

ENSAYOS

DOSSIER: FILOSOFÍA DEL DERECHO

- MAJL, ENRIQUE:** *Rudolf von Ihering y la interpretación finalista de la ley.*
- RUSO, EDUARDO ÁNGEL:** *Legitimidad, racionalización, eficacia y consenso. (Acercas de los conceptos básicos de las teorías del Estado y del Derecho).*
- BORDAS DE ROJAS PAZ, NERVA:** *Subjetividad y olvido. Regreso desde una ontología política.*
- FARRELL, MARTÍN:** *Las intuiciones morales: entre el deontologismo y el consecuencialismo.*
- GUTHBOURG, RICARDO A.:** *El sexo de los ángeles. El constructivismo en las ciencias sociales.*
- CORTI, HORACIO GUILLERMO:** *La forma básica del discurso jurídico.*
- ROSENKRANTZ, CARLOS F.:** *Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual.*

LECCIONES

- GONZÁLEZ GARCÍA, EUSEBIO:** *Interpretación de la norma jurídica tributaria.*
- RAFFIN, MARCELO SERGIO:** *Cómo quedar bien con Dios y con el diablo. Derechos humanos y teoría de la operatividad y pragmatidad de las normas jurídicas.*

ENSAYOS

- CATEX, FRANCISCO IGNACIO:** *El entrecruzamiento, inadecuado, de las funciones requerentes y decisorias durante la etapa intermedia. Una violación del Estado-de-Derecho.*
- TORRES LÉPORI, ALEJANDRO:** *Los tratados internacionales en la Constitución argentina.*

MISCELÁNEA

- VERÍSSIMO, LUIS FERNANDO:** *La verdad.*

LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alessio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Montayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Prof. Héctor Raúl Sandler

Subdirectora

Mary Ana Baleff

Secretaria

Carlos Parise

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegria

Prof. Julio C. Cueto Búa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Sanguinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Director: Leonardo G. Filippini

Subdirectora: Julieta Bossi

Secretaria de Redacción: Laura Lado

Redactores: Juana M. Kwaital

Martín Sigal

Colaboradores: Denise Blech

Agustín Flah

Rodrigo Freire Méndez

Natalia Méndez

Ezequiel Nino

Eliana Santanastaglia

Carolina Varsky

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

**LECCIONES
Y
ENSAYOS**

1997 - 67/68



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

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 1263
1425 - Buenos Aires - Argentina

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 - 1048 - Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N.: 0024-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Se terminó de imprimir el día 30 de setiembre de 1997,
en ARTES GRÁFICAS CANDEL, sito en la calle Nicaragua 4462,
Buenos Aires, República Argentina

EDITORIAL

En la búsqueda por mantener un ámbito para la libre discusión de las ideas, *Lecciones y Ensayos* presenta un dossier sobre "Filosofía del Derecho", proponiendo a sus lectores una reflexión crítica sobre las fuentes primigenias de la ciencia jurídica.

Como estudiantes de Derecho, de nosotras también depende que la noción de Justicia constituya una realidad cotidiana y tangible, y no quede reducida a un mero objeto de estudio.

ÍNDICE

Editorial	7
DOSSIER: FILOSOFÍA DEL DERECHO	
Mari, Enrique, Rudolf von Ihering y la interpretación finalista de la ley	13
Russo, Eduardo Ángel, Legitimidad, racionalización, eficacia y consenso. (Acerca de los conceptos básicos de las teorías del Estado y del Derecho)	43
Bordas de Rojas Paz, Nerva, Subjetividad y olvido. Regreso desde una ontología política	63
Farrell, Martín, Las intuiciones morales: entre el deontologismo y el consecuencialismo	81
Guibourg, Ricardo A., El sexo de los ángeles. El constructivismo en las ciencias sociales	93
Corti, Horacio Guillermo, La forma básica del discurso jurídico	105
Rosenkrantz, Carlos F., Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual	147

LECCIONES

González García, Eusebio, Interpretación de la norma jurídica tributaria	207
--	-----

Raffin, Marcelo Sergio, Cómo quedar bien con Dios y con el diablo. Derechos humanos y teoría de la operatividad y pragmatidad de las normas jurídicas	253
---	-----

ENSAYOS

Castex, Francisco Ignacio, El entrecruzamiento, inadecuado, de las funciones requirentes y decisorias durante la etapa intermedia. Una violación del Estado de Derecho	261
Torres Lépori, Alejandro, Los tratados internacionales en la Constitución argentina	285

MISCELÁNEA

Vertissimo, Luis Fernando, La verdad	307
--	-----

**DOSSIER:
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

RUDOLF VON IHERING Y LA INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LA LEY*

ENRIQUE MARI

I. IHERING FRENTE A LA ESCUELA EXEGETICA

A más de un siglo de distancia puede aseverarse hoy que pocos juristas y escritores decimonónicos, tuvieran ecos tan perdurables como los de Rudolf von Ihering, en cuyos escritos se forjó el nuevo medio de interpretación de la ley: *la concepción finalista del derecho*.

Buena parte de su intensa y larga obra jurídica, prácticamente cincuenta años, se constituyó en el ariete más eficaz contra las murallas de la exégesis.

Algún comentarista como Picard, ha visto en Ihering su extraordinaria penetración y poder para poner en evidencia los arcanos sutiles del derecho, sus abismos y profundidades. Estos arcanos, abismos y profundidades no serían sino el producto de las animadas imágenes de la vida. En este sentido, frente a la estática red conceptual de la exégesis Ihering representaría las conocidas palabras de Mefistófeles al Fausto goethiano: "*Grau, theurer Freunde, ist alle Theorie, und grün des Lebens goldener Baum*" (Toda teoría es seca mi buen amigo, y el árbol de la vida es florido).

Sin embargo, frente a las técnicas instrumentales de la

* Este trabajo es un capítulo del libro *La Interpretación de la Ley*, a publicar por Abeledo-Perrot.

exégesis, frente a su modelo de un texto de la ley concebido como única matriz productora de sentido, con un autor emittente y ficticio, el legislador racional, texto que actuaría entonces como el lugar de acople entre una maquinaria conceptual y un maquinista cuya voluntad podría leerse en forma transparente en sus simples engranajes lógico-gramaticales; frente a todo esto, sería incorrecto valorar lo que Ihering aporta considerándolo un mero almacén de imágenes huidizas e impalpables, producidas por el representante de una alternativa irracional al extremado racionalismo de la exégesis.

Muy por el contrario, sus aportes no pueden ser justipreciados sino en función de su constante recurrencia y apelación a las circunstancias históricas que circundan los textos, es decir en función de su recurso a la realidad.

Ihering, en efecto, fue un notable aunque frustrado precursor del realismo, incluyendo en este término un espectro amplio donde entran todas las posiciones que, además de las palabras de la ley, toman en cuenta los contextos y las situaciones extralingüísticas. Espectro, en consecuencia, más amplio que el que abarca el realismo anglosajón y la escuela escandinava.

Claro está que para llegar a este intentado realismo, producto de un Ihering maduro, el Ihering de *La Lucha por el Derecho*, *El Fin del Derecho* y *Jurisprudencia en Broma y en Serio*, hubo de atravesar dos etapas básicas.

Conviene, entonces, comenzar con el análisis de la primera etapa, viendo cómo se relaciona Ihering con el pensamiento alemán de la época, para seguirlo luego en su rotación a la etapa finalista.

II. EL PENSAMIENTO ALEMÁN. LA ESCUELA HISTÓRICA DEL DERECHO. LA POLEMICA THIBAUT-SAVIGNY SOBRE LA CODIFICACIÓN

El desarrollo intelectual de Ihering lo encuentra, en sus comienzos, cercano a la *Escuela Histórica del Derecho*. Para entender esta escuela y su vínculo con Ihering, hay que ubicarse en el entorno político de las guerras napoleónicas, en una Alemania fragmentada territorialmente, cuya unificación recién se va a lograr en 1870.

Resulta muy común en los medios filosóficos recordar un presunto comentario atribuido a Hegel al ver entrar a las tropas de Napoleón en Jena donde desarrollaba sus cursos: con las mochilas de los soldados de Napoleón entraba en Alemania la Razón. Los ideales de la revolución francesa, las ideas de libertad, la concepción racionalista del *Aufklärung*, todo esto es lo que Hegel habría visualizado en esas mochilas. En el plano de lo jurídico, entraba el *Code Civil*, el sueño de un sistema codificado único para una Alemania dividida y, en lo doctrinario, el iusnaturalismo con principios jurídicos válidos a priori, más allá de la experiencia histórica, de los que podrían y deberían inferirse los derechos positivos.

Sin embargo, desde el instante mismo de la invasión, comenzó a manifestarse en Alemania, una política nacional adversa a las conquistas que impulsaba Napoleón, ya éste en pleno viraje hacia el autoritarismo imperial.

Es este fermento político, el de las reivindicaciones nacionales, lo que hará crecer a la Escuela Histórica del Derecho en esta atmósfera de hostilidad a la política de expansión francesa, atmósfera que la escuela va a traducir y representar en lo político.

En este plano, la escuela resultaba portavoz de una aguda negación del iusnaturalismo al que oponía el reconocimiento de las experiencias históricas, adecuando el derecho a las circunstancias de tiempo y lugar y a la impronta de la política nacional germánica.

La parte más madura de las ideas de esta escuela fue expuesta por Friedrich K. von Savigny en una obra circunstancial *De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho* producida en forma polémica contra el profesor de Heidelberg, Anton F. J. Thibaut, defensor de la codificación en Alemania. El ensayo de este último, *Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*, negaba que pudieran solucionarse los problemas del desmembramiento restituyendo a los alemanes sus antiguas costumbres. Por el contrario, aseveraba, el derecho civil (entendiéndose por tal el privado, el penal y el procesal) requería una rápida transformación, y los alemanes no podrían alcanzar la felicidad en sus relaciones civiles más que cuando todas las administraciones y órganos políticos locales trataran de "...poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para

toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares¹.

Thibaut encontraba en la pluralidad del derecho autóctono una enojosa dificultad: los fragmentos desgajados del derecho romano, las leyes y las ordenanzas de los diversos países, no mostraban en su embrollada masa, más que la antigua rudeza y la estrechez de miras. De ahí que Thibaut otorgara a la codificación y su unidad un valor inapreciable. Por otro lado, una cuestión económica puntual y concreta alentaba la opinión de Thibaut. Las distintas regiones de la Alemania dividida asistían a un crecimiento interno del tráfico mercantil, al aumento del intercambio económico de las regiones y a la consolidación de las relaciones en el seno de lo que, en el lenguaje de la época, se llamaba la sociedad civil. Era lógico pensar, entonces, la unidad del derecho interestatal como un instrumento rico y activo para estimular el reemplazo de la confusa multiplicidad y colisión de las leyes, y no menos lógico ver en ella una levadura jurídica para la cohesión de ese proceso económico.

En cuanto a lo político, si bien la separación entre las regiones aparecía en esa época, como situación irreversible a los ojos de Thibaut, él pensaba que nada mejor que un código sencillo para satisfacer un sentido fraternal de igualdad y evitar que una potencia extranjera se aprovechase de una parte de Alemania contra las demás.

Adaptando, finalmente, a esta situación histórica de disgregación política y administrativa del suelo alemán uno de los argumentos favoritos de Bentham, el relativo a los abusos del carácter oracular del derecho, Thibaut añadió: "La unidad del derecho, por el contrario, allanaría y haría más segura la vida del ciudadano en otro país, y los malos abogados no encontrarían ya ocasión de exprimir y maltratar descaradamente a los países extranjeros con la venta de sus secretos jurídicos".

¹ Pueden verse los textos de Savigny y Thibaut, *De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho* (1814) y *Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania* (1814). Están en su traducción castellana, incluidos en el libro *Thibaut, Savigny. La Codificación*, Aguilar, Madrid, 1970. Cuenta con una introducción muy aclaratoria de los aspectos históricos y jurídicos de Jacques Stein.

El texto que contiene la respuesta de Savigny (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) es, sin duda, un clásico de la dogmática jurídica. Savigny respeta a Thibaut por haberse opuesto éste en su hora a la introducción del *Code Napoléon*, código que, en su decir, había sido "infiltrado" en Alemania y seguía carcomiendo como un cáncer.

La respuesta de Savigny a Thibaut es por eso pacífica, pero sin concesiones en su crítica al proyecto de codificación.

Básicamente, propone como alternativa al racionalismo codificado, reemplazarlo por una conexión orgánica del derecho con el modo de ser y el carácter del pueblo, equiparando el derecho con el lenguaje, al que concibe a la mejor manera del romanticismo alemán de los hermanos Jacob y Wilhelm Grimm. El derecho es como el idioma (las costumbres y la organización) privativo del pueblo y no el producto de la razón abstracta. Se materializa en las acciones simbólicas de los pueblos y, a semejanza también del idioma, no hay en su dominio momentos de inercia o de estancamiento.

Como todas las demás tendencias del pueblo, el derecho está sometido al mismo movimiento y evolución. La razón es absoluta y eterna; el derecho en cambio es relativo. Crece con el pueblo, se perfecciona con él y muere, finalmente, al perder el pueblo su peculiaridad.

De la conciencia del pueblo, el derecho pasa a la conciencia de los juristas. A partir de este traspaso, su existencia es más complicada porque vive una doble vida: una, como fragmento de la vida total del pueblo. La otra, como ciencia especial, la que se desenvuelve en manos de los juristas.

Los pueblos jóvenes tienen una visión más precisa del derecho, pero esa visión, aduce Savigny, les falta para los códigos, el lenguaje y el arte lógico. Por el contrario, en las épocas de decadencia falta, en casi todas las leyes, el conocimiento tanto de la materia como del lenguaje. Es por ello que queda una época intermedia que, para el derecho, puede valer como cumbre de la perfección. Sólo que una época semejante no siente la necesidad de un código para sí misma y aunque podría elaborarlo para un tiempo posterior, rara vez ocurre esto en la historia.

Lo que separa a Savigny de la escuela de la exégesis consiste, en esencia, en que esta última escuela es el producto del movimiento codificador. En punto a la interpretación, su

apelación es a la letra de la ley y, subsidiariamente al espíritu de la ley, mientras que a este espíritu, Savigny opone el Volkgeist, el espíritu del pueblo. Cualquier referencia a la escuela histórica, no puede prescindir de este concepto. La idea de que el derecho no hay que buscarlo en los códigos sino en "el espíritu del pueblo" tiene sus ancestros. En *Esprit des Lois* Montesquieu hablaba de "esprit de la nation", lo mismo que Edmund Burke en Inglaterra, y en Alemania era de uso corriente entre los románticos como los citados Grimm, Herder, Novalis y F. Schlegel, empleada con el significado de conciencia del pueblo².

Es ésta la faceta más difundida de la llamada *geschichtliche Schule* (más tarde *Historische Schule*) con pronta coloración y empleo irracional en la política y la cultura germana, producto de su condición de corriente restauradora de las costumbres y tradiciones, de los valores de jerarquía y obediencia frente a los de emancipación y progreso de las luces, y producto también de su vocación de reemplazo, como dice Alfred Dufour, del mecanismo cartesiano por la visión organicista del mundo. Un proceso que en lo político y lo jurídico, Jacques Droz describe de esta manera: "Los últimos años del siglo XVIII fueron marcados en el plano de las ciencias naturales y humanas, por una restauración de los valores irracionales. Por mucho tiempo la Revolución Francesa fue considerada responsable de esta transformación de los espíritus: los crímenes cometidos en su nombre, la impotencia de los franceses en promover esta libertad que habían prometido al mundo, el uso abusivo hecho de la razón aplicada a las instituciones políticas y sociales, habían tenido como efecto natural determinar a los contemporáneos a un retorno hacia la tradición y la adopción por ello de una actitud conservadora. Este retorno a los valores irracionales se operó en tres planos diferentes:

1º) Frente al *Aufklärung* que enseñaba la marcha progresiva del espíritu humano hacia una libertad crecida y que preconizaba una voluntad de emancipación respecto de las autoridades religiosas y políticas se produjo una reacción sostenida por los elementos de la sociedad más apegados al

² Véase Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1979, Siglos XII y XX, Caps. 10 y 11.

orden establecido, y que han utilizado la tesis de un 'complot revolucionario' para restaurar las nociones de jerarquía y obediencia.

"2º) Suscitada por la filosofía de la historia de Herder, así como por la rehabilitación de la Edad Media, una nueva generación se vio tentada a dar una importancia nueva a los valores históricos, invitando por esta vía a las naciones a permanecer fieles a sus tradiciones y costumbres, cuyo valor era reconocido como superior a las elucubraciones de la razón.

"3º) El desarrollo de las ciencias naturales, comportando la sustitución de la explicación "mecánica" por la explicación 'orgánica' del mundo, condujo a ciertos pensadores a aplicar la noción de organismo vivo a las ciencias humanas y a construir alrededor del Estado una concepción tal que la acción de los legisladores aparecía de aquí en más como superflua".

Pero —como apunta Siperman con gran acierto en el ensayo que antes citáramos— las tesis acerca del Volkgeist no agotan el significado de la escuela histórica, constituyendo su contribución más rica al desarrollo del pensamiento jurídico la relativización histórica de los contenidos materiales de la regulación normativa, una dimensión que nada tiene en sí de conservativa o reaccionaria; a lo que cabría agregar: a condición de que la correa de transmisión del material histórico no hubiese sido el sentimiento sino la razón, como aduce la aguda crítica de Alf Ross a esa escuela en *Kritik der sogenannten Praktischen Erkenntnis* (*Crítica del Llamado Conocimiento Práctico*) de 1933³.

Es a esta dimensión a la que se refiere Ihering discípulo y luego duro contendor de Savigny en *Jahrbücher für Dogmatik*, V. 364, cuando resume así la opinión que le merece la polémica de este último con Thibaut acerca de la codificación: "La importancia duradera de esa obra está en el aparato de ideas generales que Savigny consideró necesario poner en movimiento contra su adversario: una teoría sobre la naturaleza histórica del derecho, unida a un esquema de los

³ Alfred Dufoir, "Rationnel et irrationnel dans l'École du Droit Historique", *Archives de Philosophie du Droit*, T. 23, *Formes de Rationalité et Droit*, Sirey, Paris, 1978.

⁴ Alf Ross, *Kritik der sogenannten Praktischen Erkenntnis*, Felix Meiner, Leipzig, 1933.

momentos principales de la historia de su desarrollo y contrapuesta como concepción "histórica", a la concepción racionalista dominante hasta entonces".

Puesto que el código, vástago del racionalismo, era percibido como el instrumento más adecuado para la obtención del valor seguridad en el derecho, Savigny concluye su *Beruf* aclarando que su confrontación con Thibaut no debía considerarse como si a él le resultase indiferente dicho valor. Por el contrario, asegura, su deseo de una base de derecho segura contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos, su deseo de la misma comunidad nacional y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto, no difiere en sustancia del deseo de Thibaut. Sólo que éste y sus partidarios piden un código que no traería la ansiada unidad más que para la mitad de Alemania en detrimento de la otra mitad, destinada a permanecer más separada que antes.

Esto lo induce a considerar que el medio más idóneo para obtener la unidad y consolidar las notas comunes a toda la nación alemana, no es el código sino la ciencia del derecho orgánica y progresiva.

Así, el *Volksgeist*, esta abstrusa personificación ideológica de lo que en última instancia no era sino el poder de los Ausburgos, los Austria y los Hohenzollern, se metamorfosea en el *Juristengeist*; del espíritu del pueblo pasa al espíritu de los juristas. De aquí en más, el espíritu del pueblo, la conciencia del pueblo encontrará todos sus registros en la jurisprudencia o teoría del derecho, impregnando a ésta de un conservantismo que va a ser perdurable.

En esta dirección de los estudios impuesta por Savigny, y para tomar luego distancia con los mismos, se va modelando la figura de Rudolf von Ihering, primer Ihering que dedica a Puchta el volumen primero de su *Espíritu del Derecho Romano* (*Der Geist des Römischen Rechts*) y produce su *Nuestro Propósito* (*Unsere Aufgabe*) de 1857, donde fuera enunciado el programa de la sistemática civilista.

El signo más destacado de esta primera fase de Ihering es su contribución a la llamada *Begriffsjurisprudenz*, o jurisprudencia de los conceptos, orientación de la ciencia jurídica alemana conocida como dogmática, que trabaja sobre el eje de conceptos jurídicos generales facturados sobre normas en tanto normas existentes, o sea como "dogmas". Positivismo

jurídico-formalista que aspiraba a hacer del derecho "un sistema", conectando sus elementos lógicamente, y en la forma más rigurosa posible. Esta tarea encuentra a Ihering en la línea de Windscheid (*Der Lehrbuch des Pandektenrechts*) y de Carlos F. von Gerber.

La edificación de este "sistema" permitiría iluminar los principios lógicos del ordenamiento jurídico, principios no siempre declarados por las normas jurídicas y de los cuales se pueden lograr nuevas normas, nuevos conceptos y proposiciones².

III. LA CUESTIÓN DE LOS SISTEMAS. LA FÓRMULA: "LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR"

El pensador contemporáneo de la teoría de los sistemas aplicable a las ciencias sociales en Alemania, Niklas Luhmann, se encarga de sugerirnos que no hay que confundir este primer sistema con el concepto de sistema de Ihering, con el que éste aplicaba a la materia jurídica las perspectivas evolucionistas procedentes de la biología y las ciencias naturales.

Una de las maneras de inteligir el paso del primer Ihering al segundo —acompañando todo un cambio en la estructura teórica que va de la dogmática a la sociología— era verlo como un paso desde los argumentos aparentes derivados de conceptos, al énfasis puesto en el valor real de las situaciones de intereses de facto. Sin embargo, inquiriere Luhmann en *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*³, ¿no es éste un modo demasiado sencillo de ver el problema?

² Véase sobre la factibilidad de derivar de las normas, entendidas como dogmas, nuevas normas, conceptos y proposiciones, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, del profesor de la Universidad de Bielefeld, Alemania Federal, Niklas Luhmann; trad. española, Madrid, *Colección Centro de Estudios Constitucionales*, 1983. De Ihering, *La Dogmática Jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1946.

³ Entre otras debilidades que anota en relación a la dogmática, Luhmann, representante del funcionalismo germano, dice en las págs. 107-108: "De hecho, sin embargo, la referencia a la voluntad del sujeto y a su interés en disponer no aclaran suficientemente ni la función del concepto ni las causas por las que es adecuado a la sociedad moderna... La construcción dogmática del derecho subjetivo no ha podido llegar, al menos hasta

Su respuesta es afirmativa: "El cambio de dirección en la teoría jurídica por Rudolf von Ihering no se puede formular de modo tan simple. Para ver el punto de inflexión ha de tenerse en cuenta en primer lugar los antecedentes históricos, ligados a la comprensión del concepto de sistema. La idea de sistema había sido traspasada a principios del siglo XVII de la astronomía y la enseñanza de la música a la teología, la filosofía y la jurisprudencia, en estrecha relación con el problema de la certeza de la discusión teológica y del naciente confesionalismo, y lo había sido en un principio como medio para el orden técnico de la enseñanza, después de que las cuestiones centrales de la contingencia y de la certidumbre de la fe se habían mostrado insolubles, al nivel de la discusión conceptual de la escolástica. Esta relación con la contingencia y con el propósito de asegurar la certeza había hecho natural una mixtura del concepto de sistema con problemas del conocimiento. Se consideraba al sistema como medio de orden y de clasificación y, de este modo, como medio para asegurar y fundamentar los conocimientos, pero no sin más también como realidad (y desde luego ni en el sentido medieval ni en el moderno de 'realidad')"⁷.

Así concebido, el sistema no era originariamente en el pensamiento alemán más que el fruto de la clasificación pro-

ahora, hasta una total problematización de la asimetría. Se ha limitado a unir el concepto de poder de la voluntad que procede de Kant y de Savigny con el concepto de Ihering, del bien jurídico o del interés jurídicamente protegido y afirma que el derecho subjetivo es ambas cosas".

Sobre la dogmática véase el importante trabajo de Enrique Zuleta Fucini, *Aspectos Actuales de la Teoría de la Interpretación*, Edeval, Valparaíso, 1980. Nos dice aquí: "El esfuerzo teórico de la dogmática girará, en consecuencia, en torno a la idea de sistema. Toda costumbre, institución o relación de derecho cobra sentido en tanto y en cuanto su inserción en el sistema total le adjudica, a su vez, una función. El funcionalismo es así un presupuesto latente del positivismo, cuya falta de explicitación obedece seguramente a los mismos factores que explican la ausencia de una conciencia efectiva de la tradición histórica y filosófica de sus conceptos fundamentales en el positivismo. La dogmática procura, precisamente, el establecimiento de un nuevo catálogo unitario de prioridades, apto para ofrecer una base de justificación a la decisión y que reconozca a la ciencia como última instancia fundamentadora". Más adelante veremos cómo esta instancia científica aparecerá debilitada en el pensamiento de Ihering.

⁷ Luhmann, op. cit., págs. 17 y 26.

yectada en puntos de vista existentes y aceptados, y reproducía los defectos del abstractismo conceptual, conectados ahora no sólo con el método gramatical, sino con el método sistemático, del que Ihering quería tomar distancias sin poder hacerlo por completo en su primer período.

¿Pero en qué consiste exactamente este método sistemático y cuáles son los puntos de vista existentes y aceptados que Ihering habría recogido en esta fase inicial incorporándolos como legado recibido, aunque no sin modificaciones, en su *Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklung*? ¿qué aporta de novedoso el método sistemático en relación a la metodología de la exégesis?

Digamos ante todo que, frente a la exégesis, el método sistemático implica un ponderable incremento teórico, al hacer recaer la interpretación no ya sobre las palabras aisladas de la ley o sobre normas aisladas privadas de contexto, sino sobre un conjunto de enunciados normativos. Conforme a sus reglas, la interpretación no supone asignación de sentido gramatical al lenguaje de los enunciados normativos, sino producción de sentido en función de la coherencia de este lenguaje dentro de un conjunto normativo más extenso. Las leyes se entrelazan en un tejido sistemático, y el criterio de validez de una interpretación reposa en su consistencia o falta de contradicción dentro del sistema.

En cuanto a la herencia que recibe Ihering es el concepto de Sistema defendido por el mismo Savigny en la modalidad que surge del *System des Heutigen Römischen Rechts* (T. I) algunos de cuyos párrafos reproduce Roberto J. Verrengo en *La Interpretación Jurídica*⁸. Dicen estos pasajes: "El texto canónico del cual Savigny, como romanista parte, es un fragmento del jurista Celso donde éste afirma que: "... es

⁸ Roberto Verrengo, *La Interpretación Jurídica*, UNAM, México, 1971. Que Verrengo sólo piensa en el pasado mítico al criticar esta concepción, le acreditan entre otras, este párrafo, pág. 85: "y nada debe cambiar [el derecho actual, las normas que solucionan casos futuros] deben ser intangibles, porque únicamente vale, tiene prestigio social intocable, lo que en el pasado mítico quiso el legislador originario, lo que quiso el creador del cosmos social, lo que quisieron los padres de la patria". De este autor véase también *La Interpretación Literal de la Ley*, Abalado-Perrot, Buenos Aires, 1971.

inconveniente —contrario a derecho— juzgar o dictaminar sin examinar la totalidad de la ley, y proponiendo solamente una partecilla de ella'. 'La interpretación debe cumplirse refiriéndose a la ley en su totalidad, no a sus partes: la ley, quiseá, no es la mera suma de sus partículas'. Como totalidad, tiene un plus sistemático que es factor determinante, condición necesaria de la bondad de la sentencia o de una respuesta jurisprudencial".

Admitir este plus sistemático, a que alude Vernengo, es cuestión problemática que depende de las orientaciones filosóficas. Pero cualquiera que fuere la pertinencia de aceptar este concepto de totalidad, es evidente que en la concepción de sistema que trabaja Savigny —y que, en este aspecto, heredará nuestro siglo— resultaba un lugar común expresar en el pensamiento social que el todo dice más que la suma de las partes.

Savigny se refiere a esto así: "Todas las instituciones jurídicas están unidas en un sistema, y sólo en el conjunto enorme de ese sistema (es donde) vuelve a reaparecer la misma naturaleza orgánica [y] pueden ser comprendidas plenamente. Una regla jurídica aislada 'sólo tiene una naturaleza limitada y dependiente, y sólo encuentra en la intención de la relación jurídica sus raíces vitales y su fuerza de convicción'... 'Por incommensurable que sea la distancia entre una relación jurídica particular y aislada, y el sistema del derecho positivo de una nación, la diferencia reposa únicamente en las dimensiones, puesto que no difieren por su esencia y la experiencia espiritual que lleva al conocimiento de la una (i.e. de una relación jurídica particular) o el otro (i.e. el derecho positivo de una nación) es esencialmente la misma' ".

De estos textos de Savigny se desprenden las siguientes consecuencias: a) que la escuela exegética se equivocaba al considerar que la interpretación recaía en lo sustancial sobre las palabras de la ley y no sobre la *lex tota* y, b) que volvía a errar al desconocer la relación de la ley con las instituciones jurídicas más globales y, en definitiva, con todo el sistema jurídico.

Para Vernengo estos textos permiten presuponer que no hay algo así como la interpretación o el conocimiento de cosas aisladas, sino únicamente del conjunto de normas.

Así, el sistema caracteriza la totalidad englobante y actúa como mecanismo dador de sentido a cada una de sus par-

tes. Esta característica no implica postular la verdad del sistema como una verdad inductiva que procediese por generalización, remontándose a la manera de la vieja lógica aristotélica de lo particular a lo general, o como una verdad deductiva también tradicional que, por el procedimiento inverso, descendiese a lo particular desde un principio evidente ubicado a la cabeza del sistema.

El mantenimiento de la estructura deductiva de la ciencia dogmática no implicó el mantenimiento de ningún postulado de evidencia. Mantener el postulado de evidencia era señalar un espacio para ser ocupado por principios del derecho natural, y no por normas del derecho positivo. Siendo que, como antes dijéramos, en la dogmática los dogmas son normas creadas y no principios o conceptos iusnaturalistas. La idea de un sistema con una plataforma especulativa poblada de entidades no avaladas por la experiencia empírica como la justicia, la equidad o cualquiera otra emanación de la razón, no formaba parte del programa de la dogmática. A lo sumo, integraba este programa un conjunto finito de normas (la base del sistema) y sus consecuencias enumerables inferibles, o sea, todas aquellas, no contradictorias, compatibles con la base dogmáticamente establecida.

Por esta razón, añade Vernengo, la "interpretación sistemática" es aquella en que la interpretación de una norma, o normas, consistiría en el conjunto de enunciados lógicamente derivables de la base dogmática.

"Es esta base dogmática más el conjunto de sus consecuencias, lo que determina el universo del discurso del orden jurídico. De ahí que sea común entre los juristas denominar 'interpretación' a la actividad de extraer consecuencias lógicas de ciertas normas dadas del material dogmáticamente impuesto. Y por 'consecuencia' se entiende aquel enunciado formalmente deducible. Para que una norma aislada tenga 'sentido', se requiere, según Savigny, que sea compatible y consistente con las normas que el legislador hubiese formulado; o, por lo menos, compatible con *el pensamiento del legislador* ('Gedanke')."

La lectura que Vernengo propone del concepto de sistema de Savigny problematiza el pensamiento sistemático. En efecto, en la última parte del párrafo transcrito se asevera que para que una norma aislada tenga sentido se requiere,

como condición mínima, que sea compatible con "el pensamiento del legislador".

Si esta lectura fuese correcta —y no hay razón para no tenerla por tal— aparecería en la "interpretación sistemática" un problema semejante al de la inclusión en la exégesis de la fórmula "espíritu de la ley" al lado de las operaciones gramaticales y lógicas; fórmula que, volvemos a recordar, no sólo se debía a la pluma de Göny, sino a integrantes de la misma escuela exegética. El único referente que se encontraba para "espíritu de la ley", en esa escuela, estaba dado por la intención del legislador.

De este modo la inclusión de "pensamiento del legislador" en el nuevo tipo de "interpretación sistemática" acercaría bastante ambas modalidades hermenéuticas, hasta un grado que, probablemente, no aceptarían reconocer los partidarios de cada una de ellas por su lado.

La pregunta crucial sería la siguiente: ¿qué quiere, en rigor, decir que para que una norma aislada tenga sentido se requiere, como mínimo, que sea compatible con el pensamiento del legislador? ¿cómo identificar este pensamiento si se entiende por él algo distinto de las normas que el legislador hubiese formulado, o algo distinto de la base del sistema más sus consecuencias lógicas?

¿A dónde habría que ir a detectar ese pensamiento o esa intención más allá del sistema, o sea del conjunto finito de normas básicas y el conjunto de todas sus consecuencias lógicas?

A propósito de esta fórmula en la modalidad exegética (voluntad del legislador), Vernengo concluye que se trata de un mito de origen adoptado para explicar que lo que uno acata y obedece proviene de haber sido querido así en el inicio de los tiempos históricos. El derecho no sería en esta versión la voluntad de un legislador histórico, sino la voluntad de "el" legislador originario mítico.

En tal referencia al pasado se disimularía una operación ideológica consistente en idealizar el sistema jurídico positivo, como sistema estático, concluso y petrificado, como sistema de derecho creado de una vez por todas. El pasado actuaría de parámetro temporal positivo, ya que remontándose a la presunta voluntad del legislador originario se podría reconstruir el sentido de la ley y caucionar desde allí la solución de los casos futuros. El recurso a la "voluntad del legis-

lador" entraría en un montaje ideológico porque importaría recurrir a una entidad construida socialmente para fines que no son puramente científicos. Por su pasado mítico, la voluntad del legislador gozaría del prestigio social que concierne al creador del cosmos jurídico. La interpretación exegética de la ley tendería a asegurar la infalibilidad de la ley, la sacralidad del orden jurídico, y la inmovilidad jurídica, reduciendo los cambios al mínimo posible como consecuencia de suponerlos guiados por el pasado rector.

Así, por ejemplo, una interpretación referida al *Code Civil*, que apelara a la voluntad del legislador, implicaría apelar a una entidad filosófica, la *volonté générale*, la *voluntad nacional*, etc., oscureciendo y disimulando el verdadero recurso a la voluntad del Emperador, o sea a la voluntad del poder político dominante.

Este análisis es aplicable, por completo, a la fórmula "pensamiento del legislador" atribuida a Savigny.

La fórmula voluntad del legislador, o cualquiera otra de la misma familia —"intención del legislador", "pensamiento del legislador", "espíritu del legislador", "Volksgeist"— nominada por Vernengo mito de origen, y por François Ost, entre otros, como mito del legislador racional, tiene un claro uso ideológico, entendiéndose por ideológicos aquellos enunciados que se consideran como propios de un campo determinado, cuando en realidad encuentran su origen y articulación en otros campos distintos, obedeciendo su transporte, en general, al objetivo de lograr determinados fines sociales. Por ejemplo, enunciados religiosos, morales, políticos o de otro orden, que se intentan hacer valer como científicos para incrementar su prestigio, cohesionar determinadas soluciones y lograr ciertas metas sociales⁹.

Ahora bien; aunque su función ideológica no varía en esencia, estos enunciados, más que mitos de origen son, en realidad, mecanismos del tipo que en la *Erkenntnistheorie* se conocen como ficciones del "como si". Se trata de ficciones

⁹ François Ost, "L'interprétation légale et systématique et le postulat de rationalité du législateur", en *L'interprétation en Droit. Approche Pluridisciplinaire*, Faculté Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1978, págs. 97-184.

fundadoras, en el sentido que activan la apertura de un marco de producción argumentativa y de soluciones conceptuales que se inscriben en ellas.

Estas ficciones, cuyo estudio desarrolló el neokantiano Hans Vaihinger en *Die Philosophie des 'als ob'*, por un lado pertenecen a la teoría del conocimiento ya que facilitan el acceso a un campo de objetos del conocimiento y, por otro, conservan una función de legitimación política y jurídica.

En lo político, un ejemplo destacado de este tipo de ficciones es el pacto social examinado por Thomas Hobbes en el *Leviathan*. En lo jurídico, la noción de Norma Básica de Hans Kelsen¹⁰.

No hay en la realidad histórica, ni en la documentación empírica, huellas que acrediten la existencia de un pacto social. Al proponerlo, Hobbes no alude a ningún hecho histórico real, pero si queremos entender en qué forma el régimen de soberanías fragmentadas del medioevo se convirtió en el Estado absoluto, de poder y administración concentrados, tenemos que admitir o proceder 'como si' los hombres (Hobbes universaliza en realidad con la categoría 'los hombres', a los señores feudales, los hombres de la guerra o bellatores) hubiesen suscripto un pacto cediendo la casi totalidad de su poder al más poderoso entre ellos, el Rey absoluto. Esto, a fin de evitar destruirse en la guerra de unos con otros y con la sola condición de que el beneficiario de la cesión garantizara la paz y la armonía entre todos.

Tampoco existe en la realidad jurídica una grand-norm, una norma superior a la cabeza del sistema jurídico de la cual dependa la validez de la constitución histórica y el resto del edificio jurídico. Pero, nos dice Kelsen, si queremos entender la estructura de este edificio y el modo de creación de las normas, los científicos del derecho deben presuponer (*vorzussetzen*) la existencia de esa norma superior que es un acto de

¹⁰ Sobre el concepto de ficciones en el derecho, Enrique Eduardo Mari y otros, *Derecho y Psicología*, Hachette, Buenos Aires, 1987. Aquí se incluye la contribución de Hans Kelsen, *La Función de la Constitución*, en la cual el autor de *La Teoría Pura del Derecho*, modifica el estatuto teórico de la Norma Básica, no considerándola más como hipótesis fundamental kantiana, sino como ficción en el sentido de la filosofía del "como si", de Hans Vaihinger.

voluntad fingido, o sea actuar 'como si' esa norma expresara una voluntad real y vigente¹¹.

Uno y otro mecanismo constituyen categorías del conocimiento, nos permiten conocer el régimen de la soberanía absoluta y el régimen jurídico y, al mismo tiempo, operan ideológicamente como legitimación y consagración del poder político vigente en la edad moderna en el caso de Hobbes, y de la validez del sistema jurídico en el caso de Kelsen. Cumplen, pues, la doble función de conocimiento y legitimación, o sea, función gnosológica y política.

Cuando los juristas en un acto de interpretación apelan a la voluntad del legislador no tienen en mente, en rigor, un acto de voluntad ubicado en el remoto y mítico pasado, un acto volitivo producido *in illo tempore*. Lo que tratan es de enlazar ficticiamente su acto interpretativo con una supuesta voluntad del legislador concreto que dictó la norma bajo su examen o decisión.

Producen, de esta manera, una interpretación en el interior de un mecanismo ficticio: actúan 'como si' la voluntad del legislador empírico y real dado estuviese implícita y reflejada en la lectura que ellos, los juristas, formulan de la ley¹².

En este caso, la ficción alude a un hecho del pasado, pero no a un pasado remoto que se evapora y diluye en los tiempos, sino a un pasado puntual, aquel en que un acto legislativo dado edictó la norma.

Es posible, en otra perspectiva, concebir también a esta ficción como emplazada en el futuro y no ya en el pasado. Como perteneciente al grupo o tipo de las Ideas reguladoras kantianas. "Voluntad del legislador", cumpliría en este sentido el papel de un ideal, de un foco de atracción, de una norma, que guiaría metodológicamente el conjunto de actos interpretativos que se realizan en el interior del sistema conceptualizado por Savigny. La voluntad del legislador no sería, aquí, el referente real de la voluntad empírica de un legislador concreto, ni el referente mítico de un legislador de

¹¹ Thomas Hobbes, *Leviathan*, cit., Int. François Tricaud, Sirey, París, 1971.

¹² François Ost, *op. cit.*, nota 9.

origen cuyas brumas se han dispersado ya en el devenir de los tiempos, ni el referente ficticio de un legislador al que se tiene 'como si' fuese el legislador histórico que sancionó la ley concreta que se interpreta. Esta fórmula interpela, en cambio, a una categoría filosófica normativa extrasistemática. Se trata de una categoría ajena a la experiencia y carente de suelo jurídico perceptivo, que se instala más allá del sistema para cementarlo y ordenarlo en su conjunto. Mecanismo exterior pero listo para todo servicio en lo interior: todas y cada una de los actos interpretativos de las leyes que forman el sistema jurídico quedarían asegurados en su corrección y garantizados al ser remitidos a ese referente o metaideal. En síntesis, en esta concepción, la voluntad del legislador es la pieza maestra extrasistemática de cohesión y validez de las interpretaciones legales intrasistemáticas.

Ahora bien, cualquiera que fuese el mecanismo adoptado para identificar el *modus teóricus* de la fórmula "la voluntad del legislador" ya sea que se la conciba como un mito de origen (Vernengo) o como una ficción del 'como si' (según lo propongo), o como una Idea reguladora, está siempre presente su papel específico técnico-jurídico y político-ideológico, de justificación y respaldo metalingüístico o metasistemático del plexo de interpretaciones de la ley.

IV. AFINIDADES Y DIFERENCIAS ENTRE LA NOCIÓN DE SISTEMA Y LA EXÉGESIS. OTROS ASPECTOS DEL PARADIGMA DOGMÁTICO

Aclarado este papel de la voluntad del legislador en la noción de sistema de Savigny (y en cualquier otro lugar en que la fórmula, o alguna otra expresión, semántica o pragmáticamente equivalente, aparezca) es bueno precisar ahora las afinidades y las diferencias que la concepción sistemática de Savigny mantiene con la escuela exegética. Dando por descontado, ciertamente, el lucro teórico que representa la primera, en materia de interpretación, al emplazar, como fuera dicho, la lectura hermenéutica no ya en los enunciados y en las palabras aisladas de la ley, no ya en las leyes aisladas, sino en el conjunto del sistema jurídico.

En orden a las afinidades, la principal que se detecta entre todas estas corrientes de los siglos XVIII y XIX (la dog-

mática de Savigny y el primer Ihering y su forma inicial en la "jurisprudencia de conceptos" por un lado y, por el otro, la exégesis), es que todas parten de la idea de la ley positiva como un elemento sagrado.

Para todas ellas, el derecho es derecho positivo, y las leyes órdenes, mandatos del legislador a través del cual se expresa el Estado, destinados a obtener respuestas que la sociedad de que se trate considera deseables, con el procedimiento específico de imputar o enlazar una sanción a la conducta contraria.

Al estudiar la relación entre el paradigma dogmático y la ciencia del derecho o jurisprudencia, Enrique Zuleta Puceiro ordena en forma rica y teórica esta cuestión, comenzando por recordar la opinión del propio Ihering al respecto: "El derecho es ante todo ordenación, legislación, mandato positivo, asistido por la presencia coactiva del Estado. La construcción doctrinal —escribe Ihering— debe aplicarse directamente al derecho positivo. Como las reglas positivas son los únicos puntos de la línea, la construcción debe respetar el contenido para conservar entera libertad en cuanto a las formas. El comentario a las pandectas de Windscheid, sin duda una de las obras más significativas del espíritu científico de la dogmática, comienza con una definición del derecho en términos de ley: 'Ley es la declaración emanada del Estado en el sentido de que alguna cosa será derecho'. Décadas antes, frases célebres de los partidarios de la exégesis afirmaban igualmente rotunda fe en una idea básicamente legalista del derecho"¹².

¹² E. Zuleta Puceiro, *El método de la jurisprudencia dogmática en España del siglo XIX*, Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1981. Asimismo, *Teoría del Derecho. Una Introducción Crítica*, Depalma, Buenos Aires, 1987. En el primer trabajo, Zuleta Puceiro expresa así el sentido de la obra de Ihering: "Para Ihering las reglas del derecho no son otra cosa que pautas prácticas, calvinantes y externas del derecho, que no abarcan ni agotan su contenido real posible, ni en intensidad ni en extensión. El derecho no se identifica con las reglas jurídicas, ya que éstas se encuentran en estrecha relación con la capacidad de abstracción que posee una determinada época histórica. Un análisis de las reglas tiende a poner en contacto al investigador más con la conciencia de determinada época y determinada sociedad respecto a su derecho respectivo que con el derecho en general". Zuleta Puceiro nos habla aquí del Ihering del *Geist*.

El segundo trabajo es un actualizado aparte a la filosofía del derecho, desde modernas corrientes conceptuales.

Una segunda línea de afinidades se desarrolla alrededor del valor seguridad en el derecho, el que es compartido por todas las corrientes, aunque se modifiquen las modalidades que asume cada una. Así, la exégesis cree preservar este valor haciendo depender la interpretación, ante todo, de la subunción lógico-gramatical de casos concretos en el ordenamiento legislativo, básicamente en las palabras de la ley. Mientras que, en el paso del conceptualismo a la dogmática, Savigny percibe la seguridad en la interpretación centrada sobre la noción de sistema.

Demos el turno, ahora, a las diferencias.

Una de neto corte político ya fue puntualizada y no habremos, por lo tanto, de insistir en ella. Mientras la escuela de la exégesis, observábamos, representa la fase iluminista, y el ideario de la revolución democrática-liberal, aunque positivizada en términos jurídicos, la jurisprudencia de conceptos y sobre todo la escuela de Savigny resultan proclives a posiciones más conservadoras, y suponen un momento de cruda reacción nacional, romántica y anti-iluminista. Esta faz política, esta distinción a grandes rasgos del pensamiento francés y del pensamiento alemán de la época, no va sin referentes económicos. Mientras en Francia (y también en Inglaterra) el feudalismo estaba reducido y casi destruido, contando con administración unitaria y concentración de las riquezas en las grandes ciudades, gran cantidad de privilegios y derechos estatutarios eran, en cambio, conservados todavía por la nobleza feudal en una Alemania dividida y compartimentada en regiones, marcas y estados. Las tarifas proteccionistas prusianas y la creación del Zollverein trataban de oxigenar un cuerpo segmentado en las Länder, y fueron los elementos incipientes destinados a compensar la debilidad política, y a unificar más tarde, alrededor del estado prusiano, los intereses y la riqueza de manufacturas y comercios. Es por eso que en Renania y en Westfalia el liberalismo contó con una base más sólida, consecuencia del creciente desarrollo de la industria y la más prolongada ocupación francesa. Mientras que en los estados puramente agrarios del nordeste, la influencia francesa, y por ende liberal, fue casi imperceptible con predominio del despotismo y el sistema feudal. Y en los estados agrarios de Baden, Württemberg, Hesse y Hannover convergía una penetración francesa de más peso, una base social poco profunda y, como resultado puntado, un liberalismo más moderado.

Otro importante punto distintivo atañe al quehacer de la ciencia. La exégesis parte de la ley, de los textos por entonces altamente recepcionados en códigos. La *Begriffjurisprudenz* lo hace del concepto científico; Savigny, de la unidad orgánica que se traduce en el sistema.

Para Zuleta Puceiro esto marca un corrimiento en Savigny, del elemento político (un factor que vimos transparente en la polémica con Thibaut) al elemento técnico. La exégesis deposita su interés en el código como instrumento pragmático-revolucionario y como modo de control social. La preocupación prevalente de los conceptualistas y de Savigny va a recaer, en cambio, en lo técnico, en lo metodológico y en la construcción científica.

En este giro de Savigny, en este corrimiento de la política a la técnica, la dogmática jurídica va a teñirse con otras coloraciones. Lo esencial de los nuevos colores no recaerá, empero, en cabeza de Savigny sino en cabeza de Ihering.

En efecto: el *Wendepunkt*, el viraje básico de la escuela dogmática es un producto facturado por Ihering.

No se trata de un viraje —de lo conceptual a posiciones sociológicas y realistas, usando este último término con el sentido técnico que tiene en el derecho— de naturaleza simple, sino compleja, sometida a una gradual evolución, y sin éxito completo en la tarea.

En la sucesión de los cambios, ninguno de los distintos hitos por los que atravesara el pensamiento de Ihering implicó un apartamiento, por su parte, de la historicidad como envoltura de la materia jurídica.

Esto ya lo puntualizamos oportunamente, pero vale la pena insistir en ello porque el tejido histórico es una pieza esencial en el paso al realismo en nuestro autor. Lo histórico, en efecto, el valor de la historicidad fue fuertemente persistente en su doctrina. Sólo que, al someter, en los tratos sucesivos, la categoría de historicidad a diversas modalidades especulativas, que más adelante desarrollaremos, obtuvo resultados y productos teóricos de distinto tono y factura.

En sus comienzos, el cuadro del joven Ihering pertenecía a la misma familia que la de la escuela histórica del derecho, aunque con tintes impregnados de componentes organicistas. El del Ihering maduro se acercó, en cambio, mucho más, al programa de una sociología jurídica, aunque cruzada por una

determinada metafísica residual en su pensamiento, a la que, por ahora, sólo aludimos.

Prueba de lo primero es posible encontrar retrocediendo a algunos fragmentos del "Método de la exposición histórica del derecho", donde la idea de este último es expresada como la de un organismo objetivo de la libertad humana, o bien a la manera del idioma del pueblo, como si fuese el producto interno y ordenado de la historia. En ningún caso se lo trata como el conjunto de disposiciones originadas en el pensamiento del legislador¹⁴.

¹⁴ "Método de exposición histórica del derecho" en la sección II del libro de Ihering *La Dogmática Jurídica* cuya traducción castellana fue editada con el auspicio de la Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social dirigido por Carlos Cassin, Losada, Buenos Aires, 1948. Cuenta con prólogo de Enrique Martínez Paz. En un apéndice se incluyen la teoría del interés de Ihering y la teoría de la voluntad de Windscheid.

Ihering produce aquí su crítica a la voluntad, en cuanto puede ser suficiente para la exposición dogmática del derecho. Expresa, en efecto, el carácter positivo y real de ésta: "Pero no puede pretender una exactitud absoluta, porque le falta indicar el contenido de la voluntad y desde el momento que quiere formular el principio mismo de la voluntad cae en el sofisma". La voluntad interesa así, sólo en el sentido subjetivo. Para Ihering, en cambio, hay que tomar en cuenta dos elementos: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce una utilidad, las ventajas y ganancias que esto asegura. Y otro, formal, que se refiere a este sólo como medio: protección del derecho, acción de la justicia. Aquí, en este apéndice, va a aparecer también la fórmula del segundo Ihering: los derechos son intereses jurídicamente protegidos. Alrededor de esto se tejen las nociones de "bien", "valor", interés "práctico".

De acuerdo con la expresada las posiciones de Ihering en el Apéndice difieren de la sección comentada del libro, donde se perciben enunciaciones de claro contenido iusnaturalista: "Habiendo llegado a la conclusión de que entre el derecho objetivo, tal como existe y es aplicado, y su expresión, bajo las formas de reglas de derecho, no existe una concordancia completa, hace falta que respondamos a una pregunta que se habrá ofrecido seguramente en el ánimo de más de un lector: ¿Es cierto que esas defectuosas fórmulas jurídicas han debido ejercer un influjo desfavorable sobre el derecho? Distingámonos. Este peligro es menor en las épocas en que las fórmulas son más imperfectas, porque el arte de formular el derecho está todavía en la infancia. Efectivamente, donde quiera que la aplicación de estas fórmulas pudiera producir un conflicto con el derecho, tal como vive objetivamente en la realidad y subjetivamente en el sentimiento, este último interviene para rectificarlas".

Para apoyar este aserto, Ihering vuelve a la analogía con el lenguaje. Las reglas gramaticales erróneas —dice— perjudican menos el uso de la

En este breve fragmento, la historia no aparece como envoltura de los intereses sociales traducidos en normas jurídicas, concepto que recién va a tener presencia en el último volumen de su *Espíritu del Derecho Romano*. Tampoco aparece como la envoltura de una corteza racional, llamada derecho y emanada de la voluntad estatal.

Aquí la historia, en rigor, es envoltura de lo orgánico, del carácter del pueblo, de los impulsos de la vida que subyacen y preceden la voluntad legislativa; es envoltura de las vicisitudes del pueblo. Como todo organismo, el derecho así concebido, puede ser considerado desde un doble punto de vista: anatómico y fisiológico. El primero, interpela a su estructura; el segundo, a sus funciones.

Como estructura, el derecho es un organismo compuesto de diversas partes que, cuanto más nobles y delicadas, más se manifiestan en el exterior y más tarda el hombre en tomar conciencia de ellas.

De estas partes, lo que el espíritu capta en primer lugar, son las reglas del derecho, aquello que se traduce en reglas porque se repite constantemente y se sucede. De estar tan habituados a verlas, no nos preguntamos hasta qué punto su orden es ficticio y accidental, o jurídico y necesario.

Estas reglas no son más que puntos culminantes y externos del derecho. Pero éste, en sí, no se agota en las reglas, ni en intensidad ni en extensión.

A menudo, arguye Ihering: "... se necesita el concurso de muchas para establecer la forma jurídica de una sola relación y entonces hallar en ella su objeto común y su punto de unión, citándola como *los músculos a los huesos*".

Concepto organicista el de Ihering. Reempleo, por su parte, de ejemplos, de figuras corporales, de ficciones y metáforas propias de un paradigma, el organicista, que contaba con viejas raíces en el medievo, cuando fuera empleado por hombres de la iglesia, juristas y filósofos políticos, para producir soportes doctrinarios en las luchas por el poder, o mecanismos de legitimación de la sociedad y el derecho. Lo mejor de este paradigma, en su uso práctico en la lucha entre el

lengua en las épocas en que el arte de las abstracciones gramaticales no está desarrollado.

Papado y el poder temporal, fue dado, lo sabemos, por Juan de Salisbury en el *Polycraticus*, pero contó también con textos clásicos del Dante, de Nicolás de Cusa, de Guillermo de Ockam, de Agustín de Hipona, de Tomás de Aquino, de los glosadores de Bolonia y más recientemente del Cardenal Henri de Lubac con *Corpus Mysticum*¹⁵.

Pero en Ihering el organicismo se traduce en una noción peculiar en donde la historia también es envoltura del concepto de sistema, de la conexión sistemática, como lo dejáramos traducir más arriba al hablar del *producto interno y ordenado de la historia*. La historia, en efecto, también envuelve a la noción de sistema.

Ahora bien, que la historia sea una envoltura de las vicisitudes de la vida, del carácter del pueblo encarnado en el Volkgeist, que la historia sea la envoltura de materiales que este espíritu del pueblo secreta en parte en el legislador con sus reglas de derecho y, en parte, quedan latentes, es algo que se compeadece o concilia, al menos, con una versión en la cual la fluidez y los cambios de la vida se reflejan en una historia no condenada a un eterno quietismo, a una ciencia no muerta que pudiera contentarse con grabar para todas las épocas la narración diaria de los sucesos en tanto eventos que van fluyendo, aunque, por consumados, se los tenga por incontrovertibles.

Pero que también la historia envuelva a la noción de sistema, un todo abstracto, una estructura donde lo predominante es lo sincrónico, el juego formal de las relaciones en el todo, y no básicamente lo diacrónico y evolutivo, es algo que se presta a dificultades metodológicas.

En Ihering estas dificultades no pasan por un desajuste entre lo sincrónico inerte y lo diacrónico evolutivo e histórico, categorías del estructuralismo contemporáneo que no eran propias al desarrollo de las disciplinas en su época.

Lo que ocurre es que Ihering concibe la misión de la ciencia (en donde se expresa la dogmática jurídica) no tanto bajo el concepto de que no se puede comprender el derecho sin conocer su conexión sistemática —lo que es el caso para cual-

¹⁵ Juan de Salisbury, *Polycraticus*, Editora Nacional, Madrid, 1984. Arminismo, Enrique E. Martí, "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden", *Doss*, nra. 3, Alicante, 1986.

quier objeto del entendimiento— sino como un orden no “artificialmente” aplicado sino deducido del fondo mismo del objeto. Y este objeto es el cúmulo de experiencias que encierra una importancia práctica más intensa que las reglas usuales.

Para él, el orden artificialmente aplicado engendra una condición extraña al objeto “en la que se le puede entrar con violencia; es una red que se puede arrojar lo mismo sobre éste o el otro derecho y que dificulta, más que facilita, la inteligencia de la estructura del objeto individual. Quien dice sistema dice ordenación interna de la cosa misma. Todo sistema es, pues, perfectamente individual, y cada derecho tiene su sistema propio que no conviene a los otros”.

Lo que nos quiere advertir Ihering, en una palabra, es que su modelo de estructura no es un modelo puro y abstracto, un modelo de relaciones formales aplicables a cualquier derecho en general. Sobre lo que nos quiere alertar, es que su modelo se sustrae a cualquier intento semejante al *kelseniano* de *Reine Rechtslehre*, de teoría pura del derecho. Quien habla de sistema, asevera, habla de ordenación interna de la cosa misma, pero no hay sistema general del derecho. Hay sistemas individuales, y cada derecho tiene un sistema propio que no conviene a los otros. En su particularismo, el sistema ejerce una reacción material sobre el objeto mismo, operándose por su intervención una transformación interna de las reglas de derecho.

Todo esto nos dice Ihering, completando los trabajos de Savigny sobre la noción de sistema. Pero al decirlo no lo hace sin incurrir en graves defectos epistemológicos, entre los cuales no resulta secundario la confusión entre la ciencia dogmática (instrumento de conocimiento) y el objeto real conocido (la vida en su variable diversidad).

Ello, sin perjuicio de otras ambigüedades como las que, en efecto, transportan los siguientes interrogantes: ¿qué significa su deseo de un orden sistemático no artificial? ¿qué sentido se puede asignar a su expresión ordenación interna de la cosa misma? ¿cómo hacer inteligible esta ordenación interna de la cosa fuera del aparato constructivo del sistema y por tanto fuera de la artificialidad de la reconstrucción metodológica?

O bien Ihering confunde y asimila la idea con la cosa, el universo del conocimiento con el objeto cognoscible, las propiedades del sistema con las propiedades de lo que él llama “la cosa misma”, lo conceptual con la realidad, a la manera

del idealismo filosófico. O bien, presupone que el sistema es un simple espejo de las cosas, o sea que entre el sistema jurídico por una parte, y la vida y las costumbres del pueblo, por la otra, no hay más que una mera relación especular o representativa, eliminando así de la noción de sistema, toda actividad constructiva.

Sin duda, a la base de estas dificultades metodológicas, se encuentra un problema de fondo: su concepción emparentada con la escuela histórica del derecho que visualiza en este derecho, el espíritu del pueblo, las costumbres y tradiciones, la vida fluyente, cuyos incesantes cambios no pueden ser aprehendidos por las reglas jurídicas, en la posición teórica de Ihering. Si todo lo que gira alrededor del *Volksgeist*, alrededor de ese espíritu, es un brotar histórico que va más allá de las reglas del derecho, en un cambio excedente al sistemático, Ihering se ve obligado, por las limitadas condiciones de su propia concepción, a desestimar "la artificialidad" de un sistema, con su inevitable régimen de escasez legislativa frente a los impulsos y vicisitudes del pueblo. Lo que lo mueve a buscar el sucedáneo ilusorio de un ordenamiento en "la cosa misma", que se autosistemizaría *per se* antes de reflejarse en el sistema de reglas.

Niklas Luhmann —por su cuenta— percibe en esta tensión que lleva a Ihering de lo sistemático como medio de orden y clasificación y, de este modo, como medio de asegurar y fundamentar los conocimientos, al mundo de la realidad social (con las peculiaridades que el historicismo daba a esta realidad), el propósito de la ciencia dogmática de situar en el mismo "objeto" lo que se entendía por orden, organización y sistema, y a fundamentar su propia sistemática a partir del mismo objeto.

En esto Ihering habría tendido a un concepto de derecho como fuerza immanente a la sociedad. Toda la clave de su trabajo se afirmaría en el paso del concepto analítico de sistema a la concepción del sistema jurídico como *sistema de la realidad social* o como sistema parcial de la sociedad.

En qué consiste, conviene precisar, el concepto analítico de sistema. De acuerdo con esta perspectiva analítica el sistema jurídico, como podría ocurrir también con cualquier otro sistema conceptual, por ejemplo el de la física, es un sistema de conceptos y relaciones entre los conceptos que en conjunto forman una estructura en el sentido técnico del término.

Cada elemento del sistema (cada concepto) es lo que es en virtud de las relaciones que el sistema en sí mismo como un todo instituye, entre él y sus otros elementos, sólo en virtud de su particular posición en el interior del sistema. "Esta posición determina así lo que podemos llamar el componente sistémico del significado del concepto en cuestión. Este componente sistémico del significado no es determinado de una vez y por todas. Al formar la estructura, el sistema conceptual establecido inicialmente transmite consecuencias. Se pueden probar tautemas, definir nuevos conceptos, introducir distinciones, etc. Consiguientemente, puesto que cada concepto está directa o indirectamente relacionado con más y más conceptos, su posición en el interior del sistema se define por más especificaciones y el concepto adquiere nuevos aspectos del significado sistémico"¹⁶.

En este concepto analítico es fundamental el autodesarrollo del sistema. Analíticamente el sistema es un régimen de transformaciones autorreguladas, autónomas, independientes de factores externos.

Ahora bien, en el paso de este concepto analítico al concepto de sistema de la realidad social, vino a jugar en Ihering un papel destacado el concepto de "interés", la concepción del derecho como un conjunto de intereses jurídicamente protegidos, concepción que ya está presente en el período inicial de Ihering en su *Sistema de Derecho Romano*, aunque aparece en el último capítulo de su libro.

Y este papel destacado procede de que el concepto de interés, primer boceto de un perfil sociológico —concepto desarrollado por la jurisprudencia de intereses—, se alza contra la pretensión de una disposición conceptual autónoma sobre cuestiones jurídicas realizada sólo en interés del conocimiento, como lo expresa Luhmann.

Pero el concepto de interés, por relevante que fuese sociológicamente en sí mismo, no podía alcanzar para la completa mudanza del concepto analítico en el social, por la propia laitud y ambigüedad del objeto historicista y por la fluidez de las creaciones del pueblo superadoras siempre de las reglas jurídicas según Ihering.

¹⁶ Niklas Luhmann, op. cit., Cap. "Conceptos jurídicos adecuados a la sociedad".

Es esto quizá lo que hace plantear a Luhmann, obrando como sociólogo, una serie de interrogantes y dudas: "La cuestión del futuro de la dogmática jurídica ha de formularse con la correspondiente complejidad. Suena así: ¿se puede y se debe mantener y desarrollar como nivel de reflexión del derecho este nivel de generalización e indiferencia frente a los efectos a pesar de la gran alteración de las condiciones sociales? ¿o no lo permite el número de conexiones del derecho con un sistema social en rápido cambio? ¿Se puede, en las circunstancias actuales, garantizar la integración social del derecho solamente en el plano más concreto de la producción y del cambio de programas jurídicos? ¿impide la reforzada y acelerada producción de normas jurídicas, sólo por su rapidez, el ulterior desarrollo de la dogmática jurídica en conexión con un material normativo tan fluctuante? ¿la dogmática será capaz, debido a su potencial de abstracción, de desarrollar una flexibilidad que anticipe y comprenda también los cambios jurídicos? Finalmente: ¿podría la producción de normas jurídicas, aun excluyendo por su cuantía y rapidez el desarrollo de una dogmática adecuada, compensar su falta, o se pagará la positividad del derecho al precio de un proceso de desdiferenciación de política y derecho, de tal forma que la autonomía del sistema jurídico sólo se fundamente en la inercia, en la inamovilidad y en la inescrutabilidad de las masas de las normas y no en la conclusividad y elegancia del argumento dogmático?"¹⁷.

¹⁷ N. Luhmann, *op. cit.*, pág. 113. En cuanto a la noción de interés, del segundo *Ihering*, dice Luhmann: "Uno de los ejemplos de una latente o al menos no plenamente reconocida afinidad funcional y estructural de los conceptos jurídicos con la sociedad moderna es la antes mencionada observación de que los conceptos de interés en el derecho civil y de bien jurídico en el derecho penal tienen, frente a instrumentos dogmáticos más antiguos, la ventaja de ser más compatibles con una amplia regulación político-legislativa del derecho y con la correspondiente responsabilidad global del legislador. Procuran al legislador una participación en el poder de definición y corren así menos peligro de colisionar con los continuos cambios legislativos. Que para ello ha de pagarse un precio en forma de reducción del rigor de las conexiones dogmáticas es cosa evidente".

Luhmann está apuntando a la falta de correspondencia absoluta y a las tensiones entre nociones sociológicas y formalistas sistemáticas, en la dogmática. Es un punto central en las discusiones contemporáneas y debates sobre sociología y formalismo.

La crítica funcionalista al concepto de teleología en el marco no de la

Como sociólogo, Luhmann deja abiertas estas preguntas, signos de dificultades en la dogmática que se potencian en Ihering, aunque sin mengua de sus méritos, ya iniciales, en su proyectado giro de lo analítico-conceptual a lo social.

biología sino de las ciencias sociales puede verse también en Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Suhrkamp Taschenbuch 12, Frankfurt, 1978. El subtítulo de esta obra es *Sobre la Función de los Fines en los Sistemas Sociales*.

Luhmann comienza su crítica en el cap. 1°, "La acción y la especificación de sus fines", con esta tajante afirmación: "Hoy en día no se entiende por sí mismo, que la acción obtenga su sentido de la satisfacción de un fin. Esta interpretación por cierto, no se ha podido cambiar".

El esquema Medio-Fin como descripción de la acción reconocida, aparece en forma abierta y creciente tanto en la vida cotidiana como en las representaciones científicas. Y, sin embargo, la exigencia de validez, e incluso de verdad de esta interpretación de la acción ha sido, desde largo tiempo conmovida.

De Luhmann véase también el ensayo "Función y causalidad" incluido en *Introducción Sociológica*, Sur, Buenos Aires, 1978.

Entre otros problemas, el funcionalismo y la teoría sistémica de este autor, pretenden abordar la cuestión de la eternidad en la relación causa-efecto. Toda verificación, sobre todo a partir de la edad moderna, implica en diferentes direcciones referencias al infinito. Todo efecto tiene infinitas causas. Todo proceso puede ser dividido en sí mismo hasta el infinito, así como observado en distancias infinitas. En esta perspectiva la interpretación ontológica de la causalidad pierde sentido. Ahora bien, Luhmann se apresura en señalar que la crítica del funcionalismo de la ciencia causal, no puede equipararse con la crítica de la causalidad como categoría del conocimiento. "No se trata de mostrar una antinomia ante la investigación funcional y la causal. Ello conduciría fácilmente a renovar la vieja distinción entre causalidad teleológica y mecánica".

Dicha crítica, por el contrario, aspira a una inversión de las relaciones de la fundamentación entre el nexo causal y el funcional: la función no es un aspecto penalizar de la relación causal, sino que la relación causal es un caso de aplicación del orden funcional".

Sobre la pérdida de crédito de la categoría de fines como concepto científico básico, ilustra también el cap. III de su ensayo "Método funcional y Teoría de Sistemas", agregado al mismo volumen.

LEGITIMIDAD, RACIONALIZACIÓN, EFICACIA Y CONSENSO

(Acerca de los conceptos básicos de las teorías
del Estado y del Derecho)

EDUARDO ÁNGEL RUSSO*

I. LEGITIMIDAD Y RACIONALIZACIÓN

1. Principio de legitimidad y discurso de legitimación

La antigua cuestión de la legitimidad vuelve a aparecer sobre la mesa de debate, al influjo de esa especie de revisionismo que se encubre bajo el nombre de "posmodernidad". Bien que se mire, la posmodernidad no es, como pretenden los defensores de una modernidad dogmática, ni un "todo vale", ni un retorno neoconservador a categorías metafísicas, sino un "nada vale" en su pretensión de absoluto indiscutible o, mejor aún, si de formular *slogans* se trata, un "todo es revisable".

Esta cuestión reintroducida en el espacio de discusión no es —conviene resaltarlo desde el inicio— una categoría *axiológica* sino *lógica*; es decir, que no pertenece al dominio de los juicios de valor sino al de los razonamientos o inferencias. Legitimar es, sintéticamente, "dar razón", fundamentar, probar un aserto, sostener, sustentar una proposición de otra previa o superior.

* Profesor Titular de Derecho (UBA).

Los requisitos formales mínimos de un razonamiento pueden sintetizarse en las siguientes exigencias:

1. La existencia de más de una proposición;
2. La existencia de un número finito de proposiciones;
3. La independencia de la primera proposición fundante;
4. La aceptación de algún mecanismo de derivación que permita pasar de una proposición superior o fundante a una inferior o fundada.

La exigencia cuarta presenta una importante gama de posibilidades, desde los mecanismos formales determinados por reglas rígidas y precisas, *a priori*, como la lógica formal, las matemáticas, o en juegos como el ajedrez, hasta el pragmatismo de las reglas implícitas, flexibles y consensuadas, como en las cadenas argumentales de la discusión y del discurso cotidiano. Pero no es éste el punto (en definitiva, las diferencias entre Lógica y Retórica, el límite entre argumento válido y falaz) que nos interesa elucidar aquí.

Las tres primeras exigencias requieren sí de una reflexión adicional. Si existiese una y solo una proposición, la legitimación no sería racional sino extra-lógica. Proveniría, si es que existe, de un acto de fe respecto del propio enunciado (verosimilitud), o respecto de quien lo enuncia (autoridad)¹. Si bien en ambos casos pudiera reconstruirse una línea argumental implícita (a partir de premisas tales como "si suele ocurrir que... entonces es verosímil que ocurra..." o "si alguien es autoridad en alguna materia sus dictámenes deben ser aceptados") se trataría de una racionalización *a posteriori*, cuando lo cierto es que algunos enunciados pueden lograr una adhesión inmediata.

El número de proposiciones que integra la cadena debe ser finito para evitar la paradoja del "regreso al infinito", esto es, que a cada última proposición (en sentido ascendente) correspondiera otra superior fundante, y así sucesivamente sin terminar jamás. Como la existencia de un último principio fundante es requisito necesario para valorar de alguna manera al

¹ "La verosimilitud es la relación existente entre un enunciado, un sujeto y un grupo de enunciados cuya verdad es aceptada por el sujeto en cuestión, en la que el sujeto se encuentra en una actitud de creencia en la verdad o probabilidad del enunciado", E. A. Russo y C. O. Lerner, *Lógicas de la Persuasión*, Coop. de Derecho, Buenos Aires, 1973, pág. 46.

sistema, esa movilidad permanente e inacabada de los fundamentos lo tornaría incomprensible, por no decir inexistente.

Por último, si tenemos más de una proposición y la cadena es finita, se pide que la primera proposición fundante no dependa de las sucesivas proposiciones fundadas, para evitar la paradoja "de la autorreferencia o circularidad" (si "A" legitima a "B" y "B" legitima a "A" en definitiva no existe legitimación).

Reunidas estas condiciones mínimas podremos sostener que estamos en presencia de un razonamiento o inferencia, al menos en un sentido laxo, y que aquella primera proposición fundante constituye el *principio de legitimidad* de la cadena argumentativa o del sistema de que se trate. Los axiomas de la geometría euclídea, el principio de uniformidad de la naturaleza en las ciencias naturales, el contrato social en la teoría del estado moderno, el imperativo categórico en la moral kantiana, la norma fundamental kelseniana, son ejemplos de principio de legitimidad.

Ahora bien, y por encima de ese primer principio fundante ¿qué?

No podríamos seguir agregando premisas sin violar la exigencia segunda. Pudiera ser que más allá de aquél sólo quedase el silencio: el principio sería algo así como una oferta, una propuesta incondicionada frente a la cual el "comprador" está en libertad de aceptarla o rechazarla. Los motivos para que adopte una u otra respuesta o bien son de orden psicológico o bien no existen.

Pero cuando la cadena argumentativa o el sistema realmente importan, aquel silencio es cubierto por un discurso dirigido a la aceptación del principio por parte de un receptor real o imaginario. Distinguiremos, entonces, este *discurso de legitimación* persuasivo de aquel *principio de legitimidad*, comienzo de una cadena demostrativa. Ello, en cuanto entendamos por "discurso" la utilización concreta y real de un lenguaje, un acto pragmático del "habla" (oral o escrita), un hecho social de comunicación entre interlocutores.

La aceptación de un discurso no garantiza su verdad o validez, así como su rechazo no determinará su falsedad o invalidez, ya que estas últimas son categorizaciones sistémicas. Que muchas personas compartan una superstición no la

convierte en algo objetivamente válido, así como tampoco la ignorancia generalizada acerca de los últimos descubrimientos científicos servirá como argumento descalificador de los mismos².

La noción de "discurso" viene utilizada aquí en su sentido semiológico, y no en su sentido filosófico (universo del discurso) o lógico (discurso lógico formal). El discurso importa un conjunto de enunciados "relativamente estables", lo que quiere decir que, aunque carezcan de un sentido unívoco, preciso y permanente, conservan, al menos a lo largo del discurso y en relación a cierto contexto, algún sentido determinable e idéntico a sí mismo. Los géneros discursivos presentan una gran heterogeneidad, puesto que van desde los géneros literarios y las exposiciones científicas hasta la conversación cotidiana, pasando por las jergas profesionales, las relaciones con oficios y especialidades, la correspondencia epistolar, etc.³

El filósofo Jürgen Habermas fue quien desarrolló en este siglo la idea de "racionalidad comunicativa", entendiendo por ésta al discurso intersubjetivo con pretensiones de validez o verdad, vale decir, de una legitimidad basada en el consenso que se obtiene a partir de razones. Aunque el análisis pretende ser pragmático, se trata de una construcción ideal donde los interlocutores son bien intencionados, sinceros, iguales en grado (sin relación jerárquica que obligue al inferior a aceptar las razones del superior) y en las circunstancias (el "mundo de la vida"). Como se señala, "Habermas admite que ese no es el estado normal del intercambio lingüístico, que suele situarse en las zonas intermedias entre un consenso

² W. H. Newton-Smith reconoce que el término "racional" es multifacético, ya que se aplica tanto a razonamientos reglados cuanto a acciones y creencias. En estos últimos casos habla de "explicaciones racionales mínimas" (dar razón de lo que se hace o se piensa). "En una explicación racional mínima de una acción el éxito de la explicación (A cree o hizo x porque...) no depende de la verdad o falsedad, la razonabilidad o la falta de razonabilidad de las creencias explícitas". *La Racionalidad de la Ciencia*, Paidós, Barcelona, 1987, pág. 262.

³ Bakhtin, Mijail, *La Cultura Popular en la Edad Media y en el Renacimiento. El contexto de François Rabelais*, Alianza - Universidad, Madrid, 1990.

⁴ Pérez, Alicia, *Políticas del Lenguaje*, Ariel, Buenos Aires, 1995, págs. 81 y sigs.

preexistente y el malentendido, la no-veracidad intencional o involuntaria, etc. Además, no toda acción lingüísticamente medida está dirigida al entendimiento: así, el ejemplo instrumental del habla en el contexto de acción estratégica y orientada al éxito en influir las decisiones del otro⁷⁵.

Precisamente, es en el lenguaje político y en el jurídico (junto al del mundo de los negocios) donde más se pueden encontrar ejemplos de discursos estratégicos, tal como veremos en el punto siguiente.

En el mismo sentido, Lyotard señala que "no parece posible, ni siquiera prudente, orientar, como lo hace Habermas, la elaboración del problema de la legitimación en el sentido de la búsqueda de un consenso universal", ya que ello supone dos cosas: "la primera, que todos los locutores puedan ponerse de acuerdo acerca de las reglas o de las metaprescripciones universalmente válidas para todos los juegos del lenguaje, mientras que es claro que éstos son heteromorfos y proceden de reglas pragmáticas heterogéneas. La segunda suposición es que la finalidad del diálogo es el consenso. Pero hemos mostrado, al analizar la pragmática científica, que el consenso no es más que un estado de las discusiones y no su fin"⁷⁶.

2. Legitimidad y justificación

El discurso de legitimación guarda similitud con el de justificación, en el sentido de que ambos son extra-lógicos y encierran o suponen juicios de valor. Pero podríamos señalar una diferencia diciendo que, mientras el discurso de legitimación es anterior al principio de legitimidad que ampara, el de justificación, al menos en el uso habitual del vocablo, resulta *a posteriori* respecto del sistema o cadena argumental en relación al cual se ejerce. El discurso de justificación aparece cuando se quiebra la cadena de validez en algún punto situado entre el principio de legitimidad y la conclusión que es dable esperar de acuerdo al procedimiento reseñado en el punto 1 de este trabajo.

⁷⁵ Pérez, Alicia, *op. cit.*, pág. 103.

⁷⁶ Lyotard, Jean-François, *La Condición Postmoderna*, Reil, Buenos Aires, 1991, pág. 117.

En otras palabras la justificación se encamina a tornar admisible la excepción o la violación de una regla. Nadie se justifica por hacer lo que le era debido o lo que se esperaba que hiciese sino sólo cuando no lo hace.

Algunos sistemas flexibles como la gramática, la semiótica, o el derecho, incluyen la autorización de la excepción dentro del propio cuerpo lógico, como los regionalismos y los sentidos figurados, en los dos primeros casos y las figuras tales como las causales de justificación en materia penal, y el abuso del derecho, la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor, en materia civil⁷. La incorporación de los llamados "decretos de necesidad y urgencia" en la reforma constitucional argentina de 1994 cumple la misma función. En tales casos desaparece la necesidad del discurso de justificación, dado que la excepción es una regla más del sistema.

Tanto el discurso de legitimación como el de justificación, se apoyan en las llamadas "buenas razones", que es el nombre positivo de los prejuicios, vale decir, conclusiones que se sostienen sin una cadena de razonamientos previa, con pretensiones validantes. Cuando un discurso comienza diciendo "todos sabemos que..." o "convengamos que..." o alguna otra locución familiar, podemos estar seguros que veremos enseguida una apelación a las "buenas razones".

Aquí la palabra "razón" alude a "motivo" y no a raciocinio o a discurso racional (ver nota 2). Que es mejor estar vivos que muertos, sanos que enfermos, gozar a sufrir, ser ricos antes que pobres, ser pacíficos antes que violentos, son "buenas razones" cotidianas que no alcanzan para persuadir al suicida, al que busca eludir su obligación de ir a la guerra, al masoquista, al asceta y al terrorista. Las "buenas razones" sirven en última instancia, como los prejuicios, para distinguir entre "nosotros" (los que las compartimos) y "ellos" (los que las rechazan), pero no para fundar principios (discurso de legitimación) o excepciones (discurso de justificación) universales o absolutos.

⁷ Los ejemplos pueden multiplicarse en relación a otras "ramas" del derecho, así v.g. la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por falta o por disminución de trabajo en materia laboral y la facultad delegada al Poder Ejecutivo de condonar sanciones por incumplimiento de las obligaciones fiscales en materia tributaria.

II. LEGITIMIDAD Y CONSENSO

I. Discurso y consenso

Las distinciones anteriores sirven para enfocar el tema del "consenso" con mejores herramientas de análisis. Los discursos, tanto los de legitimación cuanto los de justificación, necesitan de la adhesión del interlocutor a las "buenas razones" que los sustentan; a esta adhesión, a este acuerdo, lo denominamos "consenso".

Robert Alexy señala que el análisis de un "discurso ideal" —el que se ajusta a ciertas reglas o criterios de fundamentación— presenta algunos problemas al ser confrontado con el "discurso real" —aquel que sostiene, de hecho, interlocutores reales en un determinado contexto témporo-espacial—. "Un primer problema —dice— es el del consenso. Dicho problema se refiere a la cuestión de si un discurso ideal llevaría a un consenso en una cuestión práctica. Tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones de un discurso ideal. Un consenso en determinada cuestión normativa (tema del que se ocupa Alexy) es algo sustantivo. Las condiciones del discurso ideal tienen, en relación con ello, sólo carácter formal. Una garantía de consenso en cada cuestión sólo podría, por ello, aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas (por tanto, en cuestiones de valoraciones). Esta cuestión no se puede resolver. No hay ningún procedimiento que permita una prognosis segura sobre cómo procederían los participantes en el discurso en cuanto personas reales, bajo las condiciones admitidas, y no reales en el discurso ideal. No puede por ello ni excluirse ni aceptarse una garantía de consenso"⁶.

Podemos distinguir entonces, el consenso sobre un discurso del consenso como principio de legitimidad de un sistema o cadena argumentativa. En el mundo antiguo se podía

⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 301 (la bastardilla es nuestra).

consensuar que Dios era la fuente de todo poder o que Aristóteles era la fuente de toda sabiduría. Es en la modernidad donde aparece el consenso como principio de legitimidad del Estado, y la Razón como principio de legitimidad de la ciencia, y el discurso de los contractualistas (Hobbes, Locke, Rousseau) y de los nuevos epistemólogos (Descartes, Galileo, Bacon) como discursos de legitimación. Pero en el siglo XX aparecen otros principios de legitimidad, como la Nación y la Economía, para el Estado, la democracia formal, para los sistemas políticos, y el pragmatismo para la ciencia, cada uno con sus respectivos discursos de legitimación.

Pero en la segunda mitad del siglo esos viejos discursos pierden sustento. Es la crisis de los grandes relatos de que habla Lyotard. Cayendo los discursos, caen los principios de legitimidad, al menos en su pretensión de únicos y absolutos, exclusivos y excluyentes. Una palabra comienza a hacerse oír cada vez con mayor frecuencia, y es "alternativo". Hay políticas alternativas, teorías alternativas, medicina alternativa, Derecho alternativo y hasta rock alternativo. Son formas de decir que los principios de legitimidad, para cada área, forman un "menú" dentro del cual se puede escoger. El consenso, ahora, no es forzado por un discurso de legitimación sino que parte de la elección conjunta de una de las alternativas ofrecidas en el menú, cuando no de la elección de una novedosa combinación de partes de la oferta (eclecticismo, técnicas mixtas, fusión o ensamble). *Ante la anunciada muerte de las ideologías, cabe decir que no han muerto las ideologías sino la ortodoxia.*

El discurso de justificación, en cambio, goza de buena salud. Precisamente porque nunca fue una ortodoxia. La justificación también requiere de una adhesión del interlocutor, de un consenso. El ladrón no se justifica en el momento de apropiarse de los bienes de su víctima, sino al momento de ser juzgado. Si no es un revolucionario (es decir, defensor de otro sistema, como los "anarquistas expropiadores" de principios de siglo) debería admitir, en nuestro sistema jurídico, que la regla es la propiedad privada, y el robo la excepción. El discurso de justificación buscará atenuar la pena o lograr la absolución (v.gr., estado de necesidad, principio de bagatela, error excusable, "robo para la corona", etc.) para lo cual deberá lograr la adhesión de los jueces a la tesis de que esas circunstancias son, parcial o totalmente, justificantes.

Pero el discurso de justificación, en la era de la alternatividad, cumple una función distinta a la justificación que apuntaba a tornar admisible la excepción al sistema o cadena rigurosa. Abre la puerta a la formación de un desvío, de un nuevo sistema o cadena alternativa. Aparece así la estructura rizomática, señalada por Deleuze y Guattari, el tallo que se extiende y bifurca horizontalmente, a ras del piso, es donde se mueven las justificaciones. "Resumamos los caracteres principales de un rizoma: a diferencia de los árboles o de sus raíces, el rizoma conecta un punto cualquiera con otro punto cualquiera, y cada uno de sus trazos no remite necesariamente a trazos de la misma naturaleza, pone en juego regímenes de signos muy diferentes e incluso estados de no-signos... Por oposición a una estructura que se define por un conjunto de puntos y posiciones, relaciones binarias entre los puntos y relaciones biunívocas entre las posiciones, el rizoma sólo está compuesto de líneas: líneas de segmentariedad, de estratificación, como dimensiones, pero también línea de fuga o de desterritorialización como dimensión máxima según la cual, siguiéndola, la multiplicidad se metamorfosea cambiando de naturaleza"⁸.

2. Consenso y violencia

Tanto el discurso que busca la adhesión cuanto la violencia que persigue el sometimiento del otro apuntan, en última instancia, a lo mismo: ajustar su conducta a la propia. La diferencia entre la demostración y la persuasión racional, por un lado, y la violencia física, donde el cuerpo del otro es movido como una cosa, resulta clara y obvia. Pero no es tan clara la frontera cuando se la ejerce mediante condicionamientos subliminales. En efecto, ¿cuán libre es la elección de quien obra bajo amenazas veladas o implícitas? y, ¿en qué medida evitar un mal o conseguir un premio no integran las "buenas razones" que mencionamos en el punto 2?

Es común oír decir que un cierto gobierno *de facto* tuvo consenso por la falta de resistencia de la población ante el

⁸ Deleuze, Gilles - Guattari, Félix, *Rizoma-Introducción*, Coyoacán, México, 1994, págs. 33-34.

ejercicio de su poder. Es como decir que el condenado a la pena capital "consiente" la misma si no opone una tan tenaz como inútil resistencia a los carceleros que lo arrastran al cadalso. Se confunde legitimidad con eficacia y consenso con resignación. No se puede decir que los cristianos llevados al circo romano y los judíos arrastrados a las cámaras de gas consintieron sus genocidios por no encabezar revueltas como las de Espartaco o levantamientos como el del *ghetto* de Varsovia.

Análiticamente, "consenso" y "violencia" son conceptos complementarios, sin que sea óbice a ello la existencia de una zona de penumbra en la determinación fáctica de ambos campos, divididos por la libertad del agente que presta su consentimiento, o por la falta de libertad del que es violentado en su decisión. Para ello tenemos que tener en cuenta que el "castigo" y el "premio", refuerzos tradicionales de la motivación, importan el mismo tipo de violencia psicológica, ya que la amenaza de un castigo no es sino, al mismo tiempo, la esperanza de su liberación, y la promesa de un premio, la amenaza de su pérdida. Pero ¿en qué medida el temor a un "castigo" o la pérdida de un "premio" invalidan el consenso? Se nos ocurre que la respuesta estará dada por la magnitud de ese castigo o de esa pérdida, lo que no deja de ser algo subjetivo y circunstancial. Si el premio consistiese en unas pocas monedas o el castigo en un gesto adusto de la otra persona, resultaría irrisorio hablar de violencia. Si, en cambio, la amenaza pone en riesgo la vida, o la libertad o el patrimonio de una manera real y significativa, sería una ficción hablar de consenso.

Como dijimos, el consenso requiere de una importante dosis de libertad para apreciar las alternativas, y no meramente de una posibilidad de elegir. No requiere necesariamente de un juicio de valor, como ocurre con la adhesión a los discursos de legitimación y de justificación, dado que el consenso puede ser el resultado de esos discursos, pero también puede ser espontáneo, por la coincidencia de las motivaciones internas de las partes que coinciden. El amor correspondido, la amistad franca, la comunidad de ideales, no requieren ineludiblemente de un discurso previo destinado a lograr la adhesión del otro.

Michel Foucault sintetizaba la cuestión moderna de la legitimidad en las preguntas "¿qué es el soberano? ¿cómo

puede constituirse? ¿qué es lo que une los individuos al soberano? Este problema —continúa— plantando por los juristas monárquicos o antimonárquicos desde el siglo xviii al xix, continúa obsesionándolos y me parece descalificar toda una serie de campos de análisis, sé que pueden parecer muy empíricos y secundarios, pero después de todo conciernen a nuestros cuerpos, nuestras existencias, nuestra vida cotidiana. En contra de este privilegio del poder soberano ha intentado hacer un análisis que iría en otra dirección. Entre cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no son la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos; son más bien el suelo movedizo y concreto sobre el que ese poder se incardina, las condiciones de posibilidad de su funcionamiento¹⁰.

Esta microfísica del poder es también una microfísica del consenso y de la violencia. Para este mismo autor, el consenso se plantea como un principio crítico: "Habría que entender dicho principio más bien como una idea crítica que debe mantenerse siempre: preguntarse qué proporción de no-consenso está implicada en cada relación de poder y si es necesaria o no. De esta forma uno puede plantearse cada relación de poder desde esta perspectiva. Me atrevería incluso a decir, yendo más lejos, que quizás no se debe estar a favor del consenso, pero que se debe estar en contra del no-consenso"¹¹.

Hannah Arendt se ocupó también de marcar distinciones entre "poder" y "violencia", y entre "legitimidad" y "justificación". Dejando de lado la impronta ontológica de esta pensadora, conviene aquí recordar esos distingos, aceptándolos en su dimensión semiológica: "El poder —dice— no necesita justificación, siendo como es inherente a la verdadera (?) existencia de las comunidades políticas; lo que necesita es legitimidad. El empleo de estas dos palabras como sinónimos no es menos desorientador y perturbador que la corriente

¹⁰ Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, "Las relaciones de poder penetran en los cuerpos", Planeta Agostini, Barcelona, 1995, pág. 157.

¹¹ Foucault, Michel, *Política y Ética (Entrevistas)* reproducida en "Cuadernos de Marcha", Tercera época, año X, nro. 111, Montevideo, enero 1996, pág. 5.

ecuación de obediencia y apeyo. El poder surge allí donde las personas se juntan y actúan concertadamente, pero derivan su legitimidad de la reunión inicial más que de cualquier acción que pueda seguir a ésta. La legitimidad, cuando se ve desafiada, se basa en una apelación al pasado, mientras la justificación se refiere a un fin que se encuentra en el futuro. La violencia puede ser justificable, pero nunca será legítima. Su justificación pierde plausibilidad cuanto más se aleja en el futuro el fin propuesto¹².

3. Legitimidad y eficacia

La eficacia puede ser considerada como el grado cero de la legitimidad. Esto no quiere decir que un sistema eficaz no puede ser, por ello, también legítimo, sino que su uso como criterio de legitimidad resulta nulo. Un sistema será considerado eficaz si logra cumplir con las metas propuestas, con los objetivos perseguidos, sean o no legítimos los medios empleados para conseguirlos. Es el sentido corriente de la expresión atribuida a Maquiavelo y que afirmaría que el fin "justifica" los medios. Conforme lo que venimos diciendo, no sería la consecución de un fin propuesto lo que, *ipso iure*, justificaría un medio, sino que un cierto discurso de justificación puede procurar hacerlo apelando a la eficacia.

Mientras que el concepto de legitimidad alude a un *a priori*, a un primer principio, y el de justificación a una rectificación que se opera en el medio y en los medios, la eficacia constituye un *a posteriori* y no entraña un valor sino un hecho. Cuando éste se produce, queda fuera del ámbito lógico. Podrá ser tema de un discurso, para buscar causas o consecuencias, para tejer hipótesis contra-fácticas ("¿Qué hubiera pasado si no hubiera pasado lo que pasó?") pero, como dicen los jóvenes "ya fue". Pierde la utilidad que pueden tener los juicios, sean o no de valor. Cuando el homicida es juzgado y condenado, ninguna sentencia podrá devolver la vida a la víctima. Y lo mismo ocurre con la más intrascendente de las sentencias civiles, incapaz de hacer que las cosas se retrotraigan realmente al estado anterior al hecho que dio

¹² Arendt, Hannah, *Crisis de la República*, Teuras, Madrid, 1973, págs. 183-184.

causa al proceso. Esa es la dramática paradoja del Derecho, entendido como conjunto de normas coactivas, que fracasa si no es eficaz, y también fracasa cuando es eficaz, como una medicina cuyos únicos aciertos fueran las autopsias¹³.

Claro que la cuestión tiene sus facetas, lo que llamamos "hechos" también son complejos conjuntos de signos que deben ser interpretados. Y la valoración no estará ausente de ese proceso de interpretación, aunque si lo estará de los propios signos. Un hipocondríaco se seguirá "sintiendo" mal, aun cuando la terapia haya dado el resultado esperado por el médico. Y el médico considerará que el paciente sanó cuando los análisis se encuadren dentro de los parámetros considerados normales, aun cuando el organismo de éste continúe con sus disfunciones. Con lo cual resulta posible, dentro de la ciencia actual, morirse estando "sanos". Un economista puede considerar que una economía es estable, dado que ciertas índices de precios no sufren variación, aun cuando otros indicadores (P.B.I., desocupación, actividad industrial y comercial, deuda externa, etc.) registren importantes y significativas modificaciones.

4. *El concepto moderno de legitimidad*

Max Weber (1864-1920) construyó el mito de la objetividad de las ciencias sociales sobre los presupuestos de la racionalidad metódica, la neutralidad valorativa y el progreso indefinido.

Por ello introdujo la feroz división entre juicios de valor o normativos y juicios de hecho o descriptivos, de valor emblemático para la filosofía analítica de este siglo¹⁴.

La noción de legitimidad en Weber no se diferencia mayormente de la de legalidad, al menos en su aspecto externo.

¹³ "...en la naturaleza de la paradoja hay algo que encierra una importancia pragmática inmediata, e incluso existencial, para todos nosotros: la paradoja no sólo puede invadir la interacción y afectar nuestra conducta y nuestra salud mental, sino que también puede poner a prueba nuestra creencia en la congruencia y, por ende, en el sentido final de nuestro universo". Paul Watzlawick y otros, *Teoría de la Comunicación Humana*, Herder, Barcelona, 1993, pág. 173.

¹⁴ Ver Nino, Carlos S., *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, varias ediciones.

Para este autor, la legitimidad puede estar garantizada íntimamente de manera: "1) puramente afectiva: por entrega sentimental; 2) racional con arreglo a valores: por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte); 3) religiosa: por la creencia de que su observancia depende de la existencia de un bien de salvación". En cambio, externamente (vale decir, para Weber, "objetivamente") la legitimidad se basaría en "la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea, por una situación de interés; pero por expectativas de un determinado género"¹⁵.

Esas expectativas de consecuencias externas pueden ser sólo uno de los siguientes tipos: la reprobación general que se sustenta en una convención, o la posibilidad de una coacción (física o psíquica) a cargo de órganos autorizados por el Derecho.

La legitimidad puede sustentarse, siempre para este autor, en cuatro fuentes: a) la tradición; b) lo nuevo revelado; c) la creencia racional con arreglo a valores y d) la creencia en la legalidad de lo estatuido positivamente. La primera fuente sería la más primitiva, apoyada en la magia y destinada a la conservación del *status quo*; la segunda provendría de la actividad de los profetas de todos los tiempos, y la tercera estaría representada por el *derecho natural*. Estas tres fuentes pertenecerían al estadio no positivo del conocimiento, mientras que "la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad: la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correcto"¹⁶. Poco importa, para Weber, saber si esa legalidad es acordada (en virtud de un pacto de los interesados) o impuesta por una autoridad considerada legítima. En última instancia, *la legitimidad es la creencia en la legalidad*, creencia de carácter racional ("creencia en la legalidad de las ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando"), de carácter tradicional ("creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones") o de carácter *carismático* (creencia en las

¹⁵ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 27.

¹⁶ Weber, Max, *op. cit.*, pág. 30.

cualidades extraordinarias de una persona que lo legitiman como jefe, caudillo, guía o líder)¹⁷.

Mientras los contractualistas sentaron las bases ideológicas del Estado moderno, a partir de un iusnaturalismo racional, Weber presenta —se pretexto de una neutralidad científica, de una objetividad “externa”— una visión descarada del Estado como “asociación de dominio institucional con el monopolio del poder legítimo”. Dice textualmente: “Desde el punto de vista de la consideración sociológica, una asociación ‘política’ y en particular un ‘Estado’ no se pueden definir por el contenido de lo que hacen... Antes bien, sociológicamente el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, a toda asociación política le es propio, a saber: el de coacción física. Todo Estado se basa en la fuerza”, dijo en su día Trotsky en Brest-Litowsk. Y esto es así... el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio —el concepto ‘territorio’ es esencial a la definición— reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima”¹⁸.

En síntesis, la legitimidad de la legalidad, entendida ésta como la facultad monopólica de impartir órdenes y de exigir obediencia, se sustenta en las creencias de la comunidad asentada en un determinado territorio sobre la legitimidad de tales órdenes. Y, objetiva y empíricamente —para Weber— puede decirse que existen tales “creencias” cuando efectivamente el Estado puede detentar y ejercer el monopolio del uso de la fuerza. “La tesis weberiana —señala Serrano Gómez— se ha interpretado generalmente como una toma de posición en favor del relativismo. Porque, aparentemente, si se determina la legitimidad en base a las creencias de un grupo social, entonces lo legítimo dependerá de la comunidad de creencias en la que se sitúa el sujeto que juzga”¹⁹.

Del modelo weberiano de “Legitimidad” toma Kelsen el contenido de su “norma fundamental”, haciendo depender

¹⁷ Weber, Max, *op. cit.*, págs. 170 y sigs.

¹⁸ Weber, Max, *op. cit.*, págs. 1056 y sigs.

¹⁹ Serrano Gómez, Enrique, *Legitimación y Racionalización. Weber y Hóbermas: La Dimensión Normativa de un Orden Secularizado*, Anthropos, Barcelona, 1994, pág. 7.

también de la eficacia (de un "mínimo" de eficacia) la validez de un sistema jurídico cualquiera, eficacia que se relaciona, al igual que en Weber, con la existencia de un poder coactivo. Kelsen también rechaza la idea de legitimidad basada en un ideal de justicia, pero no trata de construir una "ciencia" jurídica basada en enunciados de hecho, como hacen los realistas, sino que construye una categoría híbrida de juicios para explicar a las normas jurídicas: los juicios del deber-ser lógico, separados por igual tanto de los juicios del ser cuanto de los del deber ser axiológicos.

Kelsen se interroga sobre el fundamento de legitimidad del derecho en los siguientes términos: "¿Qué es lo que justifica la validez de la ley?" y se responde: "...Si se pone en cuestión la validez de esta ley, su propia validez immanente, no debe buscarse ninguna otra justificación en otro orden superior. Debe suponerse que el derecho positivo constituye ya un orden supremo, soberano... Debemos presuponer como hipótesis la norma según la cual debemos cumplir los requisitos de la primera constitución de la Historia... Esta es la base de un orden legal positivo, la razón última de su validez, desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho positivo... Este presupuesto no es puramente imaginativo, ya que se refiere a hechos objetivamente verificables, como el establecimiento de una constitución y los actos que en base a esta constitución crean y aplican normas generales y particulares de un orden coercitivo... Aquí se trata de la aplicación del principio general de efectividad que, como principio normativo, juega un papel importante en el campo jurídico"²⁰.

Aunque Kelsen prefiere utilizar el término "validez" en lugar de "legitimidad" para privilegiar su carácter lógico frente al axiológico de este último, resulta evidente que habla de lo mismo, esto es, el fundamento último de un sistema u "orden". Sintéticamente la eficacia sería el fundamento último (y único) de aquella "validez immanente", el único criterio que permitiría distinguir "entre el uso legítimo e ilegítimo de la fuerza"²¹.

²⁰ Kelsen, Hans, "¿Por qué obedecer al Derecho?", en *¿Qué es la Justicia?*, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, págs. 188-189.

²¹ Kelsen, Hans, *op. y loc. cit.*

En esa línea de pensamiento, la división weberiana entre ciencia y ética se torna tripartita: entre ambas, Kelsen introduce como una cuña el concepto de "ciencias normativas", que participan de las ciencias "duras" en su pretendida neutralidad científica, y de las éticas en su inverificabilidad empírica. "Justicia" (y, por lo mismo "legitimidad") sólo tienen cabida en la teoría pura como sinónimo de legalidad.

La neutralidad científica postulada por el positivismo sociológico y por el positivismo jurídico no era sino un argumento más del discurso de legitimación del Estado moderno en su expresión más descarnada, tal como se desarrollaron en Europa desde mediados del siglo XIX hasta mediados del siglo XX. Una teoría a la medida de las necesidades políticas del momento, edulcorada de abstinencia ideológica y de rigurosidad "científica". Oigamos por última vez en este trabajo a Weber: "Suele hablarse en la actualidad de ciencia sin 'presupuestos'. ¿Es que existe tal ciencia? Todo depende de lo que se entienda por ello. Presupuesto de todo trabajo científico es siempre de valoración de las reglas de la lógica y del método, los fundamentos generales de nuestra orientación en el mundo... Tomen ustedes una tecnología práctica tan desarrollada científicamente como la medicina moderna. Expresado de manera trivial el 'presupuesto' general de la actividad médica se presenta así: el deber del médico consiste pura y simplemente en la obligación de conservar la vida y disminuir en lo posible el sufrimiento... En cuanto a si la vida es valiosa y en qué medida, no se lo plantea... O el ejemplo de la ciencia del derecho. Esta disciplina establece lo que es válido de acuerdo a las reglas de la doctrina jurídica, ordenada en parte por una necesidad lógica, en parte vinculada a esquemas convencionales; establece en consecuencia cuándo son reconocidas como obligatorias determinadas reglas de derecho y determinados métodos para su interpretación. Pero si debe existir el derecho o si justamente deben establecerse estas reglas, no lo contesta... Se afirma y yo lo suscribo, que la política no pertenece a las aulas... Cuando se habla de democracia en una reunión política no se encubre la posición personal... Las palabras que se utilizan no son entonces los medios para un análisis científico sino propaganda política dirigida a obligar a los otros a tomar una posición. Pero sería un sacrilegio utilizar la palabra en ese sentido durante una lección en una sala de clase. Cuando allí se habla, por ejem-

plo, de la democracia en sus diversas formas, se analizarán las distintas maneras en que funciona, se establecerán las consecuencias particulares que tienen una u otra de esas formas para las relaciones vitales, luego se compararán con otras formas de ordenamiento político no democrático, y se tratará, en la medida de lo posible, de que el oyente esté en situación de encontrar el punto desde el cual pueda tomar posición según sus propios ideales³².

5. El concepto posmoderno de legitimidad

Como hemos visto, el pensamiento, tanto de Weber como de Kelsen, se apoyaba en una legitimación *inmanente* al propio sistema —político o jurídico— por oposición a la legitimación *trascendente*, propia del mundo antiguo. Sin embargo, la legitimación inmanente conduce a una paradoja. Como señala Lyotard “el saber científico no puede saber y hacer saber lo que es verdadero sin recurrir al otro saber, el relato, que para él es el no-saber, a falta del cual está obligado a presuponer por sí mismo, y cae así en lo que condena, la petición de principio, el prejuicio”³³. Vale decir que la ciencia moderna, que se arrogó la virtud de sacrificar al relato mítico de la antigüedad en el altar de la “objetividad”, cae en una de las siguientes paradojas: o se autolegitima por el camino de esa supuesta legitimación inmanente (paradoja de autorreferencia) o se sustenta en un relato legitimador que no forma parte del discurso científico y que, por ello mismo, el propio discurso científico descalifica.

Como señala este mismo autor, “la cuestión del Estado se encuentra estrechamente imbricada con la del saber científico”. La relación es doble. Por un lado, las teorías legitimadoras del saber, históricamente, han coincidido con las teorías políticas legitimadoras del Estado, desde la teocracia hasta la democracia. Por el otro, el Estado se ha convertido en el gran decididor del saber, el que decide qué se investiga y qué se enseña, decisión que se toma ahora no guiada por un

³² Weber, Max, “La ciencia como profesión”, en *Max Weber: Ciencia y Política*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1980, págs. 44-49.

³³ Lyotard, Jean-François, *op. cit.*, pág. 59.

relato emancipador (emancipador del hombre dominado por la naturaleza hostil, por el hambre, la plaga, el dolor, o dominado por otros hombres explotadores o tiranos) sino por un criterio utilitarista, funcionalista y económico.

En los tiempos posmodernos asistimos a la caída de los muros que aislaban al ser, al deber ser y al hacer, por un lado, y que también separaban el saber narrativo del saber científico, por el otro. También ha quedado desalojada la pretensión sistemática tanto antigua (construcción de un gran sistema del mundo) cuanto moderna (construcción de sistemas parciales por áreas o campos temáticos). Aparece así una legitimidad que podríamos denominar "performativa" en la cual el medio por el cual se expresa un saber es en sí mismo el mensaje que se quiere transmitir. La diferencia entre literatura y ciencia, por ejemplo, no dependerá tanto de los contenidos como del ámbito donde se lo vierta (v.gr. novela o ensayo, etc.).

En síntesis, la legitimidad performativa debe buscarse por el lado del funcionamiento del sistema conforme a la finalidad prevista para el mismo. La performatividad no es equivalente a la eficacia puesto que se vincula a una teleología y no a una pragmática. La finalidad del sistema sigue necesitando de un discurso de legitimación, lo que supone un piso ético. En la medida en que el sistema continúa funcionando dentro de ese piso ético, estará cumpliendo con su finalidad. En cambio, la eficacia se relaciona con la idoneidad de un medio para alcanzar un fin propuesto, sin analizar la eticidad de este último ni de los medios para obtenerlo. Por eso el concepto de eficacia lleva casi necesariamente a la noción de "fuerza" (y de "monopolio del uso de la fuerza" como definición del Estado) mientras que la performatividad será medida por las consecuencias que produzca el discurso correspondiente.

El consenso obtenido sin violencia sobre los fines y los medios que debe tener y emplear un sistema social, político y jurídico, necesita de aquel piso ético, una especie de común denominador axiológico vigente en la comunidad de que se trate. Y ese común denominador axiológico que opere como horizonte de sentido en la performatividad posmoderna puede también enmarcarse dentro de la actual teoría sobre los derechos humanos y sus garantías.

SUBJETIVIDAD Y OLVIDO*
Regreso desde una ontología política

NERVA BORDAS DE ROJAS PAZ**

I. POSICIÓN DEL PROBLEMA

Lecciones de Historia de la Filosofía (*Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*): nacimiento al nuevo paradigma reflexivo. Hegel abre su discurso a la consideración de Descartes con la fuerza de lo contundente: le llama *héroe* (*ein Aéros*). El camino del pensamiento recibe el don de la heroicidad. La filosofía amanece al imperativo de la universalización y la subjetividad: la sustancia se hace sujeto, el pensamiento se apropia del espíritu del mundo. "Héroe" dirigido a quien introduce el pensar en tamaño destino. Afirmación majestuosa que habla del asombro y admiración con que esa nueva es recibida; pedestal reservado a quien produce, en la historia de Occidente, uno de los giros más espectaculares acaecidos en la interpretación de lo real. Si el paso del mito al logos fue un hito decisivo, seguido del cristianismo y sus aportes en el concepto de Persona, Libertad y Creación, Des-

* Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Ontología celebrado en las ciudades de San Sebastián y Barcelona, en marzo de 1996, organizado por las Universidades de San Sebastián y Autónoma de Barcelona, España, bajo el patrocinio de la Unesco con motivo del IV centenario del nacimiento de René Descartes.

** Profesora Adjunta Regular UBA y Titular Ordinaria Univ. del Salvador.

cartes es el comienzo de la subjetividad. Con él —nos dice Hegel— se ha dado principio a un nuevo suelo filosófico (*...den Boden der Philosophie erst vom neuem konstituirt hat...*). Su titánica obra es el punto de partida de la filosofía moderna: el pensamiento toma a su cargo la visión constructora de lo existente, acicalado como claro y distinto, inmerso en el ser verdad como certeza. La duda abre el paso a la crítica y al saber absoluto e irá avanzando con vocación universalizante. Nace el "seguro camino de la ciencia" para la totalidad del saber. Naturaleza y libertad se desentienden y abisman. Expansión exitosa de la primera a partir de la ciencia moderna; contención limitante de la segunda, al tiempo que desmadre para albergar las facetas de lo humano que debaten acaso de libertad. Tensión no resuelta entre el pensar y el hacer, resuena hoy día una pregunta inquietante: ¿el heroísmo del inicio se agotó en sí mismo o se deslizó en el tiempo como potencia absoluta desmembrada e irrefrenable, creciendo como Leviathan? Sorprendidos ante una verdad pendular, nos hacemos cargo de un olvido y una parcialidad: fuerte presencia del yo debilitando el nosotros. Lo político pierde el espíritu de polis y desaparece en figuras ficticias nacidas de un desapoderamiento. Hegel asume el reto histórico: la instancia olvidada se recupera en el espíritu objetivo; riqueza en el desarrollo reprimido por la fuerza del poder moderno minando la eticidad del espíritu. Sin pronósticos apocalípticos, sentimos y pensamos la experiencia de lo político acosado por el erotismo del poder moderno, agazapado en el lado oscuro de la Razón. Juego entre pocos manipulando a los muchos. Descreimiento, indiferencia, son síntomas de una decadencia que lo envuelve en disonancia con su sentido profundo. Los estragos de un tiempo y un espacio que han dejado de pertenecerle, que ya no abandonan en la fiesta sino en la eficacia, se reconocen en el cansancio de los pueblos viviendo consciente o inconscientemente la pérdida de lo político como extravío del espíritu común, en cuyo alejamiento cada uno advierte los efectos de un despojo. En el haber de las comunidades acrecen las cargas descontroladas de violencia y dominación. Divisiones inhumanas entre centros y periferias, desarrollo y subdesarrollos, marginaciones, se potencian en una experiencia universal de orfandad ética. Filosofar, dice Platón, requiere amarse mucho y estar mucho tiempo juntos. Amor, tiempo y amistad en la base del pensamiento que reúne. Nuestro plano reflexivo busca, desde una ontología

política, dar cuenta de aquel olvido y ofrecer una restauración. La relación con el otro ha sido resuelta de modo irracional, tanto en lo individual cuanto en lo plural. El Estado moderno es el sujeto político de nuestro tiempo; como individualidad excluyente, en el sentido de Hegel, crece a expensas de apetitos colectivos insatisfechos. La Razón actual, al igual que en el inicio del tiempo de Descartes, está llamada a abrir nuevas sendas, a revelar las instancias agazapadas ante la coacción reinante. Una ontología política recompone la evasión del mundo del ser donde el todo congrega las diferencias. Sus elementos constitutivos nos reubican en el sentido de las experiencias políticas de una historia concreta. Libertad, justicia y ley conducen al centro del conflicto. No pensamos en conceptos formales sino éticos reales, despejando estructuras que habitan nuestra realidad. La relación universal-particular, forma-contenido, el poder y su ejercicio, instituciones y cultura son temas de alto voltaje vividos como equívocos. Una ontología política habla desde la identidad de los pueblos y ve en ella la posibilidad de su expresión concreta. Creadores originarios de la cultura, ellos se instalan en un tejido simbólico de trabajo ancestral y recreación constante, donde el pensamiento se enriquece desarrollando una intimidad. Captar sus raíces es lo que hace posible crecer en común. América, Iberoamérica, piensa en situación de emergencia. Tal vez no esté sola. Formas vacías suplantaron la creación colectiva. En nuestro continente, la conquista ha determinado al suelo un nuevo sino. Lo preamericano y lo europeo recrean desde la mezcla un inédito gesto cultural. Lo político se ha instalado prescindiendo de ello. Aventurarse hacia el gran gozo del ser original, hoy velado desde la maraña del poder, regresar y avanzar hacia una ontología política que recupere la matriz originaria y los logros del espíritu objetivo, es una apuesta heroica del pensar actual intentando desconcertar el erotismo del poder autosuficiente.

II. PERFILES DE UNA ONTOLOGÍA POLÍTICA

I. Lo político como nosotros

Desde esta comprensión lo político se plantea, en su experiencia más profunda, como una inmersión en el

nosotros para alcanzar el nivel de comunidad organizada. Su configuración se concreta al compás de la identidad del grupo, ordenando la convivencia alrededor de sus tres elementos determinantes: libertad, ley y justicia, elaborados éticamente. Lo político absorbe en y de esa identidad su esencia originando la índole política de una comunidad. Con Julian Freund reconocemos en la experiencia política la esencia del ser del hombre, que él describe como don originario del que no puede desprenderse. Desde un nosotros el yo se eleva sobre sí mismo y se proyecta hacia una magnitud que lo trasciende y lo contiene: el nosotros. Despliega así sus fuerzas internas y las conjuga interactuando con los otros. De ese modo lo político forma parte sustancial de la identidad colectiva que lo consolida y comprende. Ambos —comunidad e índole política— pertenecen a un mismo universo, se desarrollan al unísono, viven una misma trama de sentido. Los pueblos orientan sus acciones *ab origine*, crean raigalmente *inter nos*, a medida que resuelven tensiones internas. Se objetivan en obras que mantienen lo perdurable, aquello que los reúne interiormente. A partir del trabajo que aúna creencias, costumbres, símbolos, especialmente el lenguaje, religión, historia, la multiplicidad se va unificando y, al hacerlo, gestan un modo de ser, intimidad que se despliega en decisiones comunes que dan cuenta de una manera singular de habitar el mundo. El grupo se esencializa en grados y niveles que componen naturaleza y espíritu a medida que se van desarrollando. Trabajo atávico y dinámico en permanente movimiento: lo llamamos cultura. Anida en ella lo político accediendo así a un nivel ontológico ineludible. La cultura, la identidad, lo político van expresando un campo que se interpenetra, volcándose uno en otro en coproducción. El rol protagónico en todos los casos es asumido por cada uno y el conjunto, sujetos que expresan una comunidad de reconocimiento mutuo. Se delimita un campo de acción ético político asentado en el núcleo ontológico plural por el que se desliza el camino político que conduce a la posibilidad de que lo múltiple devenga Uno, culturalmente definido. En estas condiciones la Política es la actividad de elevado rango que realiza lo político en su dimensión esencial. La Política como la acción de lo político o como lo político puesto en acción: tarea del nosotros en su alcance más intenso.

2. Lo político como Estado moderno

La experiencia moderna de lo político se asienta en el imperio de las formas. La fuerza de la subjetividad racional que opera desprendida del hombre en tanto tal, domina desde las formas la imagen del mundo. Lo político deja de ser una tarea ética del nosotros cuyo reconocimiento conlleva su estructuración ontológica, para caer en la figura formal del Estado moderno. Desapoderado políticamente el individuo, transformada la comunidad en sociedad que desaloja el genio común para transformarse en suma de intereses encontrados, el Estado moderno es el nuevo Sujeto que concentra el ejercicio del poder político entendido como dominio, en el sentido de Weber. Sujeto ideado como contrapeso de una guerra de egoísmos, a la luz del desapoderamiento de la libertad externa de los sujetos individuales, se funda en una ficción contractual. Lo plural se organiza sobre parámetros de un pensamiento sin raíces, sostenido en una libertad dogmática y autossuficiente, que debe ser cedida a un tercero para salir de las sombras de la guerra. Su diseño, opuesto al que acabamos de exponer como nosotros, se compacta en el reino de las formas abstractas, produciendo una libertad, justicia y ley formales consumando un sujeto político también formal. Tal sujeto desoye el pasado, asume el control de la violencia que el desgarró de las formas provoca como poder excluyente. En estos términos, el reino de lo político es la política, actividad profesional preocupada por el acceso al poder. Aún no hemos modificado la organización de lo común. Lo político y la política ahuecan en terrenos fangosos que conducen al descreimiento y debilitan un nosotros irrenunciable. Si lo que se quería es dar vigor y reconocimiento al hombre en su individualidad, diseño de una subjetividad que abre a horizontes de libertad y creación, la realidad muestra un efecto contrario. No logramos desvanecer la necesidad permanente de apelar a la defensa de los derechos humanos. Las relaciones entre hombres y Estados revelan un alto grado de violencia que se acrecienta descontroladamente. Ello guarda relación con una estructuración desencabezada de lo político, comprometiendo la viabilidad del planeta. La aceleración de controles angostando la libertad agudiza la cuestión; en el origen está presente el angostamiento de la libertad sostenido en violencias contenidas. Libertad, ley y justicia están conccionadas y con ellas las esencias profundas de lo político.

3. Elementos determinantes en la definición de lo político

Nuestra reflexión intenta restituir el sentido de lo político acentuando la fuerza del nosotros a partir del fortalecimiento de la figura de la individualidad. Libertad, ley y justicia son los elementos que nos conducen al núcleo del problema revelándonos el carácter que a través de ellos recibe una organización política. Entendemos que el desvío que acusa nuestra realidad puede ser reconducido detectando el desacierto en cada uno de esos elementos, conductores ontológicos de un nosotros organizado. Los tres se interpenetran: delimitada la libertad, se delimitan a su vez la ley y la justicia. Una conexión irreductible tiene lugar entre lo político y estos tres elementos. *Libertad* es el reino de la acción. Fuente generadora de las potencias éticas, tiene la llave del mundo práctico. Estas afirmaciones marcan la orientación de nuestro análisis. Recuerdan a Kant definiendo lo práctico como todo aquello posible por libertad. Lo político es posible por libertad, juega su destino en el mundo práctico y es determinado ontológicamente por ella. Una libertad abierta a la experiencia de lo otro o cerrada sobre sí misma sustentan esquemas de convivencia opuestos. La ley entendida como objetivación de libertad o como regla coactiva emanada de autoridad competente gesta un orden político de signo contrario al igual que la justicia en tanto virtud o mera concordancia formal entre el hecho y la norma. En todos los casos se expresa una correspondencia ética o formal, respectivamente.

Cuatro figuras históricas concretas nos ponen de manifiesto la conexión aludida. Mito, tragedia, cristianismo y subjetividad, a través de experiencias distintas de la libertad avalan nuestras convicciones. Las pasamos a considerar.

a) Figura mítica

Referir la *Libertad* a un entorno mítico puede parecer un contrasentido si nos afirmamos de modo excluyente en nuestro concepto moderno, dominado por el Yo autosuficiente. Redimidos de él, intentamos interpretar el alcance de una acción libre en tal entorno. Entendido el mundo bajo el paradigma de la acción divina, el hombre es libre en ella y esclavo en la soledad. Exilio tiene el nombre del desarraigo doloroso que descontextualiza al sujeto individual provocando su aislamiento; castigo que lo despoja de sus dioses y sus

ancestros. Libre es permanecer ligado a ellos. Libertad es compañía, estar entretelado formando el Todo. La denominamos *libertad de pertenencia y perfección*. Por ella se es más libre cuanto mayor sea la pertenencia al grupo y más cerca esté el obrar humano de la perfección divina. Individualidad sin perfiles, se es en el grupo y con los dioses. *La ley* que objetiva tal libertad consagra los mismos principios: reitera lo Superior que dice lo justo en sentido sustancial. Es fundamento de cohesión grupal, cumple una misión educadora. Lo legal se expresa en un marco ético que aúna lo divino con la acción del conjunto, da vida al cosmos en la tierra. *La justicia* es el ser de esta ley y ella sólo es tal en tanto justa. Se impone cumplir el mandato originario, alcanzar el mayor grado de perfección, respetar y acompañar la armonía y el equilibrio cósmico, ser enlace en la voluntad común. Ley y justicia abrigan el mismo espacio: alcanzar la felicidad y lo bueno, tal como los dioses lo han planeado. La ley consagra en el mundo la voluntad divina acogida por el hombre como justicia. *Lo político* enhebra su sentido en este entendimiento: lo múltiple deviene Uno enmarcado en el espíritu común. Este Uno organizado políticamente sobre esas pautas, actúa como sujeto moral e instituye lo terrenal en orden a lo sobrenatural. El poder asume un carácter vertical al mismo tiempo que horizontal. Vertical desplegándose en jerarquías a las que se obedece en un orden emanado desde lo Alto. La autoridad recibe sobre sí la imagen divina y es obedecida en razón de tal imagen; su misión es asegurar el equilibrio cósmico. La idea del Todo absorbe cada particularidad que no ha recortado su individualidad. Lo horizontal representa la creación colectiva poblada del trabajo de todos, con participación conjunta silenciosa y simbólica, directa e indirecta. Reconocimiento en lo realizado por todos. La pertenencia es un dato político central: tiene realidad frente al nexo de cada uno en el Todo, que toma la fuerza del Uno. Allí se recoge lo inmemorial, lo nacido en *illo tempore*, reuniendo desde los ancestros, imprimiendo lo político en el concepto de libertad que dejamos expuesto; su manifestación en la ley y la justicia lo completan en sentido ontológico. Están unidos por el reconocimiento, la participación y la obediencia, como las leyes de siempre. La comunidad es lo político, y es vivida políticamente. Fuerza de lo externo sobre lo interno del individuo, sin el desafío de la singularidad que mora extendida en la comunidad bajo el

amparo de los dioses. Recogemos significativamente nociones olvidadas aunque no perdidas: la idea de pertenencia, el respeto ético que instituye una libertad abierta a la trascendencia, no lejana a la que recoge Nietzsche cuando asocia la acción humana a la vida o la naturaleza y asume lo ilimitado de su poder.

b) Figura trágica

Grecia produce un giro decisivo al provocar el paso del mito a los logos. Intromisión humana en el mundo desde su racionalidad pensante; hombre y razón se convierten en espía protagonista de la inteligibilidad del universo, mercedador asombrado de la interna necesidad constitutiva del ser. *La libertad* que acompaña este movimiento no abandona la idea de pertenencia y perfección. Se trata de una libertad ética, abierta a los dioses y a la naturaleza entendida como *physis*. Hombre y comunidad son pensados en coherencia ética, llevan el impulso de las potencias internas que buscan la felicidad y lo bueno. Este juego armónico definirá lo político como *polis*. El marco ético está presidido por la tensión trágica entre lo humano y lo divino. La tragedia está presente en aquel giro racional que se interroga por el límite. A medida que la libertad va dejando de ser sólo un dato de la exterioridad para habitar la interioridad del hombre y volverse control de pasiones, la individualidad se recorta en su sí mismo y va accediendo a la fuerza del yo. Antígona expresa esa tirantez que provoca el desequilibrio causante del mal. La libertad trágica se objetiva en una *ley trágica*, que busca la reconciliación y el equilibrio. Armonía cósmica es el margen para la acción humana libre. La ley cristaliza un orden sagrado que el hombre respeta y ayuda a conservar. Rige la necesidad de un contenido virtuoso referido a un entorno ético; reproducen el espíritu de la ciudad y por ello la ley o el derecho es la costumbre viviente acerca de aquello que la comunidad interpreta como justo o injusto, según nos recuerda Jaeger. *La justicia* se identifica con la ley como virtud ética. Educar en el *ethos* de la ley, nos vuelve a recordar Jaeger, es el principio ético político reinante. Sócrates da cuenta de esta tensión trágica que testimonia el crecimiento de la individualidad y la fuerza de la ley de la ciudad por la que da su vida. *Lo político* tiene la densidad ontológica emergente de la integración entre el individuo y la comunidad. El desequili-

brío entre ellos provoca su proceso de desontologización. Occidente aún no ha logrado restaurar este desencuentro llevando lo político debilitado al límite de la negación.

c) *Figura cristiana*

Sobre un fundamento teocéntrico, el cristianismo profundiza el sentido del yo como persona y acentúa lo colectivo estructurado en la idea de pueblo. Reafirma y profundiza la libertad como dato interior y define la tensión humano-divina a través de la figura de Dios Padre. Cambia entonces la noción de destino trágico como obra de los dioses y se reafirma la idea de que en tanto persona se es artífice del propio destino. Libertad, creación y persona, como señalamos al comienzo, son tres legados a la modernidad. Esta visión creyente concentrada alrededor de la fe, también experimenta la libertad como pertenencia y la perfección: se es más libre cuanto más cerca se esté de Dios y su perfección y del Pueblo de Dios. Se trata de una libertad ética abierta a la trascendencia que posee en relación la voluntad individual libre con Dios y el prójimo. La ley vertebró el mundo en coherencia con lo divino en un orden ontológico ético-político que busca la felicidad, el bien común, la salvación. La ley se objetiva como *Justicia* y la encarna. La acción libre acuerda con la planificación divina donde encuentra el Bien. Lo político es el despliegue del pueblo creyente que se organiza como sujeto moral. Jerarquía y obediencia son su arquitectura interna, entendidas con el alcance decisivo que supone la libertad cristiana. Momento totalizador que asocia lo humano con lo divino, el individuo y el pueblo de Dios, libertad y destino, quebradas cuando se alteran las fronteras entre el hombre y Dios.

d) *Figura de la subjetividad moderna*

El titánico vuelo que inicia Descartes produce una transformación concluyente que absorbe el sentido de la libertad y de lo político. Kant define la libertad moderna como "espontaneidad de iniciar una serie causal sin que nada lo determine con anterioridad". La subjetividad obra sobre la base de una libertad que en tanto espontaneidad es entendida como comienzo absoluto. Autonomía de la voluntad libre operante como libertad cerrada y solitaria, sin referente alguno exterior a ella misma. Absolutizada en su comprensión exige de

modo necesario su división en libertad interna y externa, moral y derecho respectivamente. La cesión de la libertad externa total o parcial produce efectos de peso sobre lo político que se separa del individuo y de la comunidad para entrar en la idea de un Leviathan que asume la conducción política como poder de dominio. La ley deja de ser objetivación de libertad y es vivida como espacio de coacción. La libertad asume carácter formal, genera una *ley formal* y una *justicia formal*. El formalismo es el instrumento utilizado para mantener un orden que impida la disolución social. Resulta el concepto de paz jurídica por el cual aunque el conflicto no se soluciona —no interesa solucionarlo— la guerra es controlable. Es todo lo que la ley moderna pretende. Su destino no es revelar la ordenación del ser sino que se vuelve instrumento coactivo de un orden insustancial. La justicia se transforma en mera concordancia entre el hecho y la norma, sin atender a su contenido justo o injusto. *Lo político* se acomoda a las divisiones, atomizaciones y formalismos nacientes. Se separa la ley de la justicia, la sociedad del sujeto político Estado, la moral del derecho, la ética de la política, se desapodera la sociedad civil y el ciudadano, concentrándose lo político en el nuevo organismo creado para asegurar el orden coercitivamente. La comunidad como sujeto ontológicamente integrado desaparece y se reduce el encuentro de individualidades a mera suma. La realidad se fractura y remite a las sombras el espíritu que configura el genio colectivo. El olvido de lo político como dato ontológico amenaza las culturas que se disuelven en la aldea global.

4. *Lo político en una libertad abierta y una libertad cerrada*

En estas figuras es posible leer lo político en conexión con una libertad abierta o cerrada. Entendemos por libertad abierta aquella en virtud de la cual la acción se abre a un referente externo —mitos, dioses, naturaleza, Dios padre— que la sostiene y dentro del cual cobra sentido el obrar. Las figuras mítica, trágica o cristiana refieren una libertad abierta. En este caso, lo político también se abre al reconocimiento de los otros con quienes participa de modo directo o indirecto. Se acentúa el grado participativo. La libertad cerrada, corresponde a un yo que se cierra sobre sí mismo, sin admitir nada fuera de él. Provoca un concepto de lo político que

obstaculiza la participación por la falta de reconocimiento de lo otro en tanto libertades autosuficientes; la relación es altamente conflictiva y de fácil combustión. La necesidad del control de la violencia provoca el desapoderamiento político en favor de un tercero. El Estado, que toma sobre sí el monopolio del poder como dominio, como lo ha descrito Weber. En síntesis, lo político en una libertad abierta alienta lo reuniente, en tanto que en una libertad cerrada se vuelve disolvente, requiere el ejercicio del poder de dominio.

5. *Relaciones claves en la identidad política*

Conectados con sus elementos de definición, ponemos de relieve cuatro relaciones claves que muestran el perfil de una identidad política. Cuestiones decisivas que sacan a la luz el juego interno imperante en la organización común. Nos referimos a la *relación universal-particular; forma-contenido; de poder y su ejercicio; cultura e instituciones*. Cada uno de ellas penetra en la significación de lo político en conexión con sus elementos ontológicos.

a) Relación universal-particular

En esta relación se encuentra la llave de la identidad política. Pone en acto el modo de la libertad que se experimenta, y su proyección sobre la ley y la justicia tal como lo venimos acotando. Con la carga de una experiencia pendular, la fuerza de lo particular o de lo común en la atribución de roles que estructuran al grupo se ha ido delimitando no siempre de modo pacífico. Históricamente conflictiva, la tensión entre lo particular y lo colectivo ha tenido pocos momentos de experiencia equilibrada. La constante es la acentuación de uno de los términos sobre el otro, con la tendencia a absorber al dominado y sacrificarlo en favor del dominante. Individualismo o totalitarismo son los polos extremos de definición que van dejando huellas de inconformismo desde donde brotan las intenciones de desactivar los extremos y hacer nacer etapas de reconciliación. Es en ella donde se determina la relación gobernante-gobernado y sus cualidades. Se define asimismo el grado de participación de los integrantes, el rol del Estado o del sujeto político que asume el poder, etc. Nos interesa destacar que el desasosiego producido por el desencuentro entre ambos lleva en la raíz la falta de escucha del

logos subyacente en la comunidad. En él y con él se fortalecen las decisiones que definen una voluntad política participativa. Atender a la elaboración concreta y activa del conjunto permite transitar el camino de la autenticidad en el reconocimiento de la voluntad común. El desequilibrio afecta lo político como nosotros, dando lugar a lo político como dominio. Existe una estrategia de la libertad sobre la que se construye lo gubernativo en tanto los roles que se asignen hayan sido de creación colectiva. Las que se imponen tergiversan un destino de libertad.

b) Relación forma-contenido

Cuando la comunidad se organiza políticamente apelando a modelos ajenos a su propia historia, impuestos a partir de la inserción de formas abstractas, se produce la escisión de lo creado originariamente y la consiguiente alteración del ser. Dentro de una configuración política, desconocer lo producido en la unidad de forma y contenido implica desestructurar el todo, con graves consecuencias para el grupo. La consideración de que las formas pueden ser "rellenadas" con cualquier contenido, al decir de Bobbio, constituye una falacia. La imposición de formas produce la destrucción de lo existente, implica una distorsión de esencias, ocasiona la fractura ontológica de la comunidad. Se disuelve la realización conjunta alejándose el nosotros que sólo se fortalece en el reconocimiento y el sentido de pertenencia de cada integrante. Hegel afirma en el prefacio de la Filosofía del Derecho que toda forma ya hay un contenido: "...pues de lo que se trata aquí es de la ciencia y en ella la *forma* está esencialmente ligada al contenido...". Asimismo agrega: "...esto es también lo que constituye el sentido concreto de lo que antes se designó de un modo más abstracto como *unidad de la forma y del contenido* pues la *forma* en su significado más concreto es la razón en cuanto conocimiento conceptual y el *contenido* la razón como esencia sustancial tanto de la realidad ética como de la realidad natural, la identidad consciente de ambos es la idea filosófica...". Ello funda el espíritu objetivo en su dimensión real. Cuando las instituciones son el despliegue creador de un ser que no ha sido desfigurado por la división, se cumple el grado más alto de la libertad, fundando la tarea común y el reconocimiento. Formas abstractas impuestas hacen que, aún suponiendo un modelo mejor, la realidad deje

de ser en su verdad, sea sometida debiendo readaptarse a lo ajeno. Lo político hoy día concentra en las formas su carácter esencial, multiplica así la capacidad de dominio y el poder exclusivo en la toma de decisiones, obligatorias más allá del querer colectivo. Opera con un poder desculturalizado y desculturalizante bajo la consigna de la universalización y globalización del planeta.

c) Relaciones de poder y su ejercicio

En tanto las formas dominan lo político, el poder se abrequea en la trastienda de los pueblos, desde donde se manejan los hilos conductores. Nuestra experiencia actual divide el poder refiriéndolo por un lado a su titularidad y por el otro a su ejercicio. Es pacífica la opinión en el sentido de que el legítimo titular del poder es el pueblo. No sucede lo mismo con respecto a quien lo ejerce. Con el traspaso al Estado del ejercicio práctico de la libertad política, el ciudadano queda relegado al ámbito del voto formal y la obediencia, con nulo o escaso margen de participación. El ejercicio concreto del poder político se cierra sobre sí mismo y es entendido como facultad de dominio y ejercicio de la coacción. La política se realiza como actividad profesional que, sustraída del ciudadano común queda al abrigo de especialistas que compiten por alcanzar sus resortes más sutiles. El poder así considerado, como ejercicio de la capacidad de dominio y toma de decisiones que obligan colectivamente de modo coactivo, corresponde a un Estado que, en palabras de Weber, es relación de dominio de hombre-hombre basada en el medio de coacción legítima. Kelsen lo asimila al orden jurídico al que se le atribuye el uso exclusivo del poder coactivo para la ejecución de las normas, en tanto que C. Schmitt lo plantea como un determinado modo de estar de un pueblo, contiene en el caso decisivo la pauta concluyente. "Es el *status* político de un pueblo organizado en el interior de una frontera territorial...". En este contexto son contados los estados que en el caso decisivo pueden dar la pauta concluyente. Eric Weil presenta una visión distinta: es la organización de una comunidad histórica. Organizada en Estado es capaz de tomar decisiones. Es el conjunto orgánico de las instituciones de una comunidad histórica. Estamos frente a una concepción de lo político que organiza desde la ontología del grupo. Otra

perspectiva que apela al trabajo histórico antes que a la dominación y la violencia.

Interpretamos que desde una ontología política se delimitan los valores operantes en la organización y el ejercicio del poder, revelando las fuerzas originarias de carácter real que lo conforman y lo hacen crecer. La división de la sociedad por un lado y el Estado por otro, representa una de las estrategias modernas que deben ser nuevamente reflexionadas para evitar la caída en una configuración totalitaria. Cuando la comunidad adviene a la coincidencia entre su ser y su expresión política aparece la fuerza constitutiva del orden. Allí renace, como recuerda Jaeger, la función equivalente del poeta y el legislador, identificados en la revelación de la ley conformadora del ser, a través de ellos revelar el ser es revelar su ley. El sentido ético del poder desinteresado del bien engecece en su potestad excluyente. Conjurar sus efectos nos lleva a la necesidad del diseño de un modo nuevo de ejercerlo que abra el círculo sobre el que se ha cerrado. Una subjetividad olvidada del sentido del todo necesita recomponer su marcha y dar contorno al juego de la conjunción ética y estética que inserte nuevamente lo político en el mundo de la libertad y sus designios.

d) Relación entre la cultura y las instituciones

Institucionalizar no significa sino lograr que se establezca un orden cultural, al amparo de un orden político que reproduce y avala lo creado. Las instituciones nacen para fijar, estabilizar y hacer perdurables las creaciones culturales. El sentido de una cultura está en el trabajo ético que la sostiene. Las instituciones políticas entroncan en la capacidad creadora y se van objetivando históricamente. Es su producto. En él se reconocen. A él pertenecen. Institucionalizar en la cultura es dar un sentido a lo político que se asocia a la identidad del grupo. América es fiel reflejo de una institucionalización impuesta en el siglo XIX bajo la copia de modelos ahistóricos de cuño moderno. Su tramado ético político, fruto de la síntesis entre lo receptado desde España y Europa más su propia creación, quedó trunco sin historia. Vive aún en situación de emergencia, fracturada ontológicamente, institucionalizada bajo la copia con parámetros de otra historia. Pero América no está sola. Nuestro fin de siglo nos

encuentra a nivel mundial frente al mismo desafío político institucional que pide la fundamentación de un nuevo orden de convivencia entre los hombres y los pueblos a nivel comunitario e internacional.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

Hemos venido diciendo como una y otra vez aparece en nuestro horizonte reflexivo el olvido de la dimensión ontológica de lo político como causa privilegiada de la crisis de convivencia entre hombres y pueblos. A las puertas del siglo XXI, aunque parezca que han cambiado los fantasmas, el hombre mantiene su irreductible provocación de libertad individual y política. El desapoderamiento fundado en una ficción o el indebido ejercicio de lo político no le resta virtud a una dimensión entrañable en un ser gregario por definición.

Una ontología política abre un espacio para recuperar un olvido. Entender la instancia política desde una subjetividad reinterpretada en su dimensión ética; abierta al otro en el horizonte de una justicia sustancial, exige reconocer que se ha superado el momento formal y que los pueblos se encuentran llamados a la escucha. Abel Posse, escritor y ensayista argentino, analiza la situación crítica de lo político diciéndonos en un análisis publicado en el diario *La Nación* del 15 de diciembre de 1995, que "como anotan los politólogos franceses, asistimos a la quiebra del poder político. Vivimos democracias cada vez más formales y 'electorales' donde poder y sociedad no sólo no coinciden, sino que se desencuentran y hasta se oponen. Más de una vez se dijo que los políticos son hoy una clase en crisis, precisamente porque no representan plenamente el poder de sus pueblos, de sus sociedades, ante la ofensiva de la gran maquinaria de intereses económicos-tecnológicos-comerciales que arrasan con la desacreditada voluntad del estamento de la política". Nos hacemos eco de estas afirmaciones. Hoy se habla de la aparición del "cuarto mundo integrado por la masa silenciosa de descontentos, amenazados, inseguros (sociales), marginales, que crea la gran maquinaria con su arrasamiento cultural", agrega el autor citado. Nos preguntamos cuántos mundos irán apareciendo para dar cabida a las irreductibles oposi-

ciones internas de un planeta que transita los andariveles de la disolución.

La indiferencia por lo político que parece aquejar a los pueblos de hoy, la leemos como impotencia frente a un desapoderamiento. Nos parece un dato de enorme gravedad que no puede pasar por alto el pensar. Ha generado violencia y coacción emergente del poder mismo, instalada en la vida cotidiana y no solamente en las conductas delictuales. Creemos que la violencia puede ser conjurada desde lo político redimensionado en su estructura esencial. Apoderar al hombre y los pueblos regresando al ejercicio de su libertad ética que implique dejar el "yo quiero" para transitar el "yo trasciendo" como despliegue de una libertad irrenunciable.

Recuperar el ser de los pueblos y su libertad para decidir cómo habitar el mundo es tarea de una ontología política que asocia ley, ética y libertad. Va quedando atrás la idea de que el manejo de los pueblos está a cargo de grupos de elegidos.

Nos enfrentamos a la necesidad de un nuevo heroísmo. Pero el héroe no está aislado como Zaratustra empuinado en una soledad que no termina de habitar en su corazón. Vive en una libertad irrenunciable entendida como encuentro ético donde escuchar es más profundo que decir. Don Miguel de Unamuno, muy cercano a mi tierra, nos advierte que el "hombre sano y fuerte es el que aspira a integrar su espíritu en el espíritu común, a ser un extracto vivo de la sociedad, a latir al unísono de sus semejantes y a que su voz, acordada con las demás voces, se oírre para su oído en un coro compacto robusto y armónico"¹.

¹ Cita de Cerezo Galán, Pedro, *Los Máscaras de lo Trágico*, Trotta, Madrid, 1994, pág. 198.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- *La Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, D. Torres, Valencia, 1980.
- Elisade, M., *Mitos Contemporáneos*, Almagosta, Buenos Aires, 1971.
- *El Mito del Eterno Retorno*, Alianza-Emecé, Madrid, 1970.
- Freud, J. L., *L'Essence du Politique*, Sirey, Paris, 1986.
- Hegel, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, E. Moldenhauer y K. M. Michel, B. 7, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1970.
- *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, K. H. Ilting, trad. C. Díaz, Libertarios/Fredhuft, Madrid, 1993.
- *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, E. Moldenhauer y K. M. Michel, B. 18, 19, 20, Suhrkamp, Frankfurt/Main, 1970.
- *Lecciones sobre Historia de la Filosofía*, FCE, México, 1977.
- Hobbes, T., *Leviathan*, Penguin Books, London, 1986, Nacional, Madrid, 1980.
- Jaeger, W., *La Alabanza de la Ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.
- Kelsen, J., *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1960.
- Kusch, R., *Geocultura del Hombre Americano, "La cultura como entidad"*, García Carneiro, Buenos Aires, 1976.
- Rawls, J., *Sobre las Libertades*, Paidós-I.C.E. Univ. Aut. Barcelona, 1980.
- Ricoeur, P., *Política, Sociedad e Historicidad*, Docencia, Buenos Aires, 1986.
- Rojas Paz, N. B., *Comunidad como Derecho y Justicia*, Docencia, Buenos Aires, 1986.
- *Perspectivas Ético Jurídicas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- "Libertad y religión", *Rev. de Filosofía Latinoamericana*, nro. 13, 1988.
- San Agustín, *Obras, Del Libre Arbitrio*, T. III, Castalia, Madrid, 1971.
- Schmitt, C., *El Concepto de lo Político*, Alianza, Madrid, 1987.
- Seibold, J., *Fausto y Saber en la Fenomenología del Espíritu de Hegel*, Univ. del Salvador y Diego de Torres, Buenos Aires, 1983.
- Weber, M., *Economía y Sociedad*, FCE, México, 1980.
- Weil, E., *Philosophie Politique*, L. F. J. Vrin, Paris, 1989.

LAS INTUICIONES MORALES: ENTRE EL DEONTOLOGISMO Y EL CONSECUENCIALISMO

MARTÍN FARRELL

EL PROBLEMA

La mayoría de los filósofos asignan valor a las intuiciones dentro de cualquier teoría moral. Muchas veces, sin embargo, no podemos dar cuenta de todas nuestras intuiciones morales: hay casos que parecen ser similares en sus aspectos relevantes y en los que nuestras intuiciones —no obstante— conducen a resultados divergentes.

Judith Thomson se ha hecho cargo del problema presentando dos casos de este tipo, que han alcanzado una merecida difusión. El primero de ellos es *El caso del tranvía*, que puede describirse del siguiente modo:

Un tranvía fuera de control se desplaza por una vía. Directamente delante de él en la vía hay cinco hombres que morirán si el tranvía los atropella. Un paseante se encuentra junto a la vía, cerca de un cambio de vías; él puede accionar el cambio y desviar el tranvía hacia otra vía. En ella hay un hombre, y él morirá si el tranvía lo atropella¹.

¹ Thomson, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990, pág. 176.

No hay más datos que el paseante conozca. El no sabe, por ejemplo, la edad de los hombres, su estado económico o de salud, o su situación familiar. Según Thomson (y según mi opinión, y según la opinión de la inmensa mayoría de las personas a las que le fue planteado el problema) el paseante está —por lo menos— autorizado a accionar el cambio de vías (algunos dirían incluso que está obligado a hacerlo). A primera vista este resultado deriva de una ética consecuencialista, donde los números cuentan, es mejor que muera un individuo y no que mueran cinco individuos, y no hay una diferencia moral relevante entre el omitir y el actuar. Pero Thomson nos muestra también un caso similar, en el cual las intuiciones sugerirían —pese a ello— una solución distinta. Este es *El caso del trasplante*, que puede describirse del siguiente modo:

Un cirujano tiene una capacidad quirúrgica tan grande que puede realizar cualquier trasplante con éxito. Tiene cinco pacientes que necesitan órganos, y que morirán pronto si no los obtienen: dos de ellos necesitan cada uno un riñón, otros dos de ellos un pulmón, y el quinto necesita un corazón. Un hombre joven, en excelente estado de salud, y con el tipo de sangre adecuada, podría ser operado para proporcionar esos órganos a los pacientes que los necesitan, pero rehusa prestar su consentimiento. Si el cirujano opera pese a esa negativa, salva cinco vidas al costo de una sola².

En este caso se reproduce aparentemente la situación descrita en el anterior, puesto que también aquí los números deberían contar, prefiriéndose la pérdida de una vida a la pérdida de cinco, no se conocen tampoco datos adicionales sobre los individuos involucrados, y no debería importar la diferencia entre el omitir y el actuar. Pero según Thomson (y según la opinión de la inmensa mayoría de las personas a las que le fue planteado el tema, excluyéndome ahora a mí) el cirujano no está aquí ni siquiera autorizado a operar (ni mucho menos obligado, obviamente). ¿Qué es lo que explica la diferencia entre las intuiciones que se refieren a ambos casos?

² Thomson, *cit.*, pág. 135.

CONSECUENCIALISMO Y DEONTOLOGISMO EN LA TEORÍA MORAL.

Antes de responder a la pregunta que acabo de formular, sin embargo, deseo caracterizar brevemente a las concepciones éticas que subyacen a las intuiciones morales referidas a los ejemplos anteriores.

El consecuencialismo puede describirse como una teoría moral en la cual lo bueno se define de manera independiente de lo correcto, y lo correcto consiste —sencillamente— en maximizar lo bueno. El deontologismo, a su vez, puede describirse como una teoría moral en la cual lo correcto tiene prioridad sobre lo bueno. En los ejemplos que he mencionado, la distinción anterior funciona de este modo: un consecuencialista diría que la felicidad es lo bueno (por razones de sencillez supongamos que el individuo en cuestión defiende la variedad utilitarista del consecuencialismo), que lo correcto es maximizar la felicidad, y que la felicidad se maximiza minimizando el número de muertes. Puesto que lo correcto, en ambos ejemplos, es minimizar el número de muertes, hay que desviar el tranvía y realizar los trasplantes. Un deontologista, en cambio, diría que el procedimiento por el cual se arriba al resultado tiene prioridad sobre el resultado mismo. Si yo no desvío el tranvía, o no realizo los trasplantes, podrá estar dejando morir a cinco personas, pero no mato a ninguna. Puesto que esta distinción es importante para el deontologista, él considera que está prohibido minimizar el número de muertes aplicando un procedimiento incorrecto, por lo que no hay que desviar el tranvía, ni realizar los trasplantes.

Otra forma de caracterizar a estas teorías morales en conflicto apela a las diferencias entre razones agencialmente neutrales y razones agencialmente relativas. Una razón agencialmente neutral nos dice —por ejemplo— que debemos buscar imparcialmente la felicidad general; la neutralidad agencial, en este caso, consiste en la consideración imparcial de la felicidad de todos los individuos. Las razones agencialmente relativas presentan, a su vez, dos variantes: las razones de autonomía y las razones deontológicas, pero para mi propósito necesito aquí ocuparme sólo de estas últimas. Las razones deontológicas son restricciones respecto del accionar de los individuos, restricciones respecto de lo que podemos legítimamente hacer a otras personas para lograr un cierto fin. Si necesito con urgencia disponer de un auto para auxiliar a

un enfermo grave, y la única manera de que el propietario del único auto disponible acceda a prestarlo es causar un ligero daño a su hijo, ¿puedo hacer tal cosa? En el supuesto de que exista una restricción deontológica absoluta acerca de que no causar daño a un inocente, no puedo hacerlo. Tampoco puedo desviar el tranvía, por supuesto, porque estaría matando a un inocente, ni —por el mismo motivo— realizar los trasplantes³.

LAS ALTERNATIVAS DERIVADAS DEL PROBLEMA

Caracterizadas ya las concepciones morales que ocupan nuestra atención, todavía resta una tarea antes de proceder a contestar la pregunta formulada en el primer apartado, y es la de mencionar cuáles son las alternativas que se presentan frente al problema allí planteado. Una de las alternativas consiste en negar que nos enfrentamos efectivamente a un problema: las intuiciones morales son siempre correctas y esto es lo que nos interesa. Si en el primer ejemplo la intuición es consecuencialista y nos dice que actuemos, y en el segundo es deontologista y nos dice que no lo hagamos, esto es todo lo que debe preocuparnos. Esta alternativa me resulta, sin embargo, claramente insatisfactoria. La filosofía moral se reduciría a muy poca cosa si ella se limitara a ser un catálogo de las distintas intuiciones morales, puesto que nada garantiza que la moral del sentido común esté exenta de defectos, o de incoherencias.

Hay otra alternativa más satisfactoria, desde luego, y es la que consiste en reconocer que nos enfrentamos realmente con un problema. A partir de aquí, sin embargo, esta alternativa se bifurca. Un camino que parte de ella trata de identificar una teoría que dé cuenta de estas intuiciones encontradas sobre la base de ciertas diferencias que se presentarían en los

³ El tema es mucho más complicado, por cierto, pero no puedo desarrollarlo aquí. Me limito a sugerir la lectura de Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford, 1984, de Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, 1986, y de mi trabajo "Neutralidad y relatividad agencial", *Telos*, vol. II, nra. 1.

dos casos que examinamos. Esto es: acepta que las intuiciones son correctas pero recién después de hallada la teoría que lo demuestra. El otro camino, en cambio, consiste en mostrar que una de las dos intuiciones es incorrecta y que se debe actuar de la misma manera en ambos casos.

Esta segunda rama de la bifurcación es bastante usual, desde luego, puesto que tanto el deontologismo cuanto el consecuencialismo adoptan esta estrategia. El deontologismo sostiene que es incorrecto actuar en los dos casos: no se debe desviar el tranvía ni realizar los trasplantes. El consecuencialismo, a su vez, sostiene que es correcto actuar en los dos casos: se debe desviar el tranvía y también realizar los trasplantes.

Cualquiera sea la rama de la bifurcación que sigamos en esta segunda alternativa nos encontramos entonces frente a tres posibilidades: a) Encontramos una teoría que da cuenta de las diferencias entre las intuiciones, apuntando a rasgos relevantes de los dos ejemplos que se habían pasado por alto. b) No encontramos ninguna teoría que dé cuenta de estas diferencias, ni tampoco encontramos ninguna teoría que explique satisfactoriamente por qué debemos actuar de modo semejante en ambos casos. c) Encontramos una teoría que explica satisfactoriamente por qué debemos actuar de un modo semejante en ambos casos.

Pese a la abundante literatura que se ha producido en el intento de llevar a cabo la posibilidad a), no he encontrado ninguna teoría que explique satisfactoriamente las supuestas diferencias entre el caso del tranvía y el caso del trasplante y explique —por lo tanto— por qué en ambos casos debemos actuar de modo diferente. Este resultado, de por sí, no debería ocasionar directamente el abandono de las intuiciones morales usuales acerca de estos casos. Al fin y al cabo las intuiciones siguen existiendo, y si bien ninguna teoría ha logrado explicarlas, tampoco ninguna teoría las habría rebatido, mostrando algún error encubierto que yacía en ellas (esta es una versión de la posibilidad b). Pero yo creo que puede mostrarse que hay un error en las intuiciones usuales y que —en principio— debería actuarse igualmente en ambos casos: en otras palabras, creo que la posibilidad c) es la que de hecho se realiza. Y, más concretamente, creo que hay argumentos para mostrar que debería actuarse igualmente en ambos casos siguiendo los preceptos de la ética consecuencialista

(aunque reconozco, sin embargo, que no son argumentos decisivos). Voy a tratar ahora de explicar esta idea.

LAS SOLUCIONES AL PROBLEMA

Para hacerlo comenzaré —ahora sí— contestando la pregunta que formulé al concluir el primer apartado: ¿Qué es lo que explica la diferencia entre ambos casos?

La respuesta de Thomson (que intenta mostrar que la posibilidad a) es la verdadera) a esta pregunta resulta especialmente ilustrativa. En el caso del tranvía el paseante puede actuar porque todos los interesados podrían haber llegado a un acuerdo para que lo hiciera, teniendo en cuenta que el desvío del tranvía redundaría en una ventaja para todos los interesados⁴. Según Thomson, esto no ocurre en el caso del trasplante, puesto que la operación no incrementa la posibilidad de supervivencia de todos los participantes y —aún si lo hiciera— tendríamos de todos modos otras objeciones (por ejemplo, objeciones a ciertos tipos de muertes, que no voy a considerar aquí)⁵. Si esta es la explicación más satisfactoria que puede darse respecto de las intuiciones divergentes (y tengamos en cuenta que es la explicación que proporciona quien difundió el problema) ella se vuelve en contra de quien la presenta y, examinada atentamente, constituye en realidad una muestra de que la posibilidad c) es la verdadera.

Porque si esta es realmente la diferencia entre los dos casos que vimos al comienzo, es muy claro que debemos investigar con algo más de profundidad cuál es el motivo por el que no puede alcanzarse el acuerdo en el caso del trasplante, investigación que nos conduce de la posibilidad a) —favorecida por Thomson— a la posibilidad c). En este aspecto resulta muy importante un trabajo de Gilbert Harman⁶ que, curiosamente, no suele ser citado al considerar este tema. Harman se pregunta por qué se cree habitualmente que el deber de no

⁴ Thomson, *cit.*, págs. 192-193.

⁵ Thomson, *cit.*, pág. 195.

⁶ Harman, Gilbert, "Moral Relativism Defended", en Louis P. Pojman (ed.), *Ethical Theory*, Wadsworth Publishing Co., Belmont, Cal., 1983.

dañar a otro tiene más peso que el deber de ayudar a los demás, y toma precisamente como ejemplo el caso del trasplante. Cree que la explicación de esta actitud reside en suponer que la moral deriva de un acuerdo realizado entre individuos dotados de poderes y recursos diferentes. El deber de no dañar a otros beneficia a todos: al rico, al pobre, al fuerte y al débil, de modo que todos ellos pueden ponerse de acuerdo para incluir este deber entre las normas morales. Pero no ocurriría lo mismo con el deber de hacer todo lo posible para ayudar a los necesitados (lo cual incluiría realizar la operación, y la posterior implantación de los órganos). Porque todo el beneficio de esta última actitud sería recolectado por el pobre y el débil, mientras que el rico y el fuerte —en efecto— prevenirían que ellos deberían realizar la mayor parte del auxilio y recibirían poco a cambio, lo que los torna renuentes a convenir un principio tan fuerte de ayuda mutua. Y puesto que la moral resulta de un acuerdo, se arriba a un compromiso y se adopta el principio débil de no dañar a otros⁷.

Si Harman tiene razón, su idea muestra que la única diferencia entre el caso del tranvía y el caso del trasplante es una diferencia en poder. En el caso del tranvía todos los interesados en arribar a un acuerdo son iguales respecto de todos los factores necesarios para lograrlo. Si alguno de ellos hubiera sido más poderoso que los otros cinco, y este poder le hubiera permitido escapar siempre de la vía en caso de peligro, él no hubiera estado interesado en arribar a ningún acuerdo. Y si alguno de ellos hubiera sido más rico que los otros cinco, y esta riqueza le hubiera permitido sobornar al paseante de modo que éste desviara el tranvía a la vía donde él no estuviera, tampoco hubiera estado interesado en arribar a ningún acuerdo.

En el caso del trasplante, a su vez, si los seis individuos involucrados en él tuvieran la misma riqueza, el mismo poder y la misma posibilidad de enfermarse —si tuvieran que elegir detrás de un velo de ignorancia, por ejemplo— podrían llegar a un acuerdo, y lo harían si fueran racionales. Pero los individuos con mayor riqueza saben que ellos pueden com-

⁷ Harman, *op. cit.*, pág. 37.

prar órganos si los necesitan, y los individuos con más poder saben que pueden obtenerlos por otros medios. Este es el motivo por el que no se llega aquí a un acuerdo.

Pero —como espero que resulte obvio— no hay ningún motivo *moral* para no acordar. En el caso del tranvía nadie diría que el paseante obra moralmente si desvía el tranvía de acuerdo a las indicaciones del individuo más rico que se encuentra en una de las vías y lo soborna para que así lo haga. ¿Por qué asignarle entonces valor a la riqueza —o al poder— en el caso del trasplante?

En todo caso, el argumento de la riqueza y del poder para no llegar a un acuerdo en el caso del trasplante (y recordemos que si hubiera desigualdad en riqueza y en poder tampoco habría acuerdo en el caso del tranvía) es un argumento *prudencial*, pero no un argumento *moral*: no hay acuerdo respecto del trasplante porque sin el trasplante aumentan las posibilidades de vida de los individuos mejor situados en la sociedad.

Una circunstancia análoga explica —tal vez— las intuiciones de la mayoría de los individuos en el caso del trasplante: son intuiciones *prudenciales*, y no *morales*. Ellos saben que no necesitan ningún órgano, pero que pueden en cambio resultar “donantes” involuntarios, y *prudencialmente* deciden no prestar su acuerdo con este procedimiento. (Sería interesante preguntar cuáles son las intuiciones morales de un enfermo renal, dependiente de la diálisis, si fuera interrogado acerca del trasplante forzoso del riñón de una persona que tiene dos riñones funcionando perfectamente, en beneficio de un enfermo como él).

No puede sostenerse que los dictados de la prudencia coincidan siempre con los de la moral. Incluso Gauthier —que ha tratado de conciliar la moral con la racionalidad—⁸ acepta que la moral requiere que algunas personas realicen actos que son genuinamente desventajosos para ellos como medio para alcanzar una mayor ventaja mutua⁹. Dicho en otras palabras: que aquellos que detentan ventajas en ri-

⁸ Cfr. Gauthier, David, *Morals by Agreement*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

⁹ Gauthier, David, “Morality and Advantage”, en *Ethical Theory*, cit., pág. 501.

queza y en poder pospongan tales ventajas y acuerden el prestar la ayuda máxima posible, acuerden —por ejemplo— acerca de la posibilidad del trasplante.

Si la permisibilidad o no de las conductas, tanto en el caso del tranvía como en el caso del trasplante, depende de un acuerdo previo, la moral exige también —supongo— que nos preocupemos por la situación anterior al acuerdo. Y si el acuerdo no se alcanzó en un caso determinado sólo por desigualdades en riqueza o en poder éste no es un motivo para respaldar la intuición que justifica este caso, sino un motivo para corregirla. Muchas teorías morales —en efecto— dirían que es nuestro deber proteger a los pobres y a los débiles, en lugar de sacar partido de la riqueza o de la fuerza. No se puede saber si el contenido del acuerdo es justo o injusto con prescindencia de las alternativas previas al acuerdo. Supongamos —por caso— que se arriba a un contrato social a partir de un estado de naturaleza hobbesiano. Las perspectivas son tan sombrías que un individuo estaría dispuesto a firmar cualquier acuerdo con tal de escapar de esa situación, por lo que la circunstancia de que se haya firmado no es condición suficiente de la justicia del acuerdo. Pensaríamos distinto, en cambio, si el contrato social se hubiera firmado a partir de un estado de naturaleza lockeano.

Para aclarar todavía más mi posición acerca de este tema, examinemos por un instante la solución propuesta por el matemático J. F. Nash al problema de la negociación entre dos personas. Nash sostiene que el punto de acuerdo es aquel en el que las partes son igualmente hostiles a arriesgarse a que no se llegue a tal acuerdo, por reclamar más de lo que ese punto ofrece. Pero resulta claro que si la transacción se lleva a cabo entre dos personas de recursos desiguales, para las cuales la ganancia derivada de la negociación tiene una utilidad diferente, el punto de acuerdo es siempre favorable a la persona más rica (en el sentido de que los bienes motivo de la negociación nunca se dividirán igualmente entre ellas)¹⁰. Lo que yo quiero mostrar, entonces, es que el punto de equilibrio de Nash carece de relevancia ética.

¹⁰ Cfr. Barry, Brian, *Theories of Justice*, University of California Press, Berkeley, 1969, págs. 14-16.

Bruce Russell coincide con la posición que defiende y señala que el acuerdo es insuficiente para establecer principios morales, puesto que puede haber un proceso de negociación que concluya obteniendo resultados inmorales, por factores tales como la raza, el sexo o la religión. Russell también coincide con la idea de introducir el velo de ignorancia rawlsiano, lo que cambiaría —ciertamente— el resultado de los acuerdos¹¹. De manera que el acuerdo, en sí mismo, es moralmente irrelevante: puede no haber acuerdo allí donde moralmente debería haberlo (como en el caso del trasplante), y puede haber acuerdos cuyos resultados no consideraríamos morales.

La solución que aporta Thomson al caso del tranvía se vuelve en definitiva en su contra, pues puede mostrarse que la misma situación se reproduce en el caso del trasplante. Hay un error en las intuiciones morales, entonces, puesto que puede mostrarse que algunas de ellas son sólo intuiciones prudenciales. Si esto es así, la conducta del agente no puede variar en los dos casos que he considerado.

Pero todavía la cuestión no ha sido resuelta por completo. La conducta del agente no puede variar en los dos ejemplos, pero todavía él tiene disponibles dos alternativas: actuar en los dos casos siguiendo los preceptos de la ética deontologista o actuar siguiendo los preceptos de la ética consecuencialista. Aunque tampoco pueda proporcionar aquí argumentos decisivos, creo que la conducta a seguir por parte del agente debe ser la prescripta por el consecuencialismo y no por el deontologismo. Una de las razones para sostener que los dos casos son semejantes reside en que en ambos podría arribarse a un acuerdo —prescindiendo de circunstancias moralmente irrelevantes— para maximizar las probabilidades de supervivencia; el conseguir esa maximización depende —ciertamente— de adoptar una perspectiva consecuencialista. No hay ningún fundamento moral que respalde las intuiciones prudenciales en el caso del trasplante (o las similares que podrían construirse en el caso del tranvía), y me parece que esta circunstancia debilita seriamente la posición deontologista.

¹¹ Russell, Bruce, "On the Relative Strictness of Negative and Positive Duties", en John Martin Fisher and Mark Ravizza (eds.), *Ethics, Problems and Principles*, Harcourt Brace Jovanovich, Fort Worth, 1992.

Pero adviértase una puntualización imprescindible a lo que he sostenido aquí: la conclusión que extraje es válida sólo en el caso de que la mejor propuesta para mostrar que es verdadera la posibilidad de que existan diferencias relevantes entre los dos casos estudiados sea la elegida por Thomson. Cualquiera que elija otra propuesta diferente —que no apele a la noción del acuerdo— y la encuentre aceptable, no está obligado a aceptar mi conclusión.

Finalmente, una palabra para explicar por qué este trabajo de ética aparece en una revista jurídica. En la etapa actual de nuestra legislación, un cirujano que realizara los trasplantes que he mencionado sería —sin duda— condenado por homicidio. Es posible, incluso, que fuera también condenado el paseante que realizara el cambio de vías. Tal vez la línea argumental que he seguido sea susceptible de motivar algunas modificaciones en la legislación penal.

EL SEXO DE LOS ÁNGELES

El constructivismo en las ciencias sociales

RICARDO A. GUISBOURG

1. BIZANCIO 2000

El sexo de los ángeles ha quedado en la memoria colectiva como el tema paradigmático para un debate perfectamente inútil. Esta opinión tiene dos vertientes. Una, tan pragmática como impía, sugiere que los teólogos de Bizancio habrían debído dedicarse a otros menesteres frente a la invasión turca. Otra, más estrictamente epistemológica, tiende a reconocer que semejante controversia requería diversos presupuestos:

- a) que los ángeles existen;
- b) que la naturaleza de los ángeles y la definición admitida de "sexo" son tales que alguna forma de sexo es susceptible de ser atribuida a tales entidades;
- c) que la efectiva sexualidad angélica (y, acaso, el género específico de cada ángel) pueden establecerse por métodos no empíricos, y
- d) que la averiguación de tal circunstancia es, en mayor o menor medida, relevante para quienes habitamos este valle de lágrimas.

Los santos varones constantinopolitanos estaban seguros de (a), tenían gran confianza en (c), se inclinaban a aceptar (d) y, por esos motivos, consideraban plausible debatir (b) con tanto empeño. Hoy (a) no goza de tanto consenso, (c) es rechazada por el paradigma científico, casi nadie cree en (d) y, por eso, el debate acerca de (b) —que, después de todo,

tiene un alto contenido lingüístico— nos parece un ejemplo de estalictia.

Sin embargo, es común en nuestros días discutir si es verdad que las ideologías han muerto, o que la legalización de las drogas es un medio eficaz para combatir el narcotráfico. Acaso estas proposiciones sean verdaderas o falsas: sea como fuere, ellas dependen de tal cantidad de presupuestos que su verdad o su falsedad se vuelve extremadamente tenue, sujeta a hipotéticos y probablemente inexistentes acuerdos acerca de la totalidad de aquellos presupuestos y tan frágil que el menor cambio en cualquiera de éstos puede invertir o aun variar por completo el valor de verdad que hubiéramos atribuido a uno de aquellos enunciados.

El mecanismo que nos lleva a descuidar la importancia de esta observación es el mismo que hoy criticamos en los teólogos bizantinos: la aceptación acrítica de presupuestos implícitos, que sólo advertimos ahora porque adoptamos otros. Se trata, en suma, de imaginar que los objetos de los que hablamos, las características que les atribuimos, las acciones que describimos y aun los problemas o controversias que debatimos son reales, puesto que hay palabras para referirse a ellos. Este efecto ontológico concedido al lenguaje no sólo nos conduce a creer mucho más que lo plausible: lo que es peor, al suponer que las estructuras de nuestro pensamiento se hallan conectadas directamente con la realidad, limita nuestra capacidad para redefinir las palabras, reclasificar los objetos y replantear los problemas.

2. EL BUEN SALVAJE

Si no aceptamos *a priori* que las estructuras lingüísticas respondan estrictamente a estructuras reales, esto es a objetos, géneros, cualidades, acciones y enigmas preexistentes, envasados en bolsas de polietileno y etiquetados por la mano divina, estamos acaso maduros para proponernos un mito en el que no necesitamos creer.

Imaginemos, en efecto, al género humano resumido y personificado en un solo hombre primitivo; tan primitivo que tiene la ignorancia (y la capacidad de aprendizaje) de un recién nacido pero no cuenta con una cultura preexistente y debe desarrollar sus propias estructuras.

Nuestro salvaje recibe de sus sentidos una multitud de datos visuales, auditivos, táctiles, olfativos y gustativos. Pronto aprende a relacionarlos entre sí y a situarlos en el espacio y en el tiempo; aparecen las percepciones. Luego, llevado por el interés o la curiosidad, se habitúa a recortar idealmente, de la realidad global percibida, ciertos sectores que llaman su atención de modo diferenciado: así constituye los objetos y los acontecimientos. Algunos de esos objetos le agradan; otros le producen dolor o disgusto; nace la preferencia. Guiado por sus preferencias, el hombre agrupa los objetos previamente delimitados en clases que define por la presencia de ciertas características que juzga relevantes: surgen así los conceptos, primer nivel de una escala de abstracciones que no cesaría de multiplicarse. Algunos de estos conceptos son estáticos (clases de cosas o estructuras duraderas); otros son dinámicos (clases de estructuras fugaces, segmentos de movimiento, hechos).

Mientras tanto, el mítico cavernícola ha advertido que puede controlar sus propias acciones (o, mejor dicho, aprende a considerar "sus acciones" los acontecimientos que puede controlar). También ve que algunas de sus acciones incrementan o disminuyen la probabilidad de aparición de otros acontecimientos agradables o desagradables. El método del ensayo y del error, por vía inductiva, lo conduce a la práctica sistemática de ciertas conductas: aparece la técnica.

Algunos de los acontecimientos externos agradables o desagradables son percibidos y clasificados como acciones de otros entes: animales, personas semejantes a nuestro protagonista. Esas acciones también pueden recibir cierta influencia de las conductas propias, lo que también ocurre a la inversa. Así se inauguran el ataque y la defensa, la coerción y la amenaza.

Cuando a estas construcciones ideales se combina el lenguaje, una compleja red de ruidos o de marcas las traduce, facilita su comunicación, promueve mayores niveles de abstracción. Nacen así, paso a paso, el nombre, el sustantivo, el adjetivo, el verbo y el adverbio; los universales, las relaciones, las relaciones entre relaciones, la causalidad, la orden, la norma, la antinomia conflicto-paz, el lenguaje del poder, la imputación y los espíritus, los derechos y las obligaciones, el bien y el mal, la ética y el derecho, la lealtad y la traición, la legalidad y la legitimidad, la culpa y el mérito, el premio y

el castigo, el paraíso y el infierno, la ortodoxia, la revolución, la herejía, la ideología y la ciencia.

Mientras tanto se produce un refluxo de influencias: el lenguaje, cortado a la medida de las decisiones pragmáticas del hombre, se convierte en instrumento de socialización y de transmisión de una cultura cuyas bases ya no se debaten. Entonces, aquellas decisiones primitivas se cristalizan y la humanidad renuncia, sin darse cuenta, a las facultades que el hombre primitivo había ejercido con tanta libertad.

Como ya dije, no es preciso que creamos esta historia. Basta que nos la planteemos para advertir que se trata de una *reconstrucción posible* del modo en que nuestra forma de pensar, razonar y hablar se ha generado. Desde luego, podemos imaginar otra distinta que nos parezca más plausible; pero, cuando lo hagamos, nuestra imaginación ya no será ingenua: nos veremos precisados a establecer alguna relación alternativa entre las estructuras de nuestro pensamiento y entre ellas y el lenguaje; y, lo que es más importante, a identificar los motivos que nos hacen preferir esta relación a la precedentemente propuesta. Es decir, a ejercer en alguna medida aquella libertad perdida.

Obligados, pues, al ejercicio de esa libertad, no es difícil que advirtamos que cualquier conjetura histórica carece de bases concluyentes y, después de todo, no es siquiera tan importante. Porque, en lugar de reconstruir tentativamente el modo en que la humanidad ha constituido su pensamiento, puede ser más fructífero y positivo *construir* la forma de pensamiento que nos parezca más conveniente. Esta idea es la base de lo que prefiero llamar *constructivismo*.

3. CONSTRUIR Y RECONOCER

El verbo "construir" evoca siempre la imagen de un edificio a medio hacer: bolsas de cemento, montañas de arena, obreros que apilan ladrillos, una grúa... y un arquitecto que dirige la obra, plano en mano. La imagen es fecunda en metáforas. Cuando el arquitecto proyecta su obra, ninguna de las características de ésta está *dada en la realidad* (a menos, claro, que se trate de reciclar un edificio anterior). Hay un terreno baldío y una multitud de condicionamientos: el pre-

pósito del propietario, el presupuesto disponible, los materiales existentes en el mercado, la formación profesional y la preferencia estética del arquitecto (y la de su cliente, que puede no coincidir con ella), las normas municipales y la mayor o menor calificación de la mano de obra. Pero la proporción en que cada una de esas condiciones haya de influir en el resultado, así como el modo en que finalmente se combinen en una obra única y coherente, dependen de una multitud de decisiones que es preciso adoptar. Innumerables combinaciones —sistemas de decisiones— son (psicológicamente) posibles. No todas ellas son internamente consistentes. Muchas menos son técnicamente posibles. Acaso unas pocas resulten aceptables, habida cuenta de las preferencias estéticas, funcionales y económicas. Una de éstas es deliberadamente escogida y —suerte mediante— se lleva a la práctica.

Otro tanto ocurre con el pensamiento. Nuestra reflexión está impulsada por nuestras preferencias e intereses. Se mueve dentro de un marco constituido por la lógica que usamos, la realidad que conocemos y la imaginación de la que disponemos. Pero ninguna estructura ideal nos es dada; ninguna requiere ser reconocido en el sentido en el que un ciego reconoce los obstáculos callejeros al tocarlos con su bastón. Todas ellas, desde las más profundas de la metafísica hasta las más inmediatas como la identificación de un problema o la elaboración de una hipótesis, dependen de decisiones metodológicas. Una ciencia, en este sentido, no es otra cosa que un sistema de decisiones metodológicas en el que se insertan los datos de la realidad, una vez identificados e interpretados por el mismo sistema, como los libros de la biblioteca se ordenan en los estantes. Y evoluciona o se modifica del modo en que los estantes se construyen, cuando lo creemos preciso, a la medida de los libros que tenemos o imaginamos que tendremos algún día.

4. CIENCIAS DURAS, CIENCIAS BLANDAS

Las ciencias llamadas duras (física, química, biología, para hablar de las empíricas) no suelen preguntarse por sus propias estructuras: se ocupan simplemente en su propio objeto, que presuponen suficientemente definido, y dejan a la

epistemología las inquietudes acerca de tal objeto, del modo de identificarlo y del método apropiado para conocerlo. Las blándas, en cambio (notoriamente las ciencias sociales), muestran siempre a flor de piel las controversias metodológicas y epistemológicas: están constantemente revisando su propia estructura.

Si se atiende a lo ya expuesto, tal diferencia no debe sorprendernos. Una vez vencida la resistencia del deductivismo fundado en la autoridad histórica y religiosa, las ciencias naturales han elegido sistemas de decisiones que se fundan, al menos en sus lineamientos más generales, en criterios dotados de amplio consenso, en relación con los cuales las divergencias son relativamente esporádicas. Y sólo (*¿sólo?*) se apoyan en una teoría del conocimiento, en ciertos criterios para la identificación y clasificación de los objetos, en una lógica, en un paradigma científico y en una generalizada confianza en los métodos empíricos y en los cálculos con base empírica, aunque los epistemólogos pongan en duda algunos de estos presupuestos.

Las ciencias sociales, en cambio, requieren las mismas decisiones sólo como base para iniciar sus interminables debates. Ocurre, en efecto, que el marco pragmático en el que se sitúan las decisiones metodológicas específicas de aquellas ciencias admite fenómenos de mayor complejidad, de repetibilidad dudosa y de identificación controvertida. Es más: el propio marco es susceptible de diferentes versiones, fundadas en enfoques axiológicos opuestos.

Por ejemplo, la delimitación de un insecto (a fin de identificarlo como objeto) es cosa sencilla: no porque sea dada, sino porque —a partir de una tradición cultural consagrada por el lenguaje— es fácil obtener consenso acerca de qué moléculas integran el objeto y qué otras se hallan fuera de él. En cambio, la delimitación del territorio de un Estado es más difícil: no sólo por los conflictos limítrofes sino también por la existencia de embajadas con estatuto extraterritorial, buques sujetos a la ley de la bandera y casos semejantes, capaces de fundar diversas teorías que conduzcan, a su vez, a soluciones divergentes.

Un eclipse es un acontecimiento identificable: aunque su delimitación se halla sujeta a decisión convencional, existe acuerdo acerca de los momentos en que el fenómeno comienza y termina, acuerdo que al mismo tiempo facilita distinguir

ese hecho de otros, incluso de sus condiciones y sus consecuencias. El romanticismo también es un acontecimiento en la historia de la literatura, pero sus límites pueden fijarse entre Chateaubriand y Hugo como entre Shakespeare y las telenovelas. Al mismo tiempo, la complejidad de cualquier obra literaria y la vaguedad del vocablo en cuestión (cuyas características definitorias son más o menos controvertidas) generan para cualquier época una zona de penumbra semántica que sería considerada demasiado amplia en la práctica de las ciencias naturales.

Delimitar un problema (un sector de la realidad que se pretende describir, un acontecimiento probable que se quiere evitar o uno posible que se desea provocar o facilitar) implica siempre dejar fuera de esos límites otros acontecimientos que, aunque relacionados con el primero en calidad de condiciones o de consecuencias, no son alcanzados por nuestro enfoque: la solución del problema así identificado no necesita, para ser más o menos aceptable, describir, explicar o prever los hechos periféricos. Así, una droga recién descubierta puede destruir las células cancerosas; su toxicidad para el ser humano es acaso —si tal es el enfoque elegido— otro problema, no por eso menos merecedor de atención a poco que le llegue su turno. Otro tanto sucede en las ciencias sociales: la eliminación del déficit fiscal es un problema, la acumulación de capital otro y el incremento de la capacidad de consumo de las personas menos favorecidas un tercero, aunque es obvio que los tres se hallan estrechamente relacionados. Pero esta visión en compartimientos, tan ficticiamente estancos como los de las ciencias naturales, es aquí menos inocente: un gobernante, un empresario y un dirigente sindical usarán probablemente distinto énfasis en el análisis de esos problemas y propondrán soluciones claramente demostrativas de que la distinción entre centro y periferia no es tan sólo metodológica sino fuertemente valorativa. A la vez, mirarán acaso con cierta desconfianza a quien sugiera incluir todos los factores en un mismo problema para tener de ellos una visión de conjunto.

Desde luego, identificaciones, clasificaciones y enfoques dependen siempre de decisiones metodológicas fundadas en una preferencia de origen pragmático; pero las ciencias duras —luego de la dura batalla que libraron a partir del Renacimiento— tienen a su favor una definición de sus propios objetivos que suscita acuerdos bastante generalizados acerca de la

mayoría de aquellas decisiones: los debates versan sobre hipótesis de punta, aparte de las consabidas rivalidades de capilla o de la constante caza de subsidios. En las *blandas*, los acuerdos tienden a ser menos generales para refugiarse en los límites de sectores, clases o partidos; los paradigmas se convierten en ideologías (o son sospechados de tales), porque son varios y generan desconfianza recíproca. Y, en estas condiciones, las ciencias sociales no adquieren suficiente fe en sus propios objetivos y se resignan a menudo a un papel epistemológicamente deslucido: el calificativo de "blandas" es a menudo aplicado a las ciencias sociales por sus propios cultores.

Muchas de las afirmaciones que se formulan en ciencias sociales tienen una estructura justificatoria que sería considerada precientífica por físicos o biólogos. Esta circunstancia se debe, en parte, a las complejas características del objeto y a las dificultades para la experimentación, que impiden aislar variables, identificar regularidades y, por lo tanto, formular leyes con aceptable poder predictivo. Pero también incide en ella la excesiva interferencia valorativa, que ya hizo de las suyas en la astronomía antes de Galileo, en la fisiología antes de Harvey y en la biología antes de Darwin.

Se trata, por cierto, de diferencias cuantitativas; cabe esperar que, a medida que avance la investigación, la humanidad se harte de jugar con las ciencias sociales y decida extraer de ellas algo más que agua para diferentes molinos. Pero la magia ontológica del lenguaje desempeña aquí un papel más claramente retardatario.

En efecto, cuando todos (o casi todos) están de acuerdo en un mismo sistema de decisiones metodológicas, el hecho de que éstas se hallen sacralizadas por el lenguaje no afecta gravemente la comunicación y el debate: sólo constituye una traba heurística. Pero, si existen divergencias importantes en algunas ramas de aquel sistema, suponer que el lenguaje refleja una ontología conduce a debatir palabras en la creencia de que se debaten hechos.

Retomemos, a manera de ejemplo, una frase mencionada al principio: "las ideologías han muerto". Este enunciado es tan abstracto como el teorema de Tales, pero se halla muy lejos de la precisión que éste obtiene de las definiciones geométricas. Ante todo, qué entendamos por ideología es algo dudoso, no sólo en el aspecto semántico sino también en el pragmático: muchos emplean esta palabra con contenido pe-

verativo, de modo que —si tal fuese el hábito del hablante— habría que conocer sus propias preferencias para excluirlas del ámbito de la palabra. "Morir" es un vocablo bastante comprensible en su sentido biológico más llano, aunque en un tiempo la muerte se consideraba un hecho instantáneo y los actuales tanatólogos la ven como un proceso. De todos modos, en la expresión que analizamos está usada metafóricamente. ¿Qué significa "morir" en este contexto, como predicado de una ideología? ¿Que ya nadie la sostiene? ¿O que sus seguidores son pocos? ¿Cuántas personas son pocas? ¿Se indica tal vez que sus seguidores ya no son relevantes, por ejemplo porque carecen de poder político, económico o de otra clase? Pero la muerte de una ideología no sólo puede definirse a partir de los sujetos: también puede ser un acontecimiento objetivo. Tal sería el caso si pensáramos, por ejemplo, que una ideología muere cuando ya no vale la pena sostenerla, cuando ya no responde a las circunstancias que ella pretendía explicar, predecir o criticar. Esta circunstancia depende también de un factor pragmático que muchas veces, en ciencias sociales, se vuelve precisamente... ideológico: en materias que afectan profundamente los intereses de cada uno, qué enfoque valga la pena o haya perdido actualidad no es tema ajeno a las preferencias personales o sectoriales.

Por último, discutir el enunciado del ejemplo implica un acuerdo previo acerca de cuáles son las circunstancias empíricamente verificables que permitan averiguar si una ideología (en el sentido que hayamos elegido) ha muerto (en la acepción que hayamos convenido).

Semejante sistema de decisiones metodológicas compartidas haría que, para los interlocutores incluidos en la convención, el debate acerca de la muerte de las ideologías fuera útil y aun importante². Tanto como lo era el sexo de los ánge-

² El ejemplo elegido, por cierto, no constituye un caso aislado. Pueden advertirse condiciones semejantes en enunciados tomados al azar de diferentes disciplinas:

a) "Una consecuencia de la transición de la sociedad feudal a la sociedad de clases consistió en el despliegue grandioso de la cultura intelectual, a lo que contribuyeron tanto el regionalismo como el folklorismo" (Heintz, Peter, *Curso de Sociología*, Eudaba, Buenos Aires, 1965, pág. 113).

b) "Una vez que abandonemos nuestras supuestas irrealidades sobre la uniformidad de las personas y de los empleos, nos encontraremos con con-

les para los teólogos bizantinos tan criticados. Pero el caso es que aquel consenso no existe y, sin embargo, conducidas por la fuerza metafísica del lenguaje, aquellos interlocutores discuten y hasta se encolerizan creyendo cada uno que el otro se niega a ver una realidad evidente.

Por este motivo las ciencias sociales requieren, tanto como las otras pero aun con mayor urgencia, una tarea constructiva que, pacientemente, verifique y rectifique primero los cimientos epistemológicos y luego pase revista a las decisiones metodológicas que vayan a servir de ladrillos... así como las otras, más abstractas, que guíen el trazado y la interpretación de los planos. Es probable que en ese proceso muchos desacuerdos ocultos salgan a la luz para luego resolverse o bien consolidarse como alternativas conocidas por todos. No sería extraño, además, que el lenguaje entero de las ciencias sociales sufriese modificaciones importantes y hasta traumáticas. Pero el resultado será indudablemente benéfico... si por tal cosa se entiende el establecimiento de un espacio de debate en el que todas las ideas tengan acceso a partir de reglas de juego claras y compitan frente a criterios dotados de consenso para la solución de las controversias.

5. ¿Y EL DERECHO?

Entre todas las ramas de las ciencias sociales, la jurídica tiene el dudoso privilegio de contener todas las imprecisiones

siderables diferencias salariales, incluso en un mercado de trabajo perfectamente competitivo" (Samuelson, Paul, *Economía*, McGraw Hill, México, 1993, pág. 631).

c) "Sería un error sobrestimar la influencia de las ideas de Freud sobre el concepto de que el amor es el resultado de la atracción sexual, o de que es lo mismo que la satisfacción sexual, reflejada en el sentimiento consciente" (Fromm, Erich, *El Arte de Amar*, Paidós, Buenos Aires, 1989, pág. 101).

d) "En sus sinfonías (Gustav Mahler) se inspiró más en Brahms o en Schubert que en la música de sus contemporáneos. Él dijo de la sinfonía que era un universo y que, por tanto, debía abarcar todas las cosas, y en sus grandes obras, como en la Octava de sus sinfonías, se aproximó más que ningún otro compositor a la creación de un verdadero universo musical" (Spence, Keith, *Música Viva*, Círculo de Lectores; s.d.c. original The Archan Press Ltd., Barcelona, 1978, pág. 117).

y ambigüedades que, más o menos ignoradas o descuidadas, la convierten en pariente metodológica de la alquimia y de la astrología.

Bajo un mismo y acaso excesivo rótulo ("ciencia del derecho"), coexisten y a menudo se entremezclan una disciplina deductiva que registra, relaciona y analiza normas; otra inductiva que mide acatamientos y predice decisiones; y una tercera, especulativa, que imagina sistemas supraempíricos.

Cuando una persona emplea la palabra "derecho", unos entienden ley vigente (como cada uno la interpreta); otros pautas eficaces y predecibles de conducta (como cada uno las induce), otros justicia (como cada uno la profiera). Pero todos ellos creen estar hablando del mismo objeto, lo que no puede sino multiplicar los acuerdos ficticios² y trabar los reales³.

A partir de semejante base metodológica, no es extraño que el estudio del derecho se halle en una etapa precientífica, en la que el discurso está más cerca de la retórica que de la demostración y donde las controversias, aun en los niveles decisorios, se resuelven por votación a falta de criterios confiables y transparentes para dirimirlos⁴.

² Por ejemplo, todos defendamos la justicia; por eso amamos la libertad pero aborrecemos el desorden y queremos vivir en paz. Eso no nos impide estar en desacuerdo acerca de cuáles sean las conductas justas, llamar libertad al desorden que aprobamos y desorden a la libertad que desaprobamos y, en ocasiones, estar dispuestos a defender tan claros puntos de vista con las armas en la mano. Tenemos, pues, divergencias acerca del contenido concreto de las normas o de los principios aunque creemos o fingimos estar de acuerdo en sus fundamentos o lineamientos generales.

³ Por ejemplo, muchas personas se mostrarían más de acuerdo con los tratados internacionales de integración si no se sintieran limitadas por el concepto de soberanía nacional, que suponen inmutable e intangible.

⁴ La votación es una herramienta insustituible de la democracia y resulta obviamente preferible a la imposición autoritaria. Pero su virtud depende del objeto al que se aplica: un tribunal colegiado caería en el ridículo si decidiese por votación que dos más dos son cuatro, pero a todos nos parece natural que decida por mayoría el modo de interpretar la prueba de los hechos, en tanto muchas sostengamos como una conquista de la humanidad que los ciudadanos podamos decidir con el voto los grandes lineamientos de la política. Los tres casos se insertan en un continuo, en el que las diferencias pueden apreciarse como cuantitativas. Y el factor de cantidad variable es el mayor o menor consenso que existe en el grupo acerca de la solución misma, del procedimiento para arribar a una solución o de los criterios para establecer aquel procedimiento.

Lo curioso es que los juristas se conformen tan fácilmente con esta situación y, seguros de que el derecho es metafísicamente inmune a la precisión y a la decidibilidad, asuman complacidos el papel de oráculos divergentes de un dios inescrutable.

Si el conocimiento del derecho (y la formulación misma de las leyes) han de superar alguna vez la metodología del siglo V, será preciso —allí más aún que en otras ramas del quehacer social— aplicar la técnica constructiva que, mediante definiciones claras y neutrales⁵ y decisiones explícitas sujetas al libre debate, vaya generando construcciones abstractas y explicando el contenido y la estructura de cada sistema jurídico sin suponer realidades trascendentes que no tengan otro fundamento que el lenguaje y la tradición.

De otro modo, nos veremos algún día objetando el paraíso desde una perspectiva de género, con el argumento de que todos los arcángeles tienen nombre de varón.

⁵ La claridad y la neutralidad son términos relativos, por lo que no pueden predicarse de una proposición sino por referencia al grupo al que ella se dirige. Una proposición es tanto más clara cuanto mayor es la proporción de los miembros de dicho grupo que son capaces de comprenderla, y tanto más neutral cuanto mayor sea el número de los que la consideran compatible con sus propias preferencias. A la vez, la claridad y la neutralidad son condiciones tanto más difíciles de alcanzar cuanto mayor sea el grupo al que la proposición se dirige o mayor sea la diversidad de códigos o de preferencias entre los miembros que lo componen.

LA FORMA BÁSICA DEL DISCURSO JURÍDICO

HORACIO GUILLERMO CORTI

I. PRESENTACIÓN

Hace 25 años, Alchourrón y Bulygin publicaban *Normative Systems*. Tres años después los autores ofrecían, con un título menos sobrio y a la vez de tinte más programático y ambicioso, la versión castellana: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Recientemente y bajo el nombre de *Análisis Lógico y Derecho* han recopilado los ensayos publicados entre 1960 y 1990, conjunto de trabajos que según el caso comentan, refinan, reformulan, anuncian o critican algún aspecto del libro precedente¹.

¿Cómo leer textos semejantes? De múltiples maneras, por cierto. Sin embargo hay dos vías extremas.

Una, es la perspectiva inquisitiva. Atención a las carencias y lagunas, a los huecos y vacíos conceptuales. Desde tal perspectiva es notoria la ausencia de problemas medulares: el ejercicio del poder; las relaciones de fuerza; la problemática del Estado; la dilucidación de la política; la organización de los cuerpos; el manejo o la prolongación del conflicto, la movilización de las pasiones, el odio y el amor; el despliegue de la dominación o el bejaldado discursivo de la historia. Digo: nada de lo que figura en esta enumeración parece ser una

¹ Ver Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974 y *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Al primer texto lo citaremos como SN y al segundo como AL, ambas seguidas por el número de página.

cuestión relevante para la teoría del derecho movilizada en ambos textos. Y ello parece significar que sería posible estudiar el funcionamiento del derecho sin tener en cuenta dichas cuestiones, en principio ineludibles a la hora de referirse sensatamente al mismo.

La segunda perspectiva extrema de lectura es la del comentario. Complacencia en la presentación, retoque y ajuste en el detalle; si se quiere: exposición pedagógica, clarificación escolar.

Trataré de ensayar otra perspectiva, desapegada a esas formas límites de lectura. Esto es: ni crítica exterior ni mera reexposición. La idea consiste en privilegiar lo sugerido, lo meramente esbozado, lo dicho casi al pasar. Se tratará, así, de poner de relieve algunas posibilidades, de destacar algunas líneas.

El protocolo de lectura se basa en lo siguiente: entre la repetición complaciente de lo efectivamente dicho y la auscultación mordaz de lo no dicho, hay lugar para la dilucidación de lo sugerido.

El resultado que se obtendrá, entonces, oscilará entre la fidelidad y la traición; o de acuerdo a la concisa fórmula renacentista: *traduttore traditore*.

Leer es traducir, traducir es traicionar, quizás traicionar sea sencillamente escribir.

Estas consideraciones, que dan la impresión de parecer extrínsecas al Derecho y a su estudio, sin embargo podrían resultar fundamentales. Desde el momento que se hace escrito, el Derecho deviene texto y, por consiguiente, se plantean los problemas de qué significa leer, de cómo leer, de por qué leer un texto de una manera y no de otra.

Seguiré el curso de algunas palabras-clave que se encuentran dispersas en ambos textos. El centro de atracción de las mismas, ya indicado en el título del trabajo, será la expresión *discurso jurídico*.

II. El método

Una primera veta de lectura se perfila en el título de la traducción castellana de *Normative Systems: Introducción a la Metodología*.

La introducción es una entrada, el método un camino. Entrada a un camino. En la poética jerga heideggeriana: *Holzwege*, caminos de bosque, sendas perdidas, caminos que a veces se pierden, en los que hay que perderse para poder conocerlos. Senderos, pistas. Por un lado, la metodología como travesía, como viaje que da lugar a interferencias. Por otro el método como itinerario que permite aproximarse a lo nuevo.

Para escuchar la renovación que se produce en otro lado hay que desplazarse, salir de la comodidad del lugar propio y llegar justamente a ese otro lado. Y también, claro está, llegar con los oídos abiertos, predispuestos a escuchar disonancias.

Esta identificación de la teoría y el viaje, de la investigación y la aventura se la debemos, entre otros, a Husserl. En *Ideas I*, 1913, señalaba: "Nuestro proceder es el de un viajero que explora una parte desconocida del mundo, describiendo cuidadosamente lo que se le presenta a lo largo de sus caminos no trillados y que no siempre serán los más cortos"³.

Es en este contexto que entiendo algunas palabras de la "Introducción" de SN y que se pueden sintetizar en un mandato: hay que aprovechar las renovaciones que se producen en otros campos. Señalan los autores: "Los juristas, no sólo no han prestado la debida atención a las investigaciones formales de los conceptos normativos llevados a cabo en los últimos veinte años, sino que incluso han logrado permanecer al margen del gran movimiento de renouación que los estudios metodológicos y de fundamentación que han revolucionado completamente la metodología de las ciencias formales y empíricas. Este movimiento de renovación comenzó, como se sabe, en el siglo pasado, en el campo de las matemáticas para extenderse

³ Ver Husserl, E., *Ideas Relativas a una Fenomenología Para y una Filosofía Fenomenológica*, FCE, México, 1966, pág. 235 (observación al parágrafo 96). Las referencias de Alchourrón y Bulgín a la fenomenología husserliana son casi inexistentes. El caso se justifica por algunas indicaciones en el ensayo dedicado a las proposiciones analíticas (AL, 523; allí, además de una mención de la fenomenología como ejemplo (de filosofía que intentó ampliar el campo de las proposiciones sintéticas a priori más allá de lo indicado por Kant), se destaca la "extraordinaria analogía" entre los procedimientos puestos en juego por Carnap para definir a la analiticidad y la reducción eidética ensayada por Husserl (reducción que los autores designan como generalización o abstracción ideatoria).

luego a las ciencias empíricas (física, biología, psicología, etc.) y ha conducido a una profunda revisión de los fundamentos conceptuales de dichas ciencias... La metodología de la ciencia jurídica se halla aún en una fase de 'subdesarrollo' y poco se ha hecho hasta ahora para aprovechar las herramientas conceptuales elaboradas por quienes trabajan en la fundamentación de las matemáticas o de la física" (SN, 31).

Hay aquí por lo menos tres gestos a destacar, diferentes pero entrelazados.

El primero es la fascinación por las revoluciones y las renovaciones. Ellas se producen en muchos lugares, uno de ellos es el saber, la teorización. Las producciones conceptuales sufren mutaciones, cortes, rupturas y disrupciones. En una frase: la tranquilidad no es atributo del saber. O en términos kuhniianos: junto a la ciencia normal hay que reconocer la incisión de la ciencia revolucionaria.

El segundo es la verificación de la discontinuidad entre las teorías o entre los diferentes campos de saber. Lejos de verificarse la existencia de una ciencia unificada se comprueba la dispersión y la distancia entre los saberes.

El tercero es el valor cognitivo positivo que se le otorga a la experimentación de las conexiones. Esto es: ¿qué sucedería si utilizáramos en el análisis del derecho herramientas que se emplean al analizar otras circunstancias o situaciones?

Revolución, dispersión e importación. Tres gestos que conducen a tres problemas que hay que enfrentar. Uno: ¿cómo y quién determina el lugar de una revolución o renovación epistémica (y, correlativamente, el lugar de un estancamiento, de una fatiga)? Dos: ¿desde dónde se hace el reparto de los saberes que se dispersan? Tres: ¿cuál es la herramienta externa a utilizar?

Qué y cómo se decida da lugar a la formación de diferentes historias (ver AL, 595). Una historia es un camino que enhebra un conjunto de decisiones relativas a un conjunto de situaciones-problemas. Una historia es la concreción teórica de una perspectiva.

La cita precedente muestra que Alchourrón y Bulygin asumen como relevantes ciertas rupturas, presuponen una determinada distribución de los saberes e importan unas muy específicas herramientas conceptuales. Por supuesto: todo ello se hace bajo la astucia estilística o retórica del giro

impersonal: "como se sabe...". Digamos que se trata de inaugurar una *historia lógico-analítica*.

El método multiplica las historias.

Por ejemplo, otra historia (otro camino, otra perspectiva) se originaría al considerarse que la renovación relevante es la investigación psicoanalítica iniciada por Freud, que tal renovación es la que fundamentalmente transforma la organización de las ciencias humanas y sociales y que, en fin, son los conceptos allí forjados los que hay que aprovechar o impear para explicar al derecho. Digamos que se trataría, allí, de inaugurar una *historia psicoanalítica*. Que nada de imaginario (o de arbitrario, incluso) hay en el ejemplo lo muestra el párrafo siguiente: "Desde el principio, nuestro siglo asistió a una de las más notables rupturas epistemológicas de la historia de la ciencia contemporánea. En 1900 se publicaba *La Interpretación de los Sueños*, y en 1904 Freud exponía una descripción bastante avanzada y completa del método psicoanalítico. Los alcances de esta *ruptura* están aún por medirse en varios aspectos, y especialmente en su *incidencia* en el terreno de las llamadas ciencias sociales. Entre éstas, algunas, como la ciencia jurídica, *ni siquiera se dieron por enteradas* de la profundidad con que las categorías puestas en funcionamiento por la teoría psicoanalítica *podían ser usadas* para redescifrar las zonas más clausuradas de su discurso, y para señalar los enclaves de nuevas problemáticas, o al menos, de nuevas respuestas para viejas preguntas tantas veces mal formuladas"³.

Siguiendo el ejemplo (o esta ejemplar analogía): donde la historia lógico-analítica pone a Freud, la historia psicoanalítica pone a Freud.

Lo relevante a destacar es que siempre hay más de una perspectiva: las historias vienen, por lo menos, de a dos⁴. Y

³ Ver Entelman, R., "Introducción" a *El Discurso Jurídico. Perspectiva Psicoanalítica y otras Abordajes Epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982, pág. 17.

⁴ Este comentario no implica ignorar la irreductible distancia existente entre la posibilidad de multiplicar indefinidamente las historias y las dificultades reales que afectan a esa multiplicación (comprobable al constatar la reducida variedad de historias realmente existentes). La construcción de una perspectiva requiere de un temple (Popper) o de un instinto (Nietzsche) que sólo nace luego de largas y extenuantes preparaciones.

no todas las historias llevan al mismo lugar, ni suponen la misma actitud ni requieren de los mismos hábitos y procedimientos. A veces, sin embargo, las perspectivas más diversas se encuentran y coinciden en el lugar más inesperado (y a espaldas de los propios viajeros que trazan con su andar la senda de una vía conceptual).

III. El discurso jurídico

Tomo como punto de partida que el concepto central sugerido por Alchourrón y Bulygin es el de *discurso jurídico*. Locución que es usada aquí o allá, diseminada a lo largo de los diferentes ensayos. Lo relevante y fecundo de esta locución es la variedad de contextos que la acogen.

Estas son una serie de citas que muestran los diferentes usos de la expresión discurso jurídico: "La distinción entre los conceptos de pertenencia y aplicabilidad, que en el *discurso jurídico* se oculta debido al uso indiscriminado del término 'validez' que suele cubrir ambos conceptos permite..." (AL, XXV); "El uso de 'p es obligatorio' en el sentido de 'Op' y de 'p está permitido' en el sentido de 'P+p' o 'Pp' es típico para muchas formas del *discurso jurídico*. El objetivo principal de la ciencia del derecho es la descripción de normas jurídicas y no la prescripción de acciones" (AL, 90); "Parece que el enfoque que estoy considerando conduce a un desacuerdo mucho mayor respecto del *discurso jurídico ordinario*" (AL, 212); "A continuación daré una justificación intuitiva de lo que llamo 'lógica normativa' y trataré de mostrar que esa lógica hace posible: (1) detectar algunas ambigüedades en el uso de términos como 'obligatorio', 'permitido', etc. en el lenguaje corriente y especialmente en el *discurso jurídico*" (AL, 26); "Conforme a esto, este ensayo persigue dos fines: 1) mostrar la relevancia y la fecundidad de la obra de von Wright para la filosofía del derecho y 2) ilustrar qué tipo de transformaciones son necesarias para adecuar sus elucidaciones al *discurso jurídico*" (AL, 70); "A pesar de que las definiciones y las normas desempeñan, como vimos, papeles muy diferentes dentro del *discurso jurídico*, la falta de distinción..." (AL, 454); "El propósito de este trabajo es analizar la naturaleza de las normas o reglas que confieren competencia o poderes

públicos. A pesar de desempeñar un papel muy importante en el *discurso jurídico*, no es claro cómo operan estas normas y cuál es su naturaleza" (AL, 485); "Cabe distinguir dos tipos de enunciados en el *discurso jurídico*: a) enunciados teóricos acerca del derecho, y b) enunciados prácticos que basándose en las normas jurídicas formulan pretensiones, exigencias, críticas, consejos, aprobaciones, etc." (AL, 430).

Como se aprecia con claridad, hay una enorme mutabilidad o plasticidad de la expresión, que hace que en cada caso ella apunte a algo diferente: la teoría general del derecho, la dogmática jurídica, el 'derecho' en tanto objeto de la dogmática jurídica, los enunciados prácticos.

En dicha plasticidad del término *discurso* hay no un defecto que habría que neutralizar sino una ventaja, la que hábil e implícitamente es aprovechada por los autores en las citas efectuadas.

Cabría entender por *discurso jurídico* al elemento común a un conjunto de componentes; esto permite decir (conclusión banal) que el *discurso jurídico* se desagruga en una serie de componentes o instancias.

Alcheverson y Bulygin nos sugieren la posibilidad de construir una teoría del *discurso jurídico*, una teoría que ponga de manifiesto un conjunto de relaciones entre elementos variados pero unificables en un concepto común.

Dicha teoría será el nombre de una *historia* posible para explicar al Derecho.

La caracterización específica de ese concepto común es lo presupuesto cada vez que se habla del *discurso jurídico*. Es el concepto usado pero que queda sin definir. Por supuesto: que no se sepa decir de qué se trata no cierra las puertas. Al contrario, abre una vía de investigación. Así, *discurso jurídico* es la designación de un problema. ¿Y cuál es en definitiva ese problema? No es otro que el de la unidad compleja de una serie de elementos, en la provisorio enumeración efectuada, tales elementos son: teoría general, dogmática, 'derecho', dichos prácticos. Todos esos elementos remiten a una noción unitaria que los engloba y de la que forman parte³.

³ Para otras concepciones del *discurso* (en su especificidad jurídica), ver Nino, C., *Lo Valioso del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; Ruiz, A., "Aspectos ideológicos del *discurso jurídico* (desde una teoría crítica del

Se ven los problemas concretos que se presentan. Uno: cómo entender al discurso jurídico. Dos: cómo entender a los componentes de ese discurso. Tres: cómo entender las vinculaciones entre esos componentes.

IV. LA FORMA BÁSICA

Para facilitar el análisis partiré de una forma básica de discurso jurídico. Esto implica determinar algunos elementos relevantes (en el caso serán cuatro: discurso, niveles, relaciones y criterio), tarea que efectuaré en pasos sucesivos y a partir de indicaciones que se encuentran dispersas en los textos de Alchourrón y Bulygin. Expuesta la forma básica tendremos un esquema apto para ser desarrollado y criticado.

Lo primero es especificar la noción misma del discurso.

A los efectos de la forma básica se entiende al discurso como un encadenamiento de sucesivos lenguajes y metalenguajes. Esto implica introducir niveles, una jerarquía entre los niveles, así como una relativización de los mismos⁸.

El discurso jurídico, entonces, no sería más que el conjunto de todos los lenguajes y sucesivos metalenguajes jurídicos. Desde un L0 primario o primitivo hasta un Ln entendido como último e hipotético metalenguaje jurídico.

La distinción entre niveles discursivos o entre lenguajes-objeto y metalenguajes es un recurso habitual de Alchourrón y Bulygin. Por ejemplo: "El carácter fáctico de las proposiciones jurídicas se pone claramente de manifiesto si se hace la necesaria separación entre los distintos niveles del lengua-

derecho" en *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1991.

⁸ "El primero de estos lenguajes es el lenguaje acerca del que 'se habla', y que es el tema de discusión... El segundo es el lenguaje en que 'hablamos acerca del' primer lenguaje... Denominamos lenguaje-objeto al primer lenguaje y metalenguaje al segundo. Obsérvese que estos términos, lenguaje-objeto y metalenguaje, sólo tienen un sentido relativo". Esta relatividad significa que el metalenguaje pueda tomarse como lenguaje-objeto de otro metalenguaje "por así decir de un nivel superior". Ver Tarski, A., "La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica" en Bunge, M., *Analogía Semántica*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, págs. 111 y sigs.

je. Las proposiciones del jurista (reglas) que describen las normas constituyen un *meta-lenguaje* con respecto al lenguaje usado por el legislador, que es su *lenguaje-objeto*. Las expresiones que el legislador usa para referirse a la conducta humana, son mencionadas por el jurista. En otras palabras, mientras que los objetos del discurso del legislador son conductas, los objetos del discurso de la ciencia jurídica son normas, es decir, expresiones lingüísticas" (AL, 337)⁷.

El discurso jurídico es un conjunto encadenado de niveles. Y algunas de las diferentes distinciones conceptuales que vertebran SN o AL serían el índice de probables y diferentes niveles al interior del elemento común *discurso jurídico*.

La segunda especificación se refiere, luego, a esos diferentes niveles que componen la forma básica del discurso jurídico.

A partir de los variados contextos en los que Alchourrón y Bulygin emplean la noción de discurso es posible determinar los siguientes niveles discursivos:

- L0: texto jurídico
- L1: derecho-objeto (o 'derecho')
- L2: dogmática jurídica
- L3: teoría general

Corresponde, en consecuencia, aportar los rasgos mínimos que caracterizan a estos niveles que componen la forma básica del discurso jurídico.

V. EL TEXTO JURÍDICO (L0)

El primer lenguaje de la cadena discursiva, el L0, es aquello que Alchourrón y Bulygin denominan *texto jurídico*. El es el material básico sobre el que operarán todos los niveles y metaniveles subsiguientes.

⁷ O también: "Al decir que p está prohibido en el sistema α , en lugar de formular una norma, enunciadas una proposición normativa; el enunciado que expresa esta proposición pertenece a un nivel lingüístico distinto que los enunciados (que expresan normas) del sistema" (SN, 174): "Un enfoque más esclarecedor se obtiene si la lógica de las proposiciones normativas es desarrollada en el metalenguaje del lenguaje de las normas" (AL, 63).

En una nota al pie podemos leer: "Por 'textos legales' entiendo no sólo leyes, son también decisiones judiciales, proyectos legislativos y todo otro texto relevante" (AL, 469). Dos páginas antes utilizaban la locución *textos jurídicos*. El término también está usado en otros trabajos: "Por lo tanto, la expresión 'norma jurídica' ha de entenderse en este contexto en un sentido lato (que concuerda con el uso corriente entre los juristas) para abarcar cualquier enunciado que figure en los textos que registran el derecho positivo —constituciones, códigos, leyes, etc.—, sea éste normativo o no" (AL, 395⁸).

Ahora bien: ¿de qué está compuesto el texto jurídico? En AL se dirá: oraciones o formulaciones jurídicas. En SN: enunciados de derecho. Se trata del material en bruto, de puras —o de meras— oraciones o formulaciones. Del elemento primario considerado *relevante*.

La idea primaria en cuanto a la composición interna del texto jurídico es la amplitud. De inmediato se interrogará sobre cómo distinguir entre textos jurídicos y no jurídicos. Aquí se requiere apelar a la precomprensión: serán jurídicos todos aquellos textos que precomprensivamente se califican de jurídicos. O también: todos aquellos textos que intuitivamente se califican de jurídicos. Delimitar un territorio por medio de la precomprensión o de la intuición no nos dará un límite nítido o una frontera clara y distinta. Pero tampoco parece razonable exigir que el primer término del discurso se especifique por la nitidez, la claridad o la distinción.

Más que buscar una definición exacta (búsqueda que nuestros autores razonablemente evadieron efectuar) será mucho más expeditivo confiar en el gesto ostensivo y en la modestia enumerativa. Es decir: ejemplifiquemos. La Constitución nacional, los Códigos (cívil, comercial, penal, de procedimientos...), las leyes, los decretos reglamentarios, las resoluciones ministeriales, los convenios y tratados, los proyectos legislativos, las sentencias judiciales, los contratos. Enume-

⁸ También: "Aquí la justificación de la decisión implica fundamentalmente problemas semánticos, pues la mayor dificultad consiste en identificar la propiedad designada por las expresiones que figuran en los textos legales o jurídicos en general" (SN, 212); o en la introducción: "Se trata de investigar el papel que en los textos jurídicos (y sobre todo en los textos legales) desempeñan las definiciones" (AL, XCXI).

ración obvia. Quizás. Menos obvio sería una posible extensión: escritos judiciales presentados por abogados, debates parlamentarios, encíclicas papales, novelas, el parloteo incesante que se desliza por juzgados y cárceles, calles y estudios jurídicos, oficinas públicas y mesas privadas, revistas y diarios jurídicos, tratados, manuales y compendios...

Dejamos de paso la marca de un interrogante: *¿qué —o quién y cómo— detiene la proliferación de las palabras?*

En definitiva, el texto jurídico es el lugar de un equívoco. ¿Es el equívoco mismo como lugar? Tal vez, sólo tal vez, pues alguien también podría considerarlo el terreno del prejuicio y de la banalidad osificada, es decir: la antítesis misma del equívoco (¿la ideología espontánea de los juristas?).

En definitiva: se trata del punto de partida de la historia del discurso jurídico. Del suelo primitivo del que se parte para realizar el viaje *ius-investigativo**.

Dos consecuencias muy elementales para destacar.

Uno: el primer lenguaje, el lenguaje básico, el L0, no es lo que habitualmente se denomina el lenguaje del 'derecho', sino el texto jurídico. Será, en cambio, sobre esta materialidad textual que podrá construirse, de acuerdo a estrictos criterios metodológicos a determinar, el 'derecho' propiamente dicho. Es decir: indicamos intuitivamente un texto como jurídico sin tener a mano un concepto estricto de derecho.

Dos: el texto jurídico es opaco, requiere de una teorización que lo muestre como jurídico. Dicha opacidad es el horizonte ineludible de la escurridiza noción de interpretación.

VI. NIVELES, RELACIONES Y CRITERIO

Pasemos a especificar los niveles discursivos y sus relaciones.

En primer lugar, la *teoría general* es aquella teoría que

* Para una aplicación intuitiva y muy imperfecta de la noción de discurso y texto jurídico a una materia específica (derecho financiero), ver Corti, H. G., 'La constitucionalización del gasto público', en *Lecciones y Ensayos* nro. 64/65, 1995/1996, págs. 33-61.

aporta los criterios para que la dogmática jurídica describa correctamente al 'derecho' o derecho-objeto.

Parece sin embargo razonable hacer pasar el eje gravitatorio del discurso no tanto por dicha teoría general sino por la dogmática jurídica o ciencia del derecho. Por un lado, ella se dirige hacia su objeto: el derecho. Por otro lado, ella encuentra una teoría que dilucida sus conceptos básicos: la teoría general.

Se ven las dos relaciones abstractas que se entablan: descripción y análisis. Las proposiciones jurídicas (dogmática) describen a los enunciados de derecho (derecho-objeto). La teoría general del derecho dilucida (instruye, clarifica; analiza) el lenguaje conceptual de la dogmática.

Hay indicios de que es en un sentido aproximadamente semejante que Alchourrón y Bulygin entienden ambas relaciones.

En el primer caso se destacan los minuciosos y sucesivos intentos para distinguir a las normas (nivel del 'derecho') de las proposiciones normativas (nivel de la dogmática). Se trata de una distinción tajante entre la prescripción y la descripción; entre el derecho en cuanto tal y la descripción de ese derecho. Incluso esta distinción es uno de los rasgos cruciales para definir al positivismo jurídico. Entre otras consecuencias, esta nítida distinción conduce a proponer dos tipos de lógica, una para cada nivel, pues de lo contrario se producirían enormes dificultades, por ejemplo: un oscurecimiento de la noción de permisión, cuyo funcionamiento es diferente en cada uno de los niveles¹⁰.

En el segundo caso se ponen de relieve las tareas que se le asignan a la teoría general del derecho o, como también se la nombra en ocasiones, filosofía del derecho¹¹. Como señalan

¹⁰ Las distinciones entre normas y proposiciones normativas por un lado y entre permisión débil y fuerte por otra, son una de las hilas manifiestas de los ensayos reunidos en *AL* (ver entre otros los capítulos 2, 5, 8, 10, 11, 14, 17 y 24). Hay que señalar que Van Wright, en su prólogo a *AL*, considera a estas contribuciones como un notable aporte particularmente importante.

¹¹ El supuesto de esa alternancia es la identificación entre filosofía y análisis (tributaria de la reducción decimonónica de la filosofía a epistemología). Dado que esa identificación es problemática y en definitiva

los autores en relación a Kelsen, "su intención no era la de describir lo que los juristas efectivamente hacen, sino trazar un modelo de ciencia jurídica que satisficiera las exigencias de su programa de la ciencia positivista y de suministrar fundamentos metodológicos y herramientas conceptuales para tal empresa" (AL, 503)¹².

En resumen. La dogmática o ciencia del derecho describe al 'derecho'. La teoría general del derecho aporta los criterios para que la dogmática pueda describir adecuadamente al 'derecho'. El 'derecho' (L1) es el lenguaje-objeto de la dogmática (L2)¹³. La dogmática (L2) es el lenguaje-objeto de la teoría general (L3).

El cuarto y último rasgo de la forma básica del discurso jurídico a tener en cuenta es la postulación de un criterio particular al nivel de la teoría general. El criterio elegido para caracterizar a la forma básica nos permite denominar normativista a dicha teoría. Para esta concepción sólo son jurídicas en sentido estricto (es decir 'derecho') aquellas partes del texto jurídico que se dejan presentar en términos normativos. El resto del texto (su residuo no normativo) será tachado de jurídicamente irrelevante. Es decir: como no derecho. Vemos cómo la introducción de un criterio permite delimitar dos ámbitos a partir del texto: el ámbito de lo jurídico estricto o 'derecho' (normas) y el ámbito de lo no jurídico o residuo (lo no normativo).

innecesaria para la exposición de la forma básica del discurso jurídico no la tendremos en cuenta. Es decir, nos manejamos con la provisoria identificación entre teoría general y análisis, sin referencia alguna al contenido, posibilidad y fines de la filosofía. O dicho de otra manera y en términos más generales: no reducimos la filosofía a epistemología (o en términos deontológicos: a gnoseología o teoría del conocer).

¹² En el mismo sentido pueden entenderse las apreciaciones que les merece la obra de Basse: "La filosofía del derecho es análisis lógico del lenguaje de la ciencia jurídica... el objeto de la filosofía del derecho (traducción: HC): la teoría general del derecho) no es el derecho mismo, sino (el lenguaje de) la ciencia jurídica" (AL, 343).

¹³ "Las proposiciones normativas se formulan en un lenguaje que es un metalenguaje con respecto al lenguaje en el cual están formuladas las normas. Por lo tanto, las oraciones de esta lógica son expresiones metalingüísticas acerca de los sistemas normativos", ver Buljgin, E. "Lógica deontica", en Alchourrón, Méndez y Grayen, *Lógica*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 137.

Esto significa que el 'derecho' estará compuesto por un conjunto de normas jurídicas que serán el objeto descriptivo de la dogmática jurídica, es decir: las proposiciones normativas descriptivas de las normas.

Por supuesto, es la teoría general la que establece las categorías (o subcategorías; en el léxico kelseniano: acto anti-jurídico, obligación, sanción, etc.) aptas para presentar con rigurosidad las normas jurídicas por parte de la dogmática.

El carácter abstracto a tener en cuenta es el monismo del criterio elegido. Es decir: de acuerdo al criterio normativista lo jurídico-estricto se deja reducir a un solo componente (en el caso: normas).

VII. RESUMEN DE LA FORMA BÁSICA DEL DISCURSO JURÍDICO

El discurso jurídico está especificado como encadenamiento de lenguajes y metalenguajes. Tales lenguajes y metalenguajes se presentan como niveles discursivos. La base discursiva primaria se denomina texto jurídico y se sostiene en un criterio intuitivo o precomprensivo de demarcación. Enumeramos los niveles restantes: derecho-objeto (o 'derecho'), dogmática jurídica y teoría general. Precisamos las relaciones entre dichos niveles: descripción (entre la dogmática y el 'derecho') y análisis (entre la teoría general y la dogmática). Por último, se fijó al normativismo como criterio analítico de la teoría general.

Ahora es posible volver a presentar los niveles discursivos de la forma básica, con los siguientes lenguajes y metalenguajes encadenados:

- L0: texto jurídico (material intuitivamente demarcado)
- L1: normas jurídicas ('derecho' o derecho-objeto)
- L2: proposiciones normativas (dogmática jurídica descriptiva)
- L3: teoría general del derecho (analítica en su función y normativista en el criterio)

Esta caracterización del discurso jurídico puede también ser representada por el siguiente esquema topológico, que revela algunos rasgos abstractos de relevancia¹⁴:

¹⁴ Señalo, al pasar, que la presentación topológica es habitual en Alchourrón y Bulygin, ver AL, 395 y AL, 563.



El esquema permite caracterizar a la forma básica del discurso jurídico como lineal y unimodular. En cada nivel hay un solo punto. Esto significa que en el nivel 3 encontramos la teoría general, en el 2 a la dogmática y en el 1 el 'derecho'. Por eso la calificación de unimodular. Y cada punto se conecta de manera directa sea con el punto de nivel inferior, sea con el punto de nivel superior. Es decir: la conexión de los puntos genera una línea.

Si resumimos los rasgos más abstractos de la forma básica tenemos:

- a) *linealidad* del discurso jurídico como tal
- b) *unimodularidad* de cada uno de los niveles
- c) *monismo* en cuanto al criterio genérico de la teoría general
- d) *descripción* como tarea básica de la dogmática
- e) *análisis* como tarea básica de la teoría general

Esta forma básica del discurso jurídico, su especificación y sus rasgos abstractos, es la que se tratará de problematizar. Esta tarea también la haremos paso a paso, incorporando elementos relevantes y que afectan a algún aspecto de la forma básica. Es claro que esta forma básica es excesivamente pobre. Requiere de ampliaciones y de modificaciones, algunas son propuestas por Alchourrón y Bulygin, otras van más allá.

VIII. LA PROLIFERACIÓN

Internémonos en el normativismo y tomemos el caso de la Constitución nacional, reformada en 1994. Se trata de un texto jurídico. Ella es un fragmento de L0. Es decir, ella es un conjunto de oraciones o formulaciones jurídicas. Es evidente que el Preámbulo forma parte del texto jurídico constitucional.

De acuerdo al criterio fijado por la teoría general-normativista en L3, el Preámbulo no parece presentable normativamente. Él no puede "reconstruirse" como conjunto de normas o como un pequeño sistema jurídico con consecuencias nor-

mativas. De ahí que no forme parte del 'derecho' (es decir: del L1) y que, por ende, no haya necesidad alguna de describirlo por parte de la dogmática (L2).

La cuestión a tomar nota es que hay teóricos del derecho y que hacen dogmática constitucional para quienes sí es relevante el Preámbulo. No sólo que es relevante sino que es *jurídicamente* relevante. El normativismo del último nivel de la forma básica dirá, sin embargo, que esas proposiciones de la dogmática pretendidamente científicas (o que presumen ser una descripción rigurosa del 'derecho') son palabras vacías o errores o mistificaciones o insentidos o epistemológicamente reprobables... En fin, se trata de proposiciones que hay que depurar.

Con esto se pone crudamente de manifiesto la mayor extensión del texto jurídico con respecto al 'derecho' e, incluso, la posibilidad de una desmedida importancia que adquiriría el residuo textual en el caso de sostenerse al extremo el criterio normativista característico de la teoría general propio de la forma básica. Quiero decir que si sólo se considera como 'derecho' lo presentable en términos normativos es un extremo probable que gran parte del texto jurídico quedara "afuera". Y ese "afuera" tendría una dimensión excesiva con respecto a las visiones habituales que subyacen a la labor dogmática.

Acá hay una encrucijada: o escuchar a la dogmática real y efectiva (para reformular algún elemento de la forma básica) o someterla a una terapéutica (para reducirla a los cánones de esa forma básica). Tomo el primer sendero.

La posible primer rectificación a realizar es la siguiente. Una visión más plausible tiene que admitir que en el L3 se mueven diferentes teorías generales no necesariamente compatibles entre sí. Ello conduce de manera directa a admitir que en L2 también conviven diferentes teorías dogmáticas (que tampoco hay que postular como compatibles). Y ambas inclusiones conducen a reconocer que habría varias versiones —de diferente extensión— consideradas en L1 como 'derecho' (y por consiguiente: diferentes y correlativas versiones consideradas como residuos no jurídicos).

Si se acepta tomar a la forma básica del discurso jurídico como una historia, hay que admitir que ella a su vez incluye en su interior variadas historias.

Sigamos con el caso constitucional del Preámbulo. Podría ser que para alguna teoría general él fuera reconstruible (de acuerdo a algún tipo de criterio aportado por esa teoría y paralelo al utilizado para construir normas) en términos de proposiciones legitimantes y que, a la vez, tales proposiciones sean consideradas como jurídicas.

Incluso más, semejante teoría general podría considerar a las proposiciones legitimantes como los componentes jurídicos de mayor importancia, ubicando luego a las normas en situación subordinada o meramente conexa. Esto implica hacer pasar al Preámbulo del sector de los residuos no jurídicos (lugar al que lo confinaba el normativismo) al sector 'derecho' en L1 y, por tanto, sujeto a descripciones por parte de la dogmática constitucional (L2).

Esta primera rectificación en cuanto al status de un nivel, nos obliga a introducir una segunda modificación que afecta a la forma básica del discurso jurídico en cuanto tal. Se aprecia que la modificación al nivel de la teoría general afecta a los restantes niveles (dogmática y 'derecho'), los cuales también se modifican en su organización.

Ahora, más que frente a una cadena lineal y unimodular de lenguajes y metalenguajes, estamos ante una red de ramificaciones surcada por superposiciones, incompatibilidades y enfrentamientos. De la cadena a la red.

Es el inicio de la proliferación al interior del discurso. Tal proliferación tiene dos caracteres mínimos.

Uno: la ramificación y la plurimodularidad. En cada nivel hay varias versiones y/o posibilidades (plurimodularidad en vez de unimodularidad) que se conectan entre sí de manera diversa (ramificación en vez de linealidad). Para retomar la primera palabra-clave señalada: en los niveles y en los encadenamientos de los niveles hay varias historias.

Dos: el enfrentamiento. No se trata de una proliferación pacífica, ella está surcada por el conflicto, por la confrontación, por el disenso. Para retomar la metáfora kantiana que tanto citaba Althusser: *Kampfflatz*, el discurso jurídico es un campo de batalla. Como en cualquier contienda, en las que a fin de cuentas lo que está en juego es la materialidad física de los cuerpos, las emociones se entretajan con las estrategias, la violencia adhiere deducciones a su piel, en fin: se movilizan las ilusiones, junto a las creencias, los deseos y las pasiones.

Pero antes de seguir conviene precisar algunos rasgos de las normas, tal como las entienden Alchourrón y Bulygin. Esto nos permitirá evaluar con más precisión al normativismo e introducir las problemáticas cuestiones ligadas a las relaciones entre el 'derecho' y la dogmática (descripción) y entre la teoría general y la dogmática (análisis).

IX. LA NORMA JURÍDICA

La caracterización de dos concepciones de las normas, hilética y expresiva, es uno de los núcleos visibles de la investigación de Alchourrón y Bulygin.

La concepción hilética considera a las normas como entidades abstractas. Ellas son, en paralelo con las proposiciones, significados¹⁵. La concepción expresiva, en cambio, considera que "las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje".

Luego de ensayar y desechar la visión expresiva de las normas, los autores toman como punto de partida un análisis en términos de significado. Pero sólo como punto de partida, pues las normas comprenden tanto el significado como la oración que expresa ese significado. Esto significa que una norma no se limita a ser un significado, una entidad abstracta o "puramente conceptual" (AL, 123).

En un ensayo posterior y dando precisiones sobre NS se señala que las normas son "oraciones significativas, esto es, oraciones dotadas de un significado definido y constante. Por lo tanto, dos oraciones estructuralmente idénticas, pero con

¹⁵ "Para la concepción hilética las normas son entidades parecidas a las proposiciones, esto es, significados de ciertas expresiones, llamadas oraciones normativas. Una oración normativa es la expresión lingüística de una norma y la norma es el significado de una oración normativa en el mismo sentido en que la proposición es considerada como el significado (sentido) de una oración descriptiva. Pero las oraciones normativas, a diferencia de las oraciones descriptivas, tienen un sentido prescriptivo: ellas no indican que algo es de cierta manera, sino que debe o no debe o puede ser (hecho)" (AL, 124).

significado diferente, es decir, oraciones que no correlacionan los mismos casos con las mismas soluciones, son dos normas distintas... y dos oraciones diferentes dotadas del mismo significado también son dos normas distintas, aunque equivalentes" (AL, 468).

Tenemos dos elementos: la oración y el significado de la oración²⁶.

En rigor, se ve, los autores rechazan ambas concepciones (expresiva e hilética). Las normas no son ni actos ni significados. Son significados, sí, pero en conexión con oraciones.

Volvamos a la versión normativista. Del conjunto de oraciones que componen el texto jurídico son consideradas como 'derecho' las oraciones normativas, es decir, aquellas que expresen normas o cuyo significado sea normativo. Pero es claro que al poder atribuir variados significados, en cada caso tendremos normas diferentes.

A este proceso de atribución de significado llevado a cabo por la dogmática, Alchourrón y Bulygin lo denominan *identificación* de las normas jurídicas. En el rico y variable léxico de los autores esa tarea de identificación implica: o reconstruir o interpretar. Se *interpreta* el texto para obtener una norma o se *reconstruyen* las normas a partir del texto jurídico.

Por tales motivos los autores pueden enjuiciar como pueril hablar de varias interpretaciones de una norma. Para hablar correctamente habría que decir: hay diferentes interpretaciones (o reconstrucciones) de un mismo texto. O sea: hay diferentes normas: "si el sentido del texto depende de la interpretación, otra interpretación significa otro sentido y si ha cambiado el sentido del texto se ha modificado la norma. Pretender que la norma sea el texto, es decir, un conjunto de signos lingüísticos, sin tener en cuenta su sentido, es pueril. Sin embargo, muchos juristas creen de buena fe que las mismas

²⁶ Es evidente que aquí efectuamos una simplificación para poner de manifiesto los aspectos relevantes para el tema en cuestión. Así, las normas tienen tanto un componente descriptivo (de un estado de cosas o de acciones) y un componente prescriptivo (AL, 251). Un estudio de las normas tendría que tener en cuenta la definición en términos sintácticos (correlación de casos con soluciones) propuesta en NS. Una caracterización apretada de las normas puede verse en AL, 293.

normas pueden —sin perder su identidad— ser interpretadas de distintas maneras en diferentes ocasiones" (AL, 445)¹⁷.

La tarea de identificación ya estaba presente en SN, como actividad dogmática previa a la de la sistematización (centro argumental de dicho libro), pero es tratada como un problema empírico: "así, pues, cabe distinguir dos clases de problemas: *problemas empíricos*, que se refieren a la elección de la base en las ciencias empíricas (enunciados primitivos o axiomas del sistema), y *problemas racionales o lógicos*, que se refieren a la deducción de las consecuencias de la base. Estos últimos son los problemas de la sistematización, que son fundamentalmente los mismos en las ciencias formales y en las ciencias empíricas" (SN, 85) (ver también SN, 98, 111 y 118 y sigs.).

Resulta claro que a partir del texto-base que se tiene en cuenta en SN para sistematizar (un fragmento del texto "Código Civil argentino") son posibles muchas interpretaciones, es decir, muchas identificaciones normativas diferentes y, luego, muchas sistematizaciones¹⁸.

En síntesis, previo a la sistematización normativa está la identificación de las normas y ésta no es otra cosa que una interpretación-reconstrucción de los textos.

A partir de estas consideraciones cabe efectuar nuevas reformulaciones a la forma básica del discurso jurídico.

¹⁷ "Si la norma es una oración con un significado definido, entonces la identificación de las normas jurídicas (o interpretación de los textos legales) consiste en la determinación del significado de las formulaciones de normas, esto es, de oraciones que figuran en tales textos" (AL, 469). Por lo tanto, la identificación de las normas jurídicas es un paso previo y necesario sin el cual ninguna sistematización es posible. Esto es así porque el sistema normativo es un sistema de normas y no de formulaciones de normas. En otras palabras, un sistema jurídico no es un sistema puramente formal, no interpretado, sino un sistema con una interpretación determinada" (AL, 473).

¹⁸ Se señaló en SN, 38: "No pretendemos que nuestras interpretaciones sean reflejo fiel y único posible de los sistemas mencionados; nuestros ejemplos pueden considerarse, si se quiere, como meramente imaginarios". La cuestión es que la dogmática no se contenta con *disquisiciones imaginarias*. Ella pretende efectuar interpretaciones correctas (contrapuestas a otras interpretaciones reputadas como correctas) y se afana en dar razones que justifiquen esa corrección.

X. POLÉMICA E INTERPRETACIÓN

De la precedente y resumida aprehensión de las normas se desprenden dos conclusiones inmediatas.

La primera conclusión se refiere a las tareas llevadas a cabo por la dogmática. La investigación de Alchourrón y Bulygin nos enfrenta a un dilema de hierro.

Un cuerno del dilema conduce a aceptar la férrea distinción entre normas y proposiciones normativas que describen normas. Es decir: la dogmática o ciencia del derecho es una teoría descriptiva¹⁸.

El otro cuerno nos conduce a aceptar que la dogmática no describe sino que interpreta-reconstruye (para retomar el léxico de SN: ella efectúa elecciones) y que, luego, sistematiza sus interpretaciones. Y no sólo interpreta sino que interpreta polémicamente, en contraste con otras lecturas a las cuales pretende refutar.

Parece razonable pensar que no hay acuerdo posible entre una dogmática descriptiva y una dogmática interpretativa o polémico-reconstructiva. Lo que entonces causa perplejidad es el afán por obtener lo aparentemente imposible, esto es: sostener a la vez una concepción de las normas como oraciones significativas dependientes de una interpretación-reconstrucción y una concepción descriptiva de las proposiciones normativas.

La conclusión que se impone es que resulta insostenible afirmar que la dogmática (L2) describe normas jurídicas (L1). Por lo tanto, las proposiciones normativas de la dogmática no describen normas.

¹⁸ Cabe señalar de paso que para Alchourrón y Bulygin si bien la dogmática es descriptiva, ella también incluye (sin perder cientificidad) otro tipo de tareas: "El control de las inferencias normativas (entendiendo por tales las inferencias lógicas en las cuales figuran una o más proposiciones normativas) es una actividad perfectamente racional, a la que no puede negarse el carácter de científico. Incombe a la ciencia del derecho verificar la validez de tales inferencias hechas por los jueces y demás órganos aplicadores y parece que buena parte de los escritos doctrinarios (v.gr.: los comentarios críticos de los fallos judiciales) consista justamente en esto: verificar y criticar la validez de las inferencias normativas. Cabe afirmar, pues, que la tarea de la ciencia jurídica no se agota con la descripción del derecho existente" (AL, 302).

El punto a destacar es que las normas no están ahí. Lo que sí hay, en cambio, son textos. Aquellos textos calificados intuitivamente de jurídicos y que forman parte del LO. La dogmática se enfrenta a los textos jurídicos. Los toma como el material para producir al 'derecho'. El 'derecho' es el objeto construido de la dogmática y es, a la vez, lo jurídicamente expresado por los textos jurídicos. Sin la dogmática (y cabe decirlo: sin los textos dogmáticos que también están ahí) no podemos saber de manera estricta que es "lo jurídicamente expresado" y, por ende, tampoco podríamos señalar con el dedo al objeto 'derecho'. Esto quiere decir que de alguna manera el nivel 1 ('derecho') no pre-existe ni al nivel 2 (dogmática jurídica) ni al nivel básico (texto jurídico)²².

Ahora bien, como se señala en un pasaje de AL, interpretar es decidir. Y decidir es valorar, sostener que tal cosa significa tal otra. Una decisión no es una descripción, pero tampoco parece fiel tratarla como una cuestión empírica (tal el caso en SN). La pregunta, entonces, es cómo o de qué manera se efectúan tales decisiones, pues no resulta razonable suponer que esas decisiones son inmotivadas o arbitrarias. En una frase: sobre un mismo texto la dogmática dice cosas diferentes pero no dice cualquier cosa.

Una respuesta posible es la siguiente.

En cualquier materia jurídica o rama del derecho existen diversas maneras de entender a esa materia (o a aspectos

²² Puede ser instructivo tratar al derecho objeto o "derecho" como un texto virtual, en contraste con el texto jurídico que está ahí o presente. Señala Bruner: "Al relatar un cuento de Conrad, un lector lo convertirá en una historia de aventuras, otro en un cuento realista y un tercero en un estudio de casos de un Doppelgänger. El texto del que partieron los tres era el mismo... algo en el texto real desencadenaría una interpretación de género en el lector, interpretación que domina luego la propia creación del lector de lo que Wolfgang Iser llamó el texto virtual... El texto real permanece igual; el texto virtual (para parafrasear a Iser) varía casi permanentemente en el acto de la lectura". La analogía propuesta asimila el texto jurídico al texto real y el 'derecho' al texto virtual. La dogmática produce el pasaje de un texto a otro, o mejor dicho: de un texto real a pluralos textos virtuales (en la medida que admitimos la convivencia de diferentes interpretaciones-reconstrucciones al nivel de la dogmática jurídica). Ver: Bruner, J., *Realidad Mental y Mundos Posibles. Los Actos de la Imaginación que dan Sentido a la Realidad*, Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 18 y sigs.

particulares de la misma), y cada una de esas maneras pretende ser la reconstrucción correcta de los textos jurídicos correspondientes. Tales reconstrucciones se efectúan a partir de concepciones locales habitualmente denominadas teorías (v.gr. teoría del delito, teoría del hecho imponible, teoría de los derechos fundamentales, teoría del acto administrativo) y que son las que permiten calificar de correcta a la decisión. Y por lo general dichas teorías locales están conectadas a Teorías de mayor alcance que se refieren a qué es el Derecho, cuáles son sus funciones, cuáles sus finalidades y cuáles sus caracteres.

Esto significa que para construir su objeto la dogmática no sólo requiere una teoría (general y analítica) que le dilucide su lenguaje y que le diga cuáles son los componentes del 'derecho' sino una teoría que explique en términos de funciones, finalidades y caracteres. Cabe preguntarse ¿se pueden indicar criterios para reconstruir lo estrictamente jurídico sin una conceptualización de las funciones, fines y caracteres del derecho? Parece indudable que la respuesta es negativa.

Y explicaciones las hay variadas.

Una teoría que privilegie la función encubridora o mistificadora del derecho o, en otros términos, una teoría que identifique al derecho como el fundamental mecanismo social de encubrimiento o mistificación, de seguro no le dará mayor importancia a los componentes normativos del 'derecho'.

Diferentes componentes serán los priorizados, por ejemplo, por otra teoría que haga del derecho un mecanismo de resolución de conflictos y, también muy diferentes serán los componentes que ilumine una teoría que ponga el énfasis en el derecho como instrumento de dominación.

Sea ejemplo a desarrollar, sin duda. Pero adviértase lo crucial: la necesidad de reformular los objetivos y tareas de la teoría del nivel 3. No es suficiente ni razonable adscribir a dicha teoría sólo la función de análisis, en tanto esta función va ligada a la explicativa. Los criterios para analizar el lenguaje dogmático y para reconstruir al derecho-objeto están en correlación con las diferentes maneras relativas a cómo se explique el funcionamiento del derecho.

En síntesis: el análisis está en correlación (o en una versión fuerte: depende) de la explicación. La teoría analítica está en correlación o depende de una teoría explicativa.

De esta manera se tornan problemáticas las relaciones entre los niveles de la forma básica. Es excesivamente simplificador sostener que la dogmática jurídica describe al 'derecho' y que la teoría general dilucida y aporta criterios. Lo que sucede es más complejo. La teoría general (L3) desarrolla una explicación de las funciones, fines y caracteres del derecho. Desde tal marco aporta los criterios a partir de los cuales la dogmática (L2) construye su objeto, es decir el 'derecho' (L1). Pero en semejante tarea de construcción la dogmática también despliega Teorías locales (ligadas de manera directa o indirecta con el marco explicativo global) con las que justifica sus decisiones interpretativas.

Hay un juego de doble vinculación. Dado el criterio normativista de la forma básica. Por un lado: las normas (L1) las obtiene la dogmática (L2) a partir del texto jurídico (L0) cuando sigue los criterios que le fija la teoría general normativista (L3). Por otro lado: la construcción específica de estas normas (L1) a partir del texto jurídico (L0) se efectúa a través de teorías locales (L2) que permiten justificar las decisiones interpretativo-reconstructivas, enmarcadas en una teoría explicativa global (L3).

A partir de un mismo texto se pueden identificar muy diferentes normas (textos virtuales). En consecuencia, para cada interpretación que se realice el 'derecho' será diferente. Y cada decisión no se hace aislada e inmotivadamente, sino por teorías locales situadas en una mutua relación polémica. Lo que hay que señalar es que la organización polémica y ramificada del discurso jurídico es deducible al interior mismo del normativismo (conjunción de un criterio en L3 y de plurales teorías locales en L2). Es decir que aun cuando se acepte el monismo al nivel del criterio caracterizador de la teoría general, ya bajo tales estrechas condiciones se ve surgir la ramificación y la polémica en los niveles discursivos inferiores.

Varios trastrocamientos puestos en juego. De la descripción a la serie: reconstrucción, interpretación, decisión, justificación, teorías locales. Del análisis al "par ordenado" del análisis y la explicación. De la paz a la polémica.

Por supuesto: si se va más allá en cuanto al criterio genérico y se recusa el normativismo, las ramificaciones aumentan, así como las interferencias polémicas. En esta línea, Alchourrón y Bulygin han criticado duramente al normativismo. Y esto nos lleva a la cuestión siguiente.

XI. LA DIFERENCIACIÓN

La problemática en la que se inserta el normativismo es la siguiente: cuáles son los ingredientes que conforman al 'derecho' en su sentido estricto. ¿Se admite como componente sólo a las normas? ¿O hay que admitir otros componentes? Dado el texto jurídico primitivo, ¿qué es lo que se deja reconstruir como específicamente jurídico? ¿cuál es el texto virtual jurídicamente relevante?

Pues bien, ello dependerá de los criterios analíticos que se fijen al nivel de la teoría general y de las explicaciones que presupongan esos criterios. Algunas teorías dicen: sólo es estrictamente jurídico lo reconstruible en términos normativos. Lo demás es un residuo.

Esta última concepción, el normativismo de la forma básica, es expresamente rechazada por Alchourrón y Bulygin. Véase como ejemplo esta frase que se inicia bajo el signo de la modestia y que concluye dejando abierto el horizonte explicativo: "Más que refutar la tesis normativista nos interesaba mostrar que las definiciones son distintas que las normas y que *el derecho es un conjunto de cosas bastante más heterogéneas de lo que suele creerse*" (AL, 483).

Ahora bien: si el 'derecho' incluye ingredientes heterogéneos, si las definiciones son distintas que las normas, si normas y definiciones son ambos componentes del derecho y si por normativismo se entiende la idea de considerar que sólo lo normativo es estrictamente jurídico, lo que se ha hecho es argumentar críticamente contra el normativismo.

El 'derecho' incluye, al menos en principio, normas y definiciones. Respecto a estas últimas y luego de un minucioso recorrido los autores sostienen que "no son ni normas de conducta ni reglas técnicas, aunque puedan dar lugar a la formulación de estas últimas. Su única función es la de contribuir a la identificación de las normas" (AL, 453).

Dado un texto jurídico, entonces, podremos reconstruir algunas oraciones como normas, otras como definiciones y, el resto, será considerado como residuo no jurídico.

Por supuesto, "no es nada fácil trazar un criterio diferencial que permita *decidir* frente a un artículo de una ley si se trata de una definición o de una norma. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que no haya tal diferencia" (AL, 454). La

diferencia será remitida a sus diferentes funciones. Ambas son expresiones de una decisión. Pero mientras que en las normas se usan las palabras para declarar a las conductas como obligatorias, permitidas o prohibidas, en las definiciones "se usan ciertas palabras para indicar el sentido de otras palabras que se mencionan, pero no se usan" (AL, 455)²¹.

Se ve que la dogmática tiene que tomar dos tipos de decisiones. Por un lado tiene que decidir (donde no es nada fácil trazar un criterio diferencial) si reconstruye un texto en términos de normas o de definiciones. Por otro, tiene que decidir qué significado se le atribuye al texto. Tareas complementarias, simultáneas y difíciles.

Dos interrogantes. Uno: ¿cabe limitar el 'derecho' a normas y definiciones? Dos: ¿cabe subordinar las definiciones a las normas?

Me dedico a la primer pregunta. En el próximo párrafo se tratará la segunda.

Alchourrón y Bulgín parecen pensar que sí, que normas y definiciones agotan el espectro de los componentes jurídicos. Creo que esa respuesta es insuficiente y que, por ende, la frase ya citada (*el 'derecho' es un conjunto de cosas más heterogéneo de lo que suele creerse*) tiene que interpretarse de manera más radical.

Una pista sobre otro tipo de componentes lo encontramos en el mismo artículo referido a las definiciones: "Se piensa a menudo que el derecho está compuesto exclusivamente por normas y que, por lo tanto, todos los artículos de un texto legislativo (una constitución, un código, un decreto, una ley) son normas, ya que su función es la de prescribir conductas, aunque pueden no ser normas jurídicamente completas. Declaraciones puramente programáticas, que aparecen a veces

²¹ Estas citas no sólo son reveladoras sino que, creo, confirman la interpretación global aquí esbozada. Por un lado se pone de manifiesto la centralidad de la decisión (así como el carácter opaco del texto jurídico). Por otro, se subordina la tarea de análisis a una teorización de las funciones del derecho. En el primer caso se ve el caso de la descripción y, en el segundo, la preeminencia de la explicación. O en otros términos, hay un reconocimiento implícito del carácter no descriptivo de la dogmática y del valor fundamental pero secundario que para la teoría general tienen las tareas de análisis lógico-lingüístico.

dentro de textos legales (como v.gr. al Preámbulo de la Constitución Nacional) no formarían parte del derecho *strictu sensu*, precisamente por no cumplir función normativa alguna" (AL, 440).

Si estos enunciados programáticos no se dejan transcribir como normas y —agregamos ahora— como definiciones, ello no necesariamente significa que no sean jurídicos, pues cabe preguntar: ¿no serán elementos jurídicos pero de otro tipo (no normativo y no definicional)?

Previo a contestar esa pregunta es oportuno recordar algunas ideas de SN. Allí ya se controvertía la posición monista de considerar a todos los componentes jurídicos como del mismo tipo, v.gr. normas. De ahí la importancia de tomar como eje la noción de sistema normativo y no la de norma. Un sistema normativo es aquel que tiene consecuencias normativas. Esto es tomado por los autores como una ventaja ya que "al caracterizar al sistema normativo por sus consecuencias nada dice acerca de los enunciados que componen el sistema" (SN, 97)²².

Puestos a enumerar la "diversidad de los enunciados jurídicos" se nombran los siguientes: 1) enunciados que prescriben actos coactivos, 2) enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas pero que no establecen sanciones, 3) definiciones o postulados de significación. Pero a continuación nombran un tipo de enunciado que figura en los textos jurídicos pero que, a diferencia de los anteriores, no formaría parte del "derecho": "Por último, en los sistemas jurídicos suelen aparecer enunciados que no tienen influencia alguna sobre las consecuencias normativas del sistema, verbigracia enunciados que presentan teorías políticas, expresan la gratitud del pueblo al Jefe de Estado o invocan la protección de Dios... Tales enunciados carecen de toda relevancia normati-

²² Esta controversia tiene en Hart una clara filiación. Pero Hart pone de manifiesto un rasgo de innegable fecundidad: "el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica". Desde ya: no son las teorías las que desean, sino aquellos que las hacen. Hart nos invita (invitación que parece no haber sido aceptada por sus lectores) a interrogarnos sobre cuál es el deseo de los juristas. Y no sólo eso, sino que correlaciona ese deseo con la propia estructura teórica de su saber. Detrás de un qué hay un quién y en ese quién se muestra un deseo, un poder. Ver: Hart, H., *El Concepto de Derecho*, Abalado-Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 41.

va en general y jurídica en particular (cf. RRL, P. 54). Si tales enunciados son considerados parte integrante del sistema jurídico o no, no es una cuestión tan importante; Kelsen se inclina a eliminarlos del todo, lo cual parece razonable" (SN, 107).

El punto crucial es que si es posible tratar a esa cuestión como importante y que, a la vez, es posible —e incluso razonable— inclinarse a no eliminar ese tipo de enunciados. Es claro que los criterios de importancia y de razonabilidad no los aporta el análisis del derecho sino una teoría explicativa del mismo.

Puede advertirse que lo que aquí está en juego es el *status* de un conjunto enmarañado de enunciados que de continuo desvelaron a los normativistas: enunciados legitimantes, ideológicos, justificatorios, ficcionales, metafóricos. Sabemos cuál fue la vía kelseniana. Tales enunciados transfiguraron, distorsionan, encubren o mistifican. Y dado que la ciencia del derecho (es decir: la dogmática jurídica) tiene que describir, ella tiene que depurarse de los mismos.

Una actitud semejante es tomada por Alchourrón y Bulygin. En reiteradas oportunidades se ponen de manifiesto la existencia de presunciones, ficciones e ilusiones²³.

Pero en vez de tomar a esas figuras en sí mismas, de aceptarlas como ingredientes del discurso jurídico y de intentar explicar sus funciones, se las descalifica y expulsa.

Pero qué sucede si algunos de esos enunciados forman parte del 'derecho' y no de la teoría, del "objeto" de la dogmá-

²³ *Ilusión e Ideología*: "Es importante señalar la diferencia entre el postulado de la plenitud de acuerdo con el cual todos los sistemas jurídicos son de hecho completos, y la exigencia de que lo sean. El primero es, en el mejor de los casos, una mera ilusión que no obstante desempeña un papel ideológico definido en el pensamiento jurídico..." (SN, 26); *ficción y disimulación*: "Este postulado de la plenitud hermética del derecho cumple —a diferencia del ideal de completitud que tiene fundamento exclusivamente racional— una función política: es una ficción tendiente a disimular la inconsistencia de ciertos ideales políticos fuertemente arraigados en el pensamiento político" (SN, 227); *ficción*: "La ignorancia de la ley no es considerada como excusa válida, pues existe una presunción jurídica de que las leyes son conocidas por todos y esta presunción es *juris et de jure*, es decir, no admite prueba contraria. Desde luego, esta presunción es mera ficción" (AL, 74).

tica y no de la dogmática misma. Qué sucede, en definitiva, si no se entiende adecuadamente al Derecho, al discurso jurídico, sin esos elementos. ¿Por qué habría que eliminarlos? ¿No sería justamente distorsionadora una teoría que los expulse por irrelevantes? Dicho con las propias palabras de Alchourrón y Bulgín: "Tales teorías no sólo conducen a una distorsión de la función del derecho, sino también a una limitación muy inconveniente de la capacidad expresiva del lenguaje jurídico" (AL, 264).

Si se acepta tal perspectiva, las consecuencias son enormes. Habría, ante todo, tres componentes estrictamente jurídicos: normas, definiciones e ideogramas (ficciones, ilusiones, justificaciones, legitimaciones, metáforas, personificaciones...).

Surgen luego las preguntas: ¿cómo identificar a cada componente? ¿cómo distinguirlos? ¿cómo decidir si se está ante una norma, ante una definición o ante un ideograma? ¿qué consecuencias trae decidirse en uno u otro sentido? ¿qué relaciones mantienen los componentes entre sí? ¿cuáles son las funciones diferenciales?

Contestar esas preguntas es justamente la tarea de una teoría del discurso jurídico, aquí sólo sugerida o vislumbrada.

XII. EL ESQUEMA CONCEPTUAL

Retornemos a las definiciones. Si bien los autores destacan la importancia jurídica de las mismas, ellas se encuentran subordinadas a las normas. Su función, se dijo, es la de identificar a las normas²⁴.

"Pero Alchourrón y Bulgín intentan cosas distintas que, en apariencia, no han sacado mayores consecuencias. Al dar mayores precisiones sobre las definiciones, se destaca que

²⁴ Podría decirse al pasar que la admisión como jurídicos de los ideogramas no implica de suyo elevarlos a un primer plano (aunque sí es posible hacerlo). Los mismos podrían ser objeto de la misma estrategia que Alchourrón y Bulgín siguen al tratar las definiciones. Es decir, se encontrarían subordinados a las normas. Claro que su función, en vez de ser la de identificación, podría ser la de reforzar la función motivadora de las normas.

ellas dan lugar a enunciados necesarios, "cuya necesidad está basada en el significado del término definido, es decir se trata de enunciados analíticos" (AL, 457). Luego se sostiene que "los enunciados analíticos son inmunes frente a toda experiencia, en el sentido de que ninguna experiencia puede refutarlo, pero esto ocurre precisamente porque no dicen nada acerca de la realidad: no hacen más que hacer explícito el significado de ciertos términos" (AL, 458). Y un poco más adelante se agrega: "Esto no quiere decir, sin embargo, que los enunciados analíticos sean triviales; desempeñan un papel muy importante, pues al hacer explícito el significado de los términos ponen de manifiesto el aparato conceptual mediante el cual pensamos la realidad".

Si las definiciones forman parte del 'derecho', es el 'derecho' el que incluye como ingrediente un aparato conceptual mediante el cual "se piensa la realidad". Y sería bastante verosímil considerar que este aparato conceptual tiene una relevancia funcional mayor que la de simplemente contribuir a identificar normas.

No es forzado entender a este aparato conceptual en un contexto strawsoniano: entramado conceptual, stock de categorías o plano organizador de nuestra experiencia²⁵.

Recordemos que de acuerdo al programa expuesto en *Individuos*, exponer semejante esquema conceptual es tarea de una metafísica descriptiva; reformar ese esquema y/o proponer esquemas conceptuales alternativos es tarea, en cambio, de una metafísica revisionista. Strawson, por supuesto, hace del análisis del lenguaje ordinario el hilo conductor para develar (y luego clarificar) la estructura conceptual que conforma nuestro mundo; y trata de poner de manifiesto la, digámoslo así, metafísica implícita que funciona de hecho a través o por intermedio del lenguaje ordinario²⁶.

¿Qué pueden significar estas consideraciones en relación al 'derecho'? ¿Qué significa que el 'derecho' incluya un aparato conceptual?

²⁵ Otra vía posible (y que aquí sólo mencionamos) para entender al esquema conceptual sería apelando a la rica noción de mundo propuesta por N. Goodman, *Mundos de Hacer Mundos*, Visor, Madrid, 1990.

²⁶ Ver Strawson, P., *Individuos. Ensayo de Metafísica Descriptiva*, Taurus, Madrid, 1993.

Una posible respuesta es la siguiente. Las normas se destacan a partir de un trasfondo conceptual que organiza la experiencia. Por ejemplo: para la reconstrucción de un sector importante (pero no el único) del trasfondo conceptual del derecho moderno resulta crucial considerar como texto básico al Código Civil. A partir de dicho Código se puede construir el conjunto de definiciones y clasificaciones básicas que organizan el mundo social moderno. Tales definiciones y clasificaciones, lejos de ser elementos secundarios (o identificatorios) serían la base sobre la cual se articulan las normas. Piense en esos núcleos conceptuales, que internamente se ramifican en innumerables distinciones y categorías, del derecho civil: personas, cosas, hechos, relaciones entre personas (contratos, sucesiones), relaciones entre personas y cosas (derechos reales). Se trata de ese conjunto de categoría que Kelsen pretendía eliminar de la ciencia del derecho por ser metafísicas o superfluas. Pero la cuestión, similar a la ya vista en relación a los ideogramas, es que no forman parte de una ciencia sino del derecho mismo.

Para decirlo directa, tajantemente: el 'derecho' incluye una metafísica.

Claro que esta metafísica es particular. Quiero decir: relativa a coordenadas espaciales y temporales muy restringidas. Lo cual nos induce, entonces, a introducir la historicidad en el análisis explicativo del derecho.

Más que una respuesta estamos ante el embrión de una respuesta. O mejor dicho, ante una vía posible de investigación (un camino, una perspectiva) que sin dudas está sugerida y no realizada por los ensayos aquí concernidos. Son ramificadas las consecuencias. Citemos un último párrafo: "La importancia de las definiciones y de los enunciados analíticos es muy grande en toda ciencia empírica; hasta señalar que las grandes revoluciones científicas no se deben tanto al descubrimiento de nuevas leyes, como al cambio del aparato conceptual, es decir: cambio de definiciones y de los enunciados analíticos" (AL, 458). En vista del deslizamiento que operan nuestros autores, hay que advertir que todas las cuestiones giran en torno a las definiciones al interior del 'derecho' y no de la ciencia del derecho. El punto es la relevancia, función e importancia de un aparato conceptual integrado al sistema normativo. Si tomamos en cuenta esa advertencia, el párrafo citado revela una intuición de importancia: la conexión entre

las revoluciones jurídicas y el cambio del aparato conceptual. O en otros términos: un análisis de los actos y/o procesos revolucionarios tendría que poner especial atención más que en las normas en los cambios del aparato jurídico-conceptual. Lo cual nos remite, otra vez, a la historicidad, pues ¿qué más revelador de la historia que una ruptura revolucionaria?

Si estas tesis son aceptadas sería posible explicar, por ejemplo, la resistencia de la dogmática civil. Con resistencia quiero decir: su aparente escasa capacidad de mutación o, también, su aparente escasa receptividad a las teorías generales del derecho, centradas en su mayor parte en la noción de norma. Si se toma cualquier tratado de derecho civil (ya sea de este fin de siglo, de su comienzo o del siglo pasado) se ven proliferar las teorías, las clasificaciones, la discusión en torno a éstas y respecto a las definiciones... toda una actividad muy lejana a la descripción y sistematización de normas. Esto que hasta el presente aparece como un "defecto" de la dogmática civil ("retraso epistemológico" del que tanto se lamentan algunos teóricos generales) se mostraría como un defecto de las teorías generales. Pues la dogmática civil está reconstruyendo no sólo normas sino la médula del aparato conceptual del derecho moderno, la base categorial de la experiencia social moderna.

XIII. LA FORMA BÁSICA AMPLIADA

Estamos ante un texto jurídico. Podremos considerar como derecho *strictu sensu* o 'derecho' todas aquellas oraciones que se dejan reconstruir como normas, definiciones e ideogramas. Es decir: oraciones prescriptivas (prohibiciones, permisiones, obligaciones), aparato conceptual (definiciones y clasificaciones), enunciados legitimantes o ideogramas (ficciones, presunciones, transfiguraciones, justificaciones, personificaciones, metáforas).

La dogmática jurídica es la encargada de efectuar esa reconstrucción. Pero dado que no hay una evidencia clara y distinta que permita distinguir y deslindar a los componentes jurídicos (esto es: la opacidad del texto jurídico que hace difícil el trazado de una nítida frontera), en la base de la tarea dogmática hay un proceso de decisión. Esto da lugar a

plurales reconstrucciones, cada una de las cuales se considera a sí misma la correcta presentación del derecho positivo. Cada una de esas reconstrucciones se hace a partir (o en el contexto) de una teoría dogmática local, que aporta justificaciones que dan razón de aquella reconstrucción y que permiten afirmar que la misma es la correcta (y no simplemente arbitraria).

El texto jurídico, así, es el opaco lugar de una indecibilidad que requiere no de proposiciones descriptivas sino de teorías que decidan, que reconstruyan y que polemiquen. Esos tres aspectos se pueden resumir en el término *interpretación*.

La dogmática, entonces, es el lugar de una disputa, de una lucha, de un conflicto de lecturas.

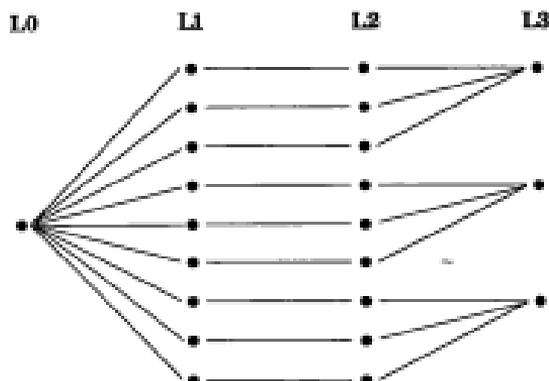
Por su parte, la teoría del nivel 3 tiene una doble faz. Por un lado ella es eminentemente explicativa, al presentarse como una teoría de las funciones, finalidades y caracteres del Derecho. Por otro lado ella es analítica, al aportar los criterios para reconstruir estrictamente al derecho-objeto. Resulta cristalina la correlación existente entre el análisis y la explicación.

Si recapitulamos el conjunto de rectificaciones efectuadas a la forma básica del discurso jurídico el panorama obtenido es muy diferente que el del inicio. El discurso jurídico ya no es lineal, sino ramificado. Cada nivel ya no es más unimodular, sino plurimodular. El criterio ya no es monista sino diferenciado. La dogmática ya no es descriptiva sino polémico-interpretativa. La teoría general ya no es sólo analítica sino que es explicativo-analítica.

Esto es:

- a) *ramificación* del discurso jurídico como tal
- b) *plurimodularidad* de cada uno de los niveles
- c) *diferenciación* en cuanto al criterio genérico de la teoría general
- d) *interpretación-reconstrucción* como tareas básicas de la dogmática
- e) *explicación y análisis* como tareas básicas de la teoría general
- f) *conflicto y polémica* como tonalidades globales.

Un esquema topológico adecuado de la forma básica ampliada del discurso jurídico sería el siguiente:



Saco algunas, muy pocas, consecuencias de esta ampliación de la forma básica del discurso jurídico:

a) los niveles, tanto en su interior como en su relación mutua, están atravesados de desajustes (en los términos canónicos de Althusser: *décalage*). El discurso no es un todo homogéneo y ajustado, sino una complicada red de conexiones y desconexiones, de ajustes y desajustes, de ligamentos y desfases²⁷;

b) el carácter polémico de las teorías (locales o globales, analíticas o explicativas) no puede desligarse de un encarnamiento institucional. Las polémicas se encarnan en instituciones. El qué y el cómo remiten a un quién. Y ese quién, como señalaba Hart, está atravesado por el deseo. De ahí no sólo el

²⁷ "La sospecha que despierta el caso Riviere alude, entonces, a la existencia de un desajuste entre el proceso de producción real y el objeto jurídico como eslabón último de una cadena que comienza en el marco de una experiencia llamada jurídica en cuanto conducta socialmente controlada y regulada, pasa por la esfera de las normas jurídicas y desemboca en la multiplicidad de las prácticas profesionales y en la ciencia jurídica", ver Mari, E., "Mai, Pierre Riviere... y el Mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas", en *El Discurso Jurídico*, cit., pág. 57.

combate honorable sino también esa mezquindad ligada a lo que Freud llamó el narcisismo de las pequeñas diferencias²⁸;

c) el escaso margen para predicar de alguna teoría la generalidad. Toda teoría, sea del nivel que sea, es particular. Esto es: históricamente fechada, encastrada en coordenadas espacio-temporales precisas;

d) la posibilidad de morigerar las críticas que Alchourrón y Bulygin le efectúan a ciertos aspectos kantianos de la teoría pura, por ejemplo el carácter creativo-constructivo que tiene la dogmática jurídica;

e) la sospecha de que además de los tres componentes señalados (normas, definiciones e ideologemas) haya que identificar otros, más sutiles, más diferenciados...

Tales son algunos de los caminos, vetas, hilos posibles para desarrollar una teoría del discurso jurídico.

XIV. CONCLUSIÓN

En su ensayo sobre la idea de validez en la teoría pura (AL, 499) Alchourrón y Bulygin señalan cuatro tesis como definitorias del positivismo: a) separación tajante entre ser y deber, b) la concepción no cognoscitiva de los juicios de valor y de las normas como prescripciones que no son ni verdaderas ni falsas, c) la tesis de la positividad del derecho y d) la distinción tajante entre descripción, razón, conocimiento jurídico y ciencia jurídica por un lado y prescripción, valoración, voluntad, creación del derecho y política jurídica por otro. A pesar de la importancia de las cuatro tesis, el centro de gravedad se desplaza hacia el último conjunto de oposiciones. "La distinción tajante entre los pares de conceptos: descripción vs. prescripción, conocimiento vs. valoración, ciencia vs.

²⁸ "En cierta ocasión me ocupé en el fenómeno de que las comunidades vecinas, y aún emparentadas, con precisamente las que más se combaten y desdistan entre sí, como, por ejemplo, españolas y portuguesas, alemanes del Norte y del Sur, ingleses y escoceses, etc.", ver Freud, S., *El Malestar en la Cultura*, Hispanamérica, Buenos Aires, 1961, *Obras Completas*, Vol. 17, pág. 3052.

política puede ser considerada como el núcleo del programa positivista de una ciencia avalorativa" (AL, 502).

En los párrafos anteriores se han dado un conjunto de elementos que tienden a diluir la nitidez de la tarea descriptiva. Se señaló la preeminencia de la interpretación, de la decisión y de la polémica (interpretación, decisión y polémica que en algún sentido implican una valoración). De ahí surge una sospecha ¿explicar cómo funciona el derecho no estaría en conexión con explicar cómo funciona el poder? De ser así, estaríamos en la puerta de considerar conectadas a las teorías del derecho y del poder (o, en los términos de Kelsen, a la ciencia y política jurídicas).

Doy un ejemplo, muy simple y brevemente expuesto. El texto constitucional incluye el artículo 14 bis.

Una primera teoría constitucional (1) dirá: ahí se expresan derechos, correlacionados a deberes y garantías. Tales derechos no tienen diferencia alguna con los restantes derechos constitucionales y, en consecuencia, merecen ser tratados como aquéllos. Es decir: hay allí un material textual relevante para la construcción del 'derecho constitucional argentino'.

Una segunda teoría (2), aceptando la precedente lectura dirá que tales 'derechos' reconstruidos son coherentes con los demás componentes jurídico-constitucionales. Correlativamente, una tercera teoría (3) al aceptar su capacidad de ser reconstruidos dirá que sí son un componente jurídico pero que, a diferencia de la teoría 2, ellos no son coherentes con el resto del 'derecho constitucional'. Serían, por decirlo así, un añadido que no es posible integrar al sistema jurídico constitucional.

Las teorías 2 y 3, por su parte, pueden dar lugar a diferentes valoraciones. Así, aceptando la juridicidad y la coherencia, se pedirá valorar tanto negativa (teoría 4) como positivamente (teoría 4) a tales componentes jurídicos. La misma bifurcación valorativa se da aceptando la juridicidad y la incoherencia (teorías 5 y 6).

Una séptima vía (7) considerará a dicho texto reconstruible jurídicamente, pero no en términos normativos (es decir como expresión de derechos), sino en términos ideológicos (mistificación, encubrimiento, etc.).

Puede admitirse una octava vía (8), calificable de "media". Para ella se trata sí de componentes jurídicos, pero ellos son

irreductiblemente ambiguos. Son (o pueden llegar a ser) tanto normas como ideologemas. Ello dependerá de, por ejemplo, relaciones de fuerza o de poder.

Una novena vía considerará, a diferencia de todas las anteriores, que en el texto considerado nada hay de 'derecho'. De ninguna manera él puede ser reconstruido o interpretado en términos estrictamente jurídicos. Esta vía da lugar, al menos, a dos teorías diferentes. Para una, la novena (9), tal texto no sólo no es jurídico sino que es por completo irrelevante considerarlo. Su lugar en una dogmática es totalmente superfluo. Para la décima teoría (10), si bien el texto no da lugar a lo jurídico sí en cambio es relevante considerarlo. Tal relevancia surge, por ejemplo, al no ser inocua su inclusión en un texto jurídico de la magnitud que tiene el texto constitucional. Dicha inclusión, usemos aquí un léxico de época, de promesas vacías e incumplibles es síntoma de una mala política legislativa y, peor aún, de la demagogia.

Es este el momento para recapturar la noción de *historias*, introducida al comienzo y a la que caracterizamos con suma brevedad. Alchourrón y Bulygin emplean esta noción al tratar el problema de los valores de verdad de las normas, es decir, el problema de "determinar en qué condiciones un enunciado que declara obligatoria, prohibida o permitida una determinada acción en una situación dada puede ser considerado como verdadero" (AL, 593).

Dichos valores dependen de tres factores. El primero es la *situación actual del agente*: "Necesitamos una descripción completa de la situación actual en que el agente tiene que tomar la decisión respecto de sus acciones futuras... es imprescindible contar con un catálogo completo de todos los hechos que caracterizan el estado del mundo en el momento en cuestión". El segundo, las *situaciones y alternativas futuras*: "También tenemos que tomar en cuenta las consecuencias de todas las acciones posibles, esto es, todas las situaciones futuras que pueden surgir como consecuencia de las acciones que el agente puede realizar y todas las acciones alternativas que serán accesibles para él en cada una de estas situaciones futuras".

Aquí se introduce la noción de *historia*: "Las situaciones y alternativas futuras pueden ser representadas mediante un árbol topológico, donde los círculos simbolizan las distintas

situaciones y las líneas, las diferentes alternativas. Llamaremos *historias* a cada una de las ramas del árbol de alternativas que recoge un punto (una situación) que corresponde a cada uno de los momentos temporales" (AL, 594).

Una historia, así, es un conjunto de situaciones que se generan gracias a un conjunto de decisiones a tomar frente a una serie de problemas.

El tercer factor es el orden jerárquico de las historias, pues "a fin de determinar qué debe hacer el agente en cada situación se necesita un orden jerárquico de todas las historias".

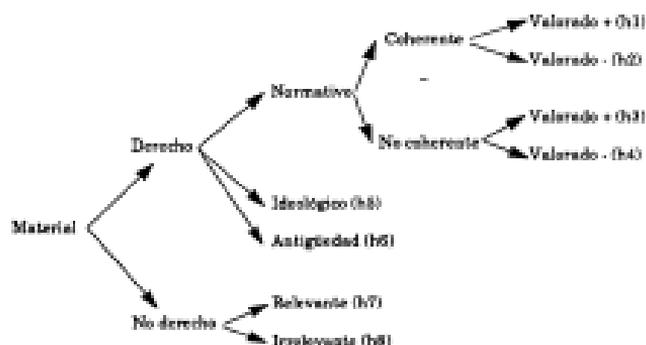
Ahora bien, según los autores los desacuerdos sobre la verdad deontica son de dos tipos. Por un lado, están los desacuerdos sobre las historias posibles, en tanto que el considerar diferentes hechos da lugar a diferentes historias. Por otro, desacuerdos en cuanto a las maneras de formar las jerarquías u órdenes jerárquicos de las historias. De ahí que los razonamientos prácticos persigan o logran un acuerdo sobre las historias o la aceptación de un orden jerárquico de las mismas, claro que "tales razonamientos no son deductivos ni inductivos, pues no tratan de justificar la realidad de determinados enunciados mediante la verdad de otros. Su objetivo es presentar una perspectiva de la realidad que debiera ser adoptada como criterio para la verdad deontica" (AL, 600). A su vez, a las diferentes historias o a las diferentes jerarquizaciones de las historias para un mismo problema práctico (a las diferentes "perspectivas de la realidad") los autores las denominan modelos deonticos.

Se aprecia que en este trabajo hemos hecho un uso analógico de la noción de historia, a la vez cercano y lejano al propuesto en AL. Por un lado, la desgajamos del específico problema que tratan los autores (el valor de verdad de los enunciados deonticos). Por otro, hemos tratado a lo que los autores llaman modelo también como una historia, llevando así a esta noción a un funcionamiento estilo muñeca rusa: una historia dentro de otra historia dentro de otra historia. Es decir, en el árbol topológico de Alcheurrón y Bulygin las historias son tanto las ramas como el árbol mismo. O también: un conjunto de historias también es una historia.

A la concepción del Derecho como discurso la denominamos una historia (que se encuentra en polémica con otras

historias que no consideran al Derecho como discurso). Entender al discurso jurídico como una forma básica es también una historia, pero que tiene la cualidad de contener dentro de sí sólo dos historias: la teoría general normativista y la dogmática descriptiva. En cambio, la característica de la forma ampliada o extendida es la de contener en su interior una proliferación polémica de historias. Son posibles varias teorías generales y también varias reconstrucciones dogmáticas. Es decir: varias historias en cada nivel.

Podemos volver ahora al ejemplo constitucional. Si disponemos las diferentes "teorías" en un árbol topológico podemos observar la existencia de ocho historias diferentes (insertas en un árbol a considerar también como una historia)²⁹:



Vemos aquí la pluralidad de desacuerdos. En primer lugar el desacuerdo sobre el 'derecho'. ¿Consideramos al frag-

²⁹ Habría mucho que decir sobre las presentaciones arborescentes, tan persistentes en la historia del derecho. Aquí lo utilizamos, pero dejamos la duda sobre su pertinencia para figurar la proliferación polémica que caracteriza al discurso jurídico, remitiendo de manera introductoria a las fulgurantes apreciaciones sobre redes, árboles y rizomas realizadas por Deleuze, G. y Guattari, F., *Mil Mesetas*, Pretextos, Valencia, 1988.

mento de texto constitucional en cuestión como derecho? Qué contestemos abre la posibilidad de grupos diferentes de historias. Si contestamos que "no" surge el desacuerdo sobre la relevancia de este texto no reconstruible como derecho. Si contestamos que "sí" surge el debate sobre qué tipo de componente jurídico es el expresado en ese texto. Recordemos las respuestas: en un caso normas, en otro ideogramas, en otro enunciados indecidibles. Luego, si se acepta que son normas surgen los desacuerdos sobre la coherencia de esas normas con las restantes normas constitucionales y, en fin, los desacuerdos sobre las valoraciones de esas normas:

No hay que ser muy perspicaz para percatarse de cuán diferentes son las consecuencias en uno y otro caso. Es decir y llevando el ejemplo a una dicotomía simplificada y extrema: muy diferente es el derecho positivo argentino si el texto constitucional en su artículo 14 ha se entiende como un racimo de promesas vacías (de palabras jurídicamente irrelevantes) o como un conjunto de derechos garantizados.

¿Qué revelaría esa diferencia? Varias cosas. Primero, la existencia de diferentes teorías analítico-explicativas. Segundo, la existencia de diferentes teorías dogmáticas locales. Tercero, la gran carga polémica que se crea entre las teorías. Cuarto, la común pretensión de estar refiriéndose al derecho positivo. Quinto: que las polémicas valorativas están conectadas a polémicas teóricas y que ambas remiten a una historia, es decir: a una perspectiva.

La conjunción de esas diferencias apunta a un fenómeno que hasta aquí no ha sido más que aludido: el poder, su ejercicio y la resistencia que se le ofrece. Las diferentes interpretaciones, las diferentes teorías constitucionales, se correlacionan con diferentes maneras de posicionarse en las encrucijadas actuales del ejercicio del poder. De ahí que sea cada vez más difícil efectuar distinciones razonables entre teoría constitucional y política constitucional, entre dogmática jurídica y política jurídica. Esto es: cada situación problemática, que ofrece diversas opciones o alternativas de resolución y ante la cual se toma una decisión, es tanto un campo de saber como un lugar de poder. Esto significa que el poder sería un elemento crucial no sólo en la interferencia polémica entre las historias sino al interior mismo de ellas.

Qué relaciones son allí pensables es una cuestión compleja y que no abordaremos aquí. Hacemos tan sólo una última

digresión. En el ensayo que cierra *AL* se sostiene que los derechos humanos son una frágil conquista y que, como tal, hay que cuidarla para que "como tantas otras" no se pierda. El contexto de esas consideraciones es la crítica de los intentos (tal el caso de Nino) de fundamentación moral de los derechos humanos y la correlativa afirmación de un escepticismo ético.

Los derechos se sostienen en sí mismos. No hay ni una moral absoluta ni un derecho natural. Son frágiles. Ello implica "afrontar la situación con decisión y coraje" (*AL*, 624)²⁴.

¿Qué significa en todo caso el término conquista? ¿Qué es una lógica (en un sentido amplio y quizás metafórico de la palabra 'lógica' de la conquista y de la defensa)? ¿No sería una lógica del poder? ¿No permitiría dicha lógica descifrar las polémicas y diferencias de la dogmática jurídica? ¿No sería la interpretación del texto constitucional en términos de derechos garantizados un momento nuclear de esa tarea de defensa de esas frágiles conquistas? Y por el contrario, ¿no sería la interpretación en términos de promesas vacías un medio de socavamiento? ¿No permitiría incluso, aquella lógica del poder, descifrar las polémicas y diferencias de las teorías analíticas y explicativas? ¿No sería esta la vía para descifrar lo que Hart llama el "deseo de los juristas"?

En fin, todo esto que hemos dicho en una modesta y muy sumaria lectura forma parte del discurso jurídico y, por ende, forma ínfima parte de ese conflicto, de esa contienda que en él se despliega y que en él se desarrolla.

²⁴ Esta posición, sin duda, es deudora de la actitud sostenida por Freud en textos como *El Porvenir de una Nación*. Desarrollar los ecos presentes nos llevaría más allá de los restringidos límites de este trabajo.

TRES CONCEPCIONES DE LA JUSTICIA CORRECTIVA Y DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL*

CARLOS F. ROSENKRANTZ**

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me ocuparé de la justicia correctiva, más precisamente, de las razones que existen para obligar a compensar¹ los daños causados a bienes de terceros sin el consen-

*Agradezco las observaciones formuladas a borradores anteriores por Ernesto Garzón Valdés, Ricardo Caracciolo, Martín Farrell, Juan Carlos Bayón, Bruce Ackerman, Liam Murphy, Marcelo Alegre, Eduardo Rivera López, Norberto Spolansky y a las innumerables discusiones con Gabriel Bouzas y Jorge Barraguirre. También agradezco a los asistentes a las presentaciones que realicé en New York University, Universidad Torcuato Di Tella y en el seminario anual de Filosofía en Vaquerías, Córdoba. Parte de la financiación para este trabajo fue proporcionada por la Universidad de San Andrés, Argentina.

**Abogado, Primera de Promoción (UBA), Master y Doctor en Derecho (Yale University); Profesor UBA; Profesor Visitante U. de San Andrés, Argentina y Pompeu Fabra, Barcelona; Global Law Professor, New York University.

¹ Hay muchos conceptos distintos de lo que significa compensar. Sin embargo, creo que la reducción que de ellos ha hecho Robert Goodin es apropiada. Goodin sostiene que podemos compensar a los efectos de proveer a la gente con iguales medios para perseguir los mismos fines. Llama a este tipo de compensación "means replacing compensation". Por otro lado, podemos compensar para ayudar a la gente a que persiga otros fines de una manera que los deje en la misma situación subjetiva en la que estarían si no hubiesen sufrido ningún daño. Llama a este tipo de compensación "ends displacing compensation". Entre ambas sugiere que la justicia correctiva debe tender a satisfacer el segundo concepto. Véase, Robert Goodin, "Theories of Compensation", en *Liability and Responsibility*, R.C. Frey Christopher W. Morris (ed), Cambridge University Press, 1991.

timiento de sus respectivos titulares². Estoy convencido de que la respuesta a este problema tiene una enorme implicancia práctica pues determina la forma en que debemos resolver las cuestiones más difíciles del derecho de la responsabilidad extracontractual³. En efecto, la cuestión de si, tal como proponen algunos autores para el caso de daños masivos, debemos compensar por el mero hecho de imponer a otros el riesgo de dichos daños, o la cuestión de si, tal como sucede con el régimen de responsabilidad por accidentes automovilísticos neocelandés, los daños deben ser pagados por partidas provenientes de rentas generales y no por quien los causó, sólo pueden resolverse recurriendo a las razones que en última instancia justifican la obligación de compensar.

En las secciones VII y subsiguientes de este trabajo ofreceré los rasgos esenciales de lo que considero la mejor concepción de la justicia correctiva así como algunos de los problemas que ella presenta. Previamente, en las secciones II y III describiré dos concepciones distintas, la concepción económica y la concepción retributiva. En las secciones V y VI criticaré a ambas. Por último, en la sección XII concluiré con algunas reflexiones de carácter general referidas a los problemas esencialmente jurídicos.

II. LA CONCEPCIÓN ECONÓMICA

Muchos autores contemporáneos han adoptado un criterio eminentemente económico para decidir qué daños deben ser soportados por las víctimas, y cuáles compensados por quienes los han causado⁴.

² Si bien es posible dañar a otro con su consentimiento este problema es mejor analizado a la luz de la justicia contractual.

³ Esta cuestión ha sido postergada en las discusiones filosóficas. Aristóteles se ocupó largamente de las cuestiones (Véase, Aristotle, *Nicomachean Ethics*; Weinrib, Ernest J., "Aristotle's Forms of Justice", *Raino Juris*, Vol. 1, pág. 86, 1988; Posner, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard U. Press, págs. 313 y sigs., 1990). Pero entre los modernos tan poca atención nunca fue prodigada. Los mejores esfuerzos se dirigieron a resolver los problemas de la justicia distributiva y retributiva.

⁴ Muchas han sostenido que la concepción económica comenzó con el famoso artículo de Ronald Coase "The Problem of Social Cost" (*The Journal*

Sostienen que las reglas de la responsabilidad extracontractual deben ser concebidas como instrumentos al servicio de la eficiencia. Afirman, además, que la eficiencia debe ser entendida a la Kaldor-Hicks, concluyendo que una sociedad, una institución o una norma jurídica es más eficiente que otra siempre que los que se benefician con dicha sociedad, institución o norma jurídica, ganan más de lo que pierden quienes se perjudican con ella⁵.

Para quienes no se encuentran familiarizados con las posiciones sustentadas por estos autores no será fácil advertir cómo solucionar la cuestión de quién debe compensar qué daños a los efectos de lograr la eficiencia. Sin embargo, los principios que estos autores proponen son claros. Veamos primero como reinterpretan el concepto de la "culpa" extracontractual.

Suponga que A causa un daño d a B mediante la acción p. Suponga que B inicia un juicio para obtener la compensación correspondiente de A. La cuestión debatida en dicho juicio es quién, A o B, debe cargar con el daño d⁶.

Los partidarios de concepciones económicas de la responsabilidad sostienen que esta cuestión debe resolverse de la siguiente manera: para saber si A debe cargar con el daño hay que saber si A actuó con culpa. Pero la culpa del agente causal no debe ser entendida de la manera tradicional. Por el contrario, para saber si hay culpa, hay que investigar, primero, la probabilidad de que la acción p de A cause d; segundo, la gravedad de d y, tercero, el costo que implica para A las precauciones adecuadas para prevenir d.

of Law and Economics, 3, 1969). Así, Bribal, Joaquín, introducción a la edición castellana del *Costo de los Accidentes de Guido Calabresi*, Ariel, Barcelona, 1984. Mi impresión es que Casso se limitó a señalar una particularidad del funcionamiento de los mercados a la que el *welfare economic* no había prestado suficiente atención: la irrelevancia de la asignación de derechos para determinar las consecuencias de un determinado resultado social en condiciones de mercados ideales sin costos de transacción.

⁵ Véase Coleman, Jules, "Efficiency, utility and wealth maximization" en *Markets, Morals and the Law*, Cambridge U. Press, págs. 95 y sigs.

⁶ Véase Posner, Richard, "A Theory of Negligence", *Journal of Legal Studies*, Vol. 29, 1972; *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 1977, págs. 122 y sigs.

El principio que estos autores adoptan, siguiendo el dictamen de una famosa sentencia del juez Learned Hand en el caso *United States vs. Carroll Towing Co.* (159 F. 2d. 169-1947), es el siguiente: si el costo de las precauciones adecuadas para prevenir *d* hubiese sido menor que el costo de *d*, descontado por la probabilidad de que *d* ocurra, la conducta de A debería considerarse "culpable o negligente" y, por lo tanto, A debería compensar a B por los daños que le causó.

La razón por la que la noción de culpa debe ser reinterpretada y, por consiguiente, la cuestión de la responsabilidad de A por los daños que causó debe ser decidida tomando en cuenta el costo de evitar la conducta dañosa es que ello garantiza la eficiencia. Ello así por dos razones. En primer lugar, la reinterpretación garantiza que cuando la única manera de evitar los daños es abstenerse de la conducta en cuestión, A nunca deberá abstenerse de realizar dicha conducta si ella beneficia más a A de lo que perjudica a B lo que, de acuerdo con la definición más arriba mencionada, es una solución eficiente. En segundo lugar, en la hipótesis de que para evitar los daños a B no haga falta abstenerse de realizar la conducta en cuestión sino sencillamente adoptar determinadas precauciones, A nunca deberá adoptar las precauciones que le causan más perjuicios a A que los beneficios que dichas precauciones le reportan a B, lo que también es una solución eficiente.

Pero las recomendaciones de estos autores no se agotan en la reinterpretación del concepto de la "culpa extracontractual". Sostienen, además, que en virtud de que los daños pueden ser prevenidos tanto por el agente causal del daño como por la víctima, a los efectos de adoptar la solución más eficiente para el caso, es decir la solución en la que quienes se benefician ganan más que lo que pierden quienes se perjudican, es preciso incluir un principio jurídico adicional.

Este principio, llamado el principio del "cheaper cost avoider" o del evitador más barato de costos, dispone que en los casos en que tanto el agente causal del daño como la víctima del mismo pueden evitar el accidente, mediante precauciones cuyos costos son menores que el costo del accidente descontado por la probabilidad de su ocurrencia, debería cargarse la responsabilidad del accidente a aquel de los dos que lo puede evitar en forma más económica.

Así, suponga que A causa un daño *d* a B mediante la

conducta p que reporta a A una utilidad de 30. Suponga que la probabilidad de ocurrencia de d es 0,5, su magnitud es 20, las precauciones que A debería tomar al realizar la conducta p para evitar d equivalen a 8, mientras que las precauciones con las que B podría evitar el accidente equivalen a 2. No obstante que ambos deberían ser considerados culpables, en virtud de que la reconstrucción del concepto de "culpa" más arriba referido, sólo B debería cargar con el costo del accidente pues B , y no A , es quien lo puede evitar en forma más económica. La solución eficiente es que B , y sólo B , cargue con los daños pues esa es la manera en que los que ganan con la solución del problema ganen más que lo que pierden quienes pierden.

En efecto, si A fuese obligado a compensar a B ganaría 22. Dado que el costo de las precauciones es menor que el costo del daño descontado por la probabilidad de su ocurrencia A gastaría 8 en precauciones, los que descontados de la utilidad de 30 que le reporta el daño resultan en su ganancia de 22. B no gastaría nada pues no sufriría el daño ni invertiría en prevención. Si, por el contrario, B fuese obligado a cargar con su daño A no invertiría en prevención, por lo que su ganancia de 30 se mantendría inalterada. B , por su parte, perdería sólo 2, que los invertiría en prevención dado que los costos de prevención son menores que el costo del daño por la probabilidad de su ocurrencia. Si comparamos lo que gana cada uno en cada una de las soluciones posibles vemos que si B fuese obligado a cargar con el daño, A ganaría 8 mientras que B perdería 2. Si A fuese obligado a compensar el daño A perdería 8 mientras que B ganaría sólo 2. Como 8, la ganancia de A cuando B carga con el daño, es mayor que 2, la ganancia de B cuando A tiene la obligación de compensar, la solución que B cargue con su daño es más eficiente que la alternativa.

Llamaré a la concepción de la justicia correctiva delineada por las ideas anteriores, "la concepción económica" (En adelante CE)³. Los autores más importantes de esta tradición

³ Jorge Bustamante es un autor que en la Argentina se ubica en esta tradición económica. Véase, Bustamante, Jorge Eduardo, "Análisis Económico de la Responsabilidad Civil" en *Responsabilidad por Daños, Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo, Buenos Aires, 1998.

son Richard Posner, Profesor de la Universidad de Chicago y Juez de la Cámara Federal, y Guido Calabresi, Profesor de la Universidad de Yale y ahora también Juez de la Cámara Federal⁸. Las revistas en las que usualmente se discuten sus

⁸ Las particularidades del enfoque de Calabresi merecen las siguientes aclaraciones. En primer lugar, para Calabresi los costos de los accidentes no son solamente los costos ocasionados a la víctima del mismo, a los que llama "costos primarios". Los accidentes acarrian costos adicionales, como los ocasionados a la víctima por el hecho de que sea ella quien deba cargar con todos los costos del accidente. La idea de Calabresi es que es más costoso que todos los costos del accidente sean cargados por la víctima a que ellos sean distribuidos entre toda la comunidad. Este "plus" en el costo es llamada por Calabresi "costo secundario" del accidente. Por último, los costos derivados de administrar un sistema de imposición de costos de los accidentes constituyen lo que Calabresi llama "costos terciarios". En virtud de lo anterior, Calabresi sugiere distintas medidas para minimizar los costos de los accidentes las que, en muchas ocasiones, determinan un apartamiento de la regla del "evitador más barato de costos". Así, cuando la imposición de la obligación de cargar con los daños al evitador más barato de costos resulta en un aumento de los costos secundarios (por ejemplo, cuando el evitador más barato es un agente —un consumidor— que no puede trasladar el costo del accidente no lo puede trasladar a los precios) es mejor que los costos no sean soportados por él sino por algún otro agente. Dada la relevancia que Calabresi adjudica a los tres tipos de costos, Calabresi sostiene que el accidente debe ser evitado por: a) quien lo puede evitar en forma más económica; b) quien puede asegurarse contra la ocurrencia del accidente en forma más económica; c) quien puede trasladar más fácilmente el costo del error de ser identificado como aquel que puede evitar el accidente en forma más económica. De acuerdo con Calabresi, la víctima debe cargar con el costo del accidente si ella lo pudo evitar en forma más económica que quien lo causó, salvo que quien causó el accidente, no obstante no poder evitarlo en forma más económica, lo pudo haber previsto o lo pudo haber trasladado en forma más económica. Otra particularidad del enfoque de Calabresi es su creencia de que lo que debe hacerse en el caso de daños a bienes de terceros puede depender no sólo de consideraciones basadas en la eficiencia, sino también de cuestiones de equidad, o de otras razones de justicia. Así, considera que la equidad o la justicia pueden ser usadas como consideraciones-*veto*, es decir consideraciones que impiden que se persiga otro valor que ellas mismas. De todos modos, y a pesar de esta limitación al ámbito en el que la eficiencia es soberana, para Calabresi el propósito central del derecho de los accidentes es un propósito económico consistente en la reducción del costo de los mismos, o dicho más precisamente, en la minimización de la suma del costo de los accidentes con más los costos de evitarlos. Véase, Guido Calabresi, *op. cit.*, nota 4; Guido Calabresi & Douglas Melamed, "Property rules, liability rules and inalienability: one view of the Chateaufort", *Harvard Law Review*, 85 (1972);

posiciones son el *Journal of Legal Studies*, el *Journal of Law and Economics*, etc.

III. LA CONCEPCIÓN RETRIBUTIVA

Otro grupo de autores se opone frontalmente a las ideas anteriores. De acuerdo con ellos la cuestión de qué daños deben ser soportados por las víctimas y cuáles compensados por quienes los han causado es parasitaria de la cuestión si las acciones que causaron los daños han sido correctas o no. Así, debemos compensar las consecuencias de nuestras acciones incorrectas, es decir las consecuencias de las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado, mientras que las víctimas deben soportar las consecuencias dañosas de nuestras acciones correctas, es decir las acciones que todas las cosas consideradas no deberíamos haber realizado. Llamaré a la concepción de la responsabilidad delineada por estas ideas "la concepción retributiva" (en adelante CR).

Existen muchas formas distintas de CR como consecuencia de los distintos puntos de vista acerca de lo que debemos entender por la "incorrección" de una acción.

En este sentido, algunos creen que las acciones incorrectas son todas aquellas que, independientemente de ser dañosas o no dañosas, imponen a terceros un riesgo de daño de distinta naturaleza y/o grado que el riesgo que los terceros imponen a quien realiza la acción en cuestión.

George Fletcher⁶ en un trabajo de enorme influencia en todo el ámbito del Common Law, ha sostenido que la responsabilidad extracontractual puede explicarse, y justificarse, en términos de un paradigma de acuerdo con el cual la única razón por la que la víctima de un daño puede aspirar a su compensación, es el hecho de haber sido sometida por el cau-

Guido Calabresi & Jon Hirschoff, "Toward a test for strict liability in torts", *Yale Law Journal*, 81.

⁶ Véase, Fletcher, George, "Fairness and utility in tort theory", *Harvard Law Review*, 85 (1972). Reimpreso en *Law, Economics and Philosophy*, Mark Kuperberg y Charles Beitz (ed), Rowman & Allanheld, 1983.

sante de dicho daño a un riesgo que ella, a su vez, no impuso al causante, es decir, un riesgo no recíproco. Por el contrario, si el daño fuera la consecuencia de un riesgo de la misma naturaleza y grado que el riesgo que la víctima impone al causante, aquella no tendría título alguno para la compensación¹⁰. Naturalmente, Fletcher llamó a este paradigma "el paradigma de la reciprocidad".

Otros autores parten de una interpretación distinta de lo que significa la "incorrección" de las acciones. Sostienen que las acciones incorrectas son aquellas que resultan de la violación de un nivel razonable de cuidado y atención por los bienes de los demás, nivel que se construye objetivamente. Un ejemplo de esta visión es la teoría del Profesor de la Universidad de Edimburgo I. MacCormick.

Antes de abordar la posición de MacCormick es necesario establecer una distinción entre dos tipos distintos de concepciones retributivas. Por un lado, concepciones retributivas de acuerdo con las cuales lo que justifica la compensación es la existencia de un vicio en el carácter moral del agente. De acuerdo con este tipo de concepciones retributivas, sólo cuando el agente fuese moralmente reprochable por alguna conducta podría imputársele la obligación de reparar. Este tipo de retributivismo es el que generalmente se asocia con algunas justificaciones de la imposición de penas, como por ejemplo la de Kant. Por otro lado, concepciones retributivas en las que el carácter moral del agente no se tiene en cuenta para imputar la obligación de reparar, considerándose que lo único trascendente es la corrección o incorrección de la acción realizada, objetivamente considerada.

MacCormick¹¹, al igual que Fletcher, no defiende una concepción retributiva del primer tipo. Cree que ningún ar-

¹⁰ Fletcher afirmaba "el principio... (de la reciprocidad)... se expresa en muchas situaciones gobernadas por diversos criterios doctrinales en que la víctima tiene derecho a recobrar los daños causados por un riesgo más grande en grado y diferente en naturaleza de aquellos creados por la víctima e impuestos por ella al demandante" (pág. 253).

¹¹ Véase MacCormick, Neil, "The Obligation to Repair" en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1977-1978. Reimpreso en castellano bajo el título "La Obligación de Reparación" en *Derecho Legal y Socialdemocracia*, Neil MacCormick, Tecnos, Madrid, 1990.

gumento basado en la retribución al carácter del agente puede justificar de manera satisfactoria la obligación de reparar. Ello así pues, en opinión de MacCormick, la obligación de reparar no tiene relación alguna con el carácter malicioso o intencional de las acciones dañosas (pág. 173). Su concepción es una concepción retributiva del segundo tipo.

MacCormick, invocando a Hume, sostiene que el principio en virtud del cual debe imponerse la obligación de compensar es aquel que establece que "cada uno tiene derecho a estar protegido frente a los daños... ocasionados por cualquier pérdida de un nivel razonable de cuidado y atención por parte de cualquier otra persona" (pág. 175). De este modo, de acuerdo con MacCormick, sólo la realización de alguna acción que no tuviera el nivel razonable de cuidado y atención podría justificar la pretensión de reparación de una víctima.

Por último, están quienes afirman que la "incorrección" de una acción es una función del grado de reprochabilidad moral del agente al realizar la acción que causó el daño en cuestión la que, a su vez, depende de si dicha acción fue causada en forma intencional o culpable.

Weinrib, uno de los más prestigiosos autores canadienses, defiende una concepción de este tipo¹². En efecto, a lo largo de lo que considera líneas kantianas de pensamiento, aunque seguramente coinciden con las aristotélicas en este punto¹³, sostiene que sólo cuando la acción de un individuo es de algún modo culpable es decir, manifiesta algún grado de reprochabilidad moral, puede imponérsele la obligación de compensar los daños que causa. En opinión de Weinrib, la imposición de la obligación de compensar los daños causados con independencia de la existencia de culpa o dolo sólo puede hacerse si estamos dispuestos a sostener que debemos compensar los daños causados por fuerzas de la naturaleza pues nuestra contribución al daño es idéntica en ambos casos.

¹² Véase Weinrib, Ernest J., "Toward a Moral Theory of Negligence Law", *Journal of Law and Philosophy* (1983), "Causation and Wrongdoing" en 63 *Chicago-Kent Law Review*, "Legal Formalism" en 97 *Yale Law Review*, pág. 949, "Corrective Justice", *Iowa Law Review*, Vol. 77, n. 2 (1992).

¹³ Aristotéles, como Weinrib, asegura que sólo los daños intencionales eran incorrectos. Véase, Posner, Richard, op. cit., nota 3, págs. 315 y sigs. y Weinrib, Ernest J., op. cit., nota 3.

Cuando producimos un daño sin culpa ni dolo nuestra agencia está ausente del mismo modo que cuando un hecho natural es quien produce dicho daño.

En virtud de las consideraciones precedentes, Weinrib sostiene que no puede aceptarse la responsabilidad objetiva y que debe relevarse de la obligación de compensar a todos los causantes de daños no intencionales.

Las diferencias en lo que se entiende por la "incorrección" de una acción determina diferencias sustantivas. Así, en el caso de que A realiza la acción p que ocasiona un daño d a B y se discute si B debe ser compensado por A, quienes piensan como Fletcher investigarán si A y B pertenecían a la misma comunidad de riesgo, tal que se imponían riesgos de la misma naturaleza y grado o si, por el contrario, eran miembros de comunidades de riesgos diferentes. Si ambos pertenecían a la misma comunidad, A no debería indemnizar a B pues lo que hizo no participa de ninguna característica de las acciones incorrectas. Repárese que para los fletcherianos la cuestión del contenido subjetivo de la acción p de A no es importante. A pudo haber realizado p intencionalmente o no, culpablemente o no. Lo que determina su responsabilidad es un rasgo de la acción objetivamente considerada.

Quienes piensan como MacCormick suscriben criterios diferentes. Para ellos, la cuestión central es el criterio de culpa o negligencia. Investigarán los estándares sociales que determinan los casos en los que faltó un nivel adecuado de prudencia y aquellos donde este nivel fue satisfecho. Tampoco tienen en cuenta el contenido subjetivo de la conducta. No se preocupan por saber si A manifestó mediante la acción p una mala intención, sino si realizó la acción p y al hacerlo violó alguno de estos estándares sociales.

Por último, para quienes piensan como Weinrib lo central es el contenido subjetivo de la conducta. Lo que importa es si A realizó p y dicha realización demuestra que A es una persona con mala intención o que, por lo menos, tuvo mala intención al realizar la acción en cuestión. Por ello, no se preocupan por el riesgo que A le impone a B, ni siquiera por si p es una consecuencia de haberse violado un estándar de cuidado y diligencia, sino por saber si A actuó de la manera característica de las personas reprochables.

IV. LAS DOS CONCEPCIONES Y SUS ATRACTIVOS

Las dos concepciones anteriores son indudablemente atractivas. La CE deriva parte de su atractivo de lo que se ha dado en llamar por sus partidarios "el valor de la riqueza". La idea es que un sistema de responsabilidad civil eficiente donde los costos de los accidentes son evitados por los evitadores más baratos, independientemente de quién sea el agente causal de los mismos, tiende a producir una sociedad con más bienes.

Ello es así, sencillamente, pues si los daños son evitados por el evitador más barato se minimizan la cantidad de recursos sociales que se destinan a evitar los daños lo que produce un ahorro social o, lo que es lo mismo, un incremento de la riqueza.

Pero la CE tiene otro atractivo. Lo que sigue sólo se entiende si se tiene en mente una distinción entre lo que puede llamarse la "riqueza estática" y la "riqueza dinámica". La "riqueza estática" hace referencia a nuestra preferencia por aquella sociedad con más bienes o con la misma cantidad de bienes en manos de quienes más los valúan. Así si S' tiene más bienes que S dado el valor de la riqueza, preferiremos a S' . La "riqueza dinámica" hace referencia a nuestra preferencia por aquellas sociedades que cuentan con instituciones que permiten generar más riqueza. Si los bienes existentes en la sociedad no dependiesen de modo alguno de un sistema de incentivos para producirlos, la "riqueza estática" y la "riqueza dinámica" serían la misma cosa. Pero si este no es el caso, es decir si los bienes dependen de un sistema de incentivos ambas cosas son distintas¹⁴.

La imposición del costo de los accidentes al evitador más barato genera mejores condiciones institucionales. En efecto, si liberamos de la obligación de evitar los daños a quienes sólo pueden hacerlo de modo más costoso creamos condiciones que hacen posible que, en ciertas circunstancias, la sociedad produzca más bienes de lo que produciría si imponemos la obligación de prevenir los daños a quienes no son los evitadores más baratos.

¹⁴ Véase Russell, Hurdin, "The morality of law and economics", en *Law and Philosophy*, Vol. 11 (1992), págs. 331-364.

Un ejemplo ayudará a ver el punto. Si imponemos a A la obligación de compensar el daño d causado a B por A cuando éste produce f , incluso en aquellos casos en que A sólo puede evitar el daño a un costo mayor que el valor de f , A no producirá f . Pero si la obligación de cargar con el daño se impusiera a B, cuando lo puede evitar en forma más económica que el valor de f , A continuará produciendo f . Si A continúa con la producción de f la sociedad estará mejor pues la producción de f agrega más valor que el que se pierde con el costo de prevenir el daño d por B causado por A cuando este produce f , pues como dije más arriba, B puede prevenir el daño a un costo menor que F .

CR también es atractiva, aunque su atractivo depende de consideraciones más sutiles de las que sustentan a CE. En efecto, el punto a favor de CR no deriva de algo tan tangible como la cantidad de bienes de una sociedad (la forma en la que ellos se encuentran distribuidos) o la existencia de instituciones reproductivas de estos bienes. Por el contrario, CR es atractiva pues es una posición que parece explicar y, al mismo tiempo, reforzar categorías y distinciones conceptuales que no estamos dispuestos a abandonar.

El principio central de CR es que sólo se deben compensar los daños producidos por acciones incorrectas: nadie que ha realizado una acción que toda las cosas consideradas no debió no haber realizado puede ser obligado a compensar.

Ahora bien, este rasgo parece derivarse de la misma distinción entre lo correcto y lo incorrecto. En efecto, si tuviéramos la obligación de compensar en todos los casos en que causamos daños, aun cuando los daños fueran la consecuencia de conductas que no deberíamos haber evitado, ¿qué sentido tendría distinguir entre lo correcto y lo incorrecto? ¿Cuál sería la justificación de esta distinción? Si las consecuencias normativas de lo correcto y lo incorrecto fueran las mismas nuestro continuo apego a dicha distinción no podría explicarse sino como un resabio de algún prejuicio sin fundamento aparente.

En síntesis, CR parece ser la concepción adecuada toda vez que no sólo nos explica porqué distinguimos entre lo correcto y lo incorrecto sino que, además, nos permite reforzar esta distinción.

V. EL PROBLEMA DE LA CONCEPCIÓN ECONÓMICA

No obstante sus atractivos ambas concepciones han sido objeto de ataques contundentes. A la CE se la atacó desde la trinchera política afirmando las pésimas consecuencias que su adopción habría de tener en la distribución de los recursos sociales¹⁸. La base de la crítica es que la CE es socialmente regresiva.

Según hemos visto para maximizar la eficiencia se debe comparar el valor del daño causado con el costo involucrado en evitar dicho daño. Ahora bien, para la CE el valor del daño causado y el valor del costo de evitarlo dependen del valor de mercado de ambos¹⁹. El valor de mercado del costo del daño depende de cuánto está dispuesto a pagarse en el mercado por un bien como el que se daña. El valor de mercado del costo de evitar el daño, de cuánto cuesta en el mercado hacer lo necesario para que el daño no se produzca.

En virtud de que la cantidad que se está dispuesto a pagar depende, a su vez, de la capacidad de pago, el costo del daño dependerá de la categoría de personas que lo sufren mientras que el costo de evitar el daño dependerá de la clase de actividad que produce dicho daño. Si esta actividad es altamente valorada en el mercado por quienes tienen alta capacidad de pago, el costo de evitar el daño será alto, cuando el daño sólo pueda evitarse no realizando la actividad en cuestión. Por el contrario, el costo de evitar el daño será bajo cuando la actividad no es altamente valorada en el mercado por quienes tienen alta capacidad de pago. En relación al costo del daño éste será alto si quienes lo sufren son quienes tienen alta capacidad de pago, mientras que será bajo si lo sufren quienes tienen baja capacidad de pago.

Dado todo lo anterior, sostienen los críticos, la concepción económica beneficia a los ricos. La hipótesis es la siguiente, cuando los ricos prefieren una actividad, ella se lle-

¹⁸ Véase Hiers, Liborio, "La pobreza como injusticia", *Doxa*, Vol. 7, pág. 946.

¹⁹ El valor de mercado de un bien es, según Paaner, "la voluntad de pagar" por dicho bien existente en el mercado. Véase "A theory...", *cit.*, pág. 121, nota 2.

vará a cabo aunque sufran los daños de dicha actividad los pobres. Ello así, pues los ricos pueden pagar más por dicha actividad que los pobres por evitar que dicha actividad se realice. Esto no constituiría un problema *per se* si los ricos compensaran a los pobres por los daños que causan las actividades que prefieren. Pero como la concepción económica sostiene que los daños no deben ser compensados por quienes los causan sino que soportados por quienes los pueden evitar en forma más económica, puede suceder que los pobres deban cargar con los costos de los daños, aun cuando ellos no sean quienes se benefician con las actividades que los causan, si son los evitadores más baratos.

En síntesis, los críticos sostienen, en ciertas circunstancias la concepción económica tolera las transferencias de riqueza de los pobres a los ricos.

No creo que esta crítica sea fuerte, no obstante que me simpatiza la indignación de la que nace. Aun cuando la CE favorezca la transferencia de recursos hacia las manos de quienes más tienen, ello no implica, necesariamente, que los partidarios de CE sean además partidarios de la injusticia. La CE sería partidaria de la injusticia si afirmase que las injusticias producidas por un sistema de responsabilidad extracontractual que tiene por objetivo la eficiencia no deben ser morigeradas por otras instituciones. Pero ello no es así. La CE no necesita comprometerse con la idea de que la eficiencia sea el único ideal social y que como tal, debe guiar la actividad de todas las instituciones sociales. Tal como cree Posner, es posible pensar que la eficiencia es un valor institucional al que deben aspirar los legisladores cuando aprueban las reglas de la responsabilidad extracontractual o los jueces cuando resuelven casos de ese tipo, mientras otras instituciones deben encargarse de realizar valores como la igualdad y la redistribución¹⁷.

¹⁷ Véase, Landes, William M., & Posner, Richard, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, 1987, págs. 18 y sigs. La idea es que existe una división institucional del trabajo entre los jueces, quienes deben maximizar la riqueza, y los legisladores, que deben distribuir. Esta idea había sido anticipada por Posner en "Wealth maximization revisited", *Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2, págs. 104-5. La misma idea está detrás de Steven Shavell ("A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulesmaking: Should Distributional Equity

Tampoco creo que sea adecuado criticar a la CE por el método de su fundamentación filosófica. Es cierto que sus partidarios no han tenido vocación por la construcción de argumentos filosóficos. Sin embargo, nada impide que la maximización de la riqueza sea defendida con los mismos elementos heurísticos (por ejemplo, la posición originaria de Rawls, el observador imparcial de Sidgwick, la situación de discurso ideal de Habermas, etc.), con las mismas presuposiciones filosóficas (sentido de la justicia, de lo racional y razonable, antropología filosófica, etc.) con las que se defienden otros valores¹⁸.

Pero la inmunidad a estas críticas no implica aceptación. Más aún, los problemas de la CE son más básicos de lo que sugieren las críticas anteriores. Ellos no están relacionados con las consecuencias políticas ni con la metodología filosófica sino con una idea más profunda e importante que, según creo, se encuentra en la base de todas nuestras convicciones morales y jurídicas, más precisamente, la relevancia moral de las acciones.

En efecto, los principios de la CE sólo tienen sentido si creemos que no importa la forma en que los daños son producidos. Si las acciones contaran, si el hecho de que fue A y

Matter Given Optimal Income Taxation?", 71 *American Economic Review, Papers & Proceedings*, 1981) para quien, en definitiva, el conflicto entre eficiencia y justicia en las decisiones judiciales es intrascendente pues, en última instancia, el Estado puede obtener la distribución de recursos que considera óptima a través de una adecuada estructura impositiva. Con anterioridad a la publicación de los artículos mencionados más arriba, Posner había argumentado que todo el derecho debía ser concebido como una herramienta para aumentar la riqueza de la sociedad ("Utilitarianism, Economics and Legal Theory", *Journal of Legal Studies* 8, [1979], pág. 1931. Sin embargo, a partir de "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication" (*Hostra Law Review* 8, 1980) Posner ha restringido sus afirmaciones sosteniendo que la riqueza no es un valor omnicompreensivo o, mejor dicho, que la maximización de la riqueza no es un valor que informa todo el derecho sino sólo el derecho de los daños.

¹⁸ Dworkin (véase Dworkin, Ronald, "Why Efficiency?" en *A Matter of Principle*, Harvard University Press [1985], pág. 267) sostuvo que es posible defender a la riqueza de manera similar a la que se defienden otros valores sociales. En otro lugar ha criticado a Dworkin por admitir esta posibilidad (véase Carlos Rosenkrantz, "El valor de la riqueza: Algunas consideraciones sobre Dworkin y el Análisis Económico del Derecho", *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, Vol. 1, no. 1, 1993).

no B quien causó el daño en cuestión fuera un hecho relevante con aptitud para determinar que A y no B debe compensar el daño, no sería posible aceptar CE pues ella requiere que la cuestión de la compensación se decida a la luz de consideraciones que, como la maximización de la eficiencia, no dependen en modo alguno de lo que A y B respectivamente han hecho.

En otras palabras, para la CE la cuestión de quién debe compensar el daño no está intrínsecamente relacionada ni depende de algún modo substantivo de la cuestión acerca de quién lo causó. Así, es posible que el daño deba ser soportado por la víctima, si ella es quien lo puede evitar en forma más económica, o si es quien puede trasladar el error de ser identificado como quien lo puede evitar en forma más económica. Ello así, aun cuando si fuere soportado por la víctima, quien lo causó se liberaría de cargar las consecuencias de sus propias acciones.

VI. EL PROBLEMA DE LA CONCEPCIÓN RETRIBUTIVA

CR parece más plausible. No es instrumental¹⁹ pues no condiciona la imposición del deber de compensar a que mediante ello se maximice la riqueza o algún otro valor. Más aun, a primera vista la CR parece ser una concepción construida sobre la distinción entre lo que hacemos y lo que meramente sucede pues esta concepción, en cualquiera de sus variantes, nunca impone la obligación de compensar los daños que no hemos causado.

La crítica más perspicaz contra la CR en la literatura contemporánea es, en realidad, la crítica a la teoría de los derechos a la que, presuntamente, aquella se encuentra conceptualmente asociada, más precisamente, la teoría de los derechos como correlativos. (Lamentablemente para explicar este punto debo excursionar en terrenos aún más abstractos que

¹⁹ Tanto Jules Coleman (*Risk and Wrong*, Cambridge University Press, 1993) como George Fletcher (*op. cit.*, nota 9) y Ernest J. Weinrib ("Causation and wrongdoing", *op. cit.*, nota 12) han afirmado que las teorías de Posner y Calabresi son instrumentales.

los anteriores. Los lectores cansados de tanta abstracción pueden soslayar los seis párrafos siguientes).

La idea de que los derechos son correlativos parte de la convicción de que existe una dependencia conceptual recíproca entre derechos y deberes, esto es, que no puede afirmarse la existencia de un derecho sin afirmarse al mismo tiempo la existencia de un deber. B tiene un derecho contra A de que A haga p, si y sólo si, A tiene el deber de hacer p, y A tiene el deber de hacer p, si y sólo si B tiene el derecho de que A haga p.

La Tesis de la Correlatividad de los derechos es falsa. No siempre el derecho de B es correlativo con la obligación de A. Así, B puede tener un derecho contra A de hacer p, sin que por ello A tenga el deber de dejar hacer p²⁰. El famoso ejemplo de Genaro Carrió viene aquí al caso: el boxeador Miguel tiene el derecho de trompear al boxeador Pedro, pero dicho derecho no presupone ni implica el deber de Pedro de dejarse trompear²¹.

²⁰ Las razones por las que Thomson cree que la teoría de la correlatividad es incorrecta son, primero, que no nos permite dar cuenta de ciertos sentimientos morales, por ejemplo, no podemos explicar porqué sentimos remordimiento cuando justificadamente afectamos los derechos de otros; segunda, nos impide dotar de sentido a ciertas prácticas sociales, por ejemplo la práctica de pedir permiso o solicitar autorización antes de afectar el derecho de otro y, finalmente, nos impide realizar ciertas distinciones conceptuales, por ejemplo, la distinción entre violar un derecho, es decir afectarlo mediante acciones incorrectas e infringir un derecho, es decir afectarlo mediante acciones correctas. Véase Thomson, Judith J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, 1990, págs. 19 y sigs.

²¹ Carrió, en realidad, sostiene que el caso de los boxeadores no puede analizarse en términos de derechos sino que, siguiendo a Hohfeld, es necesario recurrir a otro par de correlativos: aquel que existe entre un "privilegio" y un "no derecho". Cada boxeador tiene, dice Carrió, el privilegio de darle golpes correctos al otro pues no tiene el deber de abstenerse de hacerlo, mientras que el otro sólo tiene un "no derecho", pues puede realizar todo lo necesario para impedir que su rival ejerza el privilegio de que goza. Estoy dispuesto a seguir a Carrió en esto aunque destacando que la correlatividad entre "derechos" y "deberes" es totalmente distinta a la correlatividad entre "privilegios" y "no derechos". La razón es que mientras aquella correlatividad excluye el conflicto, pues un derecho de A a hacer X no puede coexistir con un derecho de B a que A no haga X, la correlatividad entre "privilegios" y "no derechos" permite el conflicto, dado que un privilegio de A a hacer Y puede coexistir con un privilegio de B a que A no haga Y. La correlatividad entre "privilegios" y "no derechos" no alcanza para mantener la tesis de la

Ahora bien, algunos críticos²² sostienen que todo partidario de la CR es un partidario de la correlatividad de los derechos. Como esta última es una tesis falsa aquélla también debe serlo. Basan esta convicción en que la idea de que sólo se deben compensar los daños causados por acciones incorrectas, la tesis central de CR, únicamente tiene sentido si creemos que sólo los daños causados por acciones incorrectas se correlacionan con un derecho en cabeza de la víctima del daño a que la acción que causa el daño no se realice, la hipótesis central de la Tesis de la Correlatividad.

Si rompemos esta correlación, es decir si sostenemos que la víctima puede tener derecho a que la conducta dañosa no se realice, aun cuando el agente causal del daño tenga derecho a realizarla, no se puede entender qué razón puede haber para negar la existencia de la obligación de compensar. Ello así, pues si la corrección de la conducta dañosa no implica la ausencia del derecho de la víctima a oponerse a su realización ¿qué razón puede haber para que la víctima sea quien en definitiva soporte el daño causado? En otras palabras, la idea es que si la Tesis de la Correlatividad fuera falsa, la concepción retributiva no tendría fundamento pues el derecho de la víctima a que la acción dañosa no se realice, es un fundamento suficiente para imponer la obligación de compensar el daño que dicha acción causa.

Esta crítica contra la CR sería formidable si fuera verdad que ella efectivamente depende de la plausibilidad de la Tesis de la Correlatividad. Pero CR no necesita la Tesis de la Correlatividad. A pesar de que algunos de sus partidarios creen lo contrario²³, CR es una concepción independiente.

En efecto, se puede afirmar que sólo se deben indemnizar las acciones incorrectas, es decir las acciones que todas las cosas consideradas no deberían haberse realizado y, al mismo tiempo, afirmar que los derechos de una persona no

correlatividad pues ésta presupone que todos los correlativos tienen siempre una correlatividad del primer tipo. Véase Carrá, Genaro, "Los conceptos jurídicos de W.N. Hohfeld", en *Notar sobre Derecho y Lenguaje*, 4^o ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, págs. 303 y sigs.

²² Véase Thomson, Judith J., *op. cit.*, nota 20, págs. 71 y sigs.

²³ Véase Montague, Phillip, "Rights and Duties of Compensation", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14 (1985), págs. 79 y sigs.

están correlacionados con los deberes de los demás. Ello es posible si, por ejemplo, se sostiene que la razón en virtud de la cual no se deben compensar los daños consecuencia de acciones correctas es que la víctima, no obstante tener derecho a que no se realice la acción dañosa, no tiene derecho a ser compensada pues el autor del daño tiene el derecho de realizar la acción dañosa. Como debe resultar obvio esta justificación de CR niega la Tesis de la Correlatividad, hasta tal punto que afirma que el autor del daño no tiene el deber de evitar la acción dañosa no obstante que la víctima tiene el derecho a que dicha acción no se realice y, por lo tanto, falsifica la idea de que ambas, CR y la Tesis de la Correlatividad, están conceptualmente asociadas.

En síntesis, contrariamente a lo que suponen estos autores, la CR es una posición sustantiva que no implica ninguna posición respecto de la cuestión de la correlatividad entre derechos y obligaciones. Por ello, no basta mostrar los errores de la Tesis de la Correlatividad para mostrar que CR es insostenible.

Ahora bien, si los problemas de CR no radican en instrumentalizar la responsabilidad, es decir, en condicionar la obligación de responder a aquello que produce la maximización de la riqueza, lo que sí sucede con CE, ni en qué se apoya en la Tesis de la Correlatividad de los derechos, ¿qué razón existe para rechazarla? ¿sobre la base de qué convicciones legales, morales o filosóficas podemos argumentar frente a quienes creen que la obligación de reparar las consecuencias de nuestras acciones correctas es una forma de injusticia? En definitiva, ¿no asistirá la razón a aquellas que se oponen a la obligación de compensar en los casos en que no existe culpa del agresor?

Creo que no. Creo que la CR debe rechazarse por la misma clase de razones por las que debe rechazarse la CE, esto es, por la relevancia moral de las acciones.

Sin duda la CR es más sensible a nuestras acciones que la CE. Ello se manifiesta en que de acuerdo con aquella concepción nadie que no haya causado un daño será obligado a compensarlo. En efecto, todos sus partidarios exigen, como condición *sine qua non* de la obligación de compensar la existencia de una acción que pueda ser identificada como causante de aquello que se pretende restaurar.

Pero este compromiso no es suficiente. Como hemos visto más arriba, la CR recomienda no indemnizar los daños producidos por acciones correctas. Así, quien daña a otro sin imponerle riesgos de distinta naturaleza o grado, o sin infringir un nivel razonable de cuidado y atención o, directamente, sin reprochabilidad moral, no carga con la obligación de colocar las cosas tal como ellas se hallaban antes de su acción.

En virtud de esta recomendación CR debe asimilar las consecuencias dañosas de conductas correctas a otros daños que no tenemos la obligación de compensar, por ejemplo, los daños producidos por la naturaleza. En tanto ello es así, CR está forzada a concluir que en ciertas circunstancias los daños que causamos deben tener el mismo tratamiento que los eventos que meramente suceden fenómenos, o circunstancias de la fatalidad.

Es esta insensibilidad por lo que hacemos la razón por la que CR no puede ser aceptada. Quienes piensan que la relevancia de nuestras acciones es la piedra angular de toda concepción de la justicia correctiva deben concluir que CR es una concepción implausible.

VII. LA RELEVANCIA MORAL DE LAS ACCIONES: DOS CONCEPCIONES DISTINTAS

Las acciones deben ser tenidas en cuenta por toda teoría de la justicia correctiva. Esta es la idea central de las secciones anteriores ¿es demasiado yerma como para desarrollar a partir de ella una concepción de la responsabilidad que sirva como una alternativa tanto a la CE cuanto a la CR? Mi respuesta es que no. Por el contrario, es una idea más que fértil.

Pero no se puede ir demasiado rápido. Como resultará claro en los párrafos siguientes la CE y la CR tienen algún espacio para afirmar que también son receptivas a la importancia de las acciones y que sus recomendaciones son producto de una adecuada consideración por ellas. Por ello, quiero dedicar esta sección a realizar una distinción crucial que nos hará ver con mayor claridad que una adecuada consideración por las acciones es un buen punto de partida. (Lo que sigue es también abstracto. Aquellos poco interesados por este tipo de cuestiones pueden soslayar toda la sección).

Existen dos maneras distintas de tener en cuenta a nuestras acciones. De acuerdo con la que llamaré "la forma derivada de tener en cuenta a nuestras acciones" (de aquí en adelante "FD"), la acción *p* de A es tenida en cuenta cuando la realización de dicha acción por A es la razón por la que justificamos la asignación a A de premios o castigos pero, y esto es muy importante, la justificación de esta asignación de premios o castigos se hace recurriendo a consideraciones agregativas distintas al hecho de que A actuó como lo hizo.

De acuerdo con esta posición A puede ser premiado o castigado en virtud de que A actuó. Si A nada hubiese hecho no habríamos podido efectuar la diferencia consistente en asignar a A un premio o castigo sin asignárselo también a B, C, D, o E. Pero el hecho de que A actuó como lo hizo, causando un daño o provocando un beneficio, no es en sí mismo la razón por la que le asignamos un premio o un castigo. En efecto, para FD la razón de esta asignación es la conjunción entre el hecho que A actuó y el hecho de que si castigamos o premiamos dicha acción maximizaremos la autonomía e el bienestar de la sociedad.

Carlos Nino era uno de los partidarios más destacados de FD. Nino creía que la pena se justificaba cuando se satisfacían dos condiciones, por un lado, que el autor hubiera cometido un delito consintiendo, de este modo, las consecuencias normativas de haber cometido dicho delito, básicamente la pena y, por el otro, que la pena se impusiera al delincuente a los efectos de maximizar la autonomía o libertad de los integrantes de la sociedad.

Para Nino el hecho de haber cometido un delito era central para imponer al delincuente el castigo. Si no hubiese cometido un delito no se lo podría condenar, pero la condena no se justificaba sólo por lo que el delincuente había hecho, sino por la necesidad de que la imposición de penas permitiera maximizar la autonomía o libertad de la sociedad en cuestión. Las decisiones, decía Nino, cancelan las razones fundadas en la inviolabilidad de la persona y, de ese modo, hacen operativas nuevamente las razones basadas en la maximización de la autonomía agregada²⁴.

²⁴ Véase Nino, Carlos, *The Ethics of Human Rights*, Oxford U. Press, (1991), pág. 299, nota 43. La teoría de la responsabilidad penal desarrolla-

La "forma sustancial de tomar en cuenta a las acciones" (en adelante "FS"), es una alternativa a FD. De acuerdo con esta teoría, las acciones no son debidamente tomadas en cuenta cuando son vistas como hechos operativos que permiten justificar un trato diferente a la luz de consideraciones agregativas. FS sostiene que no se puede subordinar la relevancia de las acciones a que mediante ello se logre la maximización de la autonomía. Si mi acción es relevante sólo en tanto y en cuanto dicha relevancia es necesaria para satisfacer objetivos sociales agregativos el hecho de que yo soy un actor distinto a usted y que yo fui quien realizó la acción en cuestión será, en última instancia, desprovisto de toda relevancia. Por ello, para FS la única manera de honrar la relevancia de las acciones consiste en que cada uno de nosotros internalice los costos y aproveche los beneficios de lo que hace, independientemente de que con ello se satisfaga alguna otra dimensión.

Con esta distinción en mente entre FS y FD será esclarecedor volver a la CE y a la CR. Como adelanté más arriba, ambas concepciones prestan atención a nuestras acciones. Ninguna obliga a compensar a quien no es el causante de los daños. La cuestión es si las acciones son tomadas en cuenta en la forma en que lo requiere FS.

La respuesta es no. La razón es que los principios de los que parten ambas concepciones, el ideal de la maximización de la riqueza y la idea de que sólo se deben compensar las acciones incorrectas, no satisfacen el principio de que cada uno debe hacerse cargo de los costos y aprovechar los beneficios de lo que cada uno hace, independientemente de que con ello se satisfaga alguna otra dimensión²⁰.

da por Nino y su concepción de la relevancia de las acciones puede verse en *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

²⁰ Antes de finalizar esta sección quiero dejar clara que mi distinción entre FS y FD es en parte similar y, en parte distinta, a la distinción realizada por T. Scanlon, ("The Significance of Choice", *The Tanner Lecture on Human Values*, 1986) entre lo que llama "la teoría del valor de las decisiones" y lo que llama "la visión de la abdicación".

Según Scanlon, para "La teoría del valor de las decisiones" las decisiones son relevantes en virtud de la idea de que consideramos importante la dependencia entre lo que somos o lo que tememos y nuestras decisiones (pág. 77). Scanlon sostiene que la teoría comienza con la convicción de que "es usualmente una cosa buena para una persona que lo que le pase depende

VIII. LA CONCEPCIÓN COMPENSATORIA

Al comenzar la sección anterior sostuve que la idea de que las acciones deben ser tomadas en cuenta debía ser la base de una teoría de la responsabilidad extracontractual. Luego distinguí entre dos maneras de tomar en cuenta las acciones. En esta sección me apoyaré en la distinción formulada para elaborar las bases de una tercera teoría de la responsabilidad.

de cómo ella responde cuando confrontada con las alternativas en las condiciones apropiadas" (pág. 65). La "visión de la abdicación", en cambio, considera a las decisiones como moralmente relevantes en tanto y cuanto considera que el hecho de que alguien haya realizado una acción justifica que se impongán sobre ella las consecuencias normativas de dicha acción, vgr. los premios o los castigos. La "visión de la abdicación", afirma Scanlon, dice que la gente que realiza ciertas decisiones "no puede quejarse" de los daños que sufre como resultado (pág. 62).

Formulada de esta manera, la distinción de Scanlon parece colapsarse con la mía. FS presupone, como la "teoría del valor de las decisiones", que existe algún valor *positivo* en que la gente viva de acuerdo con sus decisiones. Lo mismo sucede con FS. (A pesar de esta similitud existe una diferencia importante entre ambas. La "teoría del valor de las decisiones" conecta el valor de las decisiones con el valor del bienestar, pues el valor de las decisiones es paratario de la convicción de que si somos dejados a decidir por nosotros mismos es más probable que nuestro bienestar sea satisfecho. En cambio, FS no formula esta conexión. Para esta última visión el valor de las decisiones está conectado únicamente con el valor de *vivir* de acuerdo con lo que nosotros elegimos, valor que no depende en modo alguno de nuestro bienestar).

Por su parte, FD considera, tal como la "visión de la abdicación", que las decisiones tienen una fuerza legitimante *este* negativo. Nuestras decisiones son suficientes para justificar la imposición de premios o castigos sin que ello implique que tiene algún valor *vivir* de acuerdo con las consecuencias de ellas.

Pero si se toma como base de la distinción de Scanlon otro criterio, no existe solapamiento alguno. Scanlon, en pasajes distintos a los citados más arriba, afirma que la "visión de la abdicación" se caracteriza por sostener que las decisiones tienen fuerza *deontica* independiente (pág. 64) razón por la cual, de acuerdo con ella, la imposición de un premio o una pena se justifica por el hecho de que aquel a quien se premia o castiga tomó una decisión. La "teoría del valor de las decisiones" niega dicha independencia (pág. 64). Por ello, para esta teoría la razón que justifica la imposición de un premio o un castigo no es el hecho de que se *tomó* una decisión sino el hecho de que aquel a quien se premia o castiga fue puesto en una situación *justa* para tomar dicha decisión (pág. 64).

Prima facie FS no parece muy iluminativa pues no es obvio qué principios de responsabilidad son más consistentes con la idea de que debemos hacernos cargo de los costos y aprovechar los beneficios de lo que hacemos, independientemente de que con ello se satisfaga alguna otra dimensión.

Sería más fácil si lo que estuviera en cuestión fuese la distribución de los bienes de una sociedad. Allí parece claro que el mercado es la única institución sensible a lo que cada uno de nosotros hace, siempre que se satisfagan las condiciones requeridas para que todos empecemos en similares condiciones y se neutralicen, de algún modo, todas aquellas factores que a su vez no dependen de nuestras acciones, como por ejemplo nuestros talentos²⁶.

Si esta fuera la base de la distinción entre las teorías del valor de las decisiones que Scanlon presupone, FS se parecería más a la "visión de la abdicación", en tanto sostiene que las acciones tienen fuerza deóntica independiente, mientras que FD se parecería más a la "teoría del valor de las decisiones" en tanto y cuanto la fuerza deóntica de las acciones depende de la justificación de las instituciones que forman el contexto en el cual dichas decisiones se adaptan.

Este entrecruzamiento muestra que mi distinción es distinta a la de Scanlon, pero además, que la distinción entre FS y FD hace central referencia a un hecho que no divide a las dos teorías propuestas por Scanlon. En efecto, para Scanlon, tanto la "teoría del valor de las decisiones" como la "visión de la abdicación" son internas, en el sentido de que ninguna de ellas pretende determinar las instituciones o teorías políticas correctas. La corrección de éstas es una cuestión totalmente independiente del valor de las decisiones, cualquiera que élla sea. Por el contrario, esta cuestión, es decir la aptitud para decir qué instituciones son justas y cuáles no, es lo que centralmente diferencia a FS y a FD.

²⁶ De hecho, FS es lo que seguramente tuvo en mente Dworkin cuando defendió la forma de distribución de recursos sociales que llamó "igualdad de recursos". "Equality of Resources — dice Dworkin— assumes that people's wealth should differ as they make different choices about investment and consumption" (*Vease Foundations of Liberal Equality*, University of Utah Press, Salt Lake City, pág. 297). "It supposes — agrega— that if people begin with the same amount of wealth and other resources, then equality is preserved even though some grow richer than others and some happier through these transactions" (*ibidem*). Si Dworkin no creyese que las acciones tienen fuerza normativa externa no sería posible explicar la preferencia de Dworkin por la igualdad de recursos frente, por ejemplo, a la igualdad radical que aconseja que todas sean iguales en los recursos que tienen independientemente de las decisiones que cada una toma.

Sin embargo, FS también determina una teoría de la responsabilidad. Más precisamente, el principio de que la sociedad debe adscribir las consecuencias dañosas de una acción a aquel que causó dichas consecuencias, independientemente de si actuó con culpa.

Esta teoría se diferencia de la CE y de la CR en aquello a lo que aspira. Más arriba señalé que CE es una concepción instrumental pues concibe a las reglas de la responsabilidad extracontractual como un instrumento para maximizar la eficiencia. De acuerdo con esta concepción las mejores reglas son aquellas que hacen más rica a la sociedad en cuestión, es decir que permiten que en la sociedad se produzcan más bienes o que se ubiquen los bienes en manos de quienes más los valoran. También sostuve que CR no es instrumental. Sin embargo, CR tiene algo en común con CE pues tal como sucede con ésta los objetivos de aquella son, de algún modo, externos. En efecto, CR deriva de la visión más abarcadora que consiste, por un lado, en pensar que sólo podemos ser responsabilizados por las acciones incorrectas que realizamos pues, de otro modo, socavaríamos la distinción entre lo correcto y lo incorrecto o en pensar que somos seres caracterizados por nuestra capacidad de formular intenciones (malas y buenas) de modo tal que no podemos ser cargados con aquello que aunque hemos causado no fue el producto de nuestra expresa decisión.

Esta tercera concepción que quiero presentar aquí se diferencia de ambas en tanto no aspira a lograr ningún objetivo externo ni se deriva de visiones más abarcadoras acerca de las implicancias de lo correcto o de lo que caracteriza nuestra personalidad moral. Es una concepción muy modesta en términos de sus objetivos pues sólo afirma que debemos compensar aquellos daños que causamos. Por ello la llamaré la *Concepción Compensatoria (CC)*²⁷.

²⁷ A. Honoré defendió una concepción similar a la que aquí voy a presentar. La llamé "Outcome Responsibility". Según Honoré esta forma de responsabilidad es la forma de responsabilidad básica de las sociedades modernas (pág. 541). Pero esta forma de responsabilidad no es sólo un hecho contingente de nuestras sociedades. Por el contrario, para Honoré "not only are actions and outcomes conventionally allocated to people but we and others are entitled to insist that they should be so allocated" (pág. 540). Véase Honoré, "Responsibility and Luck", *The Law Quarterly Review*, Vol. 104, págs. 530 y sigs. (october 1988).

Empecemos por recordar que FS requiere que consideremos a las acciones no sólo como hechos en virtud de los cuales a la luz de cierta teoría o institución podemos justificar la adscripción de premios o castigos cuando ello permite maximizar la autonomía.

Supongamos ahora que A realiza la acción p que causa el daño d a sí mismo. Supongamos que la acción p de A es voluntaria, en el sentido de que bajo alguna descripción ella es intencional, que su realización no muestra ningún defecto de carácter reprochable en A o alguna falta de cuidado o diligencia, que A satisface los requisitos exigidos para ser un actor competente y, finalmente, que d es un daño patrimonial.

Supongamos ahora que nos preguntamos qué se debe hacer con d. D se puede distribuir entre todos. Se puede obligar a Z a compensar a A y finalmente, se puede obligar a que A soporte d. La respuesta más natural es que A debe soportar el daño d. La cuestión es porqué.

Una respuesta, de hecho la que seguramente propondría un partidario de CE, es que A debe cargar con el costo de p, esto es el daño d, porque A es quien pudo evitar ese accidente en forma más económica. Otra respuesta, a la que seguramente adheriría un partidario de CR, es que a menos que exista una razón relacionada con la falta de alguien debe estarse a lo que dispone el principio general de los accidentes en el sentido de que los daños deben permanecer donde cayeron²⁸. Como el accidente cayó sobre A, éste debe cargar con sus consecuencias.

Pero ambas respuestas deben ser rechazadas. La razón por la que A debe cargar con d es que, primero, A causó d y, segundo, que la regla que impone a A la obligación de cargar con las consecuencias que sus acciones causan es la única regla sensible al hecho de que A realizó p, una de cuyas consecuencias fue d.

La misma conclusión se impone si en el ejemplo anterior cambiamos un solo elemento y en vez de suponer que la acción p de A causó un daño d a A suponemos que p causa un daño a B. En este caso como en el anterior, la única manera en que podemos adjudicar los daños de un modo consistente

²⁸ Esta era la respuesta sugerida por Holmes. Véase *The Common Law*, Boston Little Brown and Company (1881).

con la importancia de las acciones es imponer la obligación de compensar a aquel que los causó.

Es muy importante destacar que la razón por la que A debe compensar a B por el daño que éste le causó no se deriva de una analogía con el caso en que A se daña a sí mismo. La responsabilidad de A en el segundo caso no se puede derivar analógicamente de la responsabilidad de A en el primer caso pues la analogía presupone la irrelevancia de lo que distingue a ambos casos, más precisamente, que en un caso la víctima y el causante del daño son la misma persona mientras que en el otro no lo son.

Si la analogía fuese la base del razonamiento por el que A debe indemnizar a B, como bien sugiere Perry criticando a Epstein²⁹, podría decirse que el argumento comete el "pecado de no tomar en cuenta las diferencias interpersonales". Pero, además, la analogía es subdeterminativa: la analogía no dice otra cosa que si el primer y el segundo caso fueran idénticos habría idénticas razones para sostener que A en el primer caso de daño a sí mismo no debe cargar con sus propios daños pues tampoco debe hacerlo en el segundo, como para sostener, a la inversa, que A debe cargar con los daños en el segundo caso de daño a otro pues debe hacerlo en el primero³⁰.

IX. LAS CRÍTICAS A LAS CONCEPCIONES OBJETIVAS LA OBLIGACIÓN DE COMPENSAR REQUIERE ARGUMENTOS ADICIONALES

En esta sección quiero enfrentar algunas objeciones que se han dirigido contra las teorías objetivas de la responsabi-

²⁹ Véase Perry, Stephen, "The Impossibility of General Strict Liability", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 1, n° 2, July 1988, pág. 153.

³⁰ Según Coleman, Weinrib sostiene que el argumento de que, dado que el demandado habría cargado con el daño si fuera idéntico con el actor debe deducirse que el demandado debe cargar con el daño cuando el demandado es distinto al actor, no es concluyente. Ello así en virtud de que podemos argumentar que dado que el actor no tendría acción contra el demandado si ambos fueran la misma persona, el actor no debería tener acción contra el demandado cuando ambos son personas distintas. Véase Coleman, "Property, Wrongfulness and the Duty to Compensate", en *Foundations of Tort Law*, Saul Levmore, Oxford U. Press, 1994, pág. 119.

dad. Ello es necesario pues como debe resultar obvio la Concepción Compensatoria es una concepción objetiva; ella disocia totalmente la obligación de compensar de la culpa del agente.

S. Perry, Profesor de la Universidad de Toronto, por ejemplo, ha sostenido que la concepción del Profesor de Oxford A. Honoré, que también defiende una teoría de la responsabilidad de acuerdo con la cual debemos compensar los daños causados por nuestras acciones independientemente de la culpa y de si el daño es consecuencia de una acción incorrecta, carece de fundamentación suficiente.

La idea de Perry es que de la afirmación que A es responsable por el daño que causó no se sigue que A debe compensarlo. Perry reconoce que la responsabilidad por el daño implica algo, por ejemplo la obligación de disculparnos. De no ser así no tendría sentido decir que A es "responsable". Sin embargo, Perry antagoniza la idea de que la responsabilidad por un daño implica la obligación de compensar. Para Perry la obligación de compensar requiere un argumento adicional. En otras palabras, de acuerdo con Perry no basta sostener que las acciones son relevantes para que quien causa un daño lo deba compensar. Para ello hace falta una teoría más compleja.

Creo que Perry está en lo cierto. No basta afirmar que nuestras acciones son relevantes y que su relevancia no se satisface si son vistas como hechos operativos que a la luz de otras consideraciones permiten un trato diferente (FD) para concluir que quien causa un daño tiene la obligación de compensarlo. Por ejemplo, una concepción de la responsabilidad que, como la de Holmes, sostiene que los daños deben quedar donde cayeron requiriendo que quien dañe se disculpe frente a quien dañó no necesariamente niega la proposición que lo que hacemos es importante.

Pero, no obstante lo que Perry piensa, es posible ofrecer un argumento adicional. Créo que este argumento es la idea de que debemos vivir de acuerdo con nuestras decisiones pues ello tiene valor intrínseco. Es decir, que es mejor una vida de la que somos artífices, aun cuando ello implique soportar las consecuencias de lo que hacemos, que una vida en la que nuestras decisiones no nos impactan en modo alguno. Si este es un argumento adicional sano, cuya defensa por supuesto no puedo encarar aquí, la distancia entre la idea que nuestras acciones son relevantes en forma no derivada y la obligación de compensar puede franquearse. La obligación de

compensar derivará de la conjunción entre la idea de que nuestras acciones son relevantes y la idea de que es bueno vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones.

X. LAS CRÍTICAS A LAS CONCEPCIONES OBJETIVAS: LA CAUSALIDAD

CC en tanto sostiene que se deben compensar las consecuencias dañosas de una acción, independientemente de si se actuó con culpa, descansa sobre una teoría de la causalidad, es decir, una teoría que conecta acciones con consecuencias. No quiero desarrollar aquí dicha teoría aunque no puedo evitar referirme a un problema que ha sido recurrentemente planteado por quienes objetan concepciones de la responsabilidad que comparten los rasgos esenciales de CC y hacer algunas aclaraciones generales.

El problema es el siguiente: el profesor Engelart²¹ de la Universidad Hebrea de Jerusalem, entre otros, ha afirmado que la noción de causa muy asiduamente presupone un juicio de responsabilidad o de atribución de las consecuencias de las conductas dañosas. Por ello, según su opinión, no podemos identificar a una persona como causante de un resultado sin antes haberla identificado como responsable por dicho resultado. Perry también ha sostenido la misma idea. Así, afirma que toda teoría causal que intente identificar una acción como la causa de un daño requiere una teoría de la responsabilidad personal y, de ese modo, debe recurrir a consideraciones normativas que exceden la mera relación causal²². Por último, Coleman, Profesor de la Universidad de Yale, criticando a Epstein afirma que todas las formas de identificar de entre las muchas condiciones *sine qua non* de un resultado la causa de dicho resultado son normativas: "nuestra afirmación, dice, no es que no hay una forma consistente de distinguir entre condiciones *sine qua non*. Nuestro punto es que toda forma consistente es también normativa. Lo que

²¹ Véase "A Critical Appraisal of Modern Tort Law", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 9, págs. 40/61.

²² Véase Perry, Stephen, "The Moral Foundations of Tort Law", en *Iowa Law Review*, Vol. 77, n.º 2, January 1992, pág. 464.

cuenta como la causa depende de lo que esté en cuestión con la respuesta²³.

Si Engelart tuviera razón, es decir si para saber si A causó el daño d fuera preciso, previamente, saber si A es responsable por d en el sentido de saber si A actuó con culpa, o si realizó una acción que todas las cosas consideradas no debería haber realizado o si es el evitador más barato de costes, la concepción que defiendo sería nada más que una máscara de una concepción retributiva o económica. En efecto, si la relación causal presupone consideraciones de esa naturaleza sería imposible afirmar, como yo lo hago, que quien causa un resultado dañoso, y por el mero hecho de haberlo causado, tiene la obligación de compensar el daño que causó.

¿Están estos autores en lo cierto? ¿La relación causal presupone una teoría de la responsabilidad? Creo que no. Junto con J. J. Thomson creo que es implausible pensar que la causalidad sea una noción que depende de una teoría de la responsabilidad²⁴. La razón de esta imposibilidad es que no existen principios de responsabilidad a los que podamos recurrir para determinar la existencia de una relación causal entre una acción y un resultado que no presuponga, a su vez, la relación causal cuya existencia se pretende determinar.

En efecto, todos los principios que conocemos, de algún modo u otro, se apoyan en la relación causal. En algunos esta dependencia es obvia. Por ejemplo, en el principio que establece que debemos hacernos cargo de los daños que causamos. En otros la dependencia es menos obvia, por ejemplo, en el principio que estipula que somos responsables si matamos a alguien o conducimos a más de 70 km por hora. En estos últimos casos la relación causal se presupone cuando al describir la acción por la que seremos hechos responsables recurrimos a sus resultados causales: matar o conducir a más de 70 km por hora.

²³ Véase, Coleman, Jules, & Ripstein, Arthur, *Mischief and Misfortune*, manuscrito inédito, pág. 29.

²⁴ Véase Thomson, Judith J., *op. cit.*, nota 26, pág. 235. Una excelente discusión sobre el tema puede verse en Nino, Carlos, "El cuatrilema del consecuencialismo", *Doxa*, 4, págs. 365 y sigs. y "Respuesta a Bayón", *Doxa*, 6, págs. 591 y sigs. Bayón, Juan Carlos, "Causalidad, Consecuencialismo, Deontologismo", *Doxa*, 8, págs. 461 y sigs.

Si todos los principios de la responsabilidad que conocemos presuponen la relación causal la idea de que para elucidar la relación causal debemos recurrir a dichos principios es circular, y como tal, no puede ser correcta. Para ejemplificar lo que quiero decir nada más ilustrativo que detenernos en el mismo Perry. Para Perry toda concepción de la causa que no recurra a principios de responsabilidad, por ejemplo la concepción de Mackie que considera a la causa esencialmente como la *conditio sine qua non*, o la concepción de Wright que la considera como "el elemento necesario en un conjunto de condiciones necesarias" (pág. 464) será radicalmente subdeterminativa (pág. 496), dado que todas estas teorías atribuyen el carácter de causa del daño tanto a las acciones de la víctima como a las del agresor. Por ello, sostiene, todas las concepciones de la responsabilidad que parten de la relación causal deben dejarse de lado.

Ante este problema Perry afirma que la manera de determinar lo que la relación causal deja indeterminado es recurrir a la noción de culpa (*fault*) (pág. 497 y ss.). "La culpa, dice, es la consideración adicional que suplementa la responsabilidad por las consecuencias para producir una obligación general de compensar. Precisamente por el hecho de estar basada en la culpa, la obligación evita el problema de la indeterminación" (pág. 497).

El problema de Perry es que no advierte que la maniobra que pretende realizar para escapar de la presunta indeterminación de la noción de causa falla por la sencilla razón de que la culpa (*fault*) se apoya en la noción de causa.

En efecto, la cuestión de cuáles acciones son culposas y cuáles no, no puede decidirse en el aire sin referencia a los principios que determinan qué acciones pueden realizarse y cuáles no. En tanto que todos los principios que regulan la cuestión de qué acciones pueden realizarse y cuáles no —por ejemplo, "no se debe matar", "no se debe conducir a más de 80 km"— descansan, de algún modo u otro, en la relación causal, la noción de culpa descansa, por carácter transitivo, también en la relación causal³⁵. Por ello, la culpa no puede usarse para suplementar la indeterminación de la causa.

³⁵ La única escapatoria posible es ofrecer principios que describen las acciones que se pueden hacer y las que no se deben hacer en términos béticos, es decir, mediante descripciones de movimientos corporales.

Creo que con el argumento desarrollado más arriba debe quedar claro que la noción de causa no puede depender de una teoría de la responsabilidad. Ello convertiría en inteligible buena parte de nuestras concepciones más profundas.

Ahora, si la noción de causa no puede depender de una teoría de la responsabilidad tiene que ser una noción fáctica. La cuestión pendiente es qué tipo de noción fáctica. Creo que es bastante claro que no podemos pensar que un evento es la causa de un resultado cuando meramente es la *conditio sine qua non* de dicho resultado. Esta noción de causa, aunque fáctica, padece de la radical indeterminación de la que habla Perry. Tampoco podemos pensar que la noción de causa está asociada a la de previsibilidad, pues no basta para que yo cause un resultado que lo pueda prever. Puedo prever que usted atropellará a B si conduce como lo hace pero no por ello soy el causante de que B haya sido atropellado. Por último, tampoco creo que la idea de "tener control", en el sentido de que puedo evitar que algo se produzca, sea el contenido de la noción de causa. Puedo evitar muchas cosas que nunca diríamos que fueron causadas por mí.

Mi sugerencia es que la noción de causa esté asociada con lo que en una comunidad determinada se espera que evitemos en casos paradigmáticos, lo que a su vez dependerá de la moral positiva de esa comunidad y esto, a su vez, de la forma en que en ella se establezca, para las personas de cualidades mentales promedio, lo que deben evitar, entre todo aquello que pueden prever y controlar, dado el impacto de sus acciones en el bienestar de otros²⁶.

El hecho de que esta concepción recurra a la moral positiva de una comunidad determinada no la convierte en parasitaria de una teoría de la responsabilidad. La moral positiva

²⁶ Existen muchas nociones distintas de causa. La que desarrollo en el texto es una noción "adscriptiva" pues es la usada en contextos en los cuales queremos adscribir un resultado a determinada acción. Más aún, es una noción "adscriptiva negativa" pues se usa en contextos en los que queremos adscribir penas, reproches, o la obligación de compensar. Por ello, es importante distinguirla de una noción "adscriptiva positiva" que se usa en contextos en los que queremos adscribir premios, méritos o algún otro tipo de bien. La necesidad de distinguir entre ambas me fue sugerida personalmente por Juan Ruiz Manera.

es un hecho cuya existencia no depende de que afirmemos la existencia de ciertos valores sino de que la comunidad relevante crea, aun cuando no tenga razones para hacerlo, que cierta consecuencia que se encuentra dentro del conjunto de consecuencias sobre las cuales el agente tiene control, debieron haberse previsto y evitado por el propio agente.

XI. LAS CRÍTICAS A LAS CONCEPCIONES OBJETIVAS: EL ALCANCE

Supongamos que ya contamos con una teoría de la causalidad que no depende de una teoría de la responsabilidad. Todavía queda un problema fundamental por resolver para que la concepción que ofrezco sea plausible. Llamaré a este problema el "problema del alcance".

La cuestión es la siguiente: de acuerdo con mi posición, para que exista la obligación de compensar hasta que hayamos causado un daño.

El problema del alcance consiste en que si siempre que causamos un daño tenemos que compensarlo, estaríamos compensándonos mutuamente todo el tiempo toda vez que casi todas las actividades con las que nos comprometemos son, de algún modo u otro, dañosas. Desde que ninguna teoría de la responsabilidad puede imponer una obligación de compensar de tal magnitud es necesario encontrar alguna manera de restringir el alcance de esta obligación en forma sistemática, no meramente *ad hoc* y, lo que es más difícil, de un modo consistente con las convicciones en las que mi concepción se asienta.

Para tratar este problema en forma manejable es bueno pensarlo a través de un caso. Supongamos que A produce bienes en el mercado mejor y más económicamente que B. Supongamos que como consecuencia de ello B, no obstante sus esfuerzos en contrario, va a la bancarrota.

De acuerdo con la idea de que debemos compensar los daños que causamos, A debería compensar a B. Debería evaluar monetariamente las consecuencias dañosas de lo que A hizo y pagar a B o, si ello es imposible, ponerlo de algún otro modo en una situación similar a la que se encontraba antes de que fuese dañado.

Como dije más arriba, una concepción que sostiene que

debe compensarse a B no puede ser una concepción correcta. Sabemos que B no debe ser compensado.

Una forma de limitar el alcance de la obligación de compensar consiste en sostener que A no fue la causa de la bancarrota de B. Sin duda lo que A hizo consistió en una condición *sine qua non* del daño de B, pero la verdadera causa de su tragedia ha sido su propia incompetencia para producir bienes en el mercado en forma eficiente y económica.

Quizá ésta sea una salida posible para este caso. Quizá pueda sostenerse, después de un adecuado análisis causal, que A no es la causa de lo que le sucede a B. En cualquier caso no quiero dejar la discusión aquí pues no estoy muy seguro de que esta sea la respuesta causal correcta.

Al pasar quiero detenerme para enfatizar una distinción importante relacionada con lo que dije antes respecto de la relación causal. He sugerido que la noción de causa está asociada con lo que en una comunidad determinada se espera que evitemos en casos paradigmáticos. Adelanté, además, que me parecía que ello dependía de la moral positiva de esa comunidad y la forma en que en ella se establezca, para las personas de cualidades mentales promedio, lo que deben evitar, entre todo aquello que pueden prever y controlar, dado el impacto de sus respectivas acciones en el bienestar de otros.

Si esto es así, podría pensarse que estoy forzado a concluir que A no causó la bancarrota de B. La razón es que al sostener que A no debe compensar a B parecen comprometido con la idea de que A no debe evitar aquellas acciones entre cuyas consecuencias se cuenta la bancarrota de B. Y si A no debe evitar estas acciones, según mi propia noción de causa, A no pudo haber causado la bancarrota de B.

Este razonamiento es incorrecto. Mi noción de la causalidad no me fuerza a reconocer que quien no debe evitar un determinado resultado no lo pudo haber causado. Ello es así en virtud de que la noción de causa, no obstante haber sido fundamentalmente moldeada por lo que de hecho los miembros de una sociedad piensan que se debe evitar, entre todas aquellas condiciones *sine qua non* de un daño que pueden prever y controlar, es un resultado de lo que dichos miembros piensan para casos paradigmáticos, y no de lo que dichos miembros piensan para cada uno de los casos en cuestión.

El hecho de que la noción de causa sea el resultado de lo

que pensamos para casos paradigmáticos permite sostener, consistentemente, que no todo lo que causamos es algo que debemos evitar²⁷. En efecto, un caso puede ser clasificado

²⁷ Si lo que digo en el texto es correcto el proyecto de Epstein de desarrollar un análisis causal en términos de paradigmas es un proyecto adecuado, más allá de si Epstein ha desarrollado los adecuados paradigmas causales de la sociedad americana (Véase Epstein, Richard, "A Theory of Strict Liability", 2 *Journal of Legal Studies*, 1973). Del mismo modo, la reconstrucción del uso del concepto de causa que hacen Hart y Honore en los tribunales anglosajones recurriendo a distintos paradigmas, es también adecuado. De acuerdo con Hart y Honore hay cuatro tipos distintos de causalidad: primero, lo que llaman el paradigma de la "acción voluntaria", en el cual una acción es la causa de un resultado si ella lo produce deliberadamente. En este paradigma, de acuerdo con Hart y Honore, la acción humana deliberada es una barrera y un objetivo de la atribución de responsabilidad causal; segundo, el paradigma de las "transacciones interpersonales" donde una acción es la causa de un resultado cuando es la causa de otra acción que produce el resultado, por ejemplo, cuando un hombre induce a otro a hacer algo; tercero, el paradigma de las "oportunidades", donde la causa de un resultado es la acción de una persona que ofrece a otra una oportunidad que hace posible, o más fácil, la acción de la segunda y ésta, a su vez, el resultado y; cuarto, "privación de oportunidades" cuando una persona causa un resultado privando a otra de los medios para que ésta haga algo (Véase Hart, H. L. & Honore, A., *Causation in the Law*, Second Edition, Oxford U. Press, 1985). El uso de paradigmas causales permite resolver algunos problemas interesantes. Por ejemplo, en el caso en que A atenta contra la vida de B y B se defiende dañando a A se puede sostener que A es la causa de su propio daño. Ello así, pues A ha dado "oportunidad" a que B lo dañe y si el paradigma causal aplicable es el de las "oportunidades", A ha causado su propio daño. Reconozco que en este caso es lingüísticamente contraintuitivo sostener que A se causa su propio daño por haber dado oportunidades a que B lo dañe. Sin embargo, creo que es así un problema lingüístico. Por un lado, el paradigma de las "oportunidades" es un paradigma claro que, como han demostrado Hart y Honore, empleamos cotidianamente. Por el otro, el caso de la legítima defensa es un caso que debemos encuadrar dentro del paradigma en cuestión. Como última aclaración es importante destacar que el paradigma de las "oportunidades" ha dado lugar al desarrollo de un lenguaje causal particular. En casos en que alguien causa un daño por haber dado oportunidades a otro a que realice la conducta dañosa hablamos en términos de "ocasionar" o "dar ocasión" (occasioning harm) a que un daño se produzca en lugar de hablar en términos de "causación". De todas maneras, el hecho que hablemos en estos términos no implica que dejemos de conectar la conducta que "da ocasión al daño" con el daño del mismo modo que conectamos las conductas que "causan daños" con el daño. Probablemente, Kant tenía en mente algo similar al paradigma de las "oportunidades" cuando sostenía que el delincuente no obstante ser castigado no dejaba de ser autónomo pues era él

dentro de la clase definida por un caso paradigmático para lo cual deberá compartir con el caso paradigmático uno de sus rasgos más característicos. Pero para clasificar un caso dentro de un paradigma causal no es necesario que el rasgo que comparte con el caso paradigmático sea la creencia de que se debe evitar realizar la conducta que causa el daño. De este modo, dado que el caso puede ser clasificado en el paradigma por compartir con el caso paradigmático otros rasgos que la creencia de que se deben evitar los resultados puede sostenerse que quien causa un resultado no necesariamente tiene el deber de evitarla.

Para ejemplificar lo que tengo en mente supongamos que un paradigma causal, tal como cree R. Epstein, sea la compulsión física a que otro haga algo dañoso. Ello así pues nuestra sociedad encuentra que debemos evitar realizar esta conducta. Supongamos ahora que A empuja a B, quien como consecuencia del empujón daña a C. En virtud de que este caso comparte los rasgos centrales del paradigma de daño mediante compulsión física podemos confiadamente decir que A fue la causa del daño de C.

La conclusión anterior no se debe modificar cuando descubrimos que la razón por la que A empujó a B fue evitar que B sea atropellado por un tren. En otras palabras, a pesar de que en este caso no paradigmático A no tenía el deber de evitar empujar a B, no por ello A dejó de ser la causa del daño de C.

Este ejemplo muestra que si la noción de causa debe reconstruirse a partir de paradigmas, aunque aquella noción esté de algún modo determinada por convicciones sociales acerca de lo que se debe evitar, entre todo aquello que se puede prever y controlar, es posible sostener que no siempre que alguien que causa un daño viola el deber de evitar hacer lo que hizo.

Quiero explorar ahora una segunda estrategia para resolver el problema del "alcance". Ella consiste, básicamente,

quien trata sobre el castigo. Agradezco a los participantes en el Seminario de Filosofía del Derecho realizado en Vaquerías-Córdoba en homenaje a los Prof. Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón, en especial a Marcelo Alegre, por haberme planteado las dificultades del caso de la legítima defensa.

en sostener que la bancarrota de B no es un daño y, por ello, que A no tiene la obligación de compensarlo. De algún modo, ésta ha sido la estrategia que adoptó Jules Coleman²⁸.

De acuerdo con Coleman, el concepto de "daño" es diferente al concepto de "pérdida". Las pérdidas son todas las consecuencias contrarias a los intereses de una persona, mientras que los daños son las consecuencias contrarias a los intereses de una persona cuando dichos intereses están protegidos por una expectativa legítima de no ser afectados.

Dado que estas expectativas dependen de aquello a lo que tenemos derecho, Coleman concluye que, la existencia de un daño depende conceptualmente de la existencia de un derecho previo. En síntesis, de acuerdo con esta posición, B no debe ser compensado porque no fue dañado en modo alguno dado que B no podía tener una expectativa legítima de que A no hiciera lo que hizo.

Creo que esta estrategia es equivocada. Ella sugiere que los daños tienen una importancia normativa derivada de los derechos dado que aquellos importan en tanto tengamos derecho a que éstos no se produzcan. Creo que los daños son anteriores, conceptualmente hablando, por lo que su importancia normativa no puede derivar de un derecho. Más aún, creo que los daños no dependen de los derechos sino que tenemos derechos justamente porque podemos ser dañados.

Pero existe otra razón que sugiere que esta estrategia es equivocada. Ella no está relacionada con el carácter normativamente primario de los daños sino con la relación que Coleman debe presuponer entre los derechos de la víctima y el deber de compensar.

La idea de Coleman, tal como lo adelanté más arriba, es que podemos solucionar el problema del alcance si sostenemos que la obligación de compensar depende de la existencia de un particular derecho en cabeza de B, más precisamente, la expectativa legítima de que un interés suyo no sea afectado por A. Si B tiene esa expectativa puede legítimamente reclamar compensación. Si no la tiene tendrá que cargar con lo que, en ese caso, Coleman llama una "pérdida".

²⁸ Véase Coleman, Jules, *Risk and Wrongs*, Cambridge University Press, 1990, págs. 270 y sigs.

Ahora bien, si no existiese relación alguna entre el deber de compensar de A y la expectativa legítima de B que A no haga lo que hizo, Coleman no podría sostener que la obligación de compensar desaparece cuando B no tiene expectativas legítimas respecto de A porque, si efectivamente el deber de compensar y la expectativa legítima fueran autónomos, uno no podría limitar al otro.

Lamentablemente para Coleman el deber de compensar de A y la expectativa legítima, o más sencillamente el derecho, de B a que A no haga lo que hizo no se encuentran relacionados en modo alguno.

Hay dos formas de mostrar que este es el caso: primero, mostrar que del hecho de que A ha infringido un derecho de B no puede derivarse el deber de A de compensar a B. Segundo, mostrar que el deber de compensar a B puede existir aun cuando no se hubiera infringido ningún derecho suyo.

M. Zimmerman, persuasivamente, ha demostrado que no existe ninguna relación entre el hecho de que A haya infringido un derecho de B y el deber de compensar a B pues, ni del hecho de que A ha infringido un derecho de B, ni del hecho de que ha infringido un derecho de B y no ha compensado por ello, ni más complejamente, del hecho de que A ha infringido un derecho de B con más los hechos que fundamentan el derecho de B, se sigue que A debe compensar a B³⁸. Zimmerman concluye, que el deber de compensar a B debe derivar de una fuente autónoma la que, según Zimmerman, hasta ahora nadie ha podido identificar.

Esta conclusión no cambia si afirmamos que los derechos son pretensiones complejas del tipo "B tiene una pretensión a que A no haga p ya que p causa el daño d, y a que lo compense por d en el caso en que A haga p"³⁹.

En primer lugar, no hay forma de explicar por qué los derechos deben ser vistos como pretensiones de este tipo. En efecto, no puede decirse que los derechos son pretensiones complejas en virtud de que la pretensión de B a ser compensa-

³⁸ Véase Zimmerman, Michael, "Rights, Compensation and Culpability", *Law and Philosophy*, Vol. 13, 1994, pág. 423.

³⁹ Véase Keeton, Robert E., "Conditional Fault in the Law of Torts", *Harvard Law Review*, 72 (1959).

do por los daños *d* causados por la realización de *p* por A deriva de la pretensión de B a que A no haga *p* pues, como afirmé más arriba, el derecho de B a ser compensado no deriva del derecho a que A no haga *p*. Por otro lado, tampoco puede decirse que la pretensión de ser compensado no deriva de lugar alguno sino que ella es parte integrante del concepto mismo de derecho pues, justamente, eso es lo que está en discusión.

Respecto de la posibilidad de que A pueda tener el deber de compensar a B, aun cuando A no hubiera infringido ningún derecho de B, puede decirse lo siguiente:

(Recuerde que la importancia de esta cuestión es que si existe autonomía o diversidad de fuentes, entre el deber de A de compensar y el derecho de B a que A no realice la acción que daña a B, el alcance de la obligación de compensar no puede limitarse recurriendo a los derechos que la gente tiene a que otros no realicen determinadas conductas. Si existe el deber de compensar aunque no exista el derecho a que no se haga lo que de hecho se hizo, la inexistencia de este derecho no puede constituir una forma de limitar aquel deber ya que aquel deber no deriva, en modo alguno, de este derecho).

Piense en el ejemplo del escalador de montañas que popularizó el Profesor de la Universidad de Arizona J. Feinberg⁴¹. En el medio de una tormenta, un escalador se encuentra ante la alternativa de morir de frío o romper la ventana y entrar en una cabaña deshabitada. Asumamos con Feinberg que el dueño tiene el derecho a ser compensado por los daños causados por el escalador. La cuestión que aquí importa es si tiene ese derecho aun cuando no tenga el derecho a que el escalador no irrumpa en la cabaña del modo en que lo hizo. Si la respuesta es positiva, si el escalador tiene el deber de compensar aun cuando el dueño de la cabaña no tenga aquel derecho, la relación entre derechos y compensación que Coleman necesita para que su posición tenga sentido, simplemente no existe.

Analicemos la cuestión de la autonomía entre el deber de compensar y el derecho a que el agente causal del daño no haga lo que hizo a través de la cuestión si permitiríamos que,

⁴¹ Véase Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton U. Press, 1980, pág. 236.

anoticiado de las intenciones del escalador, el dueño de la cabaña impida que el escalador irrumpa en la cabaña.

En un caso como el que planteo más arriba está en juego, por un lado, la vida del escalador y, por el otro, la ventana del dueño de la cabaña. Dada la diferencia de los valores de los bienes en juego es razonable pensar que el dueño no tiene derecho a impedir que el escalador irrumpa. Concederle ese derecho requeriría endosar la idea de que los derechos de propiedad son los derechos más básicos que podemos concebir, cosa muy difícil de justificar.

Si estamos de acuerdo que el dueño de la cabaña no tiene derecho a impedir que el escalador irrumpa debemos también estar de acuerdo con la idea de que el dueño de la cabaña no tiene derecho a que el escalador no haga lo que hizo. Ello es así pues el único contenido del derecho a que el escalador no haga lo que hizo, distinto al derecho a ser compensado, al menos en este caso, es el derecho a impedir que el escalador irrumpa en la cabaña. Sin este derecho, simplemente no hay ningún derecho en cabeza del dueño de la cabaña que se pueda esgrimir frente a A.

La conclusión de que el dueño de la cabaña no tiene derecho alguno contra el escalador a que no irrumpa en la cabaña no socava nuestra convicción de que el dueño de la cabaña tiene derecho a ser compensado, si el escalador irrumpa. Si esto es correcto, si la obligación de compensar no cae ante la falta de derechos del dueño de la cabaña a que no se realice la acción que debe dar derecho a la compensación, no puede haber relación entre la obligación de compensar y los derechos de la víctima (distintos al derecho a ser compensado). Por consiguiente, no puede sostenerse, como Coleman pretende, que la forma de restringir la obligación de compensar es recurrir a las expectativas legítimas de las víctimas de los daños respecto de las conductas que los agentes causales del daño deberían haber evitado. Estas expectativas no tienen relación alguna con la obligación de compensar.

XII. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL "ALCANCE"

Creo que el origen de las dificultades para resolver el problema del alcance radica en que todas las concepciones de

la justicia correctiva buscan la respuesta a este problema a lo largo de las mismas líneas por las que buscan la respuesta al problema de por qué se debe compensar. Así, como lo que parece definir la obligación de compensar es el derecho a que el agente no haga lo que hizo, la idea más natural es que lo que debe definir el límite de esa obligación es la inexistencia de este derecho.

Pero la concepción de la responsabilidad que he delineado no justifica la existencia del deber de compensar a partir del derecho a que no se realice la acción dañadora. De acuerdo con lo que he sostenido más arriba, existe obligación de compensar, aun cuando no exista en cabeza de la víctima del daño el derecho a que quien causó el daño no haga lo que de hecho hizo. En mi visión, la obligación de compensar es una consecuencia del principio que requiere que tomemos en cuenta las acciones que realizamos, tal como lo exige la idea de que debemos vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones.

Lo anterior nos dice que no debemos intentar resolver el problema del alcance por la vía que Coleman y otros han transitado, pero nada más que eso. Ahora expondré cuál es, según mi opinión, el principio que justifica la limitación a la obligación de compensar.

La idea central de mi posición es que la obligación de compensar debe limitarse en todos aquellos casos en los que las reglas de una práctica o institución social así lo requieran siempre que, primero, estas prácticas o instituciones puedan justificarse en virtud de que producen beneficios mutuos y, segundo, no exista posibilidad alguna de que dichas prácticas o instituciones funcionen para beneficios mutuos, sin la limitación a la obligación de compensar⁴².

⁴² De algún modo, la idea de que la limitación de la obligación de compensar debe provenir no de los derechos de la víctima sino de algún principio distinto ha sido sugerido en algunos de los pasajes de la obra de J. J. Thomson. En *Remarks on Causation and Liability*, Thomson sostiene que la exigencia de una vinculación causal entre el daño de la víctima y quien debe compensar es una consecuencia de nuestro interés por la "libertad de acción". Así, A no debe compensar el daño de B que aquel no ha causado pues si le debiera compensar su libertad de actuar se vería perjudicada. Si obligáramos a A a compensar él no podría planear su vida con anticipación dado que podría ser obligado a compensar daños con los cuales

Esta idea deja una gran incertidumbre pues no especifica en forma general cuáles son las prácticas o instituciones que existen en nuestra sociedad, ni la forma en que su justificación puede realizarse, ni si la compensación es incompatible con la misma existencia de la práctica o institución. Reconozco esta incertidumbre y no estoy dispuesto a despejarla totalmente pues ello me llevaría más lejos de donde quiero ir.

De todos modos, quiero resaltar que la limitación a la obligación de compensar que aquí ofrezco es diferente a la de Coleman y a la de todos aquellos que recurren a los derechos de la víctima.

Prima facie podría pensarse de otro modo. El hecho de que la limitación que ofrezco recurra a las reglas de prácticas o instituciones puede verse como una forma sofisticada de recurrir a los derechos de la víctima ya que, sin duda, las reglas de las prácticas o instituciones dan origen a derechos.

no está en modo alguno relacionado. Sin embargo, Thomson sugiere que la "libertad de acción" no permite explicar la razón por la cual creemos que A no debe compensar a B si le causó un daño por algún accidente inesperado, que A tomó todas las precauciones para evitar cuando no podemos pensar que él pudo prever que lo que hizo causaría un daño. Según Thomson, la razón por la que A no debe compensar en casos como éste es un "argumento de utilitarismo de reglas" proveniente de nuestro compromiso con la libertad de acción de todos nosotros que nos lleva a preferir vernos libres de los costos de los daños que causamos a otros del modo en que A lo ha hecho que a ser liberados de los daños que sufrimos análogos a los que sufre B. En síntesis, para Thomson, como para mí, existen dos principios cuya articulación puede explicar tanto la obligación de compensar como la limitación a ella sin que ninguno de los dos tenga relación con los derechos de la víctima. La diferencia central entre la posición de Thomson y la mía es que yo creo que el principio que limita la obligación de compensar no puede ser un principio "utilitario de reglas". Los principios utilitarios de reglas pueden sacrificar los intereses de las víctimas cuando ello maximiza la utilidad. Un principio utilitario de reglas puede justificar que B no sea compensado si el perjuicio de B es menor que el beneficio de todas las demás. Tal como surge del texto yo asijo que los principios que limitan la obligación de compensar puedan justificarse en virtud de que producen beneficios mutuos o recíprocos. Así, para justificar la limitación de la obligación de compensar a B hará falta que dicha limitación no ade beneficio más a los demás de lo que perjudica a B sino que beneficia a B más de lo que le benefician principios alternativos. Véase Thomson, Judith J., "Remarks on Causation and Liability", en *Rights, Restitution & Risk*, Harvard U. Press, 1986, págs. 192-224, esp. pág. 205.

Sin embargo, existe una diferencia crucial entre las soluciones a la Coleman y la mía. Para quienes sustentan aquella los derechos relevantes son derechos de primer grado, son derechos que derivan de una teoría distributiva de la justicia y que determinan qué es lo que cada uno de nosotros tiene derecho a hacer o qué es lo que cada uno de nosotros tiene derecho a que otro no haga. En cambio, los derechos que derivan de las reglas de las instituciones o prácticas que según mi visión limitan la obligación de compensar, son derechos de segundo grado. Son derechos que excepcionan a la obligación de compensar que no depende a su vez, de aquello que tenemos derecho a hacer o aquello que tenemos derecho a que otro no haga.

En otras palabras, el límite que yo creo adecuado a la obligación de compensar no depende de los derechos del agente causal del daño a realizar determinadas conductas ni del derecho de la víctima a que dicha conducta no se realice. En mi visión, los únicos derechos relevantes son el derecho a no compensar por el daño que uno causa que deriva de las reglas de prácticas o instituciones cuya existencia beneficia a todos y que no podrían subsistir sin que se limite la obligación de compensar.

Quiero dejar en claro que ni la distinción entre derechos primarios y secundarios, es decir derechos a realizar una acción y a que ella no se realice y derechos a ser compensado y a no compensar, ni la afirmación de que los derechos secundarios no derivan o dependen de los derechos primarios, implican la inexistencia de toda relación entre ambos tipos de derechos. Así, por ejemplo, la inexistencia de un derecho secundario a ser compensado en los casos en que a pesar de haber sido dañado no existe la obligación de compensar, usualmente genera un derecho primario en cabeza del agente causal del daño a realizar la conducta dañosa.

Creo que podemos tener un sentido acabado de lo que quiero decir si volvemos al ejemplo del mercado que generó toda esta discusión.

Supongamos que el mercado puede justificarse en razón de que, dado el sistema de incentivos prevaletentes en nuestra sociedad, es la mejor manera de beneficiar a los que están peor vis a vis todos los otros sistemas de producción y distribución de recursos. Supongamos también, que el mercado no podría funcionar si aquellos que como consecuencia de pro-

ducir mejor y más barato bienes apreciados por otros tuvieran que compensar los daños que causan a quienes carecen de esta habilidad. La idea que está detrás de esta suposición es que si hubiera que compensar nadie se arriesgaría a producir mejor o más barato pues mientras que si fallan deberían cargar con todas las pérdidas del caso, si tienen éxito deberían compartir los beneficios con aquellos a quienes han causalmente perjudicado.

Bajo estas dos presuposiciones, que creo pueden defenderse con muy buenos argumentos, A no debería compensar a B por el daño que le ha causado al producir los bienes en el mercado. La limitación a la obligación de compensar no surge del hecho de que B no tiene derecho a que A no haga lo que hizo como en última instancia presupone Coleman, sino del hecho de que si A tuviera que compensar a B en un caso como éste, la institución social del mercado no podría existir y, con ello, sería imposible obtener los beneficios que de ella se derivan.

Es posible que mis ideas no surjan con claridad de lo anterior. Por ello, quiero exponerlas usando un ejemplo más. Supongamos que A y B son jugadores de rugby de equipos distintos. Supongamos que A, en un match con el equipo al que B pertenece, daña a B involuntariamente. ¿Debe A compensar a B por el daño causado?

La respuesta, como en el caso del mercado, dependerá de dos cuestiones distintas. Primero, si podemos justificar el juego del rugby de algún modo. Segundo, si el juego del rugby podría subsistir para beneficios mutuos con la obligación de compensar los daños involuntariamente causados.

En primer lugar, creo que el juego del rugby puede justificarse pues, como muchos otros juegos, templea el carácter, fortalece el físico, fomenta el compañerismo y además divierte a quienes lo practican. Hace todo ello sin un costo demasiado excesivo para los propios jugadores.

En segundo lugar, el rugby no podría jugarse si los jugadores fuesen obligados a compensar los daños que causan. Es bien probable que el rugby dejaría de ser el juego que es pues los jugadores no se involucrarían en cada una de las jugadas del modo en que ahora lo hacen en virtud del temor a causar un daño involuntario. Al generalizarse esta actitud el juego perdería mucho de lo que tiene. Probablemente, no fortalecería el físico, pues los jugadores sabrían que la posibilidad

de daños disminuye notablemente de modo que no tiene sentido fortalecerse, no templar el carácter, por las mismas consideraciones, y todo ello quitaría buena parte de diversión a quienes lo juegan⁴³.

Si lo que digo es correcto, A no debería compensar a B los daños que le causa en el partido mencionado. Pero la situación cambia radicalmente cuando A ocasiona a B un daño intencional, es decir un daño consecuencia de una acción de A realizada con la sola intención de dañar. En este caso, B debería compensar a A pues no se satisfacen los requisitos que exige la limitación a la obligación de compensar.

Un punto que quiero destacar antes de terminar esta sección es que la forma en que he encarado el problema del alcance es consistente con FS. Recuerde que FS es una visión de la importancia de las acciones que no se satisface si sólo vemos a las acciones como hechos operativos que permiten justificar un trato diferente a la luz de consideraciones agregativas. A diferencia de FD, FS requiere que lo que hacemos sea un criterio para decidir cuáles instituciones son correctas y cuáles no, por ello FS es una visión externa de la importancia de las acciones mientras FD es una visión interna. Además, FS afirma que existe un valor en vivir de acuerdo con lo que hacemos, valor que es independiente de nuestro bienestar, por ello FS es una visión positiva mientras que FD no lo es.

Creo que es fácil concederme que durante todo el tiempo que afirmé que debemos compensar todas las consecuencias de nuestras acciones no he contradicho las consideraciones de las que partí.

La cuestión es si al recurrir a reglas o instituciones para limitar el problema del alcance no socavo mis propias afirmaciones anteriores. En otros términos, ¿el problema del alcance no muestra que FS es una concepción interna del valor de las decisiones como FD?

Es legítimo hacerse la pregunta del párrafo precedente pues no dije mucho respecto de las instituciones o prácticas cuyas reglas pueden limitar el alcance de la obligación de responder. No lo voy a hacer ahora tampoco pues ello me re-

⁴³ George Fletcher ha dado un tratamiento muy interesante a casos en los que se discuten daños en el deporte. Véase Fletcher, *op. cit.*, nota 15.

queriría toda una teoría institucional. Lo único que quiero decir es que el criterio sobre la base de la cual estas instituciones deben estructurarse es, precisamente, FS.

Creo que la forma más directa de explicar lo que tengo en mente requiere usar nuevamente el ejemplo de la bancarrota de B. Más arriba sostuve que A no debe compensar a B pues, primero, el mercado es una institución justificada y, segundo, el mercado no podría funcionar si aquellos que como consecuencia de producir mejor y más barato bienes apreciados por otros tuvieran que compensar los daños que causan a quienes carecen de esta habilidad. Dejemos de lado el segundo requisito y concentrémonos en la justificabilidad de las instituciones o prácticas.

Si yo sostuviese que la justificación del mercado responde a, por ejemplo, el hecho de que esta institución maximiza la riqueza de una sociedad, sin duda violaría lo que FS requiere. Ello es así, pues en ese caso la limitación de la responsabilidad de A sólo podría explicarse por el hecho de que dicha limitación sirve al ideal de la riqueza y en tanto tal, la consideración que tenemos por dicha acción sería la que postula FD, más precisamente, como un hecho operativo que permite justificar un trato diferente basado en consideraciones agregativas.

Pero si la justificación del mercado radica en que, dado el sistema de incentivos prevaletentes en nuestra sociedad, el mercado aumenta la cantidad de recursos disponibles y permite a todos (o quizá sólo a los que están peor) que elijan más libremente, vis á vis todos los otros sistemas generales de producción y distribución de recursos que conocemos, la cuestión cambia. La limitación de la obligación de compensar ya no se encuentra subordinada a la promoción de ningún bien colectivamente considerado sino, por el contrario, a la promoción del mismo valor que justifica la obligación de compensar, más precisamente, el valor de vivir de acuerdo con nuestras decisiones.

Si ello es así, el hecho de que la concepción compensatoria recurra a las reglas de prácticas o instituciones para resolver el problema del "alcance" no tiene consecuencias perturbadoras para mi propia posición. Ello no implica negar que toda la cuestión de la responsabilidad puede explicarse a partir de una particular teoría de la importancia de nuestras decisiones, FS.

XIII. ALGUNAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN COMPENSATORIA

En las secciones anteriores he intentado presentar los elementos esenciales de una concepción de la justicia correctiva construida sobre la idea de la relevancia moral de nuestras acciones y de la importancia de vivir de acuerdo con ellas. En esta sección quiero explorar el impacto de la concepción compensatoria de la justicia correctiva en algunos de los problemas jurídicos de la responsabilidad extracontractual. Esta sección, de un modo muy superficial, pretende sustentar la afirmación que hice al comienzo de este trabajo en el sentido de que las cuestiones jurídicas más complejas sólo pueden resolverse si tenemos una clara idea de las razones que justifican la obligación de compensar.

Obviamente, las consideraciones que siguen presuponen que el derecho y la moral están conectados de alguna manera. De otro modo, si la moral fuera irrelevante para el derecho, nada de lo que se dijera respecto de la justicia podría tener trascendencia para las cuestiones de la responsabilidad legal. Afortunadamente, a los efectos presentes no es preciso discernir cuál es la naturaleza de esa conexión, basta con presuponerla.

La primera consecuencia de lo que he sostenido más arriba es que la responsabilidad objetiva ya no puede ser vista como una excepción al régimen general de la responsabilidad civil. La responsabilidad objetiva no es un fenómeno marginal que requiere una explicación *ad hoc* y una justificación mayor que la obligación de responder en los casos en que los daños en cuestión fueron ocasionados por culpa, tal como muchos autores han pensado.

Debemos responder por los daños que causamos con independencia de los contenidos subjetivos de nuestras acciones en virtud de que la compensación es una consecuencia de la idea de que la única manera en que un sistema social respete la relevancia de nuestras acciones es si impone la obligación de compensar las consecuencias dañosas de ellas. Por ello, para saber si A debe compensar a B por p, es intrascendente estudiar si A ha hecho p sabiendo o debiendo saber que p no debía hacerse. A debe compensar a B por la sola razón de haber dañado a B.

Más aún, la que necesita una explicación *ad hoc* y justificación ulterior es la exigencia de muchas leyes y códigos que requieren que el actor haya actuado con culpa para que se le imponga la obligación de compensar. Mi posición no es que esta justificación no puede encontrarse sino que ella debe satisfacer los mismos requisitos impuestos para otras limitaciones a la obligación de compensar. De acuerdo con esta idea, la exigencia de la culpa en el actor, como precondition de la obligación de compensar, únicamente estará justificada si ello fuera requerido para que una práctica o institución que consideramos justificada por conseguir beneficios recíprocos pueda continuar existiendo.

La segunda consecuencia derivada de la adopción de la concepción que he delineado más arriba es la superación definitiva del debate acerca de la cuestión de la compensación por los daños producidos por conductas lícitas.

Tal como hemos visto más arriba, la idea de que no se debe compensar por las consecuencias dañosas de nuestras acciones si no existe alguna obligación de no hacer lo que de hecho se hizo es una convicción bastante extendida. Ella está detrás de la solución que Coleman y otros han propuesto al problema del "alcance".

Esta convicción ha sido particularmente desafiada en el ámbito de la responsabilidad del Estado. La razón que motivó este desafío ha sido la convicción de que como el Estado es quien determina lo que él puede hacer parece no ser justo que no compense cuando realiza una acción dañosa que él mismo autorizó.

Pero la responsabilidad del Estado no es el único caso en que la cuestión de los daños lícitos emerge. También emerge en aquellos casos de daños producidos en estado de necesidad. Por ejemplo, cuando A para salvar la vida de C, realiza la acción *p* por medio de la cual daña *x*, un bien de menor valor e importancia que la vida de C, pero que pertenece a B⁴⁴. O

⁴⁴ Muchos han sostenido que la idea de que los daños causados en estado de necesidad deben ser compensados es una consecuencia del principio del enriquecimiento indebido. De este modo, para cotas iguales, en tanto y cuanto el que causó el daño no se enriqueció no debe ser obligado a compensar. (Es interesante notar que algunos autores sostuvieron que toda la cuestión de la justicia correctiva puede verse como una derivación del

daños que son necesarios para continuar con el proceso productivo, por ejemplo, las molestias que ocasionan el ejercicio de ciertas actividades productivas referidas en el artículo 2618 del Código Civil Argentino⁴⁵.

La posición que he defendido no se enfrenta con ningún problema para solucionar estos casos. Como no se correlaciona la obligación de compensar con la existencia de un derecho de la víctima a que el agente causalmente responsable del daño no haga lo que hizo, la discusión acerca de si la conducta que causó el daño fue correcta o incorrecta deviene en intrascendente. La fundamentación de la obligación de responder no reside en la violación de ningún deber de parte de quien causó el daño. Lo único que interesa a los fines de la compensación es, primero, si una conducta causó un daño y, segundo, si existen razones que aconsejan limitar la obligación de compensar en virtud de la necesidad de preservar una práctica o institución cuya existencia no puede ser preservada a menos que se adopten limitaciones a la obligación de compensar⁴⁶.

principio del enriquecimiento sin causa. Véase Coleman, Jules, "Corrective Justice and Wrongful Gain", *Journal of Legal Studies*, 11, págs. 421-440). Yo creo, por el contrario, que la cuestión de la compensación en estas casas responde a los mismos principios que la compensación en todos los demás casos. En virtud de ello, quien cause un daño en estado de necesidad deberá compensarlo por el mero hecho de haberlo causado, salvo que la compensación haga imposible la existencia de prácticas o instituciones que funcionan para beneficios mutuos.

⁴⁵ Este artículo dice "Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso...".

⁴⁶ José María López Olaciragui, quizá en el mejor artículo que se ha escrito en la Argentina sobre la teoría de la responsabilidad extrac contractual afirmaba, que era un error concebir a esta teoría como un capítulo de la teoría de los actos ilícitos, no obstante la ubicación de los artículos que regulan la obligación de compensar en el Código Civil Argentino. En su opinión la teoría de la responsabilidad debía considerarse como una teoría de los actos dañosos los que podían ser hechos o ilícitos. Véase López Olaciragui, "La responsabilidad extrac contractual", *Revista de Derecho*, 1970, p. 10.

En tercer lugar, la visión aquí desarrollada considera injustificada la obligación de compensar los daños que no son consecuencia de las conductas del agente. En virtud de que quien no daña no puede ser obligado a compensar daños de ningún tipo, la concepción compensatoria desaconseja la instrumentación de sistemas de responsabilidad civil como el de Nueva Zelandia.

La "Accident Compensation Act of 1972" aprobada por el Parlamento de Nueva Zelandia abolió el deber de compensar y el derecho a ser compensado por el agente causal de daños personales sufridos por trabajadores y víctimas de accidentes automovilísticos como consecuencia de conductas no culpables. (El año siguiente esta solución se extendió a todas las víctimas de daños personales no culpables). Al mismo tiempo se constituyó un fondo, al que contribuían empleadores, automovilistas en general, más otros fondos provenientes de rentas generales, del cual se extraía el dinero necesario para compensar a las víctimas que no podían accionar contra los agentes causales de sus daños. De acuerdo con este sistema, son compensables con el dinero proveniente de estos fondos los gastos médicos que incluyen los de rehabilitación, el 80% de los salarios no cobrados y, en algunos casos, el daño moral. El daño a la propiedad (directo de acuerdo con lo establecido por el artículo 1078 de nuestro Código Civil) no está incluido. El trámite para obtener compensación es administrativo y no intervienen los jueces en modo alguno⁴⁷.

Los partidarios de este sistema lo han justificado sosteniendo que evita la subcompensación de aquellos daños que como consecuencia de la mala fortuna de los actores en los respectivos juicios no pueden ser probados, la sobrecompensación de aquellos daños cuyas víctimas reciben no sólo la indemnización por parte del causante del daño sino además la de su propio seguro y algunos beneficios sociales —pensión por invalidez, etc.— y, por último, en virtud de que el procedimiento es administrativo, el sistema evita el inútil gasto en honorarios profesionales y demás costas procesales. Dado que

ciraguí, José María, "Esencia y Fundamentos de la Responsabilidad Civil", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1968.

⁴⁷ Véase Henderson, James A., "The New Zealand Accident Compensation Reform", 48 *U. Chicago Law Review* (1981), págs. 781-801.

el sistema neocelandés sólo exige la prueba del daño por ante una autoridad administrativa y la indemnización excluye todos los otros gastos, sus partidarios afirman, que las compensaciones son más adecuadas y económicas que la de los sistemas convencionales.

El problema comúnmente señalado por los detractores del sistema es que disminuye los efectos disuasorios de los sistemas convencionales. Estos últimos, al imponer la obligación de compensar a quien causa los daños, disuaden tanto la realización de actividades riesgosas por parte de los agentes causales de los daños como la exposición a los riesgos por parte de las víctimas de dichos daños⁴⁸. Así, se sostiene que el sistema neocelandés disminuirá las medidas de seguridad a menos que se tenga un especial cuidado de hacer contribuir al esquema de compensación únicamente a aquellas actividades similares a las que engendran los daños. Así, por ejemplo, habría que imponer la obligación de contribuir por los daños producidos por automóviles a aquellos que manejan peligrosamente o a quienes manejan automóviles peligrosos.

Mi crítica al sistema neocelandés es diferente. Creo que el sistema de compensación de Nueva Zelanda no puede aceptarse por la razón de que impone la obligación de cargar con los costos de los accidentes a terceros que no tienen con el accidente la adecuada vinculación. En efecto, dado que los costos de los accidentes son pagados con fondos no provenientes del bolsillo de quien los causó, el sistema de compensación externaliza la obligación de compensar. De este modo, el sistema ignora la relevancia normativa de las acciones dañinas de aquellos que causaron el daño y, con ello, impide la consecución del bien que consiste en que ellos vivan de acuerdo con sus decisiones⁴⁹.

⁴⁸ Véase Brown, Craig, "Deterrence in tort and no-fault: the New Zealand experience", *California Law Review*, vol. 73, no. 3, págs. 976-1003.

⁴⁹ No obstante lo que sostengo en el texto el sistema de compensación de Nueva Zelanda podría justificarse si pudiese concebirse como una excepción al principio de que debemos compensar las consecuencias dañinas unidas con nuestras acciones por un adecuado nexo de causalidad. Ello podría suceder si fuese verdad que la obligación de compensar debe limitarse dado que, primero, el sistema puede justificarse en virtud de que produce beneficios mutuos y, segundo, no existe posibilidad alguna de que el sistema funcione para beneficios mutuos, sin la limitación a la obligación de

La concepción compensatoria de la justicia correctiva que he desarrollado, también desaconseja los sistemas de responsabilidad absoluta en los que la obligación de compensar se impone aun cuando se pruebe que el daño fue causado por la conducta de la propia víctima o de un tercero por quien no se deba responder. La razón es que ambos sistemas se apartan de la idea de que sólo aquel que causa el daño debe cargar con la obligación de repararlo⁸⁶.

En cuarto lugar, la concepción correctiva se opone a la existencia de una obligación de compensar por la mera imposición a otro del riesgo de daño.

En forma reciente, en especial en el ámbito de la responsabilidad por los daños tóxicos y masivos, se ha sostenido la tesis de que debe imponerse la obligación de compensar por la mera probabilidad de que ciertas acciones ocasionen daños debiendo determinarse el monto de la compensación debida mediante un cálculo consistente en el descuento del valor ab-

compensar. De acuerdo con las informaciones disponibles ello no sucede en el caso de Nueva Zelanda. El sistema allí funciona para el beneficio de aquellos que crean más riesgos. Ello así pues éstos aportan lo mismo que todos los demás al fondo del cual se extrae el dinero necesario para compensar a las víctimas, lo que funciona en perjuicio de los que imponen menos riesgos. Si la situación fuera una en la que todos se imponen los mismos riesgos recíprocos o la obligación de aportar al fondo común estuviera limitada a aquellos que crean un idéntico riesgo, quizá el sistema podría justificarse. En esos casos, la disminución de costos en honorarios profesionales y demás costas procesales disminuiría el monto neto que cada uno debería pagar y este sí estaría en beneficio de todos. Mi oposición al sistema neocelandés se puede extender a aquellos sistemas que, como el argentino, imponen la obligación de asegurarse por ciertos riesgos sin obligar a las compañías de seguro que agrupan a los asegurados en categorías similares en razón del tipo de riesgo que imponen a los demás y los daños que han causado en el pasado.

⁸⁶ Las responsabilidades en garantía merecen un párrafo aparte. En ellas quien se encuentra obligado a compensar es alguien que no causó el daño. Podría parecer que la concepción compensatoria debería oponerse a este tipo de responsabilidad pues quien compensa no ha realizado ninguna acción dañosa. Sin embargo, ello no es así. La razón es que la obligación de compensar está aquí justificada por la necesidad de garantizar la actividad de otros y no por haber tenido alguna relación especial con el daño. (Agradeces a J. Barraguirre el haberme llamado la atención acerca del problema de las responsabilidades en garantía).

soluto del daño por la probabilidad de su ocurrencia⁵¹. Se justifica esta posición en que cierto tipo de daños son tan graves que cuando suceden no se puede poner a la víctima en el lugar que ella tenía antes del daño (piense en accidentes nucleares que borran familias enteras). Citan en apoyo de esta idea muchas instancias en las que nuestros sistemas imponen la obligación de compensar por riesgos. Así, por ejemplo, se alude a la compensación por pérdida de *chance* y al carácter probabilístico de la relación causal⁵².

No es este trabajo el lugar para desentrañar todas las implicancias y fundamentos de esta posición⁵³. Lo único que me interesa destacar aquí es la razón por la que la concepción compensatoria rechaza la compensación por la imposición de riesgos. De todos modos, y como una preparación del camino, quiero destacar que las dos instancias citadas en las que según estos autores estamos dispuestos a imponer la responsabilidad por riesgos —esto es la compensación por la pérdida de la *chance* y el carácter probabilístico de la relación causal— no son tales.

La indemnización por la pérdida de la *chance* no es una indemnización por un riesgo, es decir por la probabilidad de que cierto daño futuro ocurra, sino por un daño ya ocurrido cuyas reales consecuencias todavía ignoramos. En efecto, cuando compensamos por la pérdida de la *chance* sabemos que la víctima del daño ha perdido la posibilidad de hacer algunas cosas que hubiera deseado, y creemos que hubiera podido hacer. Compensamos por la pérdida de una opción. La única razón por la que no compensamos la pérdida de la opción en cuestión del mismo modo en que la compensaríamos si la víctima ya hubiera optado por ella es, sencillamente, que en el caso de pérdida de *chance* no sabemos si en el futuro la víctima, pudiendo hacerlo, iba a adoptar dicha opción. Como tenemos incertidumbre al respecto sólo compensamos descontando el valor de la pérdida de la opción por la probabilidad de que la víctima hubiera optado por ella.

⁵¹ Véase Robinson, Glen O., "Risk, Causation and Harm", en *Liability and Responsibility*, Cambridge U. Press, 1991, págs. 317 y sigs.

⁵² Véase McCarthy, David, "Liability and Risk", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, number 3, summer 1996.

⁵³ Lo hago en un artículo tentativamente titulado "Riesgos y responsabilidades" por aparecer en una compilación sobre teorías de la responsabilidad llevada a cabo por Ernesto Garzón Valdés.

La incertidumbre también rodea la obligación de compensar en aquellos casos en que la relación entre el daño de la víctima y la conducta del agresor es sólo probable. (Recordemos que los partidarios de la responsabilidad por la imposición de riesgos sostienen que así como estamos dispuestos a imponer la obligación de compensar cuando la relación causal es sólo probable debemos compensar cuando el daño es sólo probable, es decir, cuando sólo hay riesgo de daño). Para encarar la cuestión pensemos en el famoso caso "Summers vs. Tice"⁵⁴ que resolvió la Corte Suprema del Estado de California en el año 1948. El Sr. Summers junto con Tice y Simonson salieron de cacería. En un momento determinado, Tice y Simonson dispararon, presumiblemente a un pato, con la mala fortuna de que un disparo alcanzó a Summers en un ojo. La prueba balística no pudo determinar de qué arma había partido la bala dado que ambas armas eran idénticas. La Corte Suprema, confirmando un fallo de la corte de primera instancia, condenó a ambos a pagar solidariamente el total daño. La razón de la condena no fue claramente expuesta aunque todos los comentaristas americanos sostienen que la decisión fue justa⁵⁵. Una explicación de la justicia del

⁵⁴ 33-Cal. 2d. 80, 199 P. 2d 1 (1948).

⁵⁵ Tengo dudas acerca de cómo se hubiera resuelto este caso en la Argentina. Varios autores rechazan la obligación de compensar si no se ha probado escabidamente la existencia de la relación causal entre el daño y la conducta del demandado. Así entiendo yo la posición de Bueres quien parece sostener que cuando creemos adecuado compensar un daño por la probabilidad de que exista un vínculo causal entre la conducta del demandado y el daño en realidad estamos compensando la pérdida de chances que se produce como un resultado causal seguro de la conducta del demandado. Si la relación causal entre la pérdida de chances y la conducta de la víctima no está escabidamente probada, Bueres se inclina por la imposibilidad de obligar a compensar. (Véase Bueres, Alberto J., *Responsabilidad Civil de los Médicos*, Hammurabi, 2ª ed., 1994, págs. 331 y sigs.). En igual sentido se pronuncia Vázquez Ferreira quien sostiene que si admitimos lo que llama la "teoría de la causalidad virtual" bastaría probar la culpa del responsable junto a la posibilidad en abstracto de curación (cuando se trata de daños médicos) para imponer la obligación de compensar, presumiéndose la relación causal. Vázquez Ferreira sostiene que esto es injusto "pues son infinitos los casos en los cuales la no curación obedece al propio proceso natural del paciente siendo indiferente la actuación del profesional". (Véase Vázquez Ferreira, Roberto, "La Prueba de la Relación Causal en la Responsabilidad Civil", *La Ley*, diario 28/96, pág. 21. Cree que la razón por

fallo²⁴, la más común, es que si bien no existían más razones para pensar que alguno de los dos demandados era el responsable del daño que para pensar que no lo era —existían, tanto para Tice como para Simonson, .5 probabilidad de que cada uno de ellos fuera el autor del daño y .5 de que no lo fuera— la probabilidad de error, si ninguno compensaba a la víctima era mayor que si ambos eran obligados a hacerlo. En efecto, supongamos que el daño por la pérdida del ojo de Summers es de \$100. Si Summers no es compensado ni por Tice ni por Simonson el error esperado tiene un valor de \$200. Ello así pues sabemos que Summers no se causó el daño a sí mismo, de modo que si es obligado a cargar con el daño se cometerá un error de \$100. Además, sabemos que Tice es .5 probable de haber causado el daño de modo que si es liberado de la obligación de compensar habrá un error esperado de .5 (\$100), es decir \$ 50, idéntico al error esperado si Simonson es también liberado de la obligación de compensar. Si, por el contrario, tal como decidió la Corte de California, Tice y Simonson son obligados a compensar todo el daño el error es de \$100. Esta cifra resulta de la siguiente adición: Si Tice es obligado a compensar todo el daño habrá un error esperado de .5 \$100, es decir \$50, dado que es sólo .5 probable que Tice haya causado el daño. Lo mismo sucede con Simonson. No habrá error esperado respecto de Summers pues sabemos que él no se causó el daño. Dado que un margen de error de

la cual estos autores argentinos no alcanzan a percibir la justicia de la solución dada por la Corte Suprema de California al caso "Summers vs. Tice" es que no tienen en cuenta que dicha solución minimiza el margen de error de la decisión. De todas maneras, y a pesar de lo que piensan los autores antes citados creo que en el derecho argentino la solución correcta es la misma que en el derecho americano. En mi opinión el principio de la "minimización del error" que justifica la decisión de imponer la obligación de compensar a Tice y Simonson se encuentra consagrada en el artículo 1119 del Código Civil argentino cuando dispone que en el caso de que se produzcan daños "por cosas suspendidas o puestas en un modo peligroso que lleguen a caer" y se ignora la habitación de donde proceden (las cosas suspendidas) todos los inquilinos de la casa deben responder por el daño causado. En virtud del principio receptado en este artículo, un juez argentino debería solucionar un caso similar a Summers vs. Tice del mismo modo en que lo solucionó la Corte Suprema de California.

²⁴ Véase Lewmore, Sadl, "Probabilistic recoveries, restitution and recurring wrongs", *Journal of Legal Studies*, 491 (1990).

\$100 es menor que un margen de error de \$200, la decisión de la Corte es la que minimiza el error⁵⁷.

Como surge de "Sumner vs. Tice" la razón por la que estamos dispuestos a imponer la obligación de compensar por los daños a quien es sólo un probable causante de ellos es que en condiciones de incertidumbre esta solución minimiza el error. Si ello es así no podemos extender nuestra aceptación del carácter probabilístico de nuestros juicios causales⁵⁸ para aceptar también la responsabilidad por los riesgos, pues la justificación de este último tipo de responsabilidad no está asociada en modo alguno con la incertidumbre sino con la idea de que, por un lado, los demás tienen derecho a no ser injustamente sometidos a riesgos y, cuando ello sucede, tienen derecho a ser compensados.

Después de haber señalado las diferencias existentes entre la responsabilidad por riesgos, por un lado y, por el otro, la responsabilidad por la pérdida de *chance* y el carácter probabilístico de la relación causal quiero señalar la razón en virtud de la cual la concepción compensatoria que he ofrecido sostiene que no deben compensarse los riesgos de daños.

⁵⁷ En realidad el principio de la minimización del error no explica toda la decisión del caso. Si sólo estuviéramos preocupados por minimizar el error la decisión debería haber sido imponer una obligación mancomunada de compensar la mitad del daño a cada uno y no una obligación solidaria de todo el daño, tal como de hecho se decidió (el art. 1119 del Código Civil también impone una obligación solidaria para los casos citados en la nota 54). Las razones de la Corte Suprema para imponer la obligación solidaria fueron las siguientes: "when we consider the relative position of the parties and the results that would flow if plaintiff was required to pin the injury on one of the defendants only, a requirement that the burden of proof on that subject be shifted to defendants becomes manifest. They are both wrongdoers —both negligent toward plaintiff. They brought about a situation where the negligence of one of them injured the plaintiff, then it should rest with them each to absolve himself if he can. The injured party has been grieved by defendants in the unfair position of pointing to which defendant caused the harm. If one can escape the other may also and plaintiff is remediless".

⁵⁸ En realidad la expresión "el carácter probabilístico de la relación causal" es engañosa. Tal como bien ha afirmado R. Wright la causalidad es probabilística aunque nuestro conocimiento de la puede ser. Véase Wright, Richard, "Causation in Tort Law", *California Law Review*, Vol. 73, esp. págs. 1621-1626.

Recordémos que la concepción compensatoria parte del principio de que debemos tomar en cuenta las acciones que cada uno de nosotros realiza, lo que únicamente sucede si compensamos los daños que causamos, en virtud de que es bueno vivir de acuerdo con las consecuencias de nuestras decisiones.

Dado este punto de partida no podemos exigir al demandado la obligación de compensar cuando impone un riesgo de un daño a otro sencillamente porque la mera imposición de un riesgo no implica la existencia de consecuencias dañosas. Existen innumerables riesgos de daño que no se actualizan en daños. Por ello la obligación de compensar los riesgos exigiría que compensemos consecuencias que nunca se produjeron. La concepción compensatoria no puede tolerar un sistema de responsabilidad estructurado de esta manera. Ello así, este sistema requiere un tratamiento distinto al que recomienda la idea de que cada uno debe vivir de acuerdo con las decisiones que toma: no vivimos de acuerdo con las decisiones que tomamos si realizamos conductas meramente riesgosas y debemos compensar tal como si ellas fueran conductas dañosas.

Es importante destacar que este argumento es distinto al ofrecido por aquellos que sostienen que si obligamos a compensar por el mero riesgo de daño, en aquellos casos en los que el riesgo en cuestión se actualiza en un daño los demandados habrán sub-compensado a las víctimas y, en los casos en los que el riesgo no se actualiza, las habrán sobre-compensado. A diferencia de quienes ponen el acento en la sub o sobre compensación de las víctimas, para la concepción compensatoria lo relevante es que la obligación de compensar los riesgos implica la obligación de compensar consecuencias que nunca se han producido.

LECCIONES

INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA TRIBUTARIA

EUSEBIO GONZÁLEZ GARCÍA*

I. NATURALEZA DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS: SUPERACIÓN DE VIEJOS ERRORES

La teoría de la interpretación de las normas tributarias debe tomar, como punto de referencia inicial, la afirmación básica de la Teoría de Interpretación de las Normas consistente en reconocer y extraer las consecuencias pertinentes de una afirmación fundamental: la norma tributaria es una norma jurídica ordinaria.

En tanto norma jurídica ordinaria, la norma tributaria se interpreta con arreglo a los criterios admitidos en Derecho¹; no es una norma excepcional; no es una norma onerosa, ni es limitativa, ni ataca la libertad ni el patrimonio individuales. La norma tributaria es una norma jurídica, y como tal se interpreta exactamente igual que una norma jurídica mercantil, procesal, civil, etc. Dado que la hermenéutica a aplicar es exquisitamente jurídica y sus efectos son también jurídicos.

El supuesto normativizado opera como el silogismo lógico jurídico de toda norma jurídica: premisa mayor, premisa menor y consecuencia. Ejemplificando de la manera más sen-

* Con base en su curso dictado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, durante los días 6 y 7 de diciembre de 1995. Las citas fueron desgrabadas por la Sra. Silvia Isabel Ortner de Gutman.

¹ Ver artículo 8° del Modelo de Código Tributario para América Latina.

cilla posible, se puede decir: "todo el que tenga una casa viene obligado a pagar un impuesto, es así que yo tengo una casa, luego yo vengo obligado a pagar un impuesto". Se verifica el esquema del silogismo lógico de toda norma jurídica.

La norma jurídica tributaria es, entonces, una norma jurídica ordinaria más. No es ni más ni menos que cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, una norma jurídica ordinaria más.

En consecuencia, paralelamente a lo dicho, valga señalar que en toda labor interpretativa nunca existe un único resultado posible, al que figurativamente se lo identificaría como "la" interpretación. Es más, esto sí lo puede hacer el Legislador, mediante una forma concreta llamada *interpretación auténtica*. En todos los demás casos, la interpretación que realiza habitualmente cada sujeto, o en último término quien cierra el proceso interpretativo que es el Poder Jurisdiccional, no dejará de ser una interpretación. Una —la del Poder Jurisdiccional— formalmente más valiosa que las otras, pero sin dejar de ser una interpretación, y sin dejar de hacer notar que existen asimismo los cambios jurisprudenciales.

Las normas son susceptibles de diversas interpretaciones. Lo único que hay que hacer en cada caso es operar con métodos jurídicos, realizando una labor de hermenéutica exquisitamente jurídica, sin mezclar en ella ni realismos económicos ni elementos intrínsecamente extraños.

Naturalmente, lo que nunca puede hacer el intérprete del Derecho es olvidarse de las formas jurídicas. El jurista no opera como un veterinario, ni como un sociólogo, ni como un economista, sino que debe utilizar los esquemas y categorías de la técnica jurídica.

Cuando hay un precepto expreso (art. 11, ley 11.683), que aconseja tener en cuenta las realidades económicas, claro está no puede soslayarse, el jurista estará obligado a operar con ese precepto que, como tal precepto de Derecho positivo, es vinculante. Pero, paralelamente, hay que tomar en consideración los límites, las circunstancias y los efectos que ello produce, y asimismo el origen de dicho precepto. Realmente,

² El origen de la teoría de la interpretación conforme con la realidad económica en materia tributaria se halla en el ordenamiento jurídico alemán.

ese precepto tuvo su origen en el ordenamiento alemán, en unas circunstancias de lucha contra el fraude a la ley tributaria, que más adelante examinaremos.

Consignientemente, cuando se habla en esta brevísima introducción al tema de la Naturaleza de la norma tributaria, afirmando la "superación de viejos errores", quiere decirse que lo hasta ahora relatado no es doctrina común, sino que lucha contra una corriente más antigua de pensamiento.

En el marco de este contexto doctrinario es imprescindible hacer referencia a un hito en la teoría de la interpretación de la norma tributaria, cual es la obra de Ezio Vanoni titulada *Naturaleza e Interpretación de las Normas Tributarias* que data del año 1932³. Allí se dedica un capítulo al tema de la metodología de la interpretación, bajo el acápite de "la superación de viejos errores", capítulo donde se atacan las dos grandes concepciones erróneas que han presidido la interpretación de las normas tributarias, por exceso o por defecto. Es decir, tanto el *in dubio pro-contribuyente* como el *in dubio pro-Fisco* son considerados ya como erróneos. El intérprete debe estar, en la duda, por lo que el texto de la norma diga. Interpretar es desentrañar el significado de las normas, aclarar, desvelar, razón por la cual la interpretación nunca será estricta, ni restringida, ni extensiva, sino por el contrario: neutra. Desde esta perspectiva se ve que la interpretación es químicamente pura, es un proceso que lleva a desvelar el significado del término. Lo que puede ser extensivo o restrictivo es el resultado de dicha interpretación⁴, razón por la cual nunca se pueden prohibir resultados.

En el citado trabajo de Vanoni los "viejos errores" comienzan a estudiarse analizando el principio *in dubio pro contribuyente*, que está más extendido en su aplicación que el aforismo contrario. El *in dubio pro-contribuyente* tiene a sus espaldas una vieja historia que arranca de la célebre glosa de Modestino: "No puedo considerar que delinque aquel que, en

³ *Natura e interpretazione delle norme tributarie*. Traducción al castellano de Juan Martín Queralt, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1973.

⁴ Pudiendo en el caso arribar a resultados iguales, más que, o menos de lo que, a primera vista parece deducirse de las palabras en terminología que viene desde el Derecho Romano.

caso de duda, adopta una interpretación que sea favorable al contribuyente". Este pasaje tuvo dos momentos de auge histórico.

El primero se produce durante el Renacimiento, cuando los postglosadores vuelven en sus estudios sobre los viejos textos romanistas⁵. No debe olvidarse que en dicha época la contribución al Estado más importante era producto del botín y la rapiña, con lo cual el hecho de dejar a salvo las economías de los propios súbditos (luego ciudadanos), mediante una interpretación como ésta, era muy conveniente.

El segundo momento se da cuando la idea es retomada por la escuela de la exégesis francesa en el Derecho civil, cuando se rememora la vieja concepción del Derecho de obligaciones y contratos, según la cual las cláusulas deben ser interpretadas contra aquel cuya voluntad se plasma en la redacción del contrato. Es decir, que las cláusulas oscuras o poco claras no deben recaer en cuanto a sus efectos nocivos sobre quien no redactó el contrato, sino por contra sobre aquel que lo redactó. Transportando esta construcción al ámbito de las leyes fiscales, el que las redacta es el Fisco, el Estado, el poder constituido; consiguientemente, si la ley es un contrato entre el ciudadano y el detentador del poder, y quien hace las leyes es el ente soberano, las cláusulas oscuras o poco claras, deberán ser interpretadas a favor del contribuyente y contra quien redactó las cláusulas, que es el Poder Legislativo, el Estado⁶.

⁵ Durante la época de formación de los Estados nacionales (s. XV), la historia de los tres grandes estados nacionales europeos: España, Francia e Inglaterra, se liga a la vuelta a los viejos textos romanos. Interesaba mucho en aquel momento al fortalecimiento del Estado nacional nascente, el tomar todo el prestigio del Derecho romano, que la época del Renacimiento había hecho surgir, con la fuerza, el *imperium*, la potestas, que tenían los emperadores romanos. De esta forma le era muy cómodo al monarca renacentista de los nascentes estados nacionales europeos apoyarse en un derecho prestigioso como era el derecho romano que, además, dotaba de enorme poder al ejercicio de la acción administrativa. Como prueba de ello puede verse que el Derecho romano es ensalzado en las Siete Partidas, que es un producto romanista típico.

⁶ Paralelamente a esta concepción jurídica, en el campo de la economía reinaba la idea de que el mejor impuesto es el que no existe, que el individuo es el mejor juez de sus aptencias, ideas propugnadas por la escuela liberal de fines del s. XVIII y del s. XIX (A. Smith, D. Ricardo, J. S. Mill).

Hay que señalar, no obstante, que más tarde se llegó a plantear un paralelismo entre este principio del *in dubio pro contribuyente*, con el principio de derecho penal *in dubio pro reo*, paralelismo poco afortunado porque la génesis, evolución e historia de ambos principios distan de tener relación alguna. Sólo coinciden en cuanto ambos representan un intento de defensa, dado que en un caso se defiende la libertad, y en otro el patrimonio individual. Pero a poco que se profundice en el estudio de uno u otro, sus antecedentes y fundamentos divergen notablemente.

El otro "viejo error", el principio del *in dubio pro fisco* parte de una vieja tesis de la escuela francesa de Saleilles, con orígenes asimismo romanistas, de la época de decadencia del Imperio Romano. Este principio tuvo un momento efímero de esplendor con los regímenes totalitarios que asolaron Europa en la década de los '30, pero actualmente no es sostenido por la doctrina, casi sin excepciones⁷. En la búsqueda de hacer prevalecer el interés colectivo sobre el individual, lo que esta postura no toma en consideración es que el equilibrio de intereses ya se ha alcanzado, tras su choque inicial tenido en cuenta por el legislador al redactar la norma. Esta tarea normativa implica el juego de intereses colectivos e individuales, que luego ha devenido en un equilibrio, dado en la forma en que la norma viene establecida.

II. APLICACIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DE LA INTERPRETACIÓN AL DERECHO TRIBUTARIO

Advertidos los "viejos errores", es preciso reiterar que en el momento de interpretar, lo que hay que hacer es desentrañar el significado de la norma, y en último término, toda

⁷ Podría señalarse como excepción la posición de alguna doctrina alemana. Doctrina imbuida del principio de la solidaridad de las obligaciones (mientras que en los derechos latinos el principio base es al contrario, el de la subalternidad de las obligaciones, en caso de silencio de la norma). Si lo que prima es la solidaridad, lo colectivo debe prevalecer sobre lo individual, y por ende los ingresos colectivos son más dignos de protección que los ingresos individuales; el Fisco no representa los ingresos individuales del Estado, sino los ingresos colectivos, la parte de riqueza que todos los contribuyentes ponen al servicio de la sociedad.

interpretación se mueve entre dos grandes barreras que no se pueden sobrepasar: la letra de la ley y el fin de la norma. La interpretación es algo elástico, como un resorte o un acordeón, que se puede estirar, pero que siempre tiene un límite más allá del cual no puede estirarse más.

Entonces, si la norma no se interpreta ni pro-Fisco ni pro-contribuyente, sino que la norma se interpreta de un modo aséptico, químicamente puro, buscando el resultado que más adecúe letra con fin de la norma, este razonamiento simplemente tiene una conclusión en Teoría General de la Interpretación, y es que toda la Teoría General de la Interpretación de las Normas, toda ella sin excepción, es íntegramente trasladable al Derecho tributario. No hay ninguna especialidad en la interpretación de las normas tributarias. Las normas tributarias se interpretan como cualquier otra norma jurídica, exactamente igual.

Quedan de esta forma vacías de contenido las opiniones que se reafirman en el carácter odioso, oneroso o limitativo de los derechos individuales de la norma tributaria, opiniones que no tienen sentido dentro de un Estado de Derecho. ¿Cómo puede conciliarse esta afirmación acerca de lo odiosa, restrictiva y limitativa que es la norma tributaria, cuando la aportación que ella establece va encaminada al bien común? Aunque cada vez con menor frecuencia, alguna jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación ha sostenido esta postura, sobre todo en el tema de exenciones.

Por ello, no extraña que el artículo 5º del Modelo de Código Tributario para América Latina⁶ contenga un segundo párrafo, que puede resultar redundante, al referirse a las exenciones, haciéndoles aplicables los métodos de interpretación que se utilizan para las normas tributarias. En efecto, si las exenciones de por sí son normas tributarias, el párrafo parece que no hace falta. Ahora, si bien no hace falta, parece que al mismo tiempo no está de más, dado que ha habido una corriente jurisprudencial muy extendida en sentido contrario, tomando en forma restrictiva las exenciones, la cual es incom-

⁶ Art. 5º - Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todas las métodos admitidas en Derecho, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en aquéllas.

La disposición precedente es también aplicable a las exenciones.

preensible por su falta de lógica intelectual. No resulta coherente mantener al mismo tiempo que las normas tributarias son odiosas, limitativas, etcétera, y paralelamente interpretar las exenciones en forma restrictiva. Si la norma de imposición debe ser interpretada restrictivamente, lo coherente será que la norma de exención se interprete extensivamente, dentro de un razonamiento que es equivocado en la teoría que sostiene, pero que al menos resulta coherente en sí mismo.

Consiguientemente, el carácter y naturaleza común, normal y ordinario de la norma tributaria así entendida, nos lleva, como muy bien dice el artículo 5º del Modelo de Código Tributario para América Latina, a la aplicación en el ámbito de la interpretación de las normas tributarias, de todos los criterios y elementos propios de la teoría general de la interpretación. Admitir este carácter común y ordinario de las normas tributarias, tanto las de imposición como las de exención, conlleva la aplicación de los métodos ordinarios de interpretación de las normas. Y aceptar este último implica aceptarlo con todas las consecuencias que ello conlleva, sin que luego se pueda dar marcha atrás en cuanto a la aplicación o no de ciertos métodos, como por ejemplo la analogía, el cual es admitido en la teoría general de la interpretación.

Reafirmando los conceptos cabe decir que tan normal, común y ordinaria es, en su caso, la norma de imposición, cuando hay capacidad contributiva, como normal, común y ordinaria es, en su caso, la norma de exención, cuando no hay capacidad contributiva. La norma de exención no es excepcional respecto a la de imposición. Lo normal es contribuir cuando se tiene capacidad contributiva y lo normal, lo común, lo ordinario es no contribuir, cuando no se tiene capacidad contributiva. Por ello, tan normal, común y ordinaria es, en su caso, la norma de imposición como la de exención. Son iguales de comunes y ordinarias una y otra, cada una en su caso. Ninguna es excepción de la otra.

Desde esta perspectiva aparece un error bastante extendido, consistente en sostener que como el fin de la norma tributaria es la recaudación, las exenciones deben interpretarse restrictivamente. Ello no es correcto, pues parte de una premisa falsa. El fin de la norma tributaria no es, pura y simplemente la recaudación, sino que el fin de la norma de imposición es la recaudación, pero basada en la capacidad contributiva de las personas llamadas a satisfacer los tributos.

El fin de la norma tributaria no es cobrar impuestos donde no hay capacidad contributiva. Consecuentemente, la capacidad contributiva, eje y norte de toda labor interpretativa, está en el fin mismo de la norma, que nos dirá que habrá que contribuir cuando haya capacidad contributiva, y que no habrá que contribuir cuando no haya capacidad contributiva. Es decir, la capacidad contributiva entendida en sus dos sentidos, en cuanto fundamenta el hecho de contribuir, y en cuanto sirve de medida de la imposición.

Por ello es tan importante que el principio de capacidad contributiva esté presente a todo lo largo del proceso interpretativo, y no sólo en la configuración del hecho imponible. La capacidad contributiva debe perseguir el proceso interpretativo en la configuración del hecho imponible, en la aplicación de la norma, en la determinación de la base y aplicación del tipo, y en su resultado final, que es llegar a la cuota, o sea la cantidad concreta que debe pagar el sujeto pasivo.

Por último, cabe hacer una advertencia acerca del choque ficticio que puede producirse para el jurista entre forma y contenido. Es decir, la artificial contraposición entre contenido y forma jurídica, tema del cual se trata más abajo en el punto 6, al analizar el artículo 11 de la ley 11.683 (i.e. en 1978). El llamado criterio de la realidad económica es un criterio de confusión, pero en el Derecho argentino presenta la característica de ser Derecho positivo. Y el jurista nunca puede operar de espaldas al Derecho positivo.

En puridad, en un planteamiento teórico de jurista, en el choque entre contenido y forma, siempre debe prevalecer la forma. La realidad objeto de estudio de un jurista, no es la realidad física, ni química, ni biológica, ni económica. La realidad con la que operan los juristas es la realidad en cuanto normativizada. Su objeto de estudio son las normas, sin importar tanto lo que quiso decir el legislador y no lo dijo. El único caso en que para un jurista interesa sobremanera la realidad se da en el caso del Legislador o los miembros de una Comisión Parlamentaria, en el momento prelegislativo, cuando se están elaborando las normas, en ese momento sí es interesante conocer la realidad, prestando especial atención a lo que opinan los economistas, los sociólogos, los contables. Tener en cuenta esa opinión implica intentar resolver el problema normativamente con mayor cantidad de elementos, y después de conocer cuál es el problema a resolver, se plasma

de una forma determinada, en una forma jurídica correcta, que constituye el punto de partida inexcusable a toda labor interpretativa.

III. AUTONOMÍA CALIFICADORA DEL DERECHO TRIBUTARIO

El tema de la autonomía calificadora del Derecho tributario presenta un enorme interés y es un problema a enfrentar todos los días. Al respecto, hay que citar dos célebres polémicas habidas durante el primer tercio del siglo XX.

La primera es la polémica entre François Gény y Louis Trotabas, durante los años '30⁹. Esta polémica tiene interés, al margen de su elevado nivel intelectual, porque conecta con una corriente de pensamiento que ha tenido mucha influencia en la evolución legislativa española, y más en la argentina. Es la corriente francesa inspirada en el Código Civil, en virtud de la cual el Código Civil como producto de la triunfante burguesía francesa revolucionaria lleva al mundo del Derecho la concepción de la preeminencia de los valores revolucionarios burgueses, es decir, la libertad individual y el patrimonio de las personas.

Esto explica también por qué los derechos de la personalidad son objeto de estudio en Derecho Civil, ya que ello no tiene mucho sentido, si no se justifica a través de esta reminiscencia francesa de considerar el Código Civil como el mejor reducto para la defensa de la libertad y patrimonio individuales. Entonces, el Código Civil asume la tutela jurídica de los ciudadanos, siendo sus títulos preliminares la parte general, no sólo del Derecho privado, sino de la Teoría General del Derecho.

Esta reminiscencia hizo que la escuela francesa siempre considerase el Derecho público como un elemento de peligro, por la discrecionalidad con la que puede llegar a operar, discrecionalidad que a veces está muy próxima a la arbitrarie-

⁹ Vale recordar como nota ilustrativa, que aun siendo ambos profesores de Nancy, Gény era un prestigioso Catedrático de Derecho Civil, mientras que Trotabas era un joven profesor agregado. Hay traducción de esta polémica en la Revista de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, bajo el título "Derecho fiscal frente a Derecho civil", traducción de Juan Ramallo Masaneset, 1973.

dad. Entonces, lo que siempre debería hacerse es que el Derecho público en sus criterios e interpretaciones, tomara como punto de referencia el Derecho civil.

Por ello, en la concepción de François Gény, el Derecho Fiscal debía ser un instrumento doméstico del Derecho civil. Nunca podría el Derecho fiscal dar un contenido distinto a las instituciones jurídicas por él manejadas, que el procedente del viejo cuerpo del Derecho civil. Por consiguiente, cuando el Derecho fiscal utiliza conceptos como compra-venta, depósito, fianza, letra de cambio, etc., todos conceptos acuñados por el Derecho privado, debe hacerlo en la misma forma que lo ha hecho el Derecho civil.

La posición de Trotabas, frente a esta corriente de pensamiento centenaria en el derecho francés, era aparentemente, muy simple, pero de una gran lógica. Naturalmente, Trotabas no discute el sólido y bien pertrechado cuerpo de conceptos jurídicos civiles. Trotabas, en esencia, lo que se limita a decir es que el Derecho fiscal es una rama más del ordenamiento jurídico, que no es ni más ni menos que las demás ramas, y que, consiguientemente, si las restantes ramas del ordenamiento jurídico tienen autonomía calificadora para dotar a sus conceptos de contenido propio, no se ve por qué motivo el Derecho fiscal no podría hacer lo propio. Caso contrario, pasaría a ser una rama del ordenamiento jurídico de segunda categoría, con esta *capitis diminutio*.

En términos ajedrecísticos, puede decirse que esta polémica terminó en tablas, con el consiguiente mérito de Trotabas, al enfrentarse de manera brillante a la solidez de Gény, todo un maestro en cuestiones de método e interpretación. Asimismo se marcó un importante hito dentro de la evolución del Derecho Tributario.

Pocos años después, en la década de los '30 se planteó una polémica análoga en el solar italiano, entre dos grandes tributaristas: Antonio Berliri de un lado, y Ezio Vassoni, de otro. La polémica tiene un fondo semejante, pero, al plantearse entre dos tributaristas, adquiere connotaciones diferentes.

La posición de Berliri¹⁰ se basaba en sostener que el

¹⁰ Sostenida en un trabajo publicado en 1941 bajo el título "Negozii giuridici e negozi economici quale base d'applicazione per l'imposta di registro".

mundo del Derecho constituye una unidad, que el ordenamiento jurídico es un universo jurídico unitario, y ese universo jurídico no puede desmembrarse, no puede sectorizarse en minúsculas parcelas. Aceptada esta razonable premisa, se sigue que el Derecho tributario, una de las ramas más jóvenes del ordenamiento, debe plegarse a ese universo jurídico que él se ha encontrado ya construido.

En otras palabras, el Derecho tributario no puede, en opinión de Berliri, vaciar el contenido jurídico de instituciones multiseculares. La superior unidad del ordenamiento jurídico exige que los conceptos sean utilizados con categorías, nombres y contenidos homogéneos. No cabe la heterogeneidad en el universo jurídico, sino que debe prevalecer la unidad. Y la unidad del ordenamiento exige que el Derecho Tributario, como rama recientemente incorporada, respete su unidad, utilizando los conceptos en la forma que le vienen dados por sus ramas de origen.

La posición de Vanoni, en cambio, aparece netamente influida por su escuela de origen, la escuela de Pavia, de Benvenuto Grizzetti¹¹, la que estaba comprometida en mantener la particularidad del Derecho tributario. Para defender esa particularidad en cuanto al contenido, Vanoni saca a relucir el componente económico que hay en las normas tributarias.

Y ese contenido económico que toda norma tributaria lleva consigo, hace que la norma tributaria, en tema de calificación jurídica, tenga una cierta singularidad, porque ese contenido económico que impregna las normas tributarias, no está igualmente presente en otras normas jurídicas. Consiguientemente, es este contenido económico el que dota de una cierta singularidad calificadora al Derecho tributario, y hace que el intérprete deba poseer ciertos conocimientos hercúlicos para mejor desentrañar el contenido económico de las normas tributarias. Ello sin dejar de reconocer en todo momento que la norma tributaria es una norma jurídica, aunque con una singularidad dada por su contenido. Esta autonomía calificadora hace que el Derecho tributario pueda

¹¹ Quien contaba entre otros discípulos a Pugliese y a Jarach. A través de este último se explica la influencia de la escuela de Pavia en la redacción y contenido del art. 11 de la ley 11.683 en cuanto a la interpretación económica de las leyes tributarias.

separarse de ese universo jurídico, dotando a sus conceptos jurídico-tributarios, de un contenido propio.

En síntesis, se puede decir que las posiciones de Berliri y de Vanoni se resumían en estos dos puntos: Berliri pone el acento en la universalidad del fenómeno jurídico que no permite sectorizaciones; Vanoni pretende marcar la singularidad, la especificidad del Derecho tributario, con base en el contenido económico de sus normas.

Expuestas así las cosas, ambas posturas aparecen como razonables, y dignas de ser suscritas. Pero aparentemente no son compatibles. Sin embargo, fue Achille Dogato Giannini quien realizó la tarea de compatibilizar ambos puntos de vista, de una manera brillante, idea luego seguida por la legislación europea y el Modelo de Código Tributario para América Latina.

La idea de Giannini, en sí, resulta sencilla. Consiste en sostener que el Derecho tributario es una rama que goza de autonomía calificadora dentro del ordenamiento jurídico, que puede dotar a los conceptos por él utilizados del contenido que estime pertinente. Coincide en esta apreciación con lo dicho por Vanoni, y asimismo con lo expresado antes por Trotabas. Pero el hecho de que el Derecho tributario pueda hacer esto no implica que esté obligado a hacerlo, posición en la que coincide con Berliri. Consiguientemente, cada vez que el Derecho tributario utilice conceptos provenientes del resto del ordenamiento (compraventa, mandato, depósito, etc.), puede hacer dos cosas. O bien puede darle un contenido distinto, aclarándolo en forma expresa. O bien, si el Derecho tributario no dice nada, se entiende que esos conceptos son los que proceden de la rama de origen correspondiente.

En otras palabras, este es el concepto que nos encontramos después, tan prodigado en todos los ordenamientos jurídicos y transformado en un precepto, según el cual, en tanto el ordenamiento tributario no defina los términos utilizados en sus normas, éstos se entenderán conforme al significado de origen. Con lo cual el Derecho tributario no cambia el concepto de que se trate, sino que se limita a decir, por ejemplo, que "a los efectos de este impuesto, se entenderá por compraventa ...". No cambia el universo jurídico, no altera el concepto jurídico en cuestión, pero tampoco prescinde, llegado el caso, de dotar a ese concepto del contenido peculiar o propio que interesa al legislador tributario.

IV. EL SENTIDO JURÍDICO, TÉCNICO O USUAL DE LOS TÉRMINOS TRIBUTARIOS

Resuelto el problema de la autonomía calificadora después de la intervención de Giannini, puede verse que ella trae consecuencias muy interesantes, sobre todo en aspectos muy concretos, ya no en la línea de las grandes ideas o de los grandes principios, sino en cuestiones muy puntuales.

Dentro de la jurisprudencia argentina, cabe señalar como un mero ejemplo el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 2/7/93 en "Rolland y Cía. c/ el Ministerio de Economía s/ nulidad de resolución y cobro de australes", donde claramente se alude a los sentidos genéricos y técnicos de las normas. En él se dice que: "El artículo 4º de la ley 17.246 cuando concede a los fabricantes nacionales las mismas ventajas a las que serían acreedores en la hipótesis de exportación de los bienes involucrados, lejos de encasillar a los beneficiados en los beneficios acordados dentro de categorías específicas, se encuentra formulado en sentido genérico y no técnico, sin perjuicio de lo establecido en el Código Aduanero con respecto a la diferencia entre reintegros y reembolsos".

Las líneas que, en términos generales, presiden la interpretación en este punto, sostienen que el legislador sólo es un técnico en materia jurídica. En todos los demás campos, el legislador no tiene por qué ser un técnico, y cuando utiliza los conceptos técnicos procedentes de campos extrajurídicos, esos términos deben tomarse en su sentido vulgar o usual. Este suele ser el principio más comúnmente aceptado, que ha tenido ejemplos muy significativos.

Ello se ve en un célebre caso de la jurisprudencia española, que puede denominarse "el caso de los mejillones". Existe un arbitrio español sobre la captura de peces y pescados, el cual en su momento fue girado a una empresa mejillonera, sita en Vigo (Galicia). Esta empresa, ante el requerimiento de la Junta de Obras del Puerto de Pontevedra, argumentó que los mejillones no son ni peces ni pescados, que los mejillones son un marisco que biológicamente pertenece a otra familia, y que un arbitrio sobre peces y pescados no tiene nada que ver con ellos. Consecuentemente, se declaraban no sujetos, es decir, ubicados por fuera del hecho imponible. Ello fue reforzado con un extenso alegato científico,

en el que se fundamentaban todas las diferencias biológicas existentes entre los peces y los mariscos.

Después de diversos fallos contradictorios en las diversas instancias, el Tribunal Supremo falla en favor de la empresa mejillonera, considerando que los mejillones no son ni peces ni pescados. Pero pocos años después, vuelve otra vez Junta de Obras del Puerto de Pontevedra a la carga y gira de nuevo el arbitrio a la otra empresa. Se siguen los mismos trámites, llegando nuevamente ante Tribunal Supremo, quien esta vez cambió de criterio. En una sentencia que es de alabar por su buen criterio, señala que cuando el legislador utiliza conceptos provenientes de la técnica extrajurídica, el legislador no es un técnico, sino que utiliza los términos en su acepción vulgar o usual. En el caso, los mejillones, igual que los calamares y el pulpo, son productos del mar, se venden en las pescaderías, y vulgarmente se entienden todos ellos, como peces y pescados.

El tema se reiteró en otros casos donde el supuesto gravado eran las arcillas. Hay un tributo español sobre la extracción de rocas y minerales. Geológicamente, las arcillas no son ni rocas ni minerales, y consiguientemente se planteó un problema similar. Igualmente célebre es el caso de la jurisprudencia italiana sobre las langostas, popularizado por Berliri.

Es decir, con los ejemplos dados como muestra, el Tribunal Supremo ya ha reiterado su jurisprudencia, de entender que el legislador sólo es un técnico en materia jurídica, y que, en los demás campos del saber, el legislador utiliza los conceptos de acepción usual o vulgar.

Por último, vale citar otro ejemplo que se discute actualmente en España, y que ha suscitado algunos pronunciamientos jurisprudenciales interesantes. Es el tema de la configuración a efectos tributarios del carácter de bienes gananciales. La posición que nosotros defendemos, actualmente minoritaria, postula que no hay por qué asumir el concepto de bien ganancial del Derecho civil, porque eso irrogaría gravísimos perjuicios al contribuyente, máxime cuando la moderna doctrina civilista está muy dividida, no como en años anteriores, cuando sólo se consideraban gananciales los bienes al momento de la disolución del matrimonio y, por tanto, de este régimen. Es decir, que la vieja idea del momento de la disolución como determinante del carácter ganancial de los bienes es una idea que actualmente casi nadie defien-

de, sino que es la tradicionalmente expuesta por los viejos comentaristas (M. Escanvola, Manresa), donde la ganancialidad se adquiere en el momento de la disolución. Esta idea atenta contra el concepto base de la ganancialidad, el cual implica que las sociedades gananciales no son una sociedad muerta que torna viva en el momento de la disolución, sino que la idea de la sociedad de gananciales es un concepto dinámico, que se hace día a día, mediante la aportación de bienes de marido y mujer hacia la sociedad. La nueva doctrina está tomando cuerpo en las recientes reformas de los códigos civiles español, francés e italiano.

Lo discutido es, en concreto, en el caso de las rentas de trabajo, cuándo se adquiere esa ganancialidad. Si en el momento en que el cónyuge aporta los bienes a la sociedad, ya pagados los impuestos (teoría tradicional predominante), o si por contra es en el momento en que son percibidos, esto es, antes de pagar impuestos. Es una distinción que tiene enorme trascendencia, porque si el carácter ganancial de las rentas de trabajo se adquiere en el momento en que las rentas son percibidas, automáticamente se ha introducido el *splitting*¹² en el sistema tributario. Con la consecuencia obvia de que el *splitting* corta por la mitad la progresividad. No es una discusión doctrinal, sino que tiene una trascendencia enorme en cuanto a la recaudación, que en el momento presente puede suponer una pérdida para el Fisco en España de unos 3.000.000.000 de dólares, o sea que no es una tontería.

Además, la interpretación tiene mucha importancia, en cuanto a la distinción entre las rentas de trabajo y las rentas de capital. Pues la ganancialidad en las rentas de capital juega a favor del receptor, mientras que en el caso de las rentas de trabajo juega en su contra, dado que la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas español, igual que el impuesto sobre las ganancias argentino, en el caso de las rentas de trabajo, la imposición se hace en cabeza de quien percibe la renta. No es posible dividir la percepción

¹² El sistema del *splitting* es el adoptado por los ordenamientos norteamericanos, alemán, irlandés y portugués, en virtud del cual se introduce la ganancialidad fiscal, puesto que todos los bienes del matrimonio se suman y se dividen por dos. Consiguientemente, en matrimonios donde trabaja un solo cónyuge, las ventajas son óptimas, o cuando si bien ambos trabajan, los salarios son muy desiguales.

de la atribución, dado que quien trabaja, es quien percibe y quien paga. Sin embargo, en el caso de las rentas de capital sí cabe esa disociación, pues quien es titular de la renta de capital, puede poner los intereses en cabeza de quien quiera, inclusive de su mujer. Por consiguiente, se produciría una acción contraria a los postulados de la capacidad contributiva, en cuanto que las rentas de trabajo deben estar mejor tratadas que las rentas de capital.

En conclusión sobre este punto, respecto del uso jurídico, técnico o usual de los términos tributarios, cabe reiterar que, el Derecho tributario goza de autonomía calificadora. Puede dar a los términos por él utilizados el contenido que en cada caso estime conveniente; y de no decir nada al respecto, se entenderá que los conceptos provenientes de otras ramas del derecho son utilizados en la acepción de su rama de origen. El legislador tributario solamente es un técnico en materia tributaria; en los demás campos del saber, cuando el legislador utiliza conceptos técnicos, el legislador no es un técnico, sino que utiliza esos conceptos en su acepción vulgar o usual.

V. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

Hay otro tema que está muy relacionado con lo hasta ahora visto, y que está referido a si se pueden o no prohibir determinados resultados interpretativos. La respuesta es no. Se puede admitir o rechazar la interpretación como tal, es decir, o bien admitir o bien rechazar que las normas puedan ser objeto de interpretación, pero no se puede prohibir nunca el resultado de la interpretación, una vez que ésta se ha admitido.

La idea proveniente de la Revolución Francesa, y debatida en la época del código de Napoleón, postulaba que las normas no se interpretan, sino que se aplican literalmente. Esa posición tiene su sentido como reacción a un sistema anterior donde prevalecían las interpretaciones absolutamente arbitrarias y desgajadas de la letra de la ley. Consiguientemente, donde la interpretación era absolutamente arbitraria, desconectada del texto de la ley, la reacción es la pura literalidad.

Sin embargo, aún bajo este punto de partida, se fueron abriendo algunas brechas a la posibilidad de interpretación.

Algunas dadas por el propio Código Civil francés. En primer lugar, la regla que decía que cuando los términos de la ley son claros, no será necesaria su interpretación, precepto que deja concluir que, a contrario sensu, cuando los términos de la ley no fueran claros, su interpretación sería posible. En segundo lugar, la norma que establece que el juez no puede dejar de fallar so pretexto de oscuridad de la ley, lo que deja ver que, cuando no fuera clara la norma, y debiendo fallar obligadamente, tendría el juez que dejar paso al proceso interpretativo.

Posteriormente se expresó que el intérprete no puede alejarse de la letra de la ley pretestando amparar su espíritu. Consiguientemente, si el intérprete no puede alejarse de la letra de la ley bajo el pretexto de amparar su espíritu, quiere decirse que cabe la posibilidad de que letra y espíritu no coincidan.

En resumen, se puede decir que hubo brechas aún en la propia concepción francesa radical, a través de las cuales se fue abriendo paso la interpretación, y que actualmente, lo coherente es sostener una de estas dos posturas: o se admite la interpretación, o se rechaza la interpretación. Ambas posiciones de principio, en teoría, son coherentes. Lo que no se puede hacer es prohibir determinado resultado interpretativo. Eso es inadmisibile. No se puede prohibir la interpretación extensiva. No se puede prohibir la interpretación restringida, y no se puede prohibir la interpretación estricta, que en último término no son otra cosa que los posibles resultados a los que la interpretación puede conducir.

Una vez admitida en un ordenamiento la interpretación, automáticamente queda admitida la interpretación estricta, extensiva y restringida, como muy bien dice el artículo 5º del Modelo de Código Tributario para América Latina. Admitida la interpretación, hay que admitir todos sus posibles resultados, y aquí es donde viene el problema de la analogía, dado que la analogía es un criterio interpretativo admitido en Derecho, que puede aceptarse en línea de principio pero asimismo admite exclusiones expresas, prohibiciones expresas que, como tales prohibiciones, habrá que interpretar restringidamente.

No cabe duda que el legislador puede prohibir la analogía en temas de hecho imponible, exenciones y sujetos pasivos, como sucede en varios ordenamientos. Pero esa prohibición sólo puede hacerse a partir de la general admisión de la

analogía. Y la analogía está admitida porque es un criterio interpretativo admitido en Derecho y como tal no hay más remedio que admitirla. Reiteramos, ello no obsta, como el Derecho Tributario es una rama autónoma, que a partir de la general admisibilidad, se introduzcan prohibiciones expresas. Por supuesto que se pueden introducir prohibiciones expresas. Sin embargo, no se puede prohibir expresamente la interpretación extensiva. Esa es la diferencia.

El problema estriba en que la línea divisoria entre interpretación extensiva y analogía es muy difícil de distinguir en los casos cotidianos, si bien aparece clara en ejemplos escolásticos. Es más, lo normal en un proceso interpretativo lógico, es que analogía e interpretación extensiva corran caminos tan paralelos que, a veces, van juntos. Se ha llegado a una vía de interpretación analógica después de haber extendido el significado del precepto.

Un ejemplo claro es el que se planteó en España con el caso de los marcadores. Los marcadores no estaban incluidos dentro de la Ordenanza Aduanera. En ella había una relación de los objetos de escritorio gravados, como bolígrafos, plumas, lápices, etc., en la cual no se encontraban los marcadores. Sencillamente, porque al momento de redactar la lista no se habían inventado. No había ningún propósito del legislador de excluir los marcadores; lo que pasa es que no se mencionaban porque no se habían inventado.

En el caso es difícil saber si estamos ante una interpretación extensiva o analógica. En buena parte depende de si la relación de objetos gravados es enumerativa, ejemplificativa, o por contra si es exhaustiva. Si es meramente ejemplificativa, se está haciendo una interpretación extensiva, perfectamente legítima. Pero si se sostiene que la enumeración es exhaustiva, que sólo se gravan los objetos de escritorio expresamente mencionados, entonces la integración de los marcadores habría que hacerla por vía analógica. Y si está prohibida la analogía en tema de hecho imposible, no cabría realizarla.

La diferencia es notable. Si se trata de una mera ejemplificación, estamos ante una interpretación extensiva, y la interpretación extensiva no puede prohibirse, y por consiguiente los marcadores están dentro. Si la enumeración no es ejemplificativa sino que es un *numerus clausus*, la introducción de los marcadores se hace por vía analógica y si está pro-

híbrida la analogía en tema de hecho imponible, los marcadores quedan sin gravar. Es decir, el problema es de gravar o no gravar, o sea, de ser o no ser.

El tema que ha tenido desarrollos jurisprudenciales muy variados y todos enormemente interesantes, ha llevado a la doctrina a la posición referida, que es una posición abierta, donde las respuestas no son contundentes, sino condicionadas.

El otro ejemplo claro, de escolástica que se puede dar para identificar la interpretación extensiva, es el que se refiere a normas del tipo siguiente: "los españoles están obligados a contribuir de acuerdo con su capacidad contributiva". Obviamente, se entiende en correcta interpretación extensiva que, cuando se dice "los españoles" se entiende "los españoles y las españolas". Hay que hacer una interpretación extensiva porque hay que extender la letra para que diga más de lo que realmente dice. Pero hay que advertir que, si el ordenamiento tributario establece que las normas tributarias son de interpretación estricta, las españolas tendrán un buen justificativo para no pagar sus tributos, pese a lo disparatado del resultado obtenido.

En este sentido, volvemos a subrayar lo acertado que nos parece el artículo 5º del Modelo de Código Tributario para América Latina, a pesar de que su adopción implica aceptar todas las consecuencias que se derivan del mismo; lo cual obliga a mucho. Obliga a mucho en tema de analogía, en tema de retroactividad y en tema de interpretación extensiva. No es un precepto neutro, sino que es un precepto muy comprometido, choca con muchas de las prácticas usuales manejadas hoy por la jurisprudencia argentina y no es tan fácil aceptarlo. La experiencia española indica que el artículo 23 de la Ley General Tributaria, que sin duda sirvió de inspiración al artículo 5º MCTAL, fue introducido en 1963, pero en 1978 todavía había jurisprudencia contraria a dicho criterio, sobre todo en tema de interpretación de exenciones.

En cuanto a la analogía, ella no puede estudiarse en Derecho Tributario sin partir de su correcto encaje en la Teoría General del Derecho. Es un tema difícil, donde las opiniones doctrinarias dejan de ser tan claramente mayoritarias.

Desde la perspectiva que sostenemos, mayoritaria pero no unánimemente, la analogía es un proceso interpretativo, no integrativo. La analogía no integra nada. Massimo S.

Giannini decía que no se puede sacar nada de la ley que antes no esté en ella. Consiguientemente, el proceso analógico no es un proceso creador, es un proceso interpretativo salvo, dice Massimo S. Giannini, que se entienda que en todo proceso interpretativo hay algo de creador, lo cual también es verdad. Si entendemos que en todo proceso interpretativo hay algo de creador, en ese sentido también se puede decir que la analogía, en cuanto es proceso interpretativo, también contiene algo de creador, mas no en el sentido de fuente del derecho (que es como normalmente se utiliza el término "integración" para colmar las lagunas del Derecho). Dicho esto último al margen de la discusión acerca de si hay o no lagunas en el Derecho. Nuestra opinión personal al respecto es que no las hay, dado que —afortunadamente— el Derecho no tiene por qué regularlo todo, sino que regula lo que quiere regular y lo no regulado no son lagunas sino ámbitos que el Derecho no ha querido regular. El Derecho es así un cuerpo cerrado que dice lo que dice, y lo no dicho, está por fuera del ordenamiento jurídico. No hay que colmar nada, en esos casos, por vía de la integración analógica.

La analogía es, entonces, un proceso interpretativo que se distingue de la interpretación extensiva por razones de grado, por razones cuantitativas y no cualitativas. De ahí la enorme dificultad de distinguir un caso y otro, dado que las diferencias cualitativas son fáciles de entender pero las diferencias cuantitativas son muy difíciles de aprehender. Esta diferencia, tan dificultosa de apreciar, tiene sin embargo enormes consecuencias, dado que el legislador puede prohibir la analogía, pero no puede prohibir la interpretación extensiva. Como la línea divisoria es difícil, uno siempre estará tentado a decir que estamos ante una interpretación extensiva o analógica, según le convenga en cada caso. Y además, pensamos que ello es legítimo para la defensa de los intereses de nuestros clientes.

Otro de los errores más frecuentes en tema de analogía es el que aparece cuando se dice que la analogía consiste en buscar, en un supuesto análogo regulado, la norma que va a ser aplicada a un supuesto análogo no regulado. Esto, que muchos juristas han llegado a sostener, es un error.

La analogía nunca opera sobre la semejanza de los supuestos de hecho objeto de equiparación. Para demostrar esto nada mejor que volver sobre lo que decían los clásicos. Fran-

cisco Suárez decía que el centro de la analogía está en la *eadem ratio*, en la identidad de razón, donde lo que importa no es la semejanza de los supuestos de hecho, sino la razón reguladora, el principio inspirador.

Por ejemplo, vale citar un caso que se dio en el Derecho español, respecto de la regulación fiscal de las salas cinematográficas especiales "X", donde se proyectaban películas pornográficas. Se planteaba el problema de dónde introducirlas en la licencia fiscal, porque no estaban contempladas (hasta hace pocos años no existía en España la posibilidad de este tipo de exhibiciones). La respuesta, para quien pensase que el proceso analógico consiste en gravar conforme al supuesto regulado próximo o semejante, el supuesto no regulado, consistía en preguntarse qué diferencia existe entre una sala de exhibición de películas pornográficas y una sala de exhibición de películas no pornográficas. Como la pantalla, la cámara, las butacas, la sala, etc. son iguales, el supuesto análogo a las salas "X" sería el resto de las salas.

En cambio, el Ministerio de Hacienda, creemos que con buen criterio, llevó el gravamen de la exhibición de este tipo de películas a un epígrafe de la tarifa donde se habla de "actividades nocivas para la salud moral y formación de la juventud", cuyo supuesto de hecho nada tiene que ver con la cinematografía, pero sí, y mucho, con la razón ordenadora. La analogía, la semejanza en lo esencial y la diferencia en lo accidental, no se refiere al supuesto de hecho sino a la razón ordenadora. De lo que se trataba no era de gravar las exhibiciones cinematográficas, sino de penalizar con un gravamen más elevado, un tipo de actividades que se consideraba nocivo o perjudicial para la formación de la juventud. Por lo tanto, si esa era la razón, llevando el supuesto hacia la *eadem ratio*, la analogía operó correctamente, equiparando según el principio inspirador y no según el supuesto de hecho.

Esto es pura y simple Teoría General de la Interpretación Jurídica, y desde el momento en que hemos aceptado que toda la Teoría General de la Interpretación es trasladable al Derecho Tributario, la analogía —como un criterio más— es aplicable plenamente.

Otro ejemplo conocido, similar al citado por Radbruch respecto del oso, cuya entrada fue vedada frente a un cartel que decía "prohibido el ingreso con perros", es el que trae a colación Klug, sobre una dama inglesa de la época victoriana,

que tuvo un percance al intentar viajar en tren con un monito. Fue un caso real, ocurrido a principios de siglo, cuando la dama inglesa se presenta en un compartimento, en un vagón victoriano, provista de un hermoso monito, y el revisor, después de una flemática conversación —que suponemos debe haber existido—, la obliga a descender al andén, esgrimiéndole un letrero donde dice: "Prohibida la entrada en este compartimento provisto de perros o gatos". Ella no pudo viajar e interpuso una demanda contra los ferrocarriles ingleses, en donde reclamaba el costo del billete —unos pocos chelines— más una fuerte indemnización por daños y perjuicios, alegando que su honor había sido mancillado, por haberse visto desposeída de su derecho a ocupar el vagón, sin poder viajar cuando debía. La demanda siguió por sucesivos pasos, hasta que finalmente, la Corte Suprema británica falló a favor de los ferrocarriles británicos, dando la razón al revisor y diciendo que, efectivamente, había interpretado correctamente la norma, porque lo que la norma realmente decía era que, dado el reducido espacio de los vagones de tren, y la convivencia muy próxima de varias personas en tan reducido espacio, la intención era evitar la presencia de animales que pudieran hacer poco agradable el trato con las otras personas que ocupan el compartimento. Se había ejemplificado con "perros y gatos" porque son los animales que, usualmente, llevan los británicos en sus viajes. Sólo se habían puesto dos elementos habituales del reino animal, pero el revisor había interpretado correctamente la norma, extrayendo el principio inspirador y aplicándolo al caso concreto. Ciertamente, el animal que portaba nuestra dama no era un perro ni un gato, pero un mono ocasiona semejantes o iguales trastornos y perjuicios a los cohabitantes del reducido espacio de un vagón, que los que puede originar un gato o un perro. Era un proceso analógico perfecto, correcto, y consiguientemente, la Corte Británica falló a favor de los ferrocarriles.

Retomando el hilo temático, reiteramos que la naturaleza del procedimiento analógico es interpretativa, y que al no entrar en ninguno de los posibles resultados de la interpretación, el legislador tributario puede introducir prohibiciones expresas al uso de la analogía. Puede introducir las y de hecho las introduce, y como tales, las limitaciones expresas deberán interpretarse restrictivamente. Esta es la esencia del procedimiento analógico. Sus límites son los mismos que los de cual-

quier proceso interpretativo, en cuanto a letra de la norma, fin de la norma y características de la institución. Y las características de la institución nos llevan a pensar en la identidad de razón, la *eodem ratio* ya mencionada, siendo esto lo que aporta de propio el procedimiento analógico a los límites generales de cualquier procedimiento interpretativo.

En cuanto a las fricciones que pueden originarse entre analogía e interpretación extensiva, lamentablemente, no puede darse un criterio efectivo. O, en otras palabras, vale decir que cualquier criterio es falible. No hay criterio seguro para distinguir instituciones que se diferencian cuantitativamente, de la misma manera que no se puede decir que uno es calvo con 199 pelos en la cabeza, pero no con 200. Siempre nos moveremos en la cuerda más o menos floja de lo opinable, y será en función del número y entidad de los argumentos esgrimidos que convenceremos al juez de que estamos operando mediante una interpretación extensiva o analógica, según convenga a los intereses de nuestro cliente, dentro de lo razonable.

Para concluir con este punto, recapitulando la idea central con otras palabras, podemos decir que el hecho de partir de la base de que la norma tributaria es una norma jurídica ordinaria, tiene muy pocos inconvenientes, pero muchísimas ventajas. La más importante es que no hay ninguna teoría especial de la interpretación de la norma tributaria, que no tenemos que inventarnos nada. Expuesto el armazón conceptual correspondiente de teoría general que, teóricamente, habría que dar por sabido, el resto consiste en pasar directamente ese armazón conceptual de la Teoría General al Derecho tributario y marcar, en su caso, ligerísimas especialidades. Y ello suele ser justamente lo contrario de lo que se piensa: no hay una teoría general de la interpretación de las normas tributarias que se remita a la Teoría General del Derecho, sino que la Teoría General del Derecho es íntegramente aplicable al Derecho tributario, con levisimas, contadas y restrictivas excepciones. Por consiguiente, expuesta la Teoría General del Derecho sobre la analogía, toda ella se puede trasladar al Derecho tributario, y no hay más que hablar al respecto. Salvo, naturalmente, las restricciones o prohibiciones concretas que cualquier rama del ordenamiento puede, en su caso, establecer.

Son dos entonces las ideas básicas. En primer lugar, la

general aplicabilidad de la Teoría General sobre la analogía al campo del Derecho tributario. En segundo lugar, que si el Derecho tributario desea hacer salvedades o imponer limitaciones expresas, puede hacerlo, y de hacerlo lleva aparejadas dos consecuencias: una, que las limitaciones tienen que ser expresas, nunca pueden derivarse por vía interpretativa; y dos, que al ser limitaciones expresas, han de interpretarse restrictivamente.

VI. LA INTERPRETACIÓN DEL SIGNIFICADO ECONÓMICO DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS: LAS NORMAS DE CALIFICACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE

En el derecho positivo argentino, este tema presenta un frente de fricción con lo que sostiene la teoría general de la interpretación. En efecto, el artículo 11 de la ley 11.683¹³ no encaja muy bien con la Teoría General de la Interpretación Jurídica, y sin embargo es un precepto de obligado cumplimiento.

Sentada la fricción, lo que nosotros podemos hacer es sólo explicarlo, y de *lege ferenda*, sugerir ideas de cambio.

El texto del artículo 11 tiene una grave dificultad de encaje en la Teoría General del Derecho, dificultad que se circunscribe a dos palabras, ubicadas en el párrafo que dice "(...) se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica", problema creado por la existencia de la conjunción copulativa "y", donde, para respetar los preceptos de la Teoría General, debería haber un paréntesis, una pausa.

En otros términos, el legislador argentino ha juridizado como criterio interpretativo la significación económica, que consiguientemente deja de ser un criterio extrajurídico o metajurídico como lo es en el resto de los ordenamientos, para,

¹³ "En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones arñedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado".

en su caso, ser un concepto positivizado y —como dijimos anteriormente— un precepto de imposible desconocimiento para un jurista, quien nunca puede prescindir de la letra de la ley. Dar por no escrita esta remisión consiste en un grave error de técnica jurídica. Sin embargo, en caso de reforma, creemos que ese precepto debería ser cambiado, pues no tiene mucho sentido.

Ciertamente, el precepto citado es un mal punto de partida, dado que la realidad que estudia el jurista es la realidad normativizada, donde el proceso interpretativo es sólo y exclusivamente jurídico. Por ello, el significado económico, en tanto juristas, nos tiene sin cuidado, mas no cuando éste forma parte de la norma, con una remisión expresa. Jamás por vía interpretativa hubiera podido llegarse a la consideración económica de las normas tributarias. Pero, el límite que marca la letra de la ley fuerza a esta consideración.

No se puede omitir en la Argentina la referencia al significado económico de las normas porque es un criterio interpretativo positivizado, y marcado el contraste, no puede solucionarse, pero sí explicarse lo mejor que se pueda, para hacerlo lo más comprensible posible. Mas, el punto de fricción y discrepancia allí está, y con él hay que operar, sin poderlo desconocer.

La historia del artículo 11 nos remonta a la reforma producida en la ley argentina en 1946, con lo cual es necesario situarse en el contexto histórico de esos años. Este precepto marca la influencia notable de Dino Jarach, y a su través la de la Escuela de Pavia y su maestro Benvenuto Grisiotti¹⁴. Ello explica por qué la norma era razonable en 1946, y por qué cincuenta años después, es mucho menos explicable obviamente.

¹⁴ Grisiotti centró sus investigaciones en el ámbito del Derecho tributario en dos temas muy conflictivos: la teoría de la causa y en la interpretación funcional. En la sesión de clausura del curso de la Universidad de Pavia del año 1936, cuando se publicó, pronunció una conferencia, en la cual realiza una recapitulación de sus teorías. Señaló que con la teoría de la causa y con la interpretación funcional, lo que siempre intentó buscar fue la ratio legis del impuesto, que en sus palabras no es otra cosa que el principio de la capacidad contributiva. Paradójicamente, señalarnos nosotros, para llegar a dicha conclusión no era preciso investigar acerca de la naturaleza económica de la norma.

A su vez, esta norma procede de lo que inicialmente fue el artículo 4º de la Ordenanza Tributaria Alemana de 1918, que posteriormente en 1932 fue el artículo 10º, y en 1976 el artículo 42. Es decir, que el espíritu del artículo 11 de la ley 11.683 introducido en 1946 en Argentina, responde al modelo alemán de 1918, con su historia y razón de ser, perfectamente comprensibles.

Dos son las razones que explican la introducción de esta norma dentro del Derecho tributario alemán. En primer lugar, la existencia de una potentísima escuela de Derecho Público, con nombres como Mayer, Jellinek, Lásband, etc. Autores que han tratado el Derecho fiscal dentro de sus obras, asignándole un espacio concreto dentro de sus estudios generales de Derecho público. Esto se contraponía a la escuela inglesa, que ubicaba los estudios tributarios como un apéndice de la Hacienda Pública, o con la escuela francesa, que lo colocaba dependiendo del Derecho civil. Es decir, en Alemania, el Derecho tributario fue colocado donde debía estar: dentro del Derecho público.

En esta apoteosis del Derecho público alemán, en el cual está encuadrado el Derecho tributario, los jueces alemanes se encuentran con que los abogados cada vez que ofrecen a imposición un contrato en impuesto de transmisiones, en impuesto de sociedades, en toda la amplia variedad de impuestos, donde el negocio jurídico está presente, como buenos conocedores también del Derecho civil, utilizan con frecuencia las formas jurídicas procedentes de esta rama para aminorar sus pagos tributarios. Como siempre, toda transacción admite múltiples caminos para ser llevada a cabo. Y esta es la segunda razón que explica el precepto.

Frente a esta actitud de evasión de los juristas alemanes, utilizando con habilidad el Derecho civil, frente al desconcierto de la judicatura alemana, se le encomienda a Enno Becker la redacción de la Ordenanza Tributaria. Éste quiere romper de un tajo con esta situación, y elige una de las varias posibilidades que se le presentaban. A nuestro juicio, escoge la menos afortunada, es decir, afirmar que todos los contratos cometidos con la intención de eludir el impuesto, deberían interpretarse atendiendo a su verdadera significación económica y a las circunstancias y los hechos del momento en que los contratos se producían. Efectivamente, fue un modo de solucionar el problema, un modo miope, una

solución a muy corto plazo. Se solucionó un problema, pero se crearon otros; algunos más graves que el que se solucionaba.

De uno de estos problemas creados se dieron cuenta los alemanes inmediatamente, en la década siguiente, porque esta interpretación de los negocios de acuerdo a las circunstancias del tiempo en que los mismos fueran realizados, al instalarse el nacionalsocialismo en el poder, provocó una incertidumbre, una inseguridad y una arbitrariedad de la que el pueblo alemán fue la primera víctima. Es obvio que esta norma aparentemente torna todo muy cómodo para el Fisco, para un funcionario fiscal que ve o intuye una cierta intención fraudulenta o un ánimo de evadir, pero que le resulta difícil probar ese ánimo a través de un procedimiento administrativo arreglado. Con el recurso a la significación económica, a las circunstancias del tiempo en que fue realizado, etc., le es sencillísimo poner boca arriba el negocio de que se trata.

En resumen, la pervivencia de este mandato del artículo 11 sólo tiene dos justificaciones históricas: una de base, de raíz, que fue el legítimo deseo de la Administración Tributaria alemana de poner coto a una situación de fraude generalizado sirviéndose del abuso de las formas jurídicas. Y otra, la influencia de la escuela de Pavia, incorporada a través de Jarach.

Pero el mismo propósito de luchar contra el fraude puede alcanzarse investigando la verdadera naturaleza jurídica del contrato o negocio realizado, y sin causar el caos interpretativo que se derivó de la teoría de la interpretación económica, con la subsiguiente incertidumbre, inseguridad y frecuentes arbitrariedades¹⁵. Es decir, analizando el posible contraste entre la voluntad de las partes, y la causa típica del contrato traído a colación.

Por las razones aludidas, no se puede desconectar el artículo 11 de la ley 11.683 de la lucha contra el fraude de ley. La labor del intérprete, en cualquier rama jurídica, no es casar la norma con la realidad económica, sino la intención de las partes plasmada en el negocio jurídico elegido con la voluntad del legislador. Y es por ello que a nosotros, en tanto juristas, no nos debe importar la realidad económica subya-

¹⁵ Para comprobar la veracidad de este aserto, basta con repasar la jurisprudencia alemana de los años '30 y '33, que es un desastroso para el intérprete, pese a que se luchó con todo contra el fraude de ley.

cente, sino en cuanto realidad económica normativizada. Es decir, importa la estructura y contenido jurídico de la norma, no la realidad económica contemplada.

Un jurista nunca puede soslayar, ni marginar o desconocer su directa, primordial y fundamental dependencia de la letra de la ley, de las formas jurídicas. Y ello lleva a decir que, con esas premisas, poco valor tiene la referencia al significado económico de las normas.

Vale analizar, dentro de esta discusión, un punto de vista aportado por Kruse, quien, partiendo de la premisa señalada de la imposibilidad de que un jurista soslaye la letra de la ley, se dice que el hecho de que conste o no expresamente una referencia a la significación económica de las normas tributarias, es irrelevante. Si esa significación económica está normativizada, porque el intérprete debe acudir a la letra de la ley. Si esa significación económica no está normativizada, el intérprete nunca podrá sustituir la realidad económica por la letra de la ley. Por consiguiente, la mención al significado económico de las normas tributarias es papel mojado, es una referencia puramente gratuita que carece de relevancia jurídica. No altera en nada el quehacer interpretativo del juez.

Si se trata de combatir el fraude de ley, el juez puede hacerlo acudiendo a la verdadera naturaleza jurídica del contrato propuesto por las partes. Consiguientemente, la referencia a la significación económica es irrelevante. No hay que estar tan preocupados por este tema de la significación económica, que no perturba en nada. Es un mero instrumento ornamental, que sustantivamente ni quita ni pone nada: si está normativizado, es de obligada observancia; y si no está normativizado, el juez no puede sustituir la realidad económica por la norma.

En la doctrina argentina se ocupó del tema Francisco Martínez, en su excelente trabajo sobre la *Intentio Juris* y la *Intentio Facti* en el que concluye que ambas son prácticamente lo mismo, en abierta oposición con la opinión de Jarsch. La forma de luchar contra el fraude de ley, bien en Derecho civil o en Derecho tributario, es la misma y no hace falta recurrir a la significación económica para librar este combate, sino que basta con desvelar la verdadera naturaleza jurídica de los contratos.

Solamente cabe hacer uso de esta teoría de la significación

económica en el momento prejudicial de elaboración de las normas. Allí sí que es útil la teoría de la significación económica, pues hay que prestar atención a las consecuencias y efectos económicos que se derivan de optar por una u otra alternativa.

También anotamos una tendencia doctrinal que se está poniendo de manifiesto en Argentina¹⁶, que trata de reconducir la teoría de la significación económica de las normas a la valoración de los hechos. Si lo que se trata es de reconducir la interpretación del significado económico de las normas tributarias a la ordenación, sistematización y adecuación de los hechos objeto de consideración por las normas, ahí el jurista no tiene nada que objetar. Incluso es posible que sea útil, pero esa no es nuestra posición como intérpretes de normas. La calificación de los hechos es una fase previa a la interpretación de las normas.

En este tipo de temas, siempre resulta útil ejemplificar. Si se debe valorar un inmueble, seguramente se pedirá consejo a un amigo arquitecto, o si se debe valorar la transmisión de un patrimonio rico en pinturas, se acudiría a un perito en subastas artísticas. Lo que nunca se dirá es que el perito en subastas artísticas o el arquitecto, son intérpretes de normas. Sólo ayudan a calificar y valorar hechos, y eso está muy bien¹⁷.

De vuelta sobre el tema, hay que marcar la diferencia existente entre la explicación de la realidad y la interpretación de normas. Porque, naturalmente, si de lo que se trata es de explicar la realidad, no se puede ni se debe hacer ninguna objeción, pero eso no había que decirlo en la ley. Pero, paralelamente, habría que haber puesto en la norma del artículo 11, "Se atenderá a su significación económica, artística, farmacéutica, química, sociológica, etc.". Lo que nunca un jurista debe admitir es que, por ese camino que criticamos, se llegue a hacer prevalecer el informe técnico, sea de un eco-

¹⁶ Ver *Procedimiento Tributario*, de Giuliani Ferraguz y Navarria.

¹⁷ Todavía a nadie se le ha ocurrido sostener que los arquitectos o los peritos en subastas artísticas (o los médicos, ingenieros, farmacéuticos, futbolistas, etc.) son intérpretes de normas tributarias. Sólo los economistas se han atribuido ese carácter. Ello sin dejar de marcar la utilidad que puede tener el asesoramiento de todas estas especialidades en el momento prenormativo.

nomista, de un arquitecto o de un pintor, sobre la letra de la ley.

Trataremos a continuación el tema de las normas de calificación del hecho imponible.

A veces se confunden los preceptos dirigidos a la interpretación de las normas con los preceptos dirigidos a la calificación del hecho imponible. Son dos cosas conexas pero distintas. La teoría de la interpretación de las normas jurídicas es una teoría que se extiende y se aplica en todo el ancho campo del Derecho Tributario. Es decir que toda norma jurídica, incluida la norma tributaria, puede ser objeto de interpretación.

Sin embargo, la calificación del hecho imponible es una operación pre o para-interpretativa, que afecta únicamente al hecho imponible, pero no al resto de las normas tributarias. Y en cuanto a la calificación del hecho imponible existen algunos criterios muy importantes, que conviene distinguir.

El primero suele ser el de la prescindencia de los defectos, de las nulidades o de la invalidez que puedan afectar al acto sujeto a gravamen. A este criterio, los diversos ordenamientos responden de modos distintos, pero la regla general es la siguiente: cuando el hecho imponible contempla la documentación formal del acto, la naturaleza del negocio es irrelevante, y consiguientemente, los vicios de nulidad o ineficacia se tienen por no puestos. Entonces, en este tipo de tributos para nada afecta la existencia o no de la eficacia traslativa del acto, porque lo que se está gravando no es, por ejemplo, la traslación de dominio, no es la eficacia del acto, sino la documentación formal, y ésta existe tanto si el acto es nulo como si es válido.

El segundo criterio aparece cuando lo que se grava no es la documentación formal, sino el hecho de la transmisión, el intercambio de cosa por precio, de cosa por cosa, es decir, cuando lo que hay es una traslación de dominio. Aquí la invalidez del acto tiene que afectar al gravamen, porque la capacidad contributiva gravada es el hecho de que se produzca un intercambio de cosa por precio, de cosa por cosa, de títulos valores por participación en un dominio social, etc. Si no existe el acto o no se produce esa transmisión de dominio, no hay capacidad contributiva gravable, consiguientemente, el Fisco debería devolver el tributo cobrado¹⁸.

¹⁸ En cuanto a la devolución, el Estado suele ser bastante reacio.

Otro principio está referido al hecho de dar con la verdadera naturaleza jurídica del acto u operación gravados. Esta referencia a la verdadera naturaleza jurídica del acto u operación gravados, nos reconduce a parte de la discusión anterior. ¿Por qué verdadera naturaleza jurídica? Pues porque nunca podría hablarse, en materia de calificación del hecho imponible, de "verdadera naturaleza económica", pues el hecho imponible nunca es un hecho económico. El hecho imponible es siempre un hecho jurídico, dado que siempre es una realidad normativizada. Es un hecho jurídico, y su realización produce efectos jurídicos.

Cuando se habla de calificación del hecho imponible, si en materia de naturaleza interpretativa es discutible la referencia al significado económico de las normas, en temas de calificación del hecho imponible la alusión es mucho más impertinente, porque el hecho imponible siempre es, por principio y por esencia, un hecho jurídico. No puede ser otra cosa, porque es una realidad normativizada productora de efectos jurídicos.

Consignientemente, en las normas de calificación del hecho imponible, hablar de verdadera naturaleza económica, es un desliz. Un desliz comprensible, dado que cuando el legislador configura un hecho imponible (realidad normativizada), la realidad susceptible de gravamen suele ser a veces una realidad económica, como la renta y el patrimonio, y otras veces no es una realidad económica, sino que es una realidad normativizada, como por ejemplo un contrato, un depósito, una letra de cambio, etc. En este último caso, el hecho imponible contempla directamente la realidad económica a través del filtro de otra realidad jurídica: civil, mercantil, laboral, puede ser una concesión, una sucesión, una donación, etc., dentro del ancho campo del negocio jurídico.

En otras palabras, cuando se habla en las normas de calificación del hecho imponible, de hechos imponibles de naturaleza jurídica o económica, se está diciendo incorrectamente algo que se debe decir en otros términos. No es que el hecho

poniendo una serie de trabas o cautelas, que suelen actuar entre la resolución administrativa firme, la sentencia judicial anulatoria, o la inscripción en el registro correspondiente. Ella depende de la discrecionalidad del legislador, de elegir una postura más afín a la defensa de los intereses del contribuyente, u otra más lejana.

imponible sea de naturaleza jurídica o económica. El hecho imponible sólo es de naturaleza jurídica. Lo que es de naturaleza jurídica o económica es el presupuesto de hecho. Este sí puede ser económico o jurídico. Por ello, cada vez que se da esta terminología errada, debe entenderse que se habla de un hecho imponible cuyo presupuesto es de naturaleza jurídica o económica, y no el hecho imponible en sí.

En consecuencia, en las normas de calificación del hecho imponible, cuando se alude a la verdadera naturaleza jurídica o económica, quiere decirse que esa verdad, en el caso de que sea jurídica, no ofrece ningún problema, porque es un camino de ida y vuelta, siempre alrededor del elemento jurídico. Pero cuando la realidad contemplada es la económica, a nosotros en cuanto juristas no nos interesa esta realidad económica, sino que nos interesa la realidad económica en la medida que ha sido trasladada a la norma.

Es decir, no es la realidad económica la que nosotros calificamos, sino que es ésta realidad en la medida en que ha sido trasladada a la norma. Lo cual es muy importante, porque aquí hay dos criterios que conviene tener presentes. En primer lugar, que el legislador está constitucionalmente obligado a gravar hechos reveladores de capacidad contributiva, pero no está obligado a gravar todos los hechos reveladores de riqueza. En segundo lugar, que no está obligado a gravar al cien por cien la realidad contemplada, sino que puede gravarla al 90, al 70 o al 50 por ciento, pues nada se opone a que el legislador, al contemplar la realidad, no la grave toda sino una parte de ella, sin que a través del significado económico se pueda decir que esta realidad económica ha quedado gravada sólo en un 50%.

Esto se explica porque el principio de capacidad contributiva únicamente obliga al legislador a que los hechos contemplados sean reveladores de capacidad contributiva, pero no a que todo hecho revelador sea gravado, ni a que toda la capacidad contributiva que un hecho revela sea gravada al cien por ciento. De todos modos, no hay que dejar de advertir la injusticia relativa que se produce cuando existen capacidades contributivas superexplotadas frente a otras que aparecen prácticamente libres. Circunstancia que suele estar relacionada con la mayor o menor facilidad que representan determinadas capacidades contributivas (por ejemplo, los ingresos de los funcionarios o empleados, el consumo de pro-

ductos monopolizados, etc.), frente a otras mucho más equivas o huidizas (ingresos de los profesionales libres, beneficios de las multinacionales, etc.).

VII. LA PERMANENTE TENSIÓN ENTRE FORMA JURÍDICA Y CONTENIDO ECONÓMICO: EL FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA

En el combate contra el fraude de ley lo que tiene que hacerse no es dar con la verdadera significación económica de la operación, sino buscar la verdadera naturaleza jurídica de la operación. Es decir, realizar una correcta indagación jurídica de la verdadera naturaleza jurídica del contrato, exquisitamente jurídica, sin traer para nada a colación la realidad económica. Pues se trata de buscar la coincidencia entre voluntad de las partes y causa típica del contrato traído a colación, y esa es una operación jurídica que para nada necesita de la realidad económica.

Se puede afirmar que no hay fraude de la ley que se resista a través de la adecuada interpretación de la naturaleza jurídica del contrato resultante. Es decir, que en esta lucha, para nada hace falta la consideración de la realidad económica. Acudir al estudio de la verdadera naturaleza jurídica del contrato es un camino de profundización jurídica que nunca puede perturbar, pero luchar contra el fraude acudiendo a la realidad económica, es un camino muy peligroso, porque es un camino de portada mucho más amplia, y que además puede servir no sólo para luchar contra el fraude, sino para hacer siempre lo que le parezca al funcionario fiscal: decir que hay una discordancia entre realidad económica y forma jurídica, y en esa discordancia hace prevalecer la realidad económica, siendo esta posibilidad algo muy peligroso, por la incertidumbre, la inseguridad y las arbitrariedades que puede llevar implícitas. Ello está demostrado, lamentablemente, por la experiencia histórica.

Como ya dijimos, siempre resulta conveniente ejemplificar. Podemos dar tres ejemplos distintos. La compraventa por un precio notoriamente superior al de la plaza ligada a un arrendamiento; la compraventa realizada en lecho de muerte, y la constitución y disolución de sociedades con intercambio alternativo de bienes. Para la lucha contra el fraude

en estos tres ejemplos, no hace falta para nada recurrir a la realidad económica.

Veamos el primero: compraventa a un precio notoriamente superior al de la plaza. Dos factores a tomar en consideración son la transparencia del mercado, y la libre voluntad de las partes para fijar las condiciones que más les convenga o apetezcan. El precio normal será el que equilibre las pretensiones de demandante y oferente. "A" tiene un camión del que no quiere desprenderse inmediatamente, pero necesita dinero. "B" necesita un camión, que probablemente compre a largo plazo, pero no tiene dinero suficiente para pagarlo al contado. Deciden tasar el camión a un precio sensiblemente superior al de mercado, y fijar unas cuotas anuales de arriendo (con opción de compra al final del periodo a precio reducido) proporcionales al precio de tasación artificialmente elevado. Como las cuotas de arrendamiento de bienes necesarios para la obtención de la renta son deducibles del impuesto, al cabo de pocos años "A" habrá ingresado una cifra equivalente al precio del camión. "B" habrá satisfecho un canon arrendatario a costa de sus deducciones de impuesto y es propietario del camión.

El segundo ejemplo se refiere a las compraventas en lecho de muerte. Nadie que esté por morir se ocupa de vender los bienes, y menos a sus allegados y familiares. Consiguientemente se entiende que esa compraventa lo que encubre es una donación, una transmisión gratuita que busca salir del impuesto sobre donaciones y transmisiones gratuitas de bienes. Por ello, suelen los ordenamientos contar con una presunción que establece que "toda compraventa realizada en lecho de muerte se entenderá que integra la masa hereditaria".

En cuanto al tercer ejemplo, consistió en la formación de una sociedad, donde A aporta un inmueble, y B aporta automotores. A los pocos meses la sociedad se disuelve, quedándose A con los automotores, y B con el inmueble. Obviamente, este proceder encubre dos contratos de compraventa.

El tema del fraude de ley debe partir de la permanente tensión entre forma jurídica y contenido económico, que es el tema del artículo 12 de la ley 11.683¹⁹. Este precepto es una

¹⁹ Art. 12: "Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que

buena muestra de lo que no debe ser un precepto jurídico. Se entiende lo que quiere decir, incluso puede ser útil, pero merece críticas en cuanto a su técnica, porque es un precepto simultáneamente obvio, confuso e inútil. Todo él se podría simplemente reducir a decir que: "Es obligación del intérprete indagar la verdadera naturaleza jurídica de los hechos, situaciones o actos realizados".

De esta forma se dice lo mismo que quiere decir el artículo 12, pero de una forma mucho más concisa, mucho más breve —de este modo deben hacerse las normas—, y además, sin introducir la manifiesta confusión metodológica que late en este precepto.

La ventaja que puede tener el precepto, tal cual está redactado, estriba en la rapidez, la inmediatividad, dada por el hecho de subsanar la cobertura de un procedimiento con trámites y formalidades enojosas. Pero si dicho trámite es lo que la propia Administración fiscal hace, dicho fin no se ve cumplido, resultando el precepto superfluo. Es decir, cuando se sigue el camino de dar con la verdadera naturaleza jurídica de una operación, éste es un camino enojoso, lento, complicado, en el que hay que ir paso a paso, probándolo todo. Por ejemplo, se trata de un posible conjunto económico, con una personalidad jurídica no muy clara, y que parece que, bajo la sombra de un establecimiento permanente, o una filial, está la *longu manus* de una matriz, de una multinacional operando.

Ante este problema, para reconducirlo a buen cauce, caben dos caminos. El primero, consiste en que si uno intuye por ciertos indicios que ese afiliado o establecimiento permanente es una pura pantalla, y en base a esos dos o tres indicios: de dónde radica y dónde está asentado el capital social, de quién firma o es el responsable de las operaciones, etc., puede susti-

efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando estos arrojen esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrece o autoriza para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encajada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las recogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos".

tuur la realidad económica subyacente a la forma jurídica aparente. Así se están utilizando los contenidos de la teoría de la naturaleza económica, pues con unas pocas presunciones o indicios se puede sustituir la forma jurídica aparente por la realidad económica subyacente. La rapidez es la única ventaja de ese camino, y todo lo demás son inconvenientes. Es un camino rápido, expedito y que evita complicaciones.

El segundo camino, más seguro, consiste en averiguar la verdadera naturaleza jurídica, mediante un procedimiento más lento, pero más seguro, con pasos jurídicamente firmes.

La aplicación de la realidad económica es criticable cuando sólo hay indicios de la realidad económica y la Administración antepone esa presunta realidad económica, captada por indicios, a una forma jurídica de la cual nosotros, como juristas, no podemos independizarnos.

Pero, para proseguir con el tema del fraude, vale poner otro ejemplo, que es revelador por lo que tiene de didáctico. Es un ejemplo que ocurrió en la realidad. Se trata de una operación concertada entre dos grandes empresas, una alemana, propietaria de una siderometalurgia, y otra holandesa, propietaria de una compañía naviera. Después de hacer unos contactos previos, se decide la compra por parte de la compañía alemana de los barcos de la holandesa, y por parte de la compañía holandesa de un sector grande de la siderometalurgia. La operación era de una enorme envergadura, pues se trataba de unos 1.000.000.000 de marcos en cada una de las compraventas. El problema se pasa a los correspondientes gabinetes jurídicos y éstos dicen que la operación, técnicamente hablando, es un desastre por lo costosa, y en respuesta proponen algunas alternativas, con diverso costo. Todas las alternativas, sin embargo, giran en torno a que lo procedente es que sean aportados los barcos holandeses y la siderometalurgia alemana para crear una sociedad anónima con la aportación de esos bienes (la constitución de sociedades anónimas en el área europea es muy barata, tributa el 1%), y que, a los pocos meses, se proceda a disolver la sociedad, con intercambio alternativo de bienes, de suerte que los barcos quedaran en poder de la sociedad alemana y la siderometalurgia en poder de la sociedad holandesa. A todo esto, la disolución de sociedades en el ámbito comunitario tributa al 0,5%, con lo cual, el costo de la operación que propiciaban los gabinetes jurídicos de común acuerdo, venía a suponer un ahorro real

enorme (piénsese que cada una de las compraventas tributa al 6%). Una de estas proposiciones fue aceptada.

Esto es lo que podríamos llamar un ejemplo típico de fraude de la ley, un ejemplo de libro. Realmente, no hay ninguna norma que prohíba constituir sociedades, ni que prohíba disolverlas. El comportamiento, aparentemente es apegado a la ley. Sin embargo, el fraude está presente, pues no hay coincidencia entre la voluntad de las partes y la causa típica del negocio traído a colación. Se ha forzado la letra de un precepto para amparar dentro de él una situación que no le es propia.

En el ejemplo, lo que realmente se quiere es transmitir dos cosas por su precio. El contrato que contempla el intercambio de cosa por precio es la compraventa, cuya causa típica contempla tal resultado. En el caso de las sociedades, la causa típica del contrato de sociedad es la puesta en común de bienes suficientes con vista a la obtención de un lucro ilimitado. En el ejemplo, no se han puesto en común bienes suficientes para la obtención de un lucro ilimitado, sino que se ha tratado de disolverla cuanto antes para llevarse lo que cada uno quiere en la disolución. Se ha forzado la causa típica del contrato de sociedad y en realidad no hay contrato de sociedad.

Como premisa para entender esto se requiere de un ordenamiento jurídico causalista, donde, volviendo al ejemplo, la causa es nula, porque no existe, y estamos frente a un contrato sin causa.

En el fraude de la ley pasan cosas muy graves. Hay una apariencia de legalidad, porque nada se oculta. Todo lo contrario, quien comete un fraude debe poner todo a la luz, pasando por el mejor contribuyente de la nación. Es la fachada de legalidad lo peligroso, y junto a la fachada de legalidad, la dificultad de desmantelarla, porque los casos de fraude de la ley que se descubren, son unos cuantos, pero son muchísimos más los que no se descubren. Quienes cometen el fraude de ley, no son los pequeños contribuyentes, sino que son grandes empresas, apoyadas por bufetes que las proveen de los conocimientos jurídicos técnicos necesarios, que se denominan "ingeniería financiera". El fraude de la ley es muy difícil atacarlo con normas de carácter general, sobre todo los grandes fraudes de ley, que deben ser detectados por vía artesanal, por vía interpretativa, siendo éste un camino laborioso, pesado, enjundioso y de

poco éxito, y en el cual se podría estar meses. Pero tiene importancia por dos razones: porque son contribuyentes muy importantes y por el valor ejemplificativo de cada uno de estos éxitos de la Administración tributaria.

Ciertamente, para combatir el fraude de la ley masivo debe hacerse en vía normativa, no en vía aplicativa. Hay que hacerlo a través de presunciones y ficciones, pues con ellas, de un plumazo, se echan abajo infinidad de fraudes. Por ejemplo, volviendo sobre un supuesto ya mencionado, se establece por el legislador que la compraventa realizada en el lecho de muerte encubre una donación, ordenando que " Toda operación de compraventa realizada en lecho de muerte se considera que forma parte de la masa hereditaria ". Obviamente, esto se puede hacer en vía normativa cuando un supuesto de fraude se generaliza, pues en caso contrario pasa desapercibido. Cuando un supuesto de fraude se generaliza, la Administración responde con una presunción o con una ficción, y a veces, con las dos juntas. Pero, hasta que no se generaliza el supuesto, sólo puede atacarse por vía artesanal, uno por uno, en fase aplicativa. Y eso es molesto, enojoso, siendo mucho más fácil atacarlo por la vía de la realidad económica, donde no hay que demostrar nada, y con dos o tres indicios basta.

El ámbito del fraude de la ley es el ámbito de la infracción encubierta, y sólo puede haber infracción encubierta de normas a partir de una concepción espiritualista del Derecho. Para quien tenga una concepción formalista del Derecho, no cabe el fraude a la ley, sino que sería, simplemente, choque de preceptos. Para poder admitir en un ordenamiento la figura del fraude de ley, es preciso partir de categorías espiritualistas del Derecho, es decir, que se pueda disociar entre letra y espíritu de la norma. El fraude a la ley se perfecciona en ordenamientos que estén adheridos a la teoría causalista del contrato. En estos ordenamientos, si predomina la causalidad en cuanto a la licitud del contrato y si predomina el concepto espiritualista, la lucha contra el fraude de la ley se facilita.

Es aquí cuando entran en juego una serie de elementos que frecuentemente se confunden. Ello no es aceptable, pues para hacer ciencia con categorías jurídicas, es preciso denominar a cada cosa por su nombre. Por ello, vamos a repasar estas categorías que presentan cierta similitud, que torna a veces en confusión: elusión, economía de opción, evasión, abuso de derecho.

La elusión consiste en la no realización del hecho imponible. Eludir es esquivar, es no ponerse bajo el foco de acción del hecho imponible. Quien elude no realiza ninguna actividad ilícita. Simplemente no realiza el hecho imponible, y como nadie está obligado a realizar hechos imponibles, quien elude el hecho imponible no entra en la relación tributaria.

La economía de opción es parecida. En ella se da un fenómeno semejante de huir del hecho imponible, pero se obtiene el mismo resultado económico a través de una vía menos gravada. Por ejemplo, en un ordenamiento donde la permuta esté sometida a un tipo inferior a la compraventa, uno puede realizar permutas en vez de compraventas. Es un contrato más enojoso, porque es mucho más fácil cambiar cosa por precio que no cosa por cosa. Pero la permuta está reconocida y si el tipo es disociado, uno puede perfectamente, en vez de realizar una compraventa, hacer una permuta.

Por su parte, la evasión implica realizar el hecho imponible. Presupuesto lógico de la evasión es la realización del hecho imponible. La evasión, al presuponer la realización del hecho imponible, funciona de la siguiente manera: se realiza el hecho imponible pero se oculta su conocimiento a la Administración. Y esto es una conducta sancionable.

El fraude a la ley, como puede verse, es una figura mucho más sibilina, mucho más sofisticada. Supone un grado de conocimiento del ordenamiento jurídico muy profundo. Hay que tener una mente muy ágil y despierta para generar supuestos de fraude a la ley. Pues, si bien se mira en el fraude a la ley, no se realiza el hecho imponible, pero es como si se realizara en verdad. En el ejemplo visto más atrás, la persona que realiza el contrato de sociedad no realiza el hecho imponible del contrato de compraventa. No realiza el hecho imponible del contrato de compraventa, pero es como si lo realizara, porque vía interpretativa se reconduce el negocio defraudado a su norma propia, que es la de la compraventa.

Y así vemos cuáles son los caracteres esenciales del fraude de ley. En primer lugar, hay que partir de la base de que siempre en el fraude de ley lo que se busca es conseguir un resultado deseable por una vía impropia y que esté menos gravado. No se realiza el hecho imponible, pero se obtiene el mismo resultado económico, con lo cual se parece a la elusión, donde tampoco se realiza el hecho imponible. La diferencia estriba en que en la elusión no se realiza el hecho

imponible, pero tampoco se obtiene el resultado. En el fraude a la ley no se realiza el hecho imponible, pero se obtiene el resultado económico deseado. Con lo cual, también tiene similitudes con la economía de opción, donde se obtiene el resultado buscado, aunque en este caso la diferencia es que se obtiene el resultado económico deseado por una vía prevista por el ordenamiento, una vía normal, ordinaria, no inusual ni inuslita, y en el fraude de ley se obtiene ese mismo resultado por un camino no deseado, inhabitual, impropio, fraudulento.

En segundo lugar, con el fraude a la ley se obtienen los mismos resultados económicos, pero a través de una vía distinta de la normal u ordinaria prevista por el ordenamiento. Es necesario, sin embargo, realizar las siguientes precisiones. Hay que partir de la base de que para obtener cierto resultado, el ordenamiento casi siempre ofrece diversos caminos. Nunca hay un único camino para obtener un resultado. También hay que tomar en consideración que el ordenamiento nunca obliga a seguir un camino determinado, dado el principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de pactos. No es obligatorio seguir un camino determinado para la obtención de los efectos deseados. Por último, no habrá fraude a la ley siempre que respetemos la *ratio legis* del precepto traído a colación. En el fraude de la ley la esencia del concepto, que procede del Derecho civil, es que se trata de burlar el espíritu de una norma sirviéndose de la letra de otra norma dictada con finalidad diferente.

Por ello en el fraude de ley siempre hay dos normas: la norma defraudada y la norma de cobertura. La norma de cobertura es la que brinda la fachada jurídica. La norma defraudada es la que contempla el negocio que realmente se quería realizar. En Derecho tributario, el mandato de pagar un impuesto está ligado a la realización de un determinado hecho imponible. No se puede cobrar impuestos si no se realiza el hecho imponible correspondiente. Esta afirmación, propia del Derecho tributario, es consecuencia de la libertad de elección de medios que lleven a no forzar el sentido de los preceptos, pretextando adecuarse exclusivamente a su letra.

Así las cosas, pueden verse diferentes supuestos. A veces, es el propio ordenamiento el que anima a poner en juego hechos imponibles menos gravados. No es infrecuente que, si se quiere desarrollar determinada región del país, el propio

ordenamiento conceda diversas facilidades que pueden plasmarse en forma de exenciones, bonificaciones, deducciones, etc. Instrumentos técnicos que llevan al propio legislador a establecer que realizado el hecho imponible no se desprenda la obligación tributaria al íntegro, sino en una medida menor. Es obvio que seguir los deseos del legislador nunca puede ser fraudulento. El contribuyente se beneficia de esa circunstancia, siempre que cumpla con las condiciones previstas.

Cabe también la posibilidad de que existan fines del contribuyente ajenos al propósito de burlar la norma y que le reporten una ventaja económica. Este punto muy delicado, porque en el fraude a la ley siempre hay un fin económico: pagar menos impuestos. Si existen fines económicos lícitos que llevan a un menor pago de impuestos, pero sin pretender burlar la *ratio legis* del precepto traído a colación, porque no todos los negocios tienen el mismo costo fiscal, nada se puede objetar. Por ejemplo, el contribuyente tenía una sociedad anónima, y decide pasar de la forma de sociedad anónima a una sociedad de responsabilidad limitada, porque esto le resulta más económico y se adecúa más a sus fines, pero a la vez está ahorrando una suma importante en impuestos. Siempre cabrá la duda acerca de cuál ha sido la causa determinante, si reestructurar la empresa o ahorrar impuestos, porque no son fines excluyentes. En realidad, éstos son supuestos difíciles de atacar, y deberían ser atacados con una presunción, aunque se corre el riesgo, hablando figuradamente, de estar matando moscas a cañonazos. En estos casos es casi imposible no cometer alguna injusticia, o contra el Fisco, o contra el contribuyente. Lo que nunca se podrá probar, porque constituye una prueba imposible, es la intención de defraudar, dado que ella radica en la psicología profunda del contribuyente, y permanece oculta.

Por otro lado, puede haber también deficiencias de técnicas jurídica, ya que, a veces, en los ordenamientos hay fallos de técnica jurídica, que permiten fisuras que el contribuyente, hábilmente, puede aprovechar. Esto tampoco es fraude. Generalmente, en el fraude siempre hay una mala voluntad, una intención fraudulenta que fuerza la letra de una ley que fue pensada para un supuesto diferente. Ese es el componente conceptual básico del fraude; y aquí es donde tenemos el problema. Lo que es óptimo a efectos conceptuales, es pésimo a efectos probatorios. La intención defraudatoria es de-

finitiva, a efectos de definir el fraude de ley, pero es pésima a efectos probatorios.

Los instrumentos que se utilizan a efectos probatorios intentan cumplir con el deseo de objetivar intenciones, aludiendo al abuso de las formas jurídicas, al uso de caminos atípicos, al abuso del derecho, al uso de caminos insólitos, etc. Esos son los caminos probatorios, que son muy buenos para probar, pero que no definen nada. Sobre todo en el caso del abuso de las formas jurídicas, que responde a la vieja idea de la Ordenanza Tributaria alemana. Con el abuso de las formas jurídicas, entramos en el campo absolutamente no-vedizo del negocio indirecto y de la simulación. En el supuesto de simulación hay dos contratos: el simulado, que es el que sale a la luz, y el disimulado, que es el que permanece oculto; mientras que en el fraude a la ley no hay dos contratos, sino que hay dos normas: la de cobertura y la defraudada. Por su parte, en el caso del negocio indirecto no hay una incompatibilidad entre causa y fin, sino que hay una simple incongruencia.

Esto ha llevado a la conclusión de alguna doctrina, que resulta poco satisfactoria pero bastante práctica, de decir que el negocio indirecto y la simulación son diferenciables del fraude, aunque normalmente son los vehículos a través de los cuales se exterioriza el fraude. Y así han venido a ser, el negocio indirecto y la simulación, las vías normales a través de las cuales se pone en juego el supuesto de fraude a la ley. Son los acompañantes habituales del fraude.

Sin embargo en el caso del abuso del derecho, siempre hay un comienzo legítimo de utilización de facultades. El que usa de su derecho a nadie daña. Si luego se transforma en una utilización abusiva, el negocio se torna nulo. Nada de ello sucede en el fraude a la ley, donde nunca hay comienzos legítimos, sino que desde el principio al fin es todo un montaje.

Con los elementos aportados, cabe concluir que el fraude de ley debe ser fuertemente combatido, con todos los medios posibles, tanto los aplicativos, vía interpretación, como los normativos, vía presunciones y ficciones. Cualquier medio de lucha contra el fraude parece poco, por la dificultad de su aprehensión, por la enorme cuantía de sumas puestas en juego, y por la categoría de los autores que lo cometen. Hay que tomar en consideración asimismo que estamos ante una lucha desigual: cuanto más seguridad en beneficio del con-

tribuyente se le exija a la Hacienda, al ordenamiento, la red sería más gruesa, el expediente más seguro, pero se colarán más defraudadores. Y viceversa, en la medida que seamos menos laxos o flexibles en la utilización de los instrumentos antifraude, se corre cierto peligro de inseguridad. En otras palabras, en la medida que seamos más ardientes defensores, en tema del fraude de ley, del principio de capacidad contributiva, seremos más benévolo al enjuiciar los medios utilizados. Y viceversa, en la medida que seamos más ardientes defensores de la seguridad jurídica, se nos colarán más supuestos de fraude de ley. Esto es inevitable en un tema donde el equilibrio es difícil de conseguir.

VIII. POTESTAD REGLAMENTARIA Y FACULTADES INTERPRETATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Este tema aparece regulado en el artículo 8º de la ley 11.683, según el cual el Director General tendrá la función de interpretar con carácter general las disposiciones de esta ley y de las que establecen o rigen la percepción de los gravámenes a cargo de la Dirección General. Establece asimismo que las interpretaciones del Director General se publicarán en el Boletín Oficial y tendrán el carácter de normas generales obligatorias.

Este artículo 8º nos sumerge en un tema enormemente interesante y conflictivo, porque en nuestros días la posición de la Administración Tributaria es en apariencia de enorme fortaleza. A veces, también, es de gran debilidad. Vista panorámicamente la situación, la Administración crea normas, la Administración aplica las normas y la Administración juzga sobre la aplicación de las normas. Ciertamente, crea normas no con rango de ley sino subordinado, reglamentario, pero crea normas. Aplica normas, que es lo suyo, dado que su función es esencialmente aplicativa: generación de los actos administrativos y aplicación de las normas. Pero también, en casi todos los países, hay instancias administrativas: hay una jurisdicción administrativa donde se juzga sobre la aplicación de las normas por parte de la propia Administración.

Es decir, que la situación inicial de prepotencia, es evidente. Ahora, junto a esa prepotencia también, naturalmen-

te, está la debilidad de que son unos pocos funcionarios "contra" muchos administrados, y que aunque ellos posean grandes resortes de poder, la masa tiene sus herramientas para eludirlas.

Cuando se trata de la interpretación por parte de la Administración de la norma que aplica, esa actividad está legalmente prevista. Figura en el artículo 8º citado, pero aunque no estuviera prevista, nadie podría privar a la Administración de la posibilidad de que interpretara las normas que aplica, por pura coherencia lógica.

Un sujeto que aplica al día cientos de normas, de hecho o de derecho, tendría que interpretar las normas que aplica. Eso es evidente. Es decir, estuviera legalmente previsto o no, la Administración siempre tendría de hecho o de derecho que interpretar las normas que aplica.

Ahora, el problema no radica en que la Administración pueda y deba interpretar las normas que aplica, sino que el problema estriba en la naturaleza y fundamento de esa actividad. Dicho más claramente: la actividad interpretativa de las normas por parte de la Administración ¿es una actividad reglamentaria o interpretativa? Este problema se puede contestar diciendo que si la interpretación se publica en el diario oficial es reglamentaria, y si no se publica es aplicativa. Mas, esta respuesta implica resolver el problema *a posteriori* y no con anterioridad, como debe hacerse.

Cuando ese cauce de exteriorización de la facultad interpretativa es múltiple, como sucede en casi todas las administraciones, la Administración puede exteriorizar esa potestad interpretativa dictando un reglamento. Entonces no hay problema, pues si dicta un reglamento, ya sabemos que es ejercicio de potestad reglamentaria. Pero normalmente no se dictan reglamentos para interpretar normas. Lo normal es que, o bien se dicten instrucciones (u órdenes ministeriales, según la terminología), o bien se dicten circulares, y este es el problema que vamos a examinar ahora, o bien se responde a consultas. Son estas tres las vías habituales a través de las cuales la Administración interpreta las normas.

Cuando se hace a través de una instrucción u orden ministerial publicada en el diario oficial, eso se reconduce a la potestad reglamentaria. Ahí no hay problema.

Cuando se hace a través de una respuesta a consulta,

tampoco hay problema, porque las respuestas a consultas son siempre singulares, individualizadas. Entonces, estamos ante una actividad informativa de consulta, de eficacia restringida a la persona que consulta y a la respuesta que se le da, aunque luego se puedan discutir los efectos. Normalmente, siempre son dos efectos los que reconocen los ordenamientos. Mientras no varíen las circunstancias, la Administración queda vinculada por la respuesta dada, y en ningún caso podrá ser sancionado el contribuyente que actúa de conformidad a una consulta. En estos dos principios coinciden, prácticamente, todos los ordenamientos. Lo más complicado es saber qué se entiende por "no variar las circunstancias" en que se realizó la consulta, dado que es un concepto jurídico indeterminado. ¿Si varían las unidades producidas, si la consulta que se hizo fue en función de una producción de 1.000 unidades, y ahora se producen 1.100 unidades, eso es variar las circunstancias? No parece. ¿Si los socios eran tres y ahora son cuatro, esto implica variar las circunstancias? Aquí ya es más difícil la respuesta, que probablemente dependerá de la naturaleza y características del nuevo socio.

De todos modos, el verdadero problema del ejercicio de las facultades interpretativas está en las circulares. Ese es el gran problema, porque hay un choque entre la teoría y la praxis de las circulares. La teoría de las circulares implica reconocer que ellas no son fuente de derechos y obligaciones; que no tienen por qué ser conocidas por los jueces; y que no obligan a los contribuyentes. Las circulares son, simplemente, el modo jerárquico a través del cual se manifiesta la Administración, desde los niveles superiores a los inferiores. Es decir, los funcionarios están vinculados por ellas, deben aplicar el criterio expuesto. Pero de ahí no se deriva que el contribuyente deba estar también vinculado a ella. Si su criterio no coincide, puede recurrir por la vía administrativa, y llegar a la jurisdiccional, pues en última instancia es el Poder Judicial el que tiene la última palabra en cuestiones interpretativas. Es decir, el hecho de que la circular sea el cauce o vehículo normal u ordinario de interpretar las normas por parte de la Administración vincula exclusivamente a sus funcionarios, y ellos cumplen con su deber cuando aplican circulares. Pero ello no implica que cuando tratan de aplicárnosla debamos aceptarla, no nos parece un criterio interpretativo razonable.

Dicho todo esto, es obvio que nunca se podrá impugnar una circular, por pura coherencia. Si las circulares no son fuente de derechos y obligaciones y no tienen por qué ser conocidas por los jueces, en pura lógica jurídica, no se podría impugnar las circulares, sin entrar en una contradicción. Sucede que, muchas veces, bajo el rótulo de "circular" se esconde el ejercicio, no de facultades interpretativas, sino reglamentarias. En ese caso sí cabe la impugnación. No es relevante el hecho de que la circular esté publicada o no.

Desde otro punto de vista, es doctrina extendida en muchos países iberoamericanos, tomar en cuenta una distinción absolutamente falaz, en nuestra opinión, de que uno es el juicio respecto a la circular cuando ella nos favorece, y otro cuando la circular nos perjudica. Esto, jurídicamente, es insostenible. La naturaleza de una justificación no puede depender de que la misma nos favorezca o perjudique. Creo que es llegada la hora de abandonar toda reminiscencia de concepciones odiosas o penales de las normas tributarias, y empezar a considerarlas como lo que realmente son: normas jurídicas, ni más ni menos que las que componen el resto del ordenamiento.

CÓMO QUEDAR BIEN CON DIOS Y CON EL DIABLO
Derechos humanos y teoría de la operatividad
y pragmatividad de las normas jurídicas

MARCELO SERGIO RAFFIN

"Un derecho que no se realiza, no es un derecho".
Rudolf von IHERING

Entre los elementos centrales que Marx señala en la caracterización del mundo capitalista, se encuentra el fenómeno de la inversión (*Verkehrung*). La sociedad moderna siempre se ha postulado como lo que en realidad no es. Marx desarrolla estas ideas empleando, entre otras y de manera paradigmática, una construcción clásica en filosofía: la relación sujeto-objeto. En ella, se operaría una "objetualización" del sujeto creador y transformador del mundo bajo la dominación de un objeto "personalizado" que se le escapó de las manos y en el que aquél ya no puede reflejarse y ver su obra¹.

Este fenómeno archiconocido en la explicación marxista del capitalismo, se desdobra en otro fenómeno que aparece como su correlario: las ficciones. Una ficción es aquello que se presenta como real aunque se sabe falso, es un fingimiento,

¹ Cf. Marx, Karl, "Tercer manuscrito", en *Manuscritos Económico-Filosóficos de 1844*.

una mentira, un encubrimiento de la verdad. Actúa en lugar de, por desplazamiento, procede por simbología. Este disfraz transforma los valores abiertamente defendidos en su contrario pero en forma imperceptible. También las ficciones son otro de los mecanismos clave de las sociedades modernas.

El poder, uno de los ejes de toda sociedad, hace uso de las ficciones y se traduce en infinitas inversiones, en forma históricamente inconsciente (por regla general) pero actualmente también cínicas².

Hoy en día, el Estado argentino cuenta en su andamiaje jurídico con una ficción que ya es toda una institución en las prácticas jurídicas: la teoría de la operatividad y programaticidad de las normas. Esta teoría pretende que, en la aplicación de las normas jurídicas superiores (las que sientan las reglas de juego), es necesario distinguir entre aquellas de aplicación directa, esto es, *normas operativas*, y aquellas de aplicación diferida a través de una reglamentación, esto es *programáticas*. Dicho en otras palabras, las *normas operativas* "operan" directamente en tanto que las *programáticas* enunciarían un "programa" que debe ser explicitado por reglamentación antes de su aplicación. La consecuencia que esto provoca es que una cantidad nada despreciable de instancias (derechos) del sistema jurídico, una vez exigidas, no pueden verificarse concretamente por la ausencia de reglamentación. Con esto, el Estado (coraza formal del poder político y parafernalia magna del poder social) presentaría la imagen de una sociedad que en realidad no es tal porque digita, a través de los sectores que manejan los hilos del poder jurídico-político y que guardan una relación de servidumbre-legitimación consciente-inconsciente con los grupos dominantes, la organización social según los intereses de estos últimos.

La cuestión indicada parece relativamente simple para el ojo del analista avezado pero en realidad más que compleja,

² A muy poca importa ya el "costo social" de las políticas económicas o las imperfecciones de la "democracia moderna"; se actúa más bien con el gusto desoperado de la obscenidad. Eduardo Galeano expresa esta postura con la siguiente metáfora: "la masa está servida, y la civilización occidental no niega a nadie el derecho de mendigar las sobras" ("Teoría del fin de la historia - El desprecio como destino" 2, en *Ser como ellos* y otros artículos, del Charvito, Montevideo, 1992).

es importante. Si bien el orden jurídico aparece como correlato formal del poder articulando así la dominación, incluye también una serie de posibilidades (facultades), que actúan con el sentido de la lógica del sistema pero que también pueden jugar con una contralógica o a contrasistema. Y esto porque el poder no se despliega en un solo sentido, con un esquema "esquemático" sino que también es contradictorio, se estrella en multiplicidades que van más allá de sus previsiones y cálculos, en virtualidades inimaginadas. Dentro de ese conjunto de elementos-brecha encontramos a los "derechos humanos". Ahora, si unimos operatividad-programaticidad a derechos humanos, el resultado de la ecuación norma=derecho es que algunos derechos humanos son aplicables y otros no.

Pero, ¿cómo fue que este mecanismo se hizo dogma en la práctica judicial y en las teorizaciones doctrinarias? ¿quién colaboró para que el origen fuera cubierto de olvido? ¿quién habló demasiado, quién mareó al público del gran *variété* jurídico para santificar la operatividad y la programaticidad? ¿quién decide, quién hace la selección de las normas operativas y de las programáticas? Habrá que internarse en los lineales y tortuosos caminos-recovecos de la jurisprudencia y de las declaraciones doctrinarias y quizás, con suerte, encontremos alguna pista.

GENEALOGÍA DE LA OPERATIVIDAD Y LA PROGRAMATICIDAD

Según la filosofía positiva, las normas, objeto de análisis de la teoría jurídica, se insertan en un conjunto armónico denominado sistema. Dentro de ese mundo se establecen relaciones entre unas y otras, consecuencia directa de toda formación estructural: partes que se interrelacionan con cierto equilibrio sosteniendo y enervando un todo. Su arquitectura es la verticalidad: cada norma encuentra su fundamento en una superior y ésta a su vez, en otra superior y de esta manera hasta llegar a una originaria o "fundamental" (*Grundnorm* en términos kelsenianos) que es aquello que da cimiento y legítima al sistema total. Dentro de cada Estado moderno, esta norma original está representada por la Constitución (significante harto elocuente en cuanto a la naturaleza genética del significado al que reenvía).

En consecuencia, las normas que integran una Constitución son más que importantes (en tanto y en cuanto tengamos en mente un "Estado de Derecho") ya que sientan las reglas de juego básicas para una unidad política, es decir, marcan los lineamientos generales de comportamiento de una estructura político-formal. Se autodefinen como los límites, más o menos efectivos, más o menos relativos, al ejercicio del poder político.

Ahora bien, en este juego de ficciones, la modernidad ha contribuido al mismo tiempo, con un *corpus* de derechos (facultades, posibilidades, atribuciones, goces) en cada persona, en cada sujeto de derecho, en cada *ciudadano*, en cada uno de los miembros del Cielo jurídico: los "derechos humanos", que, junto con otros principios (Estado de derecho, separación de poderes, etc.), deben ser respetados y cumplidos por el Estado. Con esta modalidad fueron expresamente expuestos en las Constituciones y Pactos. De esta manera, se buscó limitar el espacio de acción del poder. Así se prohibió al Estado realizar determinadas acciones. En términos jurídicos, esto equivaldría a decir que se impuso al Estado una obligación de *non facere*.

A medida que avanzaba el siglo XIX y se revelaban los primeros índices de falla del nuevo orden burgués, se requirió al Estado que asumiera la responsabilidad por determinados "defectos sociales" y se le exigió una nueva orientación en su comportamiento. Las nuevas obligaciones ya no consistieron sólo en abstenciones sino ahora también en conductas positivas, en prestaciones, en un *dare* o *facere*.

La teoría jurídica bautizó a los dos momentos históricos señalados como "constitucionalismo clásico" y "constitucionalismo social" y a ellos correspondieron dos formas distintas de volcar los derechos individuales ("civiles y políticos" y "económico-sociales" respectivamente —otra ficción—) y los límites al Estado en los textos constitucionales. Aquellas cláusulas que imponían una abstención al Estado aparecían redactadas de la siguiente manera: "Se reconoce al ciudadano el derecho a...". A este tipo de cláusulas, la doctrina que se elaboró en torno a las constituciones decidió llamarlas "operativas" porque, según su criterio, éstas "operaban" en el plano práctico por "conducta negativa" del Estado, por un no hacer. En cambio, aquellas que implicaban una "conducta positiva" del Estado, un hacer, fueron denominadas "pro-

gramáticas" porque establecían un "programa" de acción que exigía una especificación ulterior para que "operara" en el plano empírico. Por otra parte, esta elaboración teórica quedó ratificada por un precedente de la Corte Suprema de los EE.UU. que, en el siglo pasado, decidió distinguir entre normas que se autoaplicaban (*self-executing*) y otras que no (*non self-executing*) y que por lo tanto debían ser explicitadas por una nueva norma. El precedente surtió, hegemonía mediante, efectos vinculantes ultrafronteras.

En consecuencia, en uno de sus sentidos, la teoría de la operatividad y programaticidad designa modos concretos de técnica constitucional, es decir, maneras concretas de redacción de cláusulas constitucionales, entre otras, como las que distinguen entre normas de organización y de conducta o entre normas vigentes y caducas.

LA CONFUSIÓN ONTOLÓGICA

La tradición doctrinaria constitucional y la jurisprudencia argentinas parecen no tener demasiado en claro la precisión que acabamos de señalar. Por lo que se desprende de las opiniones de los miembros de esas instituciones, toda vez que hablan de normas operativas o programáticas incurrir en una confusión ontológica al designar en forma errónea e interferida dos entes distintos: los derechos subjetivos reconocidos por las Constituciones y las cláusulas constitucionales. Se confunde el tipo de cláusula y su técnica de redacción con el derecho que enuncia. Las consecuencias de esta confusión son mortales y se hacen evidentes en el caso de la programaticidad, al confundirse "cláusula programática" con "derecho programático". Acto seguido, se expresa como consecuencia lógica necesaria que, una cláusula programática no puede hacerse cumplir si no se ha realizado la reglamentación posterior para que el programa de acción del Estado que establece cobre vida, lo que lleva a la no existencia de la cláusula. Según esta posición, lo programático (cláusula=derecho) se equipara con la inexistencia del derecho.

Esta actitud no se verifica sólo respecto a determinados derechos contenidos en la Constitución sino que otros incluidos en convenciones internacionales (parte integrante del

orden jurídico interno del Estado), también corren la misma suerte. En general, las convenciones internacionales de derechos humanos amplían, y en gran medida, el horizonte de derechos humanos; marcan una suerte de motor progresista en la construcción de estos derechos. En este caso, además de que el derecho no pueda realizarse, la otra consecuencia es que el Estado incurre en responsabilidad internacional porque antepones una doctrina de su derecho interno, como si fuera verdad revelada para todo el planeta, con el fin de justificar su incumplimiento.

Una Constitución o una Convención exponen los derechos que reconocen en cada ser humano. Esos derechos jamás pueden dejar de ser cumplidos o no ser procedentes por una técnica de redacción.

LA MATERIALIDAD DE LAS IDEAS

"El sentido, ¿es otra cosa que lo que nosotros individualmente o grupalmente le damos a las cosas?"

Esther Díaz

Si las invenciones jurídicas de la operatividad y programaticidad han legitimado históricamente a los denominados "derechos civiles y políticos" y "económico-sociales" respectivamente, significando aplicación directa o no de esos derechos, esta distinción no hace más que reflejar la falsa conciencia de una clase dominante que decide quiénes tienen derecho realmente al goce de determinadas instancias sociales. La teoría de la operatividad y la programaticidad expresa un deseo, el discurso de un poder (¿qué es sino el deseo lo que acontece en el discurso?). Ninguna decisión es inofensiva ni se encuentra trabada tan sólo por mecanismos puramente jurídicos; hay una materialidad deliberada detrás de ellos.

Mientras tanto, y una y otra vez, otra ficción encubre otra inversión que, por supuesto, a los ojos de todos, o casi todos, aparece como un defecto del sistema que hay que corregir. Por eso, es conveniente mantener los ojos bien abiertos al caminar por el reino del revés para no quedar atrapados en alguna de sus trampas.

ENSAYOS

**EL ENTRECRUZAMIENTO, INADECUADO,
DE LAS FUNCIONES REQUIERENTES Y DECISORIAS
DURANTE LA ETAPA INTERMEDIA.
UNA VIOLACION DEL ESTADO DE DERECHO**

FRANCISCO IGNACIO CASTEX*

"...Quisiera saber qué repartición puede ser ésta que realiza semejante despliegue sólo por mí, es decir por un asunto sin perspectivas para la repartición. Porque hay que reconocer que todo esto es un gran despliegue. Tres personas consagradas a mí, dos habitaciones ajenas desordenadas y allí, en el rincón, hay tres individuos más que observan..."

Franz KAFKA, El Proceso

A.I. PARA EMPEZAR

La etapa intermedia del proceso penal, que consiste en la revisión de la investigación y de la acusación preliminar que insta un juicio penal, es una fase procesal a la que la doctrina nacional no le ha prestado demasiada atención. Al analizar las legislaciones procesales nacionales, y en especial el código procesal penal federal, podemos observar, quizás debido a la omisión señalada, varios problemas: a) se vislumbra

* Estudiante de la carrera de Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

un escaso trato legislativo, es decir, inexistencia de regulación o normas generales poco relevantes, b) se confunden en dicha etapa las funciones requerientes y decisorias, es decir, se le otorgan funciones requerientes a los órganos jurisdiccionales; de tal modo quien posee el deber de decidir adopta además el rol de acusar. Podemos entonces advertir que la etapa intermedia no sólo está poco tratada, peor aún, está mal tratada.

Por ello es nuestra finalidad verter un poco de luz sobre la fase intermedia, una etapa sumamente relevante del proceso penal, ya que es el filtro previo al juicio: su antecedente inmediato; en este sentido se expresa Bänder, quien señala que: "... la transición de la instrucción —con sus características especiales y sus propios principios— al juicio, es quizás la parte más delicada del proceso ..."¹.

Sin embargo, la tarea que nos propusimos no nos resulta para nada sencilla, ya que el análisis del procedimiento intermedio admite la posibilidad de un amplio desarrollo tanto descriptivo como crítico. Debido a ello, nos volcaremos en principio a una búsqueda del origen histórico-político del control de la acusación posterior a la investigación y sus diversas versiones o formas de operar. Luego ensayaremos una primera definición de la actividad procesal de control, la etapa intermedia, que nos permita esclarecer cuál es su "tarea", para poder encarar de tal modo la segunda parte del trabajo. Allí, analizaremos cómo opera la actividad procesal crítica en diferentes ordenamientos legales nacionales y en el derecho comparado, abarcando los diferentes conflictos que se vislumbran, otorgándole, por supuesto, principal atención al conflicto que inspiró la redacción del presente trabajo: *el entrecruzamiento, inadecuado, de las funciones requerientes y decisorias*.

A.II. ANTECEDENTES HISTÓRICO-POLÍTICOS

La reseña que efectuaremos no persigue el análisis exhaustivo de los sistemas que, desde el griego hasta la actuali-

¹ Bänder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993, pág. 231.

dad, rigieron el procedimiento penal en los pueblos de occidente². Trata, simplemente, de identificar las formas de cómo se desarrolla la actividad revisora de la investigación preliminar en diferentes modelos; acusatorio en sus dos versiones —formal y material³— e inquisitivo reformado, pues creemos que este tipo de análisis contribuye a comprender la contingencia del derecho en relación a su dependencia de los principios políticos.

B.I. EL SISTEMA DE ACUSACIÓN POPULAR. ACUSATORIO MATERIAL.

En Grecia regía para los delitos públicos —aquellos que ofendían la paz y tranquilidad públicas— un sistema de acusación popular. Acostumbrar a los ciudadanos "a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo"⁴ sintetiza la intención del legislador griego.

Aquel que pretendiera ser tenido por acusador, debía presentar una querrela ante un *arconte*, ofrecer las pruebas y prestar juramento o caución de que continuaría el juicio hasta la sentencia —así se aseguraba su presencia hasta el final del proceso—; éste último juzgaba la relevancia de la acusación —control estatal sobre la acusación—, y en caso de que ella fuese regular y sería se designaba un Tribunal compe-

² Un desarrollo integral y completo de los aspectos históricos del procedimiento penal en Europa Continental en Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal Argentino (en adelante DPPA)*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. II, págs. 17-231. Asimismo en Vélez Maricóndé, A., *Derecho Procesal Penal*, T. I, Lerner, Córdoba, 1986, 3ª ed., págs. 25-205.

³ Un modelo procesal es acusatorio formal cuando las funciones requerientes y decisorias se hallan repartidas en órganos diferentes (v.g. ministerio público y juez de garantías o tribunal de juicio), y es acusatorio material cuando, además de tener divididas las funciones requerientes y decisorias, las primeras sólo pueden estar a cargo de un individuo particular y no de un órgano del estado. Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal (en adelante DPPA 2da.)*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición, T. I, 8.

⁴ Plutarco, *Vidas Paralelas*, Aguilar, Madrid, 1964, pág. 123, citado por Vélez Maricóndé, *op. cit.*, pág. 37.

tente⁶. Aquí no encontramos una revisión de la investigación previa al juicio, sino un control que decide sobre la conveniencia de realizar un juicio penal.

En Roma, durante el período de la República, donde el enjuiciamiento penal estaba completamente influenciado por el antiguo sistema griego, encontramos un procedimiento similar; el magistrado debía examinar los diversos requisitos de la pretensión y admitirla o rechazarla, en el primer caso delegaba la investigación al acusador por un plazo predeterminado, concluida la investigación se producía el debate⁷.

La aparición del Gran Jurado (*Grand Jury*) en Inglaterra se produjo en el año 1116, durante el reinado de Enrique II. Fue concebida inicialmente, como toda reforma procesal⁸, para servir los intereses de la corona, por oposición a los de los eclesiásticos con los que el rey se disputaba el poder. El antecedente del Gran Jurado lo encontramos en los encuestadores introducidos por los normandos, "las funciones de estos encuestadores estaban encaminadas a consolidar la autoridad del rey y más bien se parecían a un tribunal de inquisición que a un sistema de enjuiciamiento público"⁹. No debían averiguar si tal o cual persona era inocente o culpable de un delito, sino investigar sobre los delitos cometidos en el vecindario.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo el Gran Jurado comenzó a obtener una enorme independencia, volviéndose el escudo de protección de los derechos individuales contra la opresión estatal. Su función era la de dar autorización, o no, a una acusación penal contra un individuo, la cual no podía formularse sin el consentimiento de sus pares —los miembros del gran jurado eran individuos de la comunidad elegidos para el caso particular—, y permitir de esa manera, la apertura del juicio; "... las funciones del gran jurado quedaron mejor precisadas como las de un tribunal al que en

⁶ Cfr. Vélez Mariconde, *op. cit.*, pág. 28.

⁷ Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, *etc.*, pág. 62.

⁸ Sobre la vinculación entre sistemas de enjuiciamiento penal y política de Estado ver Foucault, Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 4ª ed., págs. 63-66.

⁹ Cfr. Cavallero, R. J. y Handler, E. J., *Justicia y Participación, El Juicio por Jurados en Materia Penal*, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1966, pág. 29.

la terminología del derecho procesal penal continental llamaríamos, (...) de procedimiento intermedio...⁹. Los ciudadanos elegidos debían analizar la prueba obtenida en la investigación preliminar, a fin de determinar si había razones para suponer que se había cometido un delito. Esta institución del Gran Jurado, fue introducida por los inmigrantes ingleses al sistema legal de los EE.UU., comenzando a funcionar en las primeras colonias a partir de 1635¹⁰.

B.II. EL ILUMINISMO

Tras la crisis del procedimiento inquisitivo¹¹, se consolidó un modelo de procedimiento denominado inquisitivo reformado o mixto, que debido a su identidad compuesta y/o múltiple presenta infinidad de versiones.

La primer ley penal de la revolución, sancionada por la Asamblea Constitucional el 16-29 de septiembre de 1791, evidencia la crisis del procedimiento inquisitivo francés, pues se caracteriza por la "importación" de instituciones del acusatorio anglosajón; así, se introduce un jurado de acusación¹², y otro de juicio, en otras palabras "...es el pueblo quien (ahora) da su veredicto primero para que prospere la acción; en definitiva, para condenar o absolver"¹³. La nueva ley divide el procedimiento en tres fases bien diferenciadas por los distintos tribunales que intervenían, una instrucción preparatoria que cumplía el juez de paz de la sociedad, un procedimiento intermedio ante un jurado de acusación para decidir acerca

⁹ *Ibidem*, pág. 106.

¹⁰ Cfr. Carrió, A. D., *El Ejecutorio Penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1966, págs. 46-47.

¹¹ Cfr. Váler Maricanda, *op. cit.*, págs. 131 y sigs.

¹² "... Jurado de Acusación es aquel Tribunal constituido para decidir, a la vista de las diligencias y pruebas practicadas en la instrucción de la causa, y de los indicios resultantes de las mismas, si existe base fáctica suficiente para continuar el procedimiento criminal...". Cfr. Dava Escriba, P., *El Tribunal del Jurado. Reflexiones acerca de su Desarrollo Constitucional*, Colex, Madrid, 1988, pág. 41.

¹³ Cfr. Váler Maricanda, *op. cit.*, págs. 137 y sigs.

de la apertura del juicio público¹⁴, tribunal que se formaba en la órbita de los tribunales de distrito, y un procedimiento definitivo ante un jurado de juicio¹⁵.

La ley de 1791 fue muy cuestionada: "la sociedad no se hallaba suficientemente garantida frente al delito"¹⁶, por ello, si bien se producen ciertas reformas¹⁷ con posterioridad a dicha ley, el modelo que resulta consolidado luego del período revolucionario, y que se tornaría paradigma del procedimiento penal europeo, es el Código de Instrucción Criminal sancionado en 1808, calificado como el compromiso entre la inquisición y las leyes revolucionarias, entre la ordenanza procesal de 1670 y las leyes de 1791.

El control de los resultados de la investigación preliminar en el Código Napoleónico quedó en manos de la *Cámara del Consejo*¹⁸, pues se decidió suprimir el *jurado de acusación*. Los resultados de la instrucción preparatoria eran sometidos a la *Cámara del Consejo* y allí comenzaba el procedimiento intermedio. Ella decidía la suerte de la persecución penal: clausuraba la persecución, cuando entendía que los elemen-

¹⁴ El jurado de acusación estaba compuesto por 8 jueces accidentales, procedidos durante la audiencia por un juez permanente, quien los instruye acerca de sus deberes, pero no interviene en la deliberación para decidir acerca de la apertura del juicio público o clausurar la persecución penal, el fundamento de su decisión emanaba de las actas de la instrucción y de un debate oral, a puertas cerradas, dando depositos los testigos y, eventualmente se escuchaba al ofendido y al acusador popular que habían ejercido la posibilidad de acusar. Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, cit., pág. 117.

¹⁵ Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, cit., pág. 114 y ss. Asimismo, Vélez Maricón, op. cit., pág. 139.

¹⁶ Cfr. Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, 5ª edición, La Ley, Buenos Aires, 1941, pág. 76.

¹⁷ Así, la ley del 7 de junio del año IX (26/01/1801) transforma al director del Jurado de acusación en un verdadero juez de instrucción, encargado también de la investigación necesaria, por un procedimiento escrito y secreto, para las decisiones que, durante ese período procesal, había que tomar (libertad del imputado) y de responder a las requisitorias del ministerio público. Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, cit., pág. 122. Asimismo, Jofré, Tomás, op. cit., págs. 73-76.

¹⁸ La *Cámara del Consejo* estaba integrada por el juez de instrucción que había dirigido la investigación y dos colegas, pero el voto del primero era decisivo cuando se trataba de un crimen, y era el órgano que decidía si remitía al imputado a juicio público ante la Corte de asises. Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, cit., pág. 126.

tos de prueba no fundaban una acusación, o remitía al Procurador y a la Cámara de acusación en caso contrario. El control que ejercía este órgano, señala Vélez Maricónde, "...era más 'nominal que real' (con razón fue posteriormente suprimida)¹⁹; además de que el juez de instrucción formaba parte de ella, juzgando así su propia obra, bastaba un solo voto para que la causa pasara a la Cámara de acusación"²⁰.

La Cámara de acusación, instituida en reemplazo del jurado de acusación, decidía acerca de la apertura del procedimiento principal, habilitándolo, caso en el cual el procurador general redactaba la acusación sobre la base de la decisión del tribunal, o rechazándolo, caso en el cual culminaba la persecución. Todo el procedimiento intermedio era secreto y las decisiones se fundaban en el resultado de las actas de instrucción preparatoria; el imputado no intervenía en él y el ministerio público sólo dejaba un informe por escrito antes que decidiera la Cámara de acusación²¹.

La etapa intermedia del procedimiento no tuvo un papel protagónico, puesto que a pesar de la iniciativa de otorgarle relevancia procesal y de incorporar la participación popular —jurado de acusación—, concluyó prácticamente desdibujada, sin participación popular y casi formando parte de la etapa preliminar.

C. LA ETAPA INTERMEDIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ACTUALES

Denominaremos etapa intermedia a la actividad post-investigativa donde la atención se centra en la crítica de lo producido durante la investigación penal previa al juicio y en el control de los requerimientos conclusivos sobre la instruc-

¹⁹ En 1856 la reforma suprimió la Cámara del Consejo y transfirió sus atribuciones al mismo juez de instrucción, acordando al ministerio público, a la parte civil y al imputado recursos contra las decisiones que, sobre la instrucción emite el juez. En particular el imputado pudo recurrir ahora las decisiones del juez sobre sus demandas de libertad provisional. Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, cit., pág. 134.

²⁰ Cfr. Vélez Maricónde, op. cit., pág. 143.

²¹ Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, cit., pág. 139.

ción que lleva a cabo el ministerio público (labor que constituya la razón de ser del gran jurado inglés o del jurado de acusación francés). Sostiene Clariá Olmedo²² que "... la tarea a desempeñarse durante esa etapa es de naturaleza eminentemente crítica, en oposición a la investigativa donde predomina la labor práctica". Maier entiende que el fin que persigue el procedimiento intermedio, no es sólo la crítica, sino también es el de control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del ministerio público, que hacen mérito de la etapa preliminar. Por otra parte, sigue Maier, la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones-con defectos formales (control formal) o insuficientemente fundadas (control material)²³.

En esta etapa, el titular de la acción, el fiscal, debería repensar lo investigado y preguntarse si existe o no caso criminal para llevar el proceso a juicio²⁴. En caso de que la respuesta sea afirmativa, debería presentar la acusación ante un órgano jurisdiccional que no haya intervenido en la instrucción, quien revisaría lo actuado y decidiría: si hay caso para iniciar un juicio penal o, por lo contrario, si se debe desestimar la acusación por carecer de sustento probatorio. Es importante remarcar que debe haber acusación del ministerio público para llegar a la etapa de revisión y valoración de la investigación²⁵, en caso contrario no se puede proseguir

²² Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. VI, El procedimiento penal, Ediar, Buenos Aires, 1963, pág. 109.

²³ Cfr. Maier, J. B. J., *La Ordenanza Procesal Penal Alemana* (en adelante la Ordenanza), T. I, Depalma, Buenos Aires, 1972-1982, págs. 108-109, T. II, págs. 165 y sigs.

²⁴ Se trata de analizar si existe una sospecha suficiente de que el imputado ha cometido el acto delictivo investigado, bastando para el progreso de la acción sólo la probabilidad positiva y no la certeza. Para el caso contrario, para el progreso del pedido del sobreseimiento, parece bastar la certeza negativa, la probabilidad negativa y hasta la duda. Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA*, T. Ib, pág. 239.

²⁵ En sentido contrario se pronuncia Álvarez "... El sistema elegido por nuestros códigos procesales se rige por el principio de legalidad procesal, esto es, la obligación del órgano de persecución penal de promover la acción en tanto tenga noticia de que se ha cometido un delito. Este principio recorta las facultades discretionales del ministerio público, contrariamente a lo que ocurre en otros sistemas donde la regla es la oportunidad".

con la investigación pues se produciría el avasallamiento de funciones del órgano acusador y, por ende, la violación de los principios constitucionales *ne procedat iudex ex officio nemo iudex sine actore*²⁶.

A continuación nos centraremos en el estudio de las formas de cómo se ha implementado la etapa intermedia en el Código Procesal Penal Federal (1991), y especialmente observaremos el rol del ministerio público como supuesto titular de la acción penal.

Después de ello, veremos cómo se presenta la etapa procesal en estudio en dos sistemas de enjuiciamiento penal actuales: el acusatorio formal —hemos elegido como referente simbólico al modelo estadounidense—, y el inquisitivo reformado —como significante tomaremos a la Ordenanza Procesal Penal Alemana (en adelante la O.P.P.).

C.I. EL PROCEDIMIENTO INTERMEDIO EN LOS ORDENAMIENTOS PROCESALES NACIONALES Y PROVINCIALES

Los códigos procesales penales provinciales argentinos, así como también el Código Procesal Penal Federal (1991), se encuentran sumamente influenciados, aunque tardíamente²⁷, por el Código Criminal Francés de 1808. Fue Córdoba la primera provincia en tener una legislación procesal penal (1939) apoyada en un sistema de enjuiciamiento penal mixto. Como señalamos al analizar el Código de 1808, los pares argentinos presentan el mismo inconveniente que su referente: una etapa intermedia poco protagonista, o como sostiene Maier "un procedimiento intermedio (atípico)"²⁸. Pasemos, entonces, a

Cf. Álvarez, Alejandro E. "El central jurisdiccional de los requerimientos acusatorios o conclusivos del ministerio público", AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Análisis Crítico*, edición a cargo de Maier, J. B. J., Del Puerto, 1993, pág. 166.

²⁶ Sobre el fundamento constitucional de estos principios, ver Maier, J. B. J., *La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público (en adelante "la investigación...")*, Instrucción sumaria o citación directa, Lerner, Córdoba, 1976, págs. 22 y sigs.

²⁷ Joffé, Tomás, *op. cit.*, págs. 13 y sigs.

²⁸ Maier, J. B. J., *DPPA 2da.*, *cit.*, pág. 561.

vislumbrar el rol que cumple la etapa intermedia en la legislación procesal nacional²⁹.

La etapa intermedia, o "crítica instructoria", comienza, según sostiene Claría Olmedo, una vez concluidas las investigaciones, momento en el que es necesario realizar una minuciosa crítica de la instrucción, sea para: a) poner fin al proceso; b) paralizarlo transitoriamente; c) completar diligencias probatorias omitidas; d) acusar, y por ende elevar el proceso a juicio³⁰. De los cuatro aspectos que acabamos de asignar a la tarea integrante de la crítica instructoria, dos son los importantes, definitivos, y coinciden con los fines de la investigación preliminar: i) lograr la base probatoria para formular una acusación que permita que se abra el juicio, ii) concluir la persecución penal por falta de elementos incriminantes. Los otros dos aspectos no son sino procedimientos para una mejor regulación en la obtención de estos últimos. La decisión central del procedimiento intermedio, sostiene Álvarez, siguiendo lo formulado, es "... acerca de la apertura o no del procedimiento principal, su fin es el control de los requerimientos del ministerio público y su fundamento es el de evitar juicios mal provocados³¹.

La aparición legislativa de la etapa intermedia, como lo adelantamos, se produjo con la sanción del código cordobés de 1939. Sin embargo, sostiene Maier³² que el procedimiento intermedio ha quedado trunco en dicho código; el control del pedido de sobreseimiento, continúa Maier, sigue el sistema del Código de Obarrio (1889): "el acuerdo de fiscales", se requiere al juez de instrucción, quien en caso de no compartir el requerimiento, lo eleva a consideración del superior jerárquico en la organización del ministerio público, órgano que decide la cuestión, obligando a sobreseer o a lograr la acusación según los fundamentos que él esboza (art. 364 del

²⁹ Nos ceñiremos al análisis del actual ordenamiento procesal federal, C.P.P.N., pero sin dejar de señalar similitudes y diferencias con las legislaciones provinciales y con el llamado "Código Obarrio".

³⁰ Cfr. Claría Olmedo, *op. cit.*, pág. 110.

³¹ Cfr. Álvarez, Alejandro, *op. cit.*, pág. 157.

³² Cfr. Maier, J. B. J., *DFPA 2da.*, *cit.*, pág. 420. Asimismo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, anotado por Ricardo Núñez, 2ª edición actualizada, Lerner, Córdoba, 1986, págs. 307-315.

C.P.P. de Córdoba³³; si, en cambio, el fiscal requiere la elevación a juicio —la acusación—, el control sobre las formas previstas para el acto y sobre la seriedad de sus fundamentos para provocar un juicio público es meramente facultativo para el imputado y su defensor, quienes objetándolo mediante el pedido de sobreseimiento o de una prórroga extraordinaria de la instrucción, o deduciendo excepciones no interpuestas (art. 359), provocan la intervención del juez de instrucción (art. 360), cuya resolución es apelable ante una cámara de acusación y de no objetarse la acusación, ella provoca, sin control intermedio, la apertura del procedimiento principal. De tal forma la etapa intermedia es en la práctica un fracaso³⁴, a diferencia del procedimiento intermedio establecido en la O.P.P., como veremos, que resulta mucho más participativo³⁵.

En el Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984 (en adelante C.P.P.N.), la crítica de la instrucción está a cargo del juez de instrucción, como sucedía en el código cordobés originario. Sin embargo, el código federal introdujo una variante que influye sobre la acusación y el juicio, y es materia de interminables debates. En caso de que el fiscal requiera el sobreseimiento, por ende no formule acusación, el juez de instrucción en desacuerdo con concluir allí las investigaciones, elevará las actuaciones a la Cámara de Apelaciones, organismo que decide si concluye las investigaciones, compartiendo los argumentos del fiscal, o en caso contrario, si abre a juicio; en este caso, apartará al fiscal interviniente e instruirá al fiscal que designe al fiscal de cámara o al que siga en orden de turno (art. 348 del C.P.P.N.)³⁶. Tales disposiciones, que establecen un 'control jurisdiccional' del requie-

³³ Un mayor desarrollo de las formas de proceder en los casos de que el órgano jurisdiccional no comparte el requerimiento no incriminador del ministerio público se puede encontrar en Clará Olmedo, op. cit., págs. 132-133.

³⁴ En igual sentido se expresa Gómez Colomer al referirse al proceso penal español: "...autores de gran prestigio niegan sin embargo la existencia de la fase intermedia...". Gómez Colomer, Juan Luis, "Anotaciones introductorias sobre el proceso penal español", en AA.VV., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988, págs. 253-254.

³⁵ Sobre ello, ver desarrollo en el acápite O.P.P.

³⁶ Para un análisis descriptivo de la etapa intermedia en el C.P.P.N.

rimiento conclusivo del ministerio fiscal, desplazan la solución procesal anterior que dependía de una decisión jerárquica del propio ministerio público: el denominado 'acuerdo de fiscales'.

Previo a realizar una crítica al poco acierto legislativo que tuvieron nuestros representantes al regular la etapa intermedia en el C.P.P.N., observaremos dos formas de regular esta etapa en el derecho comparado. Luego de ello, partiendo de la CN, trataremos de dilucidar quién es titular de la acción y cuál es el alcance del deber de imparcialidad de los jueces.

C.II. ACUSATORIO FORMAL. SISTEMA ESTADOUNIDENSE³⁷

A pesar de que la institución del Gran Jurado fue suprimida en Inglaterra en el año 1933 en los EE.UU. continúa vigente y es tratada como una de las garantías individuales específicamente resguardadas en la enmienda V de la Constitución de los EE.UU. El propósito del Gran Jurado³⁸, sostuvo la Corte estadounidense en el caso *Wood vs. Georgia*, 370 U.S. 375, 390 (1962), es el de colocarse entre el fiscal y el acusado a

var Abalos, R. W., *Código Procesal Penal de la Nación*, T. II, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1984, págs. 769-773. Asimismo, aunque menos elaborado, Levens (h) y otros, *Código Procesal Penal de la Nación* (ley 23.984), Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 301-309. También Darrichen, Luis, *Cómo es el Nuevo Proceso Penal*, Abelardo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1992, págs. 55 a 69.

³⁷ Nos limitaremos a trabajar sólo el sistema de enjuiciamiento penal federal de los EE.UU., pues resulta imposible, dadas las pautas de este trabajo, observar el tema en cada uno de los cincuenta estados.

³⁸ Al analizar el origen histórico político de la etapa intermedia, siguiendo a Hendler, sostuvimos que el Gran Jurado cumple dicha función en el sistema del *Common Law*. Otro instituto procesal similar es la audiencia preliminar —*preliminary hearing*—, donde el magistrado revoca los cargos presentados por el fiscal, y el acusado tiene la facultad de presentar pruebas. Luego de un proceso contradictorio el juez decide si desestima la acusación o abre el proceso a juicio. En el procedimiento federal el fiscal puede desistir de la audiencia preliminar porque existe el contralor del Gran Jurado como garantía del acusado. Por ello, nos hemos centrado en el estudio del Gran Jurado. Acerca de la audiencia preliminar ver Hendler, Edmundo S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, págs. 185-186.

fin de examinar si las acusaciones del primero están fundadas por hechos y pruebas, y no fundadas en el ejercicio de un poder intimidante "o de malicia o mala voluntad personal"³⁹.

El Gran Jurado fue y es objeto de infinidad de críticas⁴⁰, sus detractores sostienen que ha dejado de ser un bastión de la independencia para convertirse en algo así como el brazo armado del fiscal. Sin embargo, lo positivo de esta etapa es la participación de la comunidad en la decisión de someter o no a una persona a enjuiciamiento, además de efectuar un control obligatorio del requerimiento de acusación para evitar, como se dijo, acusaciones infundadas del ministerio público.

En los tribunales federales un Gran Jurado está formado por 23 miembros, pero puede operar con un quorum de 16, su intervención puede estar suscitada por el mismo tribunal, por denuncias presentadas por cualquiera de sus integrantes o por requerimiento del fiscal, en la práctica sólo interviene por esta última causa. Su función está ceñida a la aprobación de la tarea desplegada por el ministerio público, si está de acuerdo con los hallazgos de éste, entonces emite una "acusación aprobada", que es la base de la acusación en sí⁴¹. Con la autorización del Jurado de acusación el escrito acusatorio se convierte en un *indictment*, sin ella es una *information*⁴². Pero, tampoco puede un Gran Jurado por sí solo acusar. El *indictment* requiere además la firma del fiscal interviniente, y éste no puede ser forzado a rubricar una acusación de un Gran Jurado con la que no está de acuerdo⁴³. El sistema de enjuiciamiento penal federal, de ese modo, establece claramente que sólo puede haber persecución penal cuando el fiscal así lo requiere, respecto de un hecho y de una persona determinada. Aún con posterioridad a la obtención

³⁹ Hay, Peter, *Una Introducción al Derecho de los Estados Unidos*, Butter Worth, 3ª ed., Salem, 1992, pág. 196.

⁴⁰ Hendler, E., *op. cit.*, pág. 186. Asimismo, Carrá, *op. cit.*, págs. 47-49.

⁴¹ Cavallero, R. y Hendler, E., *op. cit.*, pág. 107.

⁴² *Cfr.* Hendler, Edmundo S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, págs. 186-187.

⁴³ El *leading case* al respecto es *U.S. vs. Cox* 342 F. 2d. 167 (5 circuito, 1965), en el que un fiscal federal se refused a preparar y firmar una acusación de falso testimonio contra dos militantes por los derechos civiles, a los que un Gran Jurado de Mississippi quería someter a enjuiciamiento. Citado por Carrá, *op. cit.*, pág. 49.

del *indictment* del Gran Jurado, el fiscal detenta discreción para no perseguir si no firma el documento, puesto que, como ya se dijo, su firma es un requisito ineludible para que se considere formalmente iniciada la persecución.

El procedimiento penal estadounidense, por su característica de sistema de *common law*, contiene profundas diferencias respecto del derecho continental europeo. Una de estas diferencias, y quizás la que determina en mayor medida la conformación del sistema de enjuiciamiento penal, es el rol que desempeña el fiscal como exclusivo titular de la acción penal pública.

Los fiscales federales son, en EE.UU., funcionarios del Poder Ejecutivo. Las oficinas de estos fiscales —llamadas *United States attorneys*— están organizadas de modo centralizado y jerárquico. El representante del Poder Ejecutivo, con la conformidad del Senado, designa a los fiscales —*U.S. district attorneys*— que estarán a cargo de cada una de las oficinas de los 94 distritos judiciales. Todos los fiscales federales están sujetos al control del Departamento de Justicia del Poder Ejecutivo, a cargo del representante del estado denominado *U.S. Attorney General*⁴⁴.

Los fiscales, como funcionarios encargados de la aplicación de las leyes penales, son titulares de la acción penal y la ejercen con un grado de discrecionalidad inimaginable en el marco del derecho continental. La estructura misma del procedimiento penal, al que los anglosajones denominan *adversarial system*, coloca al fiscal en una posición similar a la de una parte en nuestro procedimiento civil y, a la vez, excluye por completo a la víctima en cuanto a la decisión de perseguir o no perseguir penalmente⁴⁵.

Dada la inexistencia, en el derecho penal estadounidense, de un principio como el de legalidad procesal, previsto en el artículo 71 del C.P., es una facultad discrecional del fis-

⁴⁴ Cfr. Carré, A., *El Enjuiciamiento Penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Bs. As., 1990, págs. 53-54; Hendler, *op. cit.*, págs. 161-162; Ríos Terris, Jorge, "Procesos penales en los EE.UU.", en AA.VV. *El Ministerio Público para una nueva Justicia Criminal*, Universidad, Diego Portales, Santiago, 1994, págs. 94-95.

⁴⁵ Cfr. Bovino, A., "Ingeniería de la verdad. Procedimiento penal comparado", en revista *No Hay Derecho*, nro. 12, Del Puerto, Buenos Aires, 1990, págs. 13-17.

cal federal la decisión de perseguir penalmente. La posición de parte que ocupa el fiscal en el procedimiento genera la necesidad de un control jurisdiccional. En ese contexto, el juez desempeña, como en el proceso acusatorio material antiguo, el rol de controlar a las partes para que adecuen sus conductas a las reglas del procedimiento. Sin embargo, dicho control no permite al juez invadir el ámbito de actuación del fiscal. Puede controlarlo, pero nunca sustituirlo, pues sus funciones son diferentes.

En *Newman vs. US*, el tribunal de apelaciones del distrito de Columbia sostuvo que existen pocas decisiones menos susceptibles de revisión jurisdiccional que las decisiones discrecionales del Poder Ejecutivo referidas a si debe iniciarse la persecución penal, cuándo, por qué delitos, o si debe interrumpirse una vez iniciada⁴⁶.

Sin querer proponer al modelo estadounidense como el mejor modelo de enjuiciamiento penal, resulta interesante resaltar la importancia de los roles bien diferenciados que desempeñan en él: el juez, el fiscal, y el Jurado de Acusación o Gran Jurado. La clara diferenciación de tareas de cada uno por un lado, y su pertenencia a poderes diferentes por el otro, generan, una brecha que los distancia. Esta distancia impide que sus roles y facultades se confundan, como sucede en el procedimiento continental, y a la vez, aumenta la posibilidad de que el órgano jurisdiccional cumpla con su tarea de juzgar, de decidir, y de controlar la actuación del fiscal en el procedimiento.

C.III. LA ORDENANZA PROCESAL PENAL ALEMANA

El procedimiento intermedio, también denominado "procedimiento sobre la apertura"⁴⁷ constituye la segunda etapa del procedimiento de conocimiento establecido en la O.P.P.; su fin es el control de los requerimientos conclusivos del ministe-

⁴⁶ *Newman vs. US*, 382 F. 2d. 479, 480-482 (D. C. Cir. 1967).

⁴⁷ Cf. Belling, E., *Derecho Procesal Penal*, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1943, págs. 156-157. Citado por Álvarez, *op. cit.*, pág. 158.

rio público que hacen mérito del procedimiento preliminar. La decisión principal es aquella que ordena o rechaza la apertura del procedimiento principal; "...no todo delito, señala Hassemer, por el que ministerio público haya formulado querrela pasa a juicio oral y termina en sentencia"⁴⁸. Es en la fase intermedia donde el órgano jurisdiccional competente, tiene que decidir sobre la apertura del juicio oral. En esta etapa al tribunal competente, el mismo que interviene en el juicio pero sin escabinos, le quedan dos vías para evitar el juicio oral y paralizar el proceso antes del esclarecimiento definitivo del hecho: puede rechazar la acusación porque no encuentra indicios suficientes, o sobreseer el procedimiento por razones de oportunidad sea definitiva o provisionalmente⁴⁹.

Una de las diferencias importantes con la legislación argentina, dice Maier, "... se establece cuando el procedimiento tiene por fin el control de la viabilidad y fundamento de la acusación para abrir el juicio plenario, pues, para nosotros, ello se lleva a cabo sólo si el imputado o su defensor deciden objetar la acusación (...); de otra manera el procedimiento intermedio no se realiza, automáticamente, se remiten los autos al tribunal competente para que abra el juicio..."⁵⁰, en cambio, como lo vimos, en la OPP la fase intermedia es obligatoria (art. 198 OPP). Otra diferencia relevante es la posibilidad que tiene el imputado de incorporar pruebas que acrediten la falta de fundamentos de la acusación o, al menos, lograr una modificación de la imputación (art. 201 de la OPP).

La gran similitud que encontrábamos con el CPPN era: la posibilidad, que contemplaban ambos códigos, de abrir el juicio penal en contra del requerimiento del ministerio público (art. 208 de la OPP)⁵¹. Así, la OPP le otorgaba preeminencia al control jurisdiccional de la legalidad sobre el principio acusatorio —*se procedat iudex ex officio*—.

Sin embargo, la OPP no ha sido siempre consecuente con el principio de legalidad procesal, ya que establece una excepción al mismo en el artículo 170, el "sobreseimiento fiscal";

⁴⁸ Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 80.

⁴⁹ Maier, J. B. J., *La Ordenanza...*, cit., T. I, págs. 108-109.

⁵⁰ *Ibidem*, T. II, pág. 187.

⁵¹ *Ibidem*, T. II, pág. 179.

en caso de que el ministerio público, al término de las investigaciones, no reúna suficientes probanzas que le permitan promover la acción penal, puede resolver cerrar el procedimiento. Tal decisión sólo será recurrible por el ofendido ante el tribunal superior (arts. 171 y 172 de la OPP), el juez instructor no tiene ninguna posibilidad de controlar la decisión del fiscal, el control jurisdiccional está supeditado a la impugnación del ofendido⁵².

La concesión antes señalada fue el antecedente de la derogación del artículo 208, que le otorgaba, como se dijo, facultades referentes al tribunal intermedio.

De tal manera, ahora, el requerimiento no inculpativo del fiscal sólo puede ser recurrido por el ofendido. En síntesis, podríamos decir que el procedimiento de la OPP, en primera instancia, respeta el principio acusatorio formal, visto como sistema que protege la garantía de defensa del imputado ya que presenta una etapa intermedia obligatoria y contempla la posibilidad de que el acusado introduzca pruebas de descargo⁵³. Pero era inquisitivo al otorgarle al tribunal que cumple la tarea intermedia la posibilidad de requerir la apertura a juicio, a pesar de que el requerimiento fiscal no fuese inculpativo. Asimismo, la participación de los jueces del juicio, aunque sin los escabinos, en el procedimiento intermedio es una decisión legislativa poco feliz, ya que permite la posibilidad de un prejulgamiento.

C.IV. ACERCA DEL ENFOQUE LEGISLATIVO DEL CPPN

Al analizar la etapa intermedia en el CPPN adelantamos dos críticas: i) establece un procedimiento intermedio no obligatorio, por lo tanto diluido, ya que restringe el control jurisdiccional.

⁵² *Ibidem*, T. II, págs. 146-147. Maier, J. B. J., *La Investigación...*, cit., pág. 132.

⁵³ *Ibidem*, T. II, pág. 96: "Interesa sí destacar que la adopción del sistema acusatorio es meramente formal, para asegurar la viabilidad de la defensa del imputado". Sobre principio acusatorio como garantía de imparcialidad, ver Asencia Mellado, José, *Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*, Trivium, Madrid, 1993, pág. 19.

direccional de la acusación a la oposición del imputado o a la discrepancia entre el fiscal y el juez instructor, y ii) otorga al órgano jurisdiccional una facultad requirente en caso de no compartir el requerimiento no incriminador del ministerio público; genera, por lo tanto, un entrecruzamiento de funciones.

Respecto de la primera crítica, que ya la hemos señalado al analizar la OPP, si el fin de la etapa intermedia es realizar un control formal y material del requerimiento, atenta contra ello un sistema que no prevea un control jurisdiccional obligatorio de los requerimientos para abrir a juicio, y facultativo, supeditado a la impugnación del ofendido, de los requerimientos no incriminantes del ministerio público. Dedicadamente sostiene Álvarez "...dejar librado a la eventualidad de la oposición de la defensa el control de legalidad de la acusación, provocará la realización de juicios inútiles, que atentarán tanto contra el imputado como contra la administración de justicia..."²⁴.

Asimismo, no es posible desarrollar un control jurisdiccional eficiente de la etapa preliminar, si el encargado de realizar la crítica instructoria es el mismo juez que llevó a cabo la investigación²⁵. Así, el CPP presenta los mismos inconvenientes que los Códigos provinciales, un juez de instrucción que debe criticar su propia tarea, y posteriormente, en caso de que no haya habido oposición al requerimiento de elevación a juicio (art. 351 y cc.), será el tribunal de juicio quien deberá verificar el cumplimiento de las prescripciones de la instrucción (art. 354) creando de tal manera un alto riesgo de que se produzca un prejuzgamiento. Por ello, para garantizar la imparcialidad de la decisión, los jueces competentes para decidir en el procedimiento intermedio deberían ser distintos de aquel que controla la investigación preliminar y de aquellos otros que participan en el juicio. De esa manera se encuentra regulado el procedimiento intermedio en el Código Modelo para Iberoamérica y el Código Italiano²⁶.

Ahora bien, explicitada la primera objeción, debemos tratar el problema que genera la apertura del juicio en contra

²⁴ Cfr. Álvarez, A., *op. cit.*, pág. 161.

²⁵ *Ibidem*, pág. 158.

²⁶ *Ibidem*, pág. 159.

del requerimiento del ministerio público. Ello nos lleva a participar en uno de los debates, quizá el más conflictivo, que presenta el sistema de enjuiciamiento penal denominado mixto o inquisitivo reformado. El conflicto se origina por la dependencia del principio de legalidad procesal en la persecución penal, y por ello el juicio sin acusador o, lo que es peor, con un juzgador requirente. Tal facultad otorgada al órgano jurisdiccional no es demasiado acorde, podríamos decir nada, a los principios constitucionales que regulan el derecho procesal penal.

La CN que establece las normas fundamentales de nuestra organización política, presenta, además, una serie de principios que, interpretados conjuntamente, delimitan un modelo bastante detallado de procedimiento penal⁵⁷. La razón de este establecimiento puede buscarse en el tipo de consecuencias que la realización del derecho penal implica para quienes se ven sometidos a la persecución estatal, las que constituyen sin lugar a dudas, la injerencia más poderosa y violenta que el Estado realiza sobre los individuos que habitan en su territorio.

Por ello, se ha sostenido que el derecho procesal penal no es sino derecho constitucional reglamentado⁵⁸. El derecho procesal penal, de este modo, debe ser visto como la reglamentación del programa político criminal plasmado en la CN.

Antes de adentrarnos en los principios constitucionales referidos a la organización judicial resulta indispensable destacar el valor político e ideológico del sistema de enjuiciamiento constitucional. En este sentido, el modelo constitucional recoge el ideario iluminista que, en materia de procedimiento penal, propone un sistema de enjuiciamiento formalmente acusatorio. Señala Binder que, el único caso en que la CN regula un procedimiento determinado, el juicio político, las funciones requirentes y decisorias se encuentran claramente separadas y atribuidas a órganos diversos: las primeras corresponden a la Cámara de Diputados; las segundas, a la de Senadores⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. Bivino, Alberto, "El debate", en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, cit., Del Puerto, 1993, pág. 167.

⁵⁸ Cfr. Maier, J. B. J., *DPPA* cit., T. I, págs. 195 y sigs.

⁵⁹ Cfr. Binder, A., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 95.

Ahora, en cuanto a los principios constitucionales referidos a la organización del Poder Judicial, la CN también ha establecido un procedimiento penal de marco acusatorio. Así, las reglas de independencia judicial y la garantía de juez natural resultan instrumentales respecto de otro principio básico que debe conducir la persecución penal, que ya ha sido señalado: la imparcialidad del juzgador.

Para resguardar la imparcialidad del juzgador se vuelve imprescindible que los jueces y los integrantes del ministerio público cumplan roles diferentes en el procedimiento penal. Esta necesidad de separación de los roles encuentra fundamento en la imposibilidad de que los jueces se controlen a sí mismos.

Sectiene Maier que la "...separación de las funciones del acusador y del juez en el proceso penal es impuesta, entonces, al legislador común, por la CN al consagrar la forma acusatoria del procedimiento; el Estado está obligado a instituir al ministerio público como órgano de la acción penal y al juez como órgano de la jurisdicción"⁶⁰. Así, aceptada la persecución pública, el principio acusatorio formal procura un diseño procesal a semejanza de los sistemas acusatorios puros, especialmente al exigir un impulso o iniciativa que el tribunal debe aguardar para proceder —*ne procedat iudex ex officio*—⁶¹.

Rusconi nos brinda nuevos argumentos para justificar la necesidad de establecer una clara división de tareas requeridas y decisivas, a través de lo que denomina el "paradigma del no autocontrol"⁶². Así, esta división de roles vendría dada no sólo por las consideraciones previamente realizadas, sino, además y especialmente, porque en el marco de un estado republicano como el que organiza la CN "...es inimaginable un efectivo autocontrol del ejercicio de un poder con tanto contenido de violencia. Y sea como fuere, la mera eventualidad de que esto suceda incorrectamente es insostenible"⁶³.

⁶⁰ Cfr. Maier, *La Ordenanza...*, cit., T. II, pág. 124.

⁶¹ Cfr. Rusconi, M. A., "División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público", en AA.VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, edición a cargo de Maier, J. B. J., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1983, pág. 103.

⁶² *Ibidem*, pág. 104.

⁶³ *Ibidem*, pág. 108.

La tarea prevista por los constituyentes para los jueces es la decisión de los casos planteados ante ellos. En su función, el juez es el último guardián de las garantías en favor del individuo. No le corresponde a los jueces perseguir delitos, ya que no son ellos los titulares de la acción penal pública y si reemplazan al fiscal en su ejercicio, el rol que deben desempeñar se vuelve de imposible cumplimiento. Pretender que una persona, por el mero hecho de revestir el carácter de juez, pueda compatibilizar las responsabilidades persecutorias y decisorias respetando los derechos y los principios constitucionales, no es más que una falacia provocada por la arraigada tradición inquisitiva de nuestra comunidad jurídica. Sostiene Cevalco, en igual sentido, "...si se les reconociera [a los jueces] el poder de accionar y juzgar, aunque se dividieran las funciones de los tribunales, se violaría el principio republicano desde que sólo un órgano del Estado ejercería los dos roles, suplantando la potestad propia de los afectados en el primer aspecto y resultando institucionalmente parte interesada ajena a la objetividad del debido proceso legal adjetivo. Llevaría tal situación a una dictadura judicial, porque tendrían un poder cercano a la suma del mismo que prohíbe el artículo 29 de la CN.

"Ello es así desde que las sentencias son mandatos individuales de cumplimiento obligatorio y en tales condiciones podrían los jueces imponer su voluntad al resto de la comunidad, sin más posibilidad de oposición que la desobediencia. Justamente por ello, es que el sistema republicano repudia la forma inquisitiva de juzgamiento"⁶⁴.

D. CONCLUSIONES

Al ejercitar una primera definición de la tarea que, a nuestro entender, se debiese llevar a cabo en la etapa intermedia, remarcamos que el único medio para dejar atrás dicha etapa, y por consiguiente arribar al debate oral y público (el

⁶⁴ Cfr. Cevalco, Luis, Fiscal de Cámara ante los Tribunales Orales, Dictamen en causa nro. 442, Saldías, Hebe, TOC 1, 8 de mayo de 1995. Planteo de inconstitucionalidad del art. 348 del CPPN.

juicio penal), es la acusación formulada por quien es titular de la acción. La facultad de requerir que le ha dado el legislador al órgano jurisdiccional (art. 348), como hemos visto, no se concilia con la separación de funciones que debe tener todo procedimiento penal de acuerdo a lo establecido en la CN.

La consecuencia básica de esta separación de funciones es la imposibilidad de la apertura a juicio oral sin que medie una previa acusación, la cual deberá ser formalmente ejercitada y mantenida por aquellos sujetos facultados al efecto⁶⁵, sujetos que serán siempre distintos al Juez o Tribunal, de manera que si éste, en alguna medida por muy parcial que sea, asume papeles acusatorios, estará poniendo en peligro su imparcialidad e infringiendo los principios del sistema acusatorio adoptado por nuestra CN⁶⁶.

En sentido contrario se expresa Álvarez, sosteniendo que el sistema de acuerdo de fiscales otorga un poder absoluto sobre la persecución penal al ministerio público, incompatible con el principio de legalidad procesal, puesto que no existe posibilidad alguna de control judicial⁶⁷.

En nuestra opinión, el sistema denominado de acuerdo de fiscales, donde fiscales superiores controlan a los agentes fiscales, no se contradice con el principio de legalidad, pues el control existe. La sospecha que puede recaer, sostiene Bruzzone, en que un fiscal no cumpliera con su ministerio, por razones ajenas a motivos de hecho y prueba o a alguna interpretación dogmática, siempre existirá la posibilidad de que sea denunciado por mal desempeño de funcionario público⁶⁸.

⁶⁵ La titularidad de la acción en los delitos de acción pública fue expresamente adjudicada por la CN al ministerio público (art. 120). En igual sentido el CPPN arts. 5, 65, 180, 188, 443.

⁶⁶ El Tribunal Oral Nacional en lo Criminal nro. 2 ha declarado inconstitucional el art. 348 del CPPN, en el proceso que lleva el número de causa 488, Moreno de Vargas, 4 de octubre de 1995; el mismo TOC 2 en el proceso "Maschio", 10-11-94. Similar postura ha tomado el Tribunal Oral Nacional en lo Criminal nro. 1 en "Maldonado, Daniel Enrique s/ malidad", causa nro. 570, 8 de septiembre de 1996, y "Frutos, N. L. s/ inconstitucionalidad", causa nro. 598, 11 de septiembre de 1996.

⁶⁷ Cf. Álvarez, A., op. cit., pág. 163.

⁶⁸ Cf. Bruzzone, G. A. y otro, "El modelo acusatorio en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación", en A.A.V.V., Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 1, nros. 0, Ad-Hoc, Buenos Aires,

El desacierto legislativo consistió en elaborar un código procesal penal con principios distintos a los que manda nuestra CN⁹⁸, y sin observar los procedimientos del derecho comparado.

Un verdadero modelo acusatorio hubiera optado por la "citación directa" eliminando la figura del "juez de instrucción", y por el sistema "de acuerdo de fiscales" y no el de "control por parte de los jueces", respetando de tal manera las funciones de cada poder y evitando entrecruzamientos inconstitucionales; donde la crítica de la investigación preliminar, y el control del requerimiento acusatorio, estuviesen a cargo de un Tribunal distinto del competente para las otras dos etapas procesales, limitando la posibilidad de un prejulgamiento, y donde el imputado pudiese aportar pruebas de descargo, ejerciendo así su derecho de defensa. De tal forma se hubiesen, al menos, evitado los actuales procesos *kafkianos*.

1995, pág. 220. Asimismo, Folguero, Hernán y Corleto, Marco, "Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", en AA.VV., *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, cit., Ad-Hoc, págs. 138-139.

⁹⁸ La C.S.J.N. ha reconocido la jerarquía constitucional del principio acusatorio en, entre otras, los siguientes fallos, "Tarifeño, Francisco" (CSJN, 28-12-89, T.209, XXII s/ recurso de hecho) y "García, José Armando" (CS. 91; XXVII, recurso de hecho, 22-12-94).

LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

ALEJANDRO TORRES LÉPORI

"Una constitución no modela un solo esquema
gubernamental, sino muchos, cuya aplicación
depende del estado de las fuerzas en juego".

Maurice DUVERGER, *Jaque al rey*

I. INTRODUCCIÓN

La actualidad de las relaciones internacionales nos enfrenta, ya desde hace medio siglo, a un mundo imposible de entender en base a los parámetros realistas que los teóricos de esa disciplina habían desarrollado desde los años de Westfalia. La suerte de los Estados está, en mayor o menor medida, indisolublemente unida. Este fenómeno que se ha bautizado como interdependencia ha modificado las posiciones de los Estados hasta el punto de volverlos más vulnerables y sensibles a los cambios externos, como bien lo ilustra el pionero libro de Robert Keohane y Joseph Nye¹.

¹ Robert O. Keohane y Joseph S. Nye, *Poder e Interdependencia*, Col, Buenos Aires, 1988. El libro comienza de modo más que elocuente: "Vivimos en una era de interdependencia. Esta vaga afirmación expresa pobremente un sobrentendido que, sin embargo, corresponde a un difundido sentimiento de que la propia naturaleza de la política mundial está cam-

La mayor vulnerabilidad que entrañó el cambio de las relaciones internacionales trajo consigo la necesidad imperiosa de asegurar una norma de derecho internacional que no por consuetudinaria debía dejar de positivizarse: *pacta sunt servanda*. Esto es así porque, aun cuando la costumbre la haya elevado a un rango normativo, el norte orientador que significa la recepción de la misma en un tratado internacional refuerza la imposibilidad de que la práctica futura de los Estados se abstenga de su cumplimiento. Esta norma se vio así reflejada en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969: "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

De esta forma la observancia de los tratados por parte de los Estados que se obligan por ellos se ha convertido en una norma imperativa convencional de derecho internacional que no puede ser alterada por acuerdo en contrario; esto es *Jus cogens* (cf. art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). Y esta observancia se ha vuelto más estricta en paralelo con este proceso de interdependencia que, a partir de la desvalorización relativa de los recursos de poder militares, ha obligado a los Estados a tener en cuenta la conducta de los demás. Los Estados requieren ahora tener una mayor seguridad sobre la estrategia de los otros porque se han vuelto más vulnerables. De acuerdo con lo expuesto, la tendencia internacional se ha visto inclinada hacia la firma de tratados que permitan cierta previsibilidad sobre el comportamiento de los Estados parte. En este proceso, la cantidad y calidad de los acuerdos internacionales ha proliferado al punto de interferir en los ordenamientos internos de los Estados. Nuestra Constitución de 1853, nacida al calor de los enfrentamientos internos, no pudo prever este movimiento y le asignó un lugar específico a los tratados dentro de su pirámide jurídica. La reforma llevada a cabo en 1994 ha venido a sumarse a las constituciones más modernas en el tratamiento del tema; pero legando fórmulas oscuras y poco felices que serán objeto de discusión e interpretaciones variadas.

Hasta aquí solo se ha hablado de las relaciones inter-

biando. El poder de las naciones —aquella secular piedra basal de análisis y estadísticas— se ha tornado más elusivo: 'los cálculos de poder son más difíciles y engañosos de cuanto eran en otras épocas' (op. cit., pág. 18).

estatales. Pero este mismo análisis interdependentista ha visto surgir, como su natural consecuencia, a los organismos internacionales como sujetos de derecho internacional. Los organismos internacionales se inscriben dentro de la necesidad de contar con regímenes que aseguren la estabilidad del juego. "Al crear o aceptar procedimientos, normas o instituciones para ciertas clases de actividades, los gobiernos regulan y controlan las relaciones transnacionales e interestatales. A estos acuerdos gubernamentales los denominaremos regímenes internacionales".²

Finalmente, la experiencia de dos guerras mundiales y la tendencia moderna de las relaciones internacionales han hecho aparecer a un nuevo sujeto de derecho internacional: el individuo. El derecho internacional de los derechos humanos hace así eclosión y tendrá en lo sucesivo un desarrollo espectacular.

Ante los cambios sobrevenidos en el ámbito internacional una reforma constitucional debía incluir entre los temas de discusión al lugar y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento normativo argentino. Esta situación ha venido a cumplirse con la reforma emprendida en 1994.

II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

1. Relación entre el derecho interno y el derecho internacional

Como bien lo explica Russo³, la ciencia del Derecho presenta numerosas dicotomías entre las cuales se halla la del derecho interno versus el derecho internacional. El monismo y el dualismo son dos formas diferentes de enfrentar el tratamiento de esas dicotomías, bien postulando una ciencia jurídica unitaria o bien declarando la escindibilidad total entre los opuestos. El autor comentado sostiene que, siendo la ciencia del Derecho un objeto complejo, las disputas entre

² Keshare y Nye, *op. cit.*, pág. 18.

³ Russo, Eduardo, *Teoría General del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, págs. 288-290.

monismo y dualismo deberían dejar lugar a una interpretación pluralista del fenómeno jurídico que permita armonizar sus interconexiones sistémicas⁴.

Hecha esta aclaración conviene, sin embargo, acercar una explicación de lo que se entiende por monismo y dualismo ya que el debate teórico se ha desarrollado, a lo largo de los años, en base a estos dos modelos. El monismo puede ser definido como "un presupuesto de la unidad del derecho, (que) propone la existencia de dos subsistemas jurídicos relacionados jerárquicamente"⁵. Esta posición posee dos variantes: o bien se considera que prima el derecho interno (en cuyo caso se estaría contradiciendo la norma de derecho internacional general que asegura el principio de la continuidad de los Estados, según la cual los cambios al interior de los Estados no modifican sus obligaciones internacionales) o bien se juzga que el derecho internacional es superior (en cuyo caso se opondría a la situación histórica por la cual el derecho internacional es posterior a la organización política y normativa de los Estados). Una postura intermedia reconoce que pueden existir normas incompatibles entre los dos sistemas con la condición de asegurar la responsabilidad internacional del Estado que incurre en una violación de la normativa internacional (pero no explica por qué ese hecho no invalida a la norma de derecho interno en contravención). Desde el punto de vista de los constitucionalistas, la postura monista se define por la prevalencia del derecho internacional sobre el interno⁶.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Mancera, Virness y Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, Zavalla, pág. 53.

⁶ Así, Bilibert Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Ediar, pág. 192. En igual sentido, Ekmejdjian, Miguel Ángel, "Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apunta el proceso de integración regional latinoamericana", E.D., t. 160, págs. 246-251. Ernesto de la Guardia ("El nuevo texto constitucional y los tratados", II, E.D., t. 161, págs. 895-901) acepta la diferenciación del monismo pero advierte que la corriente que subordina el derecho internacional al interno implica la negación del primero; y dentro de la segunda vertiente asegura que aún se puede distinguir entre el monismo radical —que anula toda norma del derecho interno contraria al internacional— y el monismo moderado —que, siguiendo a Verdross reconoce la posibilidad de conflictos pero advierte que ellos tienen solución en la unidad del sistema jurídico—.

El dualismo "propone la existencia de dos órdenes jurídicos independientes (...) Por lo tanto para que una norma del derecho internacional pudiese ser invocada y aplicada en el ordenamiento interno sería necesario que mediase un acto del Estado que la transformase en derecho interno". Este acto de incorporación debe consistir en "una ley especial, no bastando la ley aprobatoria del tratado". El dualismo implica la posibilidad de que una ley interna contraria a una internacional pueda seguir subsistiendo con igual vigor y obligatoriedad.

La situación en la Constitución argentina de 1853

Basado en el artículo 27 (que impide que los tratados se hallen en contradicción con los principios de derechos públicos constitucionales) y en el artículo 31 de la Constitución argentina (que establece que "esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación"), el derecho judicial de la Corte entendió que la Argentina se enrolaba dentro de la corriente dualista según la cual leyes y tratados se encontraban en un mismo nivel jerárquico y se podía aplicar entre ellos la máxima que dice que una norma posterior deroga a la anterior, posibilitando, de este modo, que una ley posterior pudiera derogar un tratado anterior.⁷ Así, Eduardo Jiménez afirma que "hasta la reforma constitucional generada a partir del denominado 'Pacto de Olivos', nuestra Constitución Nacional respondía al modelo de texto escrito, rígido y con carácter dualista respecto a las relaciones derecho interno-derecho internacional, estableciendo la supremacía del orden federal por sobre el provincial, y luego jerarquizando internamente las relaciones entre derechos constitucionales, tratados internacionales, leyes y

⁷ Moncayo, Vinuesa, Gutiérrez Posse, *op. cit.*, págs. 54-55.

⁸ Cfr. Elmekdjian, Miguel Ángel, *op. cit.*, pág. 247. También De la Guardia, Ernesto, *op. cit.*

⁹ Cf. Sotelo, Daniel y Onatidia, José, *La Constitución de las Argentinas*, Errasar, págs. 115-6; De la Guardia, E., *op. cit.*, pág. 697; Vicuña, Daniel y Rodríguez, Jorge, "Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994", *E.D.*, t. 163, pág. 912.

decretos¹⁰. Pero esta claridad con la que aparecía nuestra orientación dualista surgía de la interpretación jurisprudencial de la Corte plasmada en los autos "Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Gobierno Nacional, Administración General de Puertos" y "Esso, S.A. c/ Gobierno Nacional". En aquella oportunidad la Corte afirmó "ni el artículo 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos —leyes y tratados— son igualmente calificados por el Congreso de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno (...); se sigue de lo dicho que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la república, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: *Leges posteriores priores contrarias abrogant*"¹¹.

Sin embargo, la doctrina no interpretó lo mismo que la jurisprudencia. Así, Bidart Campos expresó tempranamente que "cuando el artículo 31 enumera la trílogía de 'constitución - leyes del congreso - tratados', y la engloba bajo el nombre común de 'ley suprema' (para hacerla prevalecer sobre todo el derecho provincial), el orden en que menciona a cada segmento normativo no sirve, sin más, para hacer con él una gradación jerárquica. Salvo la Constitución, enunciada primero como encabezamiento indispensable (por su supremacía y su rigidez), aquella enumeración gramaticalmente escalonada no autoriza por sí sola a inferir que los tratados se ubiquen antes, después, por encima o por debajo de las leyes. Pese a quedar citados en tercer lugar, nosotros entendemos que los tratados internacionales siempre se sitúan en nuestro derecho interno por encima de las leyes (aunque por debajo de la Constitución)"¹².

¹⁰ Jiménez, Eduardo, "Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados sobre Derechos Humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos", E.D., t. 143, pág. 901.

¹¹ Sentencia del caso "Martín y Cía. Ltda. S.A. c/ Gobierno nacional, Administración Gral. de Puertos", L.L., t. 131, págs. 458-9.

¹² Cf. Bidart Campos, Germán, *op. cit.*, T. I, pág. 104.

La nueva situación luego de la reforma constitucional de 1994

Habilitados por el artículo 3º inciso I de la ley 24.309 de Declaración de la necesidad de la reforma constitucional, que les posibilitaba entender en el tema de Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales, los convencionales constituyentes modificaron la Carta Magna de modo de hacerla coincidir con los deseos del constitucionalista Bidart Campos. Pero también parecieron acordar razón a los postulados que hace siglo y medio escribiera Alberdi al respecto: "Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo. El tratado argentino con la Gran Bretaña ha impedido que Rosas hiciera de Buenos Aires otro Paraguay"¹³. De esta proposición parece inferirse el deseo alberdiano, basado sin dudas en su particular sentido europeísta, de dotar de mayor jerarquía a los tratados frente a las leyes.

Las reformas introducidas se hallan en los incisos 22 y 24 del artículo 75 sobre las atribuciones del Congreso de la Nación. Pero ellas son implícitamente modificatorias, no obstante la prohibición del artículo 7 de la ley 24.309, del artículo 31 correspondiente a la parte dogmática de la Constitución (o de la interpretación que el derecho judicial de la Corte ha hecho de él)¹⁴.

El principio fundamental introducido en el primer párrafo *in fine* del inciso 22 del artículo 75 dice así: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Por lo tanto, la anterior interpretación jurisprudencial que

¹³ Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Plus Ultra, pág. 91. Aunque, de todos modos, el artículo 15 del proyecto alberdiano de Constitución que inspiró el artículo 31 de la Constitución, omite como en esta última, toda referencia a una prelación u orden jerárquico: "Esta Constitución, sus leyes orgánicas y los tratados con las naciones extranjeras, son la ley suprema de la Confederación..."

¹⁴ No obstante que hayan podido existir incompatibilidades entre la ley 24.309 y el resultado reformador, la reforma constitucional de 1994 es totalmente válida a tenor de la representatividad política de la Convención y la correlación del proceso reformador por la Corte Suprema (cf. Jiménez, Eduardo, *op. cit.*, págs. 303-4).

ubicaba a tratados y leyes en un mismo nivel jerárquico deja de tener validez. No obstante, la Corte Suprema ya había variado su criterio al respecto con los autos "Elmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros" y "Fibraca Constructora S.C.A. v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande". Allí la Corte, amparándose en la vigencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19.985, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— que en su artículo 27 declaraba la imposibilidad de un Estado de excusarse en su derecho interno para incumplir una obligación de carácter internacional, dijo que "esta Convención (de Viena sobre el Derecho de los Tratados) ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino, (...) pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual 'no existe fundamento normativo para acordar prioridad' al tratado frente a la ley (...); la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria..."¹⁸. En "Fibraca", la Corte restablece que esta primacía se acordará "una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales" conforme al artículo 27 de la Constitución, indicando así una prelación que será confirmada por la reforma de 1994.

Así queda claro que la nueva jerarquía en el orden federal (ya, sin posibles diversas interpretaciones) queda establecida del siguiente modo: Constitución - tratados - leyes. Sin embargo, la reforma introduce una clasificación de los tratados que, aún sin ser expresa, se desprende de su articulado. Por lo tanto, también existiría una jerarquía intra-tratados.

El inciso 22 del artículo 75

El artículo 75 inciso 22 enumera una serie de tratados que gozan de "jerarquía constitucional"¹⁹. Esta nómina

¹⁸ Sentencia del caso "Elmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros", J.L.L., t. 1992-C, pág. 547.

¹⁹ Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos

podría ser engrosada en el futuro por otros tratados internacionales de Derechos Humanos que, una vez aprobados por el Congreso, consigan —en una segunda votación— dos tercios del total de miembros de cada Cámara¹⁷. La denuncia de este tipo de tratados la realizará el Poder Ejecutivo, previa aprobación de las dos terceras partes del total de miembros de cada Cámara; con lo que se incorpora un nuevo procedimiento de denuncia para este tipo de tratados "constitucionales" —antes, esta era una facultad privativa del Poder Ejecutivo—¹⁸. Así, los tratados que gozan de jerarquía internacional —que necesariamente habrán de ser de Derechos Humanos según la Constitución¹⁹—, sean enunciados explícitamente en el texto constitucional o gozando de esa preeminencia por posterior decisión del Congreso, poseen un mecanismo de denuncia agravado. Y ello se entiende en razón de las características inalienables de los derechos tutelados por esta clase de tratados²⁰.

Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁷ Bidart Campos (Tratado..., T. VI, pág. 569) y Dalitzky, Ariel ("La jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en la nueva Constitución Argentina", *J.D.* t. 163, págs. 937-990) creen que no sería necesario una segunda votación siempre que se pueda lograr el quórum requerido. Agrago que no sólo sería necesario alcanzar el quórum establecido constitucionalmente en la votación de aprobación sino que, en el caso de que se votara una sola vez, sería necesario una manifestación expresa del Congreso en el sentido de dotar a esos instrumentos de la jerarquía constitucional.

¹⁸ Si bien el procedimiento de denuncia se especifica luego de la enumeración de los tratados consignados en el inciso 22 del artículo 75, arrojado, junto con Bidart Campos (*op. cit.*, T. VI), que igual procedimiento será necesario para denunciar un tratado que, a posteriori de la reforma, obtenga la jerarquía constitucional; y ello así, por razones de lógica jurídica.

¹⁹ Bidart Campos (*op. cit.*, T. VI, pág. 572) abre la perspectiva de incluir con posibilidades de ser elevados a la jerarquía constitucional a aquellos tratados que contengan normas de derechos humanos aun cuando no fuera esa su naturaleza global. El autor, de todas maneras, establece su margen de duda.

²⁰ Una digresión merece hacerse aquí. Dalitzky (*op. cit.*) observa la mala técnica legislativa al equiparar dos declaraciones con los 9 restantes

Una doctrina mayoritaria entiende que estos tratados no están incorporados al texto constitucional²¹. Así lo expresa uno de ellos: "los instrumentos que se añaden a la Carta Suprema tienen rango constitucional, pero no son la Constitución misma"²². Ahora bien, en tanto se entienda que ellos forman parte de la Constitución se estaría admitiendo la posibilidad del cambio de estructura constitucional de nuestro país de rígida a semirrígida debido a que el Congreso tendría potestades para incorporar nuevos derechos y normas a su texto, en contravención con los procedimientos formales de reforma estipulados por el artículo 30 de la Constitución que permanece inalterado²³.

Pero si entendemos que no forman parte de la Constitución pero gozan de jerarquía constitucional, ¿cómo se suple esa aparente contradicción? Recurriendo a una figura presente en el derecho comparado: el bloque de constitucionalidad federal²⁴. Así, este bloque se definiría como: "aquel conjunto normativo, formalmente no unificado, que tiene la jerarquía constitucional dada por el Poder Constituyente o por aquel a quien éste le hubiera dado competencia para ello, y que por ende subordina la producción normativa de los órganos de la federación y de las provincias, manteniendo el principio de exclusión competencial recíproca y actuando como clave de bóveda del sistema normativo argentino"²⁵. De

tratados que enumera el artículo en revisión, debido a que declaraciones y tratados son fuentes distintas —y con distinto vigor— de obligaciones y derechos.

²¹ Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI; Ramírez Calvo, Ricardo, "La Constitución reformada y los tratados internacionales", *L.L.*, t. 1995-B, pág. 776; Hitters, Juan Carlos, Martínez, Oscar José - Tempesta, Guillermo, "Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994", *E.D.*, t. 159, págs. 1074-82.

²² Hitters, Juan Carlos, "Nada nuevo con los tratados", *Ciénta*, 24-VIII-1994.

²³ Esta posibilidad es entrevista por Sabseay y Onaindia (*op. cit.*, pág. 117); Sagüés, Néstor, "Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1039; Travieso, Juan, "La reforma constitucional argentina de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1328; Dulitzky, *op. cit.*, pág. 948.

²⁴ Sobre el Bloque de constitucionalidad federal cf. Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI, págs. 583-7; y Vicente, Daniel y Rodríguez, Jorge, *op. cit.*

²⁵ Vicente, Daniel y Rodríguez, Jorge, *op. cit.*, pág. 915.

este modo, según Vicente y Rodríguez, el bloque se halla constituido por el texto formal de la Constitución Argentina de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994 más los 11 instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados por el inciso 22 del artículo 75 más todos los demás tratados de derechos humanos que fueran aprobados por el Congreso Nacional por las dos terceras partes del total de miembros de cada cámara²⁶. Esta última clase podría subsumirse con la anterior, pues, una vez otorgada la jerarquía constitucional no habría por qué diferenciar entre los tratados expresamente detallados en la Constitución y los demás que se ubican en iguales condiciones posteriormente.

Pero sigue sin resolverse una cuestión: ¿qué significa tener jerarquía constitucional? Evidentemente, ello implica que los tratados así caracterizados tendrán junto con la Constitución formal supremacía por sobre todo otro ordenamiento federal o provincial —hallándose en este caso, pero no necesariamente, en el vértice de la pirámide jurídica—²⁷. ¿Pero se hallan al mismo nivel que la Constitución formal?

Creo que la correcta interpretación del sentido de la jerarquía constitucional surgirá de un cotejo con una fórmula del reformador muy poco feliz y cuyo sentido se presta a debate. Dice el inciso 22 del artículo 75 que los tratados internacionales de derechos humanos enunciados —entiendo que se debe incluir también a aquellos que en el futuro se agreguen por obra del Congreso nacional— “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

En este fragmento existen numerosas alocuciones que se prestan a confusión. “Condiciones de su vigencia”, “no derogan artículo de la primera parte” y la noción de complementariedad serán estudiadas a continuación de acuerdo a la doctrina.

¿Qué significa “en las condiciones de su vigencia”? Según

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Sobre la relación entre supremacía y vértice jurídico cf. Barroso, Fernando, “La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos”, *E.D.*, t. 163, págs. 923-27.

Bidart Campos²⁸ ello querría decir que esos tratados son válidos de acuerdo a las reservas y aclaraciones que la Argentina haya realizado al momento de manifestar su consentimiento en obligarse en sede internacional y a las condiciones en que esos instrumentos se hallaban vigentes al momento de la reforma constitucional —o en su caso, al momento de que le sea adjudicado el rango constitucional—.

Ahora bien, continúa el tratadista, la extinción internacional del tratado o su denuncia por parte del país lleva consigo la extinción de la normativa del instrumento pero no de los derechos tutelados por él que pasarán a considerarse dentro de los derechos implícitos consagrados por el artículo 33 de la Constitución Nacional²⁹.

La segunda cuestión implica desentrañar el alcance de la "no derogación de artículo alguno de la primera parte de la Constitución" —interpretando, con serias dudas, que la primera parte incluye a los primeros 43 artículos de la Constitución, esto es, a su parte dogmática—. Según el autor comentado, esta fórmula revela una mala técnica legislativa porque "es una pauta hermenéutica harto conocida la que enseña que en un conjunto normativo (para el caso la Constitución 'más' los once instrumentos dotados de jerarquía constitucional) que comparte un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico, todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro (...); habría una incoherencia máxima si a alguna norma de la Constitución o de los tratados y declaraciones internacionales con jerarquía constitucional, se la imaginara inaplicable, so pretexto de que contradice a otra"³⁰. Opuesto a esta interpretación se encuentra el ex convencional por la provincia de Buenos Aires, Juan Carlos Hitters, para quien la imposibilidad de derogación sugiere que "en caso de una even-

²⁸ *Op. cit.*, T. VI, págs. 557-8.

²⁹ Con esta interpretación concuerdan Traviesso, *op. cit.*; Barroso, *op. cit.* En contra, Vicente y Rodríguez, *op. cit.*, pág. 916, para quienes la vigencia "no está referida exclusivamente a las condiciones existentes al tiempo de sancionarse el artículo, sino más bien a las existentes al tiempo de su aplicación para decidir en un caso concreto".

³⁰ Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI, págs. 560-1.

tual contraposición con la Constitución, prevalecerá ésta²¹. En el medio, se hallan Vicente y Rodríguez y Barroso, para quienes la no derogación implica el sentido que le adjudica Hitters de preferencia entre normas en caso de oposición, pero sólo luego de un esfuerzo de interpretación armonioso que trate de compatibilizar las normas encontradas²².

Finalmente queda por dilucidar la "complementariedad de los derechos enunciados en la parte dogmática de la Constitución". Para Bidart Campos, el sentido de la expresión es claro: "si son complementarios, es imposible que una norma de uno de esos instrumentos quede sin valor, sin vigencia, sin aplicabilidad, o sin efecto, ya que lo que es complementario confiere 'complemento' a algo a lo cual acompaña"²³. Para Badeni, la noción de complementariedad hace referencia a que "solamente pueden enriquecer o ampliar la tipificación que la Constitución establece para los derechos y garantías. Pero jamás pueden restringir esos derechos, o enriquecerlos a costa del desmembramiento de otros derechos. De modo que el carácter complementario importa en la práctica una reglamentación de tales derechos y garantías"²⁴.

Ahora, quizás sea posible encarar un nuevo intento por desentrañar el sentido de la jerarquía constitucional de estos tratados de derechos humanos. Jiménez entiende que ello significa que esos tratados serán "una pauta de interpretación obligatoria para los Poderes Públicos"²⁵; lo que no es poco, pero tampoco nos lleva demasiado lejos: la Constitución misma es una pauta de interpretación obligatoria para los poderes constituidos. Vicente y Rodríguez han reconstruido un sistema de relaciones entre las partes componentes de este bloque de constitucionalidad federal y han arribado a la con-

²¹ Hitters, "Nada nuevo...", *Cleris*, 24-VIII-94. Badeni, Gregorio ("Soberanía y reforma constitucional", *E.D.*, t. 161, pág. 885) parece estar de acuerdo con esta visión al afirmar que "si no deroga artículo alguno de esa parte, significa que su jerarquía es inferior a la atribuida a la Constitución por su art. 31. Si un tratado no puede derogar las normas constitucionales, es evidente que está subordinado a sus disposiciones".

²² Vicente y Rodríguez, *op. cit.*; Barroso, *op. cit.*

²³ Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI, pág. 564.

²⁴ Badeni, Gregorio, *op. cit.*, pág. 886.

²⁵ Jiménez, *op. cit.*, pág. 305.

clusión de que: "las normas de la primera parte de la Constitución Nacional son jerárquicamente superiores a las de los tratados con jerarquía constitucional; las normas de los tratados con jerarquía constitucional tienen la misma o superior jerarquía que las de la segunda parte de la Constitución Nacional, pero las normas de la primera parte de la Constitución Nacional poseen la misma jerarquía que las de la segunda parte de la Constitución Nacional. En este sistema, las jerarquías no tienen carácter transitivo; pero ello no convierte al sistema en un sistema irracional"²⁶. Por debajo de este bloque se halla el resto del ordenamiento jurídico argentino. Bidart Campos se opone a esta interpretación y sugiere que la jerarquía constitucional opera como niveladora de normas por lo que, en caso de conflicto, se debe acudir al principio *pro homine*, a favor de la ideología personalista que invade nuestro texto constitucional²⁷. De igual modo se expide Dulitzky: "Para ser compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, la restricción constitucional debería decir que los tratados deben entenderse como complementarios de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución y en caso de conflictos entre unos y otros prevalecerá siempre el que otorgue mayor protección a la víctima"^{28 29}.

El inciso 2º del artículo 75

Esta norma habilita al Congreso Nacional a delegar —Bidart Campos entiende que sería mejor hablar de transferir— competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales. Esta transferencia se encuentra condicionada a que este tipo de tratados se formalicen en "condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos". Agrega además que, "las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes". Se trata

²⁶ Vicente y Rodríguez, *op. cit.*, pág. 921.

²⁷ Cf. Bidart Campos, *op. cit.*, T. VI.

²⁸ Dulitzky, *op. cit.*, pág. 953.

²⁹ Hitters, Martínez y Tempesta, *op. cit.*, pág. 1081, advierten que este criterio "no resuelve el problema en caso de un conflicto entre individuos que invocan derechos diferentes en colisión".

del derecho comunitario que, por su propia naturaleza supra-estatal, se encontrará por encima del ordenamiento normativo interno⁴⁰.

Es cierto que según Hadeni⁴¹ tal vez sea demasiado pronto para proclamar la extinción de la unidad política tal cual la conocemos representada por el Estado-nación. El Estado seguirá siendo por algún tiempo el sujeto primordial de las relaciones internacionales, pero, no debe olvidarse tampoco que las constituciones se hacen con la perspectiva de su perdurabilidad y, en este sentido, no parece desacertado que los reformadores hayan previsto el surgimiento de unidades políticas más vastas que los Estados. Este mismo inciso establece una diferenciación según estos tratados de integración se realicen con Estados latinoamericanos o no. En el primer caso, la aprobación de los instrumentos internacionales requerirá de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara. En el segundo caso se producirá un doblamiento: en primer término se declarará la conveniencia de aprobación del tratado con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara y en una segunda instancia, pasados 120 días del primer paso, se aprobará el tratado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada cámara. La denuncia de estos tratados exige la previa aprobación de la mayoría absoluta del total de miembros de cada cámara.

Es cierto que el reformador no previó la posibilidad de acordar tratados de integración que incluyan ambos tipos de Estados, como el NAFTA⁴², pero ello no quita valor al importante paso dado por la reforma. Hadeni interpreta que tal transferencia de competencias no implica peligro alguno para la supremacía constitucional debido a que "no se advierte

⁴⁰ Ramírez Calvo entiende que esta disposición puede prestarse a malas interpretaciones y se pregunta si esas normas "serán aquellas dictadas por las organizaciones supraestatales o las que dicta la autoridad nacional a los efectos de poner en ejecución el tratado respectivo?" (Ramírez Calvo, Ricardo, "La Constitución reformada y los tratados internacionales", *L.L.*, t. 1993-B, pág. 778). Es cierto que la redacción no es lo suficientemente clara.

⁴¹ *Op. cit.*

⁴² *Cf. Sebasy y Orsinda, op. cit.*, pág. 118.

una efectiva transferencia del poder soberano del Estado. Ello es así, porque la validez de los tratados de integración está subordinada, entre otros requisitos, al respeto del orden democrático impuesto por la Constitución⁴³. El autor citado además, sostiene que para este tipo de tratados sigue vigente el imperativo de la sujeción a las normas de derecho público constitucional (cf. art. 27 de la Constitución).

Críticas de técnica legislativa

Además de las mencionadas fórmulas poco claras utilizadas por el reformador, son objeto de observaciones el hecho de que se haya equiparado las declaraciones a los tratados⁴⁴, la falta de regulación de los llamados "agreements" o acuerdos simples que no requieren de la intervención del Congreso⁴⁵, la no inclusión dentro de los tratados con posibilidades de gozar de jerarquía constitucional de los tratados de derecho humanitario y del derecho internacional de los refugiados⁴⁶, el vacío existente respecto del derecho internacional consuetudinario.

Una última observación podría acercarse: la Constitución argentina ha receptado una clasificación según la cual algunos tratados prevalecerán sobre otros, pero esta diferenciación no existe en el derecho internacional, sino que todos se hallan en un mismo pie de igualdad⁴⁷.

Clasificación de los tratados en la Constitución de 1994

Seguidamente transcribiré algunas clasificaciones doctrinales de los tratados que recepta la Constitución reformada de 1994 de manera de hacer más aprehensibles sus relaciones dentro del orden jurídico argentino.

Sabsay y Onaindia proponen un orden de prelación que teniendo a la Constitución como vértice supremo continúa con:

- las declaraciones y tratados internacionales enumerados en el inciso 22 del artículo 75

⁴³ Badeni, *op. cit.*, pág. 886.

⁴⁴ Cf. Dulitzky, *op. cit.*

⁴⁵ Cf. Travieso, *op. cit.*

⁴⁶ Cf. Dulitzky, *op. cit.*

⁴⁷ Cf. Ramírez Calvo, *op. cit.*, pág. 780.

- los tratados de derechos humanos no enumerados en esa disposición pero posibles de adquirir, en el futuro, jerarquía constitucional
- el resto de tratados y concordatos con la Santa Sede
- normas dictadas como consecuencia de un tratado de integración⁴⁸

Sagüés, sin constituir un orden de prelación, diferencia entre:

- tratados y concordatos ordinarios
- tratados y declaraciones con jerarquía constitucional enumerados en el inciso 22 del artículo 75
- demás tratados y convenciones de derechos humanos posibles de adquirir jerarquía constitucional
- tratados de integración latinoamericana
- tratados de integración con otros países
- convenios internacionales celebrados por las provincias según el artículo 124 de la Constitución⁴⁹.

Las listas me merecen dos comentarios. En primer lugar, no encuentro motivo para diferenciar entre los tratados enumerados explícitamente por el artículo 75 inciso 22 que tienen rango constitucional y los que posteriormente adquirirán esta jerarquía. Estos últimos deberían equipararse a los tratados ordinarios hasta tanto el Poder Legislativo no eleve su jerarquía al nivel constitucional. Y una vez que este paso se hubiere realizado, no habría por qué diferenciar entre aquellos convenios internacionales a los que el texto constitucional les concedió la jerarquía suprema y aquellos que la han obtenido posteriormente como consecuencia de una decisión del Poder Legislativo en cumplimiento de una opción constitucional. En segundo término, encuentro reparos a denominar tratados internacionales a los convenios celebrados por las provincias. Entiendo, junto con De la Guardia⁵⁰, que es, al menos, discutible la consideración de las provincias como sujetos plenos de la comunidad internacional. No obstante

⁴⁸ Sabany y Ossandía, *op. cit.*, pág. 129.

⁴⁹ Sagüés, *op. cit.*, pág. 1037.

⁵⁰ De la Guardia, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", E.D., t. 150, pág. 1089.

ello, no es posible negar la nueva competencia constitucional que poseen al respecto. Mientras en el pasado les estaba vedado la celebración de tratados políticos (cf. anterior art. 108), ahora el nuevo artículo 124 les posibilita "celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional".

CONCLUSIONES

Fraguada al amparo de las luchas de poder presentes en todo proceso constituyente, la reforma de 1994 ha introducido, en materia de los tratados, una nueva relación normativa coincidente con el cambio del derecho judicial de la Corte desde 1992 y con el movimiento latinoamericano en aquel sentido.

La reforma constitucional argentina de 1994 insertó a la Argentina en un movimiento más innovador y progresista respecto del tratamiento de los tratados dentro del ordenamiento interno y de la jerarquización constitucional de aquellos que se refieran a los derechos humanos. Sigue, en esta línea, a las constituciones más avanzadas de Perú de 1978, Nicaragua de 1987 (que es la única junto con la argentina que posee una enumeración de los instrumentos de derechos humanos que jerarquiza con rango constitucional) y la de Guatemala de 1985. También deben mencionarse respecto de la especial tutela deparada a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales a las Constituciones de Chile de 1989, de Brasil de 1988 y de Colombia de 1991.

La reforma ha incorporado un giro monista si se entiende por ello a la prevalencia del derecho internacional por sobre el derecho interno; ahora algunos tratados internacionales sobre derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad federal que configura el vértice de la pirámide jurídica argentina. Pero enseguida debe matizarse esta afirmación al apreciar que el resto del derecho internacional se encuentra inmediatamente por debajo de la Constitución —aunque por encima de las leyes, hecho éste que importa una declaración de superioridad que no existía antes de la reforma—.

Pero incluso todo el andamiaje de fórmulas que siguen a aquellos instrumentos declarados con jerarquía constitucional podría significar la posibilidad de poner reparos de derecho público constitucional para excusarse de su cumplimiento. En la inteligencia de que ninguna aserción podrá ser duradera en tanto no se produzca el natural proceso evolutivo que enfrentará a la Constitución material con la Constitución formal es que considero que la práctica política y jurídica futura será la que podrá acercar una respuesta más confiable al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, 3ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1994.
- Bedeni, Gregorio, "Soberanía y reforma constitucional", *E.D.*, t. 161, pág. 879.
- Barroso, Fernando, "La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos", *E.D.*, t. 163, pág. 922.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1992.
— *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, Ediar, Buenos Aires, 1993.
- "Los tratados internacionales de derechos humanos en la reforma constitucional", *E.D.*, t. 158, pág. 1046.
- Bruzón, Juan Carlos, "La primacía del tratado sobre la ley", *E.D.*, t. 160, pág. 249.
- De la Guardia, Ernesto, "El nuevo texto constitucional y los tratados", *E.D.*, t. 159, pág. 1089.
— "El nuevo texto constitucional y los tratados (II)", *E.D.*, t. 161, pág. 895.
- Dulitzky, Ariel, "La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución argentina", *E.D.*, t. 163, pág. 936.
- Esmeldjian, Miguel Ángel, "Un fallo de la Corte Suprema de Justicia que apunta al proceso de integración regional latinoamericana", *E.D.*, t. 160, pág. 246.
- Hitters, Juan Carlos, "Nada nuevo con los tratados", *Clarín*, 24-VIII-1994.
- Hitters, Juan Carlos - Martínez, Oscar José, Tempesta, Guillermo, "Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994", *E.D.*, t. 158, pág. 1074.

- Jiménez, Eduardo Pablo, "Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994: los tratados sobre derechos humanos como pauta interpretativa obligatoria dirigida a los poderes públicos", *E.D.*, t. 163, pág. 900.
- Kachana, Robert O. y Nya, Joseph S., *Poder e Interdependencia*, Cel, Buenos Aires, 1988.
- Lerente, Javier Armando, *Comentario a la Reforma de 1994. Constitución de la Nación Argentina*, GOWA, Buenos Aires, 1994.
- Mancayo - Viruosa - Gutiérrez Passa, *Derecho Internacional Público*, T. I, Zavalta, Buenos Aires, 1994.
- Pardo, Alberto Juan, "Inteligencia e interpretación de una disposición de un tratado. Régimen internacional de la forma", *E.D.*, 9TV/1996.
- Ramayo, Raúl Alberto, "Nueva doctrina de la CSJN, y sus potenciales consecuencias institucionales en el ámbito de las jurisdicciones internacional, nacional y provincial", *E.D.*, 9TV/1996.
- Ramírez Calvo, Ricardo, "La Constitución reformada y los Tratados internacionales", *L.L.*, t. 1996-B, pág. 773.
- Ruza, Eduardo Ángel, *Teoría General del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Sabagy, Daniel A. y Onaindia, José M., *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1994.
- Sagüés, Néstor Pedro, "Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1936.
- Traverso, Juan Antonio, "La reforma constitucional argentina de 1994", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1318.
- Vicente, Daniel Eduardo y Rodríguez, Jorge L., "Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994", *E.D.*, t. 163, pág. 911.

MISCELÁNEA

LA VERDAD

LUIS FERNANDO VERÍSSIMO*

Una doncella estaba un día sentada a la vera de un arroyo, dejando el agua del arroyo pasar por entre sus dedos muy blancos, cuando sintió que su anillo de diamantes era llevado por las aguas. Temiendo el castigo de su padre, la doncella contó en su casa que había sido asaltada por un hombre en el bosque y que él le había arrancado de su dedo el anillo de diamantes y la había dejado desfalleciente sobre un cantero de margaritas. El padre y los hermanos de la doncella fueron en busca del asaltante y encontraron un hombre durmiendo en el bosque, y lo mataron, pero no encontraron el anillo de diamantes. Y la doncella dice:

— Ahora me acuerdo. No era un hombre, eran dos.

Y el padre y los hermanos de la doncella salieron en busca del segundo hombre, y lo encontraron, y lo mataron, pero él tampoco tenía el anillo. Y la doncella dice:

— ¡Entonces lo tiene el tercero!

* Veríssimo, Luís Fernando: "A mulher do Silvo", L. & PM Editores Ltda., Porto Alegre, 1964, págs. 62-63. Traducción del portugués por Fermín Pedro Ubereño.

El traductor admira este cuento, porque cada vez que lo lee le impulsan nuevas reflexiones sobre una gran variedad de temas vinculados con el Derecho.

Pues se había acordado de que había un tercer asaltante. Y el padre y los hermanos de la doncella salieron a la caza del tercer asaltante, y lo encontraron en el bosque. Pero no lo mataron, pues estaban hartos de sangre. Y llevaron al hombre para la aldea, y lo revisaron, y encontraron en su bolsillo el anillo de diamantes de la doncella, para espanto de ella.

— Fue él el que asaltó a la doncella, y arrancó de su dedo el anillo, y la dejó desfalleciente —gritaron los aldeanos—. ¡Mátenlo!

— ¡Esperen! —gritó el hombre, en el momento en que pasaban la cuerda por su cuello para ahorcarlo—. Yo no robé el anillo. ¡Fue ella quien me lo dio!

Y apuntó a la doncella, ante el escándalo de todos.

El hombre contó que estaba sentado a la vera del arroyo, pescando, cuando se le aproximó la doncella y le pidió un beso. El le dio el beso. Después la doncella se había sacado la ropa y le había pedido que él la poseyese, pues quería saber lo que era el amor. Pero como era un hombre honrado, él se había resistido, y había dicho que la doncella debía tener paciencia, pues conocería el amor del marido en su lecho nupcial. Entonces la doncella le había ofrecido el anillo diciendo: "Ya que mis encantos no le seducen, este anillo comprará su amor". Y él había sucumbido, pues era pobre, y la necesidad es el verdugo de la honra.

Todos se volvieron contra la doncella y gritaron: "¡Ramera! ¡Impura! ¡Demonio!" y exigieron su sacrificio. Y el propio padre de la doncella pasó la cuerda de la horca por su cuello.

Antes de morir, la doncella le dice al pescador:

— Su mentira era mayor que la mía. Ellos mataron por mi mentira y van a matar por la suya. ¿Dónde está, al final, la verdad?

El pescador se encoge de hombros y le dice:

— La verdad es que yo hallé el anillo en la barriga de un pez. ¿Pero quién creería en eso? La gente quiere violencia y sexo, no historias de pescador.

NOVEDADES ARELEDO-PERROT

- ALTERINI, Adolfo Aníbal.** *La Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad Civil*. Las víctimas pueden cobrar rápida y efectivamente la indemnización que les corresponde. El libro señala cómo hacerlo, y presenta los criterios más modernos para renovar la jurisprudencia en el Derecho de Daños, 1 tomo, 144 páginas.
- ANAYA, J. - BUSTAMANTE ALSINA, J. - CABREIRO, J. J. - CASAS DE CHAMORRO VANASCO, M. L. - CASSAGNE, J. C. - CUETO RÚA, J. C. - KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - MARTÍNEZ RUIZ, R. - MORELLO, A. M. - RAY, J. D. - RIBULLÓN, A. N. - SALERNO, M. U. - TRIGO REPRESAS, F. - VÁZQUEZ MIALARD, A. - VIDELA ESCALADA, F.**, *Comentarios: Monografía a Mario Areledo Rissotto*, 1 tomo, 328 páginas.
- ANUARIO DE DERECHO** - Nro. 3, Universidad Austral. Sección I. Fundamento del Derecho y derechos humanos. - Sección II. Derecho privado. - Sección III. Derecho público. - Sección IV. Notas bibliográficas, 1 tomo, 280 páginas.
- ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL** Nro. 15, Asociación Argentina de Derecho Comparado. La naturaleza de la función judicial: Lacau - Cuello Rúa - Bifford - Cragoga - Aidar. Artículos varios: Pucciarelli - Reale - Losano - de Miranda Burity - Saldanha - Petroló Perná - García Leal - Cárona - Lacau, 1 tomo, 260 páginas.
- ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL** - Nro. 16, Asociación Argentina de Derecho Comparado. Sección Teoría General. *Balace de la Teoría Pura del Derecho*: Lacau - Guibourg - Cragoga - López - Vornango - Quiroga Lavit - Gutiérrez Pose - Walter - Losano - Mantilla - Pineda. Artículos varios: Brau Teintra - Michel - Borella de Rojas Paz - Lacau, 1 tomo, 304 páginas.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa**, *La Adopción*. Prólogo de Guillermo A. Borda, 1 tomo, 336 páginas.
- BOLLINI SHAW, Carlos** - **BONHO VILLEGAS, Eduardo J.**, *Manual para Operaciones Bancarias y Financieras*, 1 tomo, 608 páginas, cuarta edición actualizada.
- BONFANTI, Mario Alberto** - **GARRIGONE, José Alberto**, *Comentarios y Quiérens*, 1 tomo, 696 páginas, quinta edición actualizada. Con CD-ROM.
- BUCOMPADRE, Jorge Eduardo** (director), *Derecho Penal - Derecho Procesal Penal. Monografía a Carlos Alberto Comares Gómez*. I. Derecho Penal (Parte General) y Criminología. II. Derecho Penal (Parte Especial). III. Derecho Procesal Penal, 1 tomo, 320 páginas.
- CANARES, Tomás D.**, *La Justicia y el Derecho*, 1 tomo, 280 páginas, octava edición actualizada, reimpresión.
- CHARRY, Héctor P. O.**, *Análisis Jurídico. Aproximaciones sobre una técnica de control válida y eficiente*, 1 tomo, 112 páginas.
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**. Con las notas y bibliografía consultada por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield. Edición conforme a las modificaciones introducidas por las leyes 13.711, 17.540, 23.264, 23.515, 23.928, 24.432, 24.441 y 24.779 e índice alfabético, bajo la supervisión del doctor Roberto E. Areco, 1 tomo, 1248 páginas, trigésima sexta edición.
- CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**. Leyes complementarias, notas e índice alfabético. Bajo la supervisión del doctor Fernando A. Legón, 1 tomo, 806 páginas, decimoséptima edición.
- CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA**. Edición conforme al texto ordenado por el decreto 3992 y su Fe de Erratas, con sus posteriores modificaciones.

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

- bajo la supervisión del doctor Mario I. Chichizola. Apéndice con leyes complementarias, 1 tomo, 312 páginas, trigésima edición.
- CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.** Ley 17454 (texto ordenado por decreto 1042/81). Leyes complementarias, acordadas y resoluciones. Supervisión de Miguel Danielian y Claudio Ramos Feijón, 1 tomo, 584 páginas, vigésima tercera edición.
- CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL Y LEYES PROCESALES EN LO LABORAL Y EN LO RURAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.** Ley 17454. Versión directa del Boletín Oficial, legislación complementaria e índices bajo la supervisión de Miguel Danielian y Claudio Ramos Feijón, 1 tomo, 664 páginas, octava edición.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN.** Edición actualizada con las modificaciones introducidas por las leyes 24.121, 24.131, 24.390, 24.410 y 24.417 con su respectivo Exposición de Motivos y los antecedentes legislativos referentes a su tratamiento en el H. Congreso de la Nación e índice alfabético, bajo la supervisión del doctor Mario I. Chichizola, 1 tomo, 320 páginas, quinta edición.
- CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA.** Texto ordenado de la Constitución de 1986. Índice analítico bajo la supervisión de Juan Agustín Pérez Abina. Nómina de las Convenciones Constituyentes. Introducción de Juan Agustín Pérez Abina y Enrique Caprini, 1 tomo, 120 páginas.
- CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.** Texto sancionado por la Convención Constituyente. Disposiciones de la Constitución Nacional. Ley 24.598. Garantías de los intereses del Estado Nacional. Ley 24.620. Convocatoria a elecciones. Introducción de Miguel M. Padilla, 1 tomo, 248 páginas.
- CONTE,** Horacio Guillermo, *Derecho Financiero.* Prólogo de Héctor Massatta, 1 tomo, 592 páginas.
- CUETO RÚA,** Julio César, *El "Common Law".* Su estructura normativa - Su evolución. De particular interés a quienes utilizan la jurisprudencia como una fuente del Derecho. Nómima criterios de análisis muy útiles en la práctica profesional, 1 tomo, 352 páginas.
- DE DIEGO,** Julián Arturo, *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* 1 tomo, 690 páginas.
- DUPUIS,** Juan Carlos G., *Mediación y Conciliación.* Mediación patrimonial y familiar. Conciliación laboral. 1 tomo, 490 páginas.
- ETALA,** María Cristina, *Casos Laborales en el Mercado.* 1 tomo, 146 páginas.
- FALÚN,** Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado - Concordado - Comentado. Actualización temática.* Tomo V. Jurisdicción y competencia Consejo de la Magistratura. Colegiación. Honorarios. Cruzes de los papeles. Legitimación y medidas cautelares. Recursos. Inapelabilidad por el monto. Recurso extraordinario. Sentencia y modos anormales de terminar los procesos. Negociación, conciliación y mediación. La ley de mediación obligatoria. Proceso y sucesos. Tasa de justicia y demandas por daños y perjuicios. Amparo y habeas data. Pruebas de la prueba. Informática. Documento electrónico. Fax. Procesos de familia. La nueva audiencia preliminar. Conciliación. Factura conformada. Cuenta corriente bancaria. Tarjeta de crédito. Ejecución

NOVEDADES ABELEDO-PERROT

- hipotecaria. Desalojo, arbitraje, sucesorio, 1 tomo, 464 páginas, segunda edición corregida, ampliada y actualizada.
- FALCÓN, Enrique M., *Medición Obligatoria en la Ley 24.371*, 1 tomo, 216 páginas.
- FALCÓN, Enrique M. - TRIONFETTI, Victor, *Constitución Laboral. Ley de conciliación laboral de instancia obligatoria concertada*, 1 tomo, 112 páginas.
- FARINA, Juan M., *Justicia: Ficción y Realidad*, 1 tomo, 132 páginas.
- FERRER, Francisco A. M., *Daños Resarcibles en el Divorcio*, 1 tomo, 136 páginas.
- GARRIDO CÓRDOBERA, Lidia María R., *Leasing. Colección: Reformas al Código Civil*. Directores: Atilio A. Abonin y Roberto M. López Cabana, Nº 12, 1 tomo, 288 páginas.
- GARRONE, José Alberto - CASTRO SAMMARTINO, Mario E., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentarios y jurisprudencia. Obligaciones negociables. Nominatividad de valores privados*, 1 tomo, 368 páginas. Con CD-ROM.
- HOMENAJE A ATEILIO ANÍBAL ALTERINI, *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio*. Teoría general del Derecho de Daños. Responsabilidades especiales. Derecho privado y procesal: perspectiva y prospectiva, 1 tomo, 1112 páginas.
- KRAUSE, Martín - MOLTENI, Margarita (coordinadores) - FREY, B. S. - KENDALL, F. - MOLTENI, M. - MARAVÍ SUMAR, M. - KRAUSE, M. - GUZMÁN ASTETE, E. - VILLAGRÁN, P. - DE AMPUERO, D. - CAGNONI, J. A. - SALINAS, A., *Desarrollo Diverso*, 1 tomo, 224 páginas.
- LEDESMA, Guillermo, *Divorcio Cultural*, Multilingüe, 1 tomo, 600 páginas.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa - FERRER, Francisco A. M., *Suicidios*. Colección: Reformas al Código Civil. Directores: Atilio A. Abonin y Roberto M. López Cabana Nº 17, 1 tomo, 368 páginas.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica. Tendencias y Perspectiva. Daño a la persona. Daño genérico. Responsabilidad de la empresa. Daño ambiental. Daño informático. Responsabilidad por productos elaborados*. Prólogo de Atilio Aníbal Alterini, 1 tomo, 352 páginas, segunda edición actualizada.
- MORELLO, Augusto M., *Admisibilidad del Recurso Extraordinario*. El "comienzo" según la Corte Suprema, 1 tomo, 208 páginas.
- NUTA, Ana Raquel - ROTONDIARO, Domingo N. - ABELLA, Adriana N. - NAVAS, Raúl F., *Derecho Hipotecario*, 1 tomo, 302 páginas, segunda edición.
- PALACIO, Lino Enrique, *El Recurso Extraordinario Federal*. Teoría y Técnica, 1 tomo, 392 páginas, segunda edición actualizada.
- PRADEL, Juan José, *Manual de Instituciones de Derecho Público*. Constitucional y administrativa, 1 tomo, 304 páginas.
- RAY, José B., *Derecho de la Navegación*. Tomo III. Comercio Exterior - Los riesgos y el seguro, 1 tomo, 512 páginas.
- ROCA, Eduardo A., *Sociedad Extranjera no Inscripta*, 1 tomo, 102 páginas.
- STIGLITZ, Nahán S., *Derecho de Seguros*, 2 tomos, 1256 páginas.
- VILLADA, Jorge Luis, *Manual de Derecho Contractual*. Doctrina, Legislación comparada, Procedimiento. Prólogo de Víctor R. Marín, 1 tomo, 144 páginas.
- ZUCCHERINO, Daniel R. - MITELMAN, Carlos O., *Matriz y Parasitismo en el GFTT*. Régimen legal, 1 tomo, 272 páginas.

