



Td 2

DONACION

12/09/2006

IDEAS Y DERECHO

Anuario de la
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

2001
Año I - Número 1



Hoy el mundo vive renovados conflictos: los que específicamente afectaron a nuestra comunidad iusfilosófica se han aquietado para volver poco a poco al cauce intelectual del que nunca debieron salir. Y, aunque no faltan quienes aún alimentan los agravios pretéritos, se ha instalado un nuevo clima en el que es posible debatir las ideas en un marco civilizado. De este clima da fe la actividad de la Asociación, que periódicamente convoca a representantes de todas las tendencias filosóficas para escuchar y debatir sus ideas.

No se trata, por cierto, de que nos hayamos puesto de acuerdo. El pensamiento es tensión constante y en la paz completa sólo puede encontrar el aniquilamiento. Pero esa tensión, expresada en los límites del debate académico, contribuye a la comprensión mutua entre aquellos mismos que siguen líneas diferentes y permite a cada uno perfeccionar sus propias ideas en lugar de dispararlas en una espiral incontrolada; ponerse en el lugar del otro para criticarle (o acaso tomar de él) algún enfoque específico y, punto éste de realismo insoslayable, discutir con el adversario de carne y hueso en vez de lanzar diatribas contra una caricatura que atribuya al otro rasgos diabólicos, intenciones aviesas o cierto grado de pura y simple estulticia.

Esa persistente tarea de fomentar el debate en un marco de pluralismo y de respeto mutuo ha sido siempre la misión de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Su presidente fundador, el profesor Smith, la llevó a cabo en los tiempos más difíciles. Hoy ella sigue convocando a todos los cultores de la filosofía del derecho y de las disciplinas afines para que el contacto mantenido y acrecentado en condiciones tan duras siga rindiendo su fruto, que no es otro que facilitar el diálogo en la diversidad, la convivencia en el desacuerdo y la construcción de un pensamiento más lealmente intersubjetivo mediante el aporte de cada uno, propuesto en libertad y confianza.

Quieran todos aquellos que ejercen el pensamiento hacer de este Anuario un instrumento periódico de su noble actividad.

Buenos Aires, octubre de 2001.

RICARDO A. GUIBOURG
Presidente A. A. F. D.

HACER DERECHO, CONOCER DERECHO

por ROBERTO J. VERNENGO¹

Se atribuye a personajes prestigiosos la tarea de hacer derecho, de inventar y establecer el derecho de algún grupo humano. Entre ellos, se destacan, tradicionalmente, los dioses o algún dios local interesante; los padres de la patria o, luego, un soberano que tiende a disolverse para convertirse, a la postre, en el pueblo soberano. Para contrarrestar ese descenso en el prestigio social de las figuras constituyentes del derecho de una sociedad o país, comienzan a destacarse figuras algo más abstractas: el legislador racional que sabe de qué se trata cuando hace derecho; luego, éste queda reducido a una mera voluntad del legislador que puede inclusive ser una voluntad arbitraria. O, convertirse en la voluntad o en el espíritu del pueblo, entidades de difícil trato y difícil acceso. Luego, ya en siglos recientes, se acepta que el derecho lo hacen personajes menos resonantes: legisladores de carne y hueso, que lejos de ser divinos o racionales, son políticos, una profesión que desde Grecia hasta la fecha tiende desprestigiarse. Y hasta se propugna que hacemos derecho todos, todos los simples seres humanos en sus tratos cotidianos. Los dioses y los legisladores racionales, por definición, no sólo hacen el derecho que quieren, sino que saben lo que hacen: hacen derecho conociéndolo, actividades que los humanos distinguimos pero que, en esas altas esferas, suelen confundirse. De todos modos, el derecho, inclusive algún derecho que se considere natural, tiene que ser confeccionado, pues la naturaleza invocada es el resultado de alguna acción creadora, generalmente atribuida a alguna

¹ Universidad de Buenos Aires.

divinidad. Los procesos que hoy entendemos como enteramente naturales, desde el Big Bang (que escribo con mayúsculas pues parece que fue muy importante), hasta la evolución y las combinaciones infinitas de los genes, no son tenidos como productores de derecho. Nos interesa indagar, pues, un poco sobre qué requisitos es menester satisfacer para poder hacer derecho.

Pero, ante todo: ¿es necesario, acaso, que toda sociedad tenga un derecho, su derecho propio o un derecho compartido con otras? En concreto, los antropólogos y los sociólogos no dan respuesta satisfactoria al respecto, pues la respuesta que intenten dependerá enteramente de qué entiendan por derecho ellos, los científicos sociales, al margen de la concepción que sobre materia tan discutible puedan tener las sociedades interrogadas. De alguna manera, para saber cómo se hace derecho, cómo se conoce el derecho y para aceptar que quepa encontrar algo así como derecho, tenemos que adoptar la posición prescindente del observador externo. Para los miembros de una sociedad estas preguntas son o vanas, para todos aquellos que nunca han tenido noticia de una cosa tan extraña como el derecho, así como tampoco las han tenido, por ejemplo, de los quarks; o son francamente tendenciosas o comprometedoras: cómo preguntar por el derecho a quien pasa su vida rebelándose contra la fuerza de un Estado que considera tiránico o lamentándose de que la sociedad en que vive le imponga reglas que contrarían sus preferencias más profundas. Pero hay más: es claro que es una contingencia histórica que ciertas sociedades cuenten con derecho, en el sentido de que en sus lenguajes reconozcan y designen este abstracto objeto. Cabe sostener, recordando tesis caras a los neokantianos, que mal puede afirmarse nada de objetivo sobre un cierto derecho mientras no se haya desarrollado un conocimiento científico—con todo el relativismo que hoy adjudicamos a semejante conocimiento—sobre el tema. Y, por cierto, la mayor parte de las culturas conocidas, históricas y aún actuales se han abstenido de desarrollar tal especialidad. Claro está que no hay necesidad alguna de creer que algo así como el derecho existe, sea entre nosotros o en general. Sobre todo si “existir” quiere decir, con alguna presunción ontológica, corriente para los lenguajes naturales que practicamos, que hay un objeto que “es” atemporalmente: ayer, hoy, mañana, *in æternum*, habría algo

que es el ser derecho, el Ser del derecho, mientras los módicos derechos positivos que manejamos se reducen a ser derecho sin pretensión de único y de mayúsculas. Pero si hay derecho, porque podemos formular algunos enunciados verdaderos sobre el derecho en que nos toca vivir, cabe preguntarse cómo el conocimiento del derecho hace frente a una serie de dificultades epistemológicas que se filtran tan pronto echamos mano de algunas nociones corrientes para pensar cosas jurídicas.

La libertad negativa es asunto fácil de encarar cuando queremos hacer derecho: basta no hacer nada, como si nuestra libertad, por muy negativa que se la considere, fuera el legado de la desidia legislativa de las generaciones pasadas. A veces, sin embargo, esa libertad se nos ha incrementado con las ínfulas derogatorias de algún legislador iconoclasta. El problema reside en que, cuando queremos regular la conducta de los otros, para incitarlos a estimular sus libertades positivas mediante el ejercicio de las obligaciones de hacer y de omitir que consideramos interesante imponerles porque se ajustan a nuestras preferencias, tenemos problemas, pues mis específicas preferencias no coinciden íntegramente con las preferencias, conocidas o no, de otros. Claro que ante la acción que sea, en la situación que sea, siempre cabe, desde nuestro particularísimo punto de vista, una alternativa exhaustiva: inducirla o reducirla, declararla obligatoria o declararla prohibida. Pero cabe también, como se apuntó, que nos abstengamos de regularla. Por lo tanto, las opciones alternativas que se ofrecen a nuestras preferencias aparecen sólo cuando se ha resuelto intervenir en la motivación de la conducta ajena. Esta decisión primaria determina, desde el punto de vista del decisor (vale decir: del legislador), el ámbito de la libertad política de cada cual: sacar dinero, de cualquier origen, a una plaza extranjera podía bien ser una acción en la que no reparábamos y, por tanto, que considerábamos jurídicamente indiferente, ajena al terreno de la acción política del Estado. Pero las cosas cambian: hoy aquella acción ayer indiferente es tema de la preocupación reguladora del Estado, que dice hacerse cargo de la preocupación social por el lavado de dinero, por la extracción de divisas, por la evasión de capitales, etcétera, acciones todas que, en eras más ingenuas, no preocupaban mayormente a los estadistas, ni a los políticos y administradores. Poco dicen al respecto, para los creyentes, normas de ins-

piración divina, pues la circulación de capitales es asunto que no pareciera ocupar demasiado la mente de quienes regirían el universo desde un más allá sin problemas económicos.

Pero esa decisión primaria —cuál es el ámbito y la extensión de la libertad de los ciudadanos, vistos, si se quiere, como libertades negativas inferibles de la inexistencia de normas reguladoras que prohíban o prescriban las acciones en cuestión— es, sin embargo, el rasgo primario de todo contrato social. Qué acciones de los otros aceptamos y decidimos dejar más allá de nuestras propias decisiones, para que esos otros dispongan libremente de ellas, es establecer los ámbitos esenciales de todo contrato social, de las reglas que aceptamos para convivir. Quizás no renunciemos a formular críticas o juicios morales sobre aquellas acciones que, con todo, consideramos ajenas a nuestras preferencias reguladoras. Pero, tan pronto ese campo dejado al arbitrio individual comienza a ser restringido, aparecen regulaciones limitativas de las facultades de los órganos comunitarios: los derechos individuales son “reconocidos” como entidades jurídicas particulares, pero cuyo ejercicio queda en manos de los interesados; sólo los órganos comunitarios o estatales deben garantizarlos, tanto impidiendo que sean desconocidos por terceros, como absteniéndose de intervenir en esa esfera reservada a los ciudadanos como personas particulares. Pero es difícil establecer las fronteras entre un territorio o coto (como alguien lo llamó) donde somos libres y donde el Estado no ingresa, cuando en el territorio así delimitado topamos con acciones en que tanto los órganos del Estado como los restantes ciudadanos se consideran autorizados a intervenir, efectiva o simbólicamente, invocando algún otro código normativo no estrictamente jurídico, como las morales o las religiones que cada cual prefiere. La guerra actualmente en curso, donde terroristas y represores del terrorismo llevan a cabo actos de pura barbarie, como me parece, invocando recomendaciones divinas o la necesidad de extirpar entidades abstractas, como el mal con mayúscula o ciertos demonios, pone de relieve que los límites en que podemos hacer derecho, crear normas que obliguen y prohíban, quedan por el momento sin una definición precisa.

Ahora bien, en términos de las lógicas canónicas normativas, la caracterización de una acción como facultativa —es decir, como no

obligatoria y no prohibida— suscita dificultades para su aplicación al discurso jurídico-político corriente. Suena raro que un órgano legislador resuelva declarar, de pronto y sin razón, libre o facultativa una acción cualquiera; más bien, no atiende a ella por considerarla socialmente irrelevante y políticamente indiferente. Pero puede que le interese intervenir, en cuanto para que la acción pase a ser libre debe derogar normas existentes. A veces, la libertad reinante con respecto de ciertas acciones se convierte en sospechosa: hace más de un siglo, algunos pensaban que imponer la obligación de vacunarse frente a ciertas epidemias significaba una intervención injustificada del Estado. Otros pensaban, y muchos siguen pensando, que imponer a los ciudadanos del Estado la obligación de votar en elecciones políticas, cuando se reitera que se trata de un acto expresivo directamente de la libre voluntad de los ciudadanos en un régimen democrático, es inconsistente con la democracia que se proclama. La cuestión reaparece cuando debemos pensar en acciones que consideramos facultades de un órgano, pero que deseamos regular en forma limitada: la competencia judicial o contractual, las autorizaciones administrativas, etcétera. La teoría del derecho, ya en Kelsen pero también en la literatura más reciente², ha tenido problemas con un operador normativo, el utilizado para los actos facultativos o libres, que no puede establecerse como primitivo, pero cuya definición a partir de los tradicionales, la obligación y la prohibición, lleva a paradojas semejantes a las que tuvo que enfrentar Lukaszewicz frente a la noción de contingencia, que ciertamente formaba y forma parte del repertorio conceptual de los científicos de la naturaleza, pero que, desde Aristóteles, introduce paradojas en el desarrollo sistemático de una teoría. De ahí las propuestas de modificar las lógicas invocadas, en el caso del lógico polaco y, desde entonces, en muchos otros pensadores³.

² Cf., entre otros, las sutiles elucubraciones al respecto de R. A. Guibourg, en *Pensar en las normas* (Eudeba, Buenos Aires, 1999, ps. 141 y ss.), que los administrativistas, supongo, recorrerán con alguna sorpresa.

³ Cf., por ejemplo, para mencionar un autor no tachado de formalista, a J. Elster y su viejo libro sobre *Logic and society: contradictions and possible worlds* (J. Wiley, Londres, 1978, Cap. 4), donde se echa mano de lógicas plurivalentes y de la noción de mundos posibles, para denunciar las paradojas que un tratamiento tradicional conjuntista de estos problemas suscita.

Pero el mero hecho de recurrir a la noción de norma⁴ para empezar a pensar qué puede ser derecho y cómo se lo hace —pues hacer derecho, para esta concepción, es, en definitiva, hacer normas, promulgar normas, introducir y eliminar normas de un conjunto que, globalmente, denominaríamos derecho— nos lleva a ciertos problemas en que la lógica y sus variados avatares tienen la voz principal. La cuestión se hace más ardua aún cuando se nos dice que no cabe partir de un concepto, el de norma, tan problemático cuando nos movemos en el terreno de un lenguaje natural, sino del concepto, mucho más alejado de los usos de los lenguajes corrientes, de un orden jurídico. El derecho no puede, por cierto, identificarse con norma alguna, entre otras cosas porque son discutibles los criterios de identificación de una norma, sino que derecho —como el derecho argentino que nos preocupa, que nos interesa examinar, explicar, discutir— debiera pensarse como un conjunto normativo cuya composición puede parecerse arbitraria o de límites imprecisos: ¿las normas derogadas, las normas caídas en desuso, son aún hoy integrantes del orden jurídico que nos interesa identificar?; ¿las normas aparentemente contradictorias con otras normas aceptadas del conjunto forman parte del mismo orden que consideramos derecho argentino?; ¿esas normas que a veces tomamos en cuenta y otras desdénamos, como las de los tratados de integración o las de declaraciones internacionales, generalmente incompatibles con normas internas reconocidas, son también derecho argentino?

A los juristas se nos llena la boca con la referencia a la unidad de un orden jurídico, invocación que nos permite hablar tranquilamente de este o aquel derecho (el derecho argentino, entre ellos), pero lo cierto es que, a nivel de la literatura jurídica corriente, la identificación

⁴ Cf., para referirse a un autor prestigioso y reconocido, N. Bobbio, *Teoría general del derecho*, en sus múltiples ediciones: “el enfoque que aquí se sigue para el estudio del derecho es el normativo. Con esto entiendo que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas, o reglas de conducta. Partimos, por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa” (cito la traducción de E. Roza). Estas declaraciones son comunes a la mayor parte de las teorías del derecho de inspiración continental europea, derivada de la dogmática jurídica del siglo XIX. No valen generalmente para la jurisprudencia anglosajona, donde la noción de norma es oscura.

precisa de tal supuesto orden unitario es por demás esquemática: siempre podemos reducir o extender el dominio de lo que consideramos derecho argentino. Y ello sucede porque los juristas, por lo común, aceptan inclusive en sus conceptos definitorios del campo normativo que pretenden estudiar, nociones ambiguas, cuando no contradictorias: los derechos humanos, solemnemente proclamados y luego minuciosamente divididos en categorías entre sí no compatibles (¿qué hay de común entre los derechos de tercera generación y los derechos más simples consagrados desde la Revolución francesa?), ¿dónde los situamos?: ¿son derechos subjetivos promulgados por contingentes legisladores políticos; son derechos provenientes de instancias no humanas; son derechos jurídicos no promulgados por legislador humano alguno, pero que se nos imponen de alguna manera a partir de unos borrosos derechos morales, anteriores y fundantes de los derechos jurídicos?

La teoría del derecho ha inventado una serie de triquiñuelas destinadas a superar, entre tanto, estas dificultades: reglas o metarreglas de reconocimiento, normas fundantes no positivas, protolegisladores o protojueces míticos, como un *Urrichter* divino. El hecho es que, tanto entre juristas como entre juristas y meros ciudadanos, cabe que no haya acuerdo sobre cuál sea el derecho al que debemos atenernos, salvo que se decida respetar la autoridad de facto que parezca conveniente y resignarse al derecho del más fuerte. Pero estos fundamentos últimos son criterios fácticos contingentes: a partir de ellos, podemos, sí, hacer historia social y, con algún afán explicativo quizás, sociología. Pero aun si aceptamos, en principio, la existencia de un derecho que, sin mayor precisión respetamos y reconocemos, como el indefinido derecho argentino que permanentemente criticamos pero que no nos decidimos a cambiar (quizás porque no sabemos cómo se hace derecho), nuestro grado de aceptación suele ser limitado: admitimos que debemos obedecer al derecho argentino *grosso modo*, pero nos resistimos a acatar tal o cual ley, o normas que infringen nuestros intereses o que contrarían nuestras preferencias. Pareciera que los ciudadanos y los juristas respetuosos del derecho dispusieran de una gama de sistemas jurídicos normativos alternativos que, en cada situación que se nos presenta, podemos invocar al albur. El discurso político que nos abruma coti-

dianamente, agregado al discurso generalmente incoherente de los medios, suele ser especialmente revelador de esos consensos incompletos en que nos movemos: simultáneamente, se reclama el respeto al derecho *tout court* y al estado de derecho donde el derecho reinaría, mientras verbalmente nos rebelamos contra partes de ese prestigioso derecho invocado. En un sistema político más o menos normal, ello no pasa de ser más que el juego cotidiano de la democracia, donde los conflictos son considerados elementos aceptados de la vida social. Pero cuando la democracia, como sistema de creación de derecho, no se encuentra suficientemente consensuada, ¿cómo entender a quien, en un acto reglado como es una elección interna de cualquier tipo, proclama que su actuación, de ser electo, va a consistir en cuestionar la validez de todo el orden normativo dentro del cual actúa? No podemos sustentar de consuno el ser guardianes del orden y destructores del orden establecido, por lo menos, mientras creamos que lo que decimos es algo más que meras palabras y que lo que hacemos es asunto que no se queda en meras palabras.

De ahí que hacer derecho, conociendo de antemano el derecho existente, o conocer derecho, cuando el derecho que reconocemos es un terreno resbaladizo, parezcan tareas heroicas, mucho más interesantes y quizás más importantes para pensar con rigor que las labores rutinarias de algún Hércules judicial propuesto por escritores de moda. Éstas no son más que algunas notas dispersas para una charla sobre cómo hacer derecho, tarea que a los juristas y a los teóricos del derecho interesa en algún grado.

POR UN DERECHO TORCIDO

por PAULA VITURRO

Si se violenta el conocimiento tal como está dado y respetado, si se genera temor y desequilibrio en la confianza de lo concentrado, no es para provocar. Es por repulsa a la anestesia y a la inexorable carrera descendente hacia el coma teórico.

ENRIQUE MARI, *El banquete de Platón, el eros, el vino, los discursos*

En los modernos departamentos de estudios culturales de las lejanas universidades norteamericanas —en los que ser moderno en realidad pasaría, entre otras cosas, por ser posmoderno y/o posestructuralista¹— los ánimos están alterados.

¹ Entrar en la discusión acerca de cómo son entendidos estos conceptos en el ámbito académico norteamericano a raíz de la amplia acogida que recibieron los trabajos de Michel Foucault y Jacques Derrida excedería ampliamente las dimensiones del presente artículo, por ello remito al lector a ciertos trabajos que pueden resultarle útiles a tal fin. En principio no se puede obviar la obra de Frederic Jameson, en especial *El postmodernismo o la lógica del capitalismo avanzado*, Paidós, Barcelona, 1991 (e. o. 1984), ya que para muchos de estos autores constituye un punto de partida (véase por ejemplo Donna J. Haraway, *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1995). Un claro relato de la forma en que se introdujeron las ideas posmodernistas y posestructuralistas en el campo de las ciencias sociales en general y en el ámbito de la historia en particular es el que realizan Joyce Appleby, Lyn Hunt y Margret Jacob, en el Cap. 6 de *La verdad sobre la historia*, Andrés Bello, Barcelona, 1998, ps. 188-225. Una crítica de la forma en que suelen ser confundidos el posmodernismo y el posestructuralismo y otras corrientes del pensamiento francés se encuentra en Judith Butler, *Fundamentos contingentes: el feminismo y la cuestión del "posmodernismo"*, Centro de Documentación sobre la Mujer, Buenos Aires, 2000.

