la subsistencia del criterio normativo sustentado en aquel precedente, ni sobre su aptitud para habilitar la instancia en vista de la doctrina de Fallos, 394-430.

En efecto, en dicha oportunidad la situación respondió a las circunstancias singulares del caso, como lo puntualizó el tribunal y el Procurador General en su dictamen, circunstancias entre las cuales se destacó primordialmente el hecho de que el causante y la beneficiaria pudieron crear de buena fe que era innecesaria la unión civil celebrada con arreglo a la ley respectiva al estimar que el vínculo reconocido por la Iglesia Católica se ajustaba a las exigencias legales (como ocurría en el país de origen del marido), presunción ésta reformada por el hecho de que el sacerdote no les reclamara el cumplimiento previo de la unión civil como se lo exigía el art. 110 de la ley 3383. Idéntica situación, pero relacionada con la religión judía, se registraba en el caso de Fallos, 294-91. Además, si bien en la resolución de Fallos, 332-429 no se destaca el carácter determinante del hecho, en el precedente de Fallos, 394-91 mediaba el transcurso de un largo período de posesión de estado matrimonial y el nacimiento de hijos durante ese tiempo, sustento ficticio expresamente manifestado por el tribunal.

Dado que esas circunstancias no fueron alegadas por la solicitante, ni se dable presuniones de las constancias que integran las actuaciones, pues como M.C.D. expresa a fs. 87 vta.ºº del principal, el matrimonio religioso "se efectuó en artículo de muerte para cumplir con convicciones de fe", y que "el deber de conciencia de que el causante no fallciera sin los santos sacramentos los indujo a celebrar el matrimonio católico", soy de opinión que la cuestión planteada no es susceptible de análisis en esta instancia.

Pienso en cambio, que el recurso es procedente en cuanto se fundamenta en la circunstancia de que el a quo no se expidió acerca del planteo, oportunamente introducido, de la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil, pues cabe entender que el sentenciante se ha pronunciado implícitamente en forma adversa sobre esa pretensión (Fallos, 287-88 y sus citas, 302-329 y sentencia 305/81 in re D. 123, L. XVIII, "Órgaz Ahumada, Jorge jubilación").

En cuanto al fondo del asunto, cuyo examen abordo por considerar innecesaria más sustentación, la apelante afirma que la ley 3383, en cuanto establece una única forma matrimonial válida para producir efectos jurídicos, está en pugna con la directiva constitucional que impone al Gobierno nacional la obligación de sostener el culto católico apostólico romano. Considera que ese sostén no es sólo económico, sino que consiste en una preeminencia establecida a favor del culto citado, razón por la cual el Estado no puede desconocer efectos civiles al matrimonio celebrado según sus cánones, pues a tenor de ellos esta unión adquiere calidad de sacramento.

Cabe recordar, ante todo, que el espíritu de los convencionales, al sancionar el texto constitucional, ha sido simultáneamente el de excluir toda religión de Estado y establecer que la Nación protege la religión católica.

Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la Corte al explicar el sentido auténtico del art. 2º de la Ley Fundamental, ocasión en la que puntualizó que dicha directiva respondía "a una necesidad impuesta por las costumbres de la sociedad y por las tradiciones legislativas consignadas en repetidos estatutos anteriores", pero, su alcance —también explicó— "no es otro que el emergente de su texto: los gastos del culto serán pagados por el Tesoro Nacional" (Fallos, 131-402, 411).

Si bien las circunstancias señaladas por V.E. en dicho pronunciamiento fueron determinantes, para que, dentro de la igualdad que establece, la Ley Fundamental otorgara cierta preeminencia al culto católico, de ninguna manera puede seguirse de ello que el Estado esté obligado a reconocer efectos en el ámbito civil a un matrimonio celebrado exclusivamente según sus dogmas.

Sentado ello, tampoco advierto que las demás directivas constitucionales a que se alude en el recurso de fs. 7661 den razón a lo expuesto por la apelante, ya que del análisis de ellas sólo es posible inferir la obligación de los poderes públicos de respetar los dogmas y las leyes referentes a la celebración del matrimonio en tanto éste es institución canónica, pero esta obligación no tiene como correlato un derecho que exima a quienes profesan el culto de la Iglesia Católica del cumplimiento de las leyes destinadas a regular las consecuencias puramente civiles del acto matrimonial.

Fundamenta además, la apelante, su tacha constitucional en cuanto estima que el matrimonio civil, tal como está impuesto con exclusión de todo otro, no sólo desconoce el pluralismo religioso contemplado en el texto constitucional, sino que obliga a realizar un acto civil que para los católicos ofende la libertad religiosa "de conciencia y de culto".

Discrepo con las aseveraciones de la recurrente ya que, a mi modo de ver, la obligación impuesta por la ley encuentra justificativo suficiente en tanto regula un acto trascendente no sólo para los contrayentes sino para el Estado, dado que la organización de éste se asienta en la familia legítima como la base primordial de la sociedad y en el matrimonio como fuente de ella.

Cabe señalar al respecto que, al secularizar la institución del matrimonio —en un momento histórico preciso—, las finalidades del Estado la de asegurar a todos los habitantes del país la libertad de celebrar sus matrimonios, con alcance exclusivamente civil, dentro de las normas por él trazadas, con independencia de las creencias religiosas de cada uno.

En cuanto a tales normas, la circunstancia de que el Estado entendiera que era de conveniencia política, dada la importancia de la institución, la uniformidad en la celebración civil para conseguir también la identidad de su prueba, en razón de la libertad de cultos que establece la Constitución (arts. 14, 19, 20), en nada pudo constituir un elemento contrario al pluralismo religioso, por lo que tampoco es dable aseverar que la ceremonia civil afecte el derecho de casarse ni la libertad antedicha, cuando no existe dificultad alguna para la posterior celebración de la unión religiosa.

Lo único que el Estado exige, haciendo uso de su poder reglamentario, es en efecto que se respeten sus leyes, pero desde el momento en que hayan sido observadas, no tiene interés ni propósito alguno en obstaculizar el ejercicio de las creencias religiosas de los particulares y los deja la libertad de celebrar sus matrimonios con arreglo a ellas, razón por la cual es inadmisibles lo sostenido por la apelante en el sentido de que la ley que impugna ofende su libertad religiosa.

La posición de la apelante no se ve mejorada por el argumento consuetudinario sobre la base del art. 14 del Cód. Civil, manifiestamente inidóneo para discurrir sobre una solución legal establecida para una hipótesis distinta, ni con la alegación según la cual la hostilidad de la ley 2382 hacia el matrimonio canónico surge claramente del contenido de su art. 110 (118, texto original), toda vez que carece de interés jurídico el que se declare la invalidez constitucional de dicha disposición que sólo está dirigida a los Ministros del Culto. A mayor abundamiento, cabe recordar que el tribu-

nal, en el caso de Folios, 32-188 declaró, por el voto de mayoría, que el artículo citado no afectaba los preceptos contenidos en los arts. 2º, 14, 19 y 20 de la Const. Nacional.

Por lo expuesto, y toda vez que no es admisible la pretensión de que se descalifique desde el punto de vista constitucional a una solución legislativa, sobre la base del mero desacuerdo en su acierto, entiendo que corresponde rechazar la impugnación a la validez constitucional de la ley 1369.

Opino, en suma, que corresponde hacer lugar parcialmente a la queja y confirmar la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de recurso. - Febrero 8 de 1941. - Mario Justo López.

Buenos Aires, agosto 12 de 1942. - Considerando: Que esta Corte comparte los argumentos y conclusiones expuestos por el Procurador General en el dictamen que antecede los que se ajustan a las constancias de autos y a precedentes del tribunal, por lo que corresponde remitirse a él en razón de brevedad, máxime que la peticionante goza de otro beneficio previsional.

Por ello, se hace lugar parcialmente a la queja y se declara admisible el recurso extraordinario deducido respecto al tratamiento de la cuestión federal omitida en la sentencia de fs. 72, y no siendo necesaria otra sustentación se confirma la sentencia impugnada. - Adolfo R. Gabrielli (en disidencia) - Abelardo F. Rossi (en disidencia) - Elías P. Guzmán. - César Black. - Carlos A. Reum.

DISIDENCIA DE LOS DOCTORES GABRIELLI Y ROSSI. - Considerando: 1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó el decreto del Intendente Municipal -confirmatorio, a su vez, de la resolución del Instituto Municipal de Previsión Social- por el cual se denegó a la peticionante, M.C.D., el derecho a pensión que solicitara alegando ser viuda del jubilado L.A.C. Contra aquella sentencia se interpuso recurso extraordinario, el que, denegado por el o que, dio motivo a la presente queja.

2º) Que la citada Cámara denegó el beneficio pedido con fundamento en que, conforme a la doctrina de Folios, 323-378 y 301-440, no correspondía atribuir el carácter de viuda a quien sólo había contraído matrimonio religioso con el causante in artículo mortis.

3º) Que a fin de precisar en sus justos límites la cuestión planteada en esta causa, corresponde señalar las circunstancias particulares que presenta la situación sometida a conocimiento del tribunal.

L.A.C. era de estado civil casado con E.I.A., quien falleció en septiembre de 1933; en 1974, siendo de estado viudo, obtuvo su jubilación y falleció el 19 de enero de 1979. Conforme a la partida de la parroquia obrante a fs. 21 del principal, L.A.C. contra matrimonio religioso in artículo mortis el 18 de enero de 1979 con la aquí peticionante, M.C.D., de estado civil soltera.

La recurrente alega haber convivido ininterrompidamente con el causante desde enero de 1966, para probar lo cual ofreció varios testigos que no fueron llamados a declarar, por entender el ente previsional que la cuestión era de puro derecho.

A fs. 26 obra -con firma y fecha 3 de mayo de 1979, certificadas ante escribano público- una manifestación del doctor A.J.C. hijo del primer matrimonio del causante, en el sentido de que ha tenido conocimiento de la relación que su padre L.A.C. mantuvo con M.C.D. desde el mes de enero de 1966, como que también le consta y es de su conocimiento el matrimonio

religioso in extremis celebrado el día 18 de enero de 1979 por ambos. A fs. 23, corre agregado el aviso fúnebre de un diario, referido al fallecimiento de L.A.C., en el que participan conjuntamente, M.C.D., su hijo, precedentemente mencionado, A.J., su hija política..., sus nietos..., sus hermanos..., sus hermanas políticas..., etcétera.

4º) Que es jurisprudencia reiterada de esta Corte que las normas previsionales han de interpretarse de modo que la inteligencia que a ellas se les asigna no conduzca de manera irrazonable a la pérdida de un derecho, a cuya desconocimiento no debe llegarse sino con suma cautela (Fallos, 265:349 y 354; 268:19 y 269; 267:23; 269:45; 274:300; 278:218; 280:75 y 317; 293:376 y muchos otros). Ello así, a fin de no desnaturalizar los fines que inspiran dichas leyes, análogas a los de carácter alimentario, y que tienden a cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad (Fallos, 238:429; 266:107; 267:336; 280:75 y otros).

Cabe también señalar que el sistema normativo de previsión social se funda en principios distintos y rige situaciones diferentes a las que informan y a las que se refiere el régimen matrimonial y de familia, disponiendo sobre una materia que le es propia (art. 67, inc. 11, Const. nacional), situación esta que permite valorar el alcance y sentido de las leyes previsionales con criterio propio y adecuado a las circunstancias de cada caso, en tanto no se conculquen principios fundamentales del orden moral o jurídico que sustentan las supra mencionadas instituciones del matrimonio y la familia.

5º) Que, a la luz de las pautas precedentemente expuestas, no se puede dejar de adquirir que de las circunstancias fácticas detalladas en el consido, 3º surgen particularidades relevantes dignas de ser tenidas en cuenta, a los efectos previsionales de que aquí se trata, en cuanto diferencian la situación de autos de la de los precedentes de esta Corte que cita el a quo, como así también de otros en que este tribunal desconoció el derecho a pensión a la mujer que había celebrado matrimonio en el extranjero con el causante, subsistiendo en el país impedimento de ligamen (Fallos, 273:263; 275:456; 278:351; 280:243; 293:873).

En efecto, en el sub examine no existía tal impedimento para contraer matrimonio civil, toda vez que se trataba de un viudo y una soltera; tampoco se presenta la situación de concurrencia, a solicitar el beneficio, de la actora con otra persona llamada por la ley a obtenerlo, ni existe divorcio de por medio (situaciones de Fallos, 381:463, citado por el a quo); por último, el causante y la peticionaria de autos habían contraído matrimonio religioso in articulo mortis.

6º) Que, en primer lugar, ha de señalarse que no se ha dado en la especie la situación de matrimonio in fraudem legis que contemplan los precedentes citados en el considerando anterior; ello implica que no se trata aquí de una unión viciada de nulidad absoluta y manifiesta declarable aun de oficio por los jueces (Fallos, 293:873). No obstante ser exacto que la mera convivencia o el solo matrimonio religioso no engendran en nuestro régimen legal, de por sí, efectos civiles, no puede dejar de advertirse la diferencia que va entre estas últimas situaciones y la primera. En ésta hay una positiva conculcación del régimen jurídico que implica una actitud de odium legis que agrede frontalmente el orden público; en las segundas se da sólo la omisión de un requisito legal, así sea indispensable, para la perfección del estado civil. Ello hace que no sean de adecuada aplicación al caso los precedentes mencionados en el consido. 8º, como así también que a los efectos previsionales no quepa asimilar lisa y llanamente una y otra situación.

7º) Que, en segundo lugar, tampoco puede equipararse la situación de autos a la sometida a conocimiento del tribunal en Fallos, 285-376, en la que se trata de una mera relación concubinaria de hecho, en tanto aquí hubo de por medio celebración de matrimonio religioso. Esta observación no implica, por cierto, desconocer que en nuestro sistema legal el único matrimonio jurídicamente válido sea el contrato de acuerdo a la ley civil, pero no puede negarse que se presenta aquí un relevante matiz diferencial con la situación contemplada en el precedente citado; ello así, porque en el caso de autos media una circunstancia de trascendente valor ético y religioso que —de acuerdo a las convicciones culturales y morales de nuestra comunidad— hace incongruente y disvalioso equiparar, sin más, el concubinato con el matrimonio religioso.

En este orden de ideas cabe ponderar la manifestación de la recurrente en el sentido de que el matrimonio religioso se celebró en artículo sujeta por convicciones de fe y para que el causante no falleciera sin los servicios sacramentales; motivación digna de todo respeto y cuya autenticidad no compete, en el caso, sea juzgada por el tribunal.

8º) Que, atendidas las precedentes premisas, el tribunal estima que la decisión del o que no se adecua a una ajustada ponderación de las particularidades del caso supra señaladas y a un recto criterio orientador de interpretación y aplicación de las normas previsionales (consid. 4º).

Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la razonable determinación de lo justo en concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo desconocimiento no se complace con la misión de administrar justicia.

9º) Que con respecto a situaciones análogas a las de autos esta Corte ha considerado admisible el otorgamiento de pensión a quien estaba vinculada con el afiliado solamente por un matrimonio religioso, siempre que se trate de personas que no se encontraban civilmente impedidas para contraer matrimonio legítimo; como así también ha dicho que si la buena fe de los cónyuges, en el caso de matrimonios nulos, produce el efecto de mantener el derecho a alimentos después de declarada la nulidad (art. 87, inc. 1º, ley 2382), no parece antijurídico extender esta solución al caso de la recurrente y a propósito de una materia de profundo sentido social, como es la de previsión (Fallos, 288-429; 348-886, consid. 4º).

10º) Que esta Corte, en las especiales circunstancias del sub examine detalladas en considerandos anteriores, comparte el criterio que surge de las precedentes citadas; las decisiones de las instancias administrativa y judicial, al desconocer aquellas particularidades y prescindir de las finalidades e intereses protegidos por la normativa previsional, arroja a un resultado jurídicamente disvalioso, carente de la necesaria equidad y alejado de la adecuada apreciación de estimables realidades morales y sociales vigentes en el seno de la comunidad.

11º) Que por todo lo expuesto y habida cuenta de la reiterada doctrina de esta Corte, en el sentido de que procede descalificar como acto jurisdiccional la sentencia que no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, y no siendo necesaria mayor sustentación para decidir el planteo traído a conocimiento del tribunal, corresponde revocar el fallo apelado.

12) Que atento a la conclusión a que se arriba resulta ineficaz tratar la impugnación de inconstitucionalidad que se trae con respecto a la ley de matrimonio civil.

Por ello, oído el Procurador General se revoca la sentencia de fs. 73 del principal (art. 16, parte 2ª, ley 48). - Adolfo R. Gabrielli. - Abelardo F. Rosat.

CSJN, 11/362, "C. de S., E. J. L."

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. - Contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que confirmó la resolución de la Comisión Nacional de Previsión Social denegatoria del beneficio de pensión, por considerar que no investía la calidad de viuda, en razón de haber contraído matrimonio en el extranjero subsistiendo uno anterior celebrado en la República, interpuso el peticionario el recurso extraordinario cuya denegatoria motivó la presente queja.

Fundamentó su impugnación en la circunstancia de que el tribunal a que no se pronunció acerca del planteo, oportunamente introducido, de inconstitucionalidad del inc. a del art. 38 de la ley 18.037 (t.o., 1976), pese a sustentar la denegatoria en dicha norma que interpretó con el criterio restringido que informa la actual doctrina de esta Corte.

Cabe entender, pues, que el sentenciante se ha pronunciado implícitamente en forma adversa sobre esa pretensión, por lo que el remedio federal intervido debe considerarse procedente (Fallos, 237:85 y sus citas; 233:329 y sent. 75481, in re D. 113, L. XVIII, "Órgas Ahumada, Jorge, jubilación").

En cuanto al fondo del asunto, cuyo examen abordo por considerar innecesaria más sustanciación, señalo que la apelante fundamenta la invalidez de la norma provisional en el análisis del art. 14 bis de la Ley Fundamental. Del enunciado de éste destaca la parte que otorga jerarquía constitucional al derecho a pensión y la que consagra la protección integral a la familia. Sostiene, transcribiendo parte del debate que precedió a su sanción, que el texto comprende también a la familia natural.

La Constitución Nacional, expresa, establece las bases de nuestra organización provisional y postula en su art. 14 que los derechos enumerados deben reconocerse a todos los habitantes. Afirma que la armonización de esa regla con los preceptos del artículo nuevo citado lleva a concluir que el derecho a pensión por fallecimiento del ex jubilado alcanza también a la concubina.

Como corolario de lo expuesto concluye que el inc. 1º del art. 38 de la ley 18.037 t.o., 1976, en cuanto limita a la viuda en sentido estricto el derecho a ese beneficio, viola la norma constitucional, pues una cabal reglamentación de esta última debía haber concedido también dicha protección a la familia natural.

En lo atinente a este agravio, cabe señalar, ante todo, que V.E. tiene declarado que la Constitución Nacional no consagra derechos absolutos (Fallos, 249:252; 262:203; 283:98) y que estos derechos y garantías se ejercen con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio las que, siendo razonables, son susceptibles de impugnación constitucional (Fallos, 255:292; 262:405). El tribunal ha establecido, asimismo, que la razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que requiere su establecimiento y de la ausencia de iniquidad manifiesta (Fallos, 268:241 y sus citas, entre muchos otros).

En lo que al caso en estudio se refiere y toda vez que la norma impugnada se adecua a los principios arriba señalados, adolando su opinión favorable a su validez constitucional.

En efecto, asentado que el art. 14 nuevo otorga jerarquía constitucional al beneficio de pensión, y que postula la protección integral a la familia, resulta razonable la reglamentación que de dicha norma ha realizado el legislador posteriormente, sin que su actitud pueda tacharse sobre la base de haber desnaturalizado ese mandato.

Así lo entendió, pues si bien es cierto que de las expresiones vertidas por los convencionales constituyentes en el debate previo a la sanción del artículo referido se desprende que estimaron que la tutela que propugnaban alcanza a la familia natural, por constituir una realidad social que no podía dejar de reconocerse, no es menos cierto que, dada la extensión con que está redactada, la directiva constitucional confiere al legislador un amplio margen para su desenvolvimiento y posterior reglamentación.

En ejercicio de su función, el legislador se consideró vinculado por dicha directiva constitucional en tanto reiteraba una formulación protectora del matrimonio legítimo como base y núcleo de la familia y, en consecuencia, dictó normas encaminadas a fomentarlo y protegerlo. En cuanto a la necesidad de atender a la realidad social, proceder a su valoración y legislar teniendo en cuenta, consideró que debía prestar especial atención, con referencia a las uniones de hecho, a aquellas situaciones y relaciones emergentes de ellas que, pese a escapar a los marcos ideales, requieren y merecen en distintos grados una adecuada reglamentación y control legal. Así, afirmó y desarrolló, en su momento, las normas que regulan los derechos y obligaciones que emergen de las relaciones paterno-filiales surgidas fuera del matrimonio. Luego, con posterioridad a la reforma constitucional de 1987, surgieron algunos hitos de legislación diversa para los convivientes (v. gr., art. 248, ley de contrato de trabajo según ley 21.287), que ponen de relieve la atención prudencial del legislador a la protección basada.

De lo expuesto, y toda vez que no es admisible la pretensión de que se descalifique desde el punto de vista constitucional a una solución legislativa sobre la base del mero desacuerdo en su acierto, surge claramente la validez de la norma cuestionada en cuanto establece que el beneficio jubilatorio alcanzado por el causante únicamente podrá derivarse a sus parientes entre los que incluyó, defecto de expresión mediante, a la viuda o viudo, término éstos que sólo comprenden, según doctrina de T.E. al *cónyuge superviviente* de un matrimonio considerado válido por nuestro ordenamiento jurídico.

Lo expuesto, las consideraciones vertidas en Folios 285-318 al interpretar esta Corte una disposición semejante a la aquí cuestionada (art. 37, ley 18.637), y el precedente que se cita en el pronunciamiento apelado que le confiere, por lo demás, sustento bastante en cuanto se adecua al criterio que sostiene el tribunal, ponen de relieve que en el sub iudice no se llenan los extremos exigidos para la descalificación constitucional de la norma impugnada, razón por la cual opino que cabe confirmar la sentencia apelada. - Agosto 24 de 1991. - Mario Justo López.

Buenos Aires, marzo 11 de 1992. - Considerando: 1º) Que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -Sala I- confirmó el pronunciamiento de la Comisión Nacional de Previsión Social que -a su vez- había hecho lo propio con la decisión de la Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles, que deniega "el beneficio de pensión solici-

tado por E.S.L.C. de S. en virtud de no haber acreditado la nombrada su condición de cónyuge supérstite de E.S.". Adujo el o que, con apoyo en citas de precedentes de esta Corte, que "los matrimonios celebrados en el extranjero, subsistente uno anterior contraído en la República, no son válidos, careciendo de derecho de pensión quien lo contrajo en esas condiciones por no investir el carácter de vínculo".

2º) Que contra lo así resuelto interpuso la interesada recurso extraordinario, tachando de arbitrario el pronunciamiento e invocando —en especial— los arts. 14 bis y 17 de la Const. Nacional. En cuanto aquí esencialmente importa, afirma la apelante que la Cámara no trató la inconstitucionalidad oportunamente articulada contra el inc. 1º del art. 30 de la ley 18.037 (L.O. 1976), planteo basado —en lo sustancial— en que dicha norma comporta apartarse del "concepto constitucional de familia, dentro del ámbito de los derechos sociales", puesto que "todos los convencionales constituyentes entendieron que la norma constitucional protege a la familia natural (o extramatrimonial) y, en consecuencia, también a la concubina".

3º) Que, tal como indica el Procurador General en su dictamen, cabe entender en la especie que el sentenciante se ha pronunciado implícitamente en forma adversa a la impugnación constitucional mencionada, con arreglo a conocida jurisprudencia de esta Corte. La vía excepcional elegida es —por tanto— procedente y cabe abordar el examen del fondo del asunto, por ser innecesaria más sustanciación.

4º) Que antes de ahora la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre un tema sustancialmente análogo al presente, en términos que comportan afirmar la constitucionalidad de la norma aquí censurada (Fallos, 326-376 y 378); cabe, pues, remitirse a lo dicho entonces, en homenaje a la brevedad. Sólo a los efectos de una mejor ilustración, puede reiterarse aquí, explícitamente, que la mera relación de hecho, concubinato, no aprobada por la ley, por sí sola no genera derechos y obligaciones recíprocas ni engendra consecuencias jurídicas; salvo que la ley expresamente se las atribuya por razones que, en nuestro régimen legal no podrían fundarse en el reconocimiento de la existencia de vínculo matrimonial, base de la familia protegida por la Constitución Nacional (art. 14 bis).

5º) Que la recurrente no aporta fundamentos bastantes para controvertir esta doctrina, toda vez que —en rigor— basa su crítica en una presunta opinión unánime de los convencionales constituyentes que establecieron el citado art. 14 bis. Empero, la lectura del debate respectivo muestra nítidamente la ausencia de tal unanimidad y, por el contrario, la existencia de concepciones contrapuestas, a punto tal que —para eliminar suspicacias surgidas en el curso de la discusión— se llegó a sostener la falta de ritualidad hermenéutica de las opiniones aducidas; a este respecto, el convencional Horacio Thedy afirmó, entre otras consideraciones, la siguiente: "Las intenciones de cada uno de nosotros no deben servir para la interpretación de las normas constitucionales" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, año 1957, t. II, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, p. 148) y siges.; la opinión transcrita aparece en la p. 148B). Cabe añadir, pues, que fue sobre la base de remitir a la legislación las discrepancias de algunos constituyentes acerca del alcance del término "familia" que se llegó a unanimidad en la votación aprobatoria del texto constitucional en cuestión.

6º) Que, por otra parte toda vez que la impugnación de inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos impone la consideración

de su razonabilidad por cuanto, si fueran ellas arbitrarias, alterarían los derechos referidos por vía de reglamentación, en los términos del art. 38 de la Const. Nacional (Fallos, 148:332), cuadra remitirse a los argumentos del Procurador General sobre este aspecto de la cuestión, en cuanto concuerdan con lo expresado en los anteriores considerandos.

Por ello y, en cuanto coinciden con los precedentemente expuestos, los fundamentos del dictamen del Procurador General, se hace lugar a la presente queja y se confirma la sentencia apelada en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario. — Adolfo R. Gabriella. — Abelardo F. Rosen. — Elías F. Guastorina. — César Black.



**UNIVERSITARIAS**



## **ASPECTOS JURIDICOS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA CON ESPECIAL REFERENCIA AL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA \***

La trascendencia del tema que el día de hoy nos reúne no escapa a la conciencia de ninguno de los presentes. En primer lugar, la integración latinoamericana, planteada por muchos como una necesidad histórica ineludible, y por otros como una ilusión inalcanzable, en atención a la rigidez estructural que presentan las realidades de nuestros países. En segundo lugar, los derechos humanos recogidos, regulados y protegidos por el Pacto de San José de Costa Rica, medios ético-jurídicos indispensables para la realización de la dignidad humana.

La pregunta que de inmediato nos salta es cuál es la relación existente entre ambos asuntos. ¿Acaso la integración no es más que un problema económico y que poco o nada tiene que hacer con los derechos humanos?

La integración se ha entendido tradicionalmente, y así lo demuestran las diversas experiencias históricas que se han dado en nuestra región, como un problema que atañe a la regulación uniforme del comercio exterior, en especial en materia arancelaria, y, en el mejor de los casos, referido a la estructura productiva e industrial.

\* Exposición de Alfredo Bullard representando a Themis, revista de Derecho, publicación de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú durante el "Primer Encuentro Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas dirigidas por Estudiantes" que tuvo lugar en Montevideo los días 8, 9 y 10 de septiembre de 1988. La ponencia que le dio origen fue redactada por Alfredo Bullard, Fernando Cantarías y José Alfredo Jiménez.

Así, cuando nos preguntamos si la integración es posible, se alcanzan de inmediato las voces de los pesimistas, que argumentan en favor de un "no" rotundo. Señalan que el movimiento integracionista latinoamericano no es más que una larga sucesión de fracasos, y que este hecho demuestra, a todas luces, que la estructura económica dispar que nos caracteriza, hace que la integración sea estructuralmente imposible.

La disyuntiva se torna trágica. El subdesarrollo trae hambre, atraso, analfabetismo, descontento social, violencia. Nuestras naciones carecen, por sí solas, de los recursos y medios para superar estos problemas. Los países desarrollados vuelcan sus miradas, en especial como efecto de la revolución tecnológica que el mundo viene experimentando, hacia el interior de sus propias fronteras, con lo cual la inversión y asignación de recursos al tercer mundo se van estrangulando de manera acelerada. La opción es entonces la unión de los pueblos latinoamericanos, para que, de manera complementaria y coordinada, autogeneremos los medios que requerimos. Sin embargo, la realidad nos dice que esta posibilidad es una esperanza sin sentido, una ilusión que se desvanece.

Creemos, a pesar de lo dicho, que la integración es posible. Antes que frente a un problema estructural, estamos frente a la falta de una voluntad política efectiva de nuestros gobiernos para llevar adelante la integración, no porque la consideren innecesaria, sino porque cada uno ha ideado su propio modelo, y es aquel que le resulta más cómodo para sus intereses, sobre todo bajo la perspectiva del corto plazo.

Todos los países buscamos con la integración lo que de ella nos favorece, y descartamos lo que de ella nos perjudica. Queremos exportar sin aranceles, pero no importar sin que ellos existan. Esto se agrava por las claras diferencias en los niveles de desarrollo. La vocación de sacrificio en aras de la integración está en relación inversamente proporcional al mayor grado de desarrollo relativo de nuestros países. Para que los países de menor desarrollo se beneficien realmente de la integración, requieren que el esquema les conceda beneficios adicionales, que los países de mayor desarrollo relativo no siempre están dispuestos a conceder, o en todo caso a cumplir. Así, la integración se puede convertir en un instrumento de doble filo que puede repetir, al interior de nuestra región, las relaciones de dependencia

que nuestro continente enfrenta con los países desarrollados del orbe. Se rompe la elemental reciprocidad entre nuestras naciones, indispensable para el logro de una integración auténtica. Por otro lado, los esquemas han ido relativizándose ante la falta de efectividad de los grandes sistemas ideados, reduciéndose a sistemas basados en convenios bilaterales y con ello menos eficientes, como por ejemplo, los recientes acuerdos entre Brasil y Argentina. El bilateralismo es el camino más fácil, pero no por ello el mejor. Es de una manera u otra una renuncia a lo que aspiramos como verdadera integración continental. Adicionalmente corremos el riesgo, ya señalado, de una repetición dentro de Latinoamérica, de relaciones de dependencia económica que perjudiquen a los países de menor desarrollo relativo.

Ante este panorama requerimos de una decisión política que, más allá de la simple suscripción de los instrumentos internacionales, apunte al cumplimiento real de las disposiciones en ellos contempladas. Además, la decisión política debe apuntar a una integración, valga la redundancia, integral, que trasciende el mero campo económico para llegar a una integración cultural, social, política, y en lo que nos compete directamente, jurídica. Sólo así la integración se mantendrá al margen de la inestabilidad y naturaleza voluble de los intereses económicos, llegando a arraigarse en la conciencia de nuestros pueblos y de sus gobiernos.

Pero la decisión política que hemos reseñado se encuentra, hoy por hoy, con un obstáculo hasta ahora infranqueable. El español Ruiz Giménez, quien llegara a ser Defensor del Pueblo en su país, decía haber escuchado en Iberoamérica que la única riqueza que le quedaba aún a los pueblos pobres era su nacionalismo<sup>1</sup>. Cuando un gobierno desea abstenerse de asumir o cumplir el compromiso que la integración le impone, saca de debajo de la manga la carta de la soberanía nacional.

Estamos acostumbrados a oír en el discurso político que la integración está muy bien, pero que ella no debe interferir con los intereses nacionales ni con la facultad de autodeterminación que el pueblo y su gobierno tienen. He ahí el gran error, pues qué mayor interés para un país como los

<sup>1</sup> Ruiz Giménez, Joaquín, exposición en el seminario "Normas Internacionales sobre Derechos Humanos y Derechos Internos", Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 12.

nuestros que superar el subdesarrollo, y qué determinación más importante que el lograr la integración latinoamericana.

Luchamos hoy en día con lo que podemos llamar el dogma de la soberanía nacional, y que si bien, en el campo político tiene una importancia innegable, se ha constituido como el mayor problema jurídico para la integración.

El concepto de soberanía nacional puede ser llevado a dos dimensiones. En la dimensión formal implica la igualdad jurídica de todas las naciones, lo que a su vez determina la facultad de autodeterminación. Por el contrario, en lo que llamaremos dimensión material, la soberanía implica la posibilidad real y efectiva de que la igualdad jurídica tenga auténtica vigencia. Así, no resulta una decisión soberana la que adopta un país bajo precisiones que la dependencia económica le impone. Un país es soberano no cuando la comunidad internacional le reconoce el status de tal, sino cuando está en la capacidad de ejercer realmente su soberanía frente a todas las demás naciones.

Ante ello, los pueblos latinoamericanos no debemos dejarnos deslumbrar por la luz de la dimensión formal. Hacerlo no es más que engañarnos, confundiendo el derecho con su ejercicio. Debemos convencernos de que, sin necesidad de renunciar a la soberanía nacional, debemos apuntar a la generación de una auténtica soberanía latinoamericana, sustentada en las bases materiales del desarrollo y bienestar de nuestro pueblos. Nos preguntamos entonces cómo reformular el dogma de la soberanía nacional para convertirlo de obstáculo en instrumento de la integración.

Aunque suene curioso, debemos comenzar por el principio. El dogma clásico de la soberanía nacional se constituye como la base de la llamada concepción "dualista" del derecho formulada por Trippel en 1899. El conceptualiza los sistemas jurídicos en órdenes cerrados, heterogéneos e in- comunicables, negándose que el llamado derecho estatal acepte ciertas normas internacionales<sup>2</sup>.

En nuestra ponencia citamos a título de ejemplo el caso del asilo político de Víctor Raúl Haya de la Torre. Este caso suscitó una controversia entre Perú y Colombia en la década de los 50 ante la Corte Internacional de Justicia. Colombia sostenía su derecho a conceder asilo a Haya de la Torre pues lo calificaba como delincuente político. Perú

<sup>2</sup> Ruiz-Giménez, op. cit. p. 11.

sostenía que era a su gobierno a quien le correspondía efectuar la calificación del delito, principalmente por un asunto de soberanía. En estas circunstancias, el general Odría, Presidente del Perú, vociferó desde un balcón de Palacio de Gobierno "nadie nos podrá impedir hacer justicia en nuestra propia casa", las mismas palabras que pronunciara Somosa desde su feudo<sup>1</sup>.

No podemos dejar de percibir en las palabras del general Odría la idiosincrasia latinoamericana. Pero lo más alarmante es que no se habla en este caso de la posibilidad de fijar tal o cual arancel, ni de construir o no una carretera. Se habla de los derechos humanos, de la posibilidad de ejercer libremente las convicciones políticas. Y, si los derechos humanos son inherentes a la dignidad propia de la persona humana, ¿cómo puede su ejercicio verse limitado por la idea de soberanía?

No podemos aspirar a una integración económica mientras todos los ciudadanos de Latinoamérica no gocemos y estemos garantizados en nuestros derechos fundamentales. El derecho persigue perfeccionar la posibilidad de la convivencia social, para que con ello se dignifique al hombre. Todo aquello que escape a ese objetivo desnaturaliza la acción del derecho. ¿Cómo esperar que se respeten acuerdos arancelarios en aras de la integración, si cuando se ponen en movimiento los mecanismos internacionales para proteger la vida y la integridad física de los desaparecidos y secuestrados, se acusa a los propulsores de antinacionalistas que interfieren en los asuntos internos del país?

He ahí la importancia de comenzar por el principio. Paradójicamente, la cuerda debe romperse, en este caso, por el lado más fuerte. Por aquel sitio por el que más ajusta y más duele. Ningún Estado puede negarse, bajo ninguna condición, a reconocer los derechos humanos de las personas, ni siquiera alegando el ejercicio de su soberanía.

La integración debe ser orientada, como bien señala Sánchez de la Torre refiriéndose a todo proyecto político, por los derechos humanos, que actúan como indicadores de la conciencia universal acerca del sentido en que han de actuar las instituciones jurídicas para acrecentar la dimensión

<sup>1</sup> Valle Riestra, Javier, *Jurisdicción supranacional en "Normas Internacionales sobre Derechos Humanos"*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 218.

de la dignidad personal y del desarrollo de la libertad de individuos y grupos<sup>4</sup>.

Debemos por ello reforzar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, contemplado en el Pacto de San José de Costa Rica. Ello implica como primer paso, dejar absolutamente de lado la concepción dualista para ir a lo que Ruiz Giménez llama una concepción integradora<sup>5</sup>. Los derechos nacionales, sin prescindir de la idea de soberanía, fundamental para forjar en los pueblos su propia identidad, se integran en el orden jurídico internacional, dejando de ser compartimentos estancos, para funcionar perfectamente coordinados. Todos nuestros países se interrelacionarán en un orden jurídico latinoamericano, que a su vez se encuentre inmerso en el orden jurídico internacional. Así aparecerá, como un nuevo concepto de vigencia real y efectiva llevado a su dimensión material, el de la soberanía latinoamericana, sin prescindir de la soberanía nacional de cada uno de los países.

La importancia de la Convención de San José de Costa Rica radica precisamente en comenzar por el principio. Si bien formalmente se trata de un sistema interamericano de protección de los derechos humanos, materialmente ha generado un sistema latinoamericano, pues los países que lo han suscripto o ratificado pertenecen en su integridad a nuestra región. Sin embargo, es un sistema perfectible. De hecho la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido sumamente limitada. En sus casi diez años de vigencia efectiva ha emitido una sola sentencia y nueve opiniones consultivas. Esto resulta, a todas luces insuficiente para un continente como el nuestro en el que abundan las violaciones a los derechos fundamentales. De hecho, el que la Comisión Interamericana o los gobiernos de los países miembros sean los únicos que puedan demandar ante la Corte, merma de manera importante su operatividad. Podríamos decir que todos nuestros países tienen de una u otra forma techo de vidrio. Si alguien tira una piedra corre el riesgo de que le caigan, a su vez, varias. Sin embargo, debe entenderse que no interesa quién tira la primera, sino que todos vayan sacando las piedras que encuentran en el camino.

<sup>4</sup> Sánchez de La Torre, Angel. *Sociología de los Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1977, p. 9.

<sup>5</sup> Ruiz Giménez, op. cit., p. 13.

En cuanto a la Comisión Interamericana, ésta ha desarrollado una labor importante, en especial en lo que respecta a los informes que periódicamente emite en torno a la vigencia de los derechos humanos en los diversos países, a pesar de la resistencia que muchos de los gobiernos le han ofrecido. Se impone, sin embargo, la necesidad de objetivar los criterios, muchas veces políticos, que se utilizan para determinar los países sobre los que se va a efectuar una investigación.

De un modo u otro, ya resulta sumamente alentador la existencia de un sistema que, con sus limitaciones, se encuentra en funcionamiento. El compromiso es contribuir a su perfeccionamiento y desarrollo a fin de lograr que los órganos correspondientes (Comisión y Corte Interamericana) lleguen a ser los auténticos portadores, en el ámbito de la jurisdicción relativa a los derechos humanos, de la soberanía latinoamericana.

Este proceso de consolidación de una concepción integradora en beneficio de la garantía a los derechos fundamentales, está recogido, a título de ejemplo, en la Constitución peruana. Tal como detallamos en nuestra ponencia, nuestra Constitución le concede rango constitucional a los tratados relativos a derechos humanos por lo que sólo pueden ser modificados por el procedimiento de reforma constitucional, y en particular, al Pacto de San José de Costa Rica, dándoles primacía sobre las normas de derecho interno. Asimismo, le da una categoría especial, por encima de los tratados ordinarios, a los tratados de integración latinoamericana.

La labor que la integración y los derechos humanos nos imponen es ardua. Las páginas de nuestras publicaciones constituyen un medio privilegiado para conseguir que el derecho sea un medio efectivo para dignificar a la persona. Somos voces jóvenes frente a una audiencia joven, portamos la esperanza de nuestro continente. No olvidemos en nuestra labor al hombre y mujer latinoamericanos. A ellos nos debemos pues a ellos se debe nuestro derecho.

No habrá integración que no respete la dignidad de la persona, no habrá dignidad de la persona sin la orientación que nos dan los derechos humanos. No habrá derechos humanos sin un sistema efectivo que los proteja.

Sólo cuando en Latinoamérica pensar y expresarse libremente sea un ideal cumplido, cuando los desaparecidos, secuestrados, asesinados y torturados sean parte del pasa-

do, y cuando el bienestar económico y social sean realidades concretas, podremos decir que Latinoamérica es una, como una será la dignidad y la conciencia de nuestros pueblos.

## **ENTREVISTAS**



## DOCTOR FERNANDO DE TRAZEGNIES \*

**L y E:** En una de sus clases del curso de Filosofía del Derecho usted anota una frase en la pizarra y le pide a sus alumnos que la comenten. Quisieramos por un momento invertir esa figura y que nos comente la frase "Estudiar el derecho es estudiar la ley".

**T:** Efectivamente yo coloco la frase en una de las primeras clases del curso, pero el objeto que tiene es invitar a una reflexión en este sentido, no para llegar a una conclusión positiva o concordante, simplemente para abrir la discusión. Tengo la impresión de que muchas veces cuando los abogados hacemos derecho, y cuando los profesores lo enseñamos, partimos de una cierta actitud frente al derecho, de un concepto de derecho, que es con el que vivimos intuitivamente; pero en el momento que alguien nos pregunta: ¿qué piensa usted del derecho, cuál es el concepto que de él tiene?, entonces soltamos un concepto totalmente diferente. En el fondo creo que somos un poco esquizoides. Hay en nosotros una parte teórica y otra parte práctica, y creo que todos somos así, porque hemos sido formados en eso; aunque algunos sean más o menos conscientes del asunto, en definitiva todos somos así. Lo normal es que la persona estudie muy positivista a un cierto nivel; a otro nivel, digamos, de mayor profundidad, será muy creativo, aun cuando se sienta a él mismo actuando muy positivista.

\* Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Entrevista realizada en Lima, Perú, el 31 de enero de 1984, por Alfredo Bullard (ex Thémis), José Alfredo Jiménez (Thémis) y Alberto Baviano (Lecciones y Ensayos). La misma surgió como primer acto de integración dentro del Convenio de Intercambio y Colaboración firmado por ambas revistas. Thémis, revista de Derecho, es dirigida por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

o por lo menos de acuerdo con ciertos patrones positivistas. Pero si uno le hace la pregunta directa, ¿qué opina usted del derecho?, la mayor parte de la gente, por lo menos aquí en el Perú, contesta diciendo que el derecho es el derecho natural y terminamos iusnaturalistas. Yo creo que tenemos hasta tres niveles de planos complicados. Lo que intenta esa frase es poner de relieve esta situación interna dentro de nosotros e iniciar una especie de psicoanálisis jurídico, que cada uno saque de adentro estos elementos que tiene a nivel inconsciente y con los cuales evalúa la realidad, los ponga adelante, los dé vuelta para todos lados, los mire y finalmente al concluir el curso diga, "bueno, efectivamente, yo tenía todas estas ideas, todavía me gustan, estoy de acuerdo con ellas y sigo adelante", pero ya conscientemente; o "no me gustan y las cambio".

L y E: ¿Cuál es su opinión sobre el positivismo kelseniano?

T: Yo creo que Kelsen tuvo un mérito extraordinario. Ese mérito fue el de imponer un rigor en el conjunto jurídico, que no existía quizás antes. Creo que obligó a ser muy coherente, muy lógico, a atender una serie de detalles, a pensar el derecho como un sistema, y para eso tuvo que poder muchas cosas, a fin de que pudieran caber dentro del sistema; hubo que cortarle los pies al cadáver para que entrara en el ataúd, pero ahí está el sistema. En ese sentido creo que tuvo un mérito extraordinario. Otro mérito del positivismo kelseniano es su valorización de algo que me parece importante en el mundo actual y no lo ha sido siempre en todas las épocas, la seguridad jurídica. Creo que Kelsen produce todo eso como consecuencia valiosa. El problema con el positivismo kelseniano consiste en que lo que se ha difundido habitualmente no es el propio positivismo kelseniano sino un positivismo pop, algo así como recibir a Kelsen de salpicón. Posiblemente alguien leyó en forma parcial a Kelsen y con ese material fragmentado armó un Kelsen en su cabeza; a partir de esa parcialidad ha enseñado a otras personas y éstas a terceros; entonces todo el mundo habla de Kelsen y yo dudo de que por lo menos en el Perú, exista mucha gente que haya leído completa la Teoría pura. Tengo la impresión de que hay una gran cantidad de gente que se siente positivista o que por lo menos actúa positivístamente en ese otro nivel del que hablábamos hace un momento y sin embargo no ha leído la Teoría pura, sino que le ha caído un poco de salpicón. Eso hace que los de-

fectos que tenía la Teoría pura en sí misma hayan sido acentuados, porque se la ha tomado en algunos aspectos de manera tan dogmática que Kelsen no hubiera aceptado. Por ejemplo, con respecto a la interpretación de la norma, se estudia una teoría que flota aquí en el ambiente, siendo en verdad algo con lo que Kelsen habría estado en total desacuerdo. En realidad Kelsen nunca quiso hacer una teoría de la interpretación única de la norma, nunca quiso llegar a la conclusión de que a través de la interpretación era posible, como en un razonamiento matemático, llegar a una conclusión única; al contrario, cuando refiriéndose a la interpretación habla de "la ciencia tradicional del derecho", entiende referirse a la ciencia exegética, y por exegética lo pasado. "La ciencia tradicional del derecho quisiera esto, pero esto es una ilusión" agrega, y razona de la siguiente manera: "Lamentablemente, yo no puedo ayudar al juez en forma directa, aunque quiera hacer una institución muy rigurosa, sería una interpretación a nivel científico, es decir, yo puedo intentar interpretar la norma concreta, concordándola con el resto del aparato normativo, y llegar a este tipo de conclusiones, que pueden ser varias; pero no puedo escoger entre ellas porque ya no tengo el elemento normativo para hacerlo, tendría que escoger con elementos que no están en las normas mismas". Sin embargo, lo que se entiende por teoría kelseniana de la interpretación es eso que Kelsen criticaba como ciencia tradicional; se le quiere hacer decir a Kelsen que él era partidario de una interpretación única de las normas, y yo creo que Kelsen, no sé si a su pesar, o si le entusiasmaba la idea también, no dejaba de reconocer que el juez es un creador; es verdad que a él le gustaba la coherencia lógica perfecta y la creación rompe un poco la lógica, pero él admitía que el juez tiene que hacer todo el trabajo lógico como el científico, y es ahí donde va a encontrar tres o cuatro posibles interpretaciones, y frente a ellas va a dar una propia opinión, a agregar cosas y a crear soluciones. Creo que, normalmente, no se ha visto esto en el Perú y por eso el kelsenismo ha sido un poco distorsionado en nuestro medio. Aparte de eso, tengo objeciones al kelsenismo en otro sentido. Considero que esa dicotomía entre el científico y el juez que aplica es interesante hasta cierto punto, pero no nos resuelve el problema en última instancia. El derecho no puede quedarse a diez centímetros del suelo, tiene que llegar hasta el suelo mismo, tiene que llegar hasta la aplicación misma, y una teoría o alguien tiene que poder explicar el conjunto de todo. Entonces es

preciso crear una cierta "impureza" a la teoría para poder dar ese salto del fin del nivel científico al que llega Kelsen, del último escalón científico hasta la tierra. Para eso hay que dar una teoría y ello ya no será puro desde el punto de vista kelseniano, pero creo que no hay más remedio.

L y E: ¿Cómo definiría a grandes rasgos los sistemas jurídicos latinoamericanos?

T: Creo que, en general, los sistemas jurídicos latinoamericanos han sido profundamente influenciados por los sistemas europeos. Creo que nosotros en buena cuenta hemos retomado esa tradición occidental, en el sentido más descriptivo del término, y hemos tratado de aplicarla a nuestro medio. Ahora, es cierto que en la aplicación se han creado cosas y que, consciente o inconscientemente, se las ha entendido de manera diferente. Hay otros aspectos en los que directamente se ha transformado lo que viene de afuera para adaptarlo a nuestras realidades y en otros casos simplemente se ha calcado con bastante buen resultado. Considero que la legislación latinoamericana es una buena legislación y que hemos tenido gente de primerísima en todos estos países, lamentablemente más fuera del Perú que dentro del Perú. Latinoamérica ha tenido la suerte de tener un Vélez Sársfield, que creo que ha sido un monstruo; y un Andrés Bello, que me atrevería a calificar a igual manera. El Perú no ha tenido un jurista de esa categoría. El Código del 53 fue hecho por una comisión de juristas muy capaces e inteligentes, pero ninguno de ellos a ese nivel como estos grandes personajes latinoamericanos. Luego para el Código del 36 hubo un equipo bastante bueno. Era en líneas generales gente interesada en cosas nuevas, abierta, con gran inquietud. Ninguno tampoco que descollara en una forma única o absoluta, pero como equipo era bueno. Finalmente, el último Código, del 84, también ha tenido un equipo que ha trabajado muy honestamente, con verdadera dedicación al asunto. En síntesis, hemos tenido buenos juristas.

L y E: ¿Qué inconvenientes y conflictos surgen en el sistema jurídico ante la existencia de culturas tan diversas como las que conviven en el Perú?

T: En países como el Perú, distintos de la realidad argentina, tan homogénea, se vive dentro de una multiculturalidad; no tenemos una situación única, estable, homogénea, sino al contrario, una situación plural, muchas veces inco-

herente, donde los elementos sociales están a veces en contradicción, provienen de orígenes distintos, se encuentran en niveles de desarrollo y en épocas totalmente diferentes. Esto crea dificultades muy graves. En ese sentido yo creo que hay un cierto derecho que, lamentable o afortunadamente, no lo sé, tiene que ser un derecho destinado a la actividad más occidental, siempre en el sentido más descriptivo del término. Es decir, tiene que haber un Código Civil moderno, hecho de tal manera que si llega un inversionista belga, norteamericano o chino, pueda leerlo y decir: "Aquí reconozco todos los principios que están en nuestras legislaciones", y así podamos hacer negocios y tratos con estas personas, porque no son, pues, unos monstruos que vienen de Marte, totalmente diferentes, con cuatro ojos y seis brazos; son gente como nosotros y esto es lo importante, sentir que hay una cierta comunicación con los demás países del mundo, y cierto tipo de actividad que desarrollamos aquí y que es una actividad del mismo nivel que en esos países. Para ello se necesita una cierta normatividad. El problema está en que gran parte de nuestras mayorías nacionales viven dentro de otro cuadro de condiciones sociales, económicas, en otro tipo de mundo, con otra clase de relaciones y para ellos estos códigos resultan absolutamente fantásticos, como de ciencia ficción, pues nada tienen que ver con su realidad cotidiana. Si pensamos en las relaciones contractuales, si queremos llamarlas contractuales además, que nacen en el interior de una comunidad indígena, por las cuales una persona trabaja la tierra del otro. Eso, ¿qué es? ¿Es un contrato de arrendamiento? ¿Es un contrato de aparcería? ¿Es una asociación en participación? Si tuviéramos que aplicarle cualquiera de nuestras instituciones occidentales las cosas no funcionarían. Aquí también se sale el muerto del staud por todos lados, los brazos son muy largos, las piernas, la cabeza. No entran las cosas, y creo que forzar para que entren es muy complicado, no daría buenos resultados. Por eso tenemos que acostumbrarnos a vivir dentro de una situación de pluralismo jurídico. El Perú tiene que reconocer que hay circunstancias en las cuales el derecho occidental no se aplica; el problema está en los límites del pluralismo jurídico, lo que se ha discutido mucho en el Perú y siempre nos crea algo de angustia. Porque no se trata simplemente de admitir que cada grupo cultural tiene su propia normatividad consuetudinaria y que cada uno baila con su propio pañuelo, como decimos aquí. Esto no puede ser, porque implicaría la desarticulación del Estado. El Estado moderno

es siempre un Estado central y no hay duda de que el derecho tiene que ser de alguna manera un derecho unificado; aun cuando admitamos el pluralismo debe existir algún criterio de unificación del derecho. No se trata de disgregar la sociedad; ahora hay una cierta tendencia a medievalizar el Estado moderno y así cada comunidad, cada grupo de intereses tiene sus propios regímenes. Yo creo que esto es negativo, dado que en primer lugar hay que mantener una cierta centralización, en el buen sentido del término, no un centralismo, en la capital de la República o en la visión occidental, pero sí un Estado central que subsista a través de todos los pluralismos. En segundo lugar, hay cierto tipo de campos en los cuales el pluralismo no es tolerable. Y no lo es cuando afecta demasiado gravemente las concepciones del resto de la población. Imaginemos un grupo amazónico que, como a la ley islámica, se le ocurriera que a todo aquel que robe se le cortará la mano, y a todo aquel que cometa adulterio se lo castrará. Bueno, el Estado peruano no puede admitir este tipo de situaciones, que repugnaría demasiado a conceptos que consideramos no solamente parte de la civilización occidental, sino que son, o deberían ser universales. La civilización occidental tiene ciertos elementos que, por considerar fundamentales, pretende imponer sobre las otras aunque éstas no lo quieran. Claro que todas las civilizaciones han tenido sus propios núcleos que habrán pretendido imponer sobre las demás, lo cual no es una particularidad de esta civilización occidental. Pero ella lo tiene también, llámense derechos humanos, o llámense aspectos fundamentales de la dignidad humana, que no son materia de transacción. Entonces cuando ese tipo de derechos consuetudinarios tocan esos aspectos, no es posible permitirlo. Imaginemos, por ejemplo, que aquí hubiera situaciones paralelas o similares de las de algunos países árabes, en donde todavía se somete a las niñas de ocho a diez años a una operación terrible; se les corta el clitoris para que no tengan nunca placer, porque el hombre musulmán no quiere que la mujer tenga placer, quiere tenerlo él solamente. Esto es una cosa pues, bárbara, que no se puede permitir. Y nosotros no estaríamos de acuerdo con eso nunca, aunque viviéramos en un país musulmán. Aquí en el Perú, si a alguien se le ocurriera que por sus convicciones religiosas esto tiene que ser aplicado, no podríamos permitirlo y habría que sancionarlo. Es así como el pluralismo jurídico topa con ciertos límites; dónde poner esos límites, hasta dónde sí, hasta dónde no, es muy difícil. Creo que

esos límites vienen un poco dados por la noción de sentido común, son parte de la tolerancia que tiene una determinada sociedad. En cambio hay otras áreas en las cuales puede admitirse perfectamente el pluralismo jurídico sin ninguna duda, como en los sistemas de matrimonios consuetudinarios. Nosotros tenemos en el Perú ese sistema de matrimonio, el *servinakuy*, que alguien ha llamado matrimonio a prueba, pero que no es propiamente tal, sino más bien un matrimonio por etapas; es decir, la persona "se va casando" y va asumiendo compromisos mayores a lo largo de un proceso a través del tiempo y no en un solo acto como la firma en el registro. Sin embargo, así como el hombre va adquiriendo derechos sobre su mujer desde el inicio del proceso, en cualquier momento puede cortarlo porque no ha terminado todavía. Este *servinakuy* es perfectamente válido en nuestras comunidades serranas y yo no veo por qué nosotros no podríamos reconocer ciertos derechos que se derivan de él; más aun, no es claro el porqué no podríamos considerar el *servinakuy* como una institución válida y legal para evitar que nuestro derecho occidental cause injusticias en esas áreas.

L y E: ¿A qué se refiere usted cuando habla de evitar que el derecho occidental cause injusticias en esas áreas?

T: Cuento un caso que es muy breve pero muy claro en este aspecto. Un chico de una comunidad serrana, de unos catorce años, se "casa" en *servinakuy* con una chica de doce, perteneciente a la misma comunidad. Pero el matrimonio en las comunidades serranas no es un proceso entre dos personas, sino entre dos familias; es casi una alianza familiar. Una vez "casados" y después del intercambio de regalos, van a vivir con la familia del marido. Es en esta época cuando la chica queda embarazada, pierde su bebé, y poco después sufre otro aborto. Cuando él ya tiene dieciocho años y ella dieciséis deciden venir a Lima para probar suerte. Así lo hacen, se establecen en el Callao y él comienza a trabajar. En Lima vive una tía de ella desde hace más de veinte años, totalmente aculturizada. Un sábado a la noche el chico regresa a su casa, habiendo tomado unos tragos con sus amigos, tal como pasa en la sierra, donde el sábado a la noche se pegan su gran bomba, su gran borrachera. Ella lo recrimina por haber bebido demasiado y haberse gastado la plata de la semana; él entonces le arrea una golpiza de todos los diablos. La muchacha, con los ojos hinchados y varios moretones, va corriendo a lo de su tía, pidiéndole

consejo. La tía le recomienda denunciar el hecho en la comisaría. Una vez allí le explica al oficial: "Mire usted, me han pegado, me han hecho esto". "Bueno -dice el oficial-, entonces vamos a detener a tu marido". "Ah, no, detener no, eso ya es demasiado. En realidad yo no quiero que me lo metan preso; yo lo quiero a él, sólo le pido que usted le hable". "Oiga, no, que la comisaría no se ha hecho para hablar, yo lo voy a detener". La conversación sigue y en ella la muchacha explica que ha vivido con su marido por cuatro años. "Cuatro años y en realidad tú no eres casada" -afirma el oficial-. "Bueno, si somos casados pues, en servinakuy". "Tú no eres casada -repite el oficial- ¿Y qué edad tienes?". "Dieciséis". "¿Cómo, entonces tu estás desde los doce años con tu marido? ¿Y has tenido relaciones sexuales con él?". Así, la muchacha cuenta inocentemente toda su historia. Y en la comisaría le dicen: "¡Ah! Violación, acto carnal con menor de edad", e inmediatamente mandan un policía y detienen al muchacho. La chica desesperada dice: "Yo no quería hacer esto. Déjenlo libre, quite todos mis cargos, ya no quiero saber nada del asunto". "No -se le responde-, es que ya no es un problema suyo, sino del Estado peruano contra su marido, porque él ha cometido violación". "Pero es que no es violación, si esto ha sido en casa de sus padres -explica ella-. Hemos vivido allí después de toda la ceremonia". "No, es violación". Entonces, se abre la instrucción contra este muchacho. El caso lo conozco porque he visto el expediente con motivo de la graduación de un estudiante de la Universidad, y el que estaba a mi lado como uno de los miembros del jurado era un vocal que había participado en el expediente, de modo que tuve oportunidad de conversar bastante con él y de preguntarle qué había sentido ante esta situación. Me explicó que en el tribunal la situación había sido terrible, porque se actuaron como prueba todos los elementos que acreditaban que esto había sido un servinakuy. No había duda, y efectivamente ahí estaban todas las declaraciones. Era perfectamente normal en las comunidades serranas que un chico de catorce años y una chica de doce tuvieran relaciones sexuales. Pero por otra parte, el Código Penal peruano dice que esto es violación y en esos términos no hay nada que hacer. Claro que como se sentían muy mal frente a esta situación, aplicaron pues un medio para salir adelante y al mismo tiempo no violar la ley. El chico había estado ya seis meses detenido, mientras se desarrollaba la investigación y el juicio llegaba al tribunal correccional. Lo que

hicieron entonces fue aplicar el art. 45 del Cód. Penal, según el cual tratándose de indios semicivilizados o degradados por el alcoholismo y la servidumbre, el tribunal puede reducir la pena por debajo del mínimo legal. Le aplicaron así seis meses de prisión, con lo cual quedó compurgada su pena con la carcelera que ya había sufrido y el chico salió libre del tribunal. Pero creo que estos casos debieran ser solucionados sin tales artificios. El derecho debería tomar una actitud más honesta frente a ellos y verlos más directamente. Al decir: "Caramba, estamos ante una situación que el derecho occidental no puede solucionar", aquí no se afecta ningún principio tan grave tampoco. Aunque frente al hecho de que las relaciones sexuales se den a los doce o trece años, nosotros, por nuestra mentalidad consideramos que esa edad es un poco pronto, la comunidad serrana no lo considera así y en definitiva es un problema de ellos; por lo tanto no veo por qué nosotros vamos a aplicarles nuestra propia legalidad. Éste es el tipo de problemas que se presenta y me parece bien complicado de manejar, pero la solución es enfrentarlos de manera muy directa; claro que no es eso lo que se está haciendo, no hay un trabajo serio sobre este asunto.

L y E: ¿Cuál cree que es la solución que el sistema debe asignar a este tipo de conflictos, y, particularmente, cuál es el rol de la Universidad ante el problema?

T: Mira, la Universidad tiene que buscar un poco, porque es el centro de la investigación; pero a lo que hay que llegar simplemente es a una norma legal que establezca las diferentes competencias y jurisdicciones. Aquí hay, yo diría, dos problemas: uno de derecho aplicable y otro de jurisdicción competente. Son dos cuestiones diferentes pero en ambas juega el tema del pluralismo. El problema del derecho aplicable se presenta cuando se va a resolver un caso, y como en el caso concreto de la violación que vemos, se va a aplicar como criterio la norma jurídica del derecho occidental incorporada en el Código Penal; o las costumbres de la comunidad considerándolas como una normatividad diferente. Estamos en una elección entre dos derechos. ¿Quién hace la elección? El juez occidental, el tribunal correccional.

Un segundo problema es el de la jurisdicción competente, es decir qué cosas deben ser resueltas por los tribunales occidentales y qué cosas deberían ser resueltas por los tribunales locales que surgen de abajo, de los propios grupos sociales involucrados. Las dos preguntas son complicadas,

juegan además una con la otra, y hay una serie de matices que deben también tomarse en cuenta. Personalmente diría que no se puede, sin peligro de afectar el Estado central que, creo, debe ser conservado, dejar que las comunidades apliquen sanciones que sean demasiado graves. Yo no creo, por ejemplo, que una comunidad indígena pueda aplicar pena de muerte. En primer lugar porque ni siquiera se admite en el derecho occidental peruano; la Constitución peruana no la admite, y en esa no admisión se está planteando un principio que el conjunto de los peruanos quiere. Quizás en un futuro se cambie, pero por el momento la pena de muerte no se puede aplicar en el Perú, y si no se puede aplicar en el Perú, no la puede aplicar ni el derecho occidental ni tampoco una comunidad serrana. Entonces si un día hay un linchamiento en una comunidad serrana porque un señor fue abigeo o lo que fuera, algo como lo que fue el caso..., creo que el Estado debería intervenir y considerar que esto no es un derecho popular o una justicia popular sino una infracción grave de los principios que rigen el sistema actual. Hay un nivel de pena que no es posible aplicar por las propias comunidades locales. Tienen que ser aplicadas por el tribunal oficial del Estado peruano.

Por otro lado hay asuntos que son tan propios de la vida cotidiana que no deben ser resueltos por los tribunales oficiales sino manejados por los tribunales locales. Por ejemplo, estos problemas a los que nos referíamos hace un momento, la relación que existe entre dos comuneros cuando uno se pone de acuerdo con el otro para que éste le trabaje la tierra y a cambio le da una parte. Es una relación demasiado complicada para nosotros, simplemente no la entendemos. Quizá sea muy sencilla, tan simple que no la entendemos por tener una mente complicada. Pero el hecho es que para nosotros esto no resulta fácilmente manejable, y que lo entienden mucho mejor ellos mismos. En tal caso el presidente de la comunidad, si es un hombre honesto, o en su caso un consejo de la comunidad, como un consejo de barayocs, puede resolver este problema mucho mejor. Se pueden crear así ciertas competencias a esos niveles. Ya se ha dado en la ley de comunidades nativas (nosotros llamamos comunidades nativas a las amazónicas y comunidades serranas o andinas a las de la sierra, las de altura), en la que se ha dado cierta clase de facultades a las personas que viven en grupos étnicos tradicionales en la selva. Allí ha habido casos terribles. He visto casos muy complicados. Uno de ellos, es el de un individuo considerado por su tribu

selvática como un brujo malo (ellos consideran que hay brujos malos y buenos). Este era un hombre que tenía poderes que de repente no usó bien, transformándose así en brujo malo. Y por arte de brujería mató a otro individuo de la comunidad enviándole una serpiente para que lo picara. Bueno, nosotros nos reímos, pero en realidad para ellos esto es muy serio. Ellos están convencidos de que esto es así. Evidentemente no están dentro de esa categoría, como decía Max Weber, la categoría de pensamiento lógico-formal, y ellos están viviendo dentro de una categoría diferente, en la cual no se mueven con una manera racional de juzgar. Si bien para nosotros no hay relación de causa y efecto entre la picadura de la víbora y los rezos que puede haber hecho el otro señor para que la víbora lo picara, para ellos esto es irrelevante. Ellos creen que si la víbora picó, es porque la mandaron. Entonces la comunidad designa cuatro personas con unos nombres de lo más extraños para que vayan y maten al brujo malo. Entran en su choza una noche, lo acuchillan e inmediatamente lo entierran en la selva. Pasa por allí de casualidad una patrulla, formada por un solo hombre, un policía en una canoa, y se detiene en el sitio donde vive esta tribu. Y alguien, seguramente uno de los parientes de aquel que mataron, del brujo malo, le relata su muerte y la razón de ella. El policía, indignado, se propone capturar esas personas y finalmente lo logra, prendiendo a los cuatro que han matado. Les pregunta: "¿ustedes han matado?". "Pues sí, matamos -le contestan- pero lo hicimos en nombre de la comunidad". Después de escuchar esto, el policía decide llevarse a los cuatro confesos. Los carga en la canoa y se los lleva al tribunal correccional de Amazonas, que queda en un departamento del norte del Perú. Allí se les inicia un proceso ante el juez instructor, en cuyas manos demora mucho tiempo el asunto. Pero finalmente llega al tribunal, que se encuentra en una situación extrañísima. Estas personas parecían lo más simple, lo más honesto, lo menos peligroso; además, el indio amazónico no puede vivir preso. Estos hombres ya hace varios meses que lo están y han comenzado a adelgazar. Son como pájaros silvestres que metes en una jaula y comienzan a entristecerse, a debilitarse. La situación era terrible. Y en los interrogatorios estos hombres confesaban abiertamente que habían matado, pero que consideraban que estaba bien. El tribunal correccional francamente no sabía qué hacer con ellos. Pero sin duda éste es uno de los casos en que hay que sancionar de alguna manera, quizá no con la misma du-

reza con que se pudiera sancionar a un hombre de cultura occidental, pero sí debe haber alguna sanción; de lo contrario, casos como éste seguirán proliferando, siendo una de las cosas que hay que erradicar porque altera, afecta demasiado los valores que para nosotros son importantes. Pero en todo caso el tribunal, aquí, frente al problema, no sabía cómo sancionar, qué hacer, y encontró también un artificio procesal realmente increíble. Mandó a la policía a buscar el cuerpo del delito, que en este caso era el cadáver. Otra patrulla de dos o tres policías fue a buscarlo a la selva, pero nunca lo hallaron; fue imposible exhumarlo. Entonces regresaron y dieron cuenta de que el cadáver no existía. Por consiguiente, al no existir cuerpo del delito, no había delincentes. Y aunque esta gente reconocía haber matado, salió libre. Obviamente se trataba de un artificio que revela la contradicción mental que tenían estos señores vocales, que no sabían qué hacer frente al hecho. Como vemos, todo esto debe ser trabajado, profundamente estudiado. Y en ello la Universidad tiene un papel importantísimo. Sin embargo, el tema no se está viendo suficientemente; hay focos de atención por momentos, como cuando se presentó el caso "Huayanay", que desató un poco de discusión en los periódicos, en la Universidad; pero después todo el mundo se olvidó el asunto. O cuando se presentó el caso "Uchuraccay", si bien fue radicalmente diferente del caso "Huayanay", también hubo cierta discusión sobre la situación del pluralismo jurídico, luego todo pasó. Yo he intentado algunas veces organizar en la Universidad una especie de *forum*, trayendo gente de fuera del país, antropólogos que hayan trabajado sobre este mismo problema; pero lamentablemente no he logrado hacerlo hasta ahora. Sin embargo, no sería realmente difícil, contando con belgas, ingleses o americanos que hayan trabajado en África y dominen el tema. Discutir con los antropólogos y así lograr la comunicación de dos disciplinas, la antropología y el derecho. Sería fascinante a nivel científico y, lo que es más importante, útil para el país.

L y E: ¿A qué cree usted que se debe que, habiendo tantos casos que han llegado a ser muy conocidos, haya tan poco reconocimiento a nivel legal de las instituciones de estas comunidades?

T: Se debe a que en el fondo, quizá la gente sea egoísta y viva metida en su propio mundo; y sucede que los mismos "interesados" en este caso no tienen mayor interés, porque

el hombre de la comunidad serrana, el hombre de la comunidad nativa, no tiene ningún interés en que le cambien las leyes desde Lima, ni tiene acceso a que lo hagan. Y él no se preocupa del asunto, sino que vive su mundo, perfectamente dentro de su propia esfera. Claro que algunas veces hay conexiones entre las esferas y eso le molesta. Entonces sigue el camino más práctico: huir de ellas. Se va, se esconde cuando lo persiguen por un hecho que el sistema occidental considera delito y él no. Se va, se sube a la punta de un cerro y no lo encuentra nadie. Después regresa, es decir, toma más bien ese tipo de medidas defensivas. En los mismos nativos no hay una iniciativa para llevar adelante el asunto. Y con respecto a los que vivimos dentro de un mundo occidental y de un derecho occidental, aunque exista cierta conciencia del problema, estamos muchas veces inmersos en otras cosas, como nuestro trabajo cotidiano; y claro, aunque por momentos todo el mundo tiene interés, después éste invariablemente baja cuando pasa el acontecimiento.



## **COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS**



**TERRORISMO Y DERECHO\***  
**COMENTARIO A LAS LEYES**  
**ORGÁNICAS 3 Y 4/1988**  
**DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA**

**JUAN TERRADILLOS BASOCO**

Claro está que la sociedad en su conjunto está convencida de la necesidad de una estrategia (no "lucha") racional y efectiva contra el fenómeno de la violencia terrorista, provenida ésta de grupos armados revolucionarios o del terrorismo estatal. El problema está en determinar el cómo de ese accionar en un sistema democrático y por lo tanto pluralista y garantista. A esto apunta el texto que aquí comentamos. Como claramente lo dice el subtítulo del libro, el análisis se centra en las dos leyes orgánicas que modifican la ley de enjuiciamiento criminal y las reformas del Código Penal español, en lo referente a normas antiterroristas. Al decir del autor "significan un intento de superación de la anterior legislación de emergencia y de retorno a la normalidad".

Este breve, pero no por eso menos importante y profundo ensayo, se divide en cuatro partes, las dos últimas dedicadas a un minucioso análisis dogmático de las leyes orgánicas. Tal vez lo más importante para nuestra realidad jurídica social, sean las agudas observaciones y reflexiones que realiza el autor en los dos primeros capítulos.

Terradillos Basoco hace referencia a las situaciones de emergencia que crea el terrorismo, ante las cuales surge un derecho de emergencia, de carácter excepcional que más

\* Comentario a las leyes orgánicas 3 y 4/1988 de reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento penal de España, Madrid, Tecnos, 1988.

por razones de tipo ideológico-políticas que jurídicas tienden a adquirir un carácter permanente, que produce una "perpetuación de la cultura de la emergencia" con un recorte permanente de los derechos fundamentales.

Para lograr esta consolidación se apela a un recurso de gran utilidad que es la consolidación —real o artificial— del enemigo externo como medio de afirmación de la identidad y coherencia de esta legislación y del accionar del Estado.

Así al "suspender" con visos de permanencia las garantías ciudadanas, el poder represivo y coaccionante del Estado aumenta, apuntalado por lo que Terradillos llama "efecto inhibitorio", que es la renuncia del ciudadano común a participar en actividades públicas o colectivas y a encerrarse en su realidad doméstica, desentendiéndose del problema. Esta situación está íntimamente conectada con el fenómeno de un amplio consenso conservador. El otro efecto coadyuvante, es el "legitimante" que se basa en la concepción de que la naturaleza humana es débil, caída, pecadora y por lo tanto necesita una "disciplina externa que garantice la ordenada convivencia". Al decir de Foucault: "En el corazón de todos los sistemas disciplinarios funciona un pequeño mecanismo penal"; pero bien podríamos decir que todo mecanismo o sistema penal implica necesariamente la existencia de no uno, sino varios sistemas disciplinarios. "El aparato disciplinario perfecto permitiría a una sola mirada verlo [todo] permanentemente". "Un punto central sería a la vez fuente de luz que ilumina todo, y lugar de convergencia para todo lo que debe ser sabido" (Foucault). Esta situación de control social, es lo que Terradillos destaca cuando alude a que "la legislación antiterrorista produce la progresiva centralización y ampliación de los agentes de control formal".

El proceso de demonología política, basado en la tensión amigo-enemigo empuja al sistema democrático al autoritarismo, cercenando libertades y garantías, agotando el pluralismo y reduciendo todo a la relación Estado-terrorismo. El accionar del Estado está orientado a la represión, pero previamente al control sutil, pero efectivo de las disciplinas que imponen la clasificación de las personas, de sus ideologías, de sus actividades, de sus amistades.

Investigando, acumulando información privada, interviniendo teléfonos, abriendo correspondencia y papeles privados, allanando domicilios particulares. Realizando todo tipo de actividades tendientes a obtener más y más informa-

ción, cada vez de más y más ciudadanos, estén o no involucrados en actividades ilícitas, porque sí y por las dudas. El Estado es entonces el "punto central" al que alude Foucault, del cual todo es visto y en el cual todo se conoce. "Las instituciones disciplinarias han secretado una máquina de control que ha funcionado como un microscopio de la conducta" (Foucault). Esta ideología tiene su origen en el problema del control en la concepción benthamita del Panóptico.

El proceso de demonología política que promueve la legislación y el accionar antiterrorista, se fundamenta en la estigmatización del "enemigo como un bárbaro subhumano". Esta concepción no es nueva, tiene su origen en el contractualismo clásico de J. J. Rousseau, el cual dice en su célebre Contrato social: "Todo malhechor que ataca el derecho social, se convierte, por sus crímenes, en rebelde y traidor a la patria. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se hace perecer al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo" (Libro II, Cap. V).

En nuestro país este análisis se encuentra agravado por la subsistencia de la concepción ideológica autoritaria de la doctrina de la seguridad nacional, según la cual el "enemigo está entre la gente, en la ciudadanía" y por lo tanto la "guerra interna" es necesaria para evitar un mal mayor.

Nosotros hemos sufrido esta doctrina en épocas de dictadura. Pero lo interesante del autor es su visión y concepción sobre el problema de la "guerra interna", del enemigo concebido como demonio en una sociedad democrática. Es muy interesante leer cuando refiere que las "normas antiterroristas en buena medida son más simbólicas que funcionales, orientadas más a la definición del objeto a combatir y del sujeto que asume tal tarea, que a proporcionar instrumentos técnicos para hacerlo eficazmente". Esta legislación busca definir el "enemigo interno", fortaleciendo aún más el accionar del Estado. Lo más interesante es que el "proceso de selección es circunscribir lo terrorista al ámbito de la violencia contra el Estado", dejando de lado el concepto del terrorismo de Estado. "La ideología del Estado de derecho supo identificar terrorismo con violencia ilegal". El concepto terrorismo abarca a todo el terror no estatal. Es lo que un poco actualmente sucede en la Argentina luego de los sucesos terroristas (y no subversivos como se dice) del copamiento del Regimiento 3 de Infantería de La Tablada, el concepto tomado por legisladores, funcionarios judiciales

y apoyado por los mass-media ha sido "subversión" y no terrorismo. Con ese concepto se identifica a los fenómenos violentos de la década del 70, principalmente de izquierda (la más recordada, p.ej., ERP, Montoneros, etc.), pero también de derecha (p.ej., Triple A, grupos paramilitares, paraestatales). En este concepto no quedan comprendidos los fenómenos sangrientos desde de 1976 en adelante realizados por la dictadura militar y conocidos como "terrorismo de Estado". Pareciera actualmente que la sola vigencia de una república democrática en nuestro país, garantiza por sí misma el control de todo tipo de violencia y terror, incluyendo la del propio Estado (no importando tanto la legislación vigente en la materia, ni mucho menos el accionar concreto de los distintos organismos de seguridad).

Terradillos cuestiona básicamente el cómo de la "estrategia terrorista frente a la violencia terrorista". El autor analiza que la razón más utilizada para recortar derechos y garantías es la puesta en peligro de las propias bases del sistema democrático, lo que justificaría más que suficientemente las medidas restrictivas. Se sostiene que la democracia es débil debido al respeto que le otorga a las libertades individuales.

Pero advierte que este razonamiento es endeble y vulnerable, apuntando que "primero... no está claro que el terrorismo ponga en peligro el orden democrático in totum. Y, segundo, porque no está claro que el mantenimiento de la democracia como abstracción pueda lograrse recortando progresivamente las concretas libertades democráticas. Nadie puede en efecto pensar que la sola acción terrorista puede acabar con las instituciones—incluido el ejército—de un Estado moderno". Aunque en este país se nos hace creer lo contrario. Por esto advierte, citando a N. O'Sullivan, que "el crecimiento del poder estatal provocado de este modo termina socavando el imperio de la ley de las libertades civiles". Lo cual nos ubica fuera de un régimen democrático y de un sistema republicano, nos coloca en un autoritarismo reaccionario y violento.

El segundo capítulo de este libro está dedicado a la determinación de lo que se entiende por "banda armada" y cuáles son sus elementos, así como también a organizaciones terroristas y rebeldes.

Es sumamente interesante destacar que el concepto de terrorismo es utilizado por todos como si fuese incuestionablemente objetivo, cuando en realidad se trata de un térmi-

no emotivo y valorativo y reviste un carácter inevitablemente político, poseyendo un claro trasfondo ideológico.

La reforma penal española (LO 9/1984) "consolida definitivamente la equiparación entre terrorismo y rebelión", no ya en "la legislación de excepción, sino en el derecho penal, sustantivo y procesal común". Los elementos del concepto de rebelión, no son otros que una modalidad específica de los elementos del terrorismo.

Así claramente lo reconoció el Tribunal Constitucional español en 1987 cuando consideró: "por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional". Fallo digno de ser tenido en cuenta en nuestra agitada vida republicana. Por último es de tener en cuenta que Terradillos Basoco describe y fundamenta la "vuelta" del orden jurídico español de los errores que cometieron en su legislación terrorista de emergencia. Por lo que sabemos el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo argentino al Congreso sobre este tema, contendría básicamente el mismo discurso jurídico político que realizaba la legislación española. Extraña costumbre la nuestra de "copiar" lo malo ajeno y no aprender de los errores de otros.

Realmente este ensayo es sumamente apasionante y en cierta forma marca los grandes problemas que empieza a enfrentar nuestra incipiente democracia frente al fenómeno violento del terrorismo.

Conjuga un agudo análisis de política criminal y un elaborado estudio dogmático de las leyes orgánicas aludidas.

SERGIO E. ROCAMORA \*

\* Becario Investigador, Derecho penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.



**STRAFRECHTSENTWICKLUNG  
IN EUROPA 2 (parte 1 y 2)  
LÄNDESBERICHTE 1984/1986 über Gesetzgebung,  
Rechtsprechung und Literatur\***

Compilado por **ALAN ESKR**  
**BARBARA HUBER**

El presente libro acerca del desarrollo del derecho penal en Europa, realizado por el Max Planck Institut de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg (República Federal de Alemania), contiene un conjunto de amplios informes sobre el derecho penal de distintos países europeos entre los años 1984 y 1986. En algunos casos ha sido posible extenderlos hasta la primera mitad de 1987. En 1985 se publicó *Strafrechtentwicklung in Europa 1*, que contiene los informes correspondientes al período entre 1982 y 1984.

Estos informes de investigación tratan de satisfacer la necesidad de información recíproca entre los países en las diferentes áreas del derecho penal y, por lo tanto, están dirigidos:

a) Al legislador que quiera aprovechar las experiencias extranjeras para posibles reformas legales en su país o quiera orientarse en los modelos extranjeros por su interés de asimilación jurídico internacional.

\* El desarrollo del derecho penal en Europa 3 - Informes regionales desde 1984 hasta 1986 sobre legislación, jurisprudencia y bibliografía.

Este libro se puede solicitar directamente al Max Planck Institut de Derecho Penal Extranjero e Internacional. Dirección: Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Günterstalstrasse 73 D-7800 Freiburg República Federal de Alemania. Precio: 56 DM (aprox. 22 U\$S).

b) A los jueces, fiscales y abogados que puedan considerar este material en sus decisiones, para impartir ayuda o consejos jurídicos.

c) A los científicos que puedan introducir y considerar en sus trabajos, las investigaciones de derecho comparado o que puedan aprender de las cuestiones y respuestas de sus colegas extranjeros.

Se trata, en consecuencia, de una colaboración intentada por el grupo de investigación del Max Planck Institut de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg. En particular, se pretende informar al lector sobre las novedades legales actuales, las posibles reformas, en qué medida la jurisprudencia de estos países está abriendo nuevos caminos, qué problemas preocupan a los investigadores o qué cuestiones jurídico-penales merecen ser tenidas en cuenta. Para lograr estos objetivos los informes abarcan: la nueva legislación, los puntos fundamentales de los proyectos de reformas legales, la nueva jurisprudencia más relevante o su tendencia, así como también la bibliografía más importante, de reciente publicación en los distintos campos del derecho penal (derecho penal material, formal, accesorio, ejecución penal, derecho penal internacional y en materia de derechos humanos de importancia penal). Los informes han sido escritos, casi exclusivamente, por investigadores nacionales de los respectivos países y que, de esa forma, tienen la posibilidad de contemplar la evolución jurídica de aquéllos desde cerca. Por lo tanto, cabe suponer en ellos una especial capacitación para evaluar los acontecimientos sobre los que informan. Los autores, que son investigadores del Max Planck Institut, han sido asesorados, por otra parte, por juristas de los respectivos países.

Los informes recogen la situación de los siguientes países: Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Gran Bretaña, Holanda, Hungría, Italia, Irlanda, Yugoslavia, Polonia, Portugal, República Federal de Alemania, República Democrática de Alemania, Rusia, Suecia, Suiza y Turquía.

Finalmente esta compilación recoge también un trabajo final acerca de consideraciones generales sobre el desarrollo del derecho penal en Europa durante ese período, realizado por la doctora Bárbara Huber, que es investigadora del Max Planck Institut y compiladora, junto con el doctor Albin Eser, de estos trabajos. Este informe final resalta las situaciones más significativas y facilita así al lector la orien-

tación sobre los acontecimientos en cada uno de los países. Los estudios compilados, acerca del estado actual de la ciencia del derecho penal europeo, brindan al jurista argentino la posibilidad de introducirse con rapidez y con cierta extensión en las diversas problemáticas del derecho penal moderno y de tener a su alcance un material que contiene una importante información.

**SILVINA BACIGALUPO \***

\* Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Buenos Aires.



## MISCELĂNEA



## ¡LO SABIA!

### El culpable: demonio social

"Todo malhechor, que ataca el derecho social, se convierte, por sus crímenes, en rebelde y traidor a la patria. Entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se hace perecer al culpable es menos como ciudadano que como enemigo".

J. J. ROUSSEAU

Contrato social

Libro II, Capítulo V

### La "utilidad" de los pobres

"No se logrará nada encerrando a los mendigos en unas prisiones infectas que son más bien cloacas. Utilizarlos es el mejor medio de castigarlos".

J. P. BESSIER \*

Théorie des lois criminelles

año 1781, t. I, p. 258

### Por obreros: "sorpacheros"

"Siempre que se reúna en un mismo lugar una gran cantidad de obreros, habrá entre ellos necesariamente muchos bribones".

F. COQUEMUS \*

Traité sur la Police de Londres

Trad. de 1807, t. I, p. 292/339

\* Citado textualmente por Foucault, Michel, Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión, Siglo XXI, p. 90-110.

*Ramella y su concepción de la pornografía*

"Obedece la pornografía a que quienes la propagan son asexuados o enfermos mentales, que incapaces de haberse realizado en una vida sexual normal, vuelcan su impotencia en querer corromper a los otros para que se degraden".

**PABLO A. RAMELLA**

La moral pública

En "Cuadernos de Familia", oct.-dic. 1984, vol. 2, N° 4

Ed. Abeledo-Perrot

*La alevosía es cosa de animales\**

- . Un asno llamado "Pollino" que mató a otro, fue arrestado durante cuarenta y ocho horas y entregado en custodia mientras sus respectivos dueños dirimen el complejo asesinato. Se ordenó atar a "Pollino" durante cuarenta y ocho horas frente al despacho policial después que la propietaria del otro borricho, llamado "Pacho", denunció que el "burro asesino" atacó al suyo a coces y dentelladas. Se dijo que el ataque se cometió a mansalva porque "Pacho" se hallaba durmiendo y atado a un árbol del barrio El Pozón, zona poco recomendable de los alrededores de Cartagena.

*La ecología del mercado libre*

"La contaminación del ambiente y las aguas, las congestiones y demás fenómenos señalados se deben, como enseguida veremos, a una defectuosa definición de los derechos de propiedad o a una intervención gubernamental de los precios".

**ALBERTO BEMEGAS LYNN (h.)**

Fundamentos de análisis económico

1986, p. 141

*La "Madre Teresa" del Capitalismo*

"El empresario es un benefactor de la humanidad, puesto

\* Noticia aparecida en el diario "El Comercio", de la ciudad de Lima, el 19/1/89 en la sección "La Noticia Pintoresca".

que sus pasos están dirigidos a servir los intereses del prójimo".

ALBERTO BARRAGAN LYNCH (h.)

*Fundamentos de análisis económico*

1986, p. 155

### PARA TENER MUY EN CUENTA

¿Ciudadanos y esclavos?

"Cuando hayáis formado así la cadena de las ideas en la cabeza de vuestros ciudadanos, podréis entonces jactaros de conducirlos y de ser sus amos. Un déspota imbécil puede obligar a unos esclavos con sus cadenas; pero un verdadero político ata mucho más fuertemente por la cadena de sus propias ideas".

J. M. SERVAN \*

*Discours sur l'administration de la justice criminelle*

1767, p. 35

De la tradición popular española

"El señor don Juan de Robres  
con caridad sin igual  
hizo hacer este hospital  
y primero hizo los pobres".

\* Citado textualmente por Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la cárcel*, Siglo XXI, p. 198.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en Etorrosia Astrada, Lavalle 1308, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la segunda quincena de octubre de 1989.



