

Filosofía del Derecho

AÑO 1 NÚMERO 1

Cuestiones conceptuales,
metodológicas y normativas

Discusiones, notas y reseñas

Directores: Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 1

Filosofía del Derecho

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA
JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-8058

Revista Filosofía del Derecho

Año I - N° 1 - Mayo 2012

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta

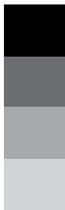
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Filosofía del Derecho y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.



Alicia E. C. Ruiz - Hugo R. Zuleta

Directores

Diego J. Duquelsky Gómez - Cecilia M. Sgrazutti

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Manuel Atienza Rodríguez

Juan Carlos Bayón Mohino

Andrés Bouzat

Eugenio Bulygin

Carlos Cárcova

Raffaele De Giorgi

Jorge Douglas Price

Roberto Follari

David Makinson

Jorge Luis Rodríguez

Gabriela Scataglini

Lenio Streck

Gloria Trocello

Ramón Yanzi Ferreira

Ediciones Infojus: “La verdad de las premisas y la validez de los razonamientos”

Es un orgullo presentar la puesta en marcha de Ediciones Infojus, un proyecto editorial que se cristaliza inicialmente a través de la publicación de cinco revistas jurídicas, producidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Este conjunto de publicaciones está destinado a ampliar el horizonte del debate jurídico, con el propósito de gestar desde el ámbito público un espacio que exprese la discusión doctrinaria y, en definitiva, la difusión de las ideas de nuestra generación del bicentenario.

Un Estado inteligente es aquel que es capaz de entender la realidad social, política y económica y que, a su vez, tiene la capacidad de resolver los problemas con habilidad o destreza a partir de su experiencia histórica. La inteligencia en este caso reside en hacer que la dinamización de las mecánicas institucionales y la cooperación de los distintos sectores que lo componen respondan a las necesidades del pueblo.

De tal forma este Estado inteligente profundiza la distribución del conocimiento de manera activa y, fundamentalmente, borra la frontera histórica, tan bien caracterizada por Foucault⁽¹⁾, entre saber y poder; entre “lo técnico” y “lo político”; esto es, discute la verdad o falsedad de las premisas y expresa la validez o invalidez de los razonamientos.

La Argentina del siglo XXI, se encuentra consolidando un proceso histórico, que no sólo vitaliza la discusión pública en torno a cuestiones fundamentales sino que a la vez vuelve posible el acceso igualitario a la expresión doctrinaria contribuyendo a democratizar la justicia e igualar derechos; objetivo que cumple el lanzamiento de esta editorial.

.....
(1) FOUCAULT M., *La verdad y las formas jurídicas*, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1978; Trad. de: Enrique Lynch, Barcelona, Editorial Gedisa, 1996

Es a través de Infojus que esta acción puede verse concretada, y las Ediciones que aquí se presentan reflejan la continuación y profundización de un proyecto desarrollado para que el estudio, investigación, análisis y difusión del Derecho se constituyan en un bien de todos los habitantes de la Nación, fortaleciendo la verdadera institucionalidad.

Las revistas fueron elaboradas por personalidades relevantes de la comunidad jurídica que, desde un pensamiento joven, han sumado excelentes contribuciones sobre aspectos actuales y controvertidos. Este esfuerzo, realizado por los directores y secretarios de redacción, con el apoyo y el trabajo constante de diversas áreas del Ministerio, como la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico Legal, la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa y el Departamento de Comunicaciones y Prensa, permitió la concreción de este proyecto.

Enmarcada en las políticas de inclusión y acceso a la información, las cinco publicaciones iniciales de Ediciones Infojus —Filosofía del Derecho, Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Penal y Derecho del Trabajo—, se constituyen como una propuesta plural, con criterio federal, destinadas a posibilitar la difusión de un derecho que responda a las necesidades de nuestro pueblo.

Julián Álvarez

Editorial

El primer número de una revista es un acontecimiento cargado de expectativas. Mucho más si se trata de una revista dedicada a la Filosofía del Derecho.

Quienes fuimos convocados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina estuvimos de acuerdo desde el inicio, en la importancia de provocar la participación de todos los que tuvieran interés y ganas de intervenir en un debate plural y abierto y democrático, donde las jerarquías académicas o de cualquier otro tipo y las distancias generacionales lejos de ser un obstáculo, contribuyeran a ampliar el espacio de la discusión.

Creemos que las páginas que siguen muestran que no nos equivocamos. Falta mucho todavía, pero estamos satisfechos de haber llegado hasta aquí.

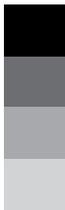
La íntima vinculación entre el poder, la política, la historia y el derecho resignifican “los” topos de la filosofía jurídica, obligan a ahondar en la historia de cada uno de ellos, y a incorporar nuevas cuestiones a las que nos enfrenta la complejidad del mundo en que vivimos.

El discurso del derecho, del que la filosofía forma parte, da legitimidad a relaciones y actores sociales, constituye subjetividades, crea sentidos y así interviene performativamente en la construcción del orden social y en la disputa por la hegemonía.

“Hacer filosofía jurídica” no es por tanto una actividad neutral, ni sus efectos afectan únicamente a los especialistas. Por el contrario, es un compromiso para juristas y teóricos que asumen las dimensiones del saber del que son depositarios.

Este es el mayor desafío que nos espera.

Alicia E. C. Ruiz



Con la Revista de Filosofía del Derecho, cuya publicación comienza, aspiramos a llegar no solamente a los especialistas sino a todos los operadores jurídicos, tales como abogados, juristas, jueces y funcionarios.

Tenemos la convicción de que la resolución de muchos problemas jurídicos concretos requiere una base teórica firme; que es indispensable que quienes administran justicia y quienes abogan ante los tribunales o elaboran aportes doctrinarios tengan conciencia de los supuestos teóricos que sustentan las posiciones que defienden y de las dificultades que aparecen al tratar de explicitarlos coherentemente.

Por eso resulta muy grato que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación haya considerado que la publicación de una revista que encara el estudio filosófico del derecho resulta un aporte importante a la cultura jurídica, junto con aquellas que tratan sobre las distintas disciplinas en que se divide la dogmática.

Los once artículos que integran la primera parte representan distintas concepciones de la actividad filosófica. Algunos abordan cuestiones metodológicas, como el análisis de la incidencia que tiene la adopción de distintos modelos de coherencia en la resolución de casos concretos (Alonso) o la relación entre derecho y literatura (Roggero) y entre derecho y poder (Wolfzun). Otros abordan la clarificación de conceptos tales como el de completitud del derecho (Díaz Bardelli), progresismo y conservadurismo (Iosa) o utopía (Guibourg). En otros artículos sus autores adoptan posición frente a temas candentes, como el aborto (Cartabia), la igualdad (Cárcova), el tratamiento de la sexualidad en el discurso jurídico (Litardo) y la extranjería (Gorali). El ensayo de Corti, por su parte, cuestiona en profundidad los métodos de la Teoría General del Derecho, en especial aquellos que se han desarrollado dentro de la tradición analítica.

La segunda parte incluye la reseña de un libro de reciente publicación (Calzetta) y dos trabajos en los que se analizan, desde un punto de vista

filosófico, fallos judiciales relativos a la distribución de recursos en salud (Arias Amicone) y a derechos reproductivos (Deza).

Confiamos en que el material ofrecido sirva como disparador de críticas y debates, para que continuemos enriqueciéndonos a través del intercambio racional de ideas.

Hugo R. Zuleta

Índice general

Sección I P. I

Cuestiones conceptuales, metodológicas y normativas

Modelos jurídicos de coherencia, por JUAN P. ALONSO P. 3

La igualdad como condición de posibilidad de la democracia y la equidad social,
por CARLOS M. CÁRCOVA..... P. 37

Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción, por SABRINA A.
CARTABIA..... P. 45

El conocimiento jurídico positivo: más allá del moralismo epistemológico, por
HORACIO CORTI P. 65

Compleitud del derecho: ¿propiedad necesaria o exigencia?, por JULIÁN DÍAZ
BARDELLI..... P. 97

Hospitalidad y hostilidad: apuntes para pensar el poder, por MARINA GORALI P. 109

Posibilidad y utopía, por RICARDO A. GUIBOURG..... P. 119

Progresismo y conservadurismo. Un principio de análisis, por JUAN F. IOSA P. 135

Escupamos sobre Júpiter, por EMILIANO LITARDO..... P. 147

Derecho c/ Literatura, por JORGE ROGGERO P. 173

La presencia de lo excluído: Algunos insumos luhmannianos para la crítica jurídica,
por NORA WOLFZUN P. 195

Sección II

P. 209

Discusiones, notas y reseña

Las Teorías de la Justicia, la distribución de recursos en salud y la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, por MARCOS ARIAS AMICONE P. 211

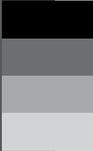
En torno a “Reflections on the Concept of Law”, por ALEJANDRO D. CALZETTA P. 239

Derecho al plan de vida: Lo dicho y lo callado, por SOLEDAD DEZA 253

Fuentes Citadas

P. 269

.....
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en:
www.infojus.gov.ar



Sección I

Cuestiones conceptuales,
metodológicas y normativas

Modelos jurídicos de coherencia

por **JUAN P. ALONSO**⁽¹⁾

Resumen

La coherencia jurídica ha sido definida por MacCormick como una relación entre principios y reglas según la cual un conjunto (reducido) de principios permite “explicar” o “dotar de sentido” a un conjunto (mas vasto) de reglas jurídicas. En este trabajo se pretende delinear una clasificación de los diferentes modelos jurídicos de coherencia. Como punto de partida se utiliza la distinción de Schauer entre el modelo decisorio conversacional (según el cual las reglas son maleables en función de su interacción con sus razones subyacentes) y el modelo de la rigidez (según el cual las reglas son razones excluyentes y perentorias para la acción), analizando las diferentes consecuencias de estos modelos cuando se enfrentan a dos problemas paradigmáticos de seguimiento de reglas: la sobreinclusión (el caso individual está incluido en la generalización de la regla pero no debería estarlo en función de sus razones subyacentes) y la infrainclusión (el caso individual no está incluido en la generalización de la regla pero debería estarlo en función de sus razones subyacentes). Luego se traza un paralelismo entre la sobreinclusión y las lagunas axiológicas y entre la infrainclusión y las lagunas normativas. Por último, se proponen tres modelos jurídicos diferentes, analizando sus particulares reacciones frente a los problemas de lagunas axiológicas (sobreinclusiones) y lagunas normativas (infrainclusiones): el modelo de la “no-coherencia”, cuyos exponentes son el positivismo según Dworkin, Alf Ross y Alchourrón y Bulygin; el modelo de la integridad, cuyo exponente es Dworkin; y el modelo moderado de la coherencia, cuyo exponente es MacCormick. Durante la exposición de esos tres modelos se analizan las tesis de Atienza y Ruiz Manero, Bayón

(1) Abogado (Universidad de Buenos Aires), Doctor en Filosofía del Derecho (Universidad Pompeu Fabra).

y Moreso con relación a la “derrotabilidad” de las normas en función de principios en el caso de las lagunas axiológicas; y con relación al rol de los principios para la resolución de lagunas normativas.

I | Introducción⁽²⁾

MacCormick⁽³⁾ ha distinguido entre consistencia (“consistency”) y coherencia (“coherence”). La primera se presenta cuando las normas de un conjunto no son contradictorias en razón de que todas ellas pueden ser cumplidas a la vez; la segunda “es la propiedad de un conjunto de proposiciones las cuales, tomadas en conjunto, ‘tienen sentido’ en su totalidad”⁽⁴⁾.

En términos similares, Kress señala que una idea o una teoría es coherente “si todas sus partes encajan juntas, si sus partes se soportan mutuamente, si es inteligible, si fluye desde -o expresa- un punto de vista único y unificado”⁽⁵⁾.

Jurídicamente, la coherencia es un territorio difuso, donde se desarrollan teorías afines que tienen entre sí un parecido de familia.

El presente trabajo tiene por objeto proponer una clasificación de las diferentes teorías sobre la coherencia del derecho. Ello requiere detectar los fenómenos que suelen ser analizados desde perspectivas coherentistas, y el modo en que son enfrentados por las diferentes teorías.

Según MacCormick, un sistema normativo es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o valores que resulten acepta-

(2) Una versión preliminar de este trabajo fue publicada en *Racionalidad y Derecho*. Alfonso García Figueroa (coordinador). Centro de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid, 2006.

(3) MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press. Oxford, 1978.

(4) MacCormick, Neil: “Coherence in Legal Justification”. En *Theory of Legal Science* (A. Peczenik, ed.). Reidel Publishing, Dordrecht, 1984, pp. 231/251. Como se advierte la noción de “consistencia” de MacCormick es equivalente a la noción de “coherencia” de *Normative Systems* (Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1971). En este trabajo utilizaremos la terminología de MacCormick.

(5) Kress, Ken: “Coherence”. En *A Companion to Philosophy of law and Legal Theory*, 533/552. Blackwell Publishers. U.K., 1996, p. 534.

bles, en el sentido de que configuren -tomados conjuntamente- una forma de vida satisfactoria⁽⁶⁾.

La coherencia es “algo más” que la mera ausencia de contradicciones; la coherencia supone la “evaluación” de las reglas, sea a la luz de sus razones subyacentes, sea a la luz de los principios superiores del sistema jurídico. Dentro de la “coherencia jurídica” se suelen incluir cuestiones referidas a funciones explicativas (un conjunto de normas es coherente a la luz del principio α , pero incoherente a la luz del principio β , por ejemplo), otras referidas al diagnóstico de casos fáciles o difíciles⁽⁷⁾, y otras referidas al rol de la coherencia como método para solucionar casos difíciles, como las lagunas normativas.

Habida cuenta estas cuestiones, las tesis jurídicas coherentistas suelen predicar alguna peculiar relación entre principios y reglas. Por ello, la presente propuesta de clasificación de los diversos modelos jurídicos de coherencia deberá tener en cuenta las diferentes posiciones sobre las relaciones entre principios y reglas⁽⁸⁾.

(6) “Coherence in Legal Justification”, op. cit., p. 238.

(7) “Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate”. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1996, p. 22. (la negrilla es original).

(8) No me parece oportuno detenerme en la problemática sobre la diferenciación entre principios y reglas. En general, se considera que las reglas son enunciados relativamente específicos acerca del status deóntico de ciertas conductas en determinados casos y que los principios son enunciados más generales y abarcativos que aquéllas. En mi tesis doctoral (Alonso, Juan Pablo: *Casos difíciles y coherencia del derecho*. Barcelona, 2004, pp. 229/ss.) efectué un análisis detallado sobre las diferentes posturas, distinguiendo entre la tesis de la diferenciación fuerte (los principios y las reglas son fenómenos cualitativamente distintos, con estructuras lógicas, funciones y objetivos diversos), y la tesis de la diferenciación débil (la diferencia es relacional y gradual). La tesis de la diferenciación fuerte ha sido articulada por Dworkin: mientras las reglas se aplican “todo o nada”, los principios se aplican por su “peso o importancia”. Asimismo, los principios no pertenecen al derecho por su linaje, origen o pedigree, sino que son identificados mediante una interpretación constructiva del derecho en la que son considerados parte integrante de aquel conjunto de principios que mejor cristalice y reproduzca la historia institucional del derecho establecido en un sistema jurídico determinado. Importantes autores han criticado esta tesis fuerte (Hart, Bayón, Moreso, Prieto, Comanducci, por ejemplo), sosteniendo que si los principios pueden excepcionar a las reglas entonces éstas no se aplican “todo o nada”; asimismo, se afirma que no existen diferencias en cuanto al modo en que puede determinarse la pertenencia al derecho de un principio o una regla. Sobre el punto puede consultarse Dworkin, Ronald 1977, *Taking Rights Seriously* (Editorial Ariel, Barcelona, 1984, traducción al castellano de Marta Guastavino); Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan *Las piezas del derecho*, op. cit.; Bayón, Juan Carlos *La Normativi-*

2 | Dos modelos decisorios básicos

En *Playing by the Rules*⁽⁹⁾, Schauer ha analizado el modo en que pueden evaluarse las reglas generales en función de sus justificaciones subyacentes, advirtiendo que no siempre existe coincidencia entre ambos, pudiéndose presentar “experiencias recalcitrantes”, las cuales pueden ser enfrentadas desde dos modelos diferentes: el conversacional o el de la rigidez (o “del atrincheramiento”).

En el modelo conversacional, la aparición de una experiencia recalcitrante constituirá una ocasión para revisar la generalización de la regla, sea modificándola (generando una nueva generalización más estrecha), sea creando una excepción.

En el modelo de la rigidez, la aparición de una experiencia recalcitrante no conduce a una modificación o a una excepción, sino que se resuelve en favor de la consecuencia normativa contenida en la generalización, aunque esta consecuencia sea la menos apropiada para el caso analizado.

Para ilustrar cómo funcionan ambos modelos, Schauer utiliza como ejemplo la norma “no se admiten perros” colocada en la puerta de un restaurante, siendo la justificación subyacente de la misma la generalización probabilística de que muchos perros tienen mala conducta, creando por ello disturbios que molestan a los restantes clientes del restaurante⁽¹⁰⁾. La extensión literal de dicha regla veda el ingreso a todos los perros, incluyendo a los lazarillos, a los perros de policía en busca de drogas ilegales y a los perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra.

Según el autor, la generalización probabilística que justifica la regla es sobreinclusiva respecto de los lazarillos, los cuales están entrenados para ser educados, quizás mucho más que muchos niños y que ciertos adultos.

dad del derecho (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991); y Moreso, José Juan “El encaje de las piezas del derecho” (Isonomía 14 y 15).

(9) Schauer, Friederick: *Playing by the rules*. Oxford University Press. Oxford, 1991.

(10) La justificación subyacente puede entenderse como “explicación” de por qué se adopta esa regla y no otra.

Por otro lado, esa generalización probabilística es infraincluyente, toda vez que si una persona quisiera entrar con un oso al restaurante dicha regla no se lo vedaría, no obstante que deberían ser excluidos en función de la justificación subyacente de “evitar disturbios a los restantes clientes del restaurante”.

En los casos normales (por ejemplo, el de una persona que desea ingresar al restaurante con su perro), ambos modelos decisorios permiten arribar a decisiones idénticas. Sin embargo, en los casos anormales, cuando la regla en cuestión no produce el resultado adecuado desde el punto de vista de su justificación subyacente, los dos modelos difieren.

En el modelo conversacional, el decisor trata a la generalización de la regla como un indicador, pero la misma puede ser modificada en la medida en que su seguimiento no resulte fiel a su justificación subyacente.

En el modelo de la rigidez, en cambio, el decisor se rige por lo determinado en la regla en todos los casos individuales que se subsumen en la generalización fáctica de la misma, aún en los casos en que su decisión no sea la adecuada en función de la justificación subyacente. En este caso, las generalizaciones son algo más que meros indicadores, sino más bien razones para su decisión, independientes de las razones suministradas por la justificación subyacente.

“La toma de decisiones casi siempre proviene de una generalización prescriptiva, pero puede adoptar dos direcciones distintas. En una de ellas, el decisor trata conversacionalmente a la generalización prescriptiva, tomándola simplemente como un indicador maleable de su justificación subyacente. Sin embargo, cuando la toma de decisiones adopta la otra dirección, el decisor trata a esas generalizaciones como rígidas y considera al hecho de su existencia como una razón para la acción (o decisión) incluso cuando las experiencias recalcitrantes crean una brecha entre las generalizaciones y las justificaciones que las generan.”⁽¹¹⁾

(11) *Playing by the rules*, op. cit., cap. III, apartado 3.4.

Puede intentarse trasladar al ámbito jurídico estas tesis de Schauer, tanto los problemas de coherencia (“experiencias recalcitrantes”), como los modelos decisorios para enfrentarlos.

El problema de la sobreinclusión encuentra su paralelo, en el ámbito jurídico, con el problema de las lagunas axiológicas y la posibilidad de derrotar a la regla general que soluciona inadecuadamente un caso individual. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin una “laguna axiológica” se presenta cuando alguna propiedad específica no ha sido considerada como relevante por el legislador. En el ejemplo de Schauer, quien dictó la norma no previó específicamente el caso más fino de los “lazarillos”, sino que previó el caso menos fino de los “perros”; si hubiera previsto el caso de los lazarillos le hubiera dado una solución diferente de la estipulada para el caso genérico de los perros⁽¹²⁾.

Como señalo en mi tesis doctoral⁽¹³⁾, las lagunas axiológicas se vinculan con las tesis acerca de la “derrotabilidad” de las reglas generales, tesis que también podrían ser aplicables al problema de la sobreinclusión: la regla que prohíbe el ingreso de los perros es sobreincluyente respecto de los lazarillos y, siguiendo el modelo conversacional, dicha regla debe ser “derrotada” en ese caso particular; ello porque la justificación subyacente de la regla sustenta la prohibición de ingreso de esos animales con el objetivo de evitar molestias a los clientes del restaurante, objetivo que no estaría justificado en el caso de los lazarillos.

El problema de la infrainclusión, por su parte, podría encontrar su paralelo, en el ámbito jurídico, con el problema de las lagunas normativas. Dicho paralelismo depende del universo del discurso (UD) que se presuponga, de la noción de caso complementario que se adopte y de la no aceptación de una regla de clausura⁽¹⁴⁾.

Siguiendo estas tesis de Alchourrón y Bulygin, puede considerarse que dentro del UD “sobre el ingreso de animales al restaurante”, el sistema normativo caracteriza el caso genérico de los perros (p) como una propiedad relevante en términos descriptivos, caracterizando también como

(12) Normative Systems, op. cit., pp. 145/ss.

(13) Casos difíciles y coherencia del derecho, op. cit., pp. 250/ss.

(14) Ver Normative Systems, op. cit., pp. 32, 52 y 169.

relevante el caso genérico de los no-perros ($\neg p$) por ser su caso complementario; de esta forma, el caso genérico de los osos (al ser una subclase genérica de los no-perros $\neg p$) sería un caso relevante.

Schauer parece presuponer una regla de clausura para el caso de las infrainclusiones, de tal forma que, como el ingreso de los osos (no-perros $\neg p$) no está prohibido, entonces se considera que está permitido⁽¹⁵⁾.

Si no se presupone dicha regla de clausura (tal es la posición de Alchourrón y Bulygin, a la que adhiero), entonces el caso de los osos es una laguna normativa, toda vez que se trata de un caso descriptivamente relevante ($\neg p$) al cual el sistema normativo no correlacionó con ninguna solución normativa.

Los problemas de lagunas axiológicas (sobreinclusiones) y lagunas normativas (infrainclusiones) serán enfrentados con los distintos modelos jurídicos de coherencia, los cuales poseen cierta simetría con los presentados por Schauer (el de la rigidez y el conversacional); aunque la simetría no es total.

El modelo de la rigidez posee cierta vinculación con lo que denominaré como el modelo jurídico de la no-coherencia.

El modelo conversacional, por su parte, posee muchas similitudes con lo que denominaré como el modelo jurídico de la integridad; sin embargo, ciertas tesis conversacionales también pueden ser entendidas de manera compatible con lo que denominaré como el modelo jurídico moderado de la coherencia.

3 | El modelo de la no-coherencia

El modelo de la rigidez de Schauer encuentra su paralelo, en el ámbito jurídico, con ciertas tesis que sostienen que en la aplicación de las normas

(15) En esta concepción, las lagunas normativas no existen. Sobre esta tesis, denominada la "plenitud hermética del derecho" puede consultarse Normative Systems, op. cit., pp. 179/ ss.

jurídicas a un caso concreto, la coherencia de las mismas es una cuestión irrelevante; las decisiones jurídicas deben tomarse sobre la exclusiva base de lo que disponen las reglas, sin ningún otro tipo de consideración adicional. Llamaré a este modelo jurídico, el modelo de la "no-coherencia".

Este modelo rechaza a la coherencia como dato relevante para juzgar la aplicación de una regla; o porque no hay nada más allá de las reglas o porque, si lo hay (por ejemplo, admitiendo que existen principios o razones subyacentes), ello es inocuo para la toma de una decisión jurídica.

Como ejemplos del modelo de la no-coherencia en el ámbito jurídico analizaré tres posiciones: el positivismo según Dworkin, ciertas lecturas de Alf Ross y ciertas tesis de Alchourrón y Bulygin.

Para Dworkin, el armazón del iuspositivismo está constituido por tres dogmas: 1) el derecho es un conjunto de reglas identificadas por su origen o pedigree; 2) la tesis de la discreción judicial fuerte en los casos difíciles; y 3) la tesis de que las obligaciones jurídicas son dependientes de la preexistencia de normas jurídicas válidas que las estipulen. Sobre este armazón se estructuran las variadas posiciones iuspositivistas; las consecuencias del mismo conducen a un modelo de la no-coherencia⁽¹⁶⁾.

De acuerdo con el primer dogma iuspositivista, el derecho es un conjunto de reglas identificadas por el modo en que han sido creadas, con independencia de su contenido. Al reconocer como derecho sólo a las reglas identificadas por su pedigree, el iuspositivismo no da cuenta de estándares normativos esenciales como los principios y las directrices políticas que operan de modo muy distinto a las reglas.

Según Dworkin, un principio puede excepcionar a una norma, pero ello no significa que el juez esté creando una nueva norma de manera discrecional, sino que la creación judicial de normas responde a la necesidad de reafirmar un principio que se vería vulnerado en caso aplicar la regla en cuestión⁽¹⁷⁾.

(16) Taking Rights Seriously, op. cit., pp. 65/66.

(17) Taking Rights Seriously, op. cit., p. 80.

Sin embargo, como para el positivismo -según Dworkin- no existen los principios, cuando un juez se aparta de una norma preexistente lo que hace es crear una nueva norma y aplicarla retroactivamente al caso. En ello consiste, justamente, el segundo dogma del positivismo: la discreción fuerte. Cuando un caso no está regulado por una regla "todo o nada" preexistente, entonces el juez no está obligado por el derecho sino que posee discreción para crear una nueva norma y aplicarla al caso. Ello debido a que no existen otros estándares distintos de las reglas. De esta forma, para Dworkin, el positivismo afirma que:

"Cuando un juez se queda sin normas tiene discreción, en el sentido de que no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica" ⁽¹⁸⁾.

La versión de Dworkin sobre el positivismo en general, y el de Hart en particular, es sumamente discutible. El mismo Hart la ha cuestionado agudamente en su "Poscriptum" ⁽¹⁹⁾. Sin embargo, no interesa en este punto elucidar si la versión de Dworkin hace justicia a las tesis de Hart o del positivismo en general; interesa más bien analizarla como una posición autónoma, como un ejemplo del modelo de la no-coherencia ⁽²⁰⁾.

En efecto, si aceptamos que la coherencia es una peculiar relación entre reglas y principios (o entre reglas y su justificación subyacente), al ser el derecho un conjunto formado exclusivamente por reglas (ello es el derecho para el positivismo según Dworkin), entonces no es posible establecer ninguna relación de coherencia. Cuando un caso individual se subsume en el enunciado genérico de una regla, dicha regla es aplicable sin cuestionamiento alguno. Asimismo, y ante casos difíciles (entendiendo como

(18) Taking Rights Seriously, op. cit., pp. 87/88.

(19) Hart, Herbert 1994: "Poscriptum". En La decision judicial. El debate Hart – Dworkin. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997 (traducción al castellano de Magdalena Holguín).

(20) El modo en que Dworkin caracteriza al positivismo jurídico ha sido cuestionado por muchos autores. Un meduloso análisis sobre algunos desaciertos de las críticas de Dworkin hacia el positivismo podemos encontrarlo en "Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico" de Genaro Carrió (en Notas Sobre Derecho y Lenguaje", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965). Sobre el punto, Raz afirma: "Dudo, sin embargo, si al inspeccionar encontraremos algún filósofo jurídico que cumpla con la definición de un positivista realizada por el profesor Dworkin. Su positivista es un animal tan extraño como el jurista mecánico" ["Legal Principles and the Limits of Law", en The Yale Law Journal, Yale 1972].

tales los casos de lagunas normativas) el juez estipulará discrecionalmente -esto es, sin sujeción a derecho- una regla que regule dicho caso y la aplicará retroactivamente.

Ciertas lecturas de la obra de Alf Ross, consideran que el autor escandinavo es un exponente del modelo de la no-coherencia. MacCormick, al exponer sus propias tesis sobre la argumentación jurídica, sostiene que ésta -la argumentación jurídica- consiste en un camino intermedio entre el ultra racionalismo de Dworkin, que asegura que existe una única respuesta correcta para cada caso, y el irracionalismo de Alf Ross, que sostiene que las decisiones judiciales en los casos difíciles son productos de la voluntad más que de la razón⁽²¹⁾.

Esa lectura de Ross se sustenta en ciertas aserciones del autor escandinavo respecto de la forma en que los jueces resuelven los casos difíciles. Al respecto, señala Ross que frente a situaciones de vaguedad de las normas jurídicas, donde es razonable subsumir el caso dentro de la norma, como también es razonable no subsumirlo, el juez debe tomar una decisión que excede el campo puramente cognoscitivo. Dicha decisión suele ser valorativa, en punto a que el juez toma en consideración su propia visión valorativa del derecho⁽²²⁾.

Si la caracterización de MacCormick hace o no justicia respecto de las tesis de Ross es algo que no interesa en esta instancia. Lo cierto es que, según MacCormick, los casos difíciles para Ross, en donde se duda si aplicar o no una regla, no se resuelven sobre la base de los principios jurídicos, sino sobre la base de valoraciones personales acerca de lo que es justo o equitativo. Tal caracterización podría ser considerada como un modelo de la no-coherencia, en punto a que: o a) las normas resuelven el caso, o b) las normas no resuelven el caso. En la segunda alternativa (b), la solución al caso no se construye en función de principios sino que viene dada por decisiones voluntaristas del juez.

(21) Legal Reasoning and Legal Theory, op. cit., p. 265.

(22) Ross, Alf: Sobre el Derecho y la Justicia, 1958. Eudeba, Buenos Aires, 1977 (traducción al castellano de Genaro Carrió), p. 133.

Ciertas tesis de Alchourrón y Bulygin también pueden ser consideradas como dentro del modelo de la no-coherencia. Tal caracterización surge de combinar la concepción de los principios de Alchourrón y Bulygin con su concepción de las obligaciones del juez al momento de dictar sentencia en un caso traído a su jurisdicción.

Para Alchourrón y Bulygin los principios son el resultado del proceso de reformulación según el cual de un conjunto de reglas específicas se pasa a un conjunto reducido de reglas más generales (los principios). Es condición de la correcta realización de la reformulación que el conjunto resultante posea las mismas consecuencias normativas que el conjunto de partida⁽²³⁾.

Bajo esta caracterización de los principios, el acaecimiento de experiencias recalcitrantes como la sobre o la infrainclusión es irrelevante para la aplicación de una regla o de un principio: si los principios no son más (no contienen más) que lo que las reglas son (contienen), entonces siempre existe simetría entre lo dispuesto por las reglas y lo dispuesto por los principios. Dicho de otra forma: si los principios resumen el contenido de las normas, entonces no puede haber disidencia posible entre lo que unos y otras disponen; de ahí se sigue que las experiencias recalcitrantes son irrelevantes jurídicamente, tanto a la luz de los principios como a la luz de las reglas. Es más, si llevamos las tesis de Alchourrón y Bulygin hasta sus últimas consecuencias, entonces no es posible el acaecimiento de experiencias recalcitrantes, dada la simetría total entre el contenido de las reglas y el contenido de los principios.

En cuanto a las obligaciones de los jueces al momento de dictar sentencia en un caso traído a su jurisdicción, Alchourrón y Bulygin señalan que suele asignarse a los jueces dos obligaciones: 1) la obligación de dictar sentencia y 2) la obligación de fundar sus decisiones en derecho⁽²⁴⁾.

Señalan los autores citados que estas dos obligaciones sólo pueden ser satisfechas en condiciones ideales, esto es, cuando el sistema normativo del súbdito (del cual el juez debe extraer la solución para el caso indi-

(23) Normative Systems, op. cit., pp. 130/ss.

(24) Normative Systems, op. cit., p. 210.

vidual) es completo y consistente. Cuando ello no sucede (por ejemplo, porque existe una laguna normativa) el juez no puede cumplir con la obligación de fundar en derecho su decisión, manteniéndose no obstante, la obligación de dictar sentencia.

“... si el sistema del súbdito nada dice acerca de la conducta del demandado, el juez no tiene ninguna obligación específica, ni la de condenar, ni la de rechazar la demanda. Sólo tiene la obligación genérica de juzgar, y cumple con ella juzgando de cualquiera de las dos manera posibles: condenando al demandado o rechazando la demanda. En otras palabras: el juez tiene la obligación de juzgar, esto es, de condenar o rechazar la demanda, pero no la de condenar, como tampoco tiene la obligación de rechazar la demanda”⁽²⁵⁾.

La concepción de los principios de Alchourrón y Bulygin es compatible con su concepción de las obligaciones de los jueces al momento de dictar sentencia en los casos difíciles como cuando existen lagunas normativas. Como los principios expresan el mismo contenido que las reglas, un principio no puede llenar una laguna porque allí donde no hay una regla tampoco puede haber un principio. Los principios nada aportan para la solución de los casos difíciles sino que tienen como único y exclusivo fin ofrecer una visión más sencilla y resumida de lo que las reglas de un sistema estipulan como obligatorio, prohibido o permitido.

En cuanto a la sobreinclusiones, Alchourrón y Bulygin construyen la noción de “laguna axiológica”, noción que, como vimos guarda paralelismo con la de “sobreinclusión” de Schauer. A diferencia de las lagunas normativas, en donde un caso carece de solución, en las lagunas axiológicas el caso tiene solución, pero la misma se considera insatisfactoria a la luz de algún sistema axiológico. Ello se debe a que el legislador no consideró relevante una circunstancia fáctica que, de haberla considerado tal, le habría asignado una regulación deóntica distinta que la que de hecho le asignó. Siguiendo el ejemplo de Schauer, si el legislador hubiese previsto el caso específico de los lazarillos le habría estipulado una solución distinta de la estipulada para el caso genérico de los perros.

(25) Normative Systems, op. cit., pp. 215/216 (el subrayado me pertenece).

Las lagunas axiológicas presuponen la disidencia entre una hipótesis de relevancia, esto es, circunstancias que se consideran relevantes desde el punto de vista axiológico, y la tesis de relevancia, que consiste en aquellas circunstancias consideradas relevantes por la legislación positiva.

“En el caso de la laguna axiológica la solución existente se considera axiológicamente inadecuada porque no toma en cuenta la propiedad conceptuada relevante, es decir, porque el sistema no hace un distingo que debe hacerse”⁽²⁶⁾.

Debe quedar claro que, para los autores argentinos analizados, el hecho de que exista una laguna axiológica no habilita a que el juez modifique el sistema normativo (la tesis de relevancia); si el juez pretende que su decisión esté fundada en derecho, debe aplicar la regla genérica bajo la cual se subsume el caso individual problemático, aunque la solución para ese caso individual no sea la axiológicamente adecuada.

Asimismo, debe quedar claro que la noción de laguna axiológica de Alchourrón y Bulygin, si bien tiene puntos en común con la noción de sobreinclusión de Schauer, no es exactamente equiparable a dicho concepto.

Según Schauer, la sobreinclusión supone una disidencia entre lo que prescribe una regla y su justificación subyacente, mientras que, para Alchourrón y Bulygin, como los principios expresan el mismo contenido que las reglas, no es posible disidencia alguna entre lo dispuesto por unos y otras. De allí que, para los autores argentinos, las lagunas axiológicas no consistan en disidencias entre reglas y principios sino en disidencias entre lo que prescribe el sistema jurídico positivo (tesis de relevancia) y lo que prescribe un determinado sistema axiológico (hipótesis de relevancia).

Ello no obsta a que la noción de laguna axiológica pueda ser reconducida hacia posiciones más cercanas a la noción de sobreinclusión de Schauer. Un intento tal es el de Rodríguez, quien distingue entre hipótesis de relevancia prescriptiva (un sistema axiológico distinto del derecho positivo) e hipótesis de relevancia descriptiva (un sistema axiológico emanado de las preferencias explicitadas por el legislador positivo). Esta segunda noción

(26) Normative Systems, op. cit., p. 159 (el subrayado es original).

descriptiva se acerca a las tesis de Schauer, en cuanto a que el legislador explicitó ciertas preferencias axiológicas, pero luego no las plasmó en la tesis de relevancia, configurándose una laguna axiológica descriptiva⁽²⁷⁾.

Por lo expuesto, podemos considerar al modelo de Alchourrón y Bulygin como una versión del modelo de la no-coherencia en punto a que el contenido de los principios es dependiente del contenido de las reglas, y si éstas poseen defectos (como las lagunas normativas y las contradicciones) los principios los reproducirán, sin quitar ni agregar nada a lo que las reglas estipulan.

En esta versión de la no-coherencia no se niega la existencia de los principios (como sí se niega en la primer versión de la no-coherencia que analizamos —el positivismo según Dworkin—), pero los mismos son inocuos en términos de coherencia.

Las tres versiones del modelo jurídico de la no-coherencia coinciden parcialmente con el modelo de la rigidez de Schauer; puntualmente, existe coincidencia en cuanto al problema de la sobreinclusión (lagunas axiológicas). Para ambas posiciones la existencia de una sobreinclusión (laguna axiológica) es irrelevante para la toma de una decisión jurídica: si una regla general soluciona un caso individual, tal regla no puede ser derrotada sino que debe ser aplicada con prescindencia de consideraciones axiológicas o coherentistas acerca de principios; sea porque no existen los principios, sea porque son inocuos. Siguiendo el ejemplo de Schauer, los lazarillos tienen prohibido el ingreso al restaurante debido a que la regla prohíbe el ingreso de todos los perros, con independencia de que desde el punto de vista axiológico debería permitirse el ingreso de tales animales.

En cuanto al problema de la infrainclusión (lagunas normativas) el modelo de la rigidez presentado por Schauer llega a conclusiones distintas del modelo jurídico de la no-coherencia. Como vimos, el modelo de la rigidez parece presuponer alguna forma de regla de clausura que los modelos jurídicos de la no-coherencia analizados no presuponen. En efecto, frente al caso de los osos, el modelo de la rigidez de Schauer sostiene que debe

(27) Rodríguez, Jorge: *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2002, pp. 62/ss.

permitirse su ingreso debido a que la regla involucrada sólo prohíbe el ingreso a los perros.

Para el modelo de la no-coherencia, en cambio, las lagunas normativas suponen la existencia de un caso relevante que carece de solución normativa; como para este modelo no existen principios (o si existen son inocuos) los mismos ningún rol juegan para resolver el caso: en la medida en que los jueces cumplan con su obligación de dictar sentencia ejercerán discreción fuerte (en el sentido de Dworkin), pues cualquiera sea la solución que adopten la misma no estará fundada en las consecuencias normativas del sistema involucrado. Siguiendo el ejemplo analizado, como el sistema normativo no soluciona la permisión o la prohibición de ingreso de los osos, el decisor puede optar a su antojo si dichos animales ingresan o no.

4 | La coherencia como derrotabilidad

A la luz de las tesis de Schauer, la derrotabilidad puede entenderse como el fenómeno resultante de afrontar el problema de la sobreinclusión (lagunas axiológicas) con el modelo conversacional, según el cual, como la regla que impide el ingreso a los perros (justificada en evitar molestias a los parroquianos) es sobreincluyente respecto de los lazarillos, debe ser derrotada en ese caso concreto.

Desde el punto de vista jurídico, se suele afirmar que cuando una regla jurídica, *prima facie* aplicable a un caso, no es aplicada a ese caso (porque su aplicación no se adecua a los principios del ordenamiento jurídico), la regla fue derrotada.

Bayón afirma que todas las normas generales son potencialmente derrotables debido a que es imposible anticipar todas las circunstancias relevantes que pueden presentarse en un caso individual; en tal sentido, el proceso de reformulación e incorporación de excepciones no puede darse nunca por completado. Considerar que las normas son inderrotables, en el sentido de que las circunstancias no previstas *a priori* se consideran irrelevantes, constituye una forma de irracionalidad, debido a que se renunciaría de antemano a considerar y sopesar circunstancias no previstas

(pero que cuando aparecen se reputan relevantes) que pueden presentarse en un caso individual⁽²⁸⁾.

Pero, ¿cómo puede identificarse la relevancia (o la no relevancia) de una circunstancia excepcional?

Supongamos una norma que estipula que está prohibido estacionar vehículos sobre el césped de un determinado parque público. Supongamos, también, que una ambulancia estaciona sobre el césped para atender a un enfermo. Podría sostenerse que la norma general es derrotada en virtud del acaecimiento de una circunstancia excepcional, tal y como lo es un enfermo que necesita inmediata atención médica. No sucedería lo mismo si la ambulancia estaciona sobre el césped porque el conductor eligió ese lugar para hacer un picnic. En tal caso, dicha circunstancia no excepciona a la norma general, manteniéndose la prohibición.

Los defensores de la derrotabilidad de las normas jurídicas suelen afirmar que una circunstancia supuestamente derrotante de una regla general será relevante en función de la vigencia de ciertos principios que así lo determinan. En tal sentido, la circunstancia de que una ambulancia estacione sobre el césped para atender a un enfermo es relevante a la luz del principio que estipula que debe protegerse la vida humana. No sucede lo mismo en el segundo caso, en el cual se estaciona la ambulancia para hacer un picnic: ningún principio torna relevante tal circunstancia -hacer un picnic- de tal forma que permita la derrotabilidad de la norma general.

En similar sentido, Dworkin sostiene que una regla "todo o nada" puede ser derrotada para optimizar un principio jurídico. El clásico ejemplo de la situación en la cual un principio derrota a una regla es el caso "Riggs vs. Palmer", frecuentemente analizado por el autor norteamericano. La regla que dispone que el heredero forzoso debe heredar al causante asesinado por aquél cede frente al principio de que nadie puede beneficiarse de su

.....

(28) Bayón nos recuerda que fue Hart (Punishment and Responsibility. Oxford University Press, Oxford, 1968) quien introdujo por primera vez el término "derrotabilidad" ("defeasibility"), aunque luego abandonó esa línea investigativa. Se trata de la "idea de una norma 'derrotable' o 'abierta', es decir una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición suficiente de su aplicación". (La normatividad del derecho, op. cit., p. 91).

propio accionar delictivo. Esta tesis de Dworkin es funcional a sus tesis sobre la interacción entre principios y reglas y sobre las distintas estructuras que presentan cada uno de estos fenómenos normativos. En este sentido, una de las principales funciones de los principios consiste en derrotar a una regla cuando la misma, aplicada al caso concreto, es incoherente con el principio involucrado. El cambio de la regla es factible siempre y cuando se favorezca la realización o reafirmación del principio⁽²⁹⁾.

MacCormick, en consonancia con estas tesis de la derrotabilidad, analiza el caso del reclamo de una póliza efectuado por una viuda que había matado accidentalmente a su marido, sosteniendo que, aunque la excepción no estaba prevista, existen principios y valores que indicarían la necesidad de apartarse de las reglas, negando el derecho a la pensión.

“Las excepciones se presentan siempre que surge una situación en la que los hechos particulares en discusión vuelven operativo algún principio o valor jurídico de suficiente importancia como para imponerse sobre la presunta suficiencia de las condiciones enunciadas expresamente para la atribución del derecho...”⁽³⁰⁾.

Como vemos, Dworkin, MacCormick y Bayón sostienen tesis similares al modelo conversacional de Schauer en cuanto a la posibilidad de derrotar una regla general ante el acaecimiento de una circunstancia excepcional que se reputa relevante a la luz de ciertos principios. Frente a esta circunstancia estos autores coinciden en que la regla general debe ser derrotada para optimizar los principios.

La tesis de la derrotabilidad unifica dos cuestiones que pueden (y deben) ser claramente diferenciadas: a) sobreinclusión (laguna axiológica) y b) la posibilidad de que el principio involucrado derrote a la regla general sobreincluyente.

Para Dworkin y Bayón, al igual que la del modelo conversacional de Schauer, el hecho de que exista una sobreinclusión (una laguna axiológica) constituye, per se, una razón suficiente para derrotar la regla sobrein-

(29) Taking Rights Seriously, op. cit., pp. 72/80.

(30) MacCormick, Neil: “Defeasibility in law and logic”. En Informatics and the foundations of legal reasoning (Z. Bankowski, I. White y U. Hahn -eds.-). Kluwer Academic Publishers. Dordrecht, 1995. (traducción al castellano de Agustín Iglesias y Jorge Rodríguez).

cluyente, de modo que la derrotabilidad permite optimizar (o concretar, o realizar) el principio involucrado.

Pero ello no es admitido pacíficamente. En otros modelos, como el de Alchourrón y Bulygin (que analizamos en el punto anterior), la existencia de una laguna axiológica no significa (o no autoriza a) que el juez deba hacer operativo el sistema axiológico afectado; según estos autores, los jueces cumplirían con su obligación de dictar sentencia aplicando la regla jurídica que es disidente con la hipótesis de relevancia.

Asimismo, pueden imaginarse modelos intermedios, según los cuales en ciertas circunstancias el juez pueda hacer operativa la hipótesis de relevancia y optimizar el principio involucrado derrotando la regla en cuestión; mientras que, en otras circunstancias, el juez deba aplicar la regla en cuestión con independencia de la disidencia con la hipótesis de relevancia y de los principios afectados⁽³¹⁾.

5 | La coherencia como método para completar lagunas

Según el modelo conversacional de Schauer, en los casos de infrainclusiones, las justificaciones subyacentes pueden permitir que una regla general, prima facie no aplicable a un caso individual, se expanda en su aplicabilidad para resolverlo (por ejemplo, la prohibición de ingreso de los perros se aplica también a los osos).

Quienes sostienen modelos jurídicos de coherencia, suelen afirmar que tales modelos son útiles para resolver problemas de lagunas normativas⁽³²⁾, proponiendo métodos para completar el derecho incompleto, limitando la discrecionalidad judicial. En este marco, los principios juegan un rol fundamental: a través de ellos el juez puede (o debe) estipular la solución normativa para el caso relevante no resuelto por el sistema normativo.

(31) En mi tesis doctoral sostengo una versión moderada de la derrotabilidad, según la cual una regla sobreincluyente (legislativa, por ejemplo) puede ser derrotada sólo cuando el principio afectado sea de superior jerarquía (constitucional, por ejemplo). (Casos difíciles y coherencia del derecho, op. cit., pp. 398/406).

(32) Recordemos que en el punto 2. efectuamos un paralelismo entre el fenómeno de la infrainclusión y el de las lagunas normativas.

Como ejemplos de este método coherentista analizaremos ciertas tesis de Dworkin, Alexy, Atienza y Prieto.

Respecto del problema de las lagunas normativas (infrainclusiones), Dworkin ha construido un modelo extremo de coherencia, sosteniendo que, ante la inexistencia de una regla "todo o nada" que regule el caso traído a conocimiento de un juez, los principios jurídicos permiten que se determine la respuesta correcta para ese caso.

Esta tesis de Dworkin se enmarca en una importante crítica al positivismo jurídico respecto de la discreción judicial. El autor norteamericano distingue entre discreción fuerte y discreción débil, rechazando la primera y admitiendo la segunda. Dworkin refiere que la discreción débil puede ser de dos tipos: a) cuando una norma no admite una aplicación mecánica, sino que se requiere de cierto discernimiento del aplicador, y b) cuando una autoridad tiene la última palabra sobre determinada cuestión jurídica, en el sentido de que su decisión es inapelable. Ambas formas de discreción débil son admitidas en el modelo de Dworkin. La discreción fuerte, que es rechazada por Dworkin, consistiría en la posibilidad del juez de estipular una regla según su propio criterio (ajeno al derecho), para los casos de lagunas⁽³³⁾.

Dworkin señala dos razones para rechazar este tipo de discreción fuerte, ante la cual los positivistas se rinden⁽³⁴⁾: por un lado promueve una práctica judicial antidemocrática, al otorgar facultades legislativas a los jueces; por otro, promueve una práctica judicial lesiva de derechos individuales, debido a que permite que se apliquen a un caso, normas no jurídicas creadas ex post.

Según Dworkin, el problema se encuentra en el núcleo del positivismo, al desconocer a los principios como parte integrante del derecho, considerando que éste sólo está formado por reglas. Si, por el contrario, se entiende al derecho como compuesto por reglas y principios, la tesis de las lagunas normativas desaparece, debido a que cada caso jurídicamente relevante se encuentra regulado ex ante por el derecho, sea a través de reglas "todo o nada", sea a través de principios; de tal forma que, para cada caso, siempre existe una respuesta correcta. El juez "Hércules" debe

(33) Taking Rights Seriously, op. cit., pp. 83/ss.

(34) Esto es sostenido por Luis Prieto en Sobre Principios y Normas. (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992), pp. 110/ss.

desarrollar la teoría más coherente que explique y justifique mejor el derecho preexistente, arribando de esta forma a la respuesta correcta para el caso *prima facie* problemático⁽³⁵⁾.

Frente a estas tesis de Dworkin se han erigido tesis más débiles, que sostienen que no es necesario presuponer la preexistencia en el derecho de una única respuesta correcta para todo caso imaginable, sino que puede entenderse a la coherencia, en su función de completar lagunas, como un método para arribar a la respuesta más adecuada para solucionar casos no solucionados.

La Teoría de la Argumentación Jurídica es un ejemplo de esta posición más débil. Las tesis de MacCormick, Alexy y Atienza (aunque éste último con ciertas reservas debido a sus críticas a lo que denomina la "teoría estándar de la argumentación jurídica") pueden enmarcarse dentro de dicha teoría.

Para Alexy⁽³⁶⁾, la argumentación jurídica es un conjunto de reglas procedimentales acerca del discurso práctico jurídico, guiadas por la "pretensión de corrección" de los hablantes, fin regulativo que vendría a reemplazar la "única respuesta correcta" dworkiniana. Alexy sostiene la llamada tesis del "caso especial", que señala que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica. Se trata de un caso especial porque a) en el discurso jurídico se discuten cuestiones prácticas, al igual que en el discurso práctico; b) el discurso jurídico, al igual que el práctico, se desarrolla bajo la pretensión de corrección de los individuos intervinientes; pero c) el discurso jurídico, a diferencia del práctico, se desenvuelve dentro de determinadas condiciones de limitación, en el sentido de que no alcanza con sostener que una pretensión es racional, sino que debe ser racional en función del sistema jurídico involucrado⁽³⁷⁾.

Según Alexy, la argumentación jurídica combina, por un lado, reglas del discurso práctico general, clasificadas como a) fundamentales, b) de la ra-

(35) En el próximo punto nos ocuparemos de explicar con mayor detalle los alcances de la posición de Dworkin.

(36) Alexy, Robert, 1978: *La Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (traducción al castellano de Manuel Atienza e Isabel Espejo).

(37) *La Teoría de la Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 205/ss.

zón, c) sobre la carga de la argumentación, d) de la fundamentación y e) de la transición; y, por otro lado, reglas específicas del ámbito jurídico, clasificadas como f) de la justificación interna, g) de la justificación externa, h) de la interpretación, i) de la argumentación dogmática, j) del uso de los precedentes, k) sobre los argumentos jurídicos especiales y, l) sobre la argumentación empírica⁽³⁸⁾.

Alexy sostiene que un razonamiento judicial posee dos justificaciones, la interna y la externa. La justificación interna consiste en la estructura clásica del silogismo judicial, bajo las reglas del *modus ponens* deóntico: una premisa general normativa (“norma universal” en palabras de Alexy), premisas particulares consistentes en enunciados empíricos, y una conclusión normativa particular que se sigue de las premisas señaladas. La justificación externa es la justificación de las premisas utilizadas en la justificación interna⁽³⁹⁾.

Toda justificación jurídica debe aducir al menos una norma universal. Cuando esa norma es una norma válida del derecho positivo, dicha premisa se justifica externamente de acuerdo a los criterios de validez del sistema jurídico involucrado.

Cuando existen lagunas normativas, la situación es justamente que la norma universal no puede justificarse de acuerdo a los criterios de validez (precisamente porque hay una laguna); en esos casos, la premisa deberá justificarse mediante las reglas de la argumentación jurídica, utilizando eventualmente algún precedente que haya solucionado un caso genérico similar (reglas del uso de los precedentes), o por medio de un razonamiento jurídico especial (por analogía, a contrario), tomando como punto de partida casos genéricos regulados por el sistema jurídico involucrado que posean algunas similitudes relevantes con el caso no regulado (reglas y formas de los argumentos jurídicos especiales).

Al contrario de Dworkin, Alexy sostiene que la argumentación jurídica no garantiza que siempre pueda arribarse a una única respuesta correcta para cada caso jurídicamente relevante; esta limitación se sustenta en que los

(38) La Teoría de la Argumentación Jurídica, op. cit., pp. 223/ss.

(39) La Teoría de la Argumentación Jurídica, op. cit., pp. 214/ss.

intervinientes en la argumentación pueden partir de convicciones distintas, en que las reglas de la argumentación sólo pueden ser satisfechas de manera aproximada y en que no todos los pasos de la argumentación se encuentran previstos. De esta forma, frente a un mismo caso no regulado por el derecho, distintos participantes pueden arribar, a través de las reglas de la argumentación jurídica, a soluciones racionales, pero incompatibles entre sí.

Como señala Atienza, en estas condiciones, la pretensión de corrección de Alexy no solamente es una pretensión limitada (por los estándares procesales, legales, dogmáticos y jurisprudenciales), sino que además es relativa a los individuos intervinientes, debido a sus convicciones normativas preexistentes y a las mutaciones temporales de las mismas⁽⁴⁰⁾.

Según Alexy, las limitaciones de la argumentación jurídica no impiden su utilización en los casos de lagunas: si bien admite que puede arribarse a más de una respuesta correcta, también permite eliminar respuestas incorrectas (porque no respetan las reglas de la argumentación jurídica). En tal sentido, en los casos difíciles de lagunas, la argumentación jurídica permite limitar la discrecionalidad judicial, aunque no siempre logra eliminarla por completo.

Atienza considera que los problemas emergentes de la existencia de lagunas normativas pueden ser solucionados mediante la argumentación analógica, que incluye los argumentos a pari, a simili, a contrario y a fortiori. En esta tarea, los principios jurídicos cumplen un rol esencial toda vez que, al poseer mayor fuerza expansiva que las reglas, poseen mayor alcance justificatorio, permitiendo delinear formas de resolver casos difíciles.

Respecto de los criterios que permiten determinar la corrección de un resultado argumentativo, Atienza señala que las propuestas de MacCormick y Alexy son importantes en cuanto permiten excluir resultados irracionales, pero insuficientes, en cuanto permiten que sean calificados como racionales varios resultados incompatibles entre sí. Para ello, sostiene el

(40) Atienza, Manuel: *Las Razones del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 202.

autor español, la Teoría de la Argumentación Jurídica debería incorporar contenidos de naturaleza política y moral⁽⁴¹⁾.

Si bien Prieto no puede clasificarse como un exponente estricto de la Teoría de la Argumentación Jurídica, sus consideraciones acerca del rol de los principios jurídicos arriban a tesis compatibles con la argumentación jurídica en el punto que ahora analizamos, esto es, respecto a la forma de solucionar lagunas.

Según Prieto, entre principios y reglas cabe una diferenciación débil, la cual no se sustenta en distinciones morfológicas o estructurales, sino en distinciones funcionales; ello porque a diferencia de la reglas, los principios permiten “el desarrollo de técnicas interpretativas más audaces o “argumentativas” -es decir, menos logicistas- especialmente útiles en los casos difíciles; pero en ningún caso los principios aseguran la anhelada unidad de solución justa ni, lógicamente, eliminan por completo la discrecionalidad”⁽⁴²⁾.

En la resolución de lagunas, los principios implícitos cumplen un rol central, pero no concebidos en términos de reformulación del sistema (como Alchourrón y Bulygin), sino (siguiendo a Igartúa) en términos de inferencias a partir de un conjunto de normas que poseen ciertos elementos en común, de las cuales se inducen principios que son aplicados expansivamente a casos no regulados pero con ciertos rasgos en común con los casos utilizados como base de la inducción⁽⁴³⁾.

“(en la vía inductiva) ... el principio constituye el elemento modular de un conjunto de disposiciones que contemplan casos semejantes y se convierte así en una norma generalizante o expansiva capaz de regular nuevos casos también análogos”⁽⁴⁴⁾.

(41) Las Razones del Derecho, op. cit., pp. 248/249.

(42) Sobre Principios y Normas, op. cit., p. 132.

(43) Sobre Principios y Normas, op. cit., pp. 142/143.

(44) Sobre Principios y Normas, op. cit., p. 145.

Prieto desarrolla tres funciones de los principios en el marco de los razonamientos jurídicos: a) los principios y el criterio de universalización, b) los principios y el argumento consecuencialista y, c) los principios y la interpretación sistemática.

El criterio de universalización se caracteriza por ser un criterio que no compromete con la justicia de una determinada respuesta debido a su carácter formal y avalorativo, estipulando que si una determinada situación A recibe un trato jurídico x, entonces cualquier otra situación jurídica similar a A deberá recibir el mismo trato jurídico x. Según el autor, este criterio se encuentra presente en la inducción de principios implícitos y, en especial, en su aplicación expansiva a casos no regulados. Además, fundamenta la utilización de los precedentes judiciales, al asignarle a un caso determinado la misma solución jurídica que se asignó en otros fallos judiciales a casos similares⁽⁴⁵⁾.

Por otra parte, para Prieto, los principios fundamentan ciertos argumentos consecuencialistas para la resolución de casos difíciles como las lagunas, no refiriéndose al consecuencialismo clásico como es el utilitarismo, sino a un consecuencialismo tendiente a asegurar los fines de la legislación, forma que usualmente es denominada "interpretación teológica".

Por último, y en cuanto a la interpretación sistemática, Prieto considera que constituye un forma nítida de argumentación sobre la base de principios que tiene como presupuesto que el derecho es un proyecto racional, donde las normas están dotadas de congruencia y unidas entre sí por valores y fines comunes, considerando que la interpretación sistemática no supone la adecuación lógica sino la teleológica. En este tópico el autor señala la similitud entre la interpretación sistemática y el consecuencialismo, debido a que "preguntarse acerca de las consecuencias de una decisión exige delimitar previamente un objetivo valioso"⁽⁴⁶⁾. En tal sentido, los fines valiosos pueden provenir de alguna disposición normativa o de un conjunto de reglas; en este último caso, la determinación del objetivo valioso dependerá de la interpretación sistemática.

Ante un caso de laguna, la interpretación sistemática permitirá determinar qué decisión es la más adecuada con relación al resto de las normas y a los principios subyacentes del sistema involucrado. La noción de derecho

(45) Sobre Principios y Normas, op. cit., pp. 166/ss.

(46) Sobre Principios y Normas, op. cit., p. 182.

como sistema no se corresponde con la idea de mero conjunto de normas, sino más bien con la idea de que las normas se encuentran unificadas y orientadas hacia principios y objetivos comunes, lo que contribuye a la realización del valor de la seguridad jurídica, entendiendo al Derecho como una "multiplicidad de normas entrelazadas, dotadas de sentido y gobernadas por principios"⁽⁴⁷⁾.

En función de lo expuesto, podemos distinguir dos modelos jurídicos distintos respecto de la coherencia como método para completar lagunas normativas: el modelo fuerte (o extremo) de Dworkin y el modelo débil (o moderado) de Alexy, Atienza y Prieto.

Ambos rechazan la tesis del modelo jurídico de la no-coherencia, que sostiene que ante las lagunas normativas el juez, para cumplir con su obligación de sentenciar, puede solucionar el caso con discreción fuerte, esto es, sin sujeción a parámetro jurídico alguno.

El modelo fuerte de Dworkin rechaza la noción misma de laguna normativa: si un caso no está solucionado por reglas jurídicas "todo o nada", siempre existirá un principio o conjunto de principios que estipulará la respuesta correcta para el caso *prima facie* problemático. En tal sentido, el derecho siempre provee *ex ante* una respuesta correcta para cada caso jurídicamente relevante.

El modelo moderado de Alexy, Atienza y Prieto no se rechaza la posibilidad de lagunas, sino que se sostiene que, cuando éstas aparezcan, a través de diversos métodos coherentistas el juez puede extraer del material jurídico preexistente alguna respuesta para solucionar el caso no solucionado. Sin embargo, no puede descartarse que a través de los métodos coherentistas pueda surgir más de una respuesta para el caso, todas ellas correctas desde el punto de vista de la coherencia. En tal sentido, el modelo débil permite descartar respuestas incoherentes pero no garantiza una única respuesta correcta. Esta "debilidad" del modelo nos permite comprender cabalmente la afirmación de MacCormick de que "la Teoría de la Argumentación Jurídica se encuentra a mitad de camino entre el irracionalismo de Alf Ross y el ultrarracionalismo de Ronald Dworkin"⁽⁴⁸⁾.

(47) Sobre Principios y Normas, *op. cit.*, p. 184.

(48) *Legal Reasoning and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 265.

6 | La coherencia como integridad

Dentro de los modelos jurídicos de coherencia hemos visto que existen dos tópicos característicos: a) la idea de derrotabilidad, consistente en que los principios pueden derrotar a una regla cuando la aplicación de ésta es contraproducente para la afirmación, realización o cristalización del principio involucrado, y b) la idea de la coherencia como método para la solución de casos difíciles como las lagunas, en punto a que, a través de ciertas pautas coherenistas y sobre la base de ciertos principios (explícitos o implícitos) pueden estipularse reglas que regulen el caso problemático.

Como vimos, ambos tópicos son asumidos y desarrollados por Dworkin. Sin embargo, ellos no agotan su noción de coherencia, sino que son tan sólo una parte de un modelo sobre la coherencia del derecho de mayor intensidad que la del resto de los autores analizados: el modelo de la integridad, cuyos pilares fueron instalados en *Taking Rights Seriously*, pero cuyo desarrollo pleno ha sido presentado en artículos posteriores y, en especial, en *Law's Empire*⁽⁴⁹⁾.

Para explicar el modelo de la integridad, Dworkin lo contrasta con otros dos modelos: el convencionalismo y el pragmatismo.

Según Dworkin, el convencionalismo exige que los jueces tomen en cuenta las normas jurídicas tal y como han sido promulgadas por las autoridades competentes, sin ninguna consideración adicional de principios de utilidad o de coherencia, limitándose al contenido de la ley.

El pragmatismo, en cambio, exige que los jueces piensen de manera instrumental, con el objetivo de crear las mejores normas para el futuro.

Ambas posiciones son opuestas: mientras el convencionalismo es regresivo porque mira hacia el pasado (hacia lo que dijeron los órganos competentes) sin importarle el futuro, el pragmatismo es progresivo porque mira hacia el futuro, sin importarle el pasado.

La integridad se presenta como un modelo progresivo y regresivo a la vez, entendiendo que no existe el dilema de si los jueces crean o inventan la ley, toda vez que "hace ambas cosas, y ninguna". La integridad es una ac-

(49) Dworkin, Ronald 1986: *Law's Empire*. Gedisa. Barcelona 1992. (traducción al castellano de Claudia Ferrari, revisión de Ernesto Abril).

tividad interpretativa y comprensiva de la totalidad de la práctica jurídica, que incluye elementos descriptivos del pasado e inspiradores y creadores hacia el futuro⁽⁵⁰⁾.

Para Dworkin, la integridad es una virtud que no puede defenderse en función de ciertas virtudes sociales clásicas, como la justicia o la equidad, ya que muchas soluciones construidas desde ella pueden entrar en conflicto con esas últimas virtudes. Dworkin propone, aunque no de manera concluyente, construir el ideal de la integridad sobre la base de lo que la retórica revolucionaria francesa denominó “fraternidad”, ideal que tendría su similitud con la noción moderna de “comunidad”. Cuando una sociedad política acepta la integridad se convierte en una comunidad especial, ya que provee protección contra la parcialidad y el engaño debido a que la comunidad acepta ser gobernada no sólo por reglas explícitas sino también por los principios que inspiraron la creación de tales reglas; “entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto de posible conflicto”⁽⁵¹⁾.

Desde otra perspectiva, Dworkin equipara el modelo de la integridad a un ejercicio literario en el que varios escritores deben ir creando cada capítulo de una novela en cadena: así el primer novelista escribe el primer capítulo y se lo pasa al siguiente, quien después de escribir se lo pasa al siguiente, y así sucesivamente.

“...todos los novelistas excepto el primero tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear porque cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela hasta ese momento creada”⁽⁵²⁾.

(50) Law’s Empire, op. cit., pp. 164/ss.

(51) Law’s Empire, op. cit., p. 140.

(52) Dworkin, Ronald 1985: “Cómo el derecho se parece a la literatura”. En La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1997. (traducción al castellano de Juan Manuel Pombo Abondano), p. 165.

En la novela en cadena, cada escritor debe decidir cómo es cada personaje y qué motivaciones lo guían, cuáles son los asuntos tratados en la novela, qué recursos pueden contribuir para su desarrollo y cuáles deben pulirse o abandonarse para mejorar la dirección general de la novela. Su interpretación de la novela no puede basarse en la intención del autor, ya que, a partir del segundo novelista, no existe un único autor cuyas intenciones puedan considerarse decisivas⁽⁵³⁾.

Llevado al plano jurídico, la toma de una decisión en casos difíciles se parece a este ejercicio literario. En los casos de inexistencia de una norma que se aplique claramente a un caso, el paralelismo es mayor aún, ya que la decisión a tomar girará en torno a qué principios o qué normas jurídicas se encuentran ocultas o subyacentes en las sentencias pretéritas; en estos casos, el juez deberá considerar lo que decidieron otros jueces en el pasado, no sólo para determinar qué han dicho o cuál ha sido el estado mental de cada juez individual, sino también para establecer lo que los otros jueces han construido en conjunto. Si bien la historia jurídica, de años, décadas y centurias, registra decisiones que han sido tomadas sobre la base de principios antiguos, quizás hoy mejorados o modificados, la misma debe ser considerada como fruto de una única intención y de un único conjunto de principios. Cada juez debe verse como un eslabón en la compleja cadena de la historia jurídica, teniendo la responsabilidad de tomar una decisión en el presente para continuar esa historia hacia el futuro; debe ajustarse a la práctica jurídica preexistente y hacerla progresar; y no hacer que tome, de golpe, por otro camino.

Según Dworkin, la búsqueda de principios para establecer la norma (la respuesta correcta) para un caso no regulado, parte de un constructivismo prioritariamente local que se expande progresivamente hacia otros departamentos jurídicos. Si se tiene que decidir si la Sra. McLoughlin debe ser indemnizada por daños emocionales⁽⁵⁴⁾, primero se deben analizar los antecedentes jurisprudenciales sobre casos similares, luego sobre daños

(53) "Cómo el derecho se parece a la literatura", op. cit., p. 165.

(54) El caso McLoughlin es frecuentemente analizado por Dworkin en *Law's Empire*. Los hijos y el esposo de la Sra. McLoughlin sufrieron heridas en un accidente automovilístico no presenciado por ella. Cuando se enteró del accidente, cuatro horas después, sufrió un colapso nervioso y su abogado reclamó al conductor negligente indemnización por daños emocionales.

morales, luego sobre daños accidentales en general y, posteriormente, los casos de daños a los intereses económicos y así sucesivamente, expandiendo la cuestión hacia departamentos jurídicos cada vez más alejados del caso original. La prioridad del departamento jurídico local no es absoluta ya que puede ser pasada por alto, sea porque los límites tradicionales entre departamentos jurídicos se han tornado mecánicos y arbitrarios, sea porque dicha división, si establece principios opuestos entre departamentos, es contraria a una visión unificada del derecho⁽⁵⁵⁾.

Según Dworkin, el derecho como integridad tiene una visión compleja, en general contraria, respecto de la división en departamentos jurídicos. El principio adjudicativo de la integridad exige que los jueces interpreten coherentemente la ley, lo que es más plausible si se ignoran las divisiones tradicionales académicas. Sin embargo, al ser la integridad una actividad interpretativa de la práctica jurídica, debe considerarse a la división en departamentos como un dato relevante, debido a que tal división es parte de la práctica jurídica que la integridad interpreta⁽⁵⁶⁾.

Pero en el fondo, la integridad desarrolla una actitud crítica hacia las divisiones departamentales; respeta la prioridad local en la medida en que las divisiones departamentales se establezcan, perduren y justifiquen en función de ciertos principios relevantes. En tal sentido, la división entre derecho penal y derecho civil, en cuanto se exige que una condena penal requiere mayor certeza de responsabilidad del condenado que una condena civil, es aceptable a la luz de ciertos principios que estipulan que las exigencias para la asignación de responsabilidad depende del tipo de perjuicio sufrido por quien es considerado responsable (en el sentido de que la asignación de responsabilidad penal suele generar mayores perjuicios que la asignación de responsabilidad civil).

El modelo de la integridad es una empresa que desarrolla al derecho junto con ciertas utopías políticas y principios morales. Dworkin rechaza las concepciones clásicas de filosofía política, que plantean los problemas de justicia y de organización social desde un "estado natural prepolítico" donde los individuos acuerdan contratos sociales en pizarras en blanco,

(55) *Law's Empire*, op. cit., p. 181.

(56) *Law's Empire*, op. cit., p. 181.

asumiendo el punto de vista de la “persona común y corriente” que actúa dentro y sobre una estructura política concreta, sosteniendo una política “más evolucionista que axiomática”. La integridad amalgama, complementa y potencia los ideales de la teoría política utópica: a) justicia (una estructura política justa), b) equidad (una justa distribución de recursos y oportunidades) y c) debido proceso (un proceso equitativo para hacer cumplir las reglas de la justicia y la equidad). Ante ciertos casos difíciles, estos tres ideales pueden colapsar, en el sentido que cada uno puede indicar distintas e incompatibles respuestas para un caso. Dworkin toma como ejemplo el criterio de la Cámara de los Lores de Inglaterra, que exime de responsabilidad a los abogados por negligencia. Según los ideales de equidad y justicia esta excepción es improcedente y debería derogarse, sin embargo el ideal del debido proceso exige que los jueces respeten la supremacía legislativa; en tal sentido, la integridad, como correcta interpretación de la práctica jurídica, debe reconocer esas restricciones institucionales⁽⁵⁷⁾.

Estas cuestiones convergen en una visión bifronte de la integridad: por un lado, exige de los jueces ciertas decisiones acordes con restricciones institucionales, con independencia de que dichas decisiones puedan cuestionarse a la luz de ciertos principios de justicia y equidad; por otro lado, reclama de las instituciones legislativas la reforma de ciertas regulaciones (como la exención de responsabilidad de los abogados por negligencia) por considerarlas incompatibles con la integridad sustancial del sistema. En tal sentido la integridad es presente y es futuro, es realidad y es utopía; el derecho es actualmente impuro y utópicamente puro; el derecho se purifica a sí mismo. Sobre esta base, Dworkin distingue entre la “integridad inclusiva”, consistente en el derecho que el juez está obligado a declarar y hacer cumplir; y la “integridad pura”, consistente en la mejor versión del derecho a la luz de los principios de justicia relevantes, con independencia de las restricciones institucionales preexistentes. La integridad inclusiva debe apuntar hacia la cristalización de la integridad pura.

El modelo de la integridad supone una posición extrema en términos de coherencia. La integridad presupone la coherencia de los sistemas jurídicos, ya que presupone que todas las normas fueron creadas por el mismo

(57) *Law's Empire*, op. cit., pp. 123 y 281.

autor (la comunidad personificada), expresando una correcta concepción de la justicia y la equidad. Para la integridad, los problemas de sobreinclusiones (lagunas axiológicas) y infrainclusiones (lagunas normativas) son seudoproblemas; su carácter problemático emerge de una concepción equivocada del derecho, en la que se prescinde de los principios como elementos medulares de la práctica jurídica.

Para la integridad, las sobreinclusiones (lagunas axiológicas) no son problemas (o casos difíciles), sino meros ejemplos de cómo los principios prevalecen sobre las reglas en los casos en que éstas colisionan con aquéllos.

Las infrainclusiones (lagunas normativas) tampoco constituyen problemas (o casos difíciles), ya que la inexistencia de reglas que regulen un caso concreto no significa que exista una laguna, pues los principios del sistema involucrado siempre permitirán que se determine cuál es la solución correcta para los casos individuales en cuestión.

7 | Conclusiones: dos problemas y tres modelos de coherencia del derecho

Hemos comenzado nuestro análisis a partir de ciertas tesis de Schauer acerca de la relación entre una regla y su justificación subyacente, señalando que tal justificación puede utilizarse para explicar el por qué de la adopción de esa regla y no otra. Posteriormente, analizamos las llamadas "experiencias recalcitrantes" (la sobre y la infrainclusión), y cómo son confrontadas con dos modelos decisorios distintos: el conversacional y el de la rigidez.

En nuestro traspaso de las tesis de Schauer al ámbito jurídico, hemos determinado que la sobreinclusión podría encontrar su paralelo con el problema jurídico de las lagunas axiológicas, mientras que la infrainclusión podría encontrar el suyo con el de las lagunas normativas.

Por otra parte, hemos visto que los dos modelos de toma de decisión de Schauer son parcialmente simétricos con los tres modelos jurídicos de coherencia que hemos analizado; mientras el de la rigidez puede vincularse con el modelo jurídico de la no-coherencia, el conversacional puede vin-

cularse tanto con el modelo jurídico moderado (o débil) de la coherencia, como con el modelo jurídico de la integridad.

De los tres modelos jurídicos, dos pueden ser considerados como extremos (el de la no-coherencia y el de la integridad) y uno como intermedio (el modelo moderado de la coherencia).

Asimismo, hemos confrontado los problemas jurídicos de coherencia (lagunas axiológicas y lagunas normativas) con los tres modelos jurídicos de coherencia, advirtiendo que cada uno de ellos ofrece diferentes respuestas para los dos problemas en cuestión.

Para el modelo de la no-coherencia, las sobreinclusiones (lagunas axiológicas) y las infrainclusiones (lagunas normativas) no configuran problemas relevantes. En cuanto a las sobreinclusiones, nada cabe decir respecto de la presunta derrotabilidad de una regla supuestamente sobreincluyente: los jueces cumplen con su obligación de dictar sentencia fundada en derecho aplicando la regla que regula el caso, con independencia de la disidencia entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia. En cuanto a las infrainclusiones (lagunas), ante un caso relevante no solucionado por el derecho, los jueces crean discrecionalmente nuevas normas generales, y las aplican para resolver los casos individuales traídos a su estudio.

Para el modelo de la integridad, si una regla es sobreincluyente respecto de un caso con relación a un principio, debe ser dejada de lado (derrotada) para optimizar el principio. Por otro lado, si un caso no está regulado por reglas "todo o nada", siempre existirá un principio o un conjunto de principios que brinde la respuesta correcta para él. En tal sentido, el derecho siempre ofrece ex ante una respuesta correcta para cada uno de los casos jurídicamente relevantes.

Para el modelo moderado de coherencia, la existencia de una sobreinclusión (laguna axiológica) no constituye per se razón suficiente para derrotar a la regla: deben tenerse en cuenta cuestiones relativas a la pertenencia y a la jerarquía del principio presuntamente derrotante, para determinar si regla será o no efectivamente derrotada. Por otro lado, en los casos de lagunas normativas, los métodos coherentistas articulados sobre principios no garantizan que siempre podrá arribarse a una única respuesta correcta para el caso no regulado; sin embargo se garantiza que a través de

ellos (principios y métodos) puede eliminarse el voluntarismo y limitarse la discrecionalidad judicial fuerte, de tal forma que en función del derecho pueden construirse varias respuestas alternativas, todas ellas “correctas” desde el punto de vista de la coherencia.

La igualdad como condición de posibilidad de la democracia y la equidad social

por **CARLOS M. CÁRCOVA**⁽¹⁾

I | Igualdad y contexto

La cuestión de la *igualdad* ha ocupado desde siempre a la filosofía social, a la teoría política y a la ética. De modo especial en los últimos treinta o cuarenta años. Sin embargo, los contextos se recrean y modifican, reconstruyendo el sentido de los conceptos y de los valores que ellos expresan, tanto como sus consecuencias prácticas y materiales.

En mi opinión, pocas veces la sociedad argentina ha enfrentado con tanto apasionamiento un debate sustancial sobre su propia existencia y sobre su futuro más o menos inmediato, procurando discernir modelos deseables, en medio de un turbulento cruce de argumentos muy controversiales, algunas veces falaces y distorsivos.

Con todo, día a día y más allá de los sectarismos y de los intereses de grupos y facciones, el debate se profundiza y con ello se perfilan y se tornan más claras las imágenes que aparecen como radicalmente antagónicas. En el centro de la controversia, ocupando un lugar de privilegio, se encuentra, a mi juicio, el tema de la igualdad. Pero, como sugería antes, con contenidos y consecuencias que lo resignifican.

No se trata ya de la igualdad de los modernos vs. la igualdad de los antiguos; no se trata sólo de equidad social; no se trata sólo de ingresos; o

.....

(1) Profesor Titular Emérito - UBA.

de género; o de etnicidad, aunque esas cuestiones, y muchas otras, estén ahora irrevocablemente inscriptas en la agenda.

Es que ni las ideas ni las prácticas materiales de naturaleza interindividual que ellas expresan pueden comprenderse desde una perspectiva sincrónica. Están expuestas, como los avatares del lenguaje y de la comunicación, a las influencias y transformaciones propias de su condición de fenómenos históricos. Dado que el habla es un producto dinámico de la interacción social, la postulada estabilidad del signo y de su referencia constituye apenas una desviación objetivista. La igualdad como signo y como significante implica hoy una multiplicidad de significados, animados todos por lo social y lo histórico. El signo, en este caso la palabra "igualdad", y la idea a la que alude, se transforma así en un objeto de lucha por la construcción del sentido. Ello explica que nuestras divergencias políticas de esta hora no versen sobre cuestiones puntuales, aunque adquieran tan ficticia como frecuentemente ese carácter; versan, en realidad, sobre el tipo de sociedad en la que queremos vivir en los próximos años y en los valores que ella debería promover como preponderantes.

Por ejemplo: ¿será cierto que la única manera de mantener la rentabilidad adecuada de las explotaciones agrícolas de las grandes semilleras en nuestro país consiste en violentar todas las garantías acogidas por la evolución de la legislación del trabajo y someter, en consecuencia, a los trabajadores temporarios a condiciones de vida inicuas, tal como ha sido comprobado por autoridades judiciales y administrativas en distintos campos de distintas provincias?

No creo que sea cierto. Ni siquiera creo que grandes empresas internacionales se empeñen en ahorrar sumas que en sus presupuestos resultan claramente irrisorias, con el fin de privar a sus dependientes de agua potable, servicios sanitarios adecuados y mejores condiciones de habitabilidad, por puro capricho dañoso.

Se trata de otra cuestión. Se trata de quién impone las reglas, es decir, de quién tiene el poder real y de cómo lo usa.

Cuando el presidente de la Sociedad Rural, hace más o menos un año atrás, contestaba sorprendido a un periodista que le pedía opinión sobre

las condiciones del "trabajo esclavo" en el campo: "¿...trabajo esclavo? No creo, me parece que se exagera", pensaba seguramente en la serie televisiva "Spartacus". Ciertamente no hay punto de comparación. Léntulo Baciato era un amo más cruel que Nidera, o Dupont. Lo que no tomaba en cuenta el Sr. Biolcatti, es que el concepto de esclavitud ya no es el que era antes.

Por otra parte, que las cuestiones que se denuncian en relación con la sobreexplotación del trabajador campesino no son nuevas resulta verdad de a puño, a poco que se vuelva sobre las razones, expresadas en actas oficiales y documentos de la época, que dieron origen a las huelgas patagónicas iniciadas en 1920 y doblegadas en años inmediatamente posteriores por las matanzas y fusilamientos a mansalva de la represión puesta en práctica por el ejército argentino, a pedido de la Sociedad Rural de Río Gallegos y de los distinguidos terratenientes de la zona.

Finalmente, no se trataba sino de condiciones de trabajo, muy similares, por cierto, a las denunciadas en estos tiempos, que han dado origen al pedido fiscal de procesamiento contra distintos directivos de empresas, bajo la acusación de reducir a servidumbre a los trabajadores contratados. También, corresponde señalarlo, ha dado lugar a la reforma de la ley del peón rural y a la instrumentación en curso de un sistema de protección mucho más transparente y, se espera, más eficaz que el que fue sustituido.

No me propongo en estas notas provocar un debate político de coyuntura, por otra parte ya reiterado, sino más bien formular algunas reflexiones sobre la igualdad tal como actualmente la concibo. Esto es, no como un problema exclusivamente jurídico o ético-político sino como algo mucho más amplio, como la clave de un determinado esquema convivencial. De todos modos, he aludido a confrontaciones de esta hora no sólo para que no queden dudas acerca de mi posición frente a las mismas, sino también para eludir toda pretensión de asepsia o de neutralidad que, en este orden de cuestiones, no suele ser más que un ropaje teatral.

2 | La igualdad en el “tiempo de los derechos”

He mantenido más arriba que la igualdad aparece hoy, en el “tiempo de los derechos”, construida mediante plurales y articulados sentidos. Creo posible ilustrar esta idea con algunas perspectivas de análisis del Profesor Amartya Sen, premio Nobel 1998 de Ciencias Económicas. Me refiero a las que expone en “El desarrollo como libertad” (“Development as Freedom”), Alfred A. Knopf, Inc., New York, 2000.

Sostiene el autor que el desarrollo no consiste ya, como se concibió por años, en el crecimiento del PIB (índice falaz si los hay) o en el incremento de los ingresos personales, el avance tecnológico o la modernización. En verdad, consiste en un proceso de “expansión de las libertades reales”, proceso que se cualificará si aquellos otros elementos están dados, pero que requiere además de políticas públicas vinculadas con la educación y la salud, que requiere las garantías de los derechos civiles y políticos para la participación ciudadana en el debate y escrutinio públicos. En consecuencia, el desarrollo implica la necesidad de eliminar pobreza y tiranía, posibilidades económicas escasas y ciertas contingencias sociales, como son la sobreactuación represiva del Estado, la intolerancia de cualquier tipo, la carencia de servicios públicos. Suponen falta de libertad el hambre, la falta de medicamentos, de lecho o de abrigo, de agua limpia e instalaciones sanitarias (sic). No hay desarrollo, dice Sen, sin el libre albedrío de la gente. Porque estas libertades reclamadas son, al mismo tiempo, la forma más efectiva de contribución al desarrollo económico.

En opinión del autor, la liberación respecto de la servidumbre en el trabajo es un reclamo en muchos países del Tercer Mundo y una condición para emerger de la pobreza y la exclusión. Por eso, recuerda, Marx elogió la guerra civil estadounidense “... como el más grandioso acontecimiento de la historia contemporánea”, en cuanto sus consecuencias implicaban la liberación de fuerza de trabajo esclava.

Amartya Sen cree en los beneficios del mercado y critica la existencia de grandes contingentes excluidos de esos beneficios, porque las libertades,

señala, no son solamente los fines primarios del desarrollo; son también sus principales medios.

En los estudios empíricos que despliega en su libro el distinguido economista y filósofo, analiza cinco diferentes tipos de libertad, vistos desde una perspectiva instrumental: 1) libertades políticas; 2) facilidades económicas; 3) oportunidades sociales; 4) garantías de transparencia y 5) redes de seguridad.

Llegados a este punto cabe retornar el hilo de la igualdad y sus resignificaciones. ¿De qué nos ha estado hablando A. Sen? Sin dudas, de libertades. Pero algunas de esas libertades, como las que comprenden las cuestiones de inclusión social, salario digno, bienestar vital, derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, a las medicinas, etc., remiten a las llamados derechos de segunda generación que han representado el reclamo por la igualdad, de posición, de oportunidad, de acceso o como quiera que se denominen sus diferentes y complejos acentos. Finalmente las clasificaciones no son más que instrumentos precarios, falibles y arbitrarios (las más de las veces inútiles) para darle inteligibilidad al desorden del mundo.

Pero entonces igualdad y libertad se confunden en forma inescindible. Igualdad y libertad son dos caras de la misma moneda. Solo una visión toscamente liberal pudo afirmar que el hombre era libre si no estaba sujeto a la voluntad de otro hombre, aunque no tuviera qué comer, ni cómo protegerse, ni dónde morar.

John Rawls, como es conocido, sostiene que una sociedad es justa, más allá de otros requisitos procedimentales, cuando se organiza sobre valores de libertad e igualdad. El primero de los cuales sólo guarda respecto del segundo prioridad lexicográfica.

3 | Igualdad como condición de posibilidad

En otras épocas los debates del igualitarismo se enredaban en complicadas discriminaciones en torno a lo que debía considerarse como crite-

rio más relevante para caracterizar el concepto: oportunidades, ingresos, ciudadanía política, acceso a la justicia, capacidades, género. Dado que la igualdad como absoluto era imposible, mediada como estaba por las cualidades naturales o culturales de los agentes, se pensaba necesario decidir acerca de cuál de aquellos criterios debía enfatizarse.

Sin embargo, los pensadores no encontraban una justificación racional que permitiera establecer el correspondiente orden de prioridades. Dworkin sostuvo que ese intento resultaría fatalmente fallido, porque la igualdad es un concepto controvertido. A lo largo de la historia de la humanidad las concepciones a su respecto han variado, y muchas veces en forma contradictoria. Contemporáneamente los autores igualitaristas como Sen, Dworkin, Cohen, Daniels, Rawls o Bobbio han propuesto diversas fórmulas como predicados del sujeto "igualdad": de bienestar, de bienes sociales primarios, de utilidad, de recursos, de capacidades, de acceso a las ventajas. Pero ninguna de esas fórmulas ha conseguido genérica aceptación. En mi opinión, porque no puede excluirse ninguna de las múltiples dimensiones materiales o simbólicas de la igualdad sin correr el riesgo de negarla y desnaturalizarla.

Cada una de esas dimensiones, las sociales, económicas, políticas, religiosas, educativas, de género, etnicidad, etc., es consecuencia y al mismo tiempo, condición de posibilidad de las otras. Por ello, no se trata de predicaciones, sino de existencialidad. ¿Cómo podría vivir en paz y satisfacción un sujeto que recibiera un salario justo y fuera, al mismo tiempo, privado del derecho a la información, u obligado a usar o no usar una indumentaria determinada, o a mantener abstinencia sexual, o privado de participar del debate público?

Para Bobbio los dos valores supremos del vivir civil son la libertad y la justicia, más que la libertad y la igualdad, porque esta última no es de suyo un valor, sino en la medida en que sea condición necesaria, aunque no suficiente, de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema que pretende ser justo.

He aquí una idea a la que me aproximo. La igualdad integral pensada como prerrequisito del funcionamiento de un sistema de justicia, democracia, integración social y ciudadanía.

4 | El futuro del igualitarismo

Como es sabido, al inicio de los 80 del pasado siglo el igualitarismo atravesó una crisis severa, como consecuencia del fracaso del socialismo real y de un retorno firmemente hegemónico, cuanto efímero en términos históricos, de ideologías finiseculares representadas por el llamado "neo-liberalismo". Un retorno que se pretendió definitivo, que predicaba el "fin de la historia" y que parecía haber ganado la batalla del sentido común. Pero, como tantas veces se ha recordado, el sentido común es la más ideológica de las construcciones sociales. La ensoñación ultraliberal produjo una crisis poco menos que terminal en los países expoliados del Tercer Mundo y sus deletéreos efectos fueron expandiéndose rápidamente en dirección al Primero. Entre otras razones, porque enormes contingentes de personas provenientes de los viejos enclaves coloniales huyeron hacia las antiguas metrópolis para escapar de las hambrunas, de las guerras locales o de los desastres naturales. Tales migraciones han generado graves conmociones en los países desarrollados a escala económica y social, pero también a escala cultural, religiosa y axiológica. La década de los 80 pasó a ser rápidamente en la literatura especializada, la "década perdida" y la de los 90, la que enfrentaría las mayores crisis sistémicas, prolongadas con progresiva insidiosidad en la primera década del actual siglo. Los indicadores sociales económicos y políticos del fin del siglo pasado terminaron siendo negativos y preanunciaron dichas crisis sistémicas al interior del capitalismo realmente existentes, aun no superadas. Baste detener hoy la mirada en la situación de USA, Gran Bretaña, Italia, España o Rusia.

Por otro lado, la inestabilidad y la turbulencia han llegado también a países de larguísima tradición autoritaria, abriendo nuevos interrogantes respecto del rol de las hegemonías mundiales establecidas sobre la idea de una hegemonía unipolar.

América Latina ha atravesado la crisis mundial de 2008 con consecuencias menos gravosas que el Primer Mundo. Desde el año 2003 funcionan modelos alternativos a los impuestos en los 80/90 y ello ha implicado la reducción drástica de la desigualdad en la región, tal como lo afirma la Secretaría Ejecutiva de la CEPAL, Alicia Bárcena; en particular en nuestro país.

Pese a ello, estamos aún muy lejos, como se aprecia cotidianamente, de haber conseguido transformar a la igualdad en el entramado sistémico de la sociedad argentina. Necesitamos consagrar a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos, sociales y culturales como inalienables e indisponibles, para alcanzar niveles de integración social que posibiliten una equitativa distribución de capacidades para la realización de diversos proyectos de vida, acogidos por una convivencia democrática, tolerante y pluralista. Algunos derechos desempeñan para ello papeles pro-activos.

Vertiginosamente nuestras sociedades cambian, aparecen nuevos sujetos de derechos, nuevas identidades, nuevas subjetividades, que construyen la red de la sociedad civil y que interpelan al sistema político con demandas de nuevo tipo, cuya atención y satisfacción demanda enormes transformaciones culturales. Piénsese, apenas como ejemplo inmediato, en la reciente ley que autoriza el casamiento entre personas del mismo sexo.

Demás y de una buena vez, será preciso garantizar el acceso a la justicia de todos los habitantes en América Latina. De esta cuestión se habla en todos los congresos de politólogos y juristas, desde la década de los 60. El proyecto de la Alianza para el Progreso, de John Kennedy, ya lo había incorporado como tema central de la agenda y, sin embargo, todavía hoy se trata de una aspiración incumplida, en particular respecto de los jóvenes, como lo señala con acierto Martín Hopenhayn (v. "Reflexión Política", Bucaramanga, Año 2, N° 3).

La integración social, la equidad y la justicia reclaman también nuevas dimensiones de la ciudadanía. En la sociedad de la información, los alfabetos tecnológico-cibernéticos tendrán destino de exclusión, aunque otros derechos básicos les sean contemplados. Participación política, respeto a las identidades, derechos económicos sociales y culturales, acceso al conocimiento relevante: todas estas son condiciones de la igualdad compleja y, en consecuencia, de la sociedad libertaria, equitativa y pluralista a la que deberíamos aspirar.

Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción

por **SABRINA A. CARTABIA**⁽¹⁾

Resumen

El presente ensayo busca aportar elementos que contribuyan a la discusión existente en torno a la interrupción voluntaria del embarazo en nuestro país. Tomando cómo puntapié una serie de datos referidos a la efectividad que ostenta el tipo penal actual y el fracaso de la implementación del aborto no punible (ANP), se busca problematizar en torno al peso que tiene sobre la sexualidad femenina la prohibición del aborto, indicando las implicancias políticas que se derivan de un régimen que niega plena ciudadanía a la mitad de su población. De esta forma se promueve una lectura que desplace los significantes, establezca la sospecha y permita resignificar la realidad, observando sus complejidades, donde la teoría, el derecho y la política se muestran como objetos de estudio diferenciables pero inescindibles.

I | Introducción

El título de este trabajo se inspira en una de las escenas de la película "Funnygames"⁽²⁾, donde se coloca al personaje femenino frente a la "opción" de decidir si se le dará muerte a su marido con un cuchillo o con una escopeta. La violencia de esta falsa opción es patente y genera una angustia muy grande en el espectador.

(1) Abogada de la Universidad de Buenos Aires.

(2) Michael Haneke, 2007.

A una elección similar se somete a las mujeres en la Argentina cuando, ante un embarazo no deseado, el Estado cercena las opciones, impidiendo elecciones reproductivas.

El aborto está prohibido, quien se lo practique cree que pone en riesgo su vida, salud⁽³⁾ o libertad, ya que existe el imaginario popular la idea de que cualquiera de esas tres consecuencias son altamente probables en el contexto de ilegalidad actual donde las mujeres temen ser denunciadas al solicitar atención médica frente a un aborto con complicaciones. Quien no se lo practique, no queriendo ser madre, habrá perdido su libertad y también su vida (en el sentido de disponer sobre su propio cuerpo y concretar el plan de vida deseado).

Los datos estadísticos indican que en la Argentina se practican anualmente cerca de 460 mil abortos voluntarios.⁽⁴⁾ Una investigación realizada por el CEDES (Centro de Estudios de Estado y Sociedad)⁽⁵⁾, cuyos datos son es-

.....

(3) En nuestro país Actualmente existe una tecnología abortiva que protege la salud y salva la vida de las mujeres. Se trata del misoprostol, que permite interrumpir embarazos en sus etapas tempranas. En nuestro país se ha incrementado su uso debido a sus bajos riesgos y menores costos. Esta droga se comercializa combinada con Diclofenac bajo los nombres comerciales de "Oxaprost" y "BlokiumProst".

Existe una línea telefónica, una página de internet y un libro que explica cómo utilizarla en forma segura en la intimidad del hogar. Estos proyectos son desarrollados por el colectivo Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto desde el año 2009.

Con un simple control ginecológico posterior al aborto, el riesgo es mínimo. Sin embargo esta información aún no ha sido masivamente difundida a lo largo del territorio nacional, por lo que si bien existe una opción mejor que la quirúrgica, aun no está al alcance de la totalidad de las mujeres.

(4) E. Pantelides y S. Mario, "Estimación de la magnitud del aborto inducido", Notas de Población, n° 87, CEPAL, 2007, disponible en URL: <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-P_4.pdf>.

Véase también Ministerio de Salud de la Nación, Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles, p. 15, disponible en URL: <<http://www.msal.gov.ar/saludsexual/pdf/Guia-tecnica-web.pdf>>.

(5) Durante el año 2010, el equipo jurídico del CEDES (formado por Agustina Ramón Michel, Sonia Ariza y Sabrina A. Cartabia, bajo la coordinación de Paola Bergallo), junto con ADC (Asociación por los Derechos Civiles), recolectó a partir de los informes del Sistema Informático de la Oficina de Denuncias, Turnos y Sorteos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en respuesta a pedidos de informe presentados, los datos referidos a causas iniciadas por aborto propio. Los resultados definitivos aún no han sido publicados. Los datos utilizados en esta reflexión se encuentran publicados en el informe de Derechos Humanos de 2011 del CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), disponible en URL: http://www.cels.org.ar/common/documentos/CELS_FINAL_2011.pdf.

pasmódicos, pero sirven para visualizar cómo el derecho, en este caso penal, genera realidades; arroja que sólo en CABA durante el período 1993-2009 se registraron 809 causas por aborto propio. En el periodo 2002-2008 se dictaron 22 condenas en todo el territorio nacional.

Si bien la primera lectura superficial sobre estos datos marcaría que la persecución y efectividad penal es muy baja en comparación con otros delitos y que pareciera no existir interés social en castigar penalmente a aquellas mujeres que decidimos abortar, esta práctica no es legal y continúa siendo penalizada. Debe existir una razón para tal persistencia aparentemente infructuosa.

Las prohibiciones no han impedido abortar sino que han hecho más difícil la vida a las mujeres. Esta última afirmación abre la puerta a una nueva lectura que desplace los significantes y establezca la sospecha y permita resignificar la realidad, observando sus complejidades, donde la teoría, el derecho y la política se muestran como objetos de estudio diferenciables pero inescindibles.

II | El fantasma del Derecho

En el cuento "El horla" (Maupassant, 1994), el protagonista condiciona su vida por la presencia de un vampiro que lo domina. Él no puede verlo, pero por medio de diferentes pruebas corrobora su existencia. Esta presencia termina por doblegarlo a tal punto que pierde su voluntad y al verse completamente sometido resuelve suicidarse, siendo esta la única forma que encuentra para librarse de su opresor.

El derecho opera de forma similar al vampiro, su existencia condiciona nuestros actos y nos dicta qué hacer y qué no. La presencia del derecho es invisible pero está, coexiste con nosotros y nosotras hasta en los resquicios más íntimos de nuestras vidas, está allí para regular incluso nuestra sexualidad, de manera tal que "la sexualidad de los hombres es libre, la de las mujeres, que tienen prohibido abortar tiene fuertes ataduras (...) la penalización del aborto nunca protegió ni protegerá la vida, es, más bien, un mecanismo de marginación de modelos desviados de femeneidad, que puede castigar a las disidentes o no hacerlo, pero no deja de cons-

tituir un poderoso dispositivo simbólico para ubicar a las mujeres donde es necesario que estén, dentro de la normalidad heteroimpuesta, pero fuertemente internalizada" (Hopp, 2010, 6 y 7).

Tal circunstancia no es asumida por los sujetos, esto se debe a que existe una opacidad de lo jurídico, "El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances" (Cárcova, 1998, 18). Indudablemente, tomar conciencia de la existencia de una fuerza exterior de carácter mítico que regula nuestras vidas provoca angustia, pero, en forma contraria a la resolución que tomó el protagonista del relato antedicho, se puede, a partir de visibilizar esta situación, indagar en sus razones de ser y en función de eso actuar para modificarla.

III | El Derecho: el discurso del poder

Los hombres y mujeres somos parte de una realidad social relativa por ser contingente de las construcciones sociales, donde el derecho opera como discurso. La diferencia consiste en que la realidad "cotidiana" es la única que no se cuestiona, "No requiere verificaciones adicionales sobre su sola presencia y más allá de ella. Está ahí, sencillamente como facticidad evidente de por sí e imperiosa" (Berger y Luckmann, 2001, 41). Si tenemos en cuenta que la realidad cotidiana está basada en lo que conocemos como "sentido común" y que este se performativiza alrededor de conductas y cuerpos estereotipados, la violencia que se imprime sobre aquellas personas no ajustadas al molde establecido se ejerce por medio de normas jurídicas que indican qué está permitido y qué no. Es así que el derecho exhibe su vínculo inescindible y necesariamente oculto con el poder y sobre todo con la violencia (Ruiz, 2011, 16). De hecho hasta se imponen límites al pensamiento; hay ciertas conductas que son impensables por ser consideradas contrarias a la "naturaleza". Tal valoración es singular en cada contexto cultural.

El discurso jurídico penetra con particular singularidad excediendo de la pura normatividad, "El derecho es un discurso social, y como tal,

dota de sentido a las conductas de los hombres y los convierte en sujetos. Al mismo tiempo opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer. Su sentido remite al juego de las relaciones de dominación y a la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar" (Ruiz, 2001, 11).

Derrida realiza una reflexión tomando como puntapié el lenguaje. Resalta que la expresión idiomática "toenforcethelaw", viene a recordarnos que el derecho siempre hace alusión a la violencia (Derrida, 131). Una violencia autorizada y legítima que se encuentra en su corazón, así como la guerra se encuentra en el corazón del concepto de política en términos schmittianos, ya que justamente obliga por su posibilidad de ser aplicado por la fuerza (comoultima ratio) y no hay "enforceability" de la ley, sin fuerza, sea esta directa o indirecta, simbólica, exterior o interior, brutal o discursiva, etc. Por otra parte, este autor se centra en la violencia originaria que instaura un determinado régimen jurídico.

Existe una identificación entre lo justo y lo legal, ya que hay un axioma que refleja "que lo justo y lo más fuerte, lo más justo como (as, as well as) lo más fuerte deben ser seguidos (...) el concepto o la idea de justicia implica analíticamente y a priori que lo justo sea seguido, enforced, y es justo –también en el sentido de justeza–pensar así; es necesario que lo que es más fuerte sea seguido (enforced) (...) La justicia no es justicia si no tiene la fuerza para ser enforced (...) dado que no es posible hacer que lo justo sea fuerte, lo fuerte se ha hecho justo" (Derrida, 136). Con esta línea argumental Derrida expresa que las leyes no son seguidas por ser justas sino porque tienen autoridad. Es por eso que el derecho es una fuerza performativa en su surgimiento mismo. Es una fuerza interpretativa en el sentido de que el derecho tendría una relación interna con la fuerza, el poder y/o la violencia. "La operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia performativa y por tanto interpretativa que no es justa o injusta, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundante, ninguna fundación preexistente podría garantizar, contradecir o invalidar por definición" (Derrida, 139). Esta relación es silenciada y la violencia que funda al derecho es invisibilizada como

tal y consecuentemente incuestionada. Justamente esto es lo que hace posible su deconstrucción, porque "está fundado sobre capas textuales interpretables y transformables (...) porque su último fundamento, por definición, no está fundado." (Derrida, 140). Es por esto que el autor niega que el derecho sea la justicia, pero afirma que la deconstrucción es la justicia.

La violencia que mantiene, confirma y asegura la permanencia del derecho (violencia conservadora) está enlazada con la violencia fundadora, entendida como aquella que instituye o establece el derecho (Derrida, 158). Derrida analiza la propuesta de Benjamin en relación a que los medios deben ser juzgados y no ser absorbidos por la justeza de sus propósitos (aplicabilidad) ya que de otro modo se cerraría la posibilidad de juzgar a la violencia misma. Separándose así de las tradiciones jusnaturalistas (que aspiran a justificar los medios por la justicia de los fines) y positivistas (que buscan la justicia de los fines a través de la legitimidad de los medios). El derecho para conservarse a sí mismo requiere del monopolio de la fuerza, cualquier ejercicio de esta por fuera de su autorización es un peligro para su existencia.

El derecho es violencia regulada, por eso condena la violencia individual, porque el Estado teme a la violencia fundadora, que es la que puede cambiar relaciones de derecho. Por eso marca como anómala toda manifestación violenta que exceda a la autorizada y monopolizada. Es por esa razón que la búsqueda de nuevos modelos interpretativos sigue una lógica adversarial y puede ser considerada política. Según Foucault, existe un régimen de verdad que establece los términos en los cuales será posible el autorreconocimiento, de manera que lo que puede ser se encuentra restringido de antemano (Butler, 2009, 37). El derecho, de manera taxativa, indica quiénes serán sujetos de derecho y en qué condiciones. De ahí deriva la importancia de una apertura crítica que tienda siempre a ampliar los límites de lo normado. Si en un reclamo de reconocimiento de derechos se cuestiona el horizonte determinado por la ley, la única manera de satisfacer la pretensión es criticar el régimen de verdad vigente (Butler, 2009, 40). Más aún cuando el régimen de verdad vigente conlleva a soluciones que vulneran el respeto por los derechos humanos, comprometiendo el bienestar psicofísico de las mujeres.

IV | El instinto maternal, una construcción social

El instinto maternal es una de las construcciones del sentido común, que adquiere un carácter de verdadero e irrefutable, pero que puede ser modificada por la acción política. Es por eso que realizar una deconstrucción de los discursos legales es útil, a los fines de tener consecuencias en el mundo, "cambiarlo (...) en el sentido de la intensificación máxima de una transformación en curso, a título no simplemente de síntoma o de causa".(Derrida, 134).

El protagonista del cuento "El policía de las ratas"(Bolaño, 2003) se ve impulsado por un afán de indagación que lo lleva a cuestionarse su vida y a considerar a la esencia como una ficción, desterrando preceptos que habían sido percibidos como invariables y dictados por un dispositivo de poder hegemónico.

Pepe se percata del funcionamiento de las estructuras al ver la muerte y luego al matar; la invisibilización de un discurso esencialista deja de ser algo oculto. Lo que en el principio del cuento era visto como certeza, al avanzar el relato se disuelve. Pepe se vuelve un crítico, se diferencia de la sociedad que lo ha moldeado, toma nota de la arbitrariedad en la que vive pero se resigna a esta. Es derrotado, no logra subvertir la realidad, no hace de su descubrimiento una base para la acción política: "¿Demasiado tarde para qué?, le pregunté con un bostezo. Para los cachorros y para las cuidadoras, respondió. Ya es demasiado tarde para todo, pensé. Y también pensé: ¿En qué momento se hizo demasiado tarde? ¿En la época de mi tía Josefina? ¿Cien años antes? ¿Mil años antes? ¿Tres mil años antes? ¿No estábamos, acaso, condenados desde el principio de nuestra especie?" El protagonista se hunde en el hastío y la apatía. Sólo la acción política podría haber encausado la angustia⁽⁶⁾ que le provocó descubrir otra cara de la realidad, esa posibilidad parece no existir en su mente. El impulso

.....

(6) "En el momento en que el crédito de un axioma es suspendido por la deconstrucción, en ese momento estructuralmente necesario, se puede creer que no hay lugar para la justicia, ni para la justicia ella misma, ni para el interés teórico que se dirige a los problemas de la justicia. Ese momento de suspensión, este tiempo de epoké sin el cual no habría deconstrucción posible, es angustiante, pero ¿quién pretende ser justo ahorrándose la angustia? (Derrida, 146)

que no tuvo Pepe se vio signado por su imposibilidad de cuestionar con la finalidad de derribar el modelo imperante abriendo la posibilidad de construir otra forma legítima de vivir, más allá de los actos repetitivos y rutinarios de las ratas. Pensar en la flexibilización de aquellas categorías que, durante tanto tiempo, se han presentado como inmutables y herederas de la naturaleza demuestra su raíz sociocultural y, por tanto, permeable a los cambios mediante la acción política. Esta es la razón de ser de la deconstrucción, "Discutimos en torno de la democracia, de los modelos de transición gradual hacia formas más justas de organización social, de la protección y caracterización de estas nuevas categorías de derechos; del papel legitimador del derecho respecto del poder; de la reserva con que se genera y se mantiene el conocimiento del derecho; del poder que su saber otorga porque en la búsqueda de respuestas nos va, sin eufemismos, nuestra vida, nuestra libertad, nuestra seguridad y la de nuestros hijos. No es, meramente, un ejercicio de nuestra inteligencia puesta a prueba. (...) Es un compromiso y una elección de cierta forma de práctica política en el plano de la teoría" (Ruiz, 1991, 169).

Un planteo similar al descubrimiento de Pepe en referencia a que las ratas matan a otras ratas, se puede visibilizar en la existencia de infanticidios. El caso de Romina Tejerina⁽⁷⁾, nos sirve cómo ejemplo. Se observó un desplazamiento en la forma en la que fueron presentados los hechos. Se evadió el análisis de las circunstancias que generan que a las mujeres se les impida decidir sobre su propio cuerpo, legitimándose las estructuras de sometimiento existentes, donde la construcción social de los roles que nos son asignados genera imperativos que deben ser cumplidos y que inclusive son deseados por las mismas oprimidas.

La existencia de una mujer que mata a su hijo es percibida por la sociedad como una monstruosidad, una anomalía, que niega la capacidad de razonar de quien lo lleva a cabo.⁽⁸⁾ Una mujer que subvierte su rol de manera

(7) "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Anahí Tejerina en la causa Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado" Disponible en URL: <http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=4&plcontempl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=31>

(8) El voto del Juez Maqueda deja explícita esta afirmación cuando en el considerando 25 dice: "Que, considerar la reiteración de lesiones como criterio de mayor ilicitud sin tener en cuenta los datos referidos a la culpabilidad constituye una escisión inadmisibles, pues resulta claro que si alguien, a sangre fría y premeditadamente, infiere reiteradas lesiones a una

tan violenta desafía a las estructuras patriarcales de comportamiento que le han sido asignadas según estereotipos de género. La sociedad etiqueta esto como una anomalía reveladora de locura.⁽⁹⁾ El derecho y otros discursos⁽¹⁰⁾ como el psiquiátrico, el médico y el psicológico apelan a sostener a la maternidad como rol intrínseco de la mujer por un lado y por el otro a la locura de quienes no se identifican con dicho mandato. De esta manera se ocultan las fallas. Se niegan las condiciones de desigualdad estructural y de dominación que generan que las mujeres queden embaazadas, continúen con sus embarazos y paran cuando no lo desean.

V | La prohibición del aborto, el castigo sobre los cuerpos anómicos

El estigma que supone cargar con un proceso penal es conocido. El impacto negativo que genera en las vidas de quienes son marcados por el poder punitivo estatal implica de por sí un castigo.

La relación entre miedo, derecho y violencia se puede visibilizar en la prohibición del aborto propio. Se suele afirmar que la prohibición del aborto

criatura recién nacida, es decididamente y sin lugar a ninguna duda un monstruo, pero si la infiere en las circunstancias que releva la misma sentencia, la experiencia psiquiátrica -y común- enseña que la propia reiteración es resultado de una descarga impulsiva muy poco controlada, explicable por la circunstancia de altísima tensión y por el estado puerperal, del que los autores más a la mano de medicina forense coinciden en que la impulsividad es una de sus características." El resaltado me pertenece.

(9) "Cuando una madre mata a su hijo pone en duda el fundamento mismo de la maternidad como conducta instintiva y natural, y descubre la desigual y opresiva construcción de las relaciones sociales de sexualidad donde las mujeres son sujetos condenados a comportamientos biológicamente determinados y al control y disciplinamiento de su sexualidad en nombre de la honra, la vergüenza y la moral." (Ini, 2000, 235 y 236).

(10) "Michel Foucault explica acertadamente como las prácticas judiciales definen tipos de subjetividad, formas de saber y relaciones entre los individuos y la verdad. "El derecho transmite y funcionaliza relaciones de dominación" Nada más acertado para explicar las relaciones entre las mujeres y la ley. El cuerpo de las mujeres se ha constituido históricamente en punto de entrada de normas y valores sociales a través de los discursos y las prácticas de la ley y la medicina (...) que intentaron normalizar y ordenar los comportamientos femeninos presumiblemente determinados por la compleja y débil fisonomía de las mujeres. Discursos y prácticas "oficializados" que informan "que todas las mujeres están potencialmente locas en algún momento de sus vidas (partos, menstruaciones, menopausias)" y en consecuencia deben permanecer bajo la mirada médica o psicológica." (Ini, 2000, .236).

es inefectiva para proteger a la vida en gestación, lo cual se pone de manifiesto al considerar los datos señalados precedentemente⁽¹¹⁾, sin embargo la penalización tiene un efecto sobre la vida, la salud y la libertad (entendida más allá de la posibilidad de una condena penal efectiva) de las mujeres y esa es la razón por la cual la discusión en torno a un tipo penal cuya persecución ha demostrado ser inefectiva es tan álgida. En realidad la penalización ha demostrado ser sumamente eficiente, sin necesidad de realizar una persecución penal, para tallar cuerpos femeninos perfectamente ajustados a los estereotipos de género que dominan la sociedad, donde la maternidad se expone como el rol intrínseco de las mujeres, más aun si su clase social y económica es baja, ya que son justamente estas las que pueden llegar a ser perseguidas por el sistema y son también quienes mueren o ven perjudicada su salud al no tener acceso a servicios de interrupción voluntaria de embarazos de calidad.

En este tipo penal la función simbólica⁽¹²⁾ del derecho se revela con una fuerza tan grande que muestra de manera descarada la violencia performativa⁽¹³⁾ que genera relaciones sociales. "Si bien el embarazo es algo que sucede naturalmente, es el Estado el que valora en forma negativa su interrupción; esta decisión no tiene nada de natural, ni de científico. En este sentido, la biologización de la discusión sobre el aborto pretende esconder la asignación social del rol de madres a las mujeres, la atribución

.....

(11) "La cifra negra de la justicia es escandalosa: si se calcula que se realizan cerca de 400.000 abortos al año, la cantidad de denuncias, procesamientos, juicios o condenas por este delito es insignificante. La proporción no puede siquiera compararse con lo que ocurre con otros tipos penales: se trata de uno de los delitos menos perseguidos por la justicia. Aun si se tiene en cuenta que la mayoría de estos hechos se comete en la absoluta reserva (hogares, clínicas clandestinas, consultorios), sólo se entiende el bajo nivel de persecución penal por el alto grado de tolerancia de la corporación médica y judicial, que no denuncian ni investigan, o cajonean estas causas." (CELS, 2011, 239)

(12) "El derecho significa más que las palabras de ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que el mismo inculca y fundamenta racionalmente y que se vuelven condición necesaria de su efectividad." (Ruiz, 2001, 13)

(13) Judith Butler en su obra *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad* sostiene que el género no tiene un estatus ontológico más allá de las diferentes repeticiones que constituyen su realidad. En el mismo razonamiento puede enmarcarse el derecho, de manera tal que lo legislado normaliza y legitima por repetición a determinadas relaciones de poder. El derecho, al igual que el género, actúa como una ficción performativa que limita la posibilidad de las mujeres de manifestar su identidad fuera de lo que marca el estereotipo.

de una función y finalidad a la sexualidad femenina que no es libremente determinada y la intervención en la definición de la relación de la mujer con su propio cuerpo, con su sexualidad y con su feto.” (Hopp, 2010, 4)

La metonimia es insoslayable, la mujer embarazada deja de ser persona para pasar a ser útero⁽¹⁴⁾, en palabras de Tamar Pitch: “Meros contenedores, y sin embargo responsables penalmente. Así se considera a las mujeres embarazadas” (Pitch, 2003, 78). ¿Qué mejor ejemplo que la expropiación de los úteros para visibilizar como el derecho puede intervenir en los intersticios más escondidos de la vida social diciéndonos quienes somos y seremos oprimidas? “Cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o como prohibida, está revelando donde reside el poder y como está distribuido en la sociedad” (Ruiz, 2001, 11).

Una ley que impide la autodeterminación termina consagrando un modelo de mujer fuertemente esencializado, “El derecho participa en la configuración del estereotipo “mujer”, y es a partir de ese estereotipo, que las reglas jurídicas reconocen o niegan “derechos”, a las mujeres de carne y hueso. Las formas de discriminación que ellas padecen definen espacios de conflicto, en los cuales el discurso jurídico cumple su papel” (Ruiz, 2000, 119). Somos nuestros cuerpos y el cuerpo femenino es reducido a la maternidad.

La clandestinidad de la práctica es lo que la constituye como una experiencia traumática, ya que toda mujer que quiere interrumpir un embarazo debe confrontarse con la censura social de una acción considerada disva-

(14) Esto se ve con particular énfasis en el caso de los abortos no punibles es decir aquellos que están autorizados por el código penal. Aun en casos extremos, como ser el peligro para la vida de la mujer, los médicos se resisten a realizar la interrupción del embarazo exigiendo la judicialización del caso. Un buen ejemplo de esto es el caso “Requerimiento de Instrucción Fiscal N° 1 referido a la muerte de Ana María Acevedo”, disponible en el observatorio de sentencias judiciales de ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género): www.ela.org.ar OSJ Fallo: 566. En la provincia de Santa Fe, se le negó a una mujer embarazada y enferma de cáncer de mandíbula el tratamiento que requería su patología porque causaría problemas al feto. Para el caso en cuestión lo recomendado era la interrupción del embarazo. En un sistema donde se respeten los derechos de las mujeres y donde todos los miembros de la comunidad legal apliquen y conozcan las obligaciones que el Estado asumió en relación con nuestra protección, este caso nunca hubiera existido, porque los médicos intervinientes jamás hubieran dudado respecto del derecho a la atención médica y a la vida que tenía Ana María. Se nos presenta como ridículo que los profesionales de la salud se encontraran más convencidos de su obligación de resguardar la vida del feto que del deber de salvar la vida de Acevedo.

liosa. La prohibición que induce miedos y la posibilidad de morir o ser encarcelada atacan la psiquis femenina generando dudas y temores. El aborto en sí no es un drama, sólo es la clandestinidad que genera la decisión estatal de penalizarlo. Por otra parte, al colocarse el eje del conflicto sobre la interrupción del embarazo, se invisibiliza un problema más relevante, la existencia de embarazos no deseados. Con este desplazamiento se borra la responsabilidad reproductiva que tienen los varones, centrando toda la presión y responsabilidad sobre los cuerpos femeninos.

El derecho penal coloca a la mujer en el lugar de culpable y el feto es su víctima potencial. El lugar simbólico se ha construido de manera tan efectiva que los discursos que son considerados políticamente correctos en relación a la pugna por la legalización del aborto, lo presentan como una decisión traumática. Sostienen que es contraproducente sumar a esa experiencia dramática la posibilidad de una persecución penal, ya que el poder punitivo recae en forma desmedida sobre las mujeres de bajos recursos económicos⁽¹⁵⁾ y la clandestinidad pone en peligro no solo la vida y la salud de las mujeres pobres, sino incluso sus capacidades reproductivas futuras. En este contexto el aborto, aunque legal, continúa siendo una cuestión inmoral y penosa. Sostener esto implica que el embarazo y la maternidad son experiencias instintivas; por lo tanto, ir contra ellas corrompe a la naturaleza femenina de manera tal que las mujeres que deciden interrumpir sus embarazos siempre tendrán una huella negativa en su psiquis. Esto no se corresponde con la realidad. Se universaliza a las mujeres dentro del deseo de ser madres y se niegan las subjetividades disidentes que se desarrollan por fuera de ese mandato. En esta línea argumental el aborto no es presentado en una lógica de derecho, sino de tolerancia ante una práctica siempre disvaliosa donde el objetivo no es la autonomía y la autodeterminación sino la reducción de daños. Esto se revela en la exigencia de que los abortos, de ser legales, sean practicados en el hospital, siendo el médico o médica la autoridad que regula el acceso a la práctica de interrupción del embarazo, de manera que la

(15) "los discursos más difundidos que proponen la despenalización no contienen un quiebre argumentativo sustancial ni postulan la consecución de finalidades diferentes de los discursos criminalizantes: proponen los mismos objetivos y generarán iguales resultados, se trata, por tanto, de un mero cambio de estrategias.

Estos discursos y estas prácticas contribuyen a la consecución de otros objetivos no declarados: promueven y refuerzan un estereotipo de mujer, cuya función social es la de ser madre y controlan la sexualidad femenina." (Hopp, 2010, 1)

decisión no queda dentro de la exclusiva esfera de autodeterminación de la mujer. Este punto cobra particular relevancia en un contexto donde el uso del misoprostol es accesible, ya que “podría pensarse en un sistema de información pública acerca de los fármacos que provocan abortos y el acceso sencillo y libre a ellos, esto favorecería la posibilidad de ejercer la decisión autónomamente por parte de aquellas mujeres que no consideren necesaria ni deseable la consulta con el médico o médica” (Hopp, 2010, 11)

“La realidad social como la verdad están socialmente construidas (...) son el resultado dialógico de la interacción humana. No fenómenos o cualidades metahistóricas y metahumanas, sino una estabilización, siempre precaria, de acuerdos acerca del sentido de ciertas conductas, del valor de determinadas prácticas, de la virtud de algunas instituciones” (Ruiz, 2001, 79). Es por esta razón que la lectura que se haga sobre el mundo permitirá diferentes modos de acción política para modificarlo. Ninguna lectura es neutral, todas tienen diferentes implicancias y no derivan de una mera inferencia lógica. Si se presenta al aborto como un delito donde una madre mata a su hijo se cristaliza una concepción social acerca del rol que cumple el cuerpo femenino. Es con esta operación que el derecho genera una verdad con fuertes efectos simbólicos en la vida de las personas. “Derrida apunta que, construir una identidad implica la exclusión de algo y el establecimiento de una cierta jerarquía de polos resultantes” (Ruiz, 2000, 125). La construcción de un estereotipo femenino absorbido por la maternidad se cristaliza en la prohibición del aborto, excluyendo la posibilidad de separar la sexualidad de la reproducción. Es un desafío de la democracia de nuestro Estado profundizar la igualdad permitiendo el florecimiento de la pluralidad de las voces, en este caso voces de mujeres que se niegan a seguir el mandato patriarcal de ser madres. Invisibilizar este planteo es la negación de una realidad presente. “La principal pregunta que cabe hacerse frente a ello es si a la sociedad no le preocupa la exclusión de una parte de la población, o si tan solo no ve nada malo en ello. De una manera u otra, el resultado es el no reconocimiento, dentro de una comunidad moral, de ciertos intereses, lo que genera una discriminación subterránea y pasiva que parece no encajar dentro de los límites de lo que llamamos violencia, pero cuyos resultados implican la mutilación de los planes de vida de aquellas personas que no se ajustan a la norma” (Cartabia, 2012, 127)

La prohibición del aborto teje una lógica adversarial de amigo/enemigo-donde se evidencia lo político, la existencia del enemigo amenaza el propio modo de existir, entonces combatirlo o defenderse de él se convierte en una forma de salvar la manera de vida propia, porque la existencia del "otro" amenaza nuestra identidad. La prohibición del aborto interroga a los cuerpos de las mujeres, las buenas mujeres gestan, crían y aman a los hijos que engendran como producto principal de su sexualidad, las malas mujeres abortan y deberían ir presas. En este contexto, la lucha por la legalización del aborto -en realidad, la lucha por el reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos sexuales y (no)reproductivos- es decididamente política. El derecho se constituye como un campo de batalla.

Visto el derecho como lucha, es válido preguntarse qué es en realidad lo que da origen a las teorías jurídicas, qué se busca justificar o validar por medio de ellas, y por qué el rasgo de cientificidad sirve para legitimar determinadas prácticas. Las circunstancias político-sociales, históricas, económicas, ideológicas, etc., influyen y se disputan constantemente en el debate que se genera alrededor de la ley. El resultado de esas luchas se verá reflejado en el producto final.

VI | La violencia de la normalidad y la posibilidad de cambio

La película "Funnygames"⁽¹⁶⁾ exhibe una violencia descontrolada, donde es fácil que el espectador tome partido por la familia ya que "Como advierte Zizek< (...) El horror sobrecogedor de los actos violentos y la empatía con las víctimas funcionan sin excepción como un señuelo que nos impide pensar>" (Ruiz, 2011, 11). El film muestra una lógica adversarial donde el maniqueísmo se hace patente. Existe una perturbación del estado "normal" de las cosas en un sitio apacible donde las familias pasan sus fines de semana, esta violencia es subjetiva. Sin embargo la violencia inherente a ese estado de cosas "normal" nunca es visibilizada, porque justamente es la "que sostiene la normalidad de nivel cero contra lo que percibimos como subjetivamente violento". Los casos de violencia subjetiva ocupan

(16) Michael Haneke, 2007.

el lugar de anormalidades que alteran en orden social establecido y deben ser enmarcados en la locura. Es por esa razón que no considerar a Romina Tejerina una loca es un peligro social, presupone que la maternidad muchas veces es impuesta a las mujeres y subvierte el mito del instinto maternal, de la mujer madre, amorosa, dedicada y sacrificada por su familia. Un análisis de las circunstancias relativas al caso revela la existencia de una violencia objetivahacia las mujeres al no otorgar opciones reproductivas. Esto cuestiona una de las bases sobre las cuales se asienta el orden social: la familia. Esta situación, en el cuento de Bolaño, se podría traducir en la siguiente frase reveladora: las ratas matan a sus crías.

La definición de lo femenino enlazada a una esencia maternal es falaz. Gilles Deleuze (Deleuze, 2006, 32) discute a la esencia e indica que las cosas son potencia, es decir lo que pueden ser o hacer. Entonces los sujetos ya no están definidos por una esencia cualitativa sino por una potencia cuantificable. La idea de que lo mejor para el sujeto es realizar su plan de vida según lo que más se ajuste a su esencia es una imposición violenta generada por quienes creen tener competencia para establecer qué es lo constitutivo de cada sujeto, limitando así los planes de vida de las personas, reduciendo mediante prohibiciones y estímulos el margen de acción de los sujetos, configurando así el estado social y el ser social, por medio de una limitación a lo que se puede.

Ya se ha explicitado la función performativa del derecho, sin embargo este discurso tiene, paradójicamente una función transformadora.

Judith Butler nos introduce en la teoría de Adorno en relación con los problemas de la filosofía moral indicando que "(...) las cuestiones morales siempre surgen cuando las normas morales de comportamiento dejan de ser obvias e indiscutidas en la vida de una comunidad"(Butler, 2009, 14). Las cuestiones jurídicas siguen la misma lógica, pero la resistencia ante tales cambios se manifiesta en forma violenta. "Una vez que el estado de conciencia humana y el estado de las fuerzas sociales de producción han abandonado esas ideas colectivas, estas adquieren características represivas y violentas (...) instrumentaliza la violencia para mantener la apariencia de su carácter colectivo (...) Se niega a volverse pasado, y la violencia es su modo de imponerse al presente. A decir verdad, no solo se le impone, también procura eclipsarlo, y ese es precisamente uno de sus efectos

violentos" (Butler, 2009, 13). Esto sucede porque el derecho, en su esfera performatizadora, cristaliza, reifica y a su vez genera realidades e ideas.

El derecho es una herramienta que, para combatir la discriminación, resulta ambigua. Su cara performatizadora refuerza estereotipos fuertemente esencializados, la otra cara resulta útil para constituir a las personas discriminadas en sujetos de derecho dentro de instituciones que antes los rechazaban. Ambas esferas son dependientes ya que, una vez incluidos algunos sujetos (aquellos que en una determinada coyuntura hayan contado con el poder suficiente para lograr visibilizarse y hacer oír su reclamo con éxito), se habrán dejado a otros grupos menos significantes afuera, cuya visibilización será aún más compleja, porque la simple reasignación de derechos no representa, por sí sola, una verdadera inclusión. Es por esa razón que siempre debe tenderse a buscar ampliar las fronteras del derecho, ya que nunca será suficiente lo que se legisle.

Foucault, al desarrollar su pensamiento sobre el poder, indica que la disciplina tiene como función principal "enderezar conductas" y encausar las singularidades, donde el poder tiene a las personas como objetos y, a su vez, como instrumentos de su ejercicio. El derecho no está exento de esto, la sanción⁽¹⁷⁾ opera en forma normalizadora (Foucault, 2002).

Entonces, es necesario considerar desde dónde y con qué fundamento se construyen los paradigmas de lo natural y de lo correcto, y si dicha construcción social reguladora contó con todas las voces al ser fijada, ya que, de no ser así, dicha imposición perpetuará la opresión sobre quienes sean disidentes del modelo.

Un paradigma que se presenta como universal, que no es sensible a las particularidades de los individuos ni se propone generar respuestas a las demandas que estos efectúen, genera marginación por medio del no reconocimiento de los derechos. Subvertir esos obstáculos posibilita a las personas el pleno desarrollo de sus planes de vida. Este ejercicio implica respetar el grado de autonomía reconocido, donde cada individuo es un fin en sí mismo y debe ser merecedor de que las instituciones no reduzcan sus posibilidades de opción, es decir interpongan obstáculos al libre

(17) Tomo el término sanción en un sentido amplio. El no reconocimiento o negación de derechos también es entendido como una sanción.

desarrollo de la persona. Justamente, por este efecto, la participación de todos los sectores es importante en el debate, ya que en una sociedad democrática es obligación incluir la pluralidad de sectores que componen el abanico social.

La prohibición actual del aborto impone a las mujeres una carga que les impide decidir sobre su plan de vida. Quien tiene un embarazo no deseado pierde su autonomía al punto tal que, sobre su cuerpo, deciden médicos, jueces, etc. Las mujeres no son respetadas como seres humanos, ya que no son consideradas como un fin en sí mismo; simplemente, son un vehículo para la reproducción. Reconocer una autonomía a medias es otorgar una dignidad a medias. El principio de igualdad obliga a reconocer a los sujetos derechos plenos.

“La identidad de la mujer no se modifica sin afectar su entorno, sin poner en peligro la identidad reconocida a los hombres(...), (por lo tanto) los vínculos culturalmente establecidos (y jurídicamente legitimados) entre hombres y mujeres no son estables, se alteran cuando aparecen nuevas identidades o cuando las dadas se componen de manera distinta” .(Ruiz, 2000, 128). Permitir o prohibir el aborto tiene efectos simbólicos fuertes. La legalización no solo implica la asunción del tópico como una cuestión de interés para el Estado, también tiene la potencialidad de redefinir qué puede lo femenino y, en consecuencia, su par considerado binario, “La misoginia de hoy, sobre el aborto como sobre otros temas, nace del fantasma de la autoridad que hemos ganado, y que los varones y la sociedad entera no saben reconocer y por ello se oponen exageradamente. Desproporcionada reacción no a la reivindicación, sino al hecho de la libertad femenina” (Pitch, 2003, 96).

Foucault postula que sólo hay poder donde hay resistencia. Es en este contexto que las prohibiciones adquieren sentido porque lo que buscan es someter la libertad de la población.

El aborto libre pone en cuestión un tipo de racionalidad heteronormativa y patriarcal ya que quienes resisten “no pueden satisfacerse con denunciar la violencia o criticar una institución. No basta con denunciar la razón en general. Lo que hace falta volver a poner en tela de juicio es la forma de racionalidad existente” (Foucault, 1990, 139). Si esta operación no se lleva

adelante, no se evitará que otras instituciones, con los mismos objetivos y los mismos efectos, ocupen su lugar.

No sólo se prohíbe una acción, sino que se impone ser madre constituyendo una identidad en forma violenta y el vehículo es el derecho. La violencia subjetiva que encierra la penalización del aborto requiere un cambio legal. Sin embargo esto, como lo es cualquier reforma legal, no será suficiente para asegurar a las mujeres el pleno goce de sus derechos sexuales y (no) reproductivos. " Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho requiere la apertura a nuevos paradigmas epistemológicos para el discurso jurídico, conjuntamente con una radical profundización de las prácticas democráticas en los espacios públicos y privados (...) una participación activa y permanente del Estado a través de la formulación y ejecución de políticas públicas inclusivas y de un Poder Judicial que no renuncie, bajo ninguna circunstancia, a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean sólo palabras" (Ruiz, 2011, 19)

Bibliografía

- Alchourrón, C.E. (1996), "On Law and Logic", *Ratio Juris* 9, vol. N°4, pp. 331-348.
- Berger y Luckmann (2001), "La construcción social de la realidad", Buenos Aires: Amorrortu.
- Bolaño, Roberto (2003), "El policía de las ratas", *El gaucho insufrible*, Barcelona: Anagrama.
- Butler, Judith (2001), "El género en disputa", Méjico: Paidós.
- Butler, Judith (2009), "Dar cuenta sí mismo: Violencia ética y responsabilidad", Buenos Aires: Amorrortu.
- Cárcova, Carlos María (1998) "La opacidad del derecho", Madrid: Trotta
- Cartabia, Sabrina A. (2012), "Toda sentencia es política", *Los derechos de las mujeres en la mira*, Buenos Aires: ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.
- CELS (2011), Informe de Derechos Humanos.
- Deleuze, Gilles (2006), "En medio de Espinoza", Buenos Aires: Cactus.

Derrida, Jacques "Fuerza de ley: el "fundamento místico de la autoridad"", disponible en URL:

http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11_07.pdf

Foucault, Michael (1990), "Omnes et singulatim: hacia una crítica de la razón política", Barcelona: Paidós.

Foucault, Michel (2002), "Vigilar y castigar, el nacimiento de la prisión", Buenos Aires: Siglo veintiuno.

Hopp, Cecilia Marcela "Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate". Ponencia presentada en las II Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales, 28 de octubre 2010, UBA, Derecho.

Ini, María Gabriela (2000), "Infanticidios. Construcción de la verdad y el control de género en el discurso judicial", Historia de las mujeres en Argentina, s. XIX, Taurus, Buenos Aires.

Maupassant, Guy (1994), "El Horla". México: CNCA.

Pitch, Tamar (2003), "Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad", Madrid: Trotta

Ruiz, Alicia (1991), "La ilusión de lo jurídico", Materiales para una teoría crítica del derecho, Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Ruiz, Alicia (2000), "De las mujeres y el derecho", El derecho en el género y el género en el derecho, Buenos Aires: Biblos.

Ruiz, Alicia (2001), "Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo", Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ruiz, Alicia (2001 b), "La construcción social y jurídica de la verdad", Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ruiz, Alicia (2011) "Violencia y vulnerabilidad", Revista Institucional de la Defensa Pública, Año 1, N° 1, Buenos Aires.

El conocimiento jurídico positivo: más allá del moralismo epistemológico

por HORACIO CORTI⁽¹⁾

“C’est que le savoir n’est pas fait pour comprendre, il est fait pour trancher”

Michel Foucault, “Nietzsche, la généalogie, l’histoire”

¿Cuáles son las características más destacadas del conocimiento jurídico moderno efectivamente existente? ¿Es relevante el concepto de verdad?

Las notas que siguen apuntan a contestar esas preguntas, tomando como ejemplo la doctrina constitucional argentina⁽²⁾.

1. Comienzo por un comentario local para así confesar que estas observaciones se basan en la extrañeza: es difícil comprender el sentido de los debates habituales de nuestro medio académico, mucho menos el curso de su desarrollo, al menos de su departamento de filosofía del derecho o de la hoy llamada, felizmente, teoría general del derecho (pues de esa manera se admite que la filosofía es otra cosa y está en otro lugar), centrados obsesivamente en el concepto de necesidad.

(1) Doctor en Derecho. Juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. Profesor Titular de Derecho Tributario y Finanzas Públicas de la UBA.

(2) Este trabajo es un momento de una investigación colectiva aún en curso, dirigida por Jorge Cerdio y Germán Sucar y organizada por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), sobre Verdad y Derecho, en sus dimensiones doctrinarias, históricas e iconográficas.

Me explico. Cualquier acercamiento al derecho positivo muestra que él resulta incomprendible sin tener en cuenta su concreta referencia a la justicia o, al menos, su positiva pretensión de tener algo que ver con la justicia⁽³⁾. La significación real de la justicia es de tal magnitud que a un poder del Estado se lo denomina sin más "la Justicia" y a la tarea de los jueces la de "hacer justicia". Gran cantidad de instituciones jurídicas particulares se justifican como medios técnicos concretos para hacer justicia, desde reparar un daño (la responsabilidad civil) hasta proteger la dignidad de las personas (el derecho a la salud). El vocabulario de la justicia se encuentra íntimamente imbricado con el de las libertades y los derechos; también en otro plano, aunque indisoluble, con el discurso del poder⁽⁴⁾. Cuando se discuten diferentes maneras de enfocar y resolver un problema desde el derecho positivo inevitablemente surge la pregunta sobre cuál es la respuesta jurídica más justa. Interrogarse por la justicia forma parte del hecho mismo de hacer derecho, por lo tanto no es algo que pueda obviar cualquier reflexión de ese hacer en su positividad empírica.

Por cierto, no sólo hay referencias a la justicia, pues hay, por un lado, instituciones que protegen, o pretenden o dicen proteger, la seguridad y la estabilidad de las situaciones, aún cuando desde otra óptica ellas sean injustas, tal el caso de la prescripción y caducidad de las acciones procesales, mientras que, por otra parte, hay también instituciones que se vinculan a la solidaridad, la independencia nacional o incluso la necesidad, pues, de acuerdo a ciertas doctrinas, hay situaciones injustas, que implican restringir con intensidad un derecho pero que se consideran justificadas ante la gravedad o urgencia.

Esta diversidad de situaciones, que hacen a la experiencia jurídica misma en su positividad y realidad concreta, son puestas en un lugar secundario, tal vez por demasiado pedestres, frente a interrogantes inverosímiles respecto del carácter necesario, o no, de la relación conceptual entre justicia y derecho.

(3) La pretensión jurídica de tener autoridad, en el sentido de aspirar a ser obedecido por el hecho mismo, o por el sólo hecho, de ser derecho, no es incompatible con la pretensión de ser justo. En todo caso, es la confluencia histórica de diversas pretensiones una de las características empíricas más relevantes del derecho moderno.

(4) En el largo plazo de la historia occidental no hay discurso de legitimación del poder que no apele de una u otra forma a la justicia (Krynen, 2009). Lo mismo sucede, correlativamente, con todo discurso crítico del poder.

Es difícil entender de dónde surge la *fascinación por la necesidad*, sea para afirmarla o negarla.

También es evidente que no resulta tampoco fácil dilucidar cuál es el lugar de la necesidad en la historia humana: ¿fue necesaria la esclavitud en las sociedades antiguas, la cristianización de la cultura romana, la separación de la Iglesia y el Estado, las relaciones feudales, la colonización europea de África, las dos guerras mundiales? ¿Hay alguna necesidad en nuestra manera moderna de vivir el derecho?

No creo que las anteriores sean preguntas interesantes.

Lo mismo sucede, por otra parte, si pasamos al ámbito de los conceptos, como si estos tuviesen o pudiesen tener características inmutables. Analizar un concepto no conduce a encontrar o estipular rasgos universales (y en este sentido necesarios) sino a hacer la historia de la formación, devenir y quizás disolución de ese concepto, es decir, de la variabilidad de los rasgos o características que conforman su construcción, reformulación y uso, en el marco de prácticas, discursos e instituciones, también inmersas en procesos históricos.

Sí en cambio sería interesante preguntarse cómo llegamos a una cierta situación histórico-conceptual y qué extraños caminos se recorrieron; qué multiplicidad de azares, accidentes y encuentros tienen que haberse dado para que surgiera tal o cual discurso, concepto, práctica o experiencia; de qué manera se generan, modifican o eventualmente desaparecen las instituciones, los pensamientos, los saberes, las emociones, las creencias, las costumbres, las valoraciones o nuestras formas de vida. Todo lo cual comunica las ideas, representaciones y valores con la multiplicidad y cotidianeidad de hechos contingentes, entramados con los intereses, fuerzas y poderes que hacen a la vida social.

2. En nada nos cambia responder sí o no a la pregunta de si hay una conexión necesaria entre valoraciones y derecho.

Esto sucede tanto al conocer el derecho como al practicarlo, actividades que resultan, como señalaré enseguida, muchos menos escindidas de lo que se tiende a creer.

En otro momento histórico viviríamos como inseparables la religión y el derecho. Seguramente, el uso de tales términos para señalar actividades diferenciadas nos resultaría inapropiado.

En la Grecia arcaica, por ejemplo, tal vez no hubiese tenido sentido esa distinción de actividades, religión y derecho, que para nosotros resulta

evidente como consecuencia de procesos históricos concretos a través de los cuales se producen diferenciaciones sociales. ¿Por qué tendríamos que acercarnos a dicha sociedad con categorías que le son ajenas?

Ni los discursos, las prácticas o los saberes existen siempre, y si existen no lo hacen de la misma forma o no son distinguidos de la misma manera. De ahí que tampoco tenga mucho sentido referirse a una distinción (o conexión) necesaria entre religión y derecho, o entre normas jurídicas y religiosas como planteaba Kelsen el asunto con universalidad en las sucesivas ediciones de su Teoría Pura, como si, por otra parte, la religión pudiera reducirse a normas o como si todas las religiones respondieran al esquema, demasiado simplificado (o demasiado apegado a las religiones monoteístas), de normas respaldadas por sanciones aplicadas por autoridades trascendentes.

Hoy, en las sociedades occidentales secularizadas (o que dicen serlo), la práctica jurídica guarda autonomía frente a la actividad religiosa y, en paralelo al ejemplo anterior, más interesante que preguntarse sobre necesidades es interrogarse sobre todas las circunstancias particulares y concretas que han llevado a que esto sea así y no de otra forma.

Es banal decirlo, el derecho cambia. Pero no sólo su contenido, como si hubiese formas generales inalterables (así las normas generales), inherentes a un supuesto concepto de derecho. *Es la actividad en sí misma la que muta, se transforma y deviene.* Es decir: las actividades sociales tienen una historia concreta en la cual se diferencian (una actividad única se divide en dos o más), se unifican (dos actividades separadas se hacen indistinguibles) o desaparecen.

3. La comparación con el arte puede ser útil, ante todo, porque de forma análoga a lo que sucede con nuestra experiencia del derecho, hay sociedades en las cuales la distinción entre arte y religión carece de sentido. Nosotros vemos arte donde otras culturas aprehenden una actividad humana no reducible a dos prácticas autónomas como lo son para nosotros el arte y la religión, autonomía también completamente problemática pues muchas veces se ven en el arte algunos rasgos tradicionales de la religión, de ahí la figura del poeta como vidente, pensemos en Rimbaud, o de la música como expresión ritual de una comunidad, así Wagner.

Pero más allá de esto, lo destacable es que el desarrollo histórico del arte modifica qué se entiende por arte. No hay un concepto general de arte, una forma ideal, una definición, respecto de la cual se identifiquen instan-

cias particulares, las obras de arte. El devenir concreto del arte y el hacer mismo de los artistas modifica la experiencia del arte (de hecho, para el artista de vanguardia hacer arte con éxito significa modificar qué se entiende por arte).

Cuando Marcel Duchamp realiza sus ready made; cuando John Cage hace una obra musical con silencio; cuando Henri Michaux disuelve la diferencia entre dibujo y escritura; cuando en 1968 Carlos Bony sienta a una familia obrera durante diez días sobre una tarima del Instituto Di Tella y dice que eso es una obra llamada La familia obrera, no sólo se producen obras diferentes a las ya existentes sino que se va modificando el concepto y nuestra visión sobre el arte.

Qué es arte no es objeto de una definición general, de un concepto abstracto, de una esencia; tampoco de una supuesta definición convencional o subjetiva precedida por un análisis lingüístico-conceptual, sino que *resulta de un devenir, de un proceso histórico efectivo y concreto*⁽⁵⁾. Por eso no sabemos con exactitud en qué va a derivar el arte.

No veo qué habría de diferente respecto de la actividad jurídica. Hoy nos resulta natural la centralidad de la existencia de normas generales creadas por una autoridad legislativa. Pero hay sociedades que poca relevancia le han dado a las normas generales y donde la resolución de un conflicto no pasa por la aplicación a un caso de una regla preexistente sino por otros medios, como la adivinación, las pruebas físicas o la respuesta a un desafío. Hay grupos humanos guiados por costumbres, por ejemplo mercantiles, y que ante alguna diferencia disponen de medios de composición particular del conflicto. La existencia de Estados nacionales que ejercen soberanía exclusiva sobre un territorio y población determinados es un avatar reciente de la historia y antes de ello resulta impensable algo así como un orden jurídico nacional. Durante la baja edad media europea coexistían costumbres locales, la jurisdicción eclesiástica e incluso el derecho romano, aún cuando ya hubiese desaparecido la sociedad que siglos atrás le dio nacimiento. Recordemos, para apreciar un contraste aún mayor con evidencias que tienden a naturalizarse, esas sociedades sin Estado a las que se dedicó Pierre Clastres.

(5) Agrego: es un recurso intelectual poco sugerente limitarse a la distinción objetivo/subjetivo. Descreer de una definición, calificación o caracterización objetiva no nos conduce, automáticamente, al ámbito de lo subjetivo. Un concepto como el de "perspectiva" creado por Nietzsche en el siglo XIX va más allá de aquella distinción e ilumina de otra manera nuestra comprensión de los fenómenos.

4. Estas impresiones preliminares son decisivas para relativizar gran parte de las disquisiciones habituales sobre el conocimiento jurídico guiadas por las fuerzas mitológicas de la necesidad, la generalidad y la idealidad. Lo cierto es que tampoco habría que tener una gran preocupación pues aquellas disquisiciones, encerradas en el ámbito académico de la llamada teoría general del derecho, habitualmente no salen de allí y el conocimiento realmente existente, la ciencia jurídica positiva, sigue su propio camino.

Tal vez esto sea lo razonable, es decir, teóricos generales discutiendo entre sí, refiriéndose unos a otros, como Hart criticando en *El concepto de derecho* el modelo simple de Austin y los sucesores de Hart criticando o parafraseando a Hart y así sucesivamente en un espacio arquitectónico cerrado, sin que sientan la exigencia de apreciar qué sucede en el mundo cotidiano, demasiado confuso ante la limpidez de sus categorías.

En vez de acercarse, de acuerdo a la tradición positivista de ser fiel a los hechos, a la contingencia de los sucesos, a la modestia de la historia, a los azares de la vida o a las tensiones y distensiones de las fuerzas político-sociales, se gira alrededor de un imaginario Rex⁽⁶⁾.

La ingenuidad se convierte en torpeza al haber intentado pedir algo que no se podía ofrecer: una teoría general sólo da proposiciones generales y si ellas nada tienen que ver con lo que efectivamente sucede el problema está en lo que sucede, no en tales proposiciones⁽⁷⁾.

Quizá esta situación no sea tan anómala y también se verifique en otros campos del conocimiento, muy diferentes al jurídico. La ciencia física moderna (galileana según la calificación convergente de Kuhn y Koyré), se despliega en sí misma, sigue su propio curso y poco tiene que ver con las discusiones de los epistemólogos normativos que se refieren a ella.

.....

(6) Curiosamente, visiones muy alejadas de los hechos y, en cambio, basadas en situaciones imaginarias u obsesionadas por las disquisiciones generales han recibido el calificativo de positivistas.

(7) Esta es una actitud que parece habitual en el ejercicio de la teoría general del derecho. Así, por ejemplo, se dan como evidentes definiciones estrechas de la juridicidad (el derecho sólo está compuesto por normas) que conducen a considerar como no jurídicos aspectos centrales del derecho, así los preámbulos de las constituciones. Dado que dichos preámbulos contienen retazos de doctrinas políticas o de narraciones políticas y no normas, entonces no serían jurídicos y, en un sentido estricto, no formarían parte del derecho positivo. Ante ello la habitual respuesta de la teoría general no es que la visión que se tiene sobre el derecho es demasiada estrecha sino que, en la realidad, todos consideramos jurídico algo que evidentemente no lo es. Se llega a afirmar así (y sin que eso cause extrañeza) que el preámbulo de la constitución argentina no tiene significación jurídica.

La física se aprehende, es banal decirlo, estudiando y haciendo física, no leyendo a Kart Popper o a Ernst Nagel; más aún, al desarrollo de la física le es indiferente que la mayoría de los epistemólogos digan que la verdad es coherencia o correspondencia. Por supuesto, los epistemólogos pueden deplorar la indiferencia o ignorancia de los físicos, ¡pero estos continúan con su actividad!

Esto no significa que sea vano reflexionar sobre la propia actividad, lo hacemos habitualmente sin que por esa razón nos convirtamos en inquilinos de los departamentos de metodología. Los artistas reflexionan sobre lo que hacen, y así también lo hacemos hoy en día quienes nos dedicamos a la doctrina, dogmática o ciencia jurídica. Sucede, claro, que el que reflexiona sobre una actividad a veces no la ejerza. Harold Bloom escribe sobre Shakespeare, no escribe obras de teatro. La diferencia es notoria. Pero a diferencia de nuestros teóricos generales, Bloom no dice cómo debiera leerse a Shakespeare sino que escribe sobre las obras concretas de Shakespeare y transmite su experiencia de lectura; en la historia de la práctica literaria no figurará sólo Shakespeare sino también Bloom, y los libros de Bloom, además de enriquecer la lectura de Shakespeare, se disfrutan por sí mismos. La crítica literaria y la obra teatral, aparentemente distinguidas, disuelven su individualidad en el texto interminable y anónimo de la literatura⁽⁸⁾.

No hay un conocimiento jurídico en general ni una idea general sobre el conocimiento jurídico, un modelo. Esto está implicado en el lema de atenerse a los datos positivos, a la experiencia concreta, a la singularidad de nuestra actividad. Es curioso ver cómo el llamado positivismo tiene más apego a sus *ideales*, a los que supone moralmente racionales, sobre cómo debe ser la ciencia del derecho (descriptiva, neutral, etc.) y cómo debe ser visto al derecho (¡por ejemplo como un sistema axiomático en términos de Tarski!) que a lo positivo que efectivamente ocurre⁽⁹⁾.

(8) Quiero decir: Bloom no se dedica a predicar cómo otros deben leer a Shakespeare sino que él mismo lee a Shakespeare y en todo caso aquel deber sobre cómo leer se muestra en el producto mismo de su lectura.

(9) A. Dado que la epistemología, la metodología, la teoría general o como quiera se llame la actividad que realizan los positivistas jurídicos no es una ciencia (pues hasta ahora nadie ha dado argumentos convincentes para acreditar la existencia de una ciencia de la ciencia), cabe preguntarse cuál es el estatus de aquellos ideales y deberes. Sería ruinoso aplicar la siguiente apreciación de Bulygin respecto de los enunciados no científicos: "tales juicios dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos, que por respetables que sean no son susceptibles de control racional" (discurso en ocasión de recibir su investidura como Doctor Honoris Causa por parte de la Universidad de Alicante, que puede consultarse en "Derecho al

De hecho, en una sociedad puede haber actividad jurídica sin una doctrina, sin un cuerpo especializado dedicado al conocimiento, como puede haberlo sin abogados, sin fiscales, sin procuradores, sin jueces o sin legisladores (Cannata, 1996). El doctrinario, el profesor universitario, la enseñanza del derecho, el publicista, son todas figuras históricas que tienen su lugar y momento preciso de emergencia, no son datos universales (Jestaz y Jamin, 2004).

Referirse al conocimiento jurídico significa reflexionar sobre cómo se desarrolla ese conocimiento, aquí y ahora, en condiciones particulares y de formas particulares, donde sólo la investigación comparativa (histórica, etnológica, archivística; no el análisis de las palabras o conceptos) puede mostrar semejanzas y diferencias, rasgos comunes o diferenciales.

Como sucede en muchas ocasiones puede resultar que las diferencias y las semejanzas se encuentren donde no se las esperaba, así lo muestran investigaciones como las de Michel Foucault en *Las palabras y las cosas*, donde exhibe rasgos semejantes de actividades o discursos que el sentido común (y cierto sentido común metodológico y epistemológico incluido) tiende a separar, como, por ejemplo, la botánica, la gramática, la pintura y la literatura, de ahí que pueda pasar sin solución de continuidad de Velásquez a Linneo o de Cuvier al Marqués de Sade. Ciertamente, Foucault no se detuvo en generalidades conceptuales como la ciencia del lenguaje o la ciencia económica o la pintura sino que se dirigió a los textos singulares, a lo efectivamente dicho, escrito y pintado, sin los estereotipos previos que, por caso, separan la ciencia del arte (por eso nos invita a ver formas semejantes de pensamiento que actúan en la ciencia y en el arte), de ahí que él mismo, al reflexionar sobre su propio método se llamó a sí mismo positivista, aunque nada que ver con los positivistas jurídicos, más apegados a los mitos e ideales que a los hechos.

Incluso más elocuente es la imagen que nos da *La historia de la locura en la época clásica*. Otra vez, nada que ver con la locura en general, con

Día”, Boletín informativo de la Facultad de Derecho, año 7, n° 135.). Que el gusto por ejemplo estético no sea susceptible de una conversación racional parece ignorar cientos de años de reflexión estética y de historia del arte. Aquella apreciación de Bulygin no es tanto falsa como extravagante. B. La anterior nota me lleva a la siguiente reflexión: cómo disquisiciones extravagantes pueden pasar por evidentes, naturalizarse y transmitirse como obvias. Valga como ejemplo una teoría como la de Rawls, paradigma de lo extravagante, que logra convertirse en un sensato tema de conversación gracias a los múltiples mecanismos de las instituciones universitarias, editoriales y culturales. Claro que si la extravagancia es un elemento central para medir la fuerza de una filosofía no cabe duda que Rawls es un filósofo de una fuerza extraordinaria, ya que lleva al pensamiento a grados inimaginables de falta de cordura.

discusiones sobre relaciones necesarias o sobre rasgos definitorios, sino una atención meticulosa a lo efectivo, al desarrollo de las instituciones, a las mutaciones y cambios, a las múltiples reflexiones y fuentes escritas, a las imágenes de los pintores y de los poetas y que lo lleva a desplazarse, sin solución de continuidad, por un escenario donde conviven todo tipo de personajes, de Diderot a Janet, de Holderlin a Pinel. De ahí esa famosa frase de Foucault tan llena de resonancias y de evocaciones: la locura no existe⁽¹⁰⁾.

5. El clima (expresión afortunada de Enrique Marí) en el que sitúo estas observaciones es el de la doble variación histórica del derecho y de su conocimiento.

Hay un sinuoso, enmarañado e intrincado desenvolvimiento histórico que desemboca transitoriamente en los que hoy llamamos el derecho y su conocimiento⁽¹¹⁾.

Estamos en un punto preciso de la historia del derecho que implica, o supone, cierta configuración de su conocimiento.

Para captar este doble movimiento resulta insuficiente apelar a la distinción y posterior relación entre un lenguaje (el derecho, las normas) y un metalenguaje (el conocimiento, las proposiciones normativas), principalmente porque el derecho no es un lenguaje (o una cosa, siquiera inmaterial, como las normas en un sistema normativo). Involucra el lenguaje (aunque no siempre) pero no se agota en él.

El derecho moderno, presente, el derecho que vivimos hoy en nuestras sociedades, es una actividad social, no una entidad, un texto o alguna abstracción expresada por ese texto.

Es una actividad colectiva, tanto conflictiva como cooperativa, que involucra textos pero que no se reduce a ellos, y donde juegan, en combinaciones siempre renovadas y entre otros tantos factores sociales y culturales, *fuerzas, poderes, imágenes, símbolos, normas, valores, mitos, esquemas conceptuales, ficciones e intereses*.

(10) Sería interesante comparar las formas de plantear los problemas de La historia de la locura y El concepto de derecho y así poder distinguir un positivismo que avanza a través de disquisiciones generales, distinciones conceptuales y ejemplos imaginarios (Hart) de otro que intenta descifrar la efectividad de los hechos (Foucault).

(11) Digo transitorio porque pronto, seguramente, el derecho y su conocimiento serán algo diferente de lo que vivimos hoy, algo que tal vez no seamos capaz de reconocer.

Por eso estudiar derecho es comprender una actividad compleja, no, por ejemplo, conocer normas (identificarlas, clasificarlas y sistematizarlas según la versión metodológica oficial o estándar).

Desde otro ángulo, la imagen de lenguaje y metalenguaje transmite la idea de una separación, hay quienes dirán tajante entre uno y otro elemento, esto es, entre el derecho y su conocimiento. A la simplicidad de esa oposición ideal cabe oponerle la complejidad efectiva que verificamos al tomar nota de la propia actividad jurídica entendida como una práctica.

Son varias las observaciones aquí pertinentes.

Los textos jurídicos sólo son comprensibles a través de la visión institucionalizada, e internamente plural, de la doctrina. Ciertamente, hay significados espontáneos, un sentido común, una precomprensión colectiva de los textos jurídicos. Conocer el derecho es ir más allá de esa inmediatez.

Imaginemos que a alguien que quisiera conocer el derecho constitucional argentino sólo le dieran el texto de nuestra constitución.

Podría decir lo siguiente:

“el artículo 16 del texto de la constitución argentina dice: la igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas”.

Si quisiera darle énfasis a su frase diría:

“es verdad que el artículo 16 del texto de la constitución argentina dice: la igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas”

De una forma u otra lo que expresan estas proposiciones es lo mismo que dice el texto. Propositiones triviales y poco informativas. Paráfrasis.

Si se quisiera conocer algo más relevante sobre la realidad jurídica constitucional argentina en su positividad se abre una diversidad de caminos posibles para recorrer: indagar en los orígenes históricos de la fórmula, así como en las luchas y polémicas de las que surge; ver qué se hizo doctrinariamente con dicha frase, qué significados se le dio, qué discusiones hubo, con qué se la vinculó y con qué no; seguir el curso de las decisiones estatales (leyes, reglamentos, ordenanzas, actos particulares) y de los debates que pudieran haber involucrado dicho artículo y, de igual forma, la sucesión de decisiones judiciales que se hubiesen suscitado; relevar los impuestos y cargas públicas efectivamente existentes; comunicar las doc-

trinas producidas, los debates públicos y las decisiones judiciales con la estructura económico-social real en cada momento; poner de manifiesto las visiones políticas más amplias (y los intereses económicos) con las que se vincula cada una de las posiciones generadas...

Una frase jurídica positiva, el artículo 16 de la constitución, no remite a un significado (como un nivel lingüístico podría remitir a otro) sino a *una red polémica, áspera, confusa, dinámica y multifacética de posiciones, lecturas, argumentaciones y construcciones discursivas*.

6. Veamos, para contrastarla con la captación de lo que efectivamente sucede, la versión estándar que se repite en manuales y papers de la teoría general del derecho. Hay por un lado frases jurídicas claras (precisas), donde puede informarse cuál es su significado objetivo y generar de esa forma proposiciones verdaderas. Esto es: proposiciones normativas verdaderas que expresan el significado objetivo normativo de un texto. Por otro lado hay textos jurídicos que están aquejados de problemas, defectos o imperfecciones como consecuencia de diversas fallas del lenguaje a la hora de intentar comunicar un significado único. En tales situaciones no es posible describir un significado objetivo. La ciencia cesa y entonces hay que decidir un significado, pasándose de esa forma de la ciencia a la política, de la descripción a la valoración.

La versión estándar se presume verosímil, o moderada, digamos razonable, al rechazar las visiones extremas (o todos los textos son claros o todos los textos son indeterminados) y al afirmar que hay situaciones de los dos tipos: a veces (la mayoría) ocurre una cosa (la determinación unívoca del significado) y a veces (excepcionalmente) otra (la indeterminación del significado).

Verosimilitud por la vía, irónicamente aristotélica, del justo medio. De esta manera, en un texto de la doctrina podrían distinguirse, como si se tratara de unidades conceptuales separables, las proposiciones científicas, cuando el doctrinario describe lo que el derecho es, de las proporciones valorativas, cuando: a. decide ante los casos de textos indeterminados (casos problemáticos por existencia de un problema del lenguaje o laguna de reconocimiento según el léxico de Bulygin), o b. critica lo establecido por el derecho positivo (discrepancia axiológica).

Sin embargo, las cosas positivamente existentes suceden de otra forma. Tomemos como ejemplo la proposición trivial que antes enunciamos: "es

verdad que el artículo 16 del texto de la constitución argentina dice: la igualdad es la base del impuesto y las cargas públicas". Resulta ante todo evidente que se trata de una frase muy genérica y que esa cualidad no es un problema del derecho sino un valor *jurídico-político positivo*.

Primera diferencia con la versión estándar: la indeterminación no es un problema, el origen de una pesadilla, una laguna para colmar, una falla para el cumplimiento de los fines del derecho y para su conocimiento, una perturbación de su objetividad. *No tenemos que lamentarnos del lenguaje natural*.

Los textos constitucionales son deliberadamente genéricos e indeterminados. En algunas situaciones también deliberadamente confusos y equívocos. Son el resultado textual de compromisos políticos: por un lado, de acuerdos contingentes en cada situación histórica concreta y, por otro, de acuerdos de trasfondo entre tradiciones políticas. Quiero decir: las constituciones revelan pactos coyunturales, que hacen a la política cotidiana de las sociedades, a las necesidades y exigencias inmediatas de los actores involucrados, a las componendas de facciones en disputa, al acuerdo forzado posterior a una batalla o una rebelión, a los intercambios no siempre revelados ni revelables; pero también, en otro nivel de análisis, expresan compromisos históricos entre corrientes políticas y de pensamiento de largo plazo, que tienen otra espesura conceptual y otra dimensión política.

Los conceptos contenidos en la constitución expresan conflictos políticos en torno a su significado: sus características lingüísticas son expresión de características que hacen a la conflictividad real de la vida política. Como señala Rinesi (2003): la ambigüedad de palabras como política es expresión de un movimiento real conflictivo de aquello que la palabra designa, no un asunto exclusivamente lingüístico o conceptual⁽¹²⁾.

Esas circunstancias hacen que el texto constitucional se componga de fórmulas de diverso alcance y precisión, de diverso grado de *conflictividad política subyacente*, que a su vez pueden entenderse, combinarse y con-

(12) A. El texto citado es fundamental en la tarea de imaginar una semántica político-jurídica que tenga en cuenta la singularidad de los conceptos y del lenguaje jurídico-político sin ceder al deseo de univocidad. Así: "... la palabra política es ambivalente no porque esté necesitando una definición más precisa, sino porque aquello que nombra involucra una tensión inerradicable" (p. 22). Es decir: estamos ante cuestiones que hacen al funcionamiento efectivo y concreto de la actividad jurídica, no a supuestas cuestiones de lenguaje. B. También este texto es estratégico al mostrar que el orden y el conflicto son dos dimensiones de la vida política, por ello, también del derecho.

jugarse entre sí de manera diferente de acuerdo a la perspectiva política que se asuma⁽¹³⁾.

Indudablemente, una fórmula como la plasmada en el art. 16 de la constitución argentina revela la decisión de privilegiar la igualdad por sobre la desigualdad. La igualdad es el valor positivo, la desigualdad el negativo. Pero este es, por así decir, el comienzo de la historia, un muy escueto punto de partida para un trabajo posterior.

Esa actividad posterior es el trabajo medular que hace y que debe hacer la doctrina, la ciencia del derecho (aunque muchas veces, claro, ese trabajo se hace para sacar consecuencias que, desde una perspectiva antagónica, implican justificar o profundizar o realizar la desigualdad, no la pretendida igualdad)⁽¹⁴⁾.

Ante esa escritura es absurdo, o pragmáticamente impertinente, sostener que estamos ante una laguna o ante una falta del constituyente o ante un defecto del lenguaje natural (ante un problema que *aqueja* al lenguaje, para usar uno de los verbos más reiterados). Se creó un texto flexible, susceptible de diversos usos, para que sea desarrollado conflictivamente por el porvenir. Para que la comunidad, en todas sus facetas, realice el valor político involucrado (la igualdad) a través del uso múltiple, conflictivo, dinámico e incluso cambiante de ese texto en la vida cotidiana, en los debates parlamentarios, en la actividad administrativa, en el ejercicio judicial y en la vida científica.

El artículo 16 no nos envía un mensaje que hay que describir con proposiciones normativas verdaderas (la tarea imposible de la neutralidad) sino un desafío para realizar el valor político involucrado en su texto.

Para decirlo con una máxima: *conocer el derecho implica desarrollarlo*.

Tampoco, cabe aclarar, nos encontramos ante varios significados que ya están ahí, en algún lugar ontológico inmaterial, esperándonos, y ante los cuales cabría hacer una elección (o como si estuviera ahí el significado del

(13) Indudablemente, aquello que desde cierto lugar doctrinario será considerado la mayor fidelidad a las palabras de la constitución, desde otro lugar podrá ser la mayor tergiversación.

(14) Pues los amantes y defensores de la desigualdad, que los hay, al comprobar la derrota en imponer su fórmula continuarán la batalla al interior del campo polémico de definición y desarrollo doctrinario del concepto de igualdad. Buscarán el máximo de desigualdad a través de sus lecturas constitucionales de la igualdad. Las batallas nunca se pierden definitivamente, las conquistas no son eternas, un eventual paso dado en una dirección no es un paso dado para siempre.

núcleo claro rodeado de los significados que hacen a la indeterminación del halo de penumbra, para seguir otra imagen usual).

Hay una historia de lo que hacemos cotidianamente (y esto incluye lo que hacemos doctrinariamente) con el artículo 16 de la constitución.

Porque cuando nos enfrentamos al artículo 16 estamos en un lugar y momento históricos determinados: con una historia jurídica, política y doctrinaria previa singular; en un contexto jurídico, política y doctrinaria singular; y con expectativas futuras jurídicas, políticas y doctrinarias también singulares.

Podemos llamar situación al anudamiento singular de las dimensiones temporales ante las cuales el doctrinario en concreto se posiciona: la historia pasada, el momento presente actual y la proyección del futuro. *La doctrina es una actividad conflictiva y polémica en situación.* Y su primera decisión es la de hablar (o escribir) o no.

La unión de nuestras dos sencillas máximas da la siguiente: *la doctrina constitucional argentina es una actividad conflictiva y polémica en situación que implica desarrollar el derecho.*

7. Explicitemos más qué significa desarrollar el derecho. No hay, ante todo, una forma única o general, sino experiencias de desarrollo, despliegues singulares de acuerdo a multiplicidad de factores⁽¹⁵⁾.

Por ejemplo, ciertas distinciones impositivas generaron el debate sobre su constitucionalidad ante el artículo 16. Dicho debate permitió elaborar uno de los significados actuales de la igualdad en términos de no discriminación. Según esta lectura hay rasgos o cualidades que no deben utilizarse para distinguir situaciones tributarias en la medida en que aquellas importen hostilizar o perjudicar injustamente a grupos de personas. Eso genera un trato violatorio de la igualdad o discriminatorio. En esta senda fue relevante a su vez la recepción de las elaboraciones jurídico-políticas norteamericanas sobre qué significa discriminación, suscitadas por otros problemas, con respecto a otros institutos jurídicos, no los impuestos, y sobre la base de un texto constitucional diferente, aunque con muchas semejanzas en la medida en que los constituyentes argentinos tomaron a aquel como una de sus fuentes de inspiración. Paralelamente, la doctrina fue elaborando el concepto de capacidad contributiva como criterio polí-

(15) Con esto queremos decir: no todos los tramos de la constitución se desarrollan de la misma manera, ni en el mismo sentido y dirección, ni con la misma intensidad.

tico de legitimación de los impuestos. Ese concepto, forjado en términos de una teoría política para justificar decisiones o instituciones, fue por su parte utilizado para comprender la igualdad tributaria plasmada en el artículo 16. Se desarrollaron, muy esquemáticamente dicho, dos vertientes. Por un lado, la capacidad contributiva se consideró un rasgo legítimo, no discriminatorio, para distinguir situaciones tributarias. Es más, en ciertas lecturas, es no considerar la capacidad contributiva lo que genera una discriminación. Por otro lado, se entendió que todos quienes se encuentran en situaciones semejantes de acuerdo a su capacidad contributiva deben ser tratados de forma semejante.

Se aprecia que no se trata de una proposición general (expresada eventualmente por el artículo 16) de la cual se harían deducciones lógicas, o de casos particulares en tanto instancias de un caso genérico. Tampoco las significaciones preexisten como tal a la tarea doctrinaria. Hay, en cambio, construcciones jurídicas suscitadas por diversos problemas y que plasman, de forma cada vez más intrincada, valoraciones y concepciones políticas sobre la igualdad y la tributación⁽¹⁶⁾.

La historia del artículo 16 de la constitución no está inscripta de antemano en el artículo 16 de la constitución.

Esto significa que el desarrollo podría haber sido diferente si se hubiesen suscitado otros problemas; o si las valoraciones o estrategias de los doctrinarios hubiesen sido otras; o si la cultura jurídica se hubiese ido construyendo de otra manera, o si los contextos políticos, sociales y económicos hubiesen sido diferentes⁽¹⁷⁾.

Detengámonos en este último aspecto. Hay un mito metodológico, claramente defendido por Kelsen, según el cual la ciencia jurídica debe ser distinguida de forma tajante de las restantes ciencias sociales. La ciencia jurídica, según esta forma de comprenderla, hace su tarea autónomamen-

(16) Por cierto, aquí efectuamos una enorme simplificación, pues la historia es muy compleja. No ha habido concepto o expresión constitucional-tributaria que no haya suscitado, y aún suscite, polémicas e impugnaciones. Por ejemplo, así como para algunos, hoy en día la mayoría de los doctrinarios, es fundamental la categoría de capacidad contributiva para desarrollar los conceptos constitucionales tributarios, hay también quien ha sostenido que dicha categoría no es pertinente en el contexto de nuestro derecho constitucional.

(17) Para decirlo de una forma ligeramente paradójica: a partir de textos constitucionales semejantes dos culturas jurídicas pueden hacer desarrollos doctrinarios diferentes y, a la vez, a partir de textos constitucionales diferentes dos culturas jurídicas pueden llegar a conclusiones doctrinarias semejantes. De ahí el interés, en concreto, de los trasplantes, injertos y recepciones de los textos e instituciones jurídicas.

te, sin tener en cuenta qué dice o puede decir el resto de las ciencias sociales sobre el problema que se tiene entre manos.

Pero al menos hoy en día el conocimiento de las ciencias sociales (sociología, economía, etc.) es interior al propio conocimiento jurídico de la constitución. Construir el significado de la igualdad tributaria requiere conocer, por ejemplo, cuáles son las características de la estructura económico-social argentina, cuál es la distribución del ingreso o cuáles son los efectos socio-económicos de los impuestos. De tal forma, si la estructura social argentina fuese otra también podrían ser diferentes las implicaciones relevantes de la igualdad. Aquí se puede ver una fuente interesante de divergencias doctrinarias pues en las ciencias sociales tampoco hay paradigmas dominantes sino que hoy vivimos una época de pluralismo cognitivo.

Indudablemente el artículo 16 no da lugar a un despliegue lineal y único de significados, sino a un entramado (no siempre claro, no siempre preciso, no siempre coherente) de enunciados polémicos en conflicto. De acuerdo a diferentes propuestas doctrinarias el artículo 16 dice cosas diferentes e implica juzgar de manera también diferente las situaciones tributarias. Esto se debe a que se pone énfasis en diversos aspectos; a que se da mayor peso a una tradición política en vez de otra o a ciertas valoraciones políticas en vez de otras o a ciertas teorías políticas en vez de otras (tradiciones, valoraciones y teorías que por su parte se argumenta son subyacentes al propio texto constitucional); a que se enfoca de manera diversa la realidad económica, política o social; a que se concilian de otra manera los valores, visiones o intereses constitucionales; a que se intentan obtener diferentes consecuencias políticas, económicas o sociales; a que se cuenta de manera diferente la historia de la constitución.

El artículo 16, hoy, nos remite a un espacio plural, conflictivo y polémico de lecturas doctrinarias.

Así, el texto constitucional se revela, no en términos de un supuesto sistema normativo, sino como un denso entramado de posibilidades. Frente al lugar común de distinguir, además tajantemente, los ámbitos del ser y del deber ser se ha perdido de vista la singularidad jurídica de la constitución entendida como constelación de posibilidades jurídicas⁽¹⁸⁾.

(18) Desde muy diversos lugares se ha ido en los últimos años destacando una visión del derecho constitucional en términos de posibilidades jurídicas, como lo muestran textos, por lo demás muy diferentes entre sí, de Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky y Owen Fiss.

Ciertamente, no se trata de hallar algo ya dado previamente en su totalidad, sino de desplegar una versión de la constitución, tarea que exige un trabajo constructivo, valorativo e imaginativo.

Estudiar el derecho positivo que es implica investigar el derecho-que-puede-ser.

Las constituciones no dan solamente soluciones normativas ante casos genéricos, sino, más profundamente, un vocabulario político, un léxico, los medios para desplegar una manera de ver los fenómenos y de conceptualizar la sociedad y el Estado, así como de valorar tal o cual aspecto de la vida social y humana en general.

En todo caso, sobre dicha base podrán reconocerse o identificarse normas (que no necesariamente serán las mismas en las diferentes versiones que efectivamente se actualicen). Como ha señalado Robert Cover (1995) en una frase que se ofrece a un comentario inacabable: "Entendido en el contexto de las narrativas que le dan sentido el derecho deviene no sólo un sistema de reglas a ser observadas sino un mundo en el cual vivimos".

8. Hagamos algunas precisiones terminológicas.

En vez de descripciones jurídicas únicas y verdaderas, proponemos referirnos a *reconstrucciones jurídicas plurales*. Siempre hay más de una posición ante la constitución. Cada reconstrucción doctrinaria se encuentra a su vez en una posición estratégica y antagónica frente a otras, de ahí que quepa calificarlas de conflictivas y polémicas. Cada posición implica una relación de fuerza y de enemistad⁽¹⁹⁾.

El conjunto de polémicas genera un campo polémico. Cuando alguien habla se introduce en un territorio conceptual conflictivo y allí se enfrenta a otro. Hablar supone afinidades y oposiciones; diálogos y luchas; coincidencias y enfrentamientos.

Aquello que parece difícil hallar es un lugar exterior a las polémicas que permita verlas de forma neutral, como si el científico sobrevolara el mundo doctrinario a la manera de una mirada divina ubicada en ningún lugar y pudiera ver la realidad jurídica como un cuadro clasificatorio de posiciones sin ensuciarse las manos (el deseo moralista de la pureza).

Por otra parte, los efectos y consecuencias eventuales de las posiciones doctrinarias no se limitan al ámbito intracientífico (como si éste realmente existiese), sino que se expanden más allá, incidiendo en los movimientos

(19) Resulta claro, además, que cuando el otro nos declara su enemistad no nos consulta su decisión.

del poder, en las relaciones de fuerza, en las luchas simbólicas, en el ámbito de los intereses, en la distribución de los bienes económicos, en el destino de los cuerpos, en el ejercicio de las libertades. Cuando se trata de esas magnitudes ninguna palabra es inocente o desinteresada.

Quiero dar un paso más para expresar con mayor detalle cómo funciona la doctrina, al menos con respecto al texto constitucional que aquí tomamos de ejemplo.

Ante el campo polémico que uno encuentra ya dado, el estado actual de la controversia doctrinaria respecto del artículo 16, son posibles diferentes actitudes cognitivas.

Hay al menos dos posturas básicas: considerar adecuada una versión del artículo 16, asumirla como propia y profundizar su desarrollo; o considerar insuficientes las versiones existentes y desarrollar una nueva para proponerla a la comunidad jurídica. Se ve que ambas actitudes doctrinarias imponen una valoración (sobre el estado de la situación) y una decisión (sobre qué hacer) como momentos intelectuales interiores a la tarea científica. En el primer caso se profundiza un camino que se asume como adecuado, en el segundo se innova. Conocer implica claridad para ver y construir un problema y decidir a su respecto.

Ciencia valorativa, lejos de ser una contradicción en los términos, es una expresión fidedigna para referirse a la actividad doctrinaria constitucional argentina.

Pero hay una situación más radical que se da cuando no sólo nos sentimos insatisfechos ante las lecturas existentes, sino ante el campo polémico mismo. Ocasiones en las cuales la tarea doctrinaria consiste en cambiar de terreno, en intentar rehacer el campo polémico y el espacio problemático como tal. Esto los vivenciamos cuando verificamos que en la doctrina, más allá de las diferentes posiciones enfrentadas, hay preguntas que no se hacen porque no resultan visibles o enunciables.

El conjunto de posiciones enfrentadas en un momento dado también constituye *un espacio de enunciabilidad, de visibilidad y de problematización determinado*.

Es preciso en esas ocasiones no sólo inventar una nueva reconstrucción sino ubicarse en un nuevo terreno y tomar posición. A veces no sólo hay que crear nuevas respuestas sino cambiar las preguntas y asumir el riesgo

de formular lo aún no formulado. Los problemas a veces se asumen como dados y a veces hay que construirlos como tales. Muchas veces la trampa (porque en la doctrina hay trampas, caminos minados, laberintos y cartas marcadas) está en la asunción de una problemática, más allá de qué posición luego se asuma en ella.

Es este un ámbito de investigación poco explorado: cómo se construyen efectivamente y uno a uno los problemas jurídicos, terreno mucho más fértil, a mi entender, que los discursos epistemológicos (pero en realidad morales) sobre cómo hacer una verdadera ciencia del derecho⁽²⁰⁾.

9. Nos preguntarnos ahora sobre la pertinencia de referirse a la doctrina en términos de verdad.

Parece artificial referirse a las proposiciones o enunciados jurídicos, como si pudieran correlacionarse unidades de un lenguaje-objeto (las normas) con unidades de un metalenguaje (proposiciones normativas) para luego dilucidar si estas son o no verdaderas.

Si nos dirigimos a un texto de doctrina constitucional realmente existente es muy difícil decir que él contiene proposiciones normativas o que contiene un conjunto sistemático de proposiciones normativas. Encontramos, más bien, un relato denso, abigarrado, polifacético, que va de reflexiones políticas a consideraciones sociales e históricas a fin de mostrarnos cuál es el estado de la cuestión sobre tal o cual aspecto de la constitución y cuál es, por su parte, la visión del autor sobre el asunto. Se trata de un conjunto narrativo de múltiples niveles, donde conviven las teorías políticas que se consideran subyacentes a la constitución (sobre la división de poderes,

(20) La visión positivista estándar (o supuestamente positivista) promueve una especie de iusnaturalismo de la ciencia jurídica: hay una imagen de la ciencia jurídica verdadera y la verdad se logra por la adecuación a una serie de ideales (neutralidad; separación entre ciencia y política; separación entre ciencia social y ciencia jurídica; separación entre descripción y valoración, etc.). En vez de un derecho natural o ideal o racional se promueve una ciencia natural o ideal o racional (cuyo sustento intelectual es tan débil, o fuerte, según se quiera ver, que el derecho natural o ideal o racional). A partir de allí se juzga a la ciencia positiva realmente existente. Y una ciencia positiva que no tenga un mínimo de cientificidad natural o ideal o racional no es por supuesto una ciencia. Podríamos decir que se trata de la tesis de la conexión necesaria entre ciencia e idealidad. Los rasgos necesarios del derecho natural, ideal o racional son reemplazados por los rasgos necesarios de la ciencia natural, ideal o racional. Claro que si aquellos ideales son morales, la conexión necesaria es entre ciencia y... moral. Más allá de las diferencias parece haber también una identidad antropológica: el deseo de juzgar al otro a partir de un deber ser, justo el corazón del moralismo. Mientras que los iusnaturalistas del derecho militan por el derecho positivo justo, los iusnaturalistas de la ciencia del derecho militan por la ciencia positiva verdadera. En ambos casos prima el deseo pastoral de la predicación.

el control de constitucionalidad o el federalismo) con una reflexión, por ejemplo social, del funcionamiento efectivo de esas instituciones. Textos respecto de los cuales resulta relevante preguntarse quién es su autor, cuándo se escribió, en qué contexto, con quién se polemiza, a quiénes se controvierte, qué se silencia y por qué, cómo se organiza... Textos que se ofrecen al debate, a la controversia y a la sospecha.

Veamos otro ejemplo. El actual artículo 99 de la constitución argentina establece la institución de los decretos de necesidad y urgencia. Comprender ese artículo implica tener en cuenta al menos un siglo de historia constitucional argentina, donde se fueron generando decisiones estatales (los propios decretos), reflexiones doctrinarias y pronunciamientos judiciales. Reiteremos lo que ya señalamos, las experiencias son singulares, dando lugar a una serie de actos y decisiones de diferente tipo que suceden a una cláusula constitucional (ensayo doctrinario, debate universitario, escritos judiciales, sentencias, comentario de sentencias, etc.).

Los decretos de necesidad y urgencia, a su vez, sólo resultan comprensible a la luz de un marco mayor: la teoría de la división de poderes, expresión central para el derecho constitucional argentino que sin embargo no se encuentra mencionada en el texto de la constitución. Ciertamente, la división de poderes se considera un rasgo central de la forma republicana establecida en el artículo 1 de la constitución. La comprensión de los decretos de necesidad y urgencia requiere entonces una visión sobre la forma republicana, sobre la división de poderes, sobre la significación política del presidente y el congreso, y, en definitiva, sobre el sistema global de organización constitucional del Estado.

Esta visión global, este marco, no está en el texto de la constitución sino que es *un instrumento intelectual a través del cual leemos la constitución*. Tampoco ese marco está ahí, disponible, sino que es objeto de una construcción histórica y teórica. Va de suyo que hay más de una forma de expresar ese marco al que podemos designar como *la teoría política de la constitución*.

Toda teoría se construye en contraposición a otra. Hacer doctrina constitucional exige, entre otras cosas, asumir (o elaborar) una teoría política que permita leer la constitución en cada uno de sus tramos particulares. Esa asunción o elaboración incluye argumentos para persuadir al otro de la bondad de la propuesta y de que efectivamente es un medio adecuado para comprender la constitución.

En nuestra práctica doctrinaria cotidiana no nos referimos habitualmente en términos de verdad o falsedad con respecto a ninguno de los elementos señalados: el relato global de la doctrina; las doctrinas políticas propuestas; la lectura específica de un aspecto particular de la constitución.

En todo caso consideramos *adecuado, correcto, convincente, sólido, plausible, aceptable o fundado* lo que el otro nos propone, expresiones todas menos fuertes (y menos precisas) que los de verdad o falsedad.

Cuando alguna lectura viene suplementada con el atributo de ser verdadera, o cuando en el calor del debate se sostiene que lo que el otro argumenta es falso -más allá de las circunstancias en las cuales lo que está en juego es simplemente la exactitud de una información o la ocurrencia de un hecho-, puede decirse que presenciamos la puesta en juego de una estrategia retórica de persuasión, un aditamento para convencer, no una predicación basada en alguna teoría sobre la verdad.

En ese juego de máscaras y artificios las visiones generales que transmiten el relato imaginario de que la doctrina se compone de descripciones objetivas verdaderas aportan su grano de arena a la verosimilitud del suplemento retórico⁽²¹⁾. La verdad parece ser un suplemento retórico, un énfasis redundante⁽²²⁾.

La teoría general convencional se ha convertido en *la formalización del suplemento retórico de la doctrina*.

La comprensión del referido artículo 99 que prevé los decretos de necesidad y urgencia requiere, entonces, una visión de la teoría política subyacente a la constitución pero también una visión sobre la historia de la constitución y de nuestra sociedad política, así como, según señalamos antes, una explicación sobre el funcionamiento social aportado en términos de la ciencia social.

Teoría política, historia constitucional y explicación social son tres medios intelectuales inevitables para construir doctrina.

Otra vez vemos aparecer el pluralismo pues hay más de una teoría política posible, más de una manera de contar la misma historia, más de una forma de explicar y comprender la misma vida social. De hecho, nuestros libros de derecho constitucional asumen (o proponen) diferentes teorías

(21) La teoría general estándar es el principal insumo teórico de la retórica constitucional que pretende hacer pasar sus construcciones en perspectiva por descripciones objetivas verdaderas.

(22) Volveremos al fin de este escrito sobre esta afirmación.

políticas, diferentes maneras de contar la historia y diferentes maneras de explicar y comprender la vida social, de ahí las diferentes lecturas de la constitución.

Que el texto constitucional sea perceptible a través de un espacio conflictivo, polémico y plural, de visiones que se oponen y compiten entre sí, no es un defecto de nuestra vida institucional sino un rasgo valioso. La constitución es un momento de algo que la excede y la engloba: la práctica constitucional. Se trata justamente de una actividad que se despliega alrededor de la constitución entendida como Texto Simbólico básico de nuestra vida como comunidad. Esa práctica jurídica constitucional incluye las decisiones estatales que especifican el texto, así las leyes, reglamentos y actos administrativos; los reclamos, peticiones, comentarios y evaluaciones de la sociedad civil (sindicatos, medios de comunicación, movimientos sociales, empresas, personas individuales); los escritos judiciales que presentan los operadores jurídicos (abogados, organizaciones no gubernamentales, fiscales, asesores tutelares); las decisiones judiciales; las elaboraciones doctrinarias y los debates así suscitados; la enseñanza universitaria y académica.

La tarea doctrinaria es un *momento interior* a la práctica jurídica, no un enfoque externo a su desarrollo histórico concreto.

Estamos muy lejos del mito de los niveles lingüísticos cosificados de la visión estándar: el derecho como lenguaje objeto –las normas–; la ciencia jurídica como metalenguaje descriptivo –las proposiciones normativas–; la teoría general como meta-meta-lenguaje en tanto evaluación moral de la ciencia verdadera.

En vez de ello lo positivamente existente es que estamos inmersos en una práctica jurídica, que se desenvuelve históricamente en el tiempo y que incluye como uno de sus momentos la tarea doctrinaria de carácter reconstructivo, multifacético y polémico, así como esto mismo que hacemos aquí: una autorreflexión de la doctrina sobre sí misma a fin de hacer explícito aquello que hacemos como doctrinarios.

10. La enorme distancia de los ideales de la teoría general respecto de la doctrina realmente existente también conduce a ofrecer en muchas ocasiones una imagen muy extraña de la propia actividad jurídica positiva.

Veamos brevemente una de las claves de la teoría estándar: la tesis de los límites o de la discrecionalidad, vinculada a la existencia de lagunas de reconocimiento.

Dado que, según este enfoque, cuando el derecho es indeterminado, por la vaguedad o la textura abierta del lenguaje que expresa el caso genérico, no es posible subsumir el caso individual en el caso genérico, los jueces tienen discreción para resolver el caso, es decir, que "tiene poderes discrecionales para decidir el caso conforme a sus convicciones morales o políticas" (Bulygin, 2006)⁽²³⁾. En otras ocasiones se dice que los jueces tienen poder para decidir sobre la base de razones extrajurídicas. Esto es: o el caso se resuelve jurídicamente por aplicación de una norma general, o el caso se resuelve no jurídicamente sobre la base de convicciones o argumentos morales o políticos.

Visión extrañísima de la actividad judicial que se sostiene, entre otros aspectos, en una concepción ideal de la ciencia, que sólo es tal cuando describe neutralmente normas puestas por textos determinados de forma clara u objetiva.

Observemos ahora los debates judiciales habituales y reales en torno a la constitución.

Dado que la mayor parte del texto constitucional se caracteriza por la vaguedad y la textura abierta (o, según la valoración de la teoría general, por problemas del lenguaje similares), la mayor parte de los casos a su respecto se estarían resolviendo por razones no jurídicas sino directamente políticas o morales.

Así ¡el texto jurídico más relevante para la comunidad es el que... menos respuestas jurídicas da!

Nadie que está inmerso en la práctica judicial que incluye el control de constitucionalidad ve de esa forma la tarea que lleva a cabo. De manera que, según la teoría general estándar, estaríamos todos o confundidos o engañados o equivocados⁽²⁴⁾.

.....

(23) O también: "Cuando las normas jurídicas no regulan en forma clara un caso individual, los jueces pueden resolverlo discrecionalmente" (p. 74). Más adelante se agrega que "cuando los jueces resuelven discrecionalmente un caso, es decir, de acuerdo a sus valoraciones morales... normalmente no lo confiesan y presentan la situación como si resolvieran conforme al derecho" (p. 116).

(24) De ahí una consecuencia profesional muy apreciada para constituir una minoría esclerada: sólo los pocos imbuidos de la teoría general tienen conciencia de la ciencia ideal que nadie sigue...

Por el contrario, vivimos los casos constitucionales como reales debates jurídicos en torno a un texto jurídico indeterminado que da lugar a una genuina respuesta jurídica, no a una respuesta política o moral disfrazada. Y son debates jurídicos reales donde se oponen genuinas lecturas opuestas o divergentes de la constitución que dan lugar, dada la multiplicidad de jueces, instancias y fueros, a opuestas y divergentes argumentaciones y soluciones judiciales. Tales argumentaciones tienen la misma entidad jurídica que la doctrina constitucional. Ambas, jurisprudencia y doctrina constitucionales, leen el texto indeterminado y vago sobre la base de un entramado conceptual que sí, incluye consideraciones políticas, valorativas y explicativas de múltiple alcance y nivel, pero eso no implica salir del derecho o, en su caso, de la ciencia jurídica.

Los científicos del derecho no salen de la ciencia jurídica cuando reconstruyen, interpretan, narran y polemizan en torno al texto constitucional ni los jueces salen del derecho cada vez que, apelando a la doctrina o haciendo ellos una tarea análoga a aquella, dan una respuesta a una pregunta constitucional.

Por cierto, hay una especificidad de la doctrina por un lado, y de las justificaciones judiciales por otro, por eso no hay una aplicación directa de las reflexiones políticas y/o morales.

Hay teorías políticas y valorativas que son la base para la reconstrucción jurídica de las instituciones constitucionales. Son la base, no el todo o el resultado. Esa es la diferencia entre un libro de Montesquieu, Locke o Sen y un texto de derecho constitucional que a su vez utiliza un libro de Montesquieu, Locke o Sen como ingredientes de una teoría de la igualdad o de la división de poderes forjada para interpretar tal o cual tramo de la constitución.

Esta visión tan estrecha del derecho, propia de la teoría general estándar, lleva a considerar que instituciones genuinamente jurídicas –y que nadie inmerso en la práctica dejaría de calificarlas como jurídicas, así los derechos fundamentales contenidos en las constituciones- sean consideradas como morales, de forma tal que el derecho moderno incluiría tramos morales en su interior. Esa parece ser una de las tesis del llamado positivismo incluyente (o inclusivo, soft o incorporacionista) según el cual “en las democracias constitucionales modernas que tutelan una serie de derechos

en términos morales, los jueces recurren a razonamientos morales para determinar la validez de una norma”⁽²⁵⁾.

Pero los derechos contenidos en la constitución, así los derechos fundamentales, son instituciones jurídicas, no morales. Son instituciones de enorme complejidad técnica y cuya comprensión, entendimiento e interpretación es de carácter jurídico, no moral. Cuando discutimos si los derechos constitucionales son o no operativos; si tienen o no un contenido mínimo y, en su caso, cuál es la extensión de ese contenido mínimo; si implican de suyo la existencia de obligaciones estatales de algún tipo; si todos los derechos son justiciables y cuáles son, en su caso, los alcances de la justiciabilidad y las sentencias judiciales dictadas en consecuencia, estamos realizando debates jurídicos, donde son no solo posibles sino inevitables la diversidad de construcciones, interpretaciones, lecturas y perspectivas (y toda esta compleja discusión puede hacerse sobre la base de un texto constitucional que se limite a enunciar un catálogo de derechos sin ningún otra precisión sobre qué significa jurídicamente tener un derecho). Por supuesto, los derechos fundamentales expresan valoraciones, visiones sobre la vida individual y colectiva, maneras de entender el poder y la sociedad y también cristalizan luchas sociales, combates políticos y económicos, pero todo ello confluye en una institución jurídica establecida por un texto jurídico y que da lugar a un conflictivo desarrollo jurídico.

Veamos otra vez el ejemplo de los decretos de necesidad y urgencia. El instituto está establecido en el artículo 99 de la constitución. Dicho texto permite diversas lecturas e interpretaciones, que estarán basadas, por su parte, en cómo se entienda la relación entre los poderes legislativo y ejecutivo, o la relación entre ley y reglamento. A su vez, cómo reconstruyamos la historia a su respecto y cómo la evaluamos en su devenir son datos claves para la interpretación. En un nivel de mayor abstracción resulta decisiva la manera en que se entienda la forma republicana de gobierno. Todas estas consideraciones históricas, sociales, valorativas y políticas son las que le permiten a la doctrina elaborar una visión jurídica concreta sobre los decretos de necesidad y urgencia o, en los términos vagos que empleamos en la doctrina, una teoría.

(25) Sigo el resumen de Bulygin (2006), p. 110. Pueden verse multitud de trabajos sobre el asunto, entre otros los de Bayón y Moreso incluidos en Navarro y Redondo (2002). Así, según Moreso, “la Constitución española prohíbe, en su art. 15, los tratos inhumanos y degradantes, remitiendo así mediante el uso de términos morales a la moralidad”, p. 98.

Supongamos que la doctrina haya sido lo suficientemente prolífica para generar un menú amplio de reconstrucciones. Al resolver un caso donde se discuta la legitimidad constitucional de un decreto los jueces resolverán leyendo el artículo 99 a la luz de alguna de las teorías propuestas por la doctrina. En tal caso, tanto la doctrina como el juez actúan jurídicamente, no salen del derecho, no huyen a lo extrajurídico, no pasan directamente a la dimensión, además no confesada, de las convicciones morales y políticas, aun cuando estas sean relevantes para la construcción misma de la teoría jurídica.

Los problemas imaginarios de la teoría general referidos a las condiciones que debe reunir una ciencia ideal desvían la atención de los problemas reales que caracterizan a la ciencia jurídica positiva en cuanto momento efectivo de la práctica jurídica.

11. Estas observaciones, claro, deben tomarse con la provisionalidad y particularidad del caso. Por múltiples razones que son afines al estilo de esta exposición.

En primer lugar las características del conocimiento jurídico constitucional, que es el que consideramos hasta aquí, no pueden extenderse sin más al resto de la tarea doctrinaria. El derecho es una actividad compleja, no homogénea, reacia a ser reducida a esquemas generales. Sería sencillo si el derecho pudiera ser reconstruido como un sistema axiomático de carácter normativo. La realidad es otra. No es verosímil traducir la clásica expresión *orden jurídico* por *sistema normativo*, tampoco las normas son las únicas piezas del derecho.

Más fructífero que imaginar teorías generales es atenerse a la realidad jurídica concreta y a la doctrina tal como efectivamente se despliega en cada ámbito en particular.

El derecho moderno se ha ido desarrollando a través de la configuración de ramas jurídicas, donde, como es natural, hay tanto semejanzas y diferencias en la manera de practicarlas. Se ve muy diferente el derecho si uno lo mira, por ejemplo, desde el derecho civil o desde el derecho administrativo. Es diferente el sentido común de cada microcomunidad. Mientras que para la óptica del derecho civil, en los países occidentales de tradición romanista y desde el siglo XIX, resulta un dato naturalizado la codificación, es lo contrario lo que sucede para la óptica del derecho administrativo, donde la codificación es en general inexistente. Puede verse la situación

francesa como paradigmática, donde la práctica civil ha girado en torno al código civil napoleónico mientras que la práctica administrativa lo he-
cho alrededor de las decisiones del Consejo de Estado. Correlativamente,
muy diferente ha sido la historia no sólo de la doctrina civil y admini-
strativa, sino también de la enseñanza de ambas ramas o disciplinas.

Volviendo al argumento: más fructífero que buscar modelos ideales gene-
rales de conocimiento o de doctrina resulta indagar en las características
diferenciales concretas que verificamos en las diferentes ramas jurídicas,
que a su vez, claro, se encuentran en continua reconfiguración y/o reorde-
namiento.

En esa senda resulta plausible ubicar en el extremo opuesto del derecho
constitucional la forma singular en la que se ha desarrollado el derecho
penal, donde, a fin de plasmar ciertos valores (la seguridad jurídica, la mi-
nimización del castigo, la protección máxima de la libertad individual), se
exige el mayor grado de precisión a los textos jurídicos. Esta visión, aquí
resumida, se concentra en cierta manera de interpretar el principio de le-
galidad, esto es, de forma estricta, a fin de incluir, entre otros aspectos,
la tipicidad, la irretroactividad, la prohibición de la analogía y la regla de
interpretación *in dubio pro reo*⁽²⁶⁾.

Es indudable que esta manera digamos penal de entender el derecho se
expande a aquellas otras ramas que comparten sus ideales o que inten-
tan obtener los mismos resultados o que intentan dificultar al máximo el
ejercicio de un poder estatal. Así sucede, por ejemplo, con la configura-
ción histórica del derecho tributario, que ha sido paralela a la historia del
derecho penal, de ahí las semejanzas y acercamientos en las formas de
entender la legalidad penal y tributaria (muy diferentes, por otra parte, a la
legalidad administrativa), todo ello en la medida en que, para una concep-
ción genéricamente liberal del poder tributario, éste es conceptualizado,
en términos políticos, tan dañino como una sanción.

Hay, se ve, una historia múltiple de las instituciones jurídicas, que se van
organizando paralela y complejamente en forma de ramas, con semejan-

(26) Por cierto, la forma autocelebratoria de comprender esa manera singular del derecho
penal consiste en calificarla de racional, ubicando así en el cajón de la irracionalidad todas las
regulaciones penales que no comparten los valores en juego. No hay un debate entre dife-
rentes formas de ejercer el poder sino entre la racionalidad y la irracionalidad. El caso para-
digmático de esa visión hiper-racionalista es el de Luigi Ferrajoli. Pero tal como ha mostrado
Michel Foucault, en estudios menos sistemáticos y precisos pero más apegados a la efectiva
historia humana, la dulcificación de las penas y la transformación iluminista del derecho penal
no son un capítulo de una supuesta racionalización occidental del poder sino, más modesta-
mente, una nueva tecnología del poder.

zas y diferencias, todo ello en una diversidad de niveles. Puede coincidir el vocabulario, así principio de legalidad, pero pueden variar los significados, los alcances o los valores en juego.

Como lo muestra el trato cotidiano que tenemos en la práctica jurídica con especialistas de otras subdisciplinas jurídicas, es muy habitual diferir en las formas intuitivas de aprehender un problema o en el sentido común que cada uno considera compartido y en realidad no lo es. Estas circunstancias han generado una cultura jurídica compleja, no homogénea, que responde, a su vez, a la propia complejidad de la actividad jurídica, que desmiente, una y otra vez, los intentos de reducirla, unidimensionalmente, a una forma única de comprenderla.

En segundo lugar, las consideraciones aquí efectuadas sobre la base del derecho y la doctrina constitucionales se encuentran signadas por la peculiaridad de la cultura política argentina y de culturas en ese punto análogas. Quiero decir: la existencia casi universal desde el siglo XIX de documentos escritos a los que se califican de constituciones no implica una identidad semejante en cuanto a su significación.

Desde sus orígenes consideramos que la constitución argentina es un texto jurídico que a su vez permite, por vía de un control difuso de constitucionalidad, efectuar el control de toda la actividad jurídica infraconstitucional. Esto es un trazo muy grueso que exigiría infinidad de precisiones, pues el control de constitucionalidad fue afirmado en primer lugar por la propia Corte Suprema así como, para señalar otro elemento central, la posibilidad de demandar judicialmente al Estado. También la propia Corte Suprema fue forjando jurisprudencialmente teorías a fin de regular ese control o de limitarlo o incluso excluirlo, por ejemplo por medio de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, doctrina por otra parte en curso de desmantelamiento por el mismo tribunal. Y para señalar otro elemento muy significativo, también desde el siglo XIX la Corte Suprema consideró que dicho control de constitucionalidad incluye aspectos sustanciales de las decisiones legales o administrativas en la medida en que sean irrazonables o que importen una lesión a los derechos reconocidos explícita (o implícitamente) en la constitución.

Se ven las particularidades de nuestra cultura, en este aspecto afín a la tradición constitucional norteamericana. También se aprecia que la doctrina constitucional tendrá otras características allí donde no haya un texto escrito; o donde el texto se considere como un factor exclusivamente político; o donde sólo se incluya la organización del Estado o del poder

estatal; o donde no haya declaraciones de derechos o, de figurar estos, no se los considere jurídicamente relevantes; o donde no se haya desarrollado un control judicial de constitucionalidad; o donde aquel control tenga características muy diferentes, así cuando el se plasma como control concentrado y previo⁽²⁷⁾.

Por otra parte, hablar en Argentina de constitución implica tener en cuenta una historia en la cual esa constitución ha sido en muchas ocasiones dejada de lado y donde tiene un carga política específica el sólo hecho de afirmar que la práctica jurídica gira en torno al texto constitucional.

De lo anterior podemos concluir que *las características particulares de la actividad jurídica positiva inciden en las características del conocimiento jurídico*.

Esta circunstancia viene a ratificar la fecundidad de referirse a la práctica jurídica moderna como una actividad político-social compleja que incluye como uno de sus momentos la actividad cognitiva doctrinaria.

Y allí, a su vez, no hay elementos fijos, estables. Dicho de otra forma: el sujeto que conoce (el doctrinario en el marco de una comunidad jurídica con sus singularidades profesionales y académicas), las modalidades del conocer (las formas y estrategias del conocimiento) y aquello que se conoce son factores variables e interdependientes de una trama cambiante y compleja.

El conocimiento jurídico se despliega sobre la base de condiciones históricas, políticas e institucionales que no pueden verse como un elemento suplementario, exterior a una tarea explicable por sus mecanismos puramente autónomos, ya que aquellas condiciones son inherentes al ejercicio mismo del conocer.

.....

(27) La teoría general estándar que pretende enunciar las condiciones universales de una ciencia jurídica ideal en realidad parece estilizar las características (algunas reales, otras imaginarias) de cierta forma particular de hacer doctrina en cierto lugar y momento histórico determinado, esto es, en el contexto de una articulación particular de una práctica jurídica particular. Se trataría, entonces de cierta forma de hacer doctrina afín a ramas jurídicas fuertemente codificadas; en el marco de una estricta (y tal vez nunca existente) separación de poderes; con un poder judicial sin control de constitucionalidad y sometido a la ley en cuanto expresión de la voluntad general; con un derecho constitucional más organizativo-político y simbólico que directamente jurídico; en el ambiente de una cultura jurídica que se ve a sí misma de forma técnica, avalorativa, reacia a tomar nota de su situación de poder en la sociedad (o de hacerla explícita en sus racionalizaciones) y con voluntad de afirmar su particularidad frente a las restantes ciencias sociales, donde se piensa que resulta posible el conocimiento y la aplicación del derecho sin reflexionar sobre su textura social.

12. En vez de terminar estas observaciones con una conclusión que cierre lo expuesto, prefiero preguntarme si, luego de lo dicho, hay aún lugar para la verdad en la práctica del derecho.

Quisiera recuperar una idea de la verdad según la cual ésta consiste en la clave para desentrañar una situación.

De acuerdo a una serie de imágenes habituales: dar en el clavo, salir del laberinto, encontrar la llave, cortar el nudo, ver la fisura por donde se resuelve un problema pero también dar con el problema y con los términos apropiados de un problema. No se trata de un predicado, de una cualidad de entidades lingüísticas o mentales, sino de la pertinencia de una perspectiva efectiva. Como diría Louis Althusser (1995): *la justeza del trazado de una línea*. La verdad individualiza lo realmente decisivo de una situación. La verdad es el objeto de una declaración que dice: esta es la verdad de la situación. O: esto es lo realmente importante. Nada asegura esa afirmación, de ahí que la seguimos sobre la base de la confianza en esa justeza, cuyos efectos se irán revelando en todo aquello que seamos capaces de hacer a partir de allí.

Esta visión sobre la verdad el propio Althusser la remontó, en una lectura fuertemente singular, a Maquiavelo, cuando este se refiere a "la verdad efectiva de la cosa". Según el clásico capítulo XV de *El príncipe*: "Mas por ser mi intención escribir cosas útiles para quien las entiende, me ha parecido mas conveniente ir a la verdad efectiva de la cosa que a la representación imaginaria de ella. Y muchos se han imaginado repúblicas y principados que jamás se han visto ni conocido en la realidad; porque es tanta la distancia de cómo se vive a cómo se debería vivir, que aquel que deja lo que hace por lo que se debería hacer, conoce más pronto su ruina que se preservación... ". Maquiavelo, según la lectura de Althusser, no discute proposiciones por ser falsas o confusas; no se refiere tampoco a una investigación empírica, a fundamentos últimos o a distinciones conceptuales para hacer una teoría, sino que, insatisfecho ante las respuestas dadas ante una situación, dice que *hay que cambiar radicalmente la forma de ver las cosas*. Es sólo a partir de su texto, de la decisión que implica su gesto, que todas las visiones precedentes pasan a ser imaginarias.

Otro ejemplo. Cuando nos enfrentamos a un texto como *La historia de la locura* de Michel Foucault, más allá de la corrección de sus fuentes, de la consistencia de los argumentos o de la precisión de su lenguaje hay algo que es su verdad: si da en el blanco de la locura, si ese libro dice lo que

tiene que decir sobre la locura. Lo mismo sucede con lo que luego se puede hacer con ese texto: más allá de comentarlo o citarlo, la cuestión, que también planteó el propio Foucault, es su utilidad para que alguien dé con la verdad de una situación: que ponga de manifiesto algo que no estaba visible; que las cosas ya no pueden verse ni pensarse en los mismos términos que antes; por eso pretende que su libro no sea sólo objeto de la crítica o la pedagogía sino que viva como un discurso y esto significa, según la enumeración contenida en su prefacio: batalla, arma, estrategia, choque, lucha, trofeo, herida, coyuntura, vestigio, encuentro irregular y escena repetible.

De ahí que podamos decir que alguien da en el clavo o llega a la raíz de un problema aún cuando sus razonamientos sean inconsistentes, su lenguaje impreciso o sus categorías insostenibles⁽²⁸⁾.

A la vez, interrogarnos por la verdad consiste en ponernos en crisis, en problematizar nuestras propias posiciones a fin de dilucidar si estamos en el camino justo, si los problemas que planteamos son los que cabe plantear o si las respuestas que damos son efectivamente las que debemos dar.

La verdad, lejos de la moralización epistemológica, del deber ser que se agita para amonestar al otro, del deseo pastoral, es el movimiento ético de la crítica de nosotros mismos respecto de nosotros mismos.

Experiencia existencial cotidiana en la que nos planteamos, no si un dato es exacto, si una información es fidedigna, si una interpretación es plausible o si una construcción es consistente, todo lo cual va de suyo, sino si la decisión de embarcarnos en la problematización de esos datos, informaciones, interpretaciones y construcciones es justa. Ahí está como testimonio hiperbólico el autoanálisis perpetuo y enfermizo de Wittgenstein, cuya experiencia ha quedado en papeles, cuadernos, apuntes y diarios, con los que la pedagogía académica intenta fabricar... argumentos. Y como también señaló Wittgenstein respecto del *Tractatus*, lo importante de un texto, nosotros diríamos su verdad, no está dicho en ese texto, sino afuera de él, en otra parte.

Al declarar la verdad de una situación manifestamos simultáneamente la verdad de nosotros mismos.

.....

(28) De ahí también la extraña situación en la que quedan quienes se dedican a tomar nota de inconsistencias e imprecisiones pero se pierden la clave de un texto, de una posición o un autor. A veces da la impresión que al aumentar el éxito en encontrar inconsistencias u oscuridades disminuye la posibilidad de captar lo relevante.

Bibliografía

Althusser, Louis (1995), "Machiavel et nous", *Écrits philosophiques et politiques*, tome II, París, Stock/Imec.

Bulygin, Eugenio (2006), *El positivismo jurídico*, México, Fontamara.

Cannata, Carlo Augusto (1996), *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos.

Cover, Robert (1995), "Nomos and narrative" en *Narrative, violence and the law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.

Jestaz, Phillippe y Jamin, Christophe (2004), *La doctrine*, París, Dalloz.

Krynen, Jacques (2009), *L'ideologie de la magistratura ancienne*, París, Gallimard.

Navarro, Pablo y Redondo, Cristina (compiladores) (2002), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa.

Rinssi, Eduardo (2003), *Política y tragedia. Hamlet entre Hobbes y Maquiavelo*, Buenos Aires, Colihue.

Completitud del derecho: ¿propiedad necesaria o exigencia?

por **JULIÁN DÍAZ BARDELLI**⁽¹⁾

Resumen

El presente trabajo aborda una discusión teórica propia de las teorías jurídicas de corte normativista y más específicamente logicista: la discusión sobre la completitud de los sistemas jurídicos.

Mientras algunas posiciones teóricas sostienen que la completitud es una propiedad necesaria de esos sistemas (“plenitud hermética”), otras, por el contrario, defienden la idea de que se trata de una exigencia no siempre satisfecha en los sistemas jurídicos existentes.

Dentro de las primeras se analizan las posturas de Bergbohm, Zitelman, Kelsen, Cossio y Dworkin, aún reconociendo las importantes diferencias que las caracterizan. Por las segundas, se explican las teorías de Bobbio, Alchourrón y Bulygin.

Luego de efectuar una revisión crítica de las teorías de la completitud como propiedad necesaria, el autor concluye que resultan teóricamente inaceptables. Sólo puede predicarse válidamente la completitud como una exigencia sobre el derecho, o lo que es lo mismo, como un “ideal racional”. Para el autor, también se podría predicar válidamente la plenitud de un determinado sistema jurídico, pero la verdad de una proposición así depende de la realidad del sistema examinado, y es, por ende, una verdad contingente.

.....

(1) Docente de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I | Introducción

Un enfoque muy difundido del fenómeno jurídico es aquel que lo presenta como un conjunto de normas, y por ello, las teorías del derecho que lo adoptan reciben el nombre de normativistas.

Desde luego, no hay un único tipo de teorías jurídicas normativistas. Existen, por ejemplo, teorías normativistas de corte sociológico. Un buen ejemplo de ellas es la teoría de Hart, para quien las normas jurídicas son prácticas sociales. También las hay de corte logicista, como por ejemplo sucede con la teoría pura del derecho de Kelsen, que caracteriza a las normas jurídicas como juicios de deber ser.

Sin embargo, a pesar de las diferencias, esas teorías tienen en común el hecho de considerar que la realidad a la que refieren es, fundamentalmente, una realidad normativa.

Las teorías normativistas de corte logicista afirman que el derecho es un sistema normativo con determinadas propiedades formales, como ser su completitud, su coherencia e incluso su independencia. Cada una de esas propiedades se ve afectada por un defecto distinto. Así, la completitud resulta afectada por la presencia de vacíos normativos (o "lagunas"). La coherencia, en cambio, aparece atacada por la existencia de incompatibilidades normativas (o "antinomias"). Y las redundancias normativas, por último, afectan la independencia del sistema.

Pero las lagunas no siempre son reconocidas en la teoría como defectos posibles de los ordenamientos jurídicos realmente existentes. En tal sentido, hay teorías que caracterizan la completitud como una propiedad necesaria de los sistemas jurídicos, y otras que, al contrario, la señalan como una propiedad contingente. Mientras que las primeras niegan la existencia de lagunas, las segundas la reconocen.

Un factor que puede incidir en el debate es la circunstancia de que, por lo general, los ordenamientos jurídicos vigentes prevén la obligación, para los jueces, de juzgar todos los casos que se les presenten (principio de inexcusabilidad), y conjuntamente, el deber de hacerlo aplicando el derecho positivo (principio de legalidad). En el ordenamiento jurídico argentino, un ejemplo de la primera obligación es el art. 15 del Código Civil⁽²⁾,

(2) "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

cuya fuente es el art. 4 del Código Civil francés; y de la segunda, el art. 34 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación⁽³⁾.

El propósito de este trabajo es evaluar las posiciones en pugna y señalar su mayor o menor adecuación para caracterizar los ordenamientos jurídicos vigentes. Para ello, comenzaré con algunas precisiones sobre el concepto de completitud. Luego me referiré a algunas de las más importantes teorías negatorias de la existencia de lagunas. En contraste, aludiré más adelante a los enfoques teóricos que reconocen su presencia. Y finalizaré con un balance de ambas que me permitirá, creo que fundadamente, adherir a una u otra posición.

2 | Completitud y lagunas

Para que las referencias a las teorías negatorias o afirmatorias de la existencia de lagunas tengan algún sentido, es necesario previamente dilucidar el concepto de laguna, así como el de completitud.

Voy a adoptar aquí lo afirmado por Alchourrón y Bulygin⁽⁴⁾, al decir que tanto el concepto de completitud como el de laguna tienen una estructura relacional: se trata de una relación entre un conjunto de normas (o sistema normativo), un conjunto de circunstancias fácticas o casos posibles (o Universo de Casos) y un conjunto de respuestas o soluciones posibles (o Universo de Soluciones).

En esa línea de pensamiento, bien podría afirmarse que un determinado sistema jurídico es completo, es decir, carente de lagunas, si se observa que en él todos los casos de un Universo de Casos determinado se correlaciona con alguna solución de un Universo de Soluciones también determinado. En esta hipótesis, la completitud es una propiedad presente en el sistema jurídico concretamente observado, es decir, es una propiedad contingente de ese sistema.

Pero la tesis que me interesa analizar aquí no es ésta, sino aquella que sostiene que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos,

(3) "Son deberes de los jueces: [...] Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes..." Además, el art. 163 inc. 5 del mismo plexo normativo dispone que la sentencia definitiva de primera instancia deberá contener "Los fundamentos y la aplicación de la ley".

(4) ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 22-23.

es decir, carentes de lagunas, con respecto a todo Universo de Casos y a todo Universo de Soluciones. En esta tesis, "completitud" equivale a clausura o plenitud hermética.

Para aclarar el concepto de laguna (y también el de completitud) al que me estoy refiriendo, es necesario distinguir entre diferentes tipos de casos. Se suele llamar caso tanto al homicidio de Juan como al homicidio a secas. El primero consiste en un hecho individual, y por lo tanto, es un caso individual; el segundo se trata de una clase de hechos, y puede ser denominado caso genérico.

Algunos juristas o filósofos del derecho han llamado lagunas a los problemas detectados en la correlación de casos individuales con soluciones normativas, o han afirmado la incompletitud del derecho en base a esos defectos. Son problemas de esta clase la falta de información sobre el hecho efectivamente ocurrido o la vaguedad de los términos en que son formuladas las normas. Pero estos problemas son de una índole muy diferente a los analizados en este trabajo: se trata de problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos), mientras que los nuestros son problemas lógicos.

Hay otros problemas, no ya de orden lógico ni de orden empírico o empírico-conceptual, sino valorativo, que también suelen ser calificados con el nombre de "lagunas". Son casos para los que el sistema jurídico, por no haber considerado una propiedad que debería ser tenida como relevante según ciertas pautas axiológicas, correlaciona una solución que es percibida como inadecuada o injusta según esas mismas pautas axiológicas.

Sólo en los casos de lagunas que aluden a problemas de orden lógico falta la solución normativa; en los otros casos, en cambio, el sistema jurídico provee de una solución normativa pero ella es considerada de dificultosa aplicación al caso individual o de injusta adecuación al caso genérico.

Para evitar confusiones entre problemas de tan diversa naturaleza, dos alternativas son posibles: o bien reservamos el término "laguna" exclusivamente para los problemas de tipo lógico, o clasificamos las lagunas en diversos tipos. Optando por la segunda alternativa, Alchourrón y Bulygin llamaron lagunas normativas a las lagunas lógicas, lagunas de conocimiento o de reconocimiento a las empíricas o empírico-conceptuales, según se trate, respectivamente, de falta de información fáctica o falta de precisión de los términos expresados en las normas, y lagunas axiológicas a los problemas valorativos previamente señalados.

En este trabajo optamos por la primera alternativa, y por ende, cuando se haga referencia a las tesis negatorias de la existencia de lagunas, es decir, a aquellas que postulan la clausura o plenitud hermética de los sistemas jurídicos, se entenderá por “lagunas” exclusivamente las situaciones que en la segunda alternativa se clasifican como lagunas normativas.

3 | Teorías negatorias de lagunas

Siguiendo a Bobbio⁽⁵⁾, dentro de la tradición iuspositivista pueden señalarse dos grandes teorías que niegan la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico: la teoría del espacio jurídico vacío y la teoría de la norma general excluyente.

La primera de ellas, representada por Carl Bergbohm como su mayor exponente, afirma que el derecho no tiene lagunas porque los casos no regulados son jurídicamente irrelevantes o, lo que es lo mismo decir, están fuera de la esfera jurídica: pertenecen al “espacio jurídico vacío”. Se ha caracterizado ese espacio como la esfera de lo que no es lícito ni ilícito; y se ha señalado que tal caracterización no viola el principio que excluye una tercera modalidad entre la licitud y la ilicitud (*tertium non datur*) porque, al tratarse de conductas irrelevantes para el derecho, resultan insusceptibles de cualquier calificación jurídica.

La segunda de las teorías referidas, que tiene a Ernst Zitelmann como su principal portavoz, justifica la plenitud del derecho en la circunstancia de que toda norma específicamente reguladora de ciertos actos contiene implícitamente otra norma que excluye del ámbito de aplicación de la primera norma todos los actos no previstos en ella y los regula en forma antitética. Graficando esto con un ejemplo, diríamos que una norma que prohíbe importar cigarrillos contiene implícitamente otra que permite importar cualquier otro producto que no sean cigarrillos. En esta teoría, el ordenamiento jurídico es lo que resulta del conjunto de todas las normas particulares y de todas las normas generales excluyentes. A su vez, la función de exclusión cumplida por las normas generales excluyentes puede ser asumida por una sola norma, que garantiza la plenitud o cierre del ordenamiento jurídico y por ello se denomina norma de clausura.

(5) BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Debate, Madrid, 1991, 6ª reimpresión 1999, pp. 229-238; *Íd.*, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993, 1ª reimpresión 1998, pp. 211-312.

Un ejemplo paradigmático de esta última posición lo constituye la teoría de Hans Kelsen⁽⁶⁾. Dice este autor en su segunda Teoría Pura del Derecho (versión alemana de 1960) que cuando no exista una norma general que solucione el caso, el juez aplica de todos modos el orden jurídico, ya que en ese caso la conducta en cuestión se encuentra negativamente regulada por ese ordenamiento al no estar modalizada como prohibida, cabiendo inferir por tanto la permisón de tal conducta.⁽⁷⁾

Con todo, Kelsen admite que la conducta negativamente “permitida” por el ordenamiento jurídico puede no estar garantizada por ese mismo ordenamiento, es decir, que el derecho no prohíba (y por la tanto “permita”) realizar un acto de fuerza que impida la realización de aquella conducta, pero sobre esa situación se limita a señalar que se trata de “un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene”⁽⁸⁾.

En cambio, en la etapa anterior a la segunda versión (alemana) de su Teoría Pura del Derecho, Kelsen era más lineal en su negación de la existencia de lagunas así como en los fundamentos de dicha negación, pues no sólo no advertía sobre la posible ausencia de garantía de la permisón, sino todo lo contrario, consideraba que los ordenamientos jurídicos disponen siempre de esa garantía⁽⁹⁾.

(6) Cfr. ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, Introducción..., cit., p. 165. Allí, en la nota al pie nro. 11 se considera a Zitelmann como un precursor de Kelsen sobre este tema.

(7) Cfr. KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979, pp. 254-255: “el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aún en el caso en que el orden jurídico, según el tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que [...] no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en este sentido, le está permitida [...] La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en caso la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho”

(8) *Ibid.*, p. 252.

(9) Así, por ejemplo, en la versión francesa de la Teoría Pura del Derecho, se lee: “cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esa libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues este [...] le impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que no está prohibido”. Cfr. KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, trad. de M. Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 1982 (18ª ed.), pp. 172-173.

Pero la inexistencia de lagunas con base en la necesaria completitud del derecho también ha sido defendida desde otras perspectivas iusfilosóficas diferentes del positivismo jurídico. Un buen ejemplo de ello es la posición de Carlos Cossio. Al igual que Kelsen, este autor también postuló la plenitud hermética del derecho sobre la base de la regla de que todo lo que no está prohibido está permitido; pero para Cossio dicha regla no constituye un enunciado lógico (tautológico) sino "ontológico", pues parte de la idea de que la libertad jurídica, que para él no es sino una especificación de la libertad metafísica del hombre, es lo "primero y originario" del derecho⁽¹⁰⁾.

Otro ejemplo de postulado no positivista de completitud absoluta (o "plenitud hermética") del derecho es la teoría de Ronald Dworkin. En realidad, la teoría de Dworkin es un poco más compleja, porque reconoce la posibilidad de que el derecho, considerado como conjunto de reglas, pueda tener lagunas; pero al mismo tiempo afirma que quien demanda la actuación judicial tiene derecho a que el juez resuelva su pretensión como si el ordenamiento jurídico fuese completo⁽¹¹⁾. Para ello hay que acudir al auxilio de los principios morales subyacentes y, por vía de interpretación, colmar con éstos las eventuales lagunas. Resumiendo, el iusfilósofo anglosajón defiende un modelo de sistematización jurídica que ha sido denominado "interpretativo". Se trata de un modelo de reconstrucción del material jurídico que, con la ayuda de una determinada teoría de la interpretación en lugar de una regla de clausura, basado fundamentalmente en principios morales, permitiría completar el sistema en todos los casos posibles⁽¹²⁾.

(10) COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2da. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 656; con cita del mismo autor, *Las lagunas del Derecho*, p. 103.

(11) DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 190.

(12) ALCHOURRON, Carlos, "On Law and Logic", *Ratio Juris* 9, N° 4, diciembre/1996, trad. castellana de J. L. Rodríguez, "Sobre derecho y lógica", *Isonomía*, N° 13, octubre/2000, p. 33. REDONDO, Cristina, "Lógica y concepciones del derecho", *Isonomía*, N° 13, octubre/2000, p. 42. BULYGIN, Eugenio, "Sistema deductivo y sistema interpretativo", *Isonomía*, N° 13, octubre/2000, p. 58.

4 | Teorías afirmatorias de la existencia de lagunas

Varios iusfilósofos, en oposición a las teorías revistadas en el punto anterior, afirman la existencia de lagunas (normativas) en los sistemas jurídicos, y por lo tanto, niegan que todos los sistemas jurídicos sean necesariamente completos.

Uno de esos autores es Bobbio, quien calificó de “dogma” el postulado de completitud (o “integridad”) del derecho. Ese dogma habría nacido con la tradición romanista medieval y, en la modernidad, sería un componente de la concepción estatalista del derecho⁽¹³⁾. En realidad, Bobbio marca una diferencia entre la coherencia y la completitud, al señalar que la primera es meramente una exigencia y que la segunda, en cambio, es una condición necesaria para aquellos ordenamientos jurídicos donde el juez esté obligado a juzgar en todos los casos que se le presenten y además deba hacerlo aplicando una norma del sistema⁽¹⁴⁾; pero al mismo tiempo reconoce que esa condición, aún cuando sea presupuesta por tales ordenamientos como necesaria, puede no darse de hecho. Además, Bobbio criticó específicamente las teorías del “espacio jurídico vacío” y de la “norma general excluyente”⁽¹⁵⁾.

El postulado de la plenitud hermética del derecho fue objetado también por Alchourrón y Bulygin. Ellos sostienen que el citado postulado es una mera ilusión o ficción tendiente a ocultar el hecho de que las exigencias expresadas en los principios de inexcusabilidad, justificación y legalidad son conjuntamente insostenibles, ya que imponen a los jueces obligaciones imposibles de cumplir⁽¹⁶⁾. Señalan, sin embargo, que la completitud bien puede ser vista como un ideal racional en lugar de como un dogma; expresando así la exigencia de que los ordenamientos jurídicos (y los sis-

(13) BOBBIO, Norberto, *Teoría General...*, cit., pp. 224-225.

(14) *Ibidem*, p. 223.

(15) *Ibidem*, pp. 230-238.

(16) ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción...*, cit., pp. 238-239.

temas normativos en general) deben ser completos, a pesar de que de hecho no lo sean⁽¹⁷⁾.

5 | ¿Propiedad necesaria o exigencia sobre el derecho?

Queda ahora por determinar cuál de las dos tesis resulta más satisfactoria para describir la realidad de los sistemas jurídicos: si aquella que postula la plenitud hermética del derecho y considera a la completitud como una propiedad necesaria o, en cambio, la que interpreta la completitud como una exigencia sobre el derecho, no siempre efectivizada en los ordenamientos jurídicos realmente existentes.

En mi opinión, las teorías negatorias de la existencia de lagunas en el derecho no logran demostrar lo que se proponen.

La teoría del espacio jurídico vacío (Bergbhom) tiene puntos de coincidencia con la teoría basada en el principio de prohibición en su versión ontológica (Cossio), lo que las hace merecedoras de la misma crítica. Hablar de la existencia de una libertad intrínseca del ser, o jurídicamente irrelevante, no permite por sí solo justificar la inexistencia de lagunas. Si las algunas a las que nos referimos son lagunas del derecho, es decir, casos sin solución dentro de un determinado sistema jurídico, la solución proveniente desde afuera (llámese libertad intrínseca del ser humano, o libertad de la conducta jurídicamente irrelevante), no revierte el carácter lacunoso del derecho, pues tal carácter viene asignado por la presencia de casos sin solución dentro del derecho, aún cuando puedan obtener una solución fuera de él⁽¹⁸⁾. Desde la teoría del espacio jurídico vacío podría contraargumentarse señalando que si el caso no está regulado por el derecho es porque resulta jurídicamente irrelevante; y entonces no tendría sentido hablar de la existencia de una laguna, porque este concepto alude siempre a un defecto del ordenamiento jurídico y en la situación descrita no se advierte defecto alguno. Pero es cuanto menos dudosa la posibilidad

(17) *Ibidem*, p. 227 y ss.

(18) ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción...*, cit., p. 189.

de que exista un espacio jurídico vacío en el sentido de conductas jurídicamente irrelevantes. Esta teoría califica como libres o permitidas las conductas que ingresan en ese espacio, pero para que esa libertad sea jurídicamente irrelevante debería carecer de protección jurídica contra actos de fuerza privada que la impidan, y en los ordenamientos jurídicos modernos, caracterizados por el monopolio estatal de uso de la fuerza, aquellos actos no son posibles⁽¹⁹⁾.

Lo mismo cabe decir respecto de la teoría basada en la norma general excluyente (Zitelmann) o en el principio de prohibición en su versión lógica (Kelsen). Con esas normas generales o principios caben dos posibilidades: o funcionan como principios puramente lógicos, o bien como normas o principios positivizados. En la primera hipótesis, sólo expresan una tautología y no sirven para dar una solución normativa a los casos carentes de regulación específica. En el segundo supuesto, su alcance empírico es limitado: en general se circunscriben a los ordenamientos jurídicos democráticos o liberales, y su aplicación plena sólo se da en la esfera penal⁽²⁰⁾. Para las restantes áreas del derecho, al lado de las normas generales excluyentes o principios de prohibición, los ordenamientos jurídicos prevén normas generales incluyentes o principios de aplicación de leyes análogas. Y allí surge la indeterminación provocada por la falta, en los propios sistemas jurídicos, de un criterio que permita dilucidar cuándo dos casos son semejantes o análogos entre sí; con la consecuencia de quedar indeterminada la alternativa a aplicar: si la excluyente o la incluyente⁽²¹⁾.

Este es precisamente el caso de nuestro país. La Constitución Nacional argentina contempla una norma general excluyente o principio de clausura en su artículo 19, al expresar que "Nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe"; pero esta norma, aunque enuncia una clausura genérica, no es siempre determinante en el ámbito civil⁽²²⁾. De allí que no resulte inválida una norma como la expresada en el art. 16 del Código Civil argentino, al disponer que "Si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa,

(19) BOBBIO, Norberto, *Teoría general...*, cit., pp. 231-232.

(20) NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, p. 284.

(21) BOBBIO, Norberto, *Teoría general...*, cit., pp. 235-238.

(22) ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción...*, cit., p. 198.

se resolverá por los principios generales del derecho...”, o la formulada en el art. 17 del mismo plexo normativo, en cuanto prescribe la aplicación de los usos y costumbres “en situaciones no regladas legalmente”.

La teoría basada en los principios (Dworkin) también es objetable. En primer lugar, confunde la completitud (absoluta) del derecho con su completitud. El hecho de acudir a los principios para solucionar un caso no regulado por una regla específica del sistema demuestra precisamente que el caso constituye una laguna en ese sistema. Ello es así aún cuando, como sucede con la teoría de Dworkin, los principios aludidos integren el ordenamiento jurídico. También los “principios generales del derecho” integran el ordenamiento jurídico, y sin embargo son previstos por el derecho positivo precisamente para resolver situaciones de lagunas, como claramente surge de nuestro art. 16 antes citado. Los principios son normas más generales que las habitualmente calificadas con ese adjetivo, y por eso pueden ser llamadas “generalísimas”. Pero es precisamente su enorme generalidad lo que con frecuencia dificulta su aplicación a un caso. Por otro lado, dos jueces de un mismo sistema pueden no compartir el mismo conjunto de principios morales o pueden disentir en el criterio de ajuste para encuadrar un caso en un principio⁽²³⁾.

En síntesis, los principios no siempre permiten hallar la solución del caso no reglado, y cuando lo logran ponen en evidencia, no la completitud absoluta del derecho, sino la preexistencia de una laguna que ha sido colmada.

6 | Conclusión

De las consideraciones precedentes se extrae que el postulado de la plenitud hermética (completitud absoluta o necesaria) del derecho es teóricamente inaceptable. A lo sumo se puede predicar válidamente la plenitud de un determinado sistema jurídico, y la verdad de una proposición semejante depende del conjunto de casos y del conjunto soluciones contemplados.

El postulado de la plenitud hermética bien puede ser calificado como un dogma, en tanto resulta indemostrable la afirmación de que todos los sistemas jurídicos son necesariamente completos. Pero ello no quiere decir

.....

(23) ALCHOURRON, Carlos, “On Law...”, pp. 32-33

que no pueda predicarse la completitud como una exigencia sobre el derecho o, en palabras de Alchourrón y Bulygin, como un "ideal racional" ⁽²⁴⁾. Una cosa es que el derecho sea necesariamente completo, y otra muy distinta es que deba serlo. La distinción fue hecha ya hace tiempo por Francesco Carnelutti: "Por plenitud del ordenamiento jurídico se entiende la exigencia de que en el ordenamiento exista un mandato idóneo para la composición o solución de cualquier conflicto de intereses que se plantee en la sociedad jurídicamente ordenada [...] La perfección del ordenamiento jurídico no debe entenderse, pues, como una propiedad suya en el sentido de la inexistencia de lagunas, sino más bien en el sentido de la exigencia de que sean ellas eliminadas" ⁽²⁵⁾.

(24) ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción...*, cit., pp. 231-232.

(25) CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1955, pp. 107 y 116

Hospitalidad y hostilidad: apuntes para pensar el poder

por **MARINA GORALI**⁽¹⁾

“Una jaula salió en busca de un pájaro”

F. Kafka

Resumen

El presente trabajo pretende abordar la tensión entre los conceptos de hospitalidad y hostilidad, intentando mostrar allí el papel fundamental que desempeña la extranjería como clave política para sustraer al poder del encierro mismo que la verticalidad genera; aspirando a ofrecer así una mirada a una otra temporalidad.

Palabras clave:

Hospitalidad – hostilidad – extranjería – alteridad – poder.

La hostilidad es un concepto problemático, supone ante todo una toma de posición. Ya lo había dicho Schmitt, la relación amigo-enemigo constituye la especificidad propia de lo político. Sin embargo, ¿cómo entender la polaridad que el término *hostes* encierra, enemigo y huésped a la vez? ¿Es posible apresiar la enemistad pública en la alteridad misma de lo extraño? Schmitt decía “El enemigo político no tiene por qué ser moralmente malo, no tiene por qué ser estéticamente feo; no tiene por qué actuar como un competidor económico y hasta podría quizás parecer ventajoso hacer ne-

(1) Abogada (UBA), Lic. en Ciencia Política (UBA), Doctoranda en Derecho (UBA), Docente de Filosofía del Derecho (UBA)

gocios con él. Es simplemente el otro, el extraño, y le basta a su esencia el constituir algo distinto y diferente en un sentido existencial especialmente intenso...” (Schmitt, 1963)

No obstante el tono firme de su sentencia, Schmitt no nos revela clave alguna para comprender por qué, ¿por qué la alteridad extranjera del xenos vendría a constituir el rostro hostil de la amenaza y no la clausura solipsista de la Mismidad? Quizás hace falta fabricar tiempo para que la máscara oscura del hostes se transforme, y advenga el gesto tranquilizador de la familiaridad.

Anne Dufourmantelle escribía “Cuando entramos en un lugar desconocido, la emoción es casi siempre de una indefinible inquietud. Luego comienza el lento trabajo de la domesticación de lo desconocido y poco a poco el malestar se esfuma. Una familiaridad nueva sucede al espanto provocado en nosotros por la irrupción de lo completamente otro” (Dufourmantelle, 2006)

Pero también allí anida una inquietud; la inquietud por la proximidad imposible de la traducción. Por otro lado, ¿la familiaridad no supone ya un apoderamiento, el forzoso juego de la posesión?

Blanchot decía: “Hablar con alguien es reconocerlo desconocido y recibirlo extraño sin obligarlo a romper su diferencia” (Blanchot, 1996)

En uno de sus votos la Dra. Alicia Ruiz escribía citando a E. Balibar “los temas que legitiman el racismo como una suerte de reacción defensiva de una identidad nacional y de una seguridad social ‘amenazadas’ son ampliamente admitidos por numerosos estratos en todas las clases sociales, aun si sus formas más extremas generalmente no son aprobadas (¿o todavía no lo son?): en especial, la idea de que la presencia de gran cantidad de extranjeros o inmigrantes, supondría un riesgo para el nivel de vida, el empleo, la paz pública, y la idea de que ciertas diferencias culturales —a veces, demasiado molestas— constituirían obstáculos insuperables para la convivencia”⁽²⁾.

(2) Véase “Bara, Sakho s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Mbaye, Ibrahima s/ inf. arts. de la ley 23.098 (Habeas Corpus)”

I | Fabricar tiempo: el oficio de invitar

En hebreo “fabricar tiempo” es equivalente a invitar⁽³⁾. ¿Cuál es esta extraña inteligencia de la lengua – se pregunta Anne Dufourmantelle- que certifica que para producir tiempo es preciso ser dos? (Dufourmantelle, 2006) El porvenir se da así como lo que nos viene del otro, el porvenir inscripto en mí como apertura, como alteridad. Cuestión que no sólo nos recuerda al nuevo pensamiento de Rosenzweig (Rosenzweig, 2005) donde necesitar tiempo supone no poder anticipar nada, tener que esperararlo todo, depender del otro para lo más propio sino que abre asimismo el maravilloso interrogante kantiano y derridiano sobre la hospitalidad. ¿Qué significa invitar? ¿alojar? ¿hospedar? ¿quién aloja? y ¿qué es lo que se aloja? O ¿a quién? Si el hombre nunca se pertenece ¿puede pues pertenecer? ¿Es posible abogar por el dominio privado y la territorialidad original?

Lévinas denunciaba ya prematuramente los peligros de la clausura del encadenamiento al Lugar, en “Heidegger, Gagarin y nosotros” escribía: “La implantación en un paisaje, el arraigo al Lugar sin el cual el universo se volvería insignificante y apenas existiría, es la separación misma entre autóctonos y extranjeros. Desde esta perspectiva la técnica es menos peligrosa que los genios del Lugar. La técnica suprime el privilegio de ese arraigamiento y del exilio que a él se refiere. Libera de esa alternativa.” (Lévinas, 2008)

Es por ello que es preciso quizás reconocer que extranjeros somos todos. Extranjeros en una tierra que sí se ofrece al otro como hospitalidad. Pero si es la tierra la que nos hospeda, ¿cómo construir el suelo firme de nuestra identidad? ¿dónde anudar lo propio en la esfera íntima de nuestra subjetividad?

(3) El alfabeto hebreo es consonántico, es decir las vocales no se escriben, sólo se pronuncian al momento de leerse el texto. Las familias de palabras poseen todas la misma raíz (shoresh) que consiste en una serie de tres consonantes. Algo así sucede con la palabra “lizman” que significa fabricar tiempo, generar esperanza cuyo shoresh coincide con el del término “leazmin” que significa invitar, hacer lugar. En hebreo ambas palabras se escriben igual ya que sólo se escriben las consonantes. De allí la coincidencia que señala Dufourmantelle.

Hannah Arendt hablaba de la lengua, de la lengua materna como último reducto del propio hogar. Las personas desplazadas, los exiliados, los deportados, los expulsados, tienen en común dos suspiros, dos nostalgias: sus muertos y su lengua. La morada, ethos de los muertos, prefigura la habitación de referencia para definir el propio-hogar.

Serán entonces la Memoria y la Lengua compartida la que darán cuenta en definitiva de aquella perdida, en el tiempo, subjetividad. Una subjetividad que, inevitablemente vacía, se imprimirá a sí en el pasaje infinito de la alteridad.

En un maravilloso trabajo titulado "Abraham con Hamlet", Diana Sperling, señala "Si Abraham será bendición, lo será a condición de asumirse como agujereado, fallido, no-todo; es decir, como abocado al otro y no vuelto sobre sí, en la autorreferencia que el poder provoca. Porque el poder engaña: hace creer al sujeto que está completo, que los demás necesitan de él pero no a la inversa, que la relación al otro es vertical y no, como en realidad es, horizontal, vacilante, insegura, incierta. Podría pensarse entonces que la "h" en el nombre es el otro: la alteridad que irrumpe en el sí mismo descompletándolo. Y ésta, la existencia del otro para hacer de mí un humano, es la bendición." (Sperling)

La frase devela una muy interesante inquietud: ¿es posible encontrar una horizontalidad en el poder? ¿Es posible hallar un poder que se elimine como verticalidad?

En "La sociedad contra el Estado" Pierre Clastres problematiza increíblemente bien esta cuestión. Mostrando la insuficiencia de gran parte de los paradigmas tradicionales de la etnografía que se apegaban a un modelo único, etnocéntrico, de concebir el poder, propone la idea de un poder no mediatizado por la coerción. Un poder sustraído, castrado, impotente; en definitiva, un poder que se resuelve a sí en el campo simbólico de su propia ausencia o autorretracción.

Describe la manera en que algunas comunidades aborígenes de América resuelven el tema del poder, (arawak, guaycurú, arawak (guana) del Chaco, onas, yagan de Tierra del Fuego, jíbaros); y plantea que, si la coerción y subordinación no constituyen al poder político siempre y en todas partes,

se abre una alternativa. O bien el concepto clásico de poder es adecuado a la realidad por él pensada, en cuyo caso debe dar cuenta igualmente de la realidad del no-poder en aquellas partes en que se lo constate; o bien es inadecuado y es necesario entonces abandonarlo o transformarlo. (Clastres, 2008; 12)

Los ejemplos de estas comunidades ilustran, para él, la imposibilidad que existe de hablar de sociedades sin poder. Es por ello que rehúsa la etnografía de Lapierre cuyos estudios apelaban a una concepción meramente coercitiva, estudios que repartían las sociedades en dos grupos: sociedades con poder y sociedades sin poder. Por el contrario, para Clastres el poder político es universal, inmanente a lo social (sea cual fuere la determinación de lo social: lazos de sangre o clases sociales).

En este sentido queda claro que el poder político como coerción o como relación de orden-obediencia no es el modelo de poder verdadero (¿podría haber algo así?), sino simplemente un caso particular, una realización concreta del poder político en ciertas culturas, como podría ser la occidental. Incluso en las sociedades donde la institución política está ausente (por ejemplo donde no hay jefes), para el autor, aún allí lo político está presente, aún allí se plantea la cuestión del poder, “no en el sentido engañoso que incitaría a querer rendir cuenta de una ausencia imposible, sino por el contrario en el sentido que, misteriosamente quizás, *algo existe en la ausencia*”(Clastres, 2008)

Que algo exista en la ausencia significa que esa ha sido precisamente la manera ¿intencional? de descompletar el poder, de vaciarlo de aquello que lo encierra, de abrirlo del ensimismamiento de la verticalidad.

Por supuesto, luego de Foucault resulta insostenible una concepción del poder como atributo. Ya lo había dicho Deleuze, Foucault es, quizás, el primero en inventar esa nueva concepción del poder que buscábamos sin acertar a encontrarla ni a enunciarla (Deleuze, 2008). En Vigilar y Castigar daba cuenta de aquel magistral movimiento: una puesta entre paréntesis (una epojé), una suspensión metodológica de los postulados tradicionales de los análisis sobre el poder.

Lo interesante del planteo de Clastres reside precisamente en que propone una línea teórica que permite repensar el poder en su propia borradura, en el acto mismo de su sustracción.

Clastres comenta que la mayoría de las sociedades indígenas de América mencionadas se distinguen por el sentido de la democracia y el gusto por la igualdad. La peculiaridad más notable del jefe indígena consiste en su falta casi completa de autoridad. El jefe se caracteriza por ser un hacedor de paz, el mediador de la comunidad. Por otro lado debe ser generoso con sus bienes y no puede permitirse rechazar las incesantes demandas de sus administrados, sin desacreditarse. Por último debe poseer cierto don de la palabra.

Un liderazgo constituido entonces por la palabra y la generosidad. Pero ¿qué significa generosidad? ¿Tal vez un dar que no suponga deuda ni retribución? Derrida decía: para que haya don es preciso que no haya reciprocidad ni devolución ni intercambio ni contra-don. El don es la imagen misma de lo imposible. Lo interesante es que este carácter aporético del don es también, como muestra Derrida (Derrida, 1995), el propio carácter del tiempo, que al decir de Aristóteles no es en absoluto o no es sino apenas o débilmente.

Volvemos así al horizonte semántico inicial: fabricar tiempo es en algunas lenguas equivalente a invitar. El Tiempo de la hospitalidad. El poder de la generosidad.

Diego Tatián (Tatián, 2008) explica que la generosidad no es presentada por Spinoza como un mandamiento, ni como una obligación heterónoma sino como un afecto activo, una potencia del alma "en cuanto que entiende"; un deseo orientado por la razón hacia los otros. En la *Ética* la generosidad aparece por primera vez en la parte III definida como una forma de la fortaleza. "Todas las acciones que se siguen de los afectos que se refieren al alma en cuanto que entiende, las refiero a la fortaleza (*Fortitudinem*), que yo divido en firmeza (*Animositatem*) y generosidad (*Generositatem*). Pues por firmeza entiendo el deseo con el que cada uno se esfuerza por conservar su ser en virtud del solo dictamen de la razón. Por generosidad, en cambio, entiendo el deseo por el que cada uno se esfuerza, en virtud

del solo dictamen de la razón, en ayudar a los demás hombres y unirlos a sí mismo por la amistad" (E, III, 59, esc)

Habría pues una relación de reversibilidad entre la firmeza en cuanto potencia del alma que persigue la conservación de sí, y la generosidad en cuanto fuerza del alma que persigue la conservación del otro (Tatián, 2008). En este sentido es importante comprender que el concepto de "perseverancia en el ser" posee en Spinoza una dimensión necesariamente colectiva; concepto que podría quizás contraponerse al individualismo posesivo propio de la filosofía de Hobbes.

Como tan bellamente escribe D. Tatián "con la palabra generosidad Spinoza combate los amores impotentes y tristes de la superstición, para establecer por su medio, tal vez, un vínculo entre política y amor intelectual – para pensar la política como amor intelectual". D. Sperling dirá: Spinoza es el gran horizontalizador⁽⁴⁾.

2 | Derecho, poder y hospitalidad

¿Qué pasa cuando el Derecho no acoge al extranjero y por el contrario, lo expulsa, lo rechaza? ¿Qué sucede con nosotros cuando formamos parte de un Estado que se ensimisma, que se repliega sobre sí?

Fundamentalmente perdemos de vista el don maravilloso que sólo el huésped, el recién llegado, el extranjero es capaz de ofrecer: liberarnos de la prisión que, como dueños de casa, provoca el poder y la ipsité.

La extranjería viene entonces a donar la clave política para sustraer al poder del encierro mismo que la verticalidad genera. Viene a abrir la puerta de la alteridad que el espejo del narcisismo estatal no permite ver.

De más está decir que la globalización es una burla, el chiste absurdo con que nuestra contemporaneidad nombra la universalidad. No hace falta citar casos, los periódicos del mundo nos ilustran a diario sobre el

(4) D. Sperling hace referencia allí a la democratización de la lengua. Desanudando signifi-
ficante y significado, Spinoza, los libera de su dependencia vertical, desarmando así "toda
jerarquía, todo origen, todo imperio pontifical".

fenómeno político de la bio-inmunidad. Leyes antiinmigratorias, redadas, repatriaciones, criminalización de la indocumentación⁽⁵⁾.

R. Espósito hablaba del paradigma inmunitario, de la coyuntura de una época a partir de la cual la propia soberanía cede lugar a la inmunización. El cuerpo político levantando muros, barreras que, lejos de defenderlo, lo ahogan en la clausura solitaria de la Mismidad.

La ley SB 1070, y su andamiaje policial han puesto de manifiesto no sólo el despliegue del efecto pulsional xenófobo de agrupaciones y milicias nacionalistas como “Ángeles del desierto” o “American First”; sino el eco siniestro de la más temible racionalidad: la primacía de la sangre, del cuerpo, como enlace excluyente de la nacionalidad.

En este sentido, conjuntamente con la ley SB1070 han surgido intentos legislativos que buscan abolir la ciudadanía automática para niños de padres indocumentados que hubieren, sin embargo, nacido en el territorio nacional (EEUU).

Lévinas en el Post scriptum de aquel premonitorio ensayo sobre la “filosofía del hitlerismo” nos advertía que la fuente de la sangrienta barbarie del nacionalsocialismo no está en ninguna anomalía contingente de la razón humana, ni en ningún malentendido ideológico accidental; está, por el contrario, vinculada a una posibilidad esencial del Mal elemental al que —como sagazmente decía— **la buena lógica podía conducir y del cual la filosofía occidental no estaba suficientemente a resguardo**⁽⁶⁾. (Lévinas, 2006)

La pregunta es si llegará a estarlo alguna vez. La hospitalidad puede ser un indicio; el llamado tenue a una nueva temporalidad.

(5) En EEUU Legisladores Republicanos en 14 Estados tienen iniciativas similares a la aprobada en Arizona, que criminalizan a los inmigrantes. Texas, Carolina del Norte, Georgia, Utah, Mississippi y Ohio son algunos de los Estados que analizan leyes como la SB1070. En el 2010 el presidente francés, Nicolas Sarkozy, anunció que la mitad de los 200 campamentos ilegales de gitanos y nómadas serían desmantelados y que se expulsaría a sus países de origen a “todos los nacionales de Europa oriental en situación irregular”.

(6) Frente a la clausura del encadenamiento, como Stimmung propia del hitlerismo, que determina un modo de existir específico bajo la forma de ser “engarzado”, a un cuerpo, a una sangre; Lévinas opone entonces la salida, la apertura, la evasión.

Bibliografía

- Blanchot, M. (1996), *El diálogo inconcluso*, Caracas, Monte Ávila Editores.
- Clastres, P. (2008), *La sociedad contra el Estado*, Buenos Aires, Terramar, pp. 12 -21
- Deleuze, G. (2008), *Foucault*, Buenos Aires, Paidós, pp. 50.
- Derrida, J. (1995), *Dar el tiempo: la falsa moneda*, Barcelona, Paidós.
- Derrida, J. (2006), *La hospitalidad*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor.
- Doufourmantelle, A. (2006), *La hospitalidad*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, pp. 30.
- Lévinas, E. (2006), *Algunas reflexiones sobre la filosofía del hitlerismo*, Buenos Aires, FCE.
- Lévinas, E. (2008), *Difícil Libertad*, Buenos Aires, Editorial Lilmod.
- Meier, H. (2008), *Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político, sobre un diálogo entre ausentes*, Buenos Aires, Katz Editores.
- Rosenzweig, F. (2005), *El nuevo pensamiento*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editores.
- Rosenzweig, F. (2006), *La estrella de la redención*. Salamanca, Ed Sígueme.
- Schmitt, Carl. (1963), *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Akademie Verlag
- Sperling, D. (2008), "Abraham con Hamlet", texto inédito.
- Sperling, D. (2008), "Allegoreo" en *Spinoza: cuarto coloquio*, Córdoba, Editorial Brujas.
- Tatián, Diego. (2008), "Ontología de la generosidad" en *Spinoza: cuarto coloquio*, Córdoba, Editorial Brujas.
-

Posibilidad y utopía

por RICARDO A. GUIBOURG⁽¹⁾

*¡Ay, utopía
incorregible,
que no tiene bastante
con lo posible!*

J. M. Serrat

I | Pedir peras al olmo

“Seamos realistas, pidamos lo imposible”. Si algo ha quedado del Mayo francés, canto del cisne de una utopía en retirada, es este lema que evoca, con admirable síntesis, la tensión entre la voluntad de cambio y las expectativas de lo establecido.

Si nos despojamos por un rato de nuestras propias actitudes hacia aquel episodio e incluso prescindimos de cualquier reflexión histórica, queda aún una perplejidad metodológica cuya respuesta, como el soldado que huye, puede servir con cualquier propósito para otras batallas.

¿Es absurdo pedir lo imposible? En cierto sentido, sí. En otro, jamás pedimos otra cosa. En esta ambigüedad consiste, precisamente, el factor estético que, en el lema de 1968, servía para concitar la esperanza de unos y despertar la inquietud de otros, sin dejar por eso de provocar en todos una sonrisa.

En un primer análisis, es cierto, pedir lo imposible es autocontradictorio. El concepto de pedir implica cierta expectativa —aunque sea formal— de obtener lo que se solicita. La expectativa es injustificada cuando el ob-

(1) Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires.

jeto pedido no existe ni puede ser generado: pedir peras al olmo es un ejemplo tan claro de esto que se ha convertido en metáfora tradicional. Si reclamo, pues, aquello que sé que no puede obtenerse, mi pedido no puede ser sincero: sólo puede concebirse en el fragor de una campaña electoral o en otros duelos argumentales en los que la realidad desempeña un papel igualmente decorativo⁽²⁾.

El significado de "posible", sin embargo, no es unívoco; y en cada una de sus acepciones el grado de certeza con el que tal predicado pueda afirmarse es también diverso.

Uno de los sentidos de la posibilidad es el lógico. Un hipotético estado de cosas es lógicamente imposible cuando la proposición con la que se pretende describirlo es autocontradictoria; en el caso contrario, es lógicamente posible⁽³⁾.

Otro sentido es el empírico. Un estado de cosas es empíricamente posible (aunque no necesariamente real⁽⁴⁾) cuando su descripción no contradice las

.....
(2) El pedido es, como la norma, una forma del uso prescriptivo del lenguaje. Y, en materia deóntica, es comúnmente aceptado que "deber" implica "poder" en sentido fáctico: Op → Mp. En este sentido, ver Wright, Georg H. von, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, cap. VII.

(3) La tradicional estructura ontológica del lenguaje no deja de ofrecer dificultades formales a la hora de definir la posibilidad. La afirmación de que un estado de cosas a es imposible puede interpretarse como contradictoria, ya que su sujeto presupone la existencia del mismo estado de cosas cuya imposibilidad predica. Sería menos riesgoso, en este sentido, predicar la imposibilidad de la descripción: "la proposición 'a' es imposible". Pero tal práctica traería consigo dos dificultades. La primera, que el lenguaje usual predica la posibilidad o la imposibilidad de los estados de cosas, de modo que muchos interpretarían aquel enunciado con el significado de "es imposible emitir la proposición 'a'". La segunda, que afirmar la imposibilidad de una proposición presupone, por la misma estructura lingüística – la existencia de esa proposición. Y esta presuposición obliga, a su vez, a adoptar cierta tesis acerca del significado de las contradicciones (cfr. Gómez, Astrid, y Guibourg, Ricardo A., "¿Tienen significado las contradicciones?", en *Análisis Filosófico*, buenos Aires, SADAF, volumen IX, número 1, mayo 1989, página 77), decisión metodológica que requiere otro tipo de análisis y que no todos están dispuestos a aceptar.

Por esta razón seguiré hablando de estados de cosas imposibles, aunque con algunas precauciones lingüísticas, tales como la de definir esa imposibilidad en términos de contradicción del enunciado con el que se pretende (acaso inútilmente) describir el obviamente inexistente estado de cosas cuya imposibilidad predicamos. Así – creo – podremos entendernos con cierto rigor aunque rindamos tributo pragmático a la estructura prelógica de nuestro lenguaje.

(4) ¿No necesariamente real? Un determinista no afirmaría esto. Cuando decimos que un acontecimiento puede ocurrir o no ocurrir estamos acotando nuestro campo de observación,

leyes naturales. Desde luego, nuestro conocimiento de tales leyes (o, para decirlo con mayor rigor, la amplitud con que las enunciamos armónicamente para explicar un número cada vez mayor de acontecimientos conocidos) varía de momento en momento (y, aunque esto se considere menos relevante⁽⁵⁾, de lugar en lugar y de persona en persona). No importa: nuestra estructura del conocimiento presupone que en materia empírica hay una realidad eterna, susceptible de ser interpretada en términos causales. Y que, cualesquiera sean las descripciones parciales que formulemos en el contexto de esa interpretación, todas las que guarden relación de correspondencia con aquella realidad han de ser compatibles entre sí e integran (o integrarán algún día, o integrarían si llegáramos a imaginarlas) una sola Verdad científica, multiforme pero monolítica y permanente. Lo que varía es el grado de nuestra ignorancia, así como nuestra capacidad para integrar nuestro conocimiento de los hechos en enunciados generales.

El concepto de posibilidad se emplea también en sentido técnico. Un estado de cosas es técnicamente posible cuando el hombre es efectivamente capaz de lograrlo en un momento histórico determinado: en esta acepción, viajar a la Luna era imposible en el año 506, pero no en el 2000: entre esas fechas se produjo la adquisición de los medios técnicos necesarios para cumplir esa antigua fantasía que, sin embargo, siempre fue empíricamente posible, aunque la humanidad lo ignore.

Existe, pues, entre los tres tipos de posibilidad una escala de contingencia creciente. En el plano lógico, la imposibilidad, la posibilidad y la necesidad son absolutamente invariables... dentro de la misma lógica. El plano empírico es contingente respecto del lógico, puesto que aquella misma

de tal modo que muchas de las condiciones relevantes para determinar lo que haya de suceder se hallan fuera de nuestra vista o de nuestro foco de interés y, por lo tanto, amparadas por la penumbra de lo que preferimos llamar azar. Pero, si extendemos aquel campo a la totalidad del universo, sería erróneo afirmar que la mosca que voló hacia la derecha podría haber volado hacia la izquierda: si hizo lo que hizo fue porque cierta cantidad de condiciones determinaron su acción, y habría sido contrario a las leyes naturales que el insecto hiciese otra cosa.

Este tipo de argumentación es controvertido cuando se trata de las leyes empíricas, y más aún cuando se habla de la conducta humana. Pero su fundamento aparece más claro en el ámbito de la posibilidad técnica, como más adelante se verá.

(5) En efecto, cuando se habla en términos generales del conocimiento empírico se postula como sujeto de dicho conocimiento a la comunidad científica, con toda la generalización discrecional, el geocentrismo, el etnocentrismo y el metodocentrismo que ese concepto – sin embargo tan útil – comporta.

lógica podría comprender y describir (acaso con algunas limitaciones provenientes de su fuente histórica lingüística) leyes empíricas diferentes, si las hubiere. En cambio, la imposibilidad, la posibilidad y la necesidad empíricas son invariables y eternas... dentro del universo real al que corresponde la experiencia. El plano técnico, a su vez, es contingente respecto del empírico. Pero ¿es invariable respecto de algún marco, en algún significado útil de "invariabilidad"? Y, en su caso, ¿cuáles son los límites de ese significado? Creo que aquí hay lugar para algunas reflexiones.

2 | ¿Quién? ¿Dónde? ¿Cómo? En todo caso, ¿cuándo?

En algunos negocios se lee esta baladronada: "Lo difícil, lo hacemos en el acto. Lo imposible toma un poco más de tiempo". Broma aparte, el cartel significa: tenemos los medios, la organización y la voluntad para hacer rápidamente lo que otros consideran difícil. También confiamos en nuestra capacidad para adquirir en el futuro medios que nos permitan hacer lo que hoy es técnicamente imposible. Es esta una afirmación inobjetable en el plano técnico de la posibilidad. Y, sin embargo, sirve para poner de resalto la endeblez de los calificativos que puedan predicarse de cada estado de cosas en ese mismo contexto.

Los planos lógico y empírico, en efecto, se postulan como ámbitos dotados de cierta invariabilidad: el primero, por su referencia a un sistema lógico previamente elegido; el segundo, por la suposición de una realidad empírica dotada de ciertas regularidades inmutables, respecto de las cuales la comunidad científica es apenas un observador privilegiado pero no infalible. En el aspecto técnico, en cambio, las condiciones del eventual observador/agente adquieren mayor relevancia, porque no se trata de un mero suceder sino de un hacer: de una relación causal entre una o más conductas y cierto resultado. Cabría imaginar, sobre el modelo de la comunidad científica, una comunidad técnica para la que fuese posible todo lo que alguna vez ha sido hecho más todo lo que los hombres más capacitados y mejor equipados en cada momento juzguen que podría hacerse con los medios existentes. Pero es dudoso que esta construcción sirviera para algo más que para su admirativa inclusión en los manuales escolares,

ya que esa posibilidad técnica de cúpula se hallaría limitada en la práctica para la mayoría de los casos reales.

En efecto, correr cien metros en menos de diez segundos es, desde ese punto de vista, técnicamente posible: Carl Lewis lo hizo en Seúl en 1988 y probablemente otros pueden hacerlo también. Pero yo no puedo, y estoy casi seguro de que el lector tampoco podría. ¿Con qué velocidad es posible correr? Un promedio sería trabajoso de obtener y su resultado sería aún más inútil que el vinculado a la comunidad técnica.

De modo semejante ¿es posible eliminar el cultivo de la coca? Probablemente en Estados Unidos o en Europa, donde tal cultivo es excepcional y donde se cuenta con fuerte motivación para combatirlo; no tanto en Bolivia, donde la coca es una importante fuente de recursos y no existen propuestas alternativas capaces de atraer el interés de los campesinos.

¿Se puede hacer llover? Sí, si se esparce yoduro de plata sobre ciertas nubes. No mediante danzas rituales o invocaciones al Gran Manítú. En otras palabras, sí o no según el ámbito en el que cada grupo esté dispuesto o condicionado a buscar los medios.

La posibilidad técnica práctica depende, pues, de factores sumamente variables: el sujeto, el lugar, los medios, las condiciones en que el acontecimiento haya de producirse, provocarse o llevarse a cabo. Y, aun dentro de cierta constelación de dichos factores, es dudosa la afirmación de una posibilidad como característica cualitativa: la posibilidad será mayor o menor (esto es, en caso de adoptarse la decisión de hacer, la probabilidad de lograr será mayor o menor) según una miríada de condiciones adicionales, controlables unas, inevitables otras, desconocidas la mayoría.

Ahora bien, el propio carácter variable de todos esos factores los hace sensibles al transcurso del tiempo. Si se lograra que todos los seres humanos fuesen educados desde su nacimiento en las disciplinas atléticas, acaso fuera cosa corriente, algún día, que nuestros nietos o bisnietos corriesen los cien metros llanos en nueve segundos. Si se produjera una fuerte inversión de capitales en Bolivia, complementada con un programa de importación subsidiada de productos bolivianos en los países

centrales, tal vez podría disminuirse el cultivo de la coca. Si se impulsaran seriamente la educación y el desarrollo en las comunidades periféricas, sería más probable que ellas confiaran en medios eficaces para provocar la lluvia.

Claro está que tales propuestas, en caso de aceptarse, no producirían efectos inmediatos: requieren cierto horizonte temporal. Cuanto más lejano es ese horizonte, tanto más audaces son las ideas que pueden proyectarse hacia él. Tal es el fundamento inagotable de la esperanza: el pasado no puede cambiarse y el presente está lleno de limitaciones, pero el futuro es de todos. Este es el sentido en el que "lo imposible nos tomará un poco más de tiempo": en el abanico del futuro, toda imposibilidad técnica tiende a disolverse. Si contamos con el tiempo suficiente, cabe imaginar métodos para suprimir una a una las dificultades presentes, así como acceder poco a poco a todos los medios necesarios. Respecto de las condiciones que no podemos controlar, acaso el transcurso del tiempo nos depare una conjunción favorable. También es posible contar con el avance tecnológico aún no ocurrido. Y hasta, por qué no, esperar investigaciones científicas que demuestren la posibilidad empírica de acontecimientos que hoy calificaríamos como eternamente imposibles. Después de todo, Julio Verne y H.G. Wells ya van quedándonos estrechos. Orwell y Huxley son casi historiadores y Asimov empieza a parecernos realista.

Es arriesgado, pues, afirmar que cierto acontecimiento futuro sea técnicamente imposible y, por lo tanto, completamente ilusorio. La constelación de factores conocidos, favorables y desfavorables, más un horizonte temporal en el cual operen esos factores amén de los desconocidos, nos ofrecen un panorama en el que el acontecimiento futuro es más o menos probable: un continuo cuyos extremos llegan a rozar el valor absoluto (sin confundirse con él), sobre todo cuando el plazo de apreciación es muy breve⁽⁶⁾. Si, como afirma la física, el espacio y el tiempo forman un continuo, la utopía y la ucronía constituyen también distintos puntos de vista de un mismo concepto.

(6) "Todos los incurables tienen cura / cinco segundos antes de la muerte", decía el poeta Almafuerte (Pedro B. Palacios, 1854-1917). Y, conociéndolo, no cabe suponer que se refiriera a un milagro divino.

3 | Contrafáctico y antifáctico

Un condicional contrafáctico es una proposición hipotética cuyo antecedente se sabe falso: "si la nariz de Cleopatra hubiera sido dos centímetros más larga, la historia del mundo habría sido diferente". Un condicional material cuyo antecedente es falso es siempre verdadero, sea cual fuere el valor de verdad del consecuente: $\neg p \rightarrow (p \rightarrow q)$;

pero se trata de una verdad formal, lógicamente necesaria, que no proporciona información acerca del universo. Sin embargo, quien enuncia un contrafáctico pretende a menudo decir algo importante y, por lo tanto, lógicamente contingente. Otro tanto piensan quienes lo oyen, que a veces no están de acuerdo con tal enunciado y exclaman, por ejemplo: "no, no es verdad, la historia del mundo no depende de la nariz de Cleopatra: la conquista de Egipto por los romanos y todos los acontecimientos que le siguieron habrían ocurrido de todos modos en virtud de ciertos factores geopolíticos o económicos menos frívolos".

La negativa, mejor que la afirmativa, sirve para desnudar el meollo de la controversia. El condicional contrafáctico, para el que la gramática ha elaborado el modo potencial de los verbos, no es una mera implicación material (según la cual, de hecho, no es el caso en que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso). Pretende afirmar una relación causal entre antecedente y consecuente, ejemplificada en el enunciado según el cual cierta variación en el antecedente (que de hecho no se produjo) habría determinado cierta modificación del consecuente (que, por cierto, tampoco ocurrió). El centro del interés, tanto para el emisor como para el receptor del contrafáctico, no está pues en el antecedente ni en el consecuente, sino en las demás circunstancias, esta vez postuladas como reales y determinantes del vínculo causal implicado por el aserto. Por ejemplo, que Julio César primero y Marco Antonio después eran unos fetichistas nasales, que se vieron cautivados por la belleza de la nariz de Cleopatra más que por cualquier otra de sus cualidades físicas o intelectuales; que las decisiones de Octavio y del Senado fueron influidas por la indignación (o la envidia) frente a la "vida inimitable" y por el resentimiento de Octavia antes que por motivos políticos y económicos más generales y, por último, que todos estos acontecimientos constituyeron condiciones necesarias

para muchos otros posteriores: acaso la colonización europea en América, la guerra ruso-japonesa o el apartheid sudafricano sean consecuencias remotas de aquellos amoríos junto al Nilo.

Como puede verse, un contrafáctico ostenta dos valores de verdad, considerados en distintos niveles. El primero, de origen sintáctico, es siempre positivo y carece de mayor interés. El segundo (tal vez sea más prudente llamarlo plausibilidad) parece contingente, pero no depende en absoluto de la verdad o falsedad de los términos del condicional sino de otras circunstancias de difícil determinación. Lamentablemente, aquí como en el supermercado, lo más costoso es justamente lo que deseamos con mayor ahínco.

Y nuestro deseo no carece de motivos. Conocer la “verdadera” influencia de la nariz de Cleopatra sobre la historia, cualquiera fuese ella, arrojaría alguna luz sobre las leyes que presiden la evolución de los acontecimientos históricos, lo que nos permitiría prevenir el futuro algo mejor de lo que lo hacemos. O al revés: si suponemos conocer algunas de esas leyes, la aplicación de ellas hacia el pasado nos impulsa a afirmar o a negar aquel contrafáctico.

Ocurre, en efecto, que el contrafáctico tiene un hermano mellizo a quien, por carecer de nombre, bautizaremos antefáctico. Es idéntico al anterior salvo en que, en vez de referirse al pasado, habla del futuro. Su antecedente es incierto por el momento, ya que la descripción que contiene es susceptible de ser satisfecha más tarde. Además, en lugar de afirmarse la influencia causal de ese antecedente en un hecho que podría haber ocurrido y no ocurrió, se postula su influencia causal en un hecho eventualmente por venir, que acaso podría llegar a suceder.

La plausibilidad del antefáctico depende, como la del contrafáctico, de la correspondencia entre ciertas regularidades empíricas y la estructura causal que hayamos construido para describirlas y explicarlas. Es decir, de las leyes naturales que le sirvan de fundamento. Esto nos coloca en un grave problema: preguntarnos por la plausibilidad de los contrafácticos es lo mismo que indagar las bases de la ciencia, y nuestra perplejidad no es otra que la que aqueja a los epistemólogos.

Sirva esta aclaración como excusa, al menos, por no intentar resolver aquí un interrogante tan añejo y cargado de consecuencias. Bastará por el momento con situar nuestro tema, la posibilidad técnica, dentro del mapa de otras dificultades más amplias.

En efecto, afirmar que cierto hecho es técnicamente posible es implicar un antifáctico: "tal acontecimiento puede producirse si se ponen en marcha tales o cuales medios que se hallan a nuestra⁽⁷⁾ disposición".

Los expertos en planeamiento usan un par de vocablos que vienen a cuento: "futurible" (palabra acuñada alguna vez por los teólogos) y "futuraible". Un futurible es cualquiera de los estados de cosas futuros que pueden (técnicamente) obtenerse como resultado de las condiciones iniciales y de la propia conducta. Entre todos los futuribles, el futuraible es el que goza de nuestra preferencia, aquel que consideramos digno de una propuesta. Así, en cada momento se abre ante nosotros un abanico de futuribles, que rara vez distinguimos en toda su extensión. Elegido un futuraible, las acciones que realizamos para obtenerlo (y, con cierta independencia de ellas, los acontecimientos incontrolables que se suceden en nuestro derredor) van anulando todos los futuribles iniciales y llevan a la realización de uno (que no es necesariamente el futuraible elegido). A partir de allí el esquema se reproduce, y así indefinidamente⁽⁸⁾.

4 | Horizontes a definir

Hemos tratado de discutir el significado de predicados tales como "posible", "futurible" o "futuraible"; pero la dimensión del problema no se

(7) Acerca del contenido que se atribuya a "nuestra", vale lo expresado respecto de la comunidad técnica o de cualquiera de sus alternativas.

(8) Esta descripción parece indicar una sucesión discreta de acontecimientos: apreciación del abanico, elección del futuraible, acción, resultado y recomienzo del ciclo. Aunque tal esquema sirva para dar mayor claridad a la exposición y, a la vez, reproduzca el modo como el proceso se presenta a nuestra percepción (condicionada por nuestros intereses y por ciertos umbrales de la relevancia subjetiva que concedemos a cada acontecimiento), sería más riguroso concebirlo como un continuo en el que las líneas del abanico se esfuman rápidamente y dan lugar a nuevos abanicos igualmente fugaces. A esto se refiere la sabiduría popular cuando afirma que "a la ocasión la pintan calva".

agota en esos límites. Falta todavía identificar el sujeto del cual aquellas propiedades hayan de predicarse.

Aceptamos habitualmente que aquel sujeto puede escogerse dentro del universo de los estados de cosas (o de los acontecimientos, que es como llamamos a los estados de cosas nuevos cuando vienen a sustituir a los anteriores). Pero cualquier estado de cosas tiene infinitas características, por lo que es imposible su descripción completa. Decimos que describimos un estado de cosas cuando enunciamos un número limitado de rasgos dentro de un ámbito limitado del universo que conocemos. Y tales límites, desde luego, se hallan determinados por nuestro interés: es raro que advirtamos lo que no nos importa, y más aún que tratemos de describirlo. Tal es nuestro hábito de reducir así las esencias, que acabamos por creer en ellas, lo que no es otra cosa que creer en una concreción ectoplásmica de nuestros intereses.

De ese modo decimos, por ejemplo, que Lima está superpoblada y que Japón cuenta con televisión de alta definición. Es cierto que enunciamos así dos estados de cosas. Pero, al hacerlo, trazamos implícitamente ciertos límites:

- a. en el universo de la realidad actual, enfocamos nuestro interés hacia dos puntos geográficos y eludimos o dejamos en segundo plano todos los demás;
- b. dentro de cada uno de esos puntos, elegimos un solo rasgo que, en el momento en el que hablamos, nos parece relevante; en tanto silenciamos todas las otras características del estado de cosas (aun en mismo sector geográfico), incluso aquellas que tienen relación causal más o menos directa con el rasgo descrito;
- c. al formular dos proposiciones separadas (lo que se corresponde automáticamente con nuestra concepción de dos estados de cosas separados), no concedemos relevancia alguna a las relaciones que puedan establecerse entre "ambas" situaciones dentro de la red causal universal;
- d. tal limitación en la perspectiva de nuestra apreciación se ve facilitada por la imposición de un horizonte temporal: cada acontecimiento tiene

su velocidad o escala cronológica, implícita en el aproximado acuerdo conceptual entre emisor y receptor, de tal modo que la superpoblación de Lima se aprecia como un hecho cuya permanencia se mide en decenios y los avances en la televisión japonesa dejarán de ser noticia en dos o tres años⁽⁹⁾.

La identificación de un estado de cosas en este limitadísimo sentido (que es el que usamos en cualquier descripción) se halla, pues, genéricamente sujeta a dos horizontes: el material, que la acota a ciertos rasgos de cierto sector de la realidad, y el temporal, que deja fuera de la vista los acontecimientos anteriores y posteriores al espacio enfocado.

Tales horizontes son inevitables, ya que cada vez que queremos hablar de algo no podemos hablar también de todo. Y cualquier propuesta de acción quedaría diluida en la inoperancia si debiese ejercerse sobre la totalidad del universo. Lo que puede evitarse (y, a mi juicio, convendría evitar) es la suposición acrítica de que aquellos límites son naturales o trascendentes y no frutos de una concepción del mundo guiada por el interés y susceptible de modificación con el mismo origen pragmático.

A la luz de las precedentes reflexiones, afirmar que determinado acontecimiento es técnicamente posible se presenta como una empresa más riesgosa de lo que solemos suponer: requiere una decisión delimitadora e identificatoria al enunciar el acontecimiento sujeto de nuestra afirmación y luego arriesgar una opinión acerca del modo como acontecimientos de esa clase se insertan en la maraña de condiciones y consecuencias que conforman el universo, para predicar de aquel el condicional antefáctico que creemos relevante.

Como puede observarse, la primera decisión es restrictiva en tanto la segunda tiene base universal. Se produce aquí una incongruencia que suele acallarse mediante un compromiso: se consideran las relaciones causales más conocidas y más cercanas al foco de interés, siempre dentro del horizonte temporal. Los demás rasgos del universo se congelan idealmente y se proyectan en bloque hacia el futuro imaginado, lo que no contribuye a la confiabilidad de las predicciones. Tal es el origen de los imponderables,

(9) N. del A.: Este artículo fue escrito en 1993. Desde entonces, la fugacidad del ejemplo se ha visto confirmada.

de las emergencias, de los accidentes y de otros nombres que damos a nuestra ignorancia de lo que o pudimos prever por desconocimiento de condiciones iniciales o de relaciones causales, que no supimos prever por influencia de la rigidez ontológica de nuestro lenguaje o que no quisimos prever por provenir de sectores del universo externos a nuestra esfera primaria de intereses.

5 | Propuesta y utopía

Lo dicho, sin embargo, no debería interpretarse como un alegato a favor de la imposibilidad de toda previsión y de la inutilidad consiguiente de toda propuesta. El ejercicio de la voluntad nos exige prever y proponer, de modo que la vida entera puede interpretarse como un tejido de tales actitudes. Conviene, sin embargo, vislumbrar de tanto en tanto por qué obtenemos de ellas resultados tan azarosos. En especial, tanto más cuanto mayor sea el número de las condiciones que directamente influyan en el resultado, cuanto menor sea nuestro conocimiento de la relación causal entre unas y otras y cuanto más lejano sea el horizonte temporal de nuestra previsión o de nuestra propuesta.

Una propuesta, en resumen, pide siempre lo que – por ahora – es imposible. Esta afirmación se halla implícita en el concepto de propuesta, ya que esta idea supone que lo pedido no es actual y que, para realizarlo, es preciso agregar al actual estado de cosas alguna condición ahora inexistente, cuya ausencia hace imposible por el momento la aparición del estado de cosas deseado.

Sin embargo, la propuesta lleva implícita también la afirmación de que lo pedido es técnicamente posible en cierto horizonte temporal. Dentro de ese lapso se juzga factible introducir o aprovechar modificaciones en el sujeto, en las condiciones, en el lugar o en los medios que permitan obtener el resultado apetecido.

Cuando juzgamos que, dentro del horizonte propuesto, la acción que haya de emprenderse no alcanzará a introducir las modificaciones necesarias para provocar el estado de cosas deseado, tildamos la propuesta de utópica.

Una utopía es, pues, una propuesta imposible en un sentido más radical que el inmediato. Decir que una propuesta es utópica implica, a su vez, la negación del condicional antefáctico en el que ella se funda.

Esta negación, sin embargo, se encuentra sujeta a ciertas reglas dentro del contexto argumental. La primera prescribe distinguir entre factibilidad y valoración: una cosa es que yo no apruebe el estado de cosas perseguido por la propuesta y otra distinta es que juzgue imposible alcanzarlo con los medios de los que se dispone. Es cierto que a menudo evaluamos con mayor estrictez la factibilidad de aquello que no aprobamos, pero la desaprobación en sí es fundamento de una crítica externa, en tanto la factibilidad, dentro del código argumental más aceptado, ha de juzgarse desde la óptica interna de la propuesta.

La segunda regla veda oponer la opinión del interlocutor, aunque ella incida sobre las condiciones relevantes de la factibilidad. "Su propuesta es utópica porque yo, que tengo el control de alguna condición necesaria, me opongo a ella" es un argumento criticable. No porque sea erróneo, sino porque constituye una petición de principio. Quien recibe una propuesta tiene a su cargo decidir si ella es valorativamente admisible y técnicamente posible. Cualquiera de las dos decisiones que sea negativa es suficiente para motivar el rechazo, pero si ambas son positivas cualquier preconcepto contrario queda superado. La opinión, pues, no podría ser fundamento válido de sí misma.

Conviene aclarar, de todos modos, que el carácter utópico de una propuesta – identificada precedentemente con su imposibilidad técnica – no es una condición cualitativa sino cuando transgrede los límites de la lógica o de la ley empírica. Dentro del campo de lo empíricamente posible, la posibilidad técnica depende de un antefáctico que, como ya he señalado, cuenta con cierta magnitud cuantitativa de probabilidad dentro de su horizonte temporal.

De hecho, la admisibilidad⁽¹⁰⁾ de cualquier propuesta (A) se juzga de acuerdo con tres variables: el valor que se asigne al estado de cosas que con

(10) La admisibilidad de la que aquí se habla es estrictamente política (de política individual, grupal o colectiva) y no específicamente normativa. Si existen normas morales o jurídicas que prohíban el uso de ciertos medios o aun la persecución de ciertos fines, habrá un costo

ella se pretenda conseguir (V), el costo de los medios que se escogen para perseguirlo (C) y el grado de probabilidad con que, a partir del estado inicial y con la aplicación de aquellos medios, se espera lograr el resultado (P). Así: $A = (V - C) \times P$

indica la relación entre aquellas variables. Si el costo es igual al valor o mayor que él, la propuesta será inadmisibles sea cual fuere su factibilidad (A tendrá magnitud igual o menor que cero). Si el valor es mayor que el costo, la probabilidad estimada del resultado (medida entre 0 y 1) determinará el grado de admisibilidad y permitirá compararla con la de otros proyectos alternativos. Si V es considerablemente mayor que C pero P es baja, incluso en un lapso prolongado, es probable que la propuesta sea considerada utópica.

Es preciso, sin embargo, formular una aclaración en materia de horizontes temporales: V casi nunca es un valor del que pueda disponerse de inmediato, en tanto C ha de invertirse normalmente antes. Un financista resolvería este problema mediante la adición o descuento de tasas de interés o rentabilidad, pero fuera del comercio no todos los valores ni los costos son monetarios. Cuando no existe una medida común para tales magnitudes, hay que depender de estimaciones más o menos subjetivas. Y probablemente no será idéntica la valoración de quien espera disfrutar alguna vez el valor con la de aquel que se ve en el caso de pagar los costos. Por ese motivo, cuando P es muy reducido o cuando el horizonte temporal es muy prolongado, es común llamar utopía a cualquier propuesta que imponga cierto costo actual, cualquiera sea la magnitud de V. Esta actitud proviene usualmente de acotar el juicio a un horizonte temporal más reducido que el de la propuesta ("eso estará muy bien para más adelante, pero ¿qué pasará aquí y ahora?"), o de restringir el horizonte material ("¿por qué hemos de preocuparnos por esto? A otro corresponderá arbitrar los medios para..."). En cualquier caso, se trata de expulsar ciertos factores fuera del foco en el que definimos los problemas y buscamos las soluciones, hacia el oscuro entorno del azar, de lo indeterminable e imprevisible, desde

normativo dentro del costo total. Este costo puede consistir en el riesgo de sufrir un castigo por infringir aquellas normas, o en el tiempo y el esfuerzo necesarios para derogarlas o modificarlas, o en la prédica indispensable para persuadir a otras personas de la conveniencia de infringir, modificar o derogar las normas.

donde acaso regresen bajo la forma de imponderables, emergencias o accidentes.

Así como la sombra es complementaria de la luz, del mismo modo es imposible fijar nuestra atención en algunos sectores de la realidad sin crear al mismo tiempo el inevitable reino del qué me importa. Pero, si aplicamos algo de racionalidad a la frontera entre uno y otro, será tal vez más fácil decidir qué estados de cosas son posibles, qué aparentes utopías merecen ser examinadas y qué brillantes promesas no valen el costo que nos reclaman.

Progresismo y conservadurismo. Un principio de análisis⁽¹⁾

por **JUAN F. IOSA**⁽²⁾

Resumen

El trabajo ofrece un análisis de las dos ideas que orientan el debate político contemporáneo: progresismo y conservadurismo. Se distinguen diversos sentidos en que se usan los términos. En un primer momento se examina un sentido formal de la distinción: el relativo a la evaluación de la situación del hablante en el marco de la historia. Inmediatamente se hace referencia a la cuestión (ya sustantiva) de la distribución de la riqueza social. Seguidamente se analiza la distinción en cuanto expresión de la confianza o desconfianza en la posibilidad de encarnación de la justicia en la tierra. Por último se estudia la distinción en relación a una particular idea de justicia: la propia del proyecto político de la ilustración.

Palabras clave: conservadurismo, progresismo, liberalismo, socialismo, justicia.

(1) Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el II Encuentro entre Equipos de Investigación en Teoría Política: "Espacio, Democracia y Lenguaje", organizado por el Programa de Estudios en Teoría Política del CEA-CONICET, UNC., que tuvo lugar en Córdoba, Argentina, entre los días 23 y 24 de setiembre de 2010.

(2) Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Su tesis versó sobre "El conflicto entre autoridad y autonomía". Tema de trabajo actual: El conflicto entre autoridad y autonomía en Kant. Ha publicado en diversas revistas internacionales (Doxa, Analisi e Diritto, Revista Brasileira de Filosofía). Desde 2008 es docente de la Cátedra B de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNC.

Abstract

The paper offers an analysis of the two concepts that drive the contemporary political debate: liberalism and conservatism. It distinguishes different senses in which the terms are used. At first it discusses a formal sense of the distinction: one concerning the evaluation of the situation of the speaker in the context of history. Immediately the paper refers to the (already substantive) issue of the distribution of social wealth. Then it discusses the distinction as an expression of trust or distrust in the possibility of the incarnation of justice on earth. Finally both concepts are studied in relation to a particular idea of justice: the one of the political project of Enlightenment.

Keywords: conservatism, progressive thinking, liberalism, socialism, justice.

La situación en la que nosotros nos encontramos es la de unos caminantes que han estado marchando durante largo tiempo sobre un lago helado cuya superficie comienza ahora a cuartearse en grandes témpanos debido a un cambio de temperatura. La superficie de los conceptos generales está empezando a resquebrajarse y la profundidad del elemento, que siempre estuvo ahí presente, trasparece oscuramente por las grietas y juntas. En una situación como ésta pierde su fuerza de atracción la concepción de que el dolor es un prejuicio que la razón puede rebatir de manera decisiva. Tal concepción no es sólo una característica cierta de todas las fuerzas relacionadas con la Ilustración, sino que ha provocado una larga serie de medidas, típicas de todo un siglo del espíritu humano.

Ernst Jünger –Sobre el dolor

En mi opinión el parte aguas fundamental de la política de nuestro tiempo no es el que alineó las luchas del pasado siglo: la oposición entre izquierda y derecha. Esto por una razón muy simple. Durante el siglo XX corto⁽³⁾ la

(3) Para la idea de siglo XX corto (desde el comienzo de la primera guerra mundial en 1914 hasta la caída de la Unión Soviética en 1989 – 1991) véase E. Hobsbawm, *Historia del Siglo XX, Crítica*, Buenos Aires, 2011, p. 7-15.

izquierda estaba por la apropiación colectiva de los medios de producción. Hoy, en cambio, prácticamente nadie pone en cuestión la división entre capital y trabajo. Por el contrario, la discusión que inunda nuestro presente es la relativa al modo de distribución de lo producido⁽⁴⁾. Dado que ya no discute lo que la caracterizaba como tal, bien podemos decir que la izquierda, por el momento al menos, ha sido derrotada (aunque no refutada) por la historia⁽⁵⁾.

A mi modo de ver la orientación central del pensamiento y la acción política del presente es nuevamente aquella que prevalecía con anterioridad al auge del marxismo: la distinción entre progresismo y conservadurismo. Si ésta es la oposición fundamental, en ella debe anclarse el pensamiento. La pregunta medular de la teoría política será entonces si debemos fundar nuestras sociedades y diseñar nuestras instituciones sobre la base de ideas progresistas o conservadoras. Ahora bien, para defender esta tesis descriptiva y para encarar estas preguntas normativas se requiere previamente tener una comprensión clara de los términos en cuestión. Pero pese a que usamos profusamente los términos 'conservador' y 'progresista' en nuestra conversación cotidiana para calificar personas, políticas, principios y acciones, en general tenemos una comprensión bastante vaga de aquello que estamos nombrando. Quizás esta vaguedad sea un elemento central de estos términos ya que nos permite usarlos tanto para alabar como para descalificar sin comprometernos en exceso con las razones por las que alabamos o descalificamos. Aquí sin embargo me gustaría dar los primeros pasos hacia un intento de clarificación de su significado. ¿Qué es ser conservador y qué es ser progresista en política?⁽⁶⁾. Cabría entonces enunciar diversos significados de cada término y explicitar las conexiones existentes entre ellos.

(4) Para la distinción entre producción y distribución véase C. Marx, *Introducción a la Crítica de la Economía Política* (1857), Luxemburg Ed., Buenos Aires, 2008, p. 63 (c.2).

(5) Al respecto ver F. Fukuyama, *The End of History?*, *The National Interest*, Summer, 1989, Vol. 16, pp. 3 - 18.

(6) Aquí quiero destacar que lo que me interesa son estas disposiciones en tanto disposiciones políticas. No empleo estos términos en tanto nombran disposiciones a vivir la vida de determinados modos. Así podríamos decir que un conservador tiende a privilegiar la familia y lo familiar, que ve los hábitos y las rutinas como conquistas y no como renuncias, que tiende a disfrutar de lo que tiene y no a buscar constantemente otra cosa, etc., mientras que la disposición contraria es una disposición al cambio, a la novedad y a la innovación, una disposición aventurera, etc. Pero estas disposiciones no están, por lo menos de un modo obvio, conectadas con ningún credo político. Sobre las disposiciones conservadora e innovadora ver M. Oakeshott, *La actitud conservadora*, Sequitur, Madrid, 2007.

Una objeción metodológica: Nietzsche, que era un historicista, sostuvo que "sólo puede definirse aquello que no tiene historia"⁽⁷⁾. Si bien es perfectamente posible ofrecer definiciones de términos abstractos ("número", "círculo") o naturales ("agua", "caballo"), no es posible (por lo menos no en el mismo sentido) dar definiciones ni, por consiguiente, ofrecer un análisis conceptual fructífero de conceptos cuyo significado no es dado sino en la historia. En tanto conservadurismo y progresismo son modos de pensamiento que nacen en la historia, pudiera considerarse que carece de sentido hacerse una pregunta conceptual tal como la que aquí propongo. Quizás lo único que pudiera explicar la oposición en cuestión sea un trabajo en que se muestre cómo cada una de estas nociones ha ido mutando en el uso de aquellos que con ellas dieron sus batallas políticas. El análisis conceptual y el historiográfico suelen ser pensados como métodos incompatibles o excluyentes. Por mi parte confieso que no tengo claridad sobre cómo debe saldarse esta cuestión metodológica. Sí me parece que la preocupación por la historia de las ideas no puede prescindir de la claridad conceptual (requerida para determinar de qué idea estamos haciendo la historia) y que el análisis sin historia carece de punto de anclaje.

Aquí me centraré en la pregunta conceptual. Sin embargo, la considero importante sólo en tanto que tal esclarecimiento es un paso previo necesario para adentrarse en las preguntas normativas. ¿Es el progresismo en general preferible al conservadurismo (o viceversa)? ¿O sólo respecto de políticas determinadas tiene sentido la pregunta de si debe adoptarse una posición progresista o conservadora? En todo caso ¿sobre la base de qué razones es que la preferible es preferible? Y por último ¿cómo influye la historia en la razonabilidad de ser hoy conservador o progresista? o, en otras palabras, ¿qué tan razonable es hoy adoptar una u otra postura? Pero, nuevamente, si bien todas estas preguntas son importantes, no versará sobre ellas el trabajo. En absoluto pretendo aquí tomar partido a favor de una u otra postura. Cualquier lectura en tal dirección debe ser desechada.

(7) F. Nietzsche, *Genealogía de la Moral*, Alianza, Madrid, 2005, p. 103, (Tratado segundo, C. 13).

Conservadurismo y progresismo como conceptos relativos o formales

Un primer sentido en que se usa la distinción es para referirse a una particular relación con el tiempo: en general con el momento presente, pero también con el pasado y con el futuro. Conservador es quien está a gusto con el estado de cosas imperante y quiere mantenerlo. Se opone en consecuencia a cualquier cambio que pueda alterar el *status quo*. También calificamos como conservadores a quienes ya no están contentos con el presente, pues consideran que el momento ideal, el que colmaba sus valores y expectativas, ha dejado de ser. Estos conservadores suelen ser nostálgicos y oponerse a cualquier cambio en tanto ven en él un aumento de la degradación de esos valores cuya vigencia consideran que debe reinstaurarse. En la medida en que luchan políticamente con ese propósito son "reaccionarios". Por su parte el progresista es una persona que no está conforme con el presente porque éste aún no encarna los valores que el progresista sostiene. Así la lucha del progresista es por acelerar la llegada de ese futuro en que los valores que sostiene gocen de plena vigencia.

Pero claro, esta distinción -a la que podemos llamar formal por oposición a distinciones sustantivas- no nos dice nada sobre qué valores definen como tales a conservadores y progresistas. De hecho, un progresista formal mañana, el día en que sus valores o su idea de una sociedad justa logren vigencia, se convertirá en un conservador formal: intentará evitar cualquier cambio que pueda alterar el nuevo *status quo*.

Esta distinción tiene además el problema de que no capta buena parte de aquello a lo que nos referimos en nuestro uso cotidiano de ambos conceptos. Pues si bien en él se refleja algo de este formalismo o relativismo, en general apuntamos también a cuestiones sustantivas.

Conservadurismo y progresismo económicos

Una primera idea sustantiva, que solapa en buena medida con la forma actual de entender la distinción izquierda-derecha⁽⁸⁾, es que el conservador es por lo general un privilegiado en el reparto de la riqueza social: está a favor de las políticas que defiendan sus intereses y privilegios y en contra de aquellas que tiendan a afectarlos. Las políticas conservadoras son así (prudencialmente) racionales para las clases privilegiadas e irracionales para las carenciadas. Por su parte el progresista favorece políticas que tiendan a la maximización de la distribución de la riqueza. Esta posición parece entonces (prudencialmente) racional para los desposeídos e irracional para los poseedores.

Hasta aquí parece que la racionalidad o irracionalidad de cada una de estas posturas es una cuestión relativa a la posición del hablante. Sin embargo esto puede dejarnos insatisfechos. Bien podemos preguntar si no deberíamos poder pensar este problema con independencia de nuestra contingente situación particular, esto es, desde un punto de vista objetivo.

(8) En el primer párrafo de este trabajo deseché la vigencia del par izquierda-derecha como uno de los elementos centrales de ordenación de las tendencias políticas. Esto es en mi opinión cierto para el preciso sentido de "izquierda" que allí explicité, pero no para otros sentidos, más modernos y más ayornados del término. Una vez explicitados estos sentidos cabe preguntarse sobre la relación entre el par izquierda-derecha y el par progresismo-conservadurismo. Hay un sentido coloquial en que ambas distinciones se solapan: nos referimos a la izquierda y a la derecha para referirnos a dos posturas encontradas respecto de la cuestión de la distribución de la riqueza en una sociedad. Son de izquierda las políticas igualitaristas y son de derecha las políticas que favorecen la concentración de la riqueza en pocas manos. Como históricamente nuestras sociedades han tendido a la concentración de la riqueza es normal que asociemos las políticas de izquierda con las progresistas y las políticas de derecha con las conservadoras. Pero nuestra idea de progresismo no abarca sólo a la sensibilidad de izquierda (distributivista) sino que nombra también las tendencias políticas liberales (tendencias que en el sentido político común de nuestras sociedades suelen verse como la contracara de las tendencias de izquierda). El liberalismo económico por su parte, y pese a su vinculación teórica con el liberalismo político, está más asociado en nuestra conversación cotidiana al ideario de derecha. Esto se debe a que en nuestras sociedades las políticas económicas liberales parecen ser (para el colectivo autodenominado progresista) un camino seguro a la concentración de la riqueza en pocas manos.

Un segundo punto relativo a la distinción entre ambos pares: izquierda y derecha son, si se quiere, orientaciones racionalistas. Por su parte el par progresismo-conservadurismo tiene, tal como sostuve más arriba, un elemento histórico que no está presente en el otro. Ser progresista o conservador es, en alguna medida, tener algún punto de anclaje en el tiempo (en el futuro o en el pasado), alguna concepción del rumbo de la historia (como avance o retroceso). El otro par, en cambio, podría ser útil para valorar la tarea de un ingeniero social que propusiera desde cero un determinado diseño social.

Un rasgo vinculado al anterior (en tanto que ambas son tesis sobre economía social) es que el progresista considera que es posible y deseable un aumento indefinido de la riqueza y la prosperidad de una sociedad. El crecimiento, el progreso económico de un país, es considerado importante y valioso, ya en sí, ya en la medida en que se considera que es condición necesaria del acceso de los desposeídos a los bienes sociales. El conservador, en cambio, niega que sea conveniente un crecimiento ilimitado de la riqueza y la producción aún cuando esto implique que muchos no accedan a los bienes básicos. Muchos movimientos conservacionistas (ambientalistas) son conservadores en este sentido. La aceptación de la pobreza como un dato inerradicable de las sociedades humanas es característico de este conservadurismo. Por ello no sabría muy bien dónde ubicar la idea de que el modelo de sociedad que deberíamos adoptar es el de una sociedad pobre pero igualitaria: que dado que no podemos igualar para arriba en el ámbito económico (hoy, por ejemplo, si universalizáramos la posesión de vehículos y otorgáramos uno a cada familia, eso equivaldría a una catástrofe ecológica de dimensiones mucho mayores que la que estamos viviendo) lo que debemos hacer es poner un límite al acceso de cualquiera a los bienes y a la energía disponibles de modo que todos tengan satisfechas las necesidades básicas y no mucho más.

La cuestión de la justicia

Pero conservadurismo y progresismo económicos no son, a mi modo de ver, sino la manifestación superficial de una diferencia más profunda. A mi entender el núcleo del credo progresista consiste en su afirmación de que vale la pena luchar para lograr la justicia en la tierra de modo de extirpar el dolor humano que no es más que una consecuencia de la injusticia. Esta idea puede a su vez concebirse de dos modos bien diferentes: En primer lugar es posible pensar la realización de la justicia como el logro de condiciones de vida en que los seres humanos no tengan necesidad ni deseo de cometer injusticias, en que los seres humanos reconciliados consigo mismos y con sus semejantes dejen de percibir, por inexistente, una tensión entre su interés particular y el interés general. Una situación, en otras palabras, de emancipación. Pero la idea también puede concebirse como la construcción (para seres tales como nosotros, i.e., enajenados) de un sistema social justo, un sistema, en otras palabras, cuyas instituciones básicas satisfagan los principios de justicia que el hablante postula. Esta última

idea, como puede verse, es mucho menos radical que la primera. Mientras la creencia en la posibilidad de la emancipación concibe al hombre desde un historicismo radical como el producto de sus propias interacciones y condiciones de vida, i.e, como un ser que se puede modificar completamente a sí mismo (la emancipación no sería sino un cambio radical de las condiciones de vida humana de la cual lo único que podemos decir es que en ella no estarían presentes las causas y los signos de nuestra enajenación –la lucha de clases, la explotación del hombre por el hombre, la experiencia existencial del déficit-), la idea de que es posible lograr instituciones justas no requiere un cambio radical de nuestras formas de vida, de nuestra humanidad. De hecho las tesis liberales que sostienen este ideal de justicia en las instituciones suelen estar vinculadas a concepciones estáticas y esencialmente deficitarias de la naturaleza humana (hombre lobo del hombre) y concebir las instituciones como requeridas por este carácter natural de los hombres.

La idea de una radical emancipación del ser humano en la tierra está vinculada a la tradición socialista mientras que la idea de que si bien es posible lograr vivir bajo instituciones justas la naturaleza humana tiene una disposición esencial a la dominación (a la injusticia) que justamente esas instituciones deben contener, es propia del liberalismo político. En esto difieren sin duda. Pero no debe dejar de acentuarse lo que comparten: la idea de que es posible la justicia en la tierra. El proyecto de una sociedad justa valdría la pena porque la emancipación por un lado o la realización o encarnación de un sistema de instituciones justas por el otro, además de ser deseable, no sería en absoluto imposible. Socialismo y liberalismo, las dos variantes del progresismo, son, en otras palabras, dos formas de milenarismo⁽⁹⁾. Quizás incluso deberíamos concebir al progresismo actual como deudor de los movimientos milenaristas de fines de la edad media y principios de la moderna, movimientos que esperaban el inminente

(9) Sobre milenarismo puede verse N. Cohn, *The pursuit of the Millenium.*, *Revolutionary Millenarians and Mystical Anarchists of the Middle Ages*, Oxford University Press, NY., 1970, p.13. En contra de la subsunción del liberalismo en el milenarismo ver Atria, Fernando, *Viviendo bajo ideas muertas. La Ley y la Voluntad del Pueblo*, p. 30 nota 35. (draft). Atria destaca que conservadurismo y progresismo son equivalentes en tanto ambos niegan la posibilidad de emancipación del ser humano. Desde este punto de vista estas ideas se oponen al socialismo. Comparto este punto con Atria. Ello, sin embargo, no es razón suficiente para impugnar la idea, aquí defendida, de que, desde la perspectiva de la justicia, el parte aguas fundamental es la distinción progresismo (liberalismo-socialismo) vs. conservadurismo.

descenso de Cristo y la construcción de un reino (un paraíso en la tierra) donde los justos gobernarían junto a él 1000 años antes del juicio final⁽¹⁰⁾.

El conservadurismo, por su parte, niega que el orden social justo sea posible, afirma en cambio que la injusticia y el dolor que la injusticia genera son inerradicables de este mundo y consustanciales tanto a la sociedad como a la naturaleza humana y que un excesivo compromiso con la justicia suele tener el efecto inverso: la producción de más injusticia y más dolor. Debemos entonces, sostiene el conservador, aceptar la inerradicabilidad de la injusticia. Una posición semejante puede encontrarse en Agustín:

“Pues el mundo se halla como en una almazara: bajo presión. Si sois el orujo, seréis expulsados por el sumidero; si sois aceite genuino, permaneceréis en el recipiente. Pero el estar sometido a presión es inevitable. Y esta presión se ejerce incesantemente en el mundo por medio del hambre, de la guerra, de la pobreza, de la carestía, de la indigencia, de la muerte, de la rapiña, de la avaricia. Tales son los tormentos de los pobres y las preocupaciones de los estados: de ello sobran testimonios. Pero hemos encontrado hombres que, descontentos de estas presiones, no cesan de murmurar; y hay quien dice: “¡Qué malos son estos tiempos cristianos!” Así se expresa el orujo cuando se escapa por el sumidero; su color es negro a causa de sus blasfemias; le falta esplendor. El aceite tiene esplendor. Porque aquí es otra especie de hombre la sometida a presión y a esa fricción que le pule, porque ¿no es esa misma fricción lo que lo hace tan brillante y puro?”⁽¹¹⁾

Para el conservador que estoy describiendo la justicia no es de este mundo (en el mejor de los casos, para el conservador creyente, nos espera en el paraíso). Para él la pretensión de construir una sociedad justa es equiva-

(10) “Luego vi unos tronos, y (los justos) se sentaron en ellos, y se les dio el poder de juzgar; vi también las almas de los que fueron decapitados por el testimonio de Jesús y la Palabra de Dios, y a todos los que no adoraron a la Bestia ni a su imagen y no aceptaron la marca en su frente o en su mano; revivieron y reinaron con Cristo mil años. Los demás muertos no revivieron hasta que se acabaron los mil años. Es la primera resurrección. Dichoso y santo el que participa en la primera resurrección; la segunda muerte no tiene poder sobre éstos, sino que serán Sacerdotes de Dios y de Cristo y reinarán con él mil años.” Apocalipsis, 20, 4-6.

(11) Agustín, Sermones, Ed. Denis, XXIV, p. 11. La cita fue extraída de K. Lowith, *Meaning in History*, University of Chicago Press, Chicago, 1949, p. IV.

lente a la pretensión de construir la Torre de Babel, un proyecto que por violar el verdadero orden justo es sólo muestra de la soberbia humana y como tal está destinado al fracaso. Los conservadores religiosos también suelen referirse a esta idea mediante el mito de la caída.

Debemos sin embargo introducir una distinción. Un conservador puede afirmar que la instauración de la justicia en la tierra es imposible o indeseable para cualquier sociedad humana y cualquiera sea el concepto de justicia en juego. En otras palabras, pensará que la justicia es escatón, ciudad de dios o, en términos más seculares, mero ideal regulativo. Pero un conservador también puede pensar que lo imposible o indeseable es la encarnación en su sociedad de una idea de justicia determinada.

Si nos centramos en la primera opción, a la que llamaré conservadurismo radical, parece que la respuesta a la pregunta sobre cuál postura –conservadurismo o progresismo– es más razonable dependerá de si es razonable pensar que es posible o deseable la instauración de la justicia en la tierra. Pareciera que si esta pregunta puede ser respondida, puede serlo con independencia de la situación social vigente, pues si es posible o deseable la instauración de la justicia lo es con independencia de cuan lejos nos encontremos de ese ideal. A su vez estas posturas conservadoras pueden ordenarse jerárquicamente. Pues un conservador puede pensar que la imposibilidad de construir un orden justo es meramente técnica. A su vez puede pensar que esta imposibilidad técnica es meramente actual o que, por el contrario, es estructural o antropológica. Pero semejante conservador podría considerar que si fuera posible construir un sistema justo entonces sería deseable hacerlo. Un segundo tipo de conservador es aquel que considera que el costo moral de lograr un sistema justo (hacer la revolución por ejemplo) es tan alto que no resulte recomendable emprender la tarea. Y todavía tenemos un tercer tipo, el más radical, el que considera que la instauración de un sistema justo, aún siendo técnicamente posible y teniendo costos morales aceptables, es indeseable. Agustín puede ser un ejemplo de un conservador de este tipo⁽¹²⁾.

(12) He afirmado que los milenaristas son progresistas y que Agustín es un conservador. Como me señalara Elías Palti en una conversación sobre el tema, esta imputación bien puede ser tildada de extemporánea: conservadurismo y progresismo surgen como categorías políticas recién con la ilustración y la revolución francesa. Asimismo, es imposible hablar en estos términos antes de que surja la concepción de la historia como progreso secular típica de los tiempos modernos. Creo que en buena medida esto es cierto y que en sentido estricto sólo podemos tildar de conservadoras o progresistas a las posiciones políticas que surgen tras la caída del antiguo régimen. Sin embargo me parece que es posible descubrir rasgos progresistas o conservadores en el pensamiento político anterior. En todo caso no estoy seguro de que la imputación extemporánea de categorías políticas no sea una herramienta legítima para pensar la política.

En lo que sigue me centraré en el segundo modo de entender la distinción progresista – conservador: el vinculado a un proyecto político concreto y a una particular idea de justicia. Pues si bien es cierto que la pregunta sobre la posibilidad de una sociedad justa en este mundo puede hacerse con independencia de la historia (para cualquier sociedad y para cualquier concepción de la justicia), también es cierto que nuestra idea de justicia social es una idea históricamente situada. Sin duda nuestra idea de una sociedad justa, una sociedad de personas libres e iguales, es deudora del pensamiento ilustrado. El modelo anterior, la idea de sociedad justa del antiguo régimen, era el de un cuerpo social ordenado jerárquicamente, guiado por Cristo, para la realización del plan divino en la tierra: la salvación del hombre por el amor de Cristo en la cruz. En el antiguo régimen una sociedad justa era una sociedad en que sus miembros ocupaban el lugar y satisfacían las funciones propias de su status. Si esto es así, progresismo y conservadurismo político se definen por (el grado de) confianza en el proyecto político de la ilustración. Aquí, dada nuestra particular situación histórica tras la derrota del socialismo, solo me referiré a su variante liberal. Este proyecto -la construcción de una ciudadanía de personas libres e iguales tanto jurídica como materialmente y cuyas interacciones sean reguladas por el derecho- goza, en tanto que proyecto, de una aceptación mayoritaria. Bien cabe calificarlo como un pensamiento hegemónico. Rafael Corazón González se refiere a él en estos términos:

“Lo característico de la ilustración, lo que produce un clima de entusiasmo respecto de los nuevos regímenes políticos, es que los presenta como medios de salvación... Gracias a una perfecta organización de la vida social y política el hombre se redimirá a sí mismo, logrará que reine la justicia, la libertad, la seguridad y la paz. Y para ello no es preciso que los hombres cambien, que se ‘conviertan’ moralmente, que se hagan buenos. Será el ‘sistema’ el que, por su propia lógica interna, de un modo ‘mecánico’ hará que la resultante de fuerzas de intensidad, dirección y sentido distintos sea la adecuada para resolver todas las dificultades. La ciencia aplicada a la política y el derecho, o la política como ciencia, harán posible el milagro, la redención del género humano”⁽¹³⁾.

.....
(13) Rafael Corazón González, *El pesimismo ilustrado*, Ed. Rialp, Madrid, 2005, pp. 17-18.

Los progresistas son quienes adhieren al proyecto político de la ilustración, es decir, lo consideran valioso y trabajan en pos de su realización. Los conservadores por su parte tienen una actitud ya de desconfianza, ya de abierta oposición. Esto bien porque lo consideran lisa y llanamente disvalioso, es decir porque tienen otra idea de justicia (por lo general son nostálgicos del antiguo régimen y férreos guardianes de sus resabios), bien porque lo juzgan técnica o antropológicamente irrealizable⁽¹⁴⁾, bien porque consideran que bajo las actuales posibilidades técnicas el costo moral de instaurar ese sistema justo es imposible de afrontar.

Si esto es cierto, la evaluación del progresismo y del conservadurismo dependerá de nuestra evaluación del proyecto político de la ilustración y de sus posibilidades de realización.

Un matiz respecto de la anterior afirmación: Así como para ser progresista no se requiere creer en la posibilidad de la radical emancipación de la humanidad, para ser conservador hoy no hace falta estar a favor del regreso de los reyes. Entre quienes aceptan o rechazan el proyecto político de la ilustración hay grados y matices. Estos matices tienen que ver con el grado en que consideran realizables o reprobables los dos valores centrales del proyecto: la libertad y la igualdad. Como en general se considera que es posible alguna tensión entre estos valores no es raro que haya quienes estén dispuestos a sacrificar algún grado de igualdad a favor de algún grado de libertad o viceversa. Así, dentro de los ilustrados, quienes estén dispuestos a aceptar como bueno (o como lo mejor dentro de lo posible) un sistema social en el que haya algún grado de sacrificio a estos valores serán "menos progresistas" que aquellos que consideren que ambos valores son realizables y que es perfectamente posible la construcción de un sistema social que los encarne conjuntamente.

(14) Un conservador, por ejemplo, podría considerar que la igualdad como elemento de la sociedad justa (también económicamente) es un valor irrealizable o que a lo único que se refiere es a la igualdad ante la ley. Un pensamiento conservador típico es que no tiene sentido pensar una sociedad no jerárquica, que algún tipo de jerarquía (por ejemplo la meritocrática con su corolario: más para los de mayor mérito) es requerida en cualquier sociedad y que la famosa idea de Marx "De cada cual según su capacidad, a cada cual según su necesidad" es nada más que una quimera inviable por razones antropológicas.

Escupamos sobre Júpiter⁽¹⁾

por EMILIANO LITARDO⁽²⁾

“Me deshice en la luz y me desconocí cuando el viaje partió desde tu espejo.

¿Qué nudo hondo se abrió para mostrarme así?

De carne me hice aurora en el reflejo.

Una cosa soy yo y es otro el que está ahí durando en el paisaje de un momento que se quedó tal vez a medio terminar.

El cuerpo es poesía, el resto es verso.”

Gabo Ferro, La pasión del espejo.

Resumen

Este trabajo abordará la vinculación entre derecho, naturaleza e identidad(es) y analizará la categoría de sujeto de derecho y naturaleza como ficciones jurídicas, porque si hay algo que el derecho utiliza como

(1) El título es un pequeño homenaje al ensayo de Carla Lonzi, cuyo título de la edición original correspondía a “Sputiamo su Hegel e altri scritti”, Rivolta Femminile, Milán, 1972. En uno de sus párrafos, la autora ensaya que “Si Hegel hubiese reconocido el origen humano de la mujer, como reconoció la opresión del siervo, se hubiera visto obligado a aplicar al caso femenino la misma dialéctica amo-esclavo.” (2004: 14). El fallo que aquí se analiza, como se verá, desdeña, descrece y deslegitima la humanización del sujeto trans*; niega su posibilidad real como sujeto político. No hay para el magistrado “origen humano” en el sujeto trans*. Esta atribución de subjetividad es fundamento para que el juez, cuyo modelo de justicia responde a las características del representado por Júpiter en la clásica taxonomía metafórica de François Ost, le deniegue a la peticionante su derecho a la identidad. Este artículo, además de pretender una cartografía judicial de la transexualidad judicializada, intenta criticar el enfoque jupiterino de administración de justicia, “impregnado de moralismo, que privilegia la regla y el deber desobediencia” (Ost, 1993). Ost describió, de un modo original, que el Derecho jupiterino “[s]iempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia.”

(2) Abogado, Instituto Ambrosio L. Gioja, FDER UBA.

estrategia comunicativa y como estrategia subjetivante, es la idea de ficción. El presente artículo indagará sobre la siguiente pregunta problemática: ¿cómo se ficcionaliza la naturaleza en el discurso jurídico? Y ¿qué incidencias tiene sobre las corporalidades trans*?

Son objetivos de la exposición i) Analizar los conceptos de naturaleza en el contexto de las identidades y expresiones de género trans* por parte del discurso jurídico, haciendo especial hincapié en el derecho argentino; ii) Abordar la vinculación entre derecho, naturaleza e identidad (es); iii) Analizar la categoría de sujeto de derecho y naturaleza como ficciones jurídicas.

Para tales fines la metodología consistirá en analizar un fallo judicial argentino, a través del cual en primera instancia se le denegó a una persona trans* la autorización judicial para el acceso a la reasignación genital, siendo uno de los fallos más mediáticos del año 2001 por la matriz de sus argumentos.

En esta exploración, la sexualidad es un dispositivo que, al desplegarse dentro de una matriz biopolítica, sirve para la gestión, el control y la administración de los cuerpos sexuados, en un momento histórico determinado. Para ello se sirve del sexo, elemento real y especulativo convertido por el propio dispositivo en el punto imaginario por el que circulan diferentes representaciones simbólicas que le otorgan a estos cuerpos inteligibilidad individual y social.

Desde la Teoría Crítica del Derecho (TCD) resulta útil entender que el Derecho es una práctica social específica que opera desde un discurso narrativo complejo porque sea cual fuere la forma que adopte –sentencia, doctrina, legislación, costumbre- se organiza como discurso que interpretando la realidad social, a la que ficcionalmente le asigna un sentido, parte primeramente de la propia vivencia del operador jurídico y luego vuelve a pasar por el filtro de su conocimiento adquirido. El proceso de formación y resultado jurídico dista de ser un acto neutral o una aplicación asintomática de la norma formal o informal.

I | El marco

Los derechos sexuales constituyen una complejidad legal en sí misma. La dificultad no sólo consiste en encontrar una posible definición que sea lo suficientemente universal y al mismo tiempo particular en relación al

ejercicio de las sexualidades, sus prácticas y expresiones genéricas, sino también en delinear su contenido –separado de los derechos reproductivos, y con peso específico en el campo de los derechos humanos- y tanto más, en buscar su autonomía conceptual aplicable, esto es, garantizar su aplicabilidad. Por otro lado, también se trataría de ubicar a los derechos sexuales no únicamente en el umbral de las políticas de reconocimiento sino además de reconocer en su posible contenido el problema de la redistribución. Esto significa que los derechos sexuales se encuentran atravesados por el “dilema reconocimiento-redistribución” (Fraser, 1997). En este sentido, Paula Viturro sostiene que “[e]l rol privilegiado que poseen las variables de género y orientación sexual en la definición de estas agendas invisibiliza el impacto diferencial de la variable económica. Los altos niveles de exclusión que sufren algunos grupos hace mucho más dificultoso (cuando no imposible) el litigio, en especial si se trata de grupos que cuestionan la supuesta correlación entre sexo y género. En nuestro país el ejemplo más acabado es el de la colectividad travesti.” (2010: 116). Por lo cual, una concepción de aquellos debiera implicar tanto reconocimiento como redistribución.

Si los derechos sexuales son derechos humanos, como suelen ser enunciados generalmente, ¿qué constituye su contenido?, ¿qué los diferencia de otros derechos humanos y de los propios derechos humanos?, ¿qué derechos implican los derechos sexuales y cuáles no?, ¿cuáles son los sujetos de los derechos sexuales?, ¿cómo lograr derechos sexuales que sean capaces de reconocer especificidades de ciertos grupos sociales en situación de vulnerabilidad? y a la par ¿cómo traducir en derechos sexuales la problemática de la injusticia económica que tanto afecta a las relaciones sexogenéricas dentro de una estructura social?

Las cuestiones aquí planteadas tienen especial incidencia para un análisis de los argumentos jurídicos que sostienen reclamos o vindicaciones sobre lo que podríamos denominar, justamente, derechos sexuales dentro del circuito judicial y su exigibilidad. Toda exigibilidad presupone la posibilidad de judicializar y en este esquema considerar la problemática que suscita el contenido y aplicabilidad de aquellos derechos es relevante para hacer un abordaje crítico sobre la propia judicialización y sus consecuencias.

La mera existencia de tratados internacionales de derechos humanos que pudieran tener relación, directa o indirecta, con posibles derechos sexuales no presupone la existencia y exigibilidad autónoma de éstos; por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación hacia la mujer demostraría cuán necesario es pensar en plataformas que reivindicquen derechos específicos del colectivo mujeres, y haría presuponer al mismo tiempo la atención de los sistemas internacionales en solucionar las inequidades que no fueron enmendadas por otros tratados internacionales como la Declaración Universal considerando que todas las personas son seres humanos y tienen derechos por igual. Aparentemente no existiría tal universalidad, o sí, pero ligada a ciertos sujetos. Y aquí aparece la problemática; ¿qué dialécticas utilizan estos tratados para referirse al sujeto mujer?, ¿desde qué lado abordan sus derechos?, ¿son éstos sus derechos sexuales?⁽³⁾

¿A qué apelamos cuando decimos derechos sexuales?⁽⁴⁾ Ésta es una pregunta clave para entroncar el análisis del fallo que se presenta aquí, toda vez que el recorrido que sugiero realizar en este aspecto, centralmente, está dado por los argumentos que utilizó el magistrado para denegar el derecho a la intervención quirúrgica de reasignación genital total de una mujer trans*, ligados a una noción particular, casi ecológica del sentido de naturaleza. Aparentemente, aquello que no fue percibido por el magistrado, fue el derecho humano de la solicitante y especialmente la vindicación de su derecho sexual. Y aquí, entonces, las preguntas sobre qué son los derechos sexuales; quiénes los pueden demandar; qué/cuáles se demandan y cuándo, cobran relevancia. Por lo tanto, este trabajo abordará la vinculación entre derecho, naturaleza e identidad(es) y analizará la categoría de sujeto de derecho y naturaleza como ficciones jurídicas,

(3) En esta perspectiva crítica, los instrumentos internacionales de derechos humanos i) traducen un lenguaje de poder, ii) son construcciones históricas que se incorporan a un Estado, iii) como resultantes de diversas operaciones en las que intervienen pluralidad de ideologías, producciones de sentido, actores sociales diversos, todo en un contexto de multiplicidad de poderes. Son parte constitutiva de un discurso político.

(4) Si, como sugiere Alice Miller, la formulación en plural de la expresión "derechos sexuales" requiere más de un derecho para atender la sexualidad y más de un tipo de derecho para garantizar el disfrute o la libre expresión de la sexualidad, entonces no basta con apelar a los derechos humanos clásicos incluidos en los principales instrumentos internacionales, algunos de los cuales ya fueron indicados, sino que se necesita la expresión de un lenguaje específico de derechos sexuales al interior del continente de los derechos humanos y desde una concepción multicultural que se filtre por entre los contenidos de los derechos sexuales.

porque si hay algo que el derecho utiliza como estrategia comunicativa y como estrategia subjetivante, es la idea de ficción

El día 30/03/2011 el magistrado a cargo interinamente del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 106, en la causa "A. s/Autorización", resolvió rechazar la solicitud de autorización de "cambio de sexo" y de rectificación de partida de nacimiento de una mujer trans*. Entre sus diversos argumentos, de los cuales se jacta al final de su sentencia al decir que "todas las razones expuestas a lo largo de este decisorio, fundadas en el orden ontológico, moral y jurídico, podrían seguir ampliándose indefinidamente ya que he buscado demostrar lo más evidente al conocimiento de los hombres, que el ser es y el no ser no es.", se destacarán aquellos vinculados con la idea de naturaleza y el mecanismo dialéctico utilizado para hacer decir a la naturaleza –desde un autoritarismo ecosistémico- lo que es propiamente pertinente en materia de género y así recortar la figura de un sujeto de derecho recreando una narrativa sobre la transexualidad y el sujeto transexual.

De esta forma este discurso jurídico es un ejemplo de la formulación judicial del concepto de persona, ser humano y sujeto de derecho. Lo llamativo de esta resolución es el "secularismo estratégico" (Vaggione, 2005) que se presenta como técnica discursiva, que al recurrir a fundamentos legales / científicos para sostener la visión del juez, evita utilizar criterios sustentados en políticas religiosas.

2 | Representaciones

2 | I

Las prácticas representativas del sistema judicial en relación a los géneros y las sexualidades, con incidencia directa en los cuerpos, modelan incesantemente, como flujos continuos, las subjetividades de quienes se presentan a buscar el reconocimiento de un derecho: el de la libre expresión de su género, sea mediante una solicitud de autorización para intervención de reasignación genital o rectificación de sus registros o ambas. En esta economía disciplinar, el derecho es una práctica social cargada de sentido; un dispositivo constituyente "que asigna significaciones especia-

les a hechos y a palabras, más allá de las intenciones de quienes ejecutan los primeros o pronuncian las segundas.” (Ruiz, 2006: 116)

La sentencia judicial se nos presenta como discurso en acción, por su carácter particularmente performativo, en la medida que al entender al transexualismo como una imposibilidad de ser –porque de acuerdo con la cosmovisión del juez resulta “imposible” alterar la naturaleza del cuerpo- se ritualiza una subjetividad transexual por fuera del derecho; este discurso jurídico es constituyente de un no sujeto de derecho o dicho de otro modo, con los argumentos que deniegan derechos, está instituyendo un imposible existencial por las características intrínsecas del cuerpo y la identidad pretendida puesto a su juicio. En términos generales, esta sentencia configura un campo enunciativo en la hermenéutica judicial de la transexualidad. Es un fallo que nos habla de la transexualidad como un fenómeno que (i) no hace a la identidad de la persona⁽⁵⁾; (ii) es propio del campo de la medicina al patologizar su estado⁽⁶⁾; (iii) está protocolizado clínicamente por lo cual cabe esperar “ciertas” conductas o comportamientos sociales-genéticos⁽⁷⁾ y (iv) paradójicamente ubica al cuerpo trans* en el umbral de lo imposible⁽⁸⁾. Circunstancias que deslegitiman la politicidad del cuerpo y por ende, lesiona al sujeto político trans*. Ciertamente,

.....

(5) Durante todo el cuerpo resolutorio, no se aborda el sujeto transexual sino el “transexualismo del actor”. Esto evidencia que para el juzgador no se está frente a un sujeto político cuya identidad transexual lo interpela sino se está frente a un “transexualismo” patológico.

(6) Sostiene el fallo que “...las causas del transexualismo no son claras, sino más bien oscuras y complejas. ...Una postura prudente debería considerar que tanto los factores biológicos como los socio-psicológicos tienen un rol –aunque, de momento, no se pueda especificar con exactitud cuál- en la configuración de esta alteración de la identidad sexual...la mayoría de los autores está de acuerdo en admitir que el transexualismo es un estado patológico. Sin embargo, no existe unanimidad a la hora de calificar dicha patología. La escuela psicoanalítica lo asimila a una psicosis. Otros lo califican como una forma neurótica grave.”

(7) En este sentido la sentencia dice “...el desarrollo actual de la ciencia permite formular las siguientes afirmaciones con respecto al transexualismo: a) Se trata de una alteración de la identidad sexual que tiene un origen principalmente socio-psicológico. B) Los componentes orgánicos de la sexualidad pertenecen todos a un mismo sexo, esto es, han seguido un desarrollo armónico. Ya se ha señalado que en el estado actual de la investigación, no se ha hallado ningún fundamento orgánico de dicha alteración de la identidad. C) No hay acuerdo para calificar esta patología. D) No se ha constatado la efectividad de la terapia quirúrgica.”

(8) El magistrado formula que “En definitiva, ante lo imposible nada podemos hacer, justamente por ser imposible. Hay posibilidades o imposibilidades absolutas, como las de índole lógica u óptica o matemática; por otro lado, hay posibilidades o imposibilidades relativas, como, por ejemplo, alguna de naturaleza física, técnica o deóntica...Entonces, intentar traspasar los límites impuestos por la realidad pretendiendo la consecución de un imposible absoluto, constituye una utopía en el mal sentido de la palabra.”

no perturba al juez y su derecho invocado, únicamente, la encarnadura del cuerpo trans* sino también la posibilidad de la palabra de ese cuerpo, en este caso dada por la escritura puesta en la demanda judicial y en su identidad vivida efectivamente, que viene a cuestionar y a problematizar el sistema sexo género.

Surgen dos preguntas, que se implican mutuamente y constituyen el epicentro de una problemática compleja que es convocada cada vez que se pone en crisis al Derecho y sus discursos habilitantes:

¿Cómo nos enunciamos frente a la ley y sus operador*s judiciales? y ¿cómo nos enuncia la ley en la encarnadura de sus operador*s judiciales?

2 | 2

“Ahora bien, puesta en evidencia la existencia de una enfermedad padecida por quien comparece a petitionar la autorización de ‘cambio de sexo’, independientemente de que se reconozca un origen psicológico, físico o psicosomático de la patología, corresponde preguntarse por el remedio que la ciencia médica provee a dicha dolencia.”

Con este párrafo la sentencia inaugura y a la vez, sella el destino del sujeto trans*, ubicándolo como un sujeto enfermo. Esta circunstancia no debe relativizarse porque es a partir de este modo de sujeción que el juzgador, luego, entenderá que admitir una intervención de reasignación quirúrgica es contraproducente no para la persona sino para la naturaleza constitutiva de su cuerpo con incidencia en el mundo exterior. La noción de sujeto enfermo habilitada por este discurso jurídico conlleva a desvirtuar cualquier criterio de autonomía corporal. Acentuar entonces la especificidad del transexualismo como “un trastorno de la identidad sexual” es obturar cualquier posibilidad real de ver, sentir, pensar a la peticionante como un sujeto político, más allá del rol que desarrolla en el sistema judicial como sujeto justiciable. En este primer instante, que se sostiene sobre aquella “evidencia” ligada a los dominios del saber científico, citados por el magistrado previamente, subjetiviza al sujeto trans* como tal. El juez Júpiter le da una ubicación geográfica. En este aspecto, la obra teórica de Michel Foucault nos posibilita un marco de entendimiento en la construcción y catalogación de ciertas y funcionales vulnerabilidades humanas. Tales vul-

nerabilidades en el nivel del discurso, como sostiene Judith Butler, describen que algunas vidas no se consideran en absoluto vidas porque se les sustrae dotes de humanidad al no encajar en el marco dominante de lo humano. Este proceso de deshumanización es un mecanismo que crea luego la alteridad.

Hay en todo el recorrido textual de la sentencia, dos vulnerabilidades. Una marcada por la persona trans* en relación no únicamente a la petición y su necesidad, sino a las consecuencias del proceso judicial al que debió de someterse para llegar al tramo final (controles y fiscalizaciones periciales morfológicas, psiquiátricas, psíquicas, clínicas). La segunda es sostenida por un criterio particular del propio sentenciante cuando, con la excusa de preservar la integridad física de "su paciente"⁽⁹⁾, busca también resguardar la naturaleza de los cuerpos femeninos y masculinos a los que ubica dentro de un ecosistema que debe tender al orden de sus elementos constitutivos so pena de vulnerabilizar el equilibrio ecológico.

"El propio actor cree haber encontrado la solución a su problema desde que solicita que se lo autorice a practicarse una serie de operaciones mutilantes tendientes a erradicar sus órganos sexuales masculinos y a adquirir caracteres femeninos secundarios a través de terapia hormonal. Se trata de unas intervenciones consistentes en la ablación de sus órganos masculinos y en la incorporación a su anatomía de cuerpos extraños (artificiales), que mimetizados con tejidos extraídos de otras partes de su cuerpo podrían simular los órganos genitales femeninos externos. No puedo dejar de destacar que tales operaciones constituyen lesiones de carácter gravísimo e irreversible."

De este modo, se deslegitima la voz de la persona cuando esta "cree haber encontrado". Esta forma de silenciar la palabra del sujeto justiciable es una constante en las narrativas judiciales en materia de género(s) y sexualidad(es), en contados casos la palabra toma un lugar jerárquico dentro del entramado judicial. El privilegio lo tienen, finalmente, la ley y el juez. Sobre todo cuando la palabra es cuestionadora de muchos arqueti-

(9) Es notable advertir los diferentes estatus que el propio juez asume a lo largo de su narrativa. El juez además de interpretarse como operador del derecho, hace las veces de médico, filósofo, biólogo e incluso ecologista. Estas distintas ubicaciones le permiten acentuar, desde una interdisciplina autoconvocada, su cosmovisión legal positivista.

pos sexogénicos y tiene la potencia de resistir cualquier opresión o represión, una vez que se dirige a vindicar el derecho vulnerado. Asimismo, detrás del paternalismo jurídico que presenta el discurso del juez, destinado a no lesionar el cuerpo y los órganos de la presentante, que “naturalmente” se encuentran sanos, se oculta su real interés que está dirigido a mantener la anatomía integral de los cuerpos femeninos y masculinos a salvo de cualquier artificio que pudiera desnaturalizarlos. Esto es, el juez y su derecho positivo buscan salvaguardar y al mismo tiempo jerarquizar la identidad fonética y molecular⁽¹⁰⁾ del sujeto varón y del sujeto mujer por sobre todas las demás variables que complejizan la(s) identidad(es).

Prosigue la sentencia afirmando que: “En efecto, está fuera de toda discusión y reconocido por los que propugnan el llamado cambio de sexo que, en realidad, no se produce ningún cambio, ya que por más mutilaciones que un hombre se haga de sus órganos sexuales, siempre le van a quedar otros órganos y características propias de su masculinidad que nunca podrá erradicar (por ejemplo: la próstata y el tamaño de algunos de sus huesos) y a la vez habrá parte del sexo contrario que jamás podrá incorporar a su organismo (por ejemplo el útero, los ovarios y todas las otras partes del aparato reproductivo femenino). Lo mismo cabe decir respecto de una mujer que pretendiera cambiar su sexo, ya que nunca podría contar con órganos masculinos reales y tampoco podría erradicar las peculiaridades de su femeneidad como, por ejemplo, una contextura física delicada.”

Es aquí donde el sentenciante reproduce el esquema binario de conformación de los cuerpos. Esta transcripción evidencia cómo opera la tecnología del género. El género ya no es la culturalización del sexo, o el sexo en la cultura, sino, tal como sostiene Judith Butler “es el mecanismo a través del cual se producen y se naturalizan las nociones de lo masculino y lo femenino.” (2006: 70), puesto que no se trata sólo del sexo anatómico sino que se está frente a una anatomía integral –tamaño de huesos, contextura física- cuya lectura interpretativa habilita una determinada configuración genérica sobre el cuerpo del sujeto trans*. Hay una noción generizada y no únicamente sexuada del prototipo “varón” y “mujer”. Para la sentencia los cuerpos se generizan no sólo por el sexo (genital o gonadal) sino por la contextura física no sexual. Habría en ello un destino marcado en el modo

(10) “Se trata también de una empresa científica en la que el estudiante no posee más identidad que la de una combinación fonética o molecular.” (Deleuze, 1996)

en que como sujetos nos presentamos y se nos representa en la vida social: por ello aquí es posible avistar cómo una interpretación cultural de nuestros cuerpos se transforma en una herramienta clave para sujetar a derecho un cuerpo que busca justicia y el modo de impartir justicia de acuerdo a dicha ideología. Júpiter invita a bailar en este escenario judicial, a la Naturaleza.

Por otro lado, el discurso niega otras corporalidades en el sentido de que cuestiona la aparición de aquellas tecnologías que contribuyen a reparar o recrear, según los casos, órganos que le asignan al cuerpo una morfología diferente a la biológica. Interesante, en este aspecto, traer a colación la reflexión de Beatriz Preciado cuando expresa: "En consecuencia, no se trata aquí de evaluar el pasaje de lo orgánico a lo inorgánico (haciendo referencia a las técnicas de autotransplantes para liftings y reconstrucciones), sino sobre todo de destacar la aparición de un nuevo modelo de corporeidad: las nuevas técnicas ya no son fieles a una taxonomía orgánica clásica según la cual a cada órgano y a cada tejido le corresponde una sola ubicación, una sola función... La nueva cirugía como tecnología de la sexualidad posmoneyista es un proceso de construcción tectónica por el cual órganos, tejidos, fluidos y moléculas se transforman en materias primas con las que se fabrica una nueva apariencia de naturaleza." (2009:35)

Las "nuevas" formas que adoptan los cuerpos con el surgimiento de las técnicas a partir de la separación conceptual del sexo y del género, inciden en las subjetividades y en las propias performances masculinas o femeninas como así también en la construcción propia de las identidades trans*. En este sentido, Lohana Berkins nos cuestiona: "¿Qué es ser mujer? Esta misma pregunta nos conduce a algo que resulta bastante difícil en la práctica, nos conduce al esencialismo. ¿Hay algo que define esencialmente a la mujer? ¿el cariotipo? ¿los genitales? ¿las funciones reproductivas? ¿la orientación sexual? ¿la conducta, la ropa? ¿todo ello junto? ¿una parte de ello?." (2003:134)

2 | 3

La cuestión de saber quién y qué se considera sujeto de derecho en relación a estas "nuevas" subjetividades en un sentido inminentemente político, es decir, como identidades agenciadas, es una cuestión de saber

y una cuestión de poder. De allí la importancia del nexo saber/poder. Discernir en el campo social quién es quién, su intangibilidad socio-jurídica es una prerrogativa poderosa socialmente, en donde el poder se disimula como ontología, es decir, se hace creer en un ser trascendental metafísico. Como sostiene Michel Foucault, el saber se integra mediante una serie de ritualismos, reglas, restricciones características que aportan generalidad y racionalidad. Ambos operan juntos para convertir un sistema en aceptable. Justamente el magistrado se opone a la pretendida intervención alegando que quienes se dedican al oficio de la "transformación corporal" deben ser señalados de indignos. La sentencia en este aspecto no disimula atribuirle cierta irracionalidad a este tipo de saberes científicos:

"Los médicos que realizan esas operaciones realizan una manipulación del organismo humano indigna de su profesión. Con sólo pensar en lo que implica la extirpación de los órganos reproductivos sanos masculinos para luego, con parte de ellos confeccionar una pseudovagina, que no siquiera tiene conexión con órganos internos porque obviamente no existen, o con imaginarse lo que implica la mutilación de los senos a una mujer y la ablación de todos sus órganos reproductivos internos, completamente sanos, órganos carentes de disfuncionalidad alguna, de enfermedad o defecto, que indiquen las más mínima conveniencia para su extirpación, con solo pensar en ello digo cualquiera siente un escalofrío por lo espeluznante que implica el transitar un camino sin retorno hacia la enajenación de sí mismo."

La indignación puesta en discurso es consecuencia de la ideología genérica de la cual está imbuido el texto legal y el pensamiento del magistrado. Aquí puede observarse el modo en que lo natural y lo sano se articula para la conformación de un cuerpo saludable y "normal". Hay nuevamente aquí otra forma de sujeción cuando confina al sujeto trans* al estado de enajenación. Aparece así un sujeto enajenado, un sujeto por fuera de cualquier racionalidad posible, donde la medicina que apoya este tipo de "manipulaciones" es igualmente irracional y enajenante, por lo cual "espeluznante" es el adjetivo calificativo de estos procesos que buscan naturalizar lo que no es posible.

Para este discurso jurídico hay un criterio corporal que está dado por la funcionalidad de los órganos. Esto remite a la idea foucaultiana de los cuerpos anátomo controlados, por medio de los cuales cada parte integra el todo, y sobre cada parte actúa un poder que no solo cataloga al todo sino que además le asigna una función. Cada tejido, cada órgano tiene un lugar y una función que desempeñar. De este modo, la sentencia va articulando una noción de naturaleza asociándola con lo sano y funcional, y al mismo tiempo con una idea de "realidad dada". El discurso recurre a la aporía de lo natural situándolo en lo "dado".

El juez afirma: "Pero hay algo que resulta imposible para el más eximio de los cirujanos y para la más alta tecnología médica: crear de la nada. La facultad creadora del hombre consiste en dar a lo ya creado formas nuevas e imprevistas pero le es imposible la creación de un átomo o de tan siquiera un grano de arena. Por ello, es imposible ontológicamente, crear un hombre a partir de una mujer o una mujer a partir de un hombre."

Para aquel el proceso de feminización de la peticionante es un imposible más allá de que tenga lugar efectivamente (la peticionante no ha esperado el augurio de la sentencia para llevar a cabo su identidad femenina trans*). Para el magistrado la mujer y el hombre son como átomos, o granos de arena en tanto siempre han sido así, siempre fue lo dado. No hay una explicación racional sino derivada de una ontología que proviene de una naturalización de los procesos biológicos. Las cirugías entonces aparecen como "ficciones biopolíticas" (Preciado, 2009:37) negativas: simuladores mediatos, artefactos que son contraproducentes para la idea natural del ser esencialmente mujer y varón. Con aquel párrafo, el discurso niega posibilidad real de vida al sujeto trans*, desarticula su humanidad porque le niega su condición humana al negarle entidad propia, al descarnar el cuerpo intervenido –con hormonas y con una operación quirúrgica de reasignación genital– desintegra su existencia jurídica y, sobre todo, política. No hay sujeto de derecho porque no hay un ser humano inteligible. Es una narración que condena la existencia misma porque ubica al cuerpo trans* y su identidad en lo abyecto, en el umbral de lo que no es mujer ni varón. Empero, el discurso se torna maquiavélico porque al mismo tiempo que deniega existencia, le atribuye una subjetividad marginal como patológica o enajenada.

“Entonces, para evitar una evidente violación del principio de no contradicción, en virtud del cual no se puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto..., se inventa arbitrariamente una definición de sexo que permite violentar los hechos palpables por cualquier persona dotada del más mínimo sentido común.”

Las rígidas construcciones identitarias que remarcan las políticas hegemónicas del género binario –mujer/varón-, provienen no sólo de los modos de actuar individualmente el propio género al interior de las relaciones sociales, sino del relativo éxito con que una cultura le asigna a determinadas formas del comportamiento socio sexual un orden simbólico propiciado por la diferencia sexual en sí misma, al que las propias prácticas reiteradas en el tiempo decodifican como un devenir natural en las corporalidades constitutivas, opacando deliberadamente la artificialidad de su origen. En este sentido, la narrativa legal arremete contra las tecnologías biopolíticas, anulando cualquier dispositivo con capacidad para modificar las geometrías corporales.

Parfraseando a Beatriz Preciado, el cuerpo de M. no es la materia pasiva sobre la cual opera un conjunto de técnicas biopolíticas de normalización del sexo, ni el efecto performativo de una serie de discursos sobre la identidad. El tecnocuerpo de M., verdadero monstruo sexual fascinante, self designed, es producto de la reapropiación y del agenciamiento colectivo de las tecnologías de género para producir nuevas formas de subjetivación. (2009: 38) Sin embargo, si bien sobre el cuerpo de M. operó una reapropiación por parte de ella, mucho antes de recurrir a la Justicia para la petición de autorización quirúrgica, que integra parte de ese agenciamiento identitario, no se puede soslayar que una vez que M. ingresó al sistema judicial, hubo una re-reapropiación de su cuerpo en cada una de las instancias por las que debió transitar hasta la sentencia que aquí se analiza. Todas interpelaciones normativas que resubjetivaron su propia corporalidad. En búsqueda de justicia, la peticionante se encontró envuelta en un juego jurídico/judicial maquiavélico y esquizoide, que la reubicó en el mismo lugar del que partió: la vulnerabilidad por su identidad no reconocida.

“Tan acostumbrados estamos a que las cosas funcionen con solo oprimir botones y mover palancas que creemos que podemos descansar en el avance tecnológico para solucionar nuestros problemas existenciales. Un problema existencial de magnitud, como es una crisis de identidad sexual, se gesta a lo largo de toda una vida, con el transcurso del tiempo, de mucho tiempo. De manera que la reversión de un proceso que se llevó a cabo lentamente, contrariando leyes naturales que rigen la unidad de la persona, atomizando su centro vital que es su espíritu, no puede producirse de un día para el otro y como por arte de magia.”

En este aspecto, la narrativa entroniza el carácter natural del concepto “persona” y “espíritu”, remitiendo a la idea grecorromana de alma/cuerpo, donde la unidad del individuo está dada por el cultivo de esta combinación natural. Serían las leyes naturales las que dirigen y normalizan la “unidad de la persona” y que determinan, centralmente, la perspectiva de humanidad. En este estadio, el discurso legal se representa al “transexualismo” ya no como un problema de salud –mental– sino como un problema existencial.

Es evidente, con el párrafo citado, que la sentencia comienza a desplegar como argumento jurídico fundamental la vinculación entre naturaleza – ecología (asociada a un equilibrio verde) – derecho. La transexualidad como identidad se re-presenta como un desequilibrio ya no sólo corporal sino ecológico que afectaría, de acordar la intervención quirúrgica –vista como mutilante y espeluznante– el sentido de racionalidad (¿moral?) que debe resguardar a toda decisión que vincule lo que naturalmente se nos ha dado –esa “realidad dada” sostiene el argumento legal–

Permitir legalmente la técnica quirúrgica, biotecnología aplicada por medio de la cual la persona transexual afianzaría su femeneidad, sería contribuir, según la narrativa judicial, a un inestabilidad ecológica, prohibida de por sí por las leyes naturales y la teología de la Naturaleza. Habría en la transexualidad un pecado original del cual la expiación –en la sentencia dada por un tratamiento psicológico– sería la respuesta adecuada, y no la intervención quirúrgica.

En este aspecto, siguiendo el pensamiento transversal del texto jurídico, éste transforma al derecho como una herramienta para el control social —hay una economía jurídica de la transexualidad— destinada a habilitar/deshabilitar las posibilidades de reconocimiento de la identidad trans* como derecho sexual/derecho humano. Es decir, dentro de una economía legal de inteligibilidad normativa este particular discurso jurídico se erige como guardián de la estabilidad normativa del género. Permitir construir un cuerpo sobre técnicas o prótesis artificiales —un cyborg— resultaría para este discurso inaudito, constituiría una amenaza a la gran casa edificada por el género y sus efectos estabilizadores.

La sentencia traduce lo que podría denominarse una mayordomía jurídica; el magistrado de este amparo es mayordomo del género, lo que implicaría según su tesis, ser sacerdote del ecosistema humano (ecocéntrico) o su gendarme legal. La ecología es un escenario que limita el ejercicio del derecho de la persona trans*. Resulta interesante lo dicho por Leonardo Boff en cuanto a que “La palabra `ecología´ está muy emparentada con la palabra `economía´, porque tanto una como otra vienen de la misma raíz griega que quiere decir `casa humana´. ¿Cómo vamos a construir la casa, una casa que no es la casa de mi barrio, ni la casa de mis padres, sino la casa humana como planeta?, ¿cómo vamos a construirla para que todo pueda convivir en armonía y paz y justicia donde haya alegría para habitarla y no existan amenazas?” (1996) Es posible estimar que el temor del magistrado y de su discurso está en “el ocaso del sentimiento de reverencia sublime ante la `obra de la naturaleza´. No sólo seríamos sensibles a los riesgos físicos, sino, también, al `riesgo simbólico´ de que nuestras relaciones sociales y nuestras atribuciones de sentido para vivir una vida valiosa, digna, inteligible, sean amenazadas por la generalización de la manipulación genética a escala global y local.” (Guerra Palmero, 2005:206)

El meollo del argumento que afianza la relación antedicha aparece figurado de este modo: “Es una ley de la naturaleza que la podemos observar en todo el ecosistema, a la cual el ser humano no es ajeno. Los procesos contaminantes que se producen en los ríos y mares, por tomar un ejemplo, solo pueden revertirse parcialmente a lo largo de décadas de trabajo e incluso hay veces, que no se vislumbra recuperación, como cuando se produce la extinción de algunas especies. Entonces, si luchamos con tanto denuedo por preservar el equilibrio ecológico en nuestra casa que es el

mundo, porqué no asumir igual criterio con nuestro ser más íntimo, con nuestro propio cuerpo y alma. Respetemos, también respecto de nuestro propio ser, sus tiempos y sus leyes naturales, no lo forcemos según nuestras ansiedades y nuestro sentir, que muchas veces es veleidoso y cambiante.”

El discurso jurídico despliega un juicio moral sobre las tecnologías biopolíticas de modificación corporal, que en este caso en particular son fundamentales para garantizar el derecho sexual a la identidad femenina de la persona transexual. La narrativa jurídica reduce el “equilibrio ecológico” a una idea de naturaleza verde, a un ecosistema naiff dibujado por ríos, mares y especies. La mayordomía jurídica aquí se despliega de un modo interesante, ya no sólo hay que resguardar a la tierra (mundo) sino a “nuestro ser más íntimo” (cuerpo y alma). Hay extrañamente en su narrativa un retorno a lo prekantiano. Una vez más, la intervención aparece como algo forzado, pero en rigor lo que está deshumanizado, desnaturalizado, es la transexualidad misma en tanto identidad ininteligible. En el trasfondo de aquella enunciación ecopolítica (recordemos el concepto de Boff), está la picardía de entronar a la identidad transexual como una identidad rota, antinatural, antiecológica, en definitiva un residuo con capacidad de contaminar ya no a la tierra, planeta azul, sino al sistema dual del género que garantiza una humanidad generizada. De manera que la sentencia presenta un argumento propio del “autoritarismo ecológico” (Guerra Palmero) prohibiendo cualquier operatoria con artefactos biotecnológicos, que simulen o ficcionen la Masculinidad o Femeidad del mundo natural.

Por otro lado, para Donna Haraway, “[e]n sus expresiones científicas, así como en otras, la naturaleza está hecha, aunque no exclusivamente, por humanos; es una construcción en la que participan humanos y no humanos” (1999: 123). Vemos que esta tesis es absolutamente rechazada por el fallo puesto que para éste la naturaleza es ecosistema donde el Hombre aparentemente no interviene en su creación y en todo caso “no debería” hacerlo. La naturaleza entonces es creación suprahumana y preexiste al ser humano. El discurso en este aspecto recurre a una metafísica de la naturaleza, ligándola con valores morales y éticos que exceden y preceden el actuar humano. Este límite, además, es funcional para conformar el exterior constitutivo, a partir del cual se desatan los puntos de fuga, las resistencias y también las codificaciones. Sin embargo, siguiendo a la

autora citada “Los `objetos´, al igual que los cuerpos, no preexisten como tales. De manera similar, la `naturaleza´ no puede preexistir como tal, pero su existencia tampoco es ideológica. La naturaleza es un lugar común y una construcción discursiva poderosa, resultado de las interacciones entre actores semiótico-materiales, humanos y no humanos.” (Haraway, 1999: 124). De este modo, aparece en el texto legal una retórica de la naturaleza necesaria, en los términos expuestos por Haraway, para ubicar lo natural frente a lo no natural y de esta manera binarizar por oposición el sentido productivo e improductivo de lo moral asequible.

Recuperando de Haraway la idea de “lugar común”, la transexualidad aparece aquí como un lugar común, al menos en el espacio sociojurídico del estrado judicial, pero para uno de los actores sociales –el juez- es menos de lo común que para la otra parte –la actora-. Es decir, lo menos común para el magistrado es lo común para quien busca el reconocimiento legal y lo que une a este circuito judicial es el derecho puesto en cuestión y el modo en que es puesto en cuestión. Asimismo, la naturaleza aparece como ese lugar común entre juez y justiciable. Sin embargo, la interpretación jurídica de aquella, que realiza la autoridad legal actuada desde un autoritarismo dialéctico, es la que habilita ese corrimiento de lo común cuyo efecto es negar cualquier proyección política del ser transexual. Hay en aquella lectura restringida, un despojo de lo jurídico político en todo el reclamo. La citación permanente de lo “dado” en este texto judicial, es una estrategia comunicativa destinada a volver lógico la decisión final del rechazo al derecho pretendido. En este juego retórico, el juez nos vuelve a las tierras sólidas del más puro kantismo.

De este modo, el discurso jurídico deniega reconocimiento y ubica o reubica al sujeto transexual como un no sujeto jurídico, lo que a su vez, hiperboliza a la identidad trans* como vulnerable en el campo de lo social.

En un pasaje de su texto, Donna Haraway se pregunta “¿Quién habla por el jaguar? ¿Quién habla por el feto? Ambas preguntas descansan en una política semiótica de la representación. Constantemente mudos, requiriendo siempre los servicios de un ventrílocuo, sin forzar una votación de destitución, en cada caso el objeto o el campo de representación es la realización del fervorósimo sueño del representante.” (1999: 138). Podría

preguntarse ¿quién habla por la naturaleza? y la respuesta es...el juez, también podría preguntarse ¿quién habla por el sujeto trans*? y también es el juez. En ambos casos el juez es la voz autorizada de un discurso que estructura un sistema de economía corporal en relación a la transexualidad y su posible reconocimiento como sujeto de derecho. En rigor, el discurso legal reproduce las lógicas del género binario y sus protocolos de inteligibilidad sexogenérica, para asignar ininteligibilidad a los géneros que son fuga de sus normas. Hay imperativos genéricos que el derecho positivo no puede dejar de reconocer u aplicar puesto que en parte, el derecho jupiterino es derecho ya generizado. El discurso dibuja una iconografía del ecosistema que, más que un lugar determinado, es un espacio mítico –estructuras anatómicas bien diferenciadas- El resultado de ello, es la apropiación del sujeto de derecho por ciertas lógicas de género.

2 | 4

Por otro lado, el magistrado logra articular la noción de naturaleza con la construcción legal de los llamados “actos jurídicos”, sobresaliendo el siguiente párrafo:

“Al respecto, el Dr. Llambías decía que cuando un acto jurídico es naturalmente imposible ni siquiera cabe preguntarse sobre su validez, ya que la realidad misma se encarga de ello...En definitiva, ante lo imposible nada podemos hacer, justamente por ser imposible.”

De este modo, el discurso jurídico avanza sobre la relación naturaleza y derecho de un modo más directo, al sostener que los actos jurídicos son necesariamente naturales no por cuanto la naturaleza sea un requisito de éstos sino porque “la posibilidad natural de que el acto se realice” es condición de su existencia. Por ende, desde este escenario, el discurso encuentra un argumento jurídico para denegar el acto jurídico que implica la autorización judicial: no hay naturaleza en el acto que se busca porque no es natural una operación del tipo pretendida, que es lo mismo que señalar, en el fondo, la no naturaleza de la transexualidad y su imposibilidad como forma de subjetividad.

Lo natural además de ligarse con lo sano y funcional se re-presenta como auténtico, real, verdadero, escenarios sin artilugios ni artificios y la sexualidad, como dispositivo moral en el campo de lo natural, también luce de tal manera. El juez lo describe de este modo: "Por ello, aún cuando complacientemente se autorizara una operación de esta naturaleza, la dicotomía psiquis-cuerpo seguirá existiendo. Solo que entonces, por intermedio de una mimetización mejor o peor lograda, se recurriría a un engaño, un engaño de cual sería víctima principal el propio transexual y, tarde o temprano, caería en la cuenta de que los injertos y extracciones que se le hagan a su cuerpo, por perfectos que sean, no pasan de ser una obra de camouflagage tendiente a darle una nueva apariencia, pero que nunca podrá cambiar la esencia sexuada de su persona."

Considerando aquella cita, es útil proseguir afirmando que el derecho, entendido como discurso sumergido en una red racional de ficciones, mitos y creencias a partir de la cual se oculta el orden del poder/saber, define tipos de subjetividad. A lo largo de este fallo, es posible observar los modos particulares en que el juez, al decir el Derecho, le asigna subjetividades diversas pero concordantes al cuerpo de la justiciable: como "enfermo", "enajenado", "imposible", "espeluznante", "víctima", "antinatural", o como un "cyborg".

Así, el discurso jurídico busca evitar caer en la "ficción" que supondría la intervención quirúrgica de reasignación genital, o mejor dicho el efecto de una intervención de este tipo, pero no advierte que su propia construcción semiótica, su propio campo enunciativo, el propio teatro judicial montado, descansa o se sostiene sobre un mar de ficciones. Claramente estas ficciones no son vistas por el juzgador como tales porque centralmente han sido ya naturalizadas por el orden jurídico que reviste al acto de juzgar. Ejemplo de esto es la noción misma de sujeto de derecho. Estas ficciones, donde indudablemente aparece también la idea de naturaleza, son puestas en los textos legales para hacer funcionales formas de organización polivalentes.

Recordemos que Enrique Marí sostuvo que "El derecho ha sido siempre un notorio campo cruzado por ficciones y fingimientos, no sólo en las doctrinas del derecho positivo, sino también en las teorías sobre la naturaleza

del derecho en general que contienen una mezcla de ficción.” (2002: 321). Por otra parte, el mismo autor explicó que “La necesidad lingüística de las ficciones está relacionada con la génesis y desarrollo del discurso, pero ello no contradice el uso legítimo o ilegítimo de las ficciones específicas que se estructuran y monten a partir de la propiedad constructiva de la lengua; sólo que en la región de los intereses siniestros, el uso político a favor de las clases gobernantes les confiere el carácter de mentiras arbitrarias, mentiras que surgen de las puestas en juego de los constructos artificiales y la simultánea negación de su conocimiento de tal. Entre la necesidad lingüística de la construcción de las ficciones y el uso distorsionado de ellas en una región, la política, no hay contradicción alguna.” (2002:312)

3 | Reflejo

La vulnerabilidad de los cuerpos trans* que se someten al sistema judicial en busca de un reconocimiento de parte del Estado en relación a su identidad y expresión genérica, proviene de estar sujetos al mundo de “otros”. Cuando el orden jurídico aborda la transexualidad como un “trastorno de la identidad sexual” sitúa al cuerpo trans* como un cuerpo enfermo, trastornado, desviado. Entonces cabe cuestionar en relación a ¿cuáles cuerpos, los cuerpos de la transexualidad, aparecen confrontados? ¿qué exterior constitutivo emerge en este proceso de asignación? Aparecen así las normas restrictivas del género que se presuponen, como el sexo, algo natural⁽¹¹⁾. La percepción marginal de la transexualidad como una identidad “rota” por parte de los discursos jurídicos es un efecto de la práctica performativa del género.

La transgeneridad habilita y al mismo tiempo subvierte un espacio que el género binario del derecho busca mantener asintomático. Sin embargo, y siguiendo la línea de Butler, es el propio término género que propicia un agotamiento semántico del binarismo al que busca dar cuenta con naturalidad. “Cuando nos referimos a “el género en disputa o problematización del género” (*gender trouble*) o a la “mezcla de géneros” (*gender blending*), ya sea el “transgénero” (*transcender*) o el “cruce de géneros”

(11) “La naturaleza entendida como primer principio de realidad parece ser la clave filosófica a partir de la cual los jueces suelen resolver las demandas por discriminación en razón de género o la sexualidad de las personas.” (Viturro, 2010: 119)

(*cross-gender*), estamos ya sugiriendo que el género tiene una forma de desplazarse más allá del binario naturalizado.” (Butler, 2006: 17)

Las interpelaciones centralmente son parciales y quien no fue interpelado por el derecho como sujeto de derecho su vida política jurídica se torna ininteligible. En este caso, debe comprenderse que “La justicia no es sólo o exclusivamente una cuestión de cómo se trata a las personas o de cómo se constituyen las sociedades. También atañe a las decisiones, y a sus consecuencias: ¿qué es una persona y qué normas sociales debe respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no a los otros seres vivientes como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro?” (Butler, 2006)

Michel Foucault alertaba que “El sistema del derecho y el campo judicial son el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfas. Creo que no hay que ver el derecho por el lado de una legitimidad a establecer, sino por el de los mecanismos de sometimiento que pone en acción.” (2000: 36) Considerando esta tesis, y observando el análisis crítico de esta sentencia, es posible reflexionar que las vidas de las personas trans* paradójicamente se encuentran por un lado confinadas y despojadas de cierta humanidad que significaría el no empoderamiento de sus derechos fundamentales, pero por otra parte, sus trayectorias de vida son vividas, actuadas y existen a pesar del confinamiento político legal, lo cual las hace legibles. Sus reclamos de reconocibilidad las ubican por el acto mismo en una contradicción performativa en términos de Butler, es decir, el no ser dentro de una existencia que sí lo es, la estabilidad de sus corporalidades hace posible que los actos tendientes a reconocerlas como parte de una ciudadanía, que fuera despojada y por lo tanto abyectas, albergue la legibilidad de su propia existencia.

Los cuerpos trans* son corporalidades prisioneras de un poder soberano que regula y digita su existencia transformándolas en no existentes al denegarle ciudadanía y por lo tanto humanidad. Este proceso de exclusión es lo que permite luego afirmar las biopolíticas de la sexualidad. Lo condenado o tolerado es lo que marca los límites de lo normal. Las retóricas que circulan alrededor de las transexualidades en el contexto de estos discursos y sus representaciones son funcionales para que el sistema legal

y político pueda mantener la binaridad genérica que posibilita lecturas y distribuciones ordenadas y complementarias entre los cuerpos y sus relaciones. En ello se juega un esencialismo de género (Butler). Suscribir, sin embargo, a la noción diagnóstica de la transexualidad como un trastorno o sugerir que los cuerpos trans* son identidades en tránsito, revela aquello que Paula Sandrine Machado señala como formas de verdad que pasan por "confesiones del cuerpo" (2009: 91)

Por otro lado, la propia noción de vulnerabilidad que caracteriza a cierto grupos sociales, que recurren al sistema judicial en busca de una reparación en términos de reconocimiento y desde una autopercepción como sujetos políticos, muchas de las veces ha sido previamente fabricada por el sistema normativo de reglas jurídicas al fijar estándares que conllevan a situaciones de vulnerabilidad. Es decir, la vulnerabilidad que recorre a los cuerpos trans*, en este caso, es producto de la dinámica jurídica; se hace creer que en la petición de justicia no se juega ningún criterio de interpretación en relación a nuestra corporalidad humana toda vez que se presupone que hay un mínimo de humanidad que se respeta, sin embargo, esa humanidad fue expropiada mucho antes, por sus propios mecanismos.

Las situaciones de vulnerabilidad son efecto de los actos performativos de los discursos jurídicos. "Quién puede asegurar que tu imagen no está antes de que te asomes a la fuente?" se cuestiona Gabo Ferro en la continuación a la cita que encabeza este artículo. En efecto, las categorías normativas del derecho jupiterino se presentan no sólo como racionalizaciones formales sino también como una "simplificación radical del material jurídico concomitante para una nivelación del propio sistema social. Haciendo tabla rasa del pasado, inspirado en una nueva concepción de lo social, el codificador reescribe el Derecho restableciendo algunas categorías esenciales." (Ost, 1993) Podríamos sugerir que en ese proceso de reescritura el codificador mas de las veces a pre-establecido ciertas y determinadas categorías.

"Es la ilusión de autonomía, es la ilusión de subjetividad interviniendo para ocultar que el mundo externo (las relaciones sociales y su peculiar y correspondiente distribución del poder) tiene su propia estructura de organización y lo determina; para no hacer visible el orden de lo simbólico que preexiste al "sujeto",

que le fija posiciones, deseos, frustraciones, proyectos que él cree obra y producto de sí mismo, y de los que se siente dueño." (Ruiz, 2006:134)

En estos juegos aporéticos, perversos, ficcionantes, se vuelve a reformular la inquietud del comienzo: ¿qué son los derechos sexuales si la noción de sexualidad, sexo y género esta siempre siendo cuestionada, renegociada, reinscripta por las autoridades que detentan un cierto control o criterios de sometimiento? Nuestros cuerpos son además de carne, inscripciones. En este sentido, "[s]er parte de una minoría sexual implica, de forma profunda, que también dependemos de la protección de los espacios públicos y privados, de las sanciones legales que nos protegen de la violencia, de las garantías institucionales de varios tipos contra la agresión no deseada que se nos impone y de los actos violentos que a veces sufrimos. En este sentido, nuestras propias vidas y la persistencia de nuestro deseo dependen de que haya normas de reconocimiento que produzcan y sostengan nuestra viabilidad como humanos. Así pues, cuando hablamos de derechos sexuales no estamos simplemente hablando de derechos relacionados con nuestros deseos individuales, sino de las normas de las que depende nuestra propia individualidad. Esto significa que el discurso de los derechos afirma nuestra dependencia, nuestro modo de ser en las manos de los otros, el modo de ser con otros y para otros sin los cuales no podemos ser." (Butler, 2006: 57/58)

Si en parte aquello quiere decir que estar sometido a una regulación implica estar subjetivado, y que si los derechos sexuales son positivizados como una especialidad dentro del campo de los derechos humanos, esto implica someter a cristalización las identidades y prácticas sexuales/ genéricas allí enunciadas. Entonces, no es de menor consideración que el reconocimiento resulta disparador para empezar a intervenir al interior de las políticas estatales las formas de concebir lo humano⁽¹²⁾. Como puede advertirse, dentro de las narrativas propiciadas por los derechos sexuales

(12) "Para luchas contra la opresión se necesita comprender que nuestras vidas se sostienen y se mantienen de forma diferencial, ya que existen formas radicalmente diferentes de distribución de la vulnerabilidad física de lo humano en el mundo. Algunas vidas estarán más protegidas y sus exigencias de inviolabilidad bastarán para movilizar a las fuerzas de la guerra. Otras vidas no tendrán un amparo tan rápido ni tan furiosos, y no tan sólo serán consideradas como merecedoras de duelo." (Butler, Judith, op. cit., p. 44).

y los derechos humanos insoslayablemente circulan paradojas difíciles de resolver cuando se trata de compatibilizar los registros de la diferencia humana y su trato igualitario desde la perspectiva de los derechos de las personas.

Bibliografía

- Perkins, L. (2006), "Un itinerario político del travestimo" en: Maffia, D. (2006), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria.
- Butler, J. (2006), *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós.
- Boff, L. (1996), "La ecología como nuevo espacio de lo sagrado" en: *Ecología solidaria*, Valladolid, Trotta.
- Deleuze, G. (1996), *Crítica y Clínica*, Barcelona, Anagrama.
- Foucault, M., *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Fraser, N. (1997), *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- Guerra Palmero, M. J. (2005), "Naturaleza, biotecnociencia y globalización. Una controversia ecofeminista" en: *Medio Ambiente y Comportamiento Humano*, vol. 6(2) 205/ 226.
- Haraway, D. (1999), "Las promesas de los monstrous: Una política regeneradora para otros inapropiados/bles" en: *Política y Sociedad*, 30, Madrid.
- Lonzi, C. (1972), *Sputiamo su Hegel e altri critici*, Milán, Rivolta Femminile.
- Machado, P. S. (2009), "Confesiones corporales: algunas narrativas sociomédicas sobre los cuerpos intersex" en: Cabral, M., *Interdicciones*, Córdoba, Anarrés Editorial.
- Marí, E. (2002), *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Editorial Eudeba.
- Miller A. (2004), *Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos*, Lima, III Seminario Regional, CLADEM..
- Ost. F. (1993), "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez", *Doxa* nro. 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales.
- Preciado, B. (2009), *Biopolítica del género*, Buenos Aires, ediciones Aji de Pollo.

Ruiz, A. (2006), "Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)" en: Cárcova C. M. (2006), *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

Ruiz, A. (2009), *¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice qué es el bien común?*, Buenos Aires, Ediciones Ají de Pollo, Tomo II.

Vaggione, J.M. (2005), "Los roles políticos de la religión. Género y sexualidad más allá del secularismo" en: Vassallo, M. et. al. (2005), *En Nombre de la Vida. Católicas por el Derecho a Decidir*, Córdoba. Argentina.

Vitirro, P. (2010), "Reflexiones acerca del litigio en materia de géneros y sexualidades" en: *Derechos de las mujeres y discurso jurídico: Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*, 1ª ed., Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, ELA.

Derecho c/ Literatura

por **JORGE ROGGERO**⁽¹⁾

Resumen

Los estudios Derecho y Literatura nacen como una respuesta a las limitaciones del positivismo. El lenguaje literario se revela para el positivismo como el paradigma de la irracionalidad. Basta con recordar la descalificación del positivista lógico del Círculo de Viena Rudolf Carnap a la conferencia "¿Qué es metafísica?" de Martin Heidegger. Carnap entiende que ella no consiste en otra cosa que en un conjunto de pseudoproposiciones carentes de sentido, imposibles de formalizar, más propias de un poeta que de un filósofo. La identificación positivista del lenguaje literario con la irracionalidad permite ensayar un camino de cuestionamiento que devuelve al estudio del Derecho sus dimensiones histórica, social, ética y política, que también fueron excluidas como "irracionales" por una visión reduccionista de la racionalidad. Este artículo se propone dar cuenta de cómo la Literatura invita al Derecho a un ejercicio de autocuestionamiento fundamental. El Derecho debe sostener la pregunta por sus supuestos y sus límites si pretende no perder su sentido, que no puede ser otro que la aspiración a la justicia. Un derecho que pretenda ser justo y un estudio del Derecho que se proponga aprehender el fenómeno jurídico en toda su complejidad, no pueden ignorar aquellos aspectos (histórico, social, ético y político) constitutivos de lo jurídico que la consideración positivista relegó.

Palabras clave

Derecho y Literatura – interpretación – dimensión poética del lenguaje – cuestionamiento

(1) Abogado, licenciado en Filosofía, docente de la UBA.

I | Introducción: Derecho contra Literatura

Los estudios Derecho y Literatura⁽²⁾ nacen como una de las respuestas frente a la falta de herramientas interpretativas que el paradigma positivista ofrece para explicar las profundas mutaciones que se dan en el mundo y, consecuentemente, también en el mundo del Derecho. La Filosofía del Derecho se encuentra, en la actualidad, frente a una tarea titánica: debe repensar el Derecho, debe realfabetizarlo –como propone Calvo González (Cf. Calvo González, 2008, 27) –, es decir, tiene que indagar radicalmente sobre los supuestos ontológicos y epistemológicos que condicionan nuestra manera de entender el fenómeno jurídico. Este cometido solo puede lograrse a partir de una confrontación extrema del Derecho con sus límites, con lo otro del Derecho. Pero ¿qué es “lo otro” del Derecho? Y más urgente aún ¿sabemos ya lo que es el Derecho como para preguntarnos por lo que no es?

Lo que sabemos del Derecho, lo sabemos por su historia. Está claro que el fenómeno jurídico se encuentra atravesado por lo que la teoría sostuvo y sostiene de él. En este sentido, tanto las propuestas de los estudios Derecho y Literatura como los demás planteos iusfilosóficos que problematizan

(2) Las investigaciones acerca de la relación entre el Derecho y la Literatura reconocen antecedentes desde principios del siglo XX, con los ensayos pioneros de John Wigmore “A list of legal novels”, aparecido en 1908 (Cf. Wigmore, 1908), y de Benjamin Cardozo “Law and literature”, de 1925 (Cf. Cardozo, 1925), pero, como bien destaca Richard Posner (Cf. Posner, 2000, 4), es recién con la publicación en 1973 del libro *The legal imagination*, de James Boyd White, que los estudios Derecho y Literatura adquieren relevancia en los EEUU. Y, en rigor, es sólo a partir de la década de los ochenta que el Law and Literature Movement se instala en el ámbito académico con la realización de congresos, jornadas y encuentros dedicados al tema, con la publicación de revistas especializadas (*The Yale Journal of Law and the Humanities* y *Cardozo Studies in Law and Literature*) y diversos trabajos monográficos dedicados a la cuestión, y con la creación de áreas de investigación universitaria abocadas a esta temática. Y, si bien es en EEUU en donde estos estudios han adquirido mayor desarrollo, cabe destacarse la labor de importantes teóricos en habla alemana (Peter Schneider, Peter Häberle), en habla francesa (Philippe Malaurie, François Ost), en habla italiana (Fabrizio Cosentino, Guido Alpa, Eligio Resta, M. Paola Mittica y Arianna Sansone), en habla portuguesa (Joana Aguiar e Silva, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Luis Alberto Warat, André Karam Trindade, Roberta Magalhaes Gubert y Alfredo Copetti Neto) y en habla española (José Calvo González, Pedro Talavera, Enrique Marí, Carlos M. Cárcova). Para una exposición detallada de la historia de estos estudios, cf. Sansone, 2001; Talavera, 2006; Calvo González, 2008; Karam Trindade y Magalhaes Gubert, 2009, entre otros.

el enfoque positivista se piensan a sí mismos como “postpositivistas”.⁽³⁾ Ellos no pretenden hacer tabula rasa con lo anterior, sino que, por el contrario, están dispuestos a aceptar la herencia sin beneficio de inventario. El “post” no debe entenderse como un “anti” ni como un “contra”, sino como un atravesar y construir a partir de la experiencia positivista. Es en el marco de las posibilidades abiertas por el positivismo que es posible emprender, en la actualidad, la tarea de repensar el Derecho; es en el seno de las problemáticas por él fijadas donde debe asentarse el cuestionamiento. Pues son sus estrategias y sus categorías las que deben ser repensadas, escudriñadas, puestas radicalmente a prueba. Ellas delimitan y, de esta forma, señalan un más allá que se instala como las fisuras por revisar en los cimientos del edificio iusfilosófico. Es precisamente el trazado de los límites que caracteriza al positivismo el que sugiere la pregunta por eso otro, eso extraño, o mejor dicho, eso excluido como extraño al Derecho. La pregunta por el Derecho se presenta, indisolublemente, unida a la pregunta por lo otro del Derecho.

Hans Kelsen fue quien marcó el rumbo del positivismo al señalar como ajeno a la ciencia del Derecho todo lo que no se corresponde con el ideal científico de racionalidad (Cf. Kelsen, 1960). La moral y la política caen en el campo de lo irracional, pues no son abordables mediante la metodología científica. La racionalidad científica se identifica, sin más, con la razón humana. Todo lo que no se ajusta a esta racionalidad es irracional, subjetivo, sin otra justificación posible que la apelación a las emociones. Esta razón entendida en términos científicos es susceptible de dos tipos de críticas.⁽⁴⁾ Por un lado, ella pretende un carácter absoluto/totalizante, una capacidad de alcanzar el conocimiento definitivo, el arché de todos los ámbitos del ser y del conocer. Esto lleva a asignarle una aptitud que no tiene. Por otro lado, como bien diagnosticó la Escuela de Frankfurt, la razón moderna exhibe un carácter estratégico/instrumental, un carácter calculador (Cf. Horkheimer y Adorno, 1969 y Adorno, 1985, pp. 125-126). A partir del desarrollo de la lógica formal que independiza a la lógica de todo contenido, la razón siguió el modelo matemático transformando el pensamiento en una ejercitación por la ejercitación misma, independiente

(3) Para un examen de las teorías jurídicas postpositivistas, cf. Cárcova, 2007; Aguiló Regla, 2007; Calsamiglia, 1998, entre otros.

(4) Sigo la categorización del problema propuesta por Mónica B. Cragnolini (Cf. Cragnolini, 1998, pp. 41 ss.).

de una reflexión respecto del fin. Esto es exacerbado en la modernidad por la revolución industrial y el capitalismo, que ponen en el centro el proceso de producción, desligado de una consideración sustancial respecto a su finalidad. Ambas caracterizaciones del problema de la razón entendida en términos científicos comparten una característica en común: la unidireccionalidad. Ya sea que se dirijan al fundamento último o al progreso infinito, la razón científica moderna adopta una direccionalidad lineal que le impide considerar lo que excluye: otros caminos, otras manifestaciones de la racionalidad. La filosofía contemporánea y, con ella, las teorías jurídicas "postpositivistas", advierten la necesidad de una "ampliación" de la racionalidad y la consecuente reformulación de los supuestos ontológicos y epistemológicos que con ella se correspondan, así como la importancia de una revisión de sus dicotomías fundantes (emotividad/ciencia, irracional/racional, relativo/absoluto, subjetivo/objetivo). Los compartimentos estancos creados por estos pares de opuestos parecen haber perdido toda capacidad explicativa. Este es el reclamo que, en el terreno del Derecho, transmiten las palabras de Frances Olsen: "El derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal. Es tan irracional, subjetivo, concreto y particular como racional, objetivo, abstracto y universal" (Olsen, 1990, 495).

Este artículo se propone indagar en eso otro del Derecho, eso que –con el objetivo de determinar lo propio del Derecho en su estado "puro"– fue relegado como "irracional, subjetivo, concreto y particular". Esta estrategia positivista que busca fundar la ciencia del Derecho a través de la "purificación" de su ámbito no es ninguna novedad, sino que replica la maniobra más antigua de Occidente: la operación fundadora de la filosofía política esbozada por Platón en la República. El nacimiento de la política de los filósofos solo es posible si se excluye el discurso poético de la polis. Del mismo modo, la ciencia positivista del Derecho necesita delimitar un lenguaje de carácter descriptivo libre de toda contaminación poética.⁽⁵⁾ A continuación, intentaré demostrar que lo excluido por el positivismo como lo otro del Derecho no es otra cosa que la dimensión política del carácter poético del lenguaje; aspecto que, lejos de ser ajeno al Derecho, forma parte inescindible de su naturaleza. En este sentido, puede afirmarse que el positivismo jurídico enfrenta el Derecho al discurso poético, es decir, a

(5) En algunos pasajes voy a utilizar el término "poiético" en lugar de "poético" para enfatizar su origen etimológico en la palabra griega *poiesis* que significa "creación", "fabricación", "construcción", "composición".

la literatura. En la práctica tribunalicia, se utiliza la sigla "c/" en la carátula de un expediente para indicar que la actora inicia una demanda "contra" la demandada. Sin embargo, en el uso cotidiano, ese "contra" que menta el "c/" se fue transformando en un abreviado "con". Este accidental desplazamiento semántico puede servir de excusa para introducir la tarea que quiero proponer. Se trata de intentar empezar a leer el "c/" de "Derecho c/ Literatura" como un "con" y no como un "contra". La contraposición planteada por el positivismo entre Derecho y Literatura se devela como una relación necesaria. Aprender el fenómeno jurídico en toda su complejidad implica entender que el Derecho se da "con" la Literatura, exige comprender que existe una dimensión poética siempre presente en todo discurso jurídico.

Con este objetivo, me detendré en tres cuestiones que se revelan como íntimamente imbricadas, y que permiten advertir este carácter complementario que tiene la Literatura respecto del Derecho. En primer lugar, analizaré el problema de la interpretación. En segundo lugar, examinaré la relación de la retórica con el Derecho y la Política. En tercer lugar, me preguntaré por cierto rol crítico-ético-pedagógico que desempeña el texto literario. Finalmente, presentaré unas reflexiones sobre la conveniencia de una articulación entre Derecho y Literatura.

2 | Interpretación

A principios de la década de los ochenta, Ronald Dworkin y Stanley Fish sostuvieron su ya famoso debate en torno a la cuestión de la interpretación.⁽⁶⁾ La respuesta crítica de Fish en "Working on the chain gang: Interpretation in the law and in literary criticism" a la propuesta de Dworkin en "Law as interpretation" permite destacar ciertas cuestiones fundamentales a tener en cuenta.

(6) El debate entre Ronald Dworkin y Stanley Fish se compone de cuatro artículos: "Law as interpretation" de Dworkin, la respuesta crítica de Fish, "Working on the chain gang: Interpretation in the law and in literary criticism", la respuesta de Dworkin a la crítica de Fish, "My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please don't talk about objectivity any more" y una última respuesta de Fish, "Wrong again". En este trabajo voy a referirme solo a los dos primeros textos, pues mi intención no es hacer un análisis del debate en sí, sino destacar algunos puntos decisivos que estos textos permiten introducir respecto de la problemática de la interpretación. Para un examen del debate, cf. Schelly, 1985; Kingren, 1993.

Como bien señala Fish, la preocupación de Dworkin radica en cómo no quedar atrapado “entre Escila y Caribdis”, entre el inventar (to make up) y el encontrar (to find), entre la evaluación y la descripción, entre la libertad y la restricción, entre tener que aceptar la teoría del realismo jurídico –que sostiene que los jueces, y los intérpretes del derecho en general, basan sus decisiones exclusivamente en sus deseos y preferencias personales– o tener que adherir a las tesis objetivistas –que afirman que la tarea interpretativa se ve absolutamente limitada, pues entienden que el significado del Derecho se encuentra just there–. Sin embargo, su intento por sortear el dilema no es exitoso. La propuesta de una “empresa en cadena” (chain enterprise),⁽⁷⁾ que permitiría explicar la actividad interpretativa en la decisión judicial, indefectiblemente cae en alguna de las alternativas a superar. Y es este, probablemente, el problema principal de la estrategia dworkiana: su planteo intenta “superar” la dicotomía sin poner en cuestión los supuestos sobre los que descansa. En sus propias palabras: “Hay una alternativa mejor: las proposiciones de la ley no son simplemente descriptivas de la historia legal de una forma directa, ni son solo evaluativas de alguna manera divorciada de la historia jurídica. Ellas son una interpretación de la historia del Derecho, que combina elementos de la descripción y de la evaluación, pero es diferente de ambas” (Dworkin, 1982, 528). Lo que Dworkin combina de la descripción y de la evaluación es el presupuesto ontológico y epistemológico, que establece una tajante separación entre el hecho y la interpretación. El análisis de Fish da cuenta de esta cuestión al señalar los errores en los que incurre la “empresa en cadena”. El primero de ellos es suponer que el primer autor de la cadena es distinguible del resto en tanto su tarea es exclusivamente creativa.⁽⁸⁾ Fish acierta al señalar que su “creación” no es absolutamente libre, pues se encuentra limitada por las prácticas establecidas en torno a la noción de “comienzo de una novela”. “Uno no puede pensar en comenzar una novela sin pensar ‘den-

(7) Dworkin sostiene que la tarea interpretativa del juez puede entenderse a partir de un ejemplo literario. Imaginemos una novela que se compone de capítulos escritos por diversos autores. Cada escritor tiene que conocer cómo viene la historia, cuáles son las características de los personajes, cuál es la lógica de la narración que se viene desplegando. Cada juez es como uno de los autores de esta novela: está restringido por una historia legal compuesta por decisiones, convenciones, prácticas, y su elección se debe ajustar a ellas (Cf. Dworkin, 1982, 540-546).

(8) Si bien es cierto que Dworkin prevé esta crítica en la nota 6, también es cierto que la distinción permanece en el cuerpo del texto como una de las piezas de una argumentación que se sostiene sobre el supuesto de la distinción entre hecho e interpretación (Cf. Dworkin, 1982, 541).

tro de', como opuesto a pensar 'sobre', estas prácticas establecidas. Aun cuando uno 'decide' 'ignorarlas' o 'transgredirlas' o 'dejarlas de lado', las acciones de ignorar, transgredir o dejar de lado tendrán una forma que está restringida por la preexistente forma de estas prácticas" (Fish, 1982, 203). El primer autor tiene la libertad para elegir solo entre las "opciones de escritura de una novela" (novel writing choices), que dependen de una previa comprensión de lo que significa escribir una novela. En este sentido, todos los miembros de la cadena crean e interpretan en igual medida, pues todos se encuentran en una situación de libertad y restricción.⁽⁹⁾ El primer autor no es absolutamente libre para crear lo que le plazca, y los autores que le siguen en la cadena no están condenados a una tarea interpretativa cada vez más restringida. El último autor está tan libre y tan restringido como el primero, pues la labor de interpretación no puede reducirse por acumulación de información, sino tan solo complejizarse (Cf. Fish, 1982, 204). En su intento por establecer la distinción, Dworkin termina adjudicándole al primer autor una libertad similar a la que propone la alternativa del realismo jurídico, y al resto, una limitación que se asemeja a la postulada por las posturas objetivistas. Pero ¿cómo podrían darse realmente esta libertad o esta restricción extrema?

El proyecto de Dworkin, según Fish, consiste en "explicar cómo un agente libre y potencialmente irresponsable es controlado por las restricciones autoejecutadas de un texto independiente" (Fish, 1982, 208). Este pro-

(9) Duncan Kennedy sostiene una posición similar en su Libertad y restricción en la decisión judicial: una fenomenología crítica. Según Kennedy, la actividad judicial enfrenta la tensión entre la-sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar y lo que ley prescribe o, prima facie, parece prescribir. Esto es así porque la ley se presenta como "un medio a través del cual uno lucha por un proyecto, antes que como algo que nos dice qué debemos hacer. Cuando nos acercamos a ella de este modo, la ley restringe solo en la medida en que lo haría cualquier medio físico: no es posible hacer cualquier cosa que nos plazca con un montón de ladrillos y lo que uno puede hacer depende de cuántos ladrillos se disponga así como de otras circunstancias particulares [...] Por otro lado, las restricciones que un medio impone dependen del proyecto por el que uno ha optado, de la opción que se quiere tomar. El medio no nos dice qué debemos hacer con él, no nos exige que hagamos con él una casa para perros en vez de una cerca de jardín" (Kennedy, 1999, 120-121). Kennedy asume un punto de vista "realista interno", proponiendo un análisis que parte de la experiencia concreta del juez. Desde este enfoque, la pregunta respecto de si el juez es absolutamente libre para decidir a su antojo o si se encuentra fuertemente restringido por el material jurídico con el que cuenta queda desarticulada: "Trabajar en procura de un resultado, a mi parecer, hace parte esencial de la situación de un juez. No se trata de ser libre ni de estar maniatado. O, quizás mejor, se puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee, pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar" (Kennedy, 1999, 107).

yecto se asienta en 2 supuestos: 1) que la historia en forma de cadena de decisiones tiene, en cierto momento, el estatus de un hecho en bruto, 2) que es posible un comportamiento arbitrario con relación a ese hecho (Cf. Fish, 1982, 208). De esta manera, Fish devela el problema de fondo en la argumentación dworkiana: la distinción entre hecho e interpretación. Puede advertirse la impronta de la tradición hermenéutica heideggeriana en la crítica de Fish.⁽¹⁰⁾ Dworkin no advierte que el mundo es un plexo de sentidos, que las cosas en el mundo circundante nos salen al encuentro ya cargadas de significatividad. La determinación categorial del mundo es la significatividad (Bedeutsamkeit) (Cf. Heidegger, 1985, 90). El significado no es algo que se añade a las cosas, sino que viene dado en la intuición. Nos movemos dentro de un mundo que está cargado de significados históricamente construidos, todo ya significa. Por lo tanto, no es posible aislar una historia como hecho que se sustraiga a la interpretación –como parece pretender Dworkin–, pero esto no significa que entonces solo quede como alternativa un comportamiento arbitrario.⁽¹¹⁾ La acción interpretativa no puede transgredir los hechos porque es ella quien los establece. Ninguna historia es simplemente “descubierta” (discovered), pero esto no implica que pueda ser inventada sin relación alguna con una preocupación que se da según las restricciones de un contexto histórico determinado. En este sentido, ninguna historia puede ser puramente descubierta o puramente inventada. La distinción entre una historia encontrada y otra inventada se limita a traducir la diferencia entre una interpretación persuasiva y otra que no logra convencer (Cf. Fish, 1982, 208). En este punto, Fish señala la estrecha relación entre el problema de la interpretación y la retórica. Volveré sobre esto en el próximo apartado.

La última cuestión que analiza Fish respecto de la argumentación de Dworkin es su presentación de la problemática de la intención del autor. La ob-

(10) Para un estudio de la relación de Stanley Fish con la hermenéutica filosófica, cf. González de Requena Farré, 2009.

(11) Fish se explaya sobre este punto: “No es el caso de que la interpretación esté restringida por lo que está allí de manera obvia y no problemática, ni el caso de que los intérpretes, en ausencia de tales restricciones, sean libres para leer en el texto lo que quieran (una vez más Dworkin se arrinconó con estas infelices alternativas). Los intérpretes están restringidos por su tácita conciencia de lo que es y no es posible hacer, de lo es y no es razonable decir, y de lo que será y no será oído como evidencia en una empresa dada; y es dentro de esas restricciones que ellos ven y hacen ver a otros la forma de los documentos a cuyas interpretaciones están comprometidos” (Fish, 1982, 211).

servación de Fish nuevamente da en la tecla: Dworkin parece creer que la intención es una suerte de propiedad privada similar a un deseo o antojo (Cf. Fish, 1982, 212). De esta manera, Dworkin desconoce la consecuencia de su propia propuesta: para intervenir en la “empresa en cadena” es necesario adoptar la “intención específica de la empresa” (*enterprise-specific intention*) que, en ningún caso, es individual o privada. La falta de una adecuada comprensión de la intención como un comportamiento convencional es lo que lo lleva al error de separar el acto de lectura interpretativa de la asignación de una intención al autor.

Dworkin no es consciente del potencial de sus intuiciones. En el desarrollo de la presentación de su “hipótesis estética” (*aesthetic hypothesis*), se pregunta por el carácter comunicativo del arte en general: “¿El arte es bueno en tanto que es comunicación exitosa en el sentido ordinario? Si es así, entonces una buena interpretación se centrará en lo que el autor quiso decir, porque la comunicación no es exitosa a menos que exprese lo que el hablante quiere que exprese. ¿O el arte es bueno cuando es expresivo en otro sentido, en tanto tiene la capacidad de estimular o informar las vidas de aquellos que lo experimentan? Si es así, la interpretación pondrá al lector (u oyente o espectador) en primer plano” (Dworkin, 1982, 533). Así, preparando una crítica al intencionalismo, Dworkin señala los dos principales rumbos que ha seguido la historia de la interpretación del arte: el intencionalismo y la estética de la recepción.⁽¹²⁾ Sin embargo, la contraposición de las preguntas dworkianas permite un análisis más complejo. Todo escritor se debate en esta falsa dicotomía, todo autor sabe que su “querer decir” está desde el vamos limitado y, a un tiempo, potenciado, por su “poder decir”. La palabra emitida, oral o escrita, ya no pertenece a su emisor. Lo cual no implica negar la existencia de una intención,⁽¹³⁾ pero es importante entenderla en su complejidad. La palabra pronunciada, indefectiblemen-

(12) Cabe destacar que la estética de la recepción encuentra sus orígenes en la Poética de Aristóteles. El efecto sobre el espectador es, para el Estagirita, un elemento constitutivo de la tragedia (Cf. Aristóteles, 1974). Para una presentación de este enfoque estético, cf. Presas, 2003; Mayoral, 1987; Warning, 1989; entre otros.

(13) Sobre este punto, Fish es elocuente: “El punto crucial es que uno no puede leer o releer independientemente de la intención, esto es, independientemente de la presuposición de que uno está tratando con marcas o sonidos producidos por un ser intencional, un ser situado en alguna empresa en relación a la cual tiene un propósito o un punto de vista. Esta no es una presuposición que uno agrega a un sentido ya construido para estabilizarlo, sino que se trata de una presuposición sin la cual no puede darse la construcción de sentido” (Fish, 1982, 213).

te, comete parricidio, se independiza de toda autoridad, de todo control ejercido por un “querer decir”, para alcanzar toda su potencialidad, su “poder decir”, en manos de sus receptores. Esta es la ley que rige su circulación, su publicidad. Aun en el nivel de la “comunicación exitosa” se da esta doble valencia de las palabras y las expresiones. Por eso, como señala Mariano Peñalver, la pregunta frente a un texto no debe ser nunca qué quiere decir, sino qué puede decir.⁽¹⁴⁾ Es en razón de ese “poder decir” que un texto permanece vivo, legible, interpelable e interpelante. “Pensamos que no debemos entrar en un falso debate que interrogaría si los autores invocados tenían efectivamente las ‘intenciones’ que el intérprete les ha prestado: los pensadores no tienen intenciones, y si las tienen, rara vez se mantienen a la altura de sus pensamientos; la historia de la Filosofía lo muestra suficientemente. El único criterio de una interpretación es su fecundidad [fécondité]. Todo aquello que da a pensar honra a quien lo da, a condición por supuesto de que quien lo reciba, piense. Corresponde al lector juzgar si la consecuencia consolida el principio” (Marion, 1977, 14). El poder del texto está en manos de sus lectores, ellos son quienes deben extraer su fecundidad. Podría objetarse que las palabras del fenomenólogo francés Jean-Luc Marion, si bien pueden ser de utilidad en la interpretación de un texto filosófico o literario, no tienen aplicación en el campo jurídico, cuando la tarea interpretativa tiene por objeto hacer justicia. Sin embargo, la justicia es, precisamente, el parámetro para medir ese pensamiento que extrae la fecundidad del texto. Ser justo con un texto es ajustarlo a la urgencia del aquí y ahora que lo interpela. Una interpretación es responsable cuando se constituye en respuesta para el presente. Esta es la medida de su fecundidad.

3 | Poética y retórica

Derecho y Literatura comparten una naturaleza lingüística, ambas son disciplinas textuales. En este sentido, es importante que los juristas se reconozcan como escritores, como creadores de textos. Carlos Pérez formula la pregunta decisiva al respecto: “¿Existe alguna relación entre la forma en la cual un texto está escrito y valores como la democracia o el acceso a la justicia? ¿Existe alguna relación entre la escritura del derecho y el res-

(14) Cf. Peñalver, 2005, 12.

peto a los derechos?" (Pérez, 2006, 144) Su respuesta apunta a revalorizar la retórica como el medio que posibilita un buen uso del lenguaje. Pérez destaca que la mala escritura, particularmente en el caso de las sentencias judiciales, puede acarrear la violación de garantías básicas del proceso, como la publicidad y la equidad (Cf. Pérez, 2006, 149). La opacidad o hermetismo en el lenguaje jurídico vulnera el principio básico de igualdad ante la ley.⁽¹⁵⁾ Si bien esta cuestión reviste una importancia crucial, considero que es posible establecer una relación más fundamental entre el uso de la retórica y el respeto de los derechos en una sociedad democrática. Nuestro tiempo se caracteriza por un desplazamiento del lugar del ser por el lenguaje. Después de la "muerte de Dios",⁽¹⁶⁾ en ausencia de garantías ontológicas, la palabra adquiere una dimensión fundacional. Emancipado de su función descriptiva, el lógos recupera todo su poder creador. El lenguaje descubre que no tiene por tarea decir el ser, sino hacerlo, crear la realidad.⁽¹⁷⁾ Esta destitución ontológica implica también un cambio de perspectiva epistemológica. "El conocimiento deja de ser entendido ahora como una representación mental de la realidad y la conciencia como un 'espejo de la naturaleza'. [...] Lo que está 'afuera', lo 'real', adquiere esa condición en un proceso de intercambio comunicativo que lo constituye como real, porque resulta mediado por palabras, por significaciones,

.....

(15) Para un agudo estudio de las diversas problemáticas que la cuestión de la opacidad del derecho genera, cf. Cárcova, 1998.

(16) Me refiero, por supuesto, al dictum nietzscheano, que debe ser interpretado como la constatación de la ausencia de todo fundamento. "El hombre frenético saltó en medio de ellos y los traspasó con su mirada: '¿A dónde ha ido Dios?', gritó, '¡yo os lo voy a decir! ¡Nosotros lo hemos matado –vosotros y yo! ¡Todos nosotros somos sus asesinos! ¿Pero cómo hemos hecho esto? ¿Cómo fuimos capaces de beber el mar? ¿Quién nos dio la esponja para borrar todo el horizonte? ¿Qué hicimos cuando desencadenamos esta tierra de su sol? ¿Hacia dónde se mueve ahora? ¿Hacia dónde nos movemos nosotros? ¿Lejos de todos los soles? ¿No caemos continuamente? ¿Y hacia atrás, hacia los lados, hacia adelante, hacia todos los lados? ¿Hay aún un arriba y un abajo? ¿No erramos como a través de una nada infinita? ¿No nos sofoca el espacio vacío? ¿No se ha vuelto todo más frío? ¿No llega continuamente la noche y más noche? ¿No habrán de ser encendidas lámparas a mediodía? ¿No escuchamos aún nada del ruido de los sepultureros que entierran a Dios? ¿No olemos aún nada de la descomposición divina? –también los dioses se descomponen. ¡Dios ha muerto! ¡Dios permanece muerto! ¡Y nosotros lo hemos matado!" (Nietzsche, 1990, 117). La muerte de Dios es la muerte de todo sentido último y definitivo, de todo fundamento, de todo arché.

(17) En El efecto sofístico, Barbara Cassin rastrea este desplazamiento en la obra de Gorgias postulando una logología en lugar de la ontología. "Onto-logía: el discurso conmemora el ser, su tarea es decirlo. Logo-logía: el discurso hacer ser, el ser es un efecto del decir. En un caso, el afuera se impone e impone que se lo diga; en otro, el discurso produce el afuera" (CASSIN, 1995, 71).

por historias previas, por símbolos, por valoraciones, por acuerdos, por precomprensiones del mundo” (Cárcova, 2008, 286). Esta potencia poética de la palabra, que a priori puede parecer reservada al ámbito de las creaciones artísticas, se verifica en todo su alcance en las creaciones jurídicas. El *ius dicere*, la *iuris dictio*, ostenta un carácter performativo paradigmático. Las palabras del juez transforman a quien hasta el momento se presumía inocente en culpable, las palabras de la ley convierten lo que no era delito en delito. La palabra jurídica, quizás más que cualquier otra, crea realidad. Y sin embargo, esta dimensión creadora, presente en todas las manifestaciones de todos los operadores jurídicos, permanece casi desconocida en ciertos análisis iusfilosóficos que enfatizan la consistencia sistemática del ordenamiento jurídico y la tarea judicial como un ejercicio de mera subsunción del caso en la norma.⁽¹⁸⁾

La moderna teoría literaria tiene sus antecedentes en la poética y retórica antiguas. Estas dos disciplinas estaban abocadas al estudio del aspecto creativo y del aspecto persuasivo de la palabra, respectivamente. La literatura recuerda a todo uso del lenguaje que su dimensión originaria es la dimensión poética y que, por lo tanto, en ausencia de garantías ontológicas que aseguren el enlace entre el ser y el pensar y el decir, la verdad del discurso estará dada por su coherencia interna, pero, principalmente, por su capacidad de interpretar justamente al aquí y ahora. Tal propósito es el que demanda una dimensión persuasiva capaz de convencer al auditorio. En este punto se advierte la relación entre interpretación y retórica. El juez dworkiano –como todo juez– se encuentra ante la difícil tarea de aplicar la ley haciendo justicia, lo cual no implica otra cosa que interpretar la historia legal de tal forma que su capítulo sea convincente. En ausencia de garantías ontológicas, el lenguaje descubre su carácter político. En palabras de Jacques Rancière: “La lucha política es también la lucha por la apropiación de las palabras. Existe un viejo sueño filosófico, que hoy en día es el de la filosofía analítica, y sería el de definir perfectamente el sentido de las palabras para suprimir la ambigüedad, la polisemia... Pero creo que la lucha sobre las palabras es importante...” (Rancière, 2009, 67). La lucha sobre las palabras es importante porque es allí donde radica la posibilidad de la democracia. Solo

(18) Para un examen de estos análisis iusfilosóficos, cf. Rodríguez, 1999; Arango, 1999; entre otros.

puede haber democracia donde no exista un monopolio del sentido, donde no se imponga un sentido último. Solo puede haber democracia donde los sentidos se construyan intersubjetivamente, en el marco de una discusión política que admita el disenso. Por otra parte, una vez que se repara en que tal sentido último es inalcanzable, cualquier discurso que pretenda imponerlo se devela como ideológico. Como bien señala Duncan Kennedy, todo juez, al sentenciar, lo hace a partir de su ideología, de sus convicciones políticas respecto de lo justo (Cf. Kennedy, 1999, 91ss.). La pregunta que se hace un juez frente a la ley no es qué quiere decir, sino qué puede decir, cuál es el poder de este lógos jurídico, es decir, cómo me apropio políticamente de su sentido. Desenmascarar la retórica de la neutralidad judicial permite advertir la importancia política de la retórica en el debate democrático.

4 | Rol crítico-ético-pedagógico

Martha Nussbaum es la autora que con mayor insistencia señala la utilidad ética pedagógica de la Literatura para el mundo del Derecho. Nussbaum sostiene que la imaginación literaria ofrece un tipo de reflexión moral muy valiosa para la educación de la racionalidad pública. “La narrativa y la imaginación literaria no solo no se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportarle ingredientes esenciales” (Nussbaum, 1997, 15). Nussbaum propone una “ampliación de la racionalidad” que dé lugar a la imaginación y a las emociones. El razonamiento del juez debe procurar alcanzar una “justicia poética”. El conocimiento de lo singular y de lo cotidiano que se despliega en la literatura posibilita el desarrollo de sentimientos empáticos fundamentales para una comprensión justa de los hechos. “La ‘justicia poética’ necesita equiparse de gran cantidad de atributos no literarios: conocimiento técnico legal, conocimiento de la historia y de los precedentes, atención a la debida imparcialidad. El juez debe ser un buen juez en estos aspectos. Pero, para ser plenamente racionales, los jueces también debe ser capaces de ‘fantasear’ y comprender. No solo deben afinar sus aptitudes técnicas, sino su capacidad humana” (Nussbaum, 1997, 163). En este sentido, la literatura no es lo que se opone a la racionalidad moderna entendida en términos científicos, sino lo que la complementa, lo que permite su ampliación hacia una comprensión integradora, es decir, más justa.

François Ost, por su parte, destaca el carácter “crítico subversivo” y “creador-transformador” de la literatura. Ella “libera las posibilidades del pensamiento, suspende nuestra certidumbre, despierta nuestra energía del letargo, sacude identidades y convenciones y nos lleva a una encrucijada donde todo puede comenzar de cero” (Ost, 2006, 335). La literatura da cuenta de la prioridad ontológica de la posibilidad por sobre la realidad. En un cuento o en una novela, lo posible es aún posible, siempre se puede “comenzar de cero” nuevamente, sacudir las identidades y convenciones, creando una nueva realidad. Esta es la lección de la Literatura para el Derecho. Ella propicia un “conocimiento crítico de las construcciones jurídicas y un incentivo para reformularlas con un conocimiento mucho más profundo del lenguaje” (Ost, 2006, 337). Ese “conocimiento más profundo del lenguaje” no es otro que el reconocimiento de su carácter poético. Las instituciones jurídicas no describen realidades preexistentes, sino que las crean en una interacción comunicativa, que es histórica y social.

Pero es quizás Jacques Derrida quien ha señalado el papel más determinante que juega la literatura en una sociedad democrática: “La literatura es una invención moderna, se inscribe en las convenciones y las instituciones, que le aseguran en principio –para solo mencionar este rasgo– el derecho a decirlo todo. La literatura une así su destino a una determinada no-censura, al espacio de la libertad democrática (libertad de prensa, libertad de opinión, etc.). No hay democracia sin literatura, y no hay literatura sin democracia. Siempre puede no admitirse ni la una ni la otra, y tampoco se privan de no respetarlas bajo cualquier régimen. Muy bien se las puede no considerar como bienes incondicionales y derechos indispensables. Pero no se puede, en ningún caso, disociar la una de la otra. Ningún análisis sería capaz. Y cada vez que una obra literaria es censurada, la democracia está en peligro: todo el mundo concuerda en esto. La posibilidad de la literatura, la autorización que una sociedad le otorga, la ausencia de sospecha o de terror que ella inspira, todo esto corre parejo –políticamente– con el derecho ilimitado de plantear todas las preguntas, sospechar de todos los dogmatismos y analizar todas las presuposiciones, aunque fueran las de la ética, o de la política de responsabilidad” (Derrida, 1993, 28). El Derecho, en una sociedad democrática, debe asegurar el “derecho a decirlo todo”, es decir, el espacio libre de censura que permita el ejercicio del cuestionamiento radical. De esta manera, la literatura enfrenta el derecho con su propio límite. “El espacio de la literatura no

es solo el de una ficción instituida, sino también el de una institución ficticia que en principio nos permite decirlo todo. [...] La ley de la literatura tiende, en principio, a desafiar o derogar la ley. Por lo tanto, esto permite pensar la esencia de la ley en la experiencia de este 'poder decir todo'. Es una institución que tiende a desbordar la institución" (Derrida, 1989, 36). ¿Cuál es la esencia de la ley? ¿Qué es el Derecho? La respuesta solo puede elucidarse en una confrontación con su otro: la Literatura, que –paradójicamente– se revela como su complemento esencial.

5 | Derecho con literatura

"El intruso se introduce por fuerza, por sorpresa o por astucia; en todo caso, sin derecho y sin haber sido admitido de antemano. Es indispensable que en el extranjero haya algo del intruso, pues sin ello pierde su ajenidad. Si ya tiene derecho de entrada y de residencia, si es esperado y recibido sin que nada de él quede al margen de la espera y de la recepción, ya no es el intruso, pero tampoco es ya el extranjero. Por eso no es lógicamente procedente ni éticamente admisible excluir toda intrusión en la llegada del extranjero" (Nancy, 2006, 11-12). La literatura es ese extranjero que, sin derecho, se comporta como un intruso en el ámbito del derecho. Y como un intruso, la literatura no espera a ser invitada, sino que se descubre como un inesperado huésped que habita el derecho desde siempre. Frente a esta presencia que desarticula todo posible cierre sobre sí mismo, el derecho debe tornar su hostilidad en hospitalidad,⁽¹⁹⁾ debe acoger a ese otro como una parte constitutiva de su sí mismo. El derecho ya no puede contraponerse a la literatura, pues si hay derecho, hay derecho con literatura, hay derecho contaminado por la literatura. Es decir, si queremos entender el discurso jurídico debemos reparar en su naturaleza

(19) Tomo como referencia la relación entre *hostis* y *hospes* trabajada por Massimo Cacciari: "Hostis es el peregrinus extranjero y hospes el que lo recibe y lo acoge. Hostis, como el griego *xénos*, no tiene en su origen ningún significado de *inimicus*, *perduellis*, ni de *echthros*. *Xénos*, más bien, aparece en muchos contextos estrechamente afín a *phílos*: por esto, ser-enemigo del extranjero (*echthroxénos*) es una culpa equiparable a no preocuparse de los dioses (Los siete contra Tebas, 606). Tampoco la hospitalidad da origen a algún proceso asimilativo: el *hostis*, el *xénos*, es sagrado justamente en su otra identidad e individualidad con respecto al huésped. Y el huésped, por su lado, es siempre también *hostis*, está siempre en condición de devenir, a su vez, caminante y necesitado de hospitalidad. En el *hospes* vive siempre el *hostis*, y en el *hostis* el *hospes*. Son dos dinámicas que se entrelazan, no dos estados" (Cacciari, 1999, 39-40).

lingüística constituida por una dimensión poética originaria. En razón de esta condición creadora del lenguaje, el discurso jurídico descubre su carácter irreductiblemente político. Por este motivo, la teoría de la interpretación debe estudiarse sin olvidar su relación con esta teoría política del lenguaje que asigna a la retórica una función fundamental.

El encuentro del derecho con la literatura despierta el cuestionamiento más profundo. La literatura obliga al derecho a revisar sus supuestos, sus "identidades y convenciones", pues la literatura es ese permanente desplazamiento de su propio límite, de su propia ley. "No hay esencia ni sustancia de la literatura: la literatura no es, no existe, no se mantiene fija en la identidad de una naturaleza o de un ser histórico idéntico a sí mismo" (Derrida, 1996, 22). Un derecho que pretenda estar a la altura del carácter histórico y contingente de la existencia humana tiene que adoptar esta misma plasticidad. El derecho debe sostenerse en el autocuestionamiento, en la pregunta por su sentido. Y el sentido del derecho –como bien destaca Manuel Atienza– no puede ser otro que la aspiración a la justicia, o si se prefiere, la lucha contra la injusticia (Cf. Atienza, 2001, 312). Este objetivo solo puede ser alcanzado por el derecho en una reconciliación con su otro, con lo excluido. Solo el trabajo en conjunto con la literatura puede dirigir la mirada del derecho hacia la justicia, no como un ideal abstracto y universal, sino como una demanda concreta y singular.⁽²⁰⁾ La apertura del derecho hacia la interdisciplinariedad no es otra cosa que un reconocimiento de la complejidad del fenómeno que estudia. La Filosofía del Derecho debe afrontar la tarea de construir ese puente entre derecho y literatura del que hablaba Enrique Marí (Cf. Marí, 2002), pues en ello se juega la cabal comprensión de su objeto de estudio en sus dimensiones histórica, social, ética y política.

Bibliografía

- ADORNO, T. W. (1985), *Minima Moralia. Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1985.
- AGUIAR E SILVA, J. (2001), *A prática judiciária entre direito e literatura*, Coimbra, Almedina.

(20) Para un análisis del carácter acontecimental e irreductiblemente singular de la justicia, cf. Roggero, 2011.

- AGUILÓ REGLA, J. (2007), "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 665-675.
- ALPA, G. (1997), "Law & Literature: un inventario di questioni", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2.
- ARANGO, R. (1999), *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá, Siglo del Hombre.
- ARISTÓTELES (1974), *Poética*, edición trilingüe, trad. V. García Yebra, Madrid, Gredos.
- ATIENZA, M. (2001), *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- BOTERO BERNAL, A. (2008), "Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso". En CALVO GONZÁLEZ, J. (Dir.) (2008), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, pp. 29-39.
- CACCIARI, M. (1999), *El archipiélago. Figuras del otro en Occidente*, trad. M. Cragolini, Buenos Aires, Eudeba.
- CALSAMIGLIA, A. (1998), "Postpositivismo", *Doxa*, 21, I, pp. 209-220.
- CALVO GONZALEZ, J. (1996), *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Barcelona, Ariel.
- (2008), "Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional". En CALVO GONZÁLEZ, J. (Dir.) (2008) *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, pp. 3-27.
- CÁRCOVA, C. M. (1998), *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta.
- (2007), *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- (2008), "Ficción y verdad en la escena del Derecho". En CALVO GONZÁLEZ, J. (Dir.) (2008), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, pp. 283-298.
- CARDOZO, B. (1925), "Law and Literature", *The Yale Review*, 14, pp. 699-706.
- COSENTINO, F. (1996), "Law and Literature: bagliori italiani", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1, pp. 179-195.

- CRAGNOLINI, M. B. (1998), "la razón imaginativa: una posibilidad de 'ampliación' de la racionalidad". En CRAGNOLINI, M. B. y MALIANDI, R. (comps.) (1998), *La razón y el minotauro*, Buenos Aires, Editorial Almagesto, pp. 39-64.
- DERRIDA, J. (1989), "This strange institution called literature. An interview with Jacques Derrida" en DERRIDA, J. (1992), *Acts of literature*, Derek Attridge ed., London, Routledge, pp. 33-75.
- (1993), *Passions*, Paris, Galilée.
- (1996), "Demeure: fiction et témoignage". En LISSE, M. (dir.) (1996), *Passions de la littérature avec Jacques Derrida*, Paris, Galilée, pp. 13-73.
- DWORKIN, R. (1982), "Law as interpretation", *Texas Law Review*, 60, pp. 527-550.
- (1983), "My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please don't talk about objectivity any more". En MITCHELL, W. J. T. (1983), *The politics of interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 287-313.
- (1984), *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel.
- (1988), *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa.
- FISH, S. (1980), *Is there a Text in this Class? The Authority of Interpretative Communities*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1982), "Working on the chain gang: interpretation in the law and in literary criticism", *Critical Inquiry*, 9, 1, pp. 201-216.
- (1983-84), "Wrong again", *Texas Law Review*, 62, pp. 299-316.
- GONZÁLEZ DE REQUENA FARRÉ, J. A. (2009), "Comunidades interpretativas. Perspectivas de la hermenéutica literaria de Stanley Fish", *Alpha*, 29, pp. 233-249.
- HÄBERLE, P. (1990), "Begegnungen von Staatsrechtslehre und Literatur", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 115, 1, pp. 83-92.
- HEIDEGGER, M. (1985), *Gesamtausgabe. II. Abteilung: Vorlesungen 1919-1944. Band 61. Phänomenologische Interpretationen zu Aristoteles. Einführung in die phänomenologische Forschung*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann.
- (1951), *El ser y el tiempo*, trad. José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica.
- HORKHEIMER, M. u. ADORNO, T. W. (1969), *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Frankfurt am Main, S. Fischer.

- KARAM TRINDADE, A. / MAGALHAES GUBERT, R. (2009), "Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho", Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", III, 4, pp. 164-213.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke.
- KENNEDY, D. (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, trad. D. E. López Medina y J. M. Pombo, Bogotá, Siglo del Hombre.
- KINGREN, K. A. (1993), *The Dworkin-Fish debate: Dworkin revised as a non-foundational thinker*, Durham, Duke University.
- LEDWON, L. (ed.) (1995), *Law and Literature: Text and Theory*, New York, Garland Publishing.
- MALAURIE, P. (1997), *Droit et Littérature. Une anthologie*, Paris, Cujas.
- MARÍ, E. (2002), "Venturas y desventuras de la interdisciplinariedad hoy; Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja" en MARÍ, E. (2002) *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 217-252.
- MARION, J.-L. (1977), *L'idole et la distance. Cinq études*, Paris, Grasset et Fasquelle.
- MAYORAL, J. A. (ed.) (1987), *Estética de la recepción*, Madrid, Arco/Libros.
- MITTICA, M. P. (ed.) (2011), *Diritto e narrazioni. Temi di diritto, letteratura e altre arti*, Milano, Ledizioni.
- NANCY, J.-L. (2006), *El intruso*, trad. M. Martínez, Buenos Aires, Amorrortu.
- NIETZSCHE, F. (1990), *La ciencia jovial. "La gaya scienza"*, trad. José Lara, Caracas, Monte Ávila.
- NUSSBAUM, M. (1997), *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, trad. Carlos Gardini, Santiago de Chile, Andrés Bello.
- (2006), *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, trad. Gabriel Zadunaisky, Buenos Aires, Katz.
- (2006), *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, trad. R. Orsi y J. M. Inarejos, Madrid, Visor.

- OLSEN, F. (1990), "El sexo del derecho". En COURTIS, C. (comp.) (2009), Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho. Buenos Aires, Eudeba, pp. 481-500.
- OST, F. (2004), Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique, Paris, Odile Jacob.
- (2006), "El reflejo del derecho en la literatura", trad. René González de la Vega, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29, pp. 334-348.
- PEÑALVER, M. (2005), Las perplejidades de la comprensión, Madrid, Síntesis.
- PÉREZ, C. (2006), "Derecho y literatura", Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, 24, pp. 135-153.
- PLATÓN (1986), Diálogos IV: República, trad. C. Eggers Lan, Madrid, Gredos.
- POSNER, R. (2000), Law and Literature, Cambridge, Harvard University Press.
- PRESAS, M. (2003), "La recepción estética". En XIRAU, R. y SOBREVILLA, D. (eds.) (2003), Estética, Madrid, Trotta, pp. 123-144.
- RANCIÈRE, J. (2009), "Les démocraties contre la démocratie". En AGAMBEN, G. et al. Démocratie, dans quel état? Montréal, Les Éditions Écosociété, pp. 66-70.
- RODRÍGUEZ, C. (1999), "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial". En KENNEDY, D. (1999), Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate en la teoría crítica del derecho (CLS), trad. D. E. López Medina y J. M. Pombo, Bogotá, Siglo del Hombre, pp. 17-88.
- ROGGERO, J. (2011), "Entre la justicia y el derecho. Una lectura crítico-deconstructiva de '¿Qué es la justicia?' de Hans Kelsen", Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones 'Ambrosio L. Gioja', V, número especial, pp. 453-461.
- SAMPAIO DE MORALES GODOY, A. (2008), Direito e Literatura. Ensaio de síntese teórica, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SANSONE, A. (2001), Diritto e letteratura. Un'introduzione generale, Milano, Giuffrè.
- SHELLY, J. M. (1985), "Interpretation in law: The Dworkin-Fish debate (or, soccer among the Gahuku-Gama)", California Law Review, 73, 1, pp. 158-180.
- SCHNEIDER, P. (1987), ...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur, Frankfurt, Athenäum.

- TALAVERA, P. (2006), *Derecho y literatura*, Granada, Comares.
- WARAT, L. A. (1998), *Manifesto do surrealismo jurídico*, São Paulo, Acadêmica.
- (2000), *A ciência jurídica e seus dois maridos*, Santa Cruz do Sul, Edunisc.
- WARNING, R. (ed.) (1989), *Estética de la recepción*, trad. R. Sánchez Ortiz de Urbina, Madrid, Visor.
- WHITE, J. B. (1973), *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston, Little, Brown & Co.
- WIGMORE, J. (1908), "A List of Legal Novels", *Illinois Law Review*, 3, pp. 574-596.
-

La presencia de lo excluído: Algunos insumos luhmannianos para la crítica jurídica

por **NORA WOLFZUN**⁽¹⁾

Resumen

Cuando Agnes Heller (1997) nos invita a pensar en una perspectiva posmoderna de la modernidad (y no en una posmodernidad superadora), su pensamiento se instala en el incómodo banquillo que nos propone la estructura de la paradoja como argamasa constitutiva de nuestra compleja realidad social. Se trata de un intento esperanzador que nos permite esquivar el facilismo derivado de lo que Bachelard llama la 'bipolaridad de los errores', cuyos extremos son igualmente reduccionistas. Las paradojas de la libertad (cuyo fundamento es la falta de fundamento), de la contingencia, de la verdad, son algunas de las incomodidades basales de una modernidad que reclama con urgencia un lugar de privilegio para el diálogo como eje equilibrante de sus irresueltos enigmas. Desde este marco crítico y dialógico que pone las diferencias en contacto virtuoso, es que sitúo esta lectura luhmanniana del apartado: "Sobre el poder", perteneciente al capítulo 2 del libro *La política de la sociedad* (1996).

Para una perspectiva crítica del derecho, la teoría de sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann aporta una saludable tensión que coadyuva a subvertir algunos esquemas conceptuales y analíticos claves, naturalizados y enquistados en el sistema jurídico por enfoques más reduccionistas o más estáticos. Nociones como autopoiesis, circularidad, paradoja, recursividad, contingencia, complejidad y otras, conmueven los andamiajes de un pensamiento dogmático y formal para encarnarse estructuralmente,

(1) Docente de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

al decir de su discípulo Gunther Teubner (1995), en la realidad social del derecho.

La teoría autorreferencial de Luhmann nos ofrece valiosas herramientas para desmitificar el derecho como 'el' discurso de 'la' verdad, ardua tarea dado que se trata de un campo de fuerzas privilegiado para erigirse en principio troncal y fundante de la palabra autorizada dentro de la organización del sistema social. Desde una perspectiva crítica y constructivista, los hechos y las normas no son más (ni menos) que artefactos contruidos hacia el interior del sistema jurídico, a partir de una lógica propia y de espaldas a cualquier aproximación ontológica, creando al mismo tiempo campos de sensibilidad y de indiferencia, y nada existe por fuera de su compleja red de operaciones selectivas. El derecho, tal como cada sistema lo hace, construye su propia realidad a la medida de sus necesidades. Es soberano en la atribución de sentido, en la construcción de identidades, ficciones, clasificaciones, relaciones, diferencias. Y si a esto sumamos la idea del derecho como discurso del poder (y al Estado como detentador legítimo del monopolio de la fuerza), comprendemos la enorme tentación de lo jurídico por pretender un universalismo incuestionado acerca de su mirada sobre el mundo social. Como afirma Nelson Goodman (1990: 22), la realidad como artificio invita a pensar en muchos mundos posibles, mundos constructores y no pasivos deudores de sus particulares regímenes de verdad. El abandono de un pensamiento sustancialista y estático abre un abanico de ideas útiles para analizar, por un lado, la existencia de una realidad social circular y dinámica, y por el otro, el protagonismo y capacidad transformadores del sistema jurídico (Cárcova, 1996: 182; Cárcova 1998: 162; Cárcova, 2007: 42; Foucault, 1995: 32; Foucault, 1996: 38; Ruiz: 2001: 30).

Este trabajo está dividido en dos partes. La primera, de carácter general, da cuenta de algunos insumos de la teoría autopoietica que resultan potenciadores para un marco crítico del derecho. En la segunda parte, que encara el trabajo de Luhmann "Sobre el poder", se plantean algunas interdependencias de los sistemas político y jurídico para finalmente llegar al concepto que a mi entender es basal y compromete estructuralmente el abordaje del derecho y del poder. El concepto de paradoja.⁽²⁾

(2) Como bien afirma Luhmann (1995: 32) el término "paradoja" refiere al colapso lógico de una jerarquía de varios niveles, no a una simple contradicción.

Algunos organizadores conceptuales

En contraste con las filosofías de la conciencia y la lógica costo-resultado de sujetos racionales, la mirada luhmanniana pondera la comunicación como elemento nodal del sistema, por considerar que sólo la comunicación es necesariamente social. Su abordaje encuentra un punto de referencia externo, el mundo, que trasciende el sistema y representa la unidad de sentido de la diferencia entre sistema y ambiente. (En realidad, creo que no deja de ser éste un momento de incondicionalidad, un punto de vista arquimediano, que le permite problematizar la formación y la función de sistemas). Entre el mundo y el hombre, el sistema se despliega en respuesta a problemas que exigen solución. Dicho de otra manera, la evolución de los sistemas sociales son respuesta a dos problemas de referencia: la complejidad (o exceso de posibilidades en el mundo) y la contingencia (imprevisibilidad y variabilidad de dichas posibilidades). Según Piscitelli (1993: 133), nuevos principios epistemológicos permiten llevar a cabo esta torsión teórica, a saber: un principio de complejidad física, que concibe las relaciones dialógicas entre orden, desorden y organización; un principio de complejidad organizada para comprender nociones como la emergencia, la retroacción, la recursión; y un principio de complejidad lógica que concibe el vínculo entre autonomía y dependencia. (La extrapolación de categorías analíticas y esquemas conceptuales de muy diversas ramas del saber que lleva a cabo la teoría autopoietica, le otorga fecundidad en beneficio de su explicación y comprensión).

El paradigma de la complejidad que encarna la Teoría de la sociedad de Luhmann (dividida en Teoría de la evolución, Teoría de los medios de comunicación y Teoría de los sistemas) es intrínsecamente cambiante, basado en la dialógica orden-desorden, oscilando entre la colaboración organizativa y su permanente amenaza de dispersión. Es decir que conlleva la necesidad de azar y de contingencia como constituyentes de la organización. La diferenciación de organizaciones autopoieticas entre sistemas vivos y sistemas de sentido (psíquicos y sociales) va restringiendo el campo analítico para poner el foco sobre los sistemas sociales autorreproducidos por la comunicación, a diferencia de los psíquicos, que lo hacen a través de la conciencia (Luhmann, 1995: 23).

Conceptos como fronteras de sentido, mutables, contingentes, que combinan movilidad potencial con una cierta tipicidad, hacen cuerpo con la idea de sistema. Es decir, sentido y sistema se co-constituyen. El sentido se proyecta tridimensionalmente: en lo social (para un amplio número de personas), lo temporal (lo actualmente posible, como contingencia) y lo material (mundo de lo posible). Esta función estabilizadora convive con las permanentes perturbaciones del entorno que son percibidas por el sistema y decodificadas a partir de sus propias claves. Siempre juegan los dos polos del azar y la necesidad que van definiendo un análisis estructural a la vez que funcional del sistema autopoietico. Pensando específicamente en el sistema jurídico, su posibilidad de generalizar expectativas de comportamiento conlleva la formación de estructuras que excluyen posibilidades del ambiente pero mantienen abiertas otras. La diferenciación de roles entre quienes aplican el derecho y los que crean los programas (lo material); la aplicación de sanciones que balancearían las frustraciones del sistema (lo temporal); y la presunción de cierto grado de consenso (lo social) recrean la dinámica jurídica entre necesidad y cambio, codificación y decodificación. (Luhmann, 2002: 366).

Las ideas de reflexividad y de autorreferencia agregan su propia productividad al paradigma de la complejidad desde una aproximación crítica. La reflexividad es entendida como el empleo de procesos sobre sí mismos, con lo que se potencian y consolidan sus efectos selectivos (por ejemplo: investigar sobre la investigación; dictar normas sobre normas; hablar sobre el lenguaje; definir conceptos). La autorreferencia alude a la autoconstitución de sus elementos como unidades de función y de sus relaciones, proceso que conduce a su reproducción permanente. Siguiendo esta línea cognitiva y refiriéndose al derecho, François Ost (1993) afirma: "Hay, pues, en el sentido fuerte del término, "juego" del Derecho. Este sentido fuerte es un sentido neutro o medio: como se habla del "juego" de las olas o del "juego" de las luces; hay una especie de movimiento endógeno del Derecho, de producción interna, no como deseo de no se sabe qué orden jurídico hipostático, sino como proceder colectivo, ininterrumpido y multidireccional de circulación del logos jurídico". La metáfora del derecho como juego, tan visitada por los teóricos, articula una dimensión reguladora y normativa con un elemento de creatividad y azar, que en dosis variables, proporcionan el sentido del juego jurídico (Giménez Alcover, 1995: 126).

Un cuento talmúdico inaugura el trabajo "Y Dios se echó a reír..." de Gunther Teubner (1995: 159). Relata una discusión teológica: el rabino Eliezer no logra convencer a sus colegas de la bondad de sus propuestas, resistencia que lo lleva a invocar desde argumentaciones legales hasta finalmente buscar el aval de una voz celestial para reforzar su posición. Sin embargo, los rabinos confrontan la voz divina recordándole que la Torá les ha enseñado a someterse a las decisiones de la mayoría. Dios, echándose a reír, admite que sus hijos lo han derrotado. Con este cuento, el autor marca, por un lado, la idea de indeterminación, es decir, la no susceptibilidad del derecho al control exterior, que sólo se determina de manera autorreferente (el debate de los rabinos sigue su propio curso más allá de cualquier predicción divina o natural). Por otro lado, apunta al fenómeno de las jerarquías entrelazadas. El rabino Eliezer cumple con las etapas de un debate reflexivo, invocando tanto el texto talmúdico, como la ley rabínica, el poder de la palabra y finalmente la revelación divina. Cuando llega a la cima, se zambulle nuevamente hacia el punto de partida, cumpliendo un círculo argumentativo, en el cual el nivel más alto se nutre y "hace un círculo" hasta el más bajo, llegando al extremo que lo que decide la validez de una ley a veces depende de la trivialidad de las normas procedimentales. La idea de circularidad luhmanniana (que permea los conceptos de recursividad, reflexividad y autorreferencia) permite relativizar el principio de jerarquía normativa y en este sentido, guarda una marcada afinidad con el abordaje epistémico que sostiene la crítica jurídica, que concibe el derecho como circulación de sentido cuyo entramado se gesta desde sus dimensiones normativa e interpretativa y desde las representaciones sociales. A la manera de una red (Ost), el derecho engarza tanto las transformaciones como las condensaciones y sedimentaciones de sentido, instancias tanto noéticas como noemáticas, en una práctica hermenéutica en la cual "nadie tiene la última palabra".

Si pensamos en el concepto luhmanniano de autonomía, éste no nos remite a un lugar estanco o de aislamiento, sino que nos enfrenta con la idea de ajuste permanente entre azar y estabilidad. Consiste en la capacidad del sistema de subordinar todo cambio al mantenimiento de la autoorganización, de conservar su identidad a través de un proceso en el que su coherencia exige al mismo tiempo su transformación. "El concepto de autonomía del sistema legal no puede ser formulado en el nivel de relaciones (causales) de dependencia e independencia. El concepto de autonomía se

refiere, más bien, a la clausura operativa del sistema, como condición para su apertura” (Luhmann, 1994: 30).

La idea de verdad para la teoría de sistemas tampoco responde a una instancia preexistente ni a una aspiración a alcanzar como fundamentación última, sino que es creación incesante en un proceso continuo de auto-fundamentación. Es decir, la verdad es un medio de comunicación que se genera intra-sistémicamente. Como dice Foucault (1995: 87) refiriéndose al derecho, éste no sólo propuso y definió sus propios contenidos sino también formas refinadas de prueba y demostración, es decir, medios históricamente gestados para la producción e indagación de la verdad, base epistémica sostenida por la Teoría Crítica cuando afirma que cada andamiaje jurídico construye las verdades que considera viables para sus necesidades epocales. La verdad, contextualizada, cambiante, va a depender de los criterios de aceptabilidad y razonabilidad implícitos en la opción científica o modelo interpretativo de la realidad desde el cual se hable o se investigue, reconduciendo esta problemática a cuestiones de encaje, adaptación, ajuste, viabilidad, o capacidad para solucionar problemas (Martínez García, 1992: 28-29).

En definitiva, lejos de eliminar las categorías antinómicas, la circularidad, la autorreferencia, las paradojas o la indeterminación, la teoría de Luhmann las aloja productivamente en el círculo virtuoso de un pensamiento complejo.

Lo simple no es nunca sino lo simplificado

Ahora bien, uno de los conceptos más sugerentes en términos de una teoría jurídica crítica, es la idea de paradoja. Es posible que también sea la idea que más contribuya a “humanizar” el sistema luhmanniano otorgándole una dinámica vital donde lo que se muestra se imbrica y coexiste con lo que no se muestra, siendo ambos movimientos co-constitutivos de toda realidad social.

El impacto de la estructura paradójica se filtra en las principales nociones organizadoras de la teoría sistémica (autopoiesis, autorreproducción, au-

toobservación, autodescripción). Así, es nodal para esta teoría la idea paradójal del cierre del sistema como condición de su apertura (en palabras de Luhmann, "la organización recursivamente cerrada de un sistema abierto"). El código binario con el que cada sistema procesa sus operaciones permite este doble movimiento de cierre (por cuanto es él quien crea el código y los criterios de selección) y apertura (se aplica a datos ambientales), mediante la utilización conjunta de orientaciones normativas y cognitivas. Específicamente, el sistema jurídico (cuya clave binaria es prohibido-permitido) está dispuesto, siguiendo dichas orientaciones, a aprender y a no aprender, a ser cerrado porque es abierto y abierto por ser cerrado, paradoja sistémica basal.

Y es desde un análisis funcional del sistema que se resalta más contundentemente la paradojalidad de su comportamiento. El sistema como proceso sin fin ni finalidad, se explica sólo mediante la razón de la función que lo hace surgir en el curso evolutivo sistémico. Dicha función es la reducción de complejidad. Esta reducción de complejidad es un proceso gradual que combina simultáneamente reducción y aumento: reduce complejidad en el ambiente, al mismo tiempo que aumenta la interna del sistema.

Pensando en el sistema del derecho, su función, que es exclusiva ya que no sería ejercida en lugar alguno de la sociedad, consiste en principio en la generalización congruente de expectativas de conducta. En los años ochenta, la perspectiva luhmanniana opera un viraje cognitivo imprescindible para un análisis funcional del derecho, consistente en la adopción adicional de "la utilización de perspectivas de conflicto para la formación y reproducción de expectativas de conducta congruentemente generalizadas". Es decir que la idea luhmanniana de conflicto apunta directamente a la dinámica jurídica en su potencialidad conservadora a la vez que transformadora de lo social. En otras palabras, la perspectiva del conflicto no sólo no es destructora del sistema sino presupuesto de su construcción y articulación.

Cabalgando sobre las ideas de paradojalidad y de conflicto en la función del sistema en general y del derecho en particular, este trabajo va a encarar en su segunda parte la cuestión de la paradoja como estructura del poder (medio simbólico específico del sistema político), temática que engarza con las problemáticas planteadas por la teoría jurídica crítica alrededor de la antinomia derecho-represión (consenso-violencia) como

marca estructural del derecho. La morfogénesis del derecho se enfrenta con los bloqueos que la categoría paradójal ofrece, encontrando su solución y estabilidad en lo que Luhmann llamara el "uso creativo de las paradojas".

El poder de no poder

En la descripción imaginaria de un banquete luhmanniano, la política aparecería en escena como ese tercero que no ha sido invitado a comer, pero que inevitablemente se sienta entre el derecho y el no derecho, anfitrión y huésped, para consumir tal vez más que sus vecinos de mesa.

El sistema político, como sistema autopoietico, tiene una función propia, un código específico, se autoorganiza y autorreproduce, con una semántica y una teoría reflexiva que le son propias y contribuyen a su autoobservación y autodescripción. Se trata, para Luhmann, de un sistema político concreto, el democrático, ya que es el único que a partir de su fraccionamiento en la cúspide del poder (código binario gobierno-oposición) le otorga complejidad al sistema.

Ahora bien, tanto el sistema político como el jurídico intercambian prestaciones para nivelarse y atravesar la circularidad autorreferencial respectiva. Sólomente voy a citar una prestación en particular que nos dará pie para el desarrollo del tema del poder: el sistema político ofrece al jurídico premisas de decisión y la posibilidad de implementarlas con la fuerza física (como posibilidad controlada), mientras que el jurídico le proporciona al primero la cobertura normativa para la implementación del poder político y premisas para organizar la fuerza física. Lo cual nos lleva ahora a intentar un corte de bisturí para encarar la idea luhmanniana de 'poder' como una relación estructuralmente paradójal, relación en la cual se ejerce el poder en la medida en que no se ejerce.

En su trabajo denominado "Sobre el poder", Luhmann expone un análisis de dicho término, como medio de comunicación específico del subsistema político. El itinerario conceptual se inicia con una definición amplia de poder (toda capacidad de un actuar efectivo), hasta llegar a su concepto restringido, en el que se incluye el comportamiento del otro, en forma de

influencia⁽³⁾. Toda influencia debe estar mediada por una sanción y comunicada en tanto forma social. En ese estar-referidos-mutualmente se da la posibilidad de sanciones que premian y que castigan, dando lugar a diversas formas de influencia. Una de ellas, la absorción de inseguridad, implica una elección efectuada desde la autoridad -a través del lenguaje- que reduce la carga de información con miras a un formato más manejable. Otra forma de influencia es la sanción positiva. Como forma de intercambio, la sanción positiva típica es el pago de dinero en el sistema económico. Por último, la sanción negativa es el medio del poder específicamente político. En tanto influencia mediada por una sanción negativa, arribamos al poder político como comunicación⁽⁴⁾.

Cuál es el corazón de este concepto: la efectividad del poder se verifica cuando no se hace efectivo, es decir, la concreción de la amenaza que el poder conlleva contradice el sentido de este medio y pone de manifiesto el límite de su efectividad. El poder evidencia una demanda sistémica que Luhmann denomina 'nulidad metódica': el poder necesita estar permanentemente referido a aquello que no quiere hacer. En esta perspectiva relacional y no instrumental del poder (en la línea foucaultiana) la posibilidad de la resistencia (el empleo de otra alternativa posible) da cuenta de las formas consensuales en el uso estratégico del poder. Como dice Luhmann en este trabajo, el poder funciona tan sólo gracias a la "presencia de lo excluido" y aquí reside su aureola paradójica y su opacidad estructural.

En el marco de la diferencia entre un poder legítimo como concepto normativo de racionalidad (Habermas) y el poder como amenaza (Luhmann), éste último se ejerce, entonces, cuando no se ejerce, o sea, cuando hace

.....

(3) En escritos tempranos, como *Los derechos fundamentales como institución*, publicado en 1965, ya se esboza la siguiente idea de poder: "Deben al mismo tiempo institucionalizarse disposiciones de generalización de la comunicación especializadas en producir poder legítimo que se expresa en decisiones vinculantes las cuales no se aceptan en consideración de la coacción amenazante, sino en primer lugar en razón de su vinculabilidad, es decir: en razón del símbolo comunicativo sobre el que el Estado puede disponer bajo presupuestos específicos y exactamente reglamentados" (2010: 246).

(4) Algunas consecuencias del poder político como sanción negativa: a) un continuo esfuerzo de simbolización e incremento de la susceptibilidad simbólica; b) desacoplamiento (aplicable de manera generalizada y para fines diversos); c) la capacidad de imponerla y no quedar neutralizada por un contrapoder; d) la necesidad de un contexto político con sentido para la aplicación exitosa del poder.

invisible la exclusión: el consenso no es su origen pero sí es su medio de circulación. El poder reconoce que la violencia lo establece y la amenaza de violencia lo conserva, reforzando su paradojalidad.

Tensando al máximo la mirada luhmanniana en este tema, hacer visible y localizable lo que debe permanecer ilocalizable nos reenvía a una lectura agambeniana referida a la preocupación de este autor por develar lo que considera el sustrato originario del poder, un poder soberano que así como puede cuidar la vida, también puede aniquilarla. Agamben llama relación de excepción a esta forma extrema de la relación que sólo incluye algo a través de su exclusión, en la que el alter ego del poder soberano es la figura del homo sacer - aquél a quien impunemente se puede dar muerte, producto de la inclusión de la nuda vida (la mera vida reproductiva, *zōē*) en la vida política moderna. Desde esta mirada, los campos de concentración (y otras formas de exterminio de los siglos XX y XXI) no han sido un mero accidente en la vida del estado moderno (un desvío fatal que la razón comunicativa habermasiana vendrá a rescatar) sino que han desnudado impiadosamente la estructura original del poder, permitiendo visibilizar lo que debía permanecer oculto (Agamben, 1998: 33). Esta perspectiva resignifica el mitologema hobbesiano (la libre cesión, por parte de los súbditos, de su derecho natural) para reconducirlo en términos de conservación del soberano de su derecho natural de dejar vivir y dar la muerte, ahora convertido en derecho potencial de castigo (Agamben, 1998: 141). Es decir, se produce un corrimiento de la idea de contrato y de un estado de naturaleza pre-jurídico y pre-político, para instalar la figura del bando, que apresa a la vida humana en términos de cuerpos en disponibilidad.

La inflexión luhmanniana en torno al poder nos habilita a pensar en una idea de la política entendida como conflicto, disenso, contradicción. Autores diversos, como Alain Badiou, Jacques Rancière, Ernesto Laclau, Jacques Derrida, entre otros, orientan sus reflexiones hacia el logro de un consenso conflictual proveedor de un espacio simbólico común para perspectivas legítimas que confrontan democráticamente (Mouffe, 2007: 58). Desde un marco conceptual que distingue entre antagonismo (relaciones entre enemigos) y agonismo (relaciones entre adversarios), la lógica agonista nosotros-ellos analiza el pluralismo no como factum sino como instancia problemática referida a prácticas específicas y a contex-

tos particulares (Mouffe, 2007: 129). Lo que este enfoque pondera (sin pretender abarcar todas las diferencias y superar todas las formas de exclusión), es la lógica de concebir las exclusiones en términos políticos y no morales. El trazado de las fronteras entre el adentro y el afuera, lo legítimo y lo ilegítimo, constituye una decisión de índole política y por lo tanto, siempre sujeto a discusión. La perspectiva luhmanniana enanca, con la misma sintonía que la lógica agonista, en la idea de la exclusión como constitutiva de consenso, de selecciones que implican distinciones y diferencias, diversidad, juegos de poder, distintas maneras de hacer mundos. Un abordaje crítico del derecho no puede sino convalidar esta mirada en tanto el derecho es discurso ideológico y discurso del poder, sostenido por las antinomias consenso-represión, poder-resistencia, alusión-elusión.

El caballero inexistente

El propósito real de una paradoja no es su meta, sino su mero propósito, el reproducirse circularmente, como Sísifo que, en cuanto alcanza la meta, experimenta el hecho de que el propósito real de su actividad es el camino en sí, la alternancia paradójica entre ascenso y descenso. Se trata, en términos de Lacan, de una relación imposible del sujeto con el objeto causa de su deseo, por la cual el deseo existe sólo si se fundamenta en una carencia que lo motoriza. El poder, como el derecho, fieles a la estructura lacaniana del deseo, descansan en la falta, en lo excluido, que los sostiene co-implicándose y donde la propia imposibilidad es su condición estructurante y garantía de supervivencia. En este rasgo de inaccesibilidad se asienta la propuesta de Luhmann, cuando en uso de su ironía constata que de esto se trata el actuar político del poder, de su violencia potencial, lo cual evita que se diluya este abordaje en una mera "discusión académica o "se confunda con un concurso de belleza".

El mundo luhmanniano, como campo de posibilidades y contingencias manejables mediante selecciones y diferencias, coadyuva a comprender que el caballero inexistente de Ítalo Calvino no puede jamás separarse de su armadura, y tampoco el mundo real de alguna de sus posibles versiones.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio, (1998). Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida. Pre-textos, Madrid.
- Cárcova, Carlos, (1998). La opacidad del derecho. Editorial Trotta, Madrid.
- Cárcova, Carlos, (2001). "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho": Christian Courtis (comp.), Desde otra mirada, Eudeba, Buenos Aires.
- Cárcova, Carlos, (2007). Las Teorías Jurídicas Post Positivistas. LexisNexis, Buenos Aires.
- Foucault, Michel, (1995). La verdad y las formas jurídicas. Gedisa, Barcelona.
- Foucault, Michel, (1996). Genealogía del racismo. Caronte Ensayos, Editorial Acme, Buenos Aires.
- Giménez Alcover, Pilar, (1995). El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann. J. .M. Bosch Editor, Barcelona.
- Goodman, Nelson, (1990). Maneras de hacer mundos, Visor, Madrid.
- Heller, Agnes, (1997). Teoría de la modernidad. Curso de Posgrado, Facultad de Filosofía y letras, UBA.
- Luhmann, Niklas. (1994). "El derecho como sistema social": No hay derecho, No. 11.
- Luhmann, Niklas, (1995). "La autopoiesis de los sistemas sociales": Zona Abierta 70/71, Madrid.
- Luhmann, Niklas, (1997). Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna, Paidós, Barcelona.
- Luhmann, Niklas, (2002). El derecho de la sociedad. Universidad Íberoamericana, Méjico.
- Luhmann, Niklas, (2010). Los derechos fundamentales como institución, Universidad Íberoamericana, Méjico.
- Martínez García, Jesús Ignacio, (1992). La imaginación jurídica, Debate, Madrid.
- Mouffe, Chantal, (2007). En torno a lo político. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Ost, François, (1993). "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", en *Doxa*, nro. 14, Alicante.

Piscitelli, Alejandro, (1993). *Ciencia en movimiento. La construcción social de los hechos científicos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.

Ruiz, Alicia. (2001). *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Teubner, Gunther, (1995). "Y Dios se echó a reír...Indeterminación, autorreferencia y paradoja en el derecho": *Zona Abierta 70/71*, Madrid.



Sección II

Discusiones, notas y reseñas

Las Teorías de la Justicia, la distribución de recursos en salud y la Corte Suprema de Justicia de Tucumán

por **MARCOS ARIAS AMICONE**⁽¹⁾

Resumen

En el presente artículo se abordan las principales teorías de la justicia y su aplicación en el ámbito de la justicia sanitaria a fin de analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en materia de derecho a la salud. Se propone aquí un repaso de las teorías de la justicia libertarias (Nozick y Engelhardt), igualitarias (Rawls y Daniels) y de la teoría de la igualdad compleja (Welzer), junto con una reseña de los principales fallos provinciales vinculados a la materia. En atención a que la Corte de Tucumán consagra un derecho a la atención sanitaria fundado en la sola necesidad médica de atención de la salud de sus habitantes y la correlativa obligación estatal de satisfacer el costo de tales prestaciones siempre y en todos los casos, pueden encontrarse ciertas notas en común con la teoría igualitaria de Norman Daniels, sin que por ello la Corte asuma los compromisos de los que parte esta teoría. Ante la ausencia de razones públicas de justicia distributivas que justifiquen esta posición, resulta necesario analizar si es que ello tiende, o no, a la consolidación efectiva de un determinado estándar de protección del derecho a la salud.

(1) Abogado, docente de Teoría del Estado (Fac. Derecho, UNT) y de Bioética (Fac. Medicina, UNT).

I | Objetivo

El presente trabajo tiene por finalidad analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán (en adelante “la Corte” o “CSJT”) en materia de adjudicación y distribución de recursos en materia de salud a fin de determinar, a la luz de las teorías de la Justicia, cuál es, si es que hay alguno, el criterio que informa esta jurisprudencia. Para ello, se hará un repaso de las principales teorías sobre el tema y se establecerá un marco teórico del principio de justicia (en la ética principialista) o (en términos más amplios) de filosofía política asociada a la teoría de la justicia y, en particular, justicia distributiva en salud. Luego de ello, se efectuará un análisis de los precedentes de la Corte en la materia para, finalmente intentar desentrañar su sentido y enrolamiento teórico. El problema bioético que guía este trabajo y que plantea esta jurisprudencia encuentra vinculado a la determinación de cuál o cuáles criterios de justicia resultan válidos y justificados en la distribución de recursos en materia de atención, cuidado y restauración de la salud de los ciudadanos (o habitantes) de Tucumán, junto con la relación que se establece entre esos principios bioéticos y las categorías de razonamiento propias del derecho y la política.

II | Introducción: el principio de justicia

La teoría de los principios, considerada paradigmática en la bioética, surgió hacia fines de la década del '70 como respuesta al carácter abstracto de las teorías éticas tradicionales, en un intento de brindar un marco teórico más específico para la resolución de conflictos morales en el marco de la práctica médica. Para ello, Beauchamp y Childress recurrieron a la distinción entre obligaciones reales y obligaciones prima facie propuesta por el filósofo inglés David Ross. Las obligaciones prima facie son obligaciones que tenemos en principio, pero que pueden ser abandonadas según las circunstancias –es decir, no son obligaciones absolutas sino que pueden ser dejadas de lado frente a un conflicto de obligaciones. Las obligaciones reales, en cambio, son obligaciones concretas que tenemos en situaciones específicas y su determinación requiere tener en cuenta las circunstancias del caso, los principios morales involucrados y su mayor o

menor peso en el caso en cuestión. Según David Ross, las obligaciones morales no pueden depender de un solo principio y deben condicionarse a lo circunstancial. De modo que la obligación real, ante un conflicto de obligaciones morales, será la más exigente -la que tenga mayor peso- en el caso particular del que se trate.

Los principios que proponen Beauchamp y Childress para su uso en el ámbito de la práctica médica son el de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. Cada uno de ellos provee pautas para actuar y señala las obligaciones que toda persona tiene con respecto a los otros. Beauchamp y Childress hacen una distinción entre principios y reglas, de acuerdo con el nivel de especificación y justificación que cada uno provee. Las reglas guían y justifican acciones en casos particulares. Los principios, en cambio, comprenden un nivel de justificación más general y fundan las reglas. A su vez, ellas pueden justificarse en un solo principio o en la combinación de varios. Los principios actúan también como un modelo explicativo de la realidad, en donde las decisiones o juicios particulares pueden encontrar su patrón de evaluación como derivación de los principios o con apoyo en los mismos. Así, en orden ascendente, los juicios particulares o las acciones concretas se fundan en reglas, las reglas se fundan en principios y los principios encuentran sustento en un ámbito más amplio de las teorías éticas⁽²⁾.

En lo que aquí interesa, y con relación al principio de justicia, Beauchamp y Childress, luego de señalar la existencia de diferentes modelos de teorías de la justicia, las cuales sistematizan, simplifican y ordenan ciertas reglas y juicios, determinan cómo se debe distribuir bienes y servicios (incluyendo el cuidado de la salud), aclaran que ellos buscan proveer el mejor cuidado de la salud para todos los ciudadanos según sus necesidades y, simultáneamente, promover el interés público a partir de programas de contención del costo, junto con la promoción del ideal de igual acceso al cuidado de la salud para todos⁽³⁾, por lo que terminan sin adscribirse a una teoría en especial, optando por utilizar el aparato de teórico de varias de ellas a los fines de la justificación o análisis de cada caso en particular.

(2) Luna, Florencia - Salles, Arleen, "Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos", Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, pág. 51 y 64.

(3) Luna, Florencia - Salles, Arleen, op. cit., pág. 65.

En atención a que cada una de las teorías de la justicia implican visiones muy diferentes de la sociedad, de los beneficios y las cargas que deben distribuirse a sus miembros, bien vale reseñar los diferentes posicionamientos teóricos al respecto, en particular las que se consideran más relevantes en el pensamiento contemporáneo (la teoría del justo título de Robert Nozick, la de la justicia como equidad de John Rawls, y la teoría de la igualdad compleja de Michael Walzer), junto con los intentos de trasladar estos esquemas de razonamiento al ámbito de la justicia sanitaria, de la mano de H. Tristram Engelhardt, Norman Daniels y el propio Michael Walzer.

III | Teorías de la justicia: libertarias (Nozick y Engelhardt)

Partiendo del presupuesto de que las únicas restricciones válidas a la libertad y a la propiedad provienen del consentimiento del individuo, Nozick asume la plena disponibilidad de los derechos de propiedad a partir del principio moral de “ser dueño de uno mismo”, que aparece como una interpretación singular del principio kantiano de igual consideración de las personas, lo que le lleva a concluir que sólo el capitalismo sin restricciones —“estado mínimo”— permite la plena autonomía individual. Por ende, los únicos derechos que el principio de autonomía puede legitimar son los derechos negativos o de no interferencia, por cuanto los derechos son fronteras que preservan individualidades, siendo el derecho más básico el derecho de propiedad, justificado a través de la teoría del justo título⁽⁴⁾.

En líneas generales, la teoría del justo título se refiere al principio de justicia en las pertenencias, compuesto a su vez por tres principios: i) el principio de justicia en la adquisición, ii) el principio de justicia en las transferencias y iii) el principio de rectificación de las injusticias. Resumiendo drásticamente esta teoría, los dos primeros principios son los medios legítimos que permiten que una distribución sea justa y se adquiera el derecho de propiedad sobre los bienes distribuidos, pues cualquier distribución que resulte de transferencias libres a partir de una situación justa es justa en sí

(4) Guariglia, Osvaldo –Vidiella, Graciela; “Breviario de Ética”, Buenos Aires, Edhasa, 2011, p. 224.

misma. Por su parte, el principio de rectificación se encarga de resolver las injusticias en las pertenencias producidas por actuaciones ilegítimas pasadas. En doctrina se ha criticado esta posición por cuanto es "fuertemente antidistributiva, ya que no establece ninguna pauta, fuera del mercado libre, para regular la distribución de los bienes sociales. La única función del Estado reside en velar por el cumplimiento de los derechos negativos derivados de los principios de justicia. Dado que Nozick considera la libertad como un valor irreducible, se opone a toda intervención estatal en el funcionamiento del mercado" y, por ende, "el Estado no puede usar su poder coactivo para obligar a algunos ciudadanos que financien las necesidades de otros" ⁽⁵⁾.

Inspirado en la teoría de Nozick, H. Tristram Engelhardt entiende, desde la teoría bioética, que "no existe ningún derecho moral secular fundamental humano a recibir asistencia sanitaria, ni tan siquiera un mínimo decoroso", en particular atendiendo a que "la autoridad moral en la acción colectiva procede de la autorización o del consentimiento, resulta difícil (para una sociedad a gran escala, de hecho, materialmente imposible), obtener la legitimidad moral que permita imponer en el sistema sanitario una de entre las muchas visiones existentes de la beneficencia y de la justicia" ⁽⁶⁾. Engelhardt señala que existen objetivos de la política sanitaria que se compaginan bastante mal, puesto que "no es posible prestar la mejor asistencia sanitaria posible a todos y contener los gastos al mismo tiempo. No se puede prestar igual asistencia a todos y a la vez respetar la libertad individual de perseguir en forma pacífica, junto con otros, la propia visión de la sanidad o de utilizar los propios recursos o energías como cada cual decida. No se puede mantener la libertad en la elección de asistencia sanitaria y al mismo tiempo contener sus costes. Tampoco es posible proporcionar a todos igual asistencia y que al mismo tiempo sea la mejor, debido a la insuficiencia de los recursos" ⁽⁷⁾.

(5) Vidiella, Graciela, "La Justicia en la salud", en Luna, Florencia – Salles, Arleen, op. cit., pág. 396/398.

(6) Engelhardt, H. Tristram, "Los fundamentos de la bioética", Barcelona, Paidós, 1995, pág. 401.

(7) Engelhardt, op. cit., pág. 403.

La razón última por la que descreo en la existencia de un derecho a la salud positivizado se vincula, en el pensamiento de Engelhardt, a su posición respecto de amigos morales y extraños morales que se encuentran en el ámbito público en nuestra sociedad actual, postmoderna y secular, en donde los desacuerdos sobre los contenidos que corresponde adjudicar a una determinada concepción del bien (una moral dotada de un contenido concreto) son muchos y se encuentran entrelazados con otros desacuerdos. En tal sentido, señala que *"si en circunstancias seculares no se puede derivar autoridad moral de Dios ni de la razón, sólo puede derivarse de los individuos. Ya que las únicas estructuras sociales moralmente autoritativas en estas circunstancias son las establecidas con el permiso de los individuos implicados, la moral que vincula a extraños morales tiene un carácter inevitablemente libertario, pero esto sucede por defecto y no por designio"*⁽⁸⁾. Si a ello se añade su visión sobre los efectos que se siguen de la combinación de la *"lotería natural"* y de *"lotería social"*, que pueden generar situaciones desafortunadas, aunque no por ello injustas ni atribuibles a un individuo o colectividad de individuos en particular, es clara la línea de razonamiento que lo lleva a concluir que resulta imposible demostrar *"en términos morales seculares, que estemos obligados a prestar auxilio hasta el punto de legitimar moralmente el uso de la fuerza del Estado para redistribuir sus recursos privados y sus energías o para limitar su capacidad de libre elección"*⁽⁹⁾ y, sin perjuicio de reconocer la dificultad para distinguir entre circunstancias simplemente desafortunadas y las que además de desafortunadas son injustas, considera indispensable *"trazar la línea divisoria entre las pérdidas que son restituidas con fondos públicos y las que no lo son"*⁽¹⁰⁾.

La más intensa objeción a esta teoría, en particular en sociedades pobres y asimétricas como la nuestra es que estos sistemas *"fuertemente refractarios a la distribución ... favorecen la libertad de unos en detrimento de la de otros justificando arbitrariamente una distribución de bienes en la que el azar tiene una incidencia no despreciable"*⁽¹¹⁾.

(8) Engelhardt, op. cit., pág. 21.

(9) Engelhardt, op. cit., pág. 408.

(10) Engelhardt, op. cit., pág. 411.

(11) Vidiella, Graciela, op. cit., en Luna Florencia – Salles, Arleen, op. cit., pág. 409.

IV | Teorías de la justicia: liberales igualitarias (Rawls y Daniels)

John Rawls sostiene que una teoría de la justicia no puede desatender la igualdad y entiende que una sociedad democrática es justa cuando está bien ordenada, es decir, cuando se rige por principios que determinan equitativamente los términos de la cooperación social, cooperación que se guía por reglas públicamente reconocidas y por procedimientos que aceptan las personas que cooperan por considerarlos adecuados para regular sus conductas en las acciones coordinadas socialmente; las condiciones para la cooperación son justas, a su vez, cuando cada participante puede aceptarlas razonablemente siempre y cuando el resto también las acepte y las cumpla; y las personas cooperantes se consideren a sí mismas y a las demás como libres e iguales⁽¹²⁾.

A fin de dar respuesta a los criterios de justicia que deberían gobernar las instituciones reguladoras de una determinada comunidad, Rawls recreó bajo una nueva visión el contractualismo clásico, incorporando un método de control sobre ese momento originario de contratación que el autor denominó equilibrio reflexivo. Encontrándonos en una hipotética "posición original" y ubicados detrás de un "velo de ignorancia", estos contrayentes originarios no conocerían las condiciones concretas y reales en las que vivirían, sino que deberían explicitar las reglas y arreglos institucionales que permitieran organizar justamente una determinada sociedad, siendo obligados a discutir teniendo exclusivamente en cuenta aquellos intereses que sean generalizables, en lugar de aquellos que circunstancialmente sean los propios. Esta discusión, orientada bajo juicios morales bien ponderados, y apelando a un equilibrio reflexivo que racionalmente nos llevaría no a intentar maximizar nuestros posibles beneficios sino a minimizar nuestros riesgos futuros, nos conduciría, en la opinión de Rawls, a acordar la prioridad de las libertades fundamentales, lo cual significa que los derechos que aseguran el ejercicio de nuestras libertades básicas no pueden ser sometidos al cálculo de intereses sociales.

(12) Vidiella, Graciela, op. cit., en Luna Florencia – Salles, Arleen, op. cit., pág.

Con ello, Rawls superaba el criterio utilitarista referido al cálculo de intereses, estableciendo que ninguna libertad fundamental pueda ser limitada, salvo cuando ello resultara necesario para mantener alguna otra libertad básica y que ninguna de ellas puede ser comprometida bajo las excusas de que se quiera promover una mayor felicidad del conjunto social o de que se desea acrecentar la riqueza del país o favorecer el desarrollo de la cultura⁽¹³⁾. Con todo, todavía queda el problema de cómo evitar formas extremas de desigualdad. Para ello, Rawls “se coloca en la perspectiva de la posición original. Los individuos deben elegir una pauta de distribución que vaya a aplicarse a lo largo de sus vidas. Y deben hacerlo sin saber cuál es el lugar de cada uno de ellos en la sociedad. Lo racional en estas condiciones, afirma Rawls, es optar por una solución que nos asegure que el individuo menos favorecido recibirá la dotación menos mala posible”⁽¹⁴⁾. La justicia, entonces, exige distinguir aquellas formas de desigualdad que vamos a reconocer como justas de aquellas que vamos a rechazar por injustas, para lo cual no basta que generen algún beneficio para los menos favorecidos, sino que es necesario que coloquen a los menos favorecidos en la mejor condición en la que puedan estar. De ahí surgen, el principio de igual libertad⁽¹⁵⁾ y el principio de la diferencia⁽¹⁶⁾, ordenados bajo la idea de prioridad lexicográfica⁽¹⁷⁾.

En el ámbito de la bioética, Norman Daniels se ha propuesto extender la teoría de Rawls al ámbito sanitario con dos objetivos centrales: fundamentar un acceso universal e igualitario al cuidado de la salud y proporcionar un modelo de justicia sanitaria basado en la equidad. Daniels intenta demostrar que la salud es un bien especial y que, por lo tanto, debe ser tratado de manera diferente a otros bienes básicos, estableciendo prime-

.....

(13) Laclau, Martín, “Aproximaciones a la teoría de la Justicia de John Rawls”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, pág. 11.

(14) Da Silveira, Pablo, “Política & Tiempo. Hombres e ideas que marcaron el pensamiento político”, Taurus-Alfaguara, Buenos Aires, 2000, p.237

(15) Cada persona debe tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos.

(16) Las desigualdades económicas y sociales han de estar estructuradas de manera que sea para: a) mayor beneficio de los menos aventajados y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

(17) Es decir, que las libertades fundamentales o básicas del primer principio habrán de prevalecer por encima del principio de la diferencia, es decir, dando prioridad a las libertades fundamentales respecto de las exigencias distributivas.

ro un criterio básico para jerarquizar las necesidades de las preferencias personales: las necesidades son adscribibles de modo objetivo (a diferencia de las preferencias) y, si no están satisfechas, disminuye el normal funcionamiento del individuo. Daniels acude a la teoría rawlsiana y procura conectar las necesidades sanitarias con el bien social primario de las oportunidades, distribuidas igualitariamente. En tal sentido, destaca que los individuos enfermos o discapacitados tienen mermadas sus oportunidades ya que, al verse afectado su normal funcionamiento, disminuyen sus oportunidades para llevar a cabo el plan de vida que elijan en su propia comunidad⁽¹⁸⁾.

Así las cosas, Daniels propone un sistema igualitario en el cual los criterios para recortar gastos no discriminan a las personas por razones económicas, posición social, mérito o edad, sino que atienden a una protección equitativa de la igualdad de oportunidades para conquistar los proyectos individuales en las distintas etapas de la vida. En tanto el derecho al cuidado de la salud es un derecho derivado de la justa igualdad de oportunidades, no cualquier reclamo da lugar a reclamos legítimos⁽¹⁹⁾.

V | Teorías de la justicia: teoría de la igualdad compleja

La propuesta de Michael Walzer⁽²⁰⁾ constituye una crítica al razonamiento rawlsiano y una propuesta para determinar ciertos criterios de justicia distributiva desde una perspectiva comunitarista. Walzer rechaza la noción simple de la igualdad liberal que trata de hallar un criterio de justicia que iguale a todos en todos los ámbitos posibles. Partiendo de la idea comunitarista de que las personas estamos íntimamente ligados a una comunidad que nos proporciona una identidad y una forma de entender en común

(18) Vidiella, Graciela, op. cit., en Luna, Florencia - Salles, Arleen, op. cit., pág. 409. En igual sentido, ver Vidiella, Graciela, "Igualdad y derechos básicos: el caso del derecho a la salud", en Alegre, Marcelo - Gargarella, Roberto, "El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario", Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pág. 440.

(19) Vidiella, Graciela, op. cit., en Luna, Florencia - Salles, Arleen, op. cit., pág. 410.

(20) Walzer, Michael, "Las esferas de la justicia", México, Fondo de Cultura Económica, 1993, editado originariamente en 1983.

las prácticas sociales, Walzer considera que no podemos distribuir los distintos bienes de interés social mediante un único criterio de distribución. Las convenciones sociales de nuestras comunidades atribuyen esferas distintas a los diversos bienes que hay que distribuir y en cada esfera rige un criterio distributivo distinto⁽²¹⁾.

Al preguntarse por cuáles son y cómo se distribuyen los bienes sociales, Walzer intenta responder a través de la enunciación de seis ideas básicas. La primera, que independientemente de la existencia de ciertos bienes materiales comunes a todos los hombres (como algunos que nos provee la naturaleza) u otros espirituales (las creencias religiosas) *“todos los bienes que la justicia distributiva considera son bienes sociales”*. La segunda, consiste en afirmar que el proceso social determina la actitud de las personas frente a estos bienes de forma que éstas, insiste Walzer, *“asumen identidades concretas por la manera en que conciben y crean —y luego poseen y emplean— los bienes sociales”*. En tercer lugar, la gama de necesidades humanas es amplia, variable y de jerarquización diversa; por lo que no existe un solo conjunto de bienes básicos o primarios concebible para todos los mundos morales y materiales o bien, de existir, tendría que ser concebido en términos tan abstractos que sería de poca utilidad al reflexionar sobre las particulares formas de la distribución. La significación de los bienes es que determina su movimiento, de forma que *“los criterios y procedimientos distributivos son intrínsecos no con respecto al bien en sí mismo sino con respecto al bien social”*. Del mismo modo, y en quinto lugar, *“los significados sociales poseen carácter histórico, al igual que las distribuciones. Éstas, justas e injustas, cambian a través del tiempo”*. Por último, concluye Walzer, cuando los significados son distintos las distribuciones deben ser autónomas, por lo que todo bien social o conjunto de bienes sociales constituye —siguiendo la terminología del autor— una esfera distributiva dentro de la cual sólo ciertos criterios y disposiciones son apropiados⁽²²⁾.

(21) Aguilar, Fernando, “Teorías modernas de la justicia”, disponible en línea en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Sociales/Profesores/jramirez/PDF/Aguilar-Teorias_de_justicia.pdf, consultado por última vez 25/02/2012.

(22) Navarrete Poblete, Jorge, “Michael Walzer y ‘Igualdad Compleja’”, en “Derechos y Libertades”, 13, Diciembre, Madrid, 2004, pág. 248, disponible en línea en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3755/1/DyL-2004-IX-13-Navarrete.pdf>, consultado por última vez 25/02/2012.

Walzer nos propone echar mano a su concepto de “*igualdad compleja*” que, opuesto a la tiranía, establece tal conjunto de relaciones que el predominio es imposible. “*En términos formales, la igualdad compleja significa que ningún ciudadano ubicado en una esfera o en relación con un bien social determinado puede ser coartado por ubicarse en otra esfera, con respecto a un bien distinto*”, es decir, una forma de “*no dominación*”. Las esferas separadas de la justicia se conciben como pequeñas repúblicas en que gobiernan diferentes tipos de personas. Cuando un criterio distributivo invade otra esfera, es similar —afirma Walzer— a que un gobernante extranjero tiranizase nuestro pueblo⁽²³⁾.

Trasladando esta interpretación a la esfera de la salud y a la justicia sanitaria propiamente dicha, propone tres principios: i) cada comunidad política debe atender las necesidades de sus miembros tal como la comunidad entiende esas necesidades; ii) los bienes deben ser distribuidos en función de dichas necesidades, iii) la distribución debe reconocer y sostener la igualdad de sus ciudadanos, en virtud de los cuales postula, con relación al sistema de salud norteamericano, que debería bloquearse o limitarse el libre intercambio de en la esfera de la salud o cualquier otro sistema distributivo que no atienda a las necesidades⁽²⁴⁾.

VI | Del principio de justicia al derecho a la salud

Una vez repasadas las principales teorías de la justicia y sus criterios de justificación de distribución de los bienes asociados a la salud, podemos avanzar hacia la definición del derecho a la salud y a su determinación normativa en el ámbito de Tucumán.

Cabe acá efectuar una previa aclaración: a mi modo de ver, se siguen serias desventajas y dificultades al apegarse a definiciones y conceptos teóricos que, en manos de operadores jurídicos tan conservadores como irresponsables con los manejos conceptuales, dejan de ser una

(23) Navarro Poblete, Jorge, op. y loc. cit.

(24) Vidiella, Graciela, op. cit., en Luna, Florencia – Salles, Arleen, op. cit., pág. 414.

herramienta para analizar y explicar la realidad y se trastocan, con la sola invocación mágica de la “*naturaleza*” jurídica de un ente cualquiera, en la realidad misma a analizar. Antes que apegarnos a “*naturalezas*” que tienen mucho de convencionales y poco de naturales, considero que resulta de mayor utilidad alejarnos de definiciones dogmáticas y estáticas para inclinarnos por un análisis más descriptivo y —por eso mismo— más elástico de lo que debe entenderse conceptualmente por derecho a la salud⁽²⁵⁾. Ello implica, necesariamente, que deberán ser dejados de lados ciertos aspectos de la discusión (la existencia misma del derecho a la salud, su denominación adecuada⁽²⁶⁾, la extensión de sus contenidos⁽²⁷⁾ y de las cuestiones que, aún vinculadas a la salud, involucran a otros derechos⁽²⁸⁾), para poner los ojos en las particularidades y concreciones variables que ha adquirido el derecho a la salud en la jurisprudencia local y analizar su enrolamiento a la luz de las teorías expuestas anteriormente a fin de comprender sus compromisos más profundos. Para ello, puede utilizarse la conocida definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que ha entendido la salud como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia*

(25) Sin perjuicio de los desarrollos efectuados en el apartado anterior, a los fines de este trabajo, baste señalar que, a mi modo de ver, el derecho a la salud debe ser conceptualizado como derecho a la atención sanitaria (derecho a acceder a ciertas prestaciones médico asistenciales y la correlativa obligación estatal de afrontar patrimonialmente el costo de dichas prestaciones). La cuestión que queda por dilucidar es cuándo y bajo qué condiciones ese derecho es exigible por un ciudadano en la Provincia de Tucumán.

(26) Derecho a la salud, derecho a la atención sanitaria, derecho al acceso a la atención sanitaria, derecho al bienestar físico, etc. A los fines de la comodidad del lenguaje y sin perjuicio de ulteriores revisiones sobre la cuestión, en este trabajo la expresión “derecho a la salud” y “derecho a la atención sanitaria” serán utilizados como términos equivalentes e intercambiables.

(27) Los límites hasta donde llega la salud, su relación con el medio y con las condiciones económicas, las diferencias entre obligaciones estatales y preferencias personales (por ejemplo, con relación a algún prestador determinado o por una técnica médica determinada por encima de otra), la distinción entre infecundidad e infertilidad y su inclusión o no dentro del derecho a la salud; la responsabilidad estatal por intervenciones psiquiátricas, la responsabilidad patrimonial por la internación de adultos mayores en establecimientos de larga estancia, etc.

(28) Por ejemplo, las prestaciones educativas para discapacitados, que, en la doctrina de la Corte, no se encuentra incluida entre las obligaciones a cargo de la Obra Social provincial y, por ende, no se asocian al derecho a la salud sino al derecho a la educación.

de enfermedad" ⁽²⁹⁾ y, a partir de allí, avanzar en la determinación sobre la regulación del derecho a la salud en nuestro medio.

En general el derecho a la salud o el derecho a la atención sanitaria, presenta dos perfiles delimitables, el primero, que se encuentra integrado por obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, ya sea por la conducta de terceros (el Estado u otros particulares) o por otros factores controlables (epidemias, prevención de enfermedades evitables a través de campañas de vacunación, etc.). Las primeras son típicas obligaciones negativas o de abstención, mientras que las segundas son verdaderas obligaciones positivas o de hacer que se encuentran a cargo del Estado. El segundo perfil está integrado por otras obligaciones, tendientes a asegurar la asistencia médica una vez producida la afectación a la salud. Esta obligación es la que es identificada en la doctrina jurídica y en el ámbito forense como "*derecho a la salud*" o "*derecho a la atención sanitaria*" ⁽³⁰⁾.

De acuerdo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud no debe ser entendido como el derecho a estar sano, que es un ideal inalcanzable y que contradice el natural deterioro del cuerpo marcado por la evolución normal del ser humano. El derecho a la salud, en cambio, entraña derechos y libertades: entre estas últimas figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, y el derecho a no padecer injerencias; entre los primeros, figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del "*más alto nivel posible de salud*" ⁽³¹⁾.

(29) Organización Panamericana de la Salud, "Constitución de la Organización Mundial de la Salud", p. 23, en Documentos Básicos, Documento Oficial n° 240, Washington, 1991. Disponible en: <http://www.who.int/es> [en línea]. Sin perjuicio de una ulterior revisión del tema a la luz de la evolución doctrinaria en la materia acerca de la multicausalidad implicada en toda enfermedad y la crítica, por reduccionista o biologicista de esta posición, puede admitirse que se trata de la definición más extendida sobre salud y la que ha encontrado mejor acogida en nuestra jurisprudencia nacional y provincial. En razón de ello, y para evitar introducirnos ahora en una discusión teórica que nos desviaría del tema, es preferible quedarnos con esta definición, en atención a su uso extendido en nuestra comunidad médica, jurídica y política.

(30) Abramovich, Víctor - Courtis, Cristian, "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", en La Ley, 2001-D, 22.

(31) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", apartado 8.

VII | El derecho a la salud y las normas provinciales

El derecho a la salud se encuentra contemplado en varios artículos de nuestra Constitución Provincial, lo cual debe ser señalado como un indudable acierto del derecho público local, ya que constituye una garantía expresamente enumerada en la propia carta fundamental⁽³²⁾.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 146, la provincia de Tucumán *"reconoce la salud como derecho fundamental de la persona"* y establece en forma expresa que *"es su obligación ineludible garantizar el derecho a la salud pública y gratuita a todos sus habitantes, sin distinción alguna"*. En el nivel operativo, estableció que *"todas las personas tienen derecho a recibir atención médica en los hospitales y establecimientos públicos de salud"* y *"si al momento de requerir el servicio el ciudadano careciera de medios y no existiera capacidad asistencial por parte del Estado, éste deberá derivarlo a otros efectores sanitarios a costa del Estado Provincial"*. Por otro lado, otro indudable acierto del constituyente local consistió en precisar el sentido en que debe ser entendido el medicamento que, por expreso mandato constitucional, ahora es *"considerado un bien social básico, siendo obligación del Estado arbitrar los mecanismos que garanticen su accesibilidad para todos los habitantes de la Provincia"*⁽³³⁾. También se

(32) A nivel federal el derecho a la salud no se encuentra previsto expresamente en la Constitución Nacional, salvo una referencia aislada en el art. 43 que, en mi opinión, no alcanza para convertirlo en un derecho expresamente regulado a nivel constitucional. Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido en numerosas oportunidades que se trata de un derecho implícito amparado por el art. 33 de la Constitución Nacional (por todos, Fallos 323:3229, reiterado en una larga línea de jurisprudencia posterior que se mantiene invariable hasta la fecha).

(33) La utilización de la expresión "bien social básico" para calificar al medicamento resulta sumamente llamativa y, a mi modo de ver, tiene innegables reminiscencias marxistas que alejan al medicamento y a la salud del mercado para enmarcarlo entre los bienes que no se compran ni se venden. Puede decirse que, en la Constitución de Tucumán y en materia de intercambio económico de bienes y servicios relativos a la salud asistimos a la tan anunciada desaparición de la forma mercancía. Ahora, de acuerdo a nuestra constitución provincial, en todo lo relativo al intercambio y distribución de bienes y servicios vinculados a la salud deben considerarse a los mismos como un bien social básico (tal vez como el agua o el aire o el derecho a un ambiente sano). Si esto es así, me parece evidente el afloramiento a través del articulado constitucional de lo más tradicional de la teoría marxista, ya que – desde la perspectiva de nuestra constitución local– el bien social básico en que consiste el derecho

ha previsto en la Constitución provincial una especial protección para las mujeres, en especial durante el embarazo⁽³⁴⁾, para los niños y jóvenes⁽³⁵⁾ y para los discapacitados⁽³⁶⁾.

A nivel constitucional, hay que resaltar también la importancia que tiene el artículo 24, que obliga al Estado provincial a *“promover las medidas de acción positiva y remover los obstáculos para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos”*. Por otro lado, en una cláusula dotada de una indudable fuerza y con un gran sentido tuitivo e innovador, ese mismo artículo estableció que *“los derechos y garantías consagrados por los Pactos y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados como ley de la Nación, son de carácter operativo”*⁽³⁷⁾.

En sentido concordante con lo establecido por la Constitución, la ley de salud pública de la provincia consagra el derecho a la salud como *“un derecho básico e inalienable del hombre”* y compromete al Estado provincial a garantizar *“el ejercicio pleno de ese derecho, brindando atención médica integral a todos los habitantes del territorio de su jurisdicción que la requieran y necesiten, a través del tiempo y sin ningún tipo de discriminación”*⁽³⁸⁾. Por último, ya a nivel de obras sociales, en nuestra provincia fue creado un Subsidio de Salud para todos los empleados públicos afiliados al Instituto de Previsión y Seguridad Social (IPSS), cuyo objetivo fundacional consistió en la *“organización y aplicación de un régimen de servicio médico social en sentido preventivo y curativo, con miras a lograr el cuidado integral de*

.....
a la salud no puede ser distribuido como una simple mercancía, sino como un bien que se reparte a cada uno según sus necesidades. Creo que, queriéndolo o no, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán ha confirmado esta interpretación en clave marxista.

(34) Artículo 40, inciso 3.

(35) Artículo 40, inciso 4.

(36) Artículo 40, inciso 4.

(37) En igual sentido, e incluso antes de la reforma constitucional de 2006, la Ley 6664 estableció que las normas internacionales *“son ley de la Provincia”* y las autoridades públicas están obligados a *“observar y hacer observar los derechos, obligaciones y garantías en ella consagrados, a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a promover las condiciones para que los mismos sean operativos”* (artículo 2).

(38) Ley 7466, artículo 2.

la salud de los agentes en general de la administración, activos y pasivos, y sus familiares y adherentes”⁽³⁹⁾.

VIII | El derecho a la salud y los tribunales provinciales

Enmarcados en el ámbito judicial y a nivel concreto del litigio en nuestra provincia, la jurisprudencia local transitó tres momentos⁽⁴⁰⁾ hasta la llegada de los primeros casos a la Corte, que inauguró una cuarta fase del desarrollo jurisprudencial. En una serie concordante de pronunciamientos que arrancaron a mediados de 2007⁽⁴¹⁾ y se mantuvieron invariables hasta el presente, la Corte fijó su criterio en cuanto a la responsabilidad estatal en materia de salud.

En todos estos precedentes —en los que se siguió idéntica línea textual y argumental— se estableció que la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 obliga a la aplicación de sus disposiciones al derecho público provincial cuando se advierta la falta de adecuación a sus requerimientos por parte de la normativa local que implique desconocimiento, aunque fuere parcial, de tales derechos esenciales por aquellos reconocidos. En este sentido, la Corte destacó que la ley 6664 considera “*ley provincial*” tanto a la Convención Americana de Derechos Humanos, como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos,

(39) Ley 6446, artículo 148.

(40) El primer momento, la equidad; segundo momento: entre la equidad y el PMO; tercer momento: la aplicación directa del PMO y la ley de obras sociales. Para un mayor desarrollo de los problemas implicados en cada una de estas fases del desarrollo jurisprudencial, ver Arias Amicone, Marcos, “Acceso a los sistemas de atención sanitaria” La Ley NOA, 2008, p. 420.

(41) Sentencias n° 687, del 06/08/07; n° 717, del 06/08/07; n° 755, del 13/08/07; n° 762, del 13/08/07; n° 763, del 13/08/07; n° 766, del 13/08/07; n° 611, del 27/06/08; n° 97, del 02/03/09; n° 438, del 11/05/09; n° 512, del 29/05/09; n° 575, del 11/06/09; n° 576, del 11/06/09; n° 599, del 26/06/09; n° 922, 02/10/09; n° 926, del 05/10/09; n° 932, del 05/10/09; n° 968, del 19/10/09; n° 984, del 19/10/09; n° 1098, del 24/11/09; n° 36 del 22/02/10, n° 36 del 22/02/10, n° 201 del 12/04/10, n° 309 del 05/05/10, n° 309 del 05/05/10, n° 309 del 05/05/10, n° 820 del 28/10/10.

Sociales y Culturales, los que resultan de aplicación obligatoria para la autoridad provincial, y conmina a las autoridades locales a *“remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a promover las condiciones para que los mismos sean efectivos”* (artículo 2).

Otro aspecto importante a destacar de esta jurisprudencia es que la Corte entiende que *“la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al derecho nacional y provincial ha modificado el sistema de fuentes normativas de derecho público provincial, dando prioridad en la pirámide jurídica a dichos tratados y, por ende, a los derechos esenciales de la persona por ellos reconocidos, entre ellos a la vida y consecuentemente a la salud, frente a cualquier otra disposición de carácter local que, vulnerando los principios de intangibilidad, no regresividad e igualdad en la protección de los derechos humanos, limite el goce y ejercicio de tales derechos”*.

Frente a estos datos relativos a la organización y prelación normativa, señaló que toda la actividad del Subsidio de Salud, en cuanto implican un modo a través del cual el Estado Provincial organizó un servicio de atención de salud, deben ser juzgadas teniendo principalmente en cuenta las normas del derecho público internacional. En virtud de ello, consideró que las normas que regulan la actividad de la obra social provincial, *“en cuanto limitan por razones económicas, entre otras, las prestaciones de salud debidas a sus afiliados y adherentes, han quedado abrogadas institucionalmente por la vigencia de los mencionados Tratados de Derechos Humanos, incorporados a nuestro derecho interno a partir de la reforma de 1994 y expresamente en la Provincia, por Ley provincial N° 6664”*.

Como consecuencia de ello, y ante la *“la abrogación institucional de la legislación local, en cuanto limita la responsabilidad y la prestación médica y farmacológica que proporciona a sus afiliados y adherentes de la obra social del IPSST ya señalada, cabe abordar el modo de hacer efectiva la obligación provincial de garantizar la salud de manera integral y no parcializada como lo disponen la normativa mencionadas precedentemente”*.

IX | El derecho a la salud ¿tiene límites? ¿admite regulación?

Aquí es donde se pueden realizar un primer análisis provisorio sobre el valor de esta jurisprudencia, aunque reconociendo que todavía quedan numerosos interrogantes que no obtuvieron una respuesta definitiva en los pronunciamientos de la Corte. En primer lugar, cabe advertir que habitualmente los casos judiciales incluidos bajo el amplio rótulo de “*derecho a la salud*” parecen referirse en forma exclusiva a la atención directa de cuestiones inherentes al cuidado (preservación o restauración) de la salud de una persona. Sin embargo, la realidad es que en la mayoría de los casos en los que se discuten judicialmente cuestiones relativas al derecho a la salud, la cuestión que verdaderamente se está debatiendo no recae normalmente sobre aspectos propiamente médicos (diagnóstico adecuado y propuesta terapéutica o quirúrgica idóneos para tratar ese diagnóstico), ni sobre prestaciones en especie en materia de salud (provisión efectiva de un determinado medicamento, administración de un determinado curso de acción terapéutico o realización de una concreta práctica quirúrgica), sino que se trata de quién, desde el punto de vista legal y constitucional, es el responsable patrimonial de afrontar los costos derivados de una determinada situación de enfermedad⁽⁴²⁾.

Siendo así, y en cuanto a la “*necesidad*” de llenar el vacío derivado de la “*abrogación institucional*” de la legislación local a fin de determinar la extensión del derecho a la salud (y la correlativa obligación —patrimonial— del Estado), debe entenderse que actualmente la misma es “*integral*” en nuestra provincia, es decir, que cualquier disposición normativa que conduzca a brindar una atención (o una cobertura patrimonial) parcializada del derecho a la salud (el cual incluye, en la definición de la Corte, a prestaciones médicas y farmacológicas) debe reputarse inconstitucional y, por ende, es responsabilidad el Estado provincial asumir el costo de todos estos tipos de prestaciones en todo tipo de casos.

(42) Arias Amicone, Marcos Patricio, “La Corte Salteña y el acceso a la atención sanitaria”, La Ley NOA, 2011 (mayo), 367.

Pese a esta afirmación tajante y en apariencia sin fisuras, de inmediato surge una incertidumbre, puesto que la Corte sostuvo que —ante la derogación institucional de las disposiciones limitativas de responsabilidad— el juez debe arbitrar los medios jurídicos idóneos para dar solución al caso concreto. Ahora bien, si de verdad se ha producido una auténtica “*abrogación institucional*” de las normas que limitan la responsabilidad estatal en materia de salud, en realidad no se comprende claramente cuál es la “*necesidad*” a la que alude la Corte ni cuál es el vacío que corresponde llenar. La verdad es que no existe ni tal necesidad ni tal vacío: la Corte se encargó de llenarlo cuando determinó la necesidad de cobertura integral y sin limitaciones económicas. ¿Qué normas aplicar en ese caso? O mejor dicho ¿tiene sentido alguna regulación normativa? Lo cierto es que las normas a la que pueda acudirse podrían reglamentar algunos aspectos, pero no el aspecto principal de determinar el modo y la extensión con la que debe entenderse el derecho a la salud. Esa cuestión ya está resuelta por la Corte: debe ser integral. Es decir, completa, absoluta, sin fisuras, cubriendo todas las contingencias.

En este punto la jurisprudencia de la Corte deja lugar para otro interrogante más. La posición sentada por la Corte se desentiende de la necesidad de establecer cuáles son las diferencias entre las diversas relaciones jurídicas anudadas alrededor del derecho a la salud cuando se trata de un empleado público que reúne sobre su cabeza la doble condición de aportante a la obra social (en el marco de una relación “*prestacional*”) y ciudadano de la Provincia (en el marco de una relación “*constitucional*”). Aunque la relación entre el afiliado y la obra social provincial tiene connotaciones que la alejan de la matriz contractual típica del contrato de obra social privada y del de medicina prepaga, no debe perderse de vista que buena parte de los fondos que maneja la obra social son producto de los aportes realizados por el empleado durante todo el transcurso de su relación de empleo público con el Estado Provincial y que, con relación a los afiliados aportantes, cada uno de los pagos realizados constituye una suerte de “*ahorro*”⁽⁴³⁾ destinado a aplicarse al momento de sufrir alguna contingencia en materia de salud. En este tipo de “*ahorro*” puede verse en definitiva, una variante o modalidad del principio de solidaridad con que nació y se estructuró la obra social provincial en la ley 6.446, como

(43) Ver, mutatis mutandi, CSJN, “E.R. vs. Omint” y “Hospital Británico vs. MCyS”, sent. del 13/03/01, del voto del Dr. Vázquez.

prestación vinculada a otra estructura solidaria en que consistía la relación previsional entre el jubilado y el agente público en actividad.

El origen de los fondos que maneja la obra social provincial es sumamente relevante⁽⁴⁴⁾, en particular en cuanto a la diferencia del derecho que puede invocar el afiliado con relación a su obra social reclamando la cobertura de una determinada prestación; y el fundamento con el que puede reclamar al Estado Provincial en su condición de ciudadano y que, eventualmente, actualizará la obligación contenida en la Constitución Provincial.

Ahora bien, esta promesa constitucional y la interpretación que de ella ha realizado nuestra Corte convierten al derecho a la salud que en un derecho que, anclado directamente en la Constitución y sin ninguna otra determinación normativa, pasa a fundarse en necesidades médicas concretas⁽⁴⁵⁾. A primera vista, la consolidación de la doctrina de la Corte indica que el derecho a la salud (y la responsabilidad patrimonial derivada de la necesidad de atender el cuidado de la salud de una persona) no reconoce más límite que la necesidad de atención en salud de quien demande dicha protección.

El problema de vincular el contenido del derecho a la salud a las necesidades médicas antes que a la adjudicación de ese contenido a partir de la previa determinación normativa, traslada la cuestión al ámbito de las más puras necesidades antes que al discurso del derecho, con el riesgo de debilitar el discurso de los derechos a través de la apelación a las necesidades. El abandono del discurso de los derechos y su sustitución por el discurso de las necesidades ha sido ya criticado por Waldron porque *“los reclamos sobre necesidades son tan o más imprecisos que los reclamos de derechos”*, mostrando a su vez la ventaja de utilizar, con responsabilidad,

(44) La relevancia de computar el origen de los fondos que se utilizan en el marco del derecho a la salud fue destacada por la CSJN en el voto concurrente de la ministra Argibay en *“Reynoso, Nilda Noemi vs. INSSJP”*, sent. del 16/05/06.

(45) Hay que tener en cuenta que la posición de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, al analizar el derecho a la salud en esta clave interpretativa, termina por realizar una transformación revolucionaria de la interpretación constitucional de este derecho, que ahora debe ser entendido en el más ortodoxo sentido marxista de distribución de bienes sociales según necesidades. Vale decir, de acuerdo a esta interpretación de la Corte, tras la abrogación institucional de los límites económicos al derecho a la salud, el mismo no se distribuye bajo el paradigma romano de *“dar a cada uno lo suyo”*; sino bajo el lema marxista de exigir a cada uno según sus capacidades y de *“dar a cada quien según sus necesidades”*.

la retórica de los derechos, ya que *"reconocer que P tiene derecho a X es reconocer que alguien tiene el deber o la responsabilidad de asegurarle dicho derecho. Eso es lo que significa decir que 'P tiene un derecho'.* Nada semejante ocurre con el lenguaje de las necesidades [ya que] no existe ninguna contradicción cuando alguien dice *'Este paciente necesita una transfusión de sangre, pero no debe recibir una'* ⁽⁴⁶⁾.

Si bien se mira, la posición de esta jurisprudencia implica una huida del derecho a las necesidades combinada con una rápida vuelta desde las necesidades hacia los derechos, a fin de esconder la necesidad de justificar políticamente el criterio de justicia distributiva aplicado al caso concreto. Es que la apelación al derecho enmascara una discusión más profunda, precisamente porque al nombrar la cuestión como derecho (y no como política, ni como bioética ni como filosófica), la discusión (y la decisión judicial) se torna aséptica, pura y jurídica, con lo cual se pierde de vista la necesidad de justificar más ampliamente las decisiones judiciales, precisamente porque *"el discurso jurídico, en su propia conformación, se halla sobredeterminado por distintos factores (aparatos ideológicos del estado, capital intelectual, capital cultural, condiciones socioeconómicas de producción, etc.) que lo llevan a constituirse en un epifenómeno"* ⁽⁴⁷⁾.

Por algún motivo (contra)intuitivo, el argumento de la Corte de la abrogación institucional y de la distribución igualitaria que mira sin mirar y que reparte sin preocuparse de nada más que de la necesidad, no resulta persuasivo. Es poco convincente porque carece de apego a la realidad concreta y prescinde de afrontar la carga de justificar y explicitar por qué prefiere un determinado tipo de distribución de bienes por sobre otro y, además de ello, omite un dato inevitable: los recursos son escasos, finitos; mientras que las necesidades son ilimitadas, sobre todo a partir del desarrollo de la tecnología médica y de la industria farmacéutica. El postulado de que se debe todo a todos aquellos que presenten una necesidad como

(46) Waldron, Jeremy, "El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'Derechos' contra 'necesidades'", Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 2, n° 1 (noviembre de 2000), Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina. Disponible en línea en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=4523&id_item_menu=5858.

(47) Saggese, Federico, "La sobredeterminación del discurso jurídico en materia de derechos sociales y derechos humanos", UNLP, 2009-2010, 01/11/2010, 340, disponible en www.laleyonline.com.

consecuencia de una definición constitucional sobre la existencia de un derecho (cuyo contenido o alcance es bastante impreciso), necesidad que es llenada con un certificado médico, contradice la evidencia, el sentido común y el postulado del que parten todas las teorías examinadas más arriba de que los recursos son limitados y que es necesario distribuir de alguna manera y con algún criterio.

Las Cortes, y a ello no escapa la de Tucumán, suelen (y quieren) ser ciegas a criterios macro de distribución de recursos, porque la tradición jurisprudencial de deferencia hacia las decisiones tomadas por los poderes políticos en el ámbito de sus respectivas incumbencias ha llevado a los jueces a negar su intervención en la definición de los contenidos concretos de políticas públicas. La verdad es que, en realidad, el Poder Judicial lo hace: interviene efectivamente incidiendo sobre políticas públicas cuando adjudica derechos y reparte beneficios y cargas sociales vinculadas al derecho a la salud. El problema es que "los tribunales no están en posición de supervisar el complejo proceso de asignación eficaz de los recursos por parte de las agencias del poder ejecutivo y tampoco pueden rectificar de manera sencilla las asignaciones erradas del pasado. Los jueces no tienen la preparación adecuada para desempeñar esas funciones, y necesariamente, operan con fuentes de información inadecuadas y parciales"⁽⁴⁸⁾.

Si es así, si la intervención judicial al asignar recursos se encuentra limitada a un caso cerrado entre dos partes y si la distribución solo se refiere a ellos dos, con mayor razón los tribunales deberían justificar adecuadamente la extensión de las intervenciones que realizan en el ámbito de los recursos en materia de atención de la salud. Un ejemplo de este esfuerzo de interpretación y argumentación en clave constitucional es el de Lucas Grosman, quien reconoce que *"la escasez de recursos impone al Estado la carga de realizar distinciones: algunas personas recibirán lo que necesitan, otras no"*; no niega la intervención judicial en la distribución de recursos (en particular cuando la cantidad de recursos con que cuenta el Estado es relevante no solo para la realización del derecho, como cuestión práctica, sino para su definición misma), sino que entiende que la misma debe realizarse controlando que *"el Gobierno distribuya estos recursos escasos de*

(48) Holmes, Stephen – Sustain, Cass R., "El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos", Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011, pág. 116.

un modo que resulte compatible con lo prescripto por la Constitución”; y entiende que “en nuestro régimen constitucional, las distinciones que el estado realiza, incluso las que obedecen a la escasez, deben honrar la igualdad. Cuando los recursos no alcanzan, los derechos sociales deben ser entendidos como derechos a recibir un trato igualitario frente a la escasez”, trato igualitario que ancla en el ideal constitucional de igualdad estructural de oportunidades el cual significa “un tipo de igualdad de oportunidades que atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos” y que implica “concentrarnos en el modo en el que opera la estructura social” en atención a que “el objetivo no es atribuir culpas y merecimientos, sino erradicar dinámicas sociales incompatibles con la igualdad real” (49).

Puede compartirse o no este criterio postulado por Grosman, pero es claramente un criterio sincero, fundado en una determinada interpretación constitucional y que justifica la forma del reparto propuesto, todo lo cual implica una exposición pública de razones a favor de una determinada posición. En el caso de Tucumán, jurisprudencia reseñada no nos brinde sinceramiento, puesto que, generalizando a través de absolutos y bajo la apariencia de juego de encastres con la que se presenta el derecho esquematizado en “necesidades que generan derechos”, la Corte omite explicar públicamente (y someter también al escrutinio público) las razones por las cuales dispone de fondos públicos en la forma en que lo hace.

X | El enrolamiento teórico de la Corte de Tucumán

En cuanto a su encuadre teórico, considero que la jurisprudencia reseñada más arriba no podría ser enrolada en la doctrina de Nozick y Engelhardt, porque reconoce expresamente la posibilidad de limitar las libertades (el patrimonio individual) de los ciudadanos o habitantes de Tucumán para el financiamiento y pago de las prestaciones médicas que cada uno de ellos

(49) Grosman, Lucas, “Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución”, Librería, Buenos Aires, 2008, págs. 27, 40, 80, 95 y 97.

necesite. En contra de Engelhardt, la Corte concluye que la enfermedad necesariamente conduce a la responsabilidad estatal para su cuidado o restauración y lleva a proveer la atención solicitada. Si bien la jurisprudencia mencionada tiene algunas notas en común con la teoría de Walzer, en particular en cuanto hace pie en una valoración específicamente local, anclada en las particularidades normativas e idiosincráticas de Tucumán sin ninguna referencia a las normas nacionales o a la jurisprudencia de la Corte federal sobre la cuestión, no necesariamente asume los postulados comunitaristas de Walzer, por lo que tampoco es justificado asimilarla a ella.

Teniendo en cuenta, sobre todo, las consecuencias que se siguen de su doctrina, considero que la Corte, implícita o explícitamente, se asocia en su encuadre normativo a la teoría igualitarista de Norman Daniels. Los puntos de contacto (sólo los de contacto, porque tienen notables diferencias) son significativos, en particular teniendo en cuenta la ampliación de la noción de necesidades que efectúa la Corte, al convertirlas, a partir de la sola prescripción médica, en derechos positivizados que generan la correlativa obligación estatal de acudir a solventar la práctica médica en cuestión. En cuanto a la distinción entre preferencias y necesidades, en particular en lo relativo a la elección de prestadores, la Corte también parece utilizar los criterios afincados en la doctrina de Daniels, al requerir argumentos (médicos) de peso al Estado obligado al pago para obviar la preferencia del particular, convertida en necesidad a partir de la prescripción médica.

Con todo, las diferencias con Daniels son relevantes. En particular porque tanto Daniels como Rawls, en cuya teoría se apoya, asumen la presencia un agente moral autónomo que persigue un determinado ideal personal que le resulta relevante, en cuya persecución la responsabilidad primaria recae sobre el individuo, considerado en sí mismo. Por ello, el criterio de la justa igualdad de oportunidades de Daniels apunta a evitar que los individuos enfermos vean mermadas sus capacidades y por ende lo que interesa es mejorar las desigualdades provocadas por razones de enfermedad. Sin embargo, la Corte no asume esas diferencias ni parece preocuparse por ellas o por su incidencia en el ámbito competitivo. Al contrario, la distribución igualitaria que plantea (asumir estatalmente el costo de todas las necesidades médicas que tengan todos los ciudadanos de la Provincia), prescinde de las condiciones personales de cada uno o de la posibilidad o

imposibilidad de procurarse a través de fondos privados lo que necesite. Es decir, asumiendo una abundancia de recursos estatales infinitos, la Corte asume también que cada remedio, cada intervención quirúrgica, cada internación, cada prótesis ortopédica que requiera cualquier ciudadano, por el solo hecho de serlo, debe ser costeado por el Estado, sin perjuicio de que el particular afectado por una enfermedad tenga medios propios suficientes o viva en la más paupérrima situación de pobreza estructural.

A mi modo de ver, esta solución jurisprudencial constituye un fácil recurso para evitar el esfuerzo argumental de justificar públicamente las decisiones que se toman en materia de distribución de recursos, escondiendo, bajo la sola invocación de un derecho constitucional, un auténtico criterio de reparto. El problema es que este criterio de reparto, antes que asumirse como tal y en vez de explicitar con la responsabilidad propia del rol que le cabe a los jueces en la definición de las políticas públicas, traslada la responsabilidad institucional de decidir qué casos litigar y cuáles no⁽⁵⁰⁾ al particular. Quiero decir, si una particular tiene un ingreso mensual promedio alto, pero necesita una aspirina porque padece una necesidad médica derivada de una enfermedad poco grave, como, por caso, un simple resfrío, el responsable económico de proveer esta aspirina es, en la perspectiva de la Corte, el Estado provincial, sin que en nada importen la gravedad de la patología, la cantidad de recursos que demande afrontar su costo, la condición social de quien padezca el resfrío o la posibilidad que tenga de proveerse en forma autónoma de un determinado tratamiento cuya implicancia económica sea nimia o insustancial. Es, por lo menos, llamativa una política judicial y una línea jurisprudencial que asume que se puede brindar todo a todos los que lo pidan; pero que asume al mismo tiempo que los que van a venir a pedir amparo a la Justicia se van a comportar razonablemente y no van a solicitar bagatelas ni van a requerir su intervención a menos que los padecimientos sean graves, los costos de

(50) Con lo cual se establece también una implícita línea divisoria entre quienes acceden al sistema de justicia y quienes no lo hacen. Téngase en cuenta que ninguno de estos casos fue litigado en forma colectiva para lograr una modificación estructural de la conducta de la obra social y para reglamentar su funcionamiento según el paradigma establecido por la Corte. La obra social sigue resistiendo en sede administrativa la aplicación plena de la doctrina de la Corte y aguarda la demanda judicial espasmódica para otorgar la prestación que requiera el particular. La Corte lo sabe, porque revisa año a año un sinfín de casos idénticos, pero prefiere no "disciplinar" la actividad administrativa previa a la interposición del litigio.

la prestación médica que requieren sean elevados y carezcan de medios para afrontarlos⁽⁵¹⁾.

Ese constituye el peligro más relevante de la aplicación lisa y llana de esta doctrina, sin los ajustes necesarios derivados de la realidad de opulencia o de pobreza que presente quien padezca la necesidad, convertida en derecho, de cuidado de su estado de salud; como así también sin tener en cuenta las peculiaridades y recursos con que cuenta el Estado provincial. En especial porque resulta de primerísimo orden cuidar la consolidación de un determinado nivel o standard de protección de los derechos a fin de avanzar en el siguiente, puesto que en materia de derechos económicos, sociales y culturales, muchas veces hemos sido testigos de movimientos pendulares que han sido altamente perjudiciales en particular para los sectores más pobres y desaventajados de la sociedad. La responsabilidad institucional de todos los operadores jurídicos vinculados con la obligación de asegurar la efectiva vigencia de estos derechos radica, en este aspecto en particular, en consolidar tales niveles de protección y en asegurar la auténtica progresividad de la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, evitando movimientos pendulares que puedan tener un fuerte componente regresivo sobre el nivel de protección alcanzado.

Bibliografía

Abramovich, V. - Courtis, C. (2001), "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", en La Ley, 2001-D, 22.

Aguilar, F., "Teorías modernas de la justicia", disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Sociales/Profesores/jramirez/PDF/Aguilar-Teorias_de_justicia.pdf

Alegre, M. – Gargarella, R. (2007), "El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario", Buenos Aires, LexisNexis,.

Arias Amicone, M. (2008), "Acceso a los sistemas de atención sanitaria" La Ley NOA, 2008, p. 420.

(51) En los hechos, no se registra en los precedentes de la Corte ningún caso en que una persona con un elevado poder adquisitivo haya demandado la provisión de un medicamento "necesario" para tratar una afección tan simple y tan poco costosa como un simple resfrío, pero el argumento al absurdo del ejemplo pone en evidencia alguna inconsistencia en la doctrina de la Corte

Arias Amicone, M. (2011), "La Corte Salteña y el acceso a la atención sanitaria", La Ley NOA, 2011 (mayo), 367.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 14.

Da Silveira, P. (2000), "Política & Tiempo. Hombres e ideas que marcaron el pensamiento político", Taurus-Alfaguara, Buenos Aires.

Engelhardt, H. T. (1995), "Los fundamentos de la bioética", Barcelona, Paidós.

Guariglia, O. -Vidiella, G. (2011); "Breviario de Ética", Buenos Aires, Edhasa.

Grosman, L. (2008), "Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución", Librería, Buenos Aires.

Holmes, S. – Susteain, C. (2011), "El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos", Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

Laclau, M. (2008), "Aproximaciones a la teoría de la Justicia de John Rawls", en "Anuario de Filosofía Jurídica y Social", Buenos Aires, AbeledoPerrot.

Luna, F. - Salles, A. (2008), "Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos", Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

Navarrete Poblete, J. (2004) "Michael Walzer y 'Igualdad Compleja'", en "Derechos y Libertades", n° 13, Madrid disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3755/1/DyL-2004-IX-13-Navarrete.pdf>

Waldron, J. (2000), "El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'Derechos' contra 'necesidades'", Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 2, n° 1 (noviembre de 2000), Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina.

En torno a "Reflections on the Concept of Law"

por **ALEJANDRO D. CALZETTA**⁽¹⁾

Reflections on The Concept of Law. A.W. Brian Simpson. Gran Bretaña. Oxford University Press. 2011. VII Capítulos. Pp. xii, 220.

I |

El último libro (apenas póstumo) de Brian Simpson, "*Reflections on The Concept of Law*", publicado en 2011 por Oxford University Press⁽²⁾, es acerca del libro de H.L.A. Hart, sus orígenes y el contexto en el cual surgió. A saber, el Oxford de mediados de los 50s y 60s. Es una suerte de biografía no ya de Hart, sino del libro de Hart. En ese sentido, este volumen es o vendría a ser el compañero ideal de la biografía de Lacey⁽³⁾, y hasta una lectura indispensable para todos aquellos interesados en Hart y su obra, ya sea su obra cumbre como cualquier otra (por ejemplo, "*Punishment and Responsibility*"⁽⁴⁾ o "*Law, Liberty and Morality*"⁽⁵⁾). Máxime cuando el propósito del autor es ver el libro como si recién hoy hubiese salido de la imprenta, como si hoy fuese 1961⁽⁶⁾.

.....

(1) Doctorando por la Università Degli Studi di Genova. - Agradezco a Laura Alvarez, Pedro Caminos, Daniel Calzetta, Ignacio Cofone y Julieta Rábanos el haber leído el borrador y los comentarios realizados al mismo, (UBA - UNIGE).

(2) A W Brian Simpson, *Reflections on The Concept of Law*, OUP, Gran Bretaña, 2011. De ahora en mas "Reflections" en el texto principal.

(3) Nicola Lacey, *A Life of H.L.A. Hart – The Nightmare and the Noble Dream*, OUP, Gran Bretaña, 2004.

(4) H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, OUP, Gran Bretaña, 1968.

(5) H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, EE.UU., 1963.

(6) Es por este motivo que, durante la reseña, cuando corresponda se citará de la primer edición de "*The Concept of Law*".

A esto, como incentivo, hay que sumarle que el libro fue escrito por alguien que vivió esos años en Oxford, asistió a conferencias (desde "*Definition and Theory in Jurisprudence*"⁽⁷⁾), participó de los seminarios de Hart (o "clases", como los llamaba⁽⁸⁾) durante parte de la década del 50, y fue testigo privilegiado, aunque no cercano, de la gestación y publicación de "*The Concept of Law*". El hecho de que Simpson haya sido un soberbio historiador del derecho con una prosa impecable es algo que no hay que desmerecer, y que solo puede redundar en beneficio del libro.

Tampoco hay que desmerecer el hecho de que Simpson combine la rigurosidad del historiador profesional con un excelente anecdotario oxonien- se. "*Reflections*" no solo es interesante, también es entretenido.

Sin embargo, sin importar lo bien escrito, erudito y entretenido que sea el libro, éste tiene un sinfín de problemas. El análisis de las ideas de Hart y otros filósofos (sean oxonienses o no) es, a mi criterio, pobre. Hay una continua sensación de revanchismo por parte del autor que hace que determinados pasajes del libro (en donde se discute la obra de Hart, a Hart mismo, a la filosofía del derecho, a la filosofía en general) sean un tanto, o completamente, extravagantes. Claro que esto es adelantarse un poco.

Propongo ver el libro por partes, empezando por donde "*Reflections*" ver- daderamente se destaca.

II |

La parte puramente histórica es ciertamente aquella donde Simpson se luce. La misma puede dividirse, a mi modo de ver, en dos segmentos importantes. Por un lado, una reconstrucción (basada más en la memoria y en un frondoso anecdotario) de cómo era el Oxford de las décadas de los 50s y 60s; y, por el otro, una soberbia investigación del origen e historia de la Chair of Jurisprudence de dicha universidad. Todo esto, plagado con las opiniones del autor, circunstancia que hace más amena la lectura.

(7) Actualmente incluido en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Gran Bretaña, 1983, pp 21-48.

(8) Simpson, Op. Cit. p 4.

Uno podría pensar que una historia del porqué y cómo de una cátedra cualquiera puede resultar bastante aburrida. No es éste el caso. Simpson no solo trae a colación los hechos surgidos de los viejos estatutos universitarios, o qué tipo de preguntas solían aparecer en los diversos exámenes tomados por los diversos titulares de la cátedra, sino que también acompaña esa información con diversos testimonios y anécdotas en torno a la cátedra en sí misma y a sus sucesivos titulares.

Uno de los detalles interesantes que remarca Simpson es que la Chair of Jurisprudence era más que nada una cátedra de derecho comparado y solo vagamente de algo parecido a la filosofía del derecho o "*jurisprudence*", y esto siempre en tanto el titular tuviese deseos de hablar de esos temas. Queda claro por los estatutos que cita Simpson que la filosofía del derecho era, para el titular de la Chair, algo completamente opcional⁽⁹⁾. Los nombres de las conferencias de los titulares de la Chair durante gran parte de su historia demuestran este pequeño dato. Solo con Hart, la Chair of Jurisprudence se volvió pura y principalmente filosófica, desapareciendo por completo el derecho comparado (si no del estatuto, al menos de la práctica de la misma).

Dos cosas me parecen interesantes. En primer lugar, la poca carga laboral que la cátedra implicaba (solo 36 conferencias al año más las tutorías); y, en segundo lugar, hasta qué punto la cátedra, y también la facultad de derecho, eran consideradas instituciones de ínfima categoría dentro de la universidad. Al menos, hasta la llegada de Hart al cargo.

Esto último es hasta comprensible. Por aquellos tiempos la profesión, o mejor dicho las profesiones de abogado (solicitors y barristers), se aprendían directamente bajo la supervisión de un abogado, y un título de una escuela de leyes no era considerado necesario. Hart, por ejemplo, durante la década de los 30s ejerció como barrister en la Chancery Barr ostentando un único First en "*Greats*" (básicamente, literatura griega y romana). Solo con eso bastaba para ejercer la abogacía. Lo que uno necesitaba aprender del derecho lo hacía de la mano de algún abogado experimentado, y eso era todo. Por consiguiente, es bastante natural que dentro de la universidad se menospreciara a la facultad de derecho y más aún a la Chair of

.....

(9) Simpson, Op. Cit. Cap II.

Jurisprudence, con su exigua carga horaria y por el hecho de haber sido creada específicamente para darle un cargo a una persona a la cual no se sabía qué cargo darle.

Todo esto comenzó a cambiar, lentamente, con el nombramiento de Hart en 1952. Simpson deja claro, pareciera que a pesar suyo, que el ímpetu y el approach de Hart a la titularidad de esta cátedra fueron el primer paso para hacer, no solo de la filosofía del derecho sino de la facultad de derecho misma, algo más serio. La publicación de *"The Concept of Law"* no hizo más que acelerar este proceso.

Toda esta, un poco árida pero entretenida, historia es explicada brillantemente por Simpson en el marco de una excelente y maravillosa descripción o reconstrucción (puede elegirse cualquiera de esos términos) del ambiente oxoniense, particularmente en los 50s y 60s. Nada queda sin ser visto por el ojo de este autor. Las excentricidades de los académicos (al parecer, según Simpson, un rasgo característico del Oxford de ayer y hoy) y las tutorías, cómo estas solían llevarse a cabo y cómo deberían haberse llevado a cabo, los diversos tipos de seminarios y cursos. Todo esto está soberbiamente analizado y descrito por Simpson y no solamente limitado al mundo del derecho.

A esta reconstrucción subyace un profundo interés en analizar detenidamente el círculo filosófico de Oxford, principalmente porque de éste surgieron Hart y sus principales ideas. Si el análisis que hace Simpson del ya famoso grupo de John L. Austin es valedero o no, es algo que se verá más adelante. Lo que sí es tremendamente interesante para el apasionado de la historia de esta gente y sus grupos (de la filosofía en general, más bien), es el maravilloso anecdotario que acompaña al análisis.

Tómese, por ejemplo, esta semblanza de cómo John L. Austin (presa de sus propias excentricidades) aterrizzaba a sus alumnos mientras dictaba clases:

"He put questions to the class. If, petrified by horror, everyone remained silent, he would extend a long, slim, finger, and then after oscillating it slowly to and fro for a minute, like the muzzle of a pistol, would suddenly shot it forward, pointing to

one man, chosen at random, and say in a loud, nervous voice 'You answer!'. The victim would, at times, be too terrified to utter"⁽¹⁰⁾

Al parecer, este tipo de cosas eran y son toleradas en Oxford. "Si un don no puede ser excéntrico ¿quién si no?", parece ser la regla rectora de esta suerte de principio de tolerancia. En el libro hay muchos ejemplos como éste del día a día oxoniense. Desde tutorías en bares de hoteles donde tutor y pupilo solían terminar completamente borrachos hasta una misma tutoría del propio Simpson, conducida por él mientras manejaba un auto deportivo a 100 millas por hora.

Detalles como estos hacen que el libro cobre vida y sea más que una mera acumulación de hechos. Esta descripción, tan perfecta y clara, del ambiente en el que Hart trabajó y vivió tantos años de su vida, basta para que al menos esta parte sea el acompañante necesario del libro de Lacey. De algún modo, Simpson logró hallar la combinación justa entre la pura información y las anécdotas para hacer que "Reflections", a pesar de sus problemas, merezca ser leído.

Es difícil encontrar más elogios a la parte puramente histórica del libro Sin embargo, el libro tiene otros aspectos que no son tan destacados y que ahora corresponde analizar.

III |

Hay todo un capítulo del libro que se ocupa de los orígenes de "The Concept of Law" que más que histórico es genealógico, pues trata de descubrir cuáles son las elusivas fuentes de las ideas que generaron el libro de Hart. Esto último es algo extraño. No puedo dilucidar qué hay de "elusivo" en las fuentes de "The Concept of Law". Siempre estuvieron a la vista gracias a que Hart mismo se encargó de reconocerlas en las mismas notas del libro. Y cuando me refiero a notas, refiero a las notas de la parte final del libro y no las notas al pie. Hart, y esto es algo que el mismo Simpson reconoce, sentía una tremenda repulsión por los libros que no hacen

(10) Simpson, Op. Cit. p 42. La anécdota es recordada por Isaiah Berlin,

otra cosa más que hablar de lo que otros autores han dicho, y en todo momento trató de que sus obras no siguieran esos derroteros.

Es por ello que Hart estructuró *"The Concept of Law"* y *"Punishment and Responsibility"* (por mencionar otro libro) de la forma en la que fueron publicados. A saber, un texto principal donde el autor desarrolla sus ideas sin interrupciones, salvo por pequeñas notas al pie donde se indica el origen de alguna cita, y luego una sección dedicada a notas específicas por capítulo, donde se amplían algunos de los argumentos del texto principal. Dichas notas vienen acompañadas de comentarios de textos críticos sobre los conceptos expresados en el texto principal, así como del reconocimiento a autores y obras de las cuales Hart extrajo ideas o fue inspirado por alguna de ellas.

Una lectura mínimamente diligente de *"The Concept of Law"* hace que estas "elusivas" fuentes sean tan "elusivas" como el aire que respiramos. Lo más interesante del caso es que el mismo Simpson lo reconoce ya que, si bien él parte en busca del "elusivo" origen de las ideas de Hart, termina reconociendo que este o aquel autor, aquella o esta obra, terminan apareciendo en las notas del libro objeto de su análisis.

Tal vez, de no existir el prefacio de *"The Concept of Law"*, se hubiese podido sostener esta supuesta "elusividad" con respecto a la influencia que pudo haber tenido el grupo de Austin en el desarrollo de las ideas de Hart. Pero en ese prefacio, Hart no solo trata de explicar (bien o mal, dependiendo de cada lector) el propósito de su libro sino que, además, se ocupa expresamente de reconocer la influencia de John L. Austin, al citar la ya famosa frase de este

"a sharpened awareness of words to sharpen our awareness of the phenomena" ⁽¹¹⁾

frase que, por cierto, Hart ayudo a popularizar y que cita dos veces más en *"The Concept of Law"*.

(11) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, OUP, Gran Bretaña, 1961, Primera edición (Una tercera edición saldrá en mayo del 2012). La frase esta citada en la primera página del Prefacio y nuevamente en la pagina 14.

Del texto de las notas surge con claridad que, por mencionar solo a algunos, el origen de las ideas de Hart se encuentra en Bentham, los dos Austin, Salmond, Kelsen, Winch, Wittgenstein (a través de Winch), y más. Cualquier lector que meramente ojee las notas puede encontrar a estos autores y sus obras no meramente referenciadas si no que hasta discutidas por Hart.

Aún suponiendo que las notas y el prefacio de "*The Concept of Law*" no existiesen, esto tampoco haría que las fuentes del libro fuesen "elusivas". Uno podía basarse en las diversas charlas y artículos publicados por Hart en el periodo que va de 1952 a 1961. Hay cuatro (dos conferencias y dos artículos) de estos trabajos/fuentes que son fundamentales a la hora de demostrar cuán poco elusivas son las fuentes de "*The Concept of Law*". Estos son: "*Definition and Theory in Jurisprudence*" (1953), "*Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century – A Reply to Professor Bodenheimer*" (1957)⁽¹²⁾, "*Positivism and the Separation of Law and Morals*" (1958)⁽¹³⁾ y "*Scandinavian Realism*" (1959)⁽¹⁴⁾.

La primera de estas obras es la conferencia inaugural de Hart como Professor of Jurisprudence y allí en donde plantea la metodología de trabajo que no solo empleará para "*The Concept of Law*", sino para toda su obra. La segunda es una respuesta (durísima) a las críticas que el profesor Bodenheimer llevó a cabo contra "*Definition and Theory*" y donde, según Simpson (y en esto estoy de acuerdo con él), Hart desarrolla una suerte de hoja de ruta de cómo debería ser una teoría del derecho⁽¹⁵⁾. La tercera es la famosa Holmes Lecture, publicada en Harvard Law Review en 1958, que dio comienzo al famoso debate Hart-Fuller. La cuarta es la reseña que Hart

(12) University of Pennsylvania Law Review, vol. 105, N°7, pp 953-975.

(13) Actualmente incluido en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Gran Bretaña, 1983, pp 49-87.

(14) Actualmente incluido en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Gran Bretaña, 1983, pp 161-169.

(15) Uno podría preguntarse, ya que este artículo es una hoja de ruta de a) lo que debería ser una teoría del derecho y, por ende, b) de "*The Concept of Law*" ¿Cómo es posible que las fuentes del libro siguieran siendo elusivas luego de la publicación de este artículo? Se supone que en dicha hoja de ruta Hart, además de responder a las críticas de Bodenheimer, tuvo que haber detallado como proceder y en base a que y quienes. No debe extrañarnos, precisamente, que Hart haya actuado en consecuencia. A saber, indicando como proceder y que ideas de que autores encuentra inspiradoras.

hizo de "*On Law and Justice*" de Alf Ross. La importancia de este artículo se explicará más adelante.

De todos estos documentos el más relevante es, a mi juicio, la Holmes Lecture del '58. Esta conferencia es prácticamente un borrador de lo que luego sería "*The Concept of Law*". Aún no están los nombres de los conceptos, pero tanto las reglas primarias como dos tipos de secundarias (de cambio y adjudicación) aparecen prominentemente en el texto de la charla. Si "*Analytical Jurisprudence*" es una hoja de ruta, la Holmes Lecture es un borrador casi completo de "*The Concept of Law*".

En los primeros tres de estos trabajos, la influencia de Bentham, Austin y Kelsen no solamente puede ser sentida por el lector sino que Hart mismo se encarga de hacerla saber sin ningún tipo de ambigüedades. Esto es más que notorio en "*Definition and Theory*" (donde, por cierto, la tercer palabra del punto II de dicha conferencia es "*Bentham*"), en la cual Hart desarrolla su crítica al concepto de definición per genus et differentiam en relación a conceptos jurídicos como "*derecho*", "*estado*", "*obligación*", etc.

Simpson se pregunta con bastante ahínco cómo es que Hart desarrolló este concepto. La respuesta es bastante sencilla: no lo hizo. El mismo Hart reconoce que la idea es de Bentham; él solo la combina con la filosofía del lenguaje ordinario del grupo de John L. Austin. Luego, todo esto redundará en las nociones de "*the core and the penumbra*" y en el resto del enfoque lingüístico de Hart. Estas nociones, junto con la crítica al imperativismo de Austin y los diversos tipos de reglas, serán ampliadas posteriormente en "*Analytical Jurisprudence*" y la Holmes Lecture. Los textos en cuestión son bastante claros en lo que a las fuentes de "*The Concept of Law*" respecta, y se bastan a sí mismos para reducir la idea de "*fuentes elusivas*" a la nada misma.

La importancia de "*Scandinavian Realism*" es otra, y solo lo he traído a colación debido a la importancia que da Simpson a un problema en particular (que mencionaré a continuación); y, también, a lo extraño que me parece que no haya mencionado este artículo ya que, después de todo, es una reseña de "*On Law and Justice*" (uno de los libros de filosofía del derecho más importantes del siglo XX) y es de sospechar que Hart haya

tenido que decir algo importante al respecto. De por sí, el artículo es realmente interesante, lo mismo la reseña que a su vez hizo Ross de "*The Concept of Law*".

El problema particular de Simpson es: ¿de dónde sacó Hart la palabra "*reconocimiento*"? ¿La sacó de alguna discusión con Austin? ¿Tal vez del paper "*Other Minds*" de este último? Ciertamente, para este autor, no se le pudo haber ocurrido a Hart, ¿o quizás sí? De algún sitio, independiente a Hart, tuvo que haber emergido el término en cuestión.

Ahora bien, si Simpson hubiese visto "*Scandinavian Realism*" habría descartado el problema pues, al promediar el final de la reseña, Hart dice

The internal statement 'This is a valid rule', as distinct from the external predictive statement 'In England they will follow this rule', is appropriate when a system of rules contains, as legal systems do, not only primary rules forming legal standards of behaviour, but also rules for recognizing, or general criteria identifying, the primary rules of the system by certain marks. So when a judge recognizes a statutory provision as 'valid' he identifies this as a primary rule, used for this purpose the unstated rule of recognition or criteria of identification which may be formulated as 'What the Queen in Parliament enacts is a legal standard of behaviour.'⁽¹⁶⁾

Como bien se puede ver, en este pequeño párrafo se habla de reglas para reconocer, la actividad del juez cuando reconoce que una cierta norma pertenece a un sistema y cómo utiliza para esto los criterios de identificación no explícitos o regla de reconocimiento, la cual aparece con todo su esplendor clásico. Y, como se puede apreciar, Hart parece haber llegado a la palabra "*reconocimiento*" siguiendo el razonamiento que puede leerse en este párrafo. Temporalmente, esto fue dos años antes de la aparición de "*The Concept of Law*", lo cual quiere decir que seguramente el concepto ya estaba formulado en la cabeza de Hart desde mucho antes, como veremos. De hecho, uno podría considerar este párrafo de "*Scandi-*

(16) H.L.A. Hart, Op. Cit. P 167. El énfasis es mio.

navian Realism" como una suerte de partida de nacimiento del concepto de "Regla de Reconocimiento".

El porqué para Simpson el origen de este término resulta un problema es bien interesante, y hasta un tanto extraño el que considere que la palabra simplemente es "rara", y que no se entiende qué es lo que Hart pudo haber querido decir con ella. A mi criterio, qué quiso decir Hart con "reconocimiento" está bastante claro en "The Concept of Law", pero procuraré analizarlo sólo con el párrafo citado y dilucidarlo a través de éste.

"Reconocimiento" quiere decir que, cuando un funcionario (por ejemplo, un juez, pero no tiene que ser necesariamente un juez; cualquier persona cuyo deber sea aplicar normas jurídicas serviría) tiene que identificar cuándo una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico, el mismo se guía por criterios de pertenencia de normas jurídicas al sistema en cuestión. Estos criterios de pertenencia son, a su vez, identificados mediante (meta)criterios implícitos que son aceptados por el funcionario y por la mayoría de sus colegas. Estos (meta)criterios son implícitos porque los mismos forman parte de una práctica social tácita de la que participan pocas personas (a saber, solo aquellas con el deber de aplicar normas jurídicas). Los mismos les permiten a estas personas identificar los criterios de pertenencia de normas al sistema y, por ende, reconocer cuándo se encuentran ante una norma jurídica que pertenece al sistema.

En vista de todo lo anterior, sostener que Hart no pudo desarrollar por su cuenta esta idea es, como mínimo, un tanto desconcertante.

IV |

Para ser honestos, la genealogía que hace Simpson de las fuentes de las ideas de Hart no es incorrecta, ni mucho menos fuera de lugar. Es bastante útil e ilustrativa, incluso didáctica si se quiere. El problema reside en esta obsesión suya por considerarlas "elusivas", como si Hart las hubiese ocultado, cosa que, como intenté demostrar, claramente no hizo. Toda esta parte del libro es una suerte de "Hart y sus precursores", donde cada cosa dicha por Hart tuvo que haber sido dicha antes por alguien más, siendo Hart nada más que un repetidor (¿quizás hasta el extremo del plagio?)

de estos precursores. Lo que Simpson no parece darse cuenta es que si Bentham, los dos Austin, Salmond, Winch, et.al. son precursores, lo son porque existió Hart y no al revés. Un buen ejemplo de esto es, como ya vimos, el pseudoproblema del porqué de la palabra "reconocimiento". La obstinación de no reconocerle prácticamente nada a Hart alcanza su máxima expresión con esta supuesta controversia terminológica. Hasta el término "reconocimiento" tiene que tener su origen en un tercer sujeto. De lo que Simpson no parece darse cuenta es que poco importa el término con que Hart etiqueta su idea de qué tipo de criterios generales de pertenencia de normas jurídicas utilizan los funcionarios, sino la idea misma. Podemos llamarla "Regla de Reconocimiento" o "Regla de Validez" o el que más se acomode a nuestros juicios estéticos. Lo importante no es cómo se denomine a la idea, sino la idea misma, y Simpson bien tuvo que haberse dado cuenta que la idea en cuestión fue siempre de Hart, ya que nuestro historiador revisó la introducción que Hart hizo a su edición, en 1954, de *"The Province of Jurisprudence Determined and the Uses and Study of Jurisprudence"* de John Austin. En dicha introducción puede encontrarse lo siguiente:

A legal system is a system of rules within rules; and to say that a legal system exists entails not that there is a general habit of obedience to determinate persons but that there is a general acceptance of a constitutional rule, simple or complex, defining the manner in which the ordinary rules of the system are to be identified. We should think not of sovereign and independent persons habitually obeyed but of a rule providing a sovereign or ultimate test in accordance with which the laws to be obeyed are identified. The acceptance of such fundamental constitutional rules cannot be equated with habits of obedience of subjects to determinate persons, though it is of course evidenced by obedience to the laws. Political society is not susceptible of a simple top and bottom analysis.⁽¹⁷⁾

Si el párrafo antes citado de *"Scandinavian Realism"* puede oficiar como la partida de nacimiento de la Regla de Reconocimiento, este otro párrafo

(17) H.L.A. Hart, "Introduction" en John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses and Study of Jurisprudence*, Weidenfeld & Nicholson, Gran Bretaña, 1954, p xii (Reimpresión de la edición por Hackett Publishing Company, EE.UU, 1998).

puede oficial como el germen no solo de la idea de dicha regla sino de todo el proyecto que Hart desarrollará en *"The Concept of Law"*. Es aquí donde comienza el lento razonamiento que desembocará en la Regla de Reconocimiento de *"Scandinavian Realism"*. Si bien la idea general que el párrafo expresa está basada en una crítica a la noción de soberano de Bentham y en particular de Austin, y parcialmente en la noción de Norma Fundamental kelseniana, la forma de llevarla a cabo (de combinar las influencias, etc.) es propia de Hart. Simpson no llega a reconocerle ni siquiera eso, y también fracasa al discutir las ideas filosóficas de Hart y de otros filósofos⁽¹⁸⁾.

Lo mismo sucede cuando Simpson analiza no ya las fuentes sino la obra de Hart en sí. Sus aportes son un tanto pobres, y no parecen dar cuenta de nociones básicas como captar la distinción que se sigue de tratar de explicar el derecho como fenómeno, en general y en abstracto, con el explicar un sistema jurídico particular. Esto es verdaderamente sorprendente, y solo así se puede explicar la insistencia de Simpson con que Hart y *"The Concept of Law"* no explican o no tienen en cuenta el Common Law⁽¹⁹⁾.

(18) Por ejemplo está dispuesto a desechar el trabajo de John L. Austin y de Wittgenstein porqué términos como "performativo" y "parecido de familia" son, a falta de una mejor descripción, "feos" y porque encierran trivialidades. Trivialidades que, vale aclarar, el mismo Simpson considera que son muy importantes, que encierran grandes verdades y que nadie había señalado antes de John L. Austin y Wittgenstein. Es decir que tan triviales no parecen ser ya que hasta que estos dos autores no las mencionaron nadie parecía reparar en ellas y hasta que punto las mismas son necesarias para un buen análisis del lenguaje. Si esto es así, si son trivialidades no triviales, ¿Por qué rechazar el trabajo de estos dos hombres como ridículos? Es un poco misterioso.

(19) Una teoría como la de Hart, a saber, general y abstracta no tendría porqué preocuparse con un fenómeno local de producción de normas (a nivel de las fuentes) como es el Common Law, entendido como un sistema donde un tipo de fuente de producción de normas (la costumbre) tiene prevalencia sobre los demás tipos de fuentes. La teoría de Hart tiene su centro en la relación entre dos tipos de normas, primarias y secundarias, y no en la relación entre los diversos fuentes de esos tipos de normas. Referencias específicas al Common Law no son necesarias ya que, como bien señalo MacCormik en mas de una oportunidad, la principal diferencia entre el Common Law y el Derecho Continental es una diferencia en la jerarquía de ordenación de las fuentes, lo que es una característica peculiar que cada sistema institucional se da a si mismo y fuera de eso no hay una diferencia que sea substancial y ambos tipos de sistemas están tendiendo hacia una equiparación en la ordenación de las fuentes lo que demuestra que a) la distinción no es tan fundamental como se piensa y b) la misma no forma parte de, a falta de un término mejor, la naturaleza del derecho. Una teoría general y descriptiva, como la que se propone Hart también Kelsen entre otros autores, atiende al derecho como fenómeno general y abstracto. No se ocupa de peculiaridades institucionales locales como cual fuente productora de normas tiene prevalencia en X y cual en Y. Simpson no parece darse cuenta que la teoría de *The Concept of Law* es acerca del derecho como

Ejemplos como este de la pobre tarea de Simpson como crítico de las ideas de Hart abundan, lamentablemente, en el libro. Es bueno dejar en claro que hay mucho en Hart que es criticable, mejorable o desechable, y que también hay muchas formas de discutir las ideas de Hart, incluso desde el punto más crítico posible. Un buen ejemplo de esto es el artículo de Guastini, "*Rileggendo Hart*"⁽²⁰⁾. Dicho artículo es excepcionalmente crítico, pero se toma la molestia de discutir seriamente con las ideas de Hart, en especial con la noción de Regla de Reconocimiento, y de reconocer la importancia de sus contribuciones aunque pocas parecen quedar en pie luego de terminar de leer el trabajo de Guastini. En comparación, no parece que las críticas de Simpson puedan considerarse tales. Más bien parecen ataques casi personales, cosa que está completamente fuera de lugar en un trabajo como el que pretende Simpson.⁽²¹⁾

V |

En conclusión, el libro tiene aspectos que pueden considerarse geniales, y otros que son realmente pobres. Por qué me parecen pobres ha sido, espero, ilustrado claramente a lo largo de esta reseña. La parte en que radica la genialidad es todo lo relacionado con el análisis histórico mencionado en la sección II y en el trabajo relativo a las fuentes de "*The Concept of Law*", menos en la incorrecta fijación con la elusividad de las mismas.

.....
fenómeno visto desde cierto nivel de abstracción y no de, digamos, el derecho de Inglaterra y Gales.

(20) Manuscrito inédito. Versión ampliada de la charla dictada en la mesa redonda "50º Aniversario de *The Concept of Law* – Balance de una Cultura Jurídica", 22 de octubre de 2011, en el marco de XVII Seminario Italo-Franco-Español de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III, Madrid España.

(21) Esto es mas que notorio en la sección titulada "The Hart Report: The Philosopher as King" (pp 192-197) del Cap. 7 del libro, "Judging a Pioneer". En dicha sección se hace un ataque extremadamente personal al Informe Hart del 69 y a Hart mismo. Dicho informe fue el producto de un comité presidido por Hart el cual tenía por misión el analizar el sistema disciplinario de Oxford, entre otras cosas. En dicho informe se critica severamente la forma en que los proctors de la Universidad impartían la disciplina. Uno de los dos proctors en el período en que el comité actuó era Brian Simpson. Como se puede apreciar por esta somera descripción el Informe Hart, ya sea por la temática y por el año, no tiene nada que ver con "*The Concept of Law*". Salvo por un intento de "ajustar cuentas" no se entiende su análisis (de algún modo hay que llamarlo) en un libro acerca de "*The Concept of Law*" y sus orígenes.

El libro merece ser leído solo por eso, y es verdaderamente una lástima que las partes críticas de Simpson hacia Hart no estén a la altura de las primeras. Una suerte de verdadera biografía de "*The Concept of Law*" hubiese sido, a mi criterio, mucho más interesante. En vez de ello, tenemos como resultado un libro en el que sus partes geniales no se ven manchadas por el pobre análisis crítico, pero que no llega a ser una verdadera biografía de "*The Concept of Law*".

Derecho al plan de vida: Lo dicho y lo callado

por **SOLEDAD DEZA**⁽¹⁾

Resumen

Se analiza a propósito de un fallo, el poder del discurso jurídico para llenar de contenido los vacíos que deja la anomia en el campo de los derechos reproductivos. Con enfoque crítico se intenta evidenciar que el uso de ciertas palabras, su asociación con ciertas otras e incluso los silencios de la sentencia interpretados en juego armónico con las manifestaciones expresas, lejos de presentarse como una elección aleatoria de la semántica, tienen la virtualidad para el Juez de permitirle en un marco acotado como es el análisis cautelar, sentar una posición definida que revela una ideología determinada y que se proyecta políticamente hacia un escenario que ha sido resignado a la fecha por el Legislador, como es el derecho social a las técnicas de reproducción asistida. Se reseña cómo la ruptura velada del binomio infertilidad-enfermedad genera efectos concretos en lo quea legitimación para demandar, prácticas que reclamar y espectro de beneficiarios/as se refiere y las implicancias de la sentencia en los términos que el Juez ha decidido dictarla.

Recientemente el Juzgado Federal de Tucumán dictó un fallo en el cual se reconoce cautelarmente el derecho a la reproducción para una pareja, a la vez que se ordena a la obra social privada que contiene a estas personas como beneficiarias, cubra una técnica de reproducción asistida determinada⁽²⁾.

Es el primer fallo que reconoce en el ámbito local federal un derecho de corte sexual y reproductivo. Pero quizás no sea ese su aspecto más desta-

(1) Abogada (Universidad Nacional de Tucumán), DEA "Género, Sociedad y Políticas" PRI-GEPP-FLACSO.

(2) Fallo "M, S B y otro vs. O s/Acción de Amparo". Expte N° 7358/2011 del 13/2/2012

cable, sino la cosmovisión que adopta en su discurso y el contenido que le da a al derecho a la reproducción.

La conceptualización que se realice de la infertilidad va más allá de un mero juego teórico con palabras y tiene un fuerte impacto en la realidad social. De hecho, desde la bioética se alerta sobre la gran incidencia y, a veces, hasta la apropiación que desde lo científico y lo religioso se ha producido respecto de este concepto, de imponer o de transformar en médicas cuestiones que no siempre lo son o que al menos no se presentan tan claramente así encorsetadas. Todo, con el objetivo de atravesar con una moral determinada actos que, al menos en un debate serio, deberían anclarse más en el derecho a la autonomía que en el derecho a la salud.

La Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como *"enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas"* ⁽³⁾. En otra posición, la Asociación Médica Mundial por su parte señala que: *"La concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psico-sociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico"* ⁽⁴⁾.

Florencia Luna ⁽⁵⁾ señala que el análisis de la terminología utilizada al hablar de *"infertilidad"*, *"infecundidad"* o *"esterilidad"* permite identificar supuestos, mandatos morales, imperativos de normalidad y distinguirlos de diagnósticos médicos. Este punto resulta sumamente relevante, por ejemplo, al momento de elaborar una legislación. En ocasiones parecería que se prefiere utilizar los términos de *"infertilidad"* o *"infecundidad"* más

(3) http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf, consultado el 21/02/2012

(4) Asociación Médica Mundial, "Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida" (Sudáfrica, Octubre 2006), Artículo 6, disponible en: <http://www.wma.net/s/policy/r3.htm>, acceso nov. de 2007 citado por Luna, Florencia op. cit

(5) Instituto Interamericano de Derechos Humanos Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina / Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R. : IIDH, p.12

que "esterilidad" porque este último dejaría entrever cierta posibilidad de un estado que puede ser revertido. Por otra parte señala que suele definirse a la "esterilidad" como el no logro del embarazo y a la "infertilidad" como la imposibilidad de sostener y llevar a término un embarazo. Desde la bioética se reseña que infertilidad e infecundidad son expresiones de distintos fenómenos aunque, en el campo de las tecnologías de reproducción asistida, se trate de dos conceptos que están íntimamente relacionados. La infecundidad es la ausencia de hijos. Una mujer, un hombre o una pareja infecunda es aquella que no tiene hijos. La infecundidad puede ser voluntaria o involuntaria. En el primer caso, la ausencia de hijos es parte de un proyecto personal o conyugal y no se muestra como un problema biomédico. A su vez, la infecundidad involuntaria es aquella que comúnmente se traduce, en términos biomédicos, como sinónimo de infertilidad. Pero es necesario dejar en claro que no siempre una mujer, un hombre o una pareja involuntariamente infecundos presentan restricciones clínicas de fertilidad, ni siempre se descubren las causas de la infecundidad involuntaria. Así, a pesar de que la medicina reproductiva se presenta como un campo de tratamiento de la infertilidad, su principal garantía es la de solucionar por medio de las tecnologías reproductivas la infecundidad involuntaria mediante la producción de un bebé. Esa frontera entre infecundidad e infertilidad es de especial importancia para la comprensión del fenómeno moral que actualmente es abordado por leyes, normas y protocolos médicos en diferentes países latinoamericanos.

Por supuesto, podrá advertirse que estas disquisiciones que se presentarían *prima facie* como exclusivamente semánticas, no son tales. Y precisamente en torno a lo que parecería una ingenua y aleatoria elección de palabras científicas, giran cuestiones jurídicas importantes en materia de técnicas de reproducción asistida, como es la legitimación para demandar, el espectro de beneficiarios/as, la nómina de prácticas incluidas (homólogas o heterólogas), los alcances de la cobertura médica, entre otros. Todos temas que habrán de verse, en definitiva, relacionados con el contenido que se le reconozca al derecho a la reproducción.

Se observa entonces que si bien el paso de la sentencia comentada es importante en lo que a reconocimiento de derechos se refiere, máxime si se atiende al carácter cautelar y acotado del mismo, resta aún un trayecto casi tan importante como el ya recorrido. Ello, ya que de

colocarse finalmente el Juzgador en la tesis que considera a las técnicas de reproducción asistidas como terapéuticas, anclará el derecho en una óptica más bien restrictiva; mientras que si hace pivot, por el contrario, en la idea de incapacidad para concebir naturalmente, pero sin contextualizar la problemática en términos de enfermedad, podrá encuadrar la prestación de fertilización asistida en términos de servicio al consumidor lo cual habría de generar un espectro de protección sin dudas más amplio.

A partir del debate legislativo llevado a cabo en diferentes países de la región, el tema de la elegibilidad de los beneficiarios de estas técnicas de reproducción asistida ha cobrado relevancia como una de las cuestiones centrales en la reglamentación del uso y acceso a estas tecnologías. En este proceso de transformación de un asunto médico en una cuestión política, el foco de atención también se modificó. Si en la década del '90 el aspecto principal era la bioseguridad de los procedimientos, en el nuevo siglo la controversia es eminentemente moral. Por un lado, el tema de la manipulación precoz del embrión y el descarte embrionario y, por otro, la posibilidad de que personas solas y homosexuales tengan acceso a estas técnicas han provocado una intensificación del debate público.

Sostienen **Diniz-Gomez Costa**⁽⁶⁾ que "*la pareja infértil*" es una representación moral antes que un diagnóstico médico; y es a la vez una categoría que ha servido a propósitos políticos de institucionalización de la medicina reproductiva, ofreciendo garantías morales de que el acceso a las tecnologías de reproducción asistida sería exclusivo para parejas heterosexuales en situación de conyugalidad.

Esta categoría de "*pareja infértil*" tan arraigada en los debates y en general en el discurso jurídico, alude a la naturalización de la heterosexualidad como regla moral para los proyectos de constitución de familia y necesita para su sustento lógico, la superposición de infecundidad e infertilidad y la restricción del acceso de personas solas u homosexuales a las tecnologías de reproducción asistida.

(6) Diniz Débora y Gomez Costa Rosely, "Infertilidad e infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías de reproducción asistida" Publicado en "Perspectivas Bioéticas", Año 11, Número 21, Segundo semestre de 2006.

Afortunadamente, el fallo que motiva este comentario, si bien apela a conceptos que podrían considerarse una pendiente resbaladiza para la concepción amplia de un derecho a la reproducción, como son el silencio al derecho autonomía sobre el propio cuerpo y la referencia expresa al derecho a la salud y el derecho a "tener un hijo en común"; no es menos cierto que la referencia expresa a la "salud integral", al "derecho a la dignidad humana", a la "planificación familiar" y por sobre todo, la mención concreta del derecho a la "igualdad" a la hora de sopesar la cuestión litigiosa, todos encuadrados en un enfoque de derechos "fundamentales", son indicios que permiten advertir una postura que se ubicaría lejos del corte sesgado que actores conservadores del escenario político pretenden establecer como parámetros del marco interpretativo del derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Carlos Cárcova, con enfoque crítico, afirma que el derecho es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos. Es lo que la ley manda pero también lo que los jueces interpretan, los abogados argumentan, los litigantes declaran, los teóricos producen, los legisladores sancionan o los doctrinarios critican. Y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras. Esta compleja operación social dista de ser neutral, está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de la distribución efectiva del poder en la sociedad. Es un discurso ideológico en la medida en que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás. El discurso jurídico tiene entonces como una de sus finalidades la de reproducir los mecanismos de la hegemonía social y producir consenso, pues el derecho ordena pero convence, impone pero persuade, amenaza y disciplina⁽⁷⁾.

Así como el derecho puede ser un instrumento de dominación, también puede convertirse en una herramienta de cambio social. Esto implica entender que el derecho y el discurso jurídico en general pueden contribuir estratégicamente a la construcción de sociedades equitativas, siempre

(7) Cárcova Carlos María en "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho" en "Desde otra mirada". Ed. Eudeba 2009, comp.ChistianCourtis

que prestemos atención en descifrar y evidenciar los mecanismos y las relaciones de poder ínsitos en éstas⁽⁸⁾.

En apariencia el Juez ha dicho poco. Pero afirmo que solo en apariencia y como consecuencia del carácter precautorio de la medida cautelar que resuelve. Digo sólo en apariencia ya que en este caso, al margen del deber de no prejuzgar, este Juez ha dicho lo mínimo, pero en forma suficiente para sentar una postura progresista que está informada realmente por el bloque de constitucionalidad y el principio de progresividad.

El Juez habla de "*salud integral*". La Organización Mundial de la Salud (OMS) brinda un concepto amplio de la salud al definirla como "el estado general de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"⁽⁹⁾, de cuya conceptualización se advierte el carácter expansivo de este derecho, que resulta capaz de irradiar toda una gama de escenarios y relaciones que exceden la tradicional noción de "*no estar enfermo*" para aproximarse a lo que puede definirse como una situación "*integral*" de bienestar psíquico, físico y mental, moral y social, abarcativa de todas las facetas que componen la compleja personalidad humana.

Precisamente el acierto que se observa en la sentencia comentada, es que si bien el Juzgado Federal toma como base el derecho a la salud, desarticula el binomio "*infertilidad=enfermedad*" y apela al concepto de integralidad de la salud.

Cabe tener presente que de no desarticularse esa falsa categorización de pareja infértil como pareja enferma, el reconocimiento del derecho a la reproducción asistida excluiría de acceso a aquellas personas que aún en condiciones de sanidad o "*saludables*", son igualmente incapaces de procrear naturalmente como es el caso de homosexuales, de las mujeres solas, de las parejas de personas con enfermedades como el HIV, de las que padecen infencundidad o infertilidad sin causa médica o restricción clínica determinada (infertilidad involuntaria) etc. Y este dato no es menor,

(8) Citadopor David Halperin, "The Queer Politics of Michel Foucault", en Saint Foucault: Towards a Gay Hagiography, New York, Oxford University Press, 1995, p. 51.

(9) www.who.int/es Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud

en un contexto político en el cual los proyectos de ley que están en danza y que parecieran contar con mayor apoyo son aquellos que reproducen algunos estereotipos tradicionales que, lejos de abonar la construcción de una ciudadanía plena e inclusiva, pretenden resucitar (y lamentablemente, aún en forma espasmódica, lo logran) un debate que la sanción de la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario debió de haber logrado archivar definitivamente como es si existe un solo tipo de familia digna de protección legal. Y en su caso, si es la familia burguesa y occidental en su constitución tradicional (mamá mujer, papá varón e hijos/as, todos/as convivientes por supuesto) el único proyecto calificable como "plan de vida" al cual aspirar en este país.

La referencia entonces a la salud "*integral*" desenfoca la salud estrictamente física de los amparistas (infertilidad=enfermedad) y permite vislumbrar que el Magistrado ha meritado la salud reproductiva con sentido amplio para sopesar la procedencia de la cobertura de la técnica de reproducción asistida aventura un anclaje en el derecho a la salud reproductiva.

Esta interpretación se colige también cuando la sentencia habla de "*dignidad humana*", con lo cual la protección, aun cautelar, de un derecho reproductivo y de una salud "*integral*" se ven a su vez explícitamente traccionadas por la idea de derechos "*fundamentales*". Esta idea de "*dignidad humana*" y de "*derechos fundamentales*" remite rápidamente al "*enfoque de capacidades*" de **Martha Nussbaum** que persigue ofrecer las bases filosóficas para una explicación de los principios constitucionales básicos que deberían ser respetados e implementados por los gobiernos de todas las naciones, como mínimo indispensable para cumplir la exigencia de respeto, precisamente, hacia la dignidad humana.

Esta autora sostiene que en áreas fundamentales del funcionamiento humano, una condición necesaria para un acuerdo político público justo, será aquella que ofrezca a los ciudadanos un grado básico de capacidad. En esta tesis, si las personas se están encontrando sistemáticamente por debajo del umbral en alguna de estas áreas clave, esto debería ser considerado como una situación que afecta la dignidad humana. Sostiene en este sentido que el derecho al desarrollo y a la dignidad humana permite al lenguaje de los derechos llegar a poderosas conclusiones normativas sobre la base de la existencia de capacidades básicas respecto de las cuales

ha confeccionado una "lista" y ha incluido la salud corporal y los derechos reproductivos en 3º lugar reconociéndoles así el carácter de "fundamentales" o básicos para el desarrollo de todo ser humano⁽¹⁰⁾.

El enfoque de las capacidades es una teoría liberal y social al mismo tiempo que define a los derechos "fundamentales" como pretensiones morales que no tienen por qué pero que deben estar legalizadas en los sistemas político-jurídicos concretos para que éstos a su vez sean idóneos para satisfacer adecuadamente las necesidades de las personas. Estos derechos "fundamentales" se asientan sobre la dignidad humana, la igualdad y la solidaridad. MonereoAtienza indica que la noción de derechos humanos viene a coincidir con la de derechos fundamentales y que es lógico que cualquier sistema democrático legalice el conjunto de valores que conforma la ética pública común como moralidad históricamente conformada y concretada en una serie de "derechos fundamentales"⁽¹¹⁾. Así, en los Estados democráticos, los derechos humanos adquieren una jerarquía y función primordial dentro de los ordenamientos jurídicos al ser normas de reconocimiento o validación material del resto de las normas jurídicas. Esta sería la concepción que entiendo concede un verdadero carácter jurídico, y no solo moral, a los derechos, y que justifica como principio de justicia que ninguna norma puede ir en contra de los derechos fundamentales.

Y es que hablar de infertilidad no es hablar de enfermedad, de la misma forma que hablar de salud no es sólo hablar de ausencia de enfermedad. Hablar de infertilidad, esterilidad o infecundidad es hablar de una incapacidad para concebir por los medios naturales.

Así como hay un movimiento creciente para redefinir las tecnologías de reproducción asistida como un tratamiento de salud basado en la garantía de un derecho fundamental —el de constituir familia—; por otro lado, dada la imposibilidad de diagnosticar en todos los casos las causas de infertilidad, el diagnóstico de infertilidad sin causa aparente dejaría una puerta abierta para la renegociación de las tecnologías como un servicio potencialmente universal: hacer bebés.

(10) Nussbaum Martha, "Las mujeres y el desarrollo humano". Barcelona, Ed. Herder, 2002

(11) MonereoAtienza, Cristina (2010). "Desigualdades de género y capacidades humanas". Granada. España. Ed. Comares, p. 158

Es decir, para todas las personas con infecundidad involuntaria, independientemente de la existencia o no de un cuerpo estéril, le correspondería el derecho a las técnicas de reproducción asistida. La óptica médica de la infertilidad como una cuestión científica que se refiere a una "pareja estéril" pretende que el discurso jurídico y social productor de derechos ignore que la infertilidad no siempre tiene una causa médica por un lado, y por el otro que la infecundidad involuntaria antes que ser solamente una estrategia diagnóstica temporal de la medicina reproductiva para controlar lo desconocido es una categoría que, por estar asentada en la ideología naturalista que presenta a las tecnologías de reproducción asistida como un perfeccionamiento de la reproducción en la alcoba, presupone la heterosexualidad y presupone también la relación sexual efectiva de la pareja infértil⁽¹²⁾.

El cruce de la presuposición de la heterosexualidad con el diagnóstico de infertilidad sin causa aparente abre espacio para una ambigüedad estratégica en la identidad de la medicina reproductiva, al proponer como alternativas posibles desde la lógica definir las técnicas de reproducción asistida como un servicio o como un tratamiento de salud. No hay ninguna garantía de que la pareja infértil diagnosticada con infertilidad sea de hecho una pareja sexualmente activa ya que no es parte de la rutina de tratamiento de la medicina reproductiva acompañar el acto sexual de sus usuarios para comprobar el coito. Lo que los usuarios relatan y presentan es por sobre todas las cosas un discurso angustiado de infecundidad involuntaria.

Se debe analizar entonces, en esta sentencia, tanto lo dicho como lo callado, ya que ambos son elementos que configuran el mensaje.

Se advierte en tal sentido silencio sobre el carácter de "enfermedad" que reviste la infertilidad de la pareja (lo callado) y al mismo tiempo la referencia expresa a la imposibilidad de procrear naturalmente a consecuencia de patologías propias de actor y actora (lo dicho) a quienes el Juez no califica conjuntamente como estériles, infértiles o infecundos (lo callado), ni refiere haber sido tampoco así calificados (ni calificadas las patologías de sus propios cuerpos) por el médico que prescribe el tratamiento (lo dicho).

(12) Diniz-Gomez Costa (op. Cit)

Finalmente, no puede pasarse por alto en el análisis de los silencios y las palabras que conforman el contenido del derecho reproductivo, por un lado, que esta sentencia ha venido a garantizar, el criterio de igualdad sustantiva que el Magistrado asume al invocar expresamente el derecho a la "igualdad" en su razonamiento. Y, por otro lado, el dato sin dudas relevante que implica que el Juzgador haya tomado como precedente un fallo emblemático que en el año 2009 abriera las puertas de acceso a la reproducción asistida ordenando a OSBA cubrir el tratamiento indicado médicamente a una pareja de lesbianas, como fue el "*P.M.E. y otros c/ OSCBA (ObraSocial de la Ciudad de Buenos Aires) s/amparo (art. 14 CCABA) Expte. N° 35403/0*" el Juzgado Nro. 5 a cargo de la Dra. Elena Liberatori⁽¹³⁾.

Un compás casi perfectamente sincronizado en su argumentación, la doctrina idéntica seleccionada por ambos pronunciamientos, la jurisprudencia escogida también coincidente en ambos casos e incluso la misma lógica de los hechos y el derecho que organizan ambas sentencias, son datos que alientan sobre una concepción igualitaria de verdad que afina su fundamento en un derecho reproductivo y en un derecho a planificar la propia vida con autonomía suficiente, más allá de juzgar si la causa eficiente de esa incapacidad es de corte patológico o no. Y más allá de analizar la conveniencia de que tal o cual tipo de familia esté legitimada para reclamar un plan de vida digno de protección. ¿O acaso la incapacidad para procrear naturalmente es más o menos natural, más o menos saludable o más o menos digna según las preferencias sexuales o las cosmovisiones de conformación familiar que tengan los "*incapaces*" de los que hablemos?

Sobre el contenido de estos derechos reproductivos, doctrina calificada y comprometida con el nuevo paradigma de derechos humanos que informan los derechos fundamentales en la actualidad se esfuerza desde hace tiempo en instalar a modo de "*piso*" tres aspectos distintos pero complementarios: información, prevención y planificación. Éste último, supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas, y va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién hacerlo, por qué medios, la elección

(13) http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/12/01/noticia_0004.html consultado el 22/02/2012

del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse y la elección de cuántos hijos tener⁽¹⁴⁾.

La “elección de medios” para concretar el derecho a la reproducción en los casos en los que naturalmente una persona o una pareja no tiene tal capacidad, demanda una prestación en materia de salud que tienda a efectivizar tal derecho como parte del plan de vida que constitucionalmente se garantiza a todos y a todas, sin especificar.

Se advierte así que la política pública debe recepcionar el derecho a la concepción y el derecho a la contracepción como dos caras de una misma moneda. Esta interacción entre derechos sexuales y derechos reproductivos requiere de una acción política que optimice los servicios de salud para elevar los standards de desarrollo humano. Este dato no es menor si se atiende al hecho de que en América Latina la infertilidad secundaria, producto de enfermedades de transmisión sexual y de abortos clandestinos, registra altos porcentajes sobre todo en sectores desaventajados de la población. Y por desaventajados no necesariamente me refiero a sectores de escasos recursos o por debajo de la línea de pobreza, sino a todos aquellos que pudieran tener estructuralmente afectado su derecho por estar en inferioridad de condiciones para decidir, como es el caso de las niñas, niños y adolescentes, de algunos grupos de mujeres, de personas que se identifican con minorías sexuales. Como se observa entonces, estas aristas del derecho a la salud reproductiva y su sinergia con la salud sexual son asuntos pendientes de encarar seriamente en materia de política sanitaria a nivel local. Quizás otro síntoma de ello sea la falta de adhesión de la Provincia de Tucumán a la Ley Nacional N° 25.673 de salud sexual y reproductiva.

(14) GILDOMÍNGUEZ, Andrés, Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ley 25.673. Doctrina-Jurisprudencia-Legislación, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 23 y ss. Vertambién, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María Victoria- HERRERA, Marisa, Derecho constitucional de familia, t. I, Buenos Aires, Ediar, 2006, ps. 592 y ss.; BROCK, Dan, “Libertad reproductiva: su naturaleza, bases y límites”, Dilemas Éticos, Platts, Marx (compilador), Fondo de Cultura Económica, México, 1997; citados por FAMÁ, María Victoria, “La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como underecho humano”, LL 2009-D, 78

Wendy Harcourt⁽¹⁵⁾ señala en su análisis del enfoque de desarrollo humano de las políticas corporales en mujeres, que el tema de la infertilidad "*brilla por su ausencia*" en todos los indicadores, índices, muestreos, sondeos o estadísticas de género y desarrollo que a nivel internacional se confeccionan. Y ello, debido a que se supone que la planificación familiar en la política de desarrollo consiste más en controlar la natalidad o la fertilidad que en asistir la infertilidad. La mirada puesta en un cuerpo concebido histórica, cultural y religiosamente como reproductor impide ver los cuerpos no reproductores, su condición, su identidad, la energía vital y los recursos económicos que invierten en encuadrar en un modelo preconcebido de mujer (el de la mujer-madre) y la problemática que esta situación le ocasiona a la persona, a la pareja o a la familia que no es capaz de concebir naturalmente un hijo. Esta autora señala que la falta de consideración legal de estas situaciones "*vacía la retórica de la planificación familiar y suscita preguntas sobre qué opciones están determinando los servicios que se prestan a la población*".

También se advierte en la sentencia comentada un aporte importante, por su concepción igualitaria, para el debate de la implementación y normativización definitiva del derecho a la concepción o a la reproducción con técnicas de asistencia ya que en la mayoría de los proyectos que están en tratamiento en la Cámara Baja los representantes del pueblo parecen encontrarlo legítimo sólo a la categoría pareja infértil cuya juridicidad ya se ha puesto en duda en este artículo. A nivel local el único proyecto que tendría entrada efectivamente es uno que aboga por la fertilización asistida pero dando trato expreso de enfermedad a la infertilidad lo cual tiene un sesgo, como se vio, de exclusión en cuanto a los beneficiarios potenciales y proponiendo sólo reproducción homóloga lo cual también tendría un sesgo de discriminación⁽¹⁶⁾.

Esta línea política que identifica lo natural con aquellos parámetros que se dan con mayor frecuencia o con ciertos estándares preconcebidos de roles y estereotipos culturales (pareja estable, matrimonio heterosexual y pareja estéril en el caso de infertilidad) no es novedad en nuestro país. De

(15) Harcourt Wendy en "Desarrollo y Políticas Corporales". Barcelona, Ed. Balleterra 2011, p 92

(16) <http://www.elsigloweb.com/nota.php?id=82401> consultado el 22/2/2012

hecho la falta de consideración legal a la fecha de una ley de fertilización asistida entraña un claro supuesto de discriminación en perjuicio de aquellas personas que no son "naturalmente" madres o padres en potencia y que carecen a la fecha de la igualdad que la constitución les garantiza respecto de los demás habitantes en la confección de su propio plan de vida, por encontrarse a la fecha sin consenso la ley que ampararía sus derechos. Silvia Levin alude a una "*inmunidad inducida*"⁽¹⁷⁾ para referirse al consenso político que precedió históricamente a toda acción política en materia de salud sexual y salud reproductiva en Argentina.

La autora relata así que en el marco de la negociación política que anticipa la sanción de la ley nacional de salud sexual y reproducción responsable, sectores conservadores del poder y de la sociedad civil, aliados estratégicamente con la Iglesia Católica, pujaron para mantener un orden simbólico que se opone la emancipación de la mujer. Esa negociación trajo como consecuencia que los derechos sexuales y reproductivos al tiempo que tomaban estado de norma, se afincaran legislativamente ambos como derechos sociales y no como derechos personalísimos, con todo lo que ello implica. El reconocimiento de la salud sexual y de la salud reproductiva como derechos sociales se propuso compensar la negación de la libertad del cuerpo de las mujeres para decidir y finalmente la ley N° 25.673 logró institucionalizar el derecho de las "mujeres madres sanas" y excluyó tanto a las "*mujeres que no quieren ser madre*", como a las "*mujeres infecundas, estériles o infértiles*".

Es así que el acceso a las técnicas de reproducción asistida que permite la sentencia en comentario, viene a dar un poco de lógica y a compensar, si se quiere, la desigualdad existente en la política sanitaria del Estado que, al mismo tiempo que induce, protege y hasta incentiva económicamente la maternidad (con subsidios, planes sociales y figuras penales específicas), se olvida de aquellas mujeres que son incapaces de ser madres por vías naturales pero que igualmente tienen derecho de planificar su propia vida.

La reforma constitucional de 1994, pese a haber eludido el debate puntual de los derechos reproductivos, con la creación del bloque de constitucionalidad generó las bases propicias para lo que Paola Bergallo denomina

(17) Levin Silvia en "Derechos al revés ¿Salud sexual y salud reproductiva sin libertad?. Buenos Aires, Ed. Espacio, 2010, p. 243

"proceso de especificación de los derechos reproductivos"⁽¹⁸⁾ que en los hechos dieron como frutos programas de salud reproductiva, provisión de anticoncepción, educación sexual a nivel escolar, visibilización de la violencia reproductiva, entre otros adelantos. Ahora bien, también esta autora señala que cada vez que se aprobaron normas en el ámbito de salud sexual o salud reproductiva, se postergó el debate sobre la interpretación del mandato constitucional al respecto y una posición *"moderadamente progresista fue la regla"* que permitió *"encorchetar"* la discusión sobre otros temas que no fueran aquellos que la voluntad política pretendió instalar en cada oportunidad.

El artículo 75, inciso. 23, de la Constitución Nacional establece que el Congreso Nacional tiene la obligación, entre otras, de *"legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"*. Sin embargo, el Congreso no ha logrado hasta la fecha cumplir con su obligación de legislar. Esta falencia no puede ser trasladada a los particulares y mucho menos tener la virtualidad de afectar el plan de vida, la dignidad humana, la igualdad y la salud integral de la población. O no debería.

La problemática de las personas que no son capaces de concebir naturalmente un hijo o una hija, fue y es uno de los temas que no encuentra a la fecha resguardo legal. Lamentablemente la desidia legislativa en materia de reproducción asistida, la instalación de estos temas en la agenda pública motorizada a pulmón y casi exclusivamente por movimientos sociales y parte de la sociedad civil, la lucha desmesurada de sectores conservadores en la manutención de status quo que favorece la falta de desarrollo humano, sobre todo en sectores vulnerables, y la orfandad de una política sanitaria clara en materia de derechos sexuales y reproductivos han dejado sistemáticamente, en los últimos tiempos, al Poder Judicial la pesada tarea de intentar sanear, con verdaderos *"parches jurídicos"*, esta realidad de asimetrías y derechos *"fundamentales"* sin atender.-

(18) Bergallo Paola, "La Constitución 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria" Comp. Roberto Gargarella, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2011.

Una sentencia que habla de dignidad humana como "*derecho fundamental*", una sentencia que frente a la maniobra no ingenua de actores políticos desarticula el binomio "*infertilidad-enfermedad*" hablando de "*salud integral*" y de "*igualdad*" y una sentencia que se apoya para hablar en un precedente como es el fallo "*P.M.E. y otros c/ OSCBA*" que ha reconocido por primera vez el derecho reproductivo de acceso a las técnicas de fertilización para parejas de lesbianas, puede no ser suficiente por su aplicación a un solo caso concreto, pero es un muy buen comienzo para un derecho a la reproducción que es rehén de la anomia no sólo en Tucumán.

Bibliografía

- Bergallo Paola, (2011) "La Constitución 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria" Comp. Roberto Gargarella, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI.
- Cárcova Carlos María en "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho" en "Desde otra mirada" Ed. Eudeba 2009, comp. ChistianCourtis
- Diniz Débora y Gomez Costa Rosely, (2006) " Infertilidad e infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías de reproducción asistida" Publicado en "Perspectivas Bioéticas", Año 11, Número 21. Ed. Gedisa. FLACSO
- Harcourt Wendy (2011) en "Desarrollo y Políticas Corporales". Barcelona, Ed. Balleterra.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina (2006). Ed Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R. : IIDH
- Levín Silvia (2010) "Derechos al revés ¿Salud sexual y salud reproductiva sin libertad?. Buenos Aires, Ed. Espacio, 2010.
- MonereoAtienza, Cristina (2010). "Desigualdades de género y capacidades humanas". España, Ed. Comares, Granada.
- Nussbaum Martha (2002) "Las mujeres y el desarrollo humano". Barcelona, Ed. Herder,
-



Fuentes citadas

Índice de autores citados

- ABRAMOVICH, V. - COURTIS, C. (2001), “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, en *La Ley*, 2001-D, 22.
- ADORNO, T. W. (1985), *Minima Moralia. Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1985.
- AGAMBEN, Giorgio, (1998). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos, Madrid.
- AGUIAR E. SILVA, J. (2001), *A prática judiciária entre direito e literatura*, Coimbra, Almedina.
- AGUILAR, F., “Teorías modernas de la justicia”, disponible en http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Sociales/Profesores/jramirez/PDF/Aguilar-Teorias_de_justicia.pdf
- AGUILÓ REGLA, J. (2007), “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 665-675.
- ALCHOURRÓN, C.E. (1996), “On Law and Logic”, *Ratio Juris* 9, vol. N°4, pp. 331-348.
- ALEGRE, M. – GARGARELLA, R. (2007), “El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”, Buenos Aires, LexisNexis,.
- ALPA, G. (1997), “Law & Literature: un inventario di questioni”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2.
- ALTHUSSER, Louis (1995), “Machiavel et nous”, *Écrits philosophiques et politiques*, tome II, París, Stock/Imec.
- ARANGO, R. (1999), ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá, Siglo del Hombre.
- ARIAS AMICONE, M. (2008), “Acceso a los sistemas de atención sanitaria” *La Ley NOA*, 2008, p. 420.
- ARIAS AMICONE, M. (2011), “La Corte Salteña y el acceso a la atención sanitaria”, *La Ley NOA*, 2011 (mayo), 367.
- ARISTÓTELES (1974), *Poética*, edición trilingüe, trad. V. García Yebra, Madrid, Gredos.
- ATIENZA, M. (2001), *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- BERGALLO Paola (2011) “La Constitución 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria” *Comp. Roberto Gargarella*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI.
- BERGER Y LUCKMANN (2001), “La construcción social de la realidad”, Buenos Aires: Amorrortu.
- BERKINS, L. (2006), “Un itinerario político del travestimiento” en: Maffia, D. (2006), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria.
- BLANCHOT, M. (1996), *El diálogo inconcluso*, Caracas, Monte Ávila Editores.
- BOFF, L. (1996), “La ecología como nuevo espacio de lo sagrado” en: *Ecología solidaria*, Valladolid, Trotta.
- BOLAÑO, Roberto (2003), “El policía de las ratas”, *El gaucho insufrible*, Barcelona: Anagrama.

- BOTERO BERNAL, A. (2008), "Derecho y Literatura: un nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso". En CALVO GONZÁLEZ, J. (Dir.) (2008), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, pp. 29-39.
- BULYGIN, Eugenio (2006), *El positivismo jurídico*, México, Fontamara.
- BUTLER, Judith (2006), *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós.
- BUTLER, Judith (2001), "El género en disputa", Méjico: Paidos.
- BUTLER, Judith (2009), "Dar cuenta sí mismo: Violencia ética y responsabilidad", Buenos Aires: Amorrortu.
- CACCIARI, Máximo (1999), *El archipiélago. Figuras del otro en Occidente*, trad. M. Crag-nolini, Buenos Aires, Eudeba.
- CALSAMIGLIA, Albert (1998), "Postpositivismo", *Doxa*, 21, I, pp. 209-220.
- CALVO GONZALEZ, J. (2008), "Derecho y Literatura. Intersecciones instrumental, estructural e institucional". En CALVO GONZÁLEZ, J. (Dir.) (2008) *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, pp. 3-27.
- CALVO GONZALEZ, J. (1996), *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Barcelona, Ariel.
- CANNATA, Carlo Augusto (1996), *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos.
- CÁRCOVA Carlos M. en "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho" en "Desde otra mirada" Ed. Eudeba 2009, comp.Chistian-Courtis.
- CÁRCOVA, Carlos M. (1998), *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta.
- CÁRCOVA, Carlos M. (2007), *Las teoría jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- CÁRCOVA, Carlos M. (2008), "Ficción y verdad en la escena del Derecho". En CALVO GONZÁLEZ, J. (Dir.) (2008), *Implicación Derecho Literatura. Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho*, Granada, Comares, pp. 283-298.
- CÁRCOVA, Carlos M. (1998) "La opacidad del derecho", Madrid: Trotta.
- CÁRCOVA, Carlos M. (1998). *La opacidad del derecho*. Editorial Trotta, Madrid.
- CÁRCOVA, Carlos M. (2001). "Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho": Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires.
- CÁRCOVA, Carlos M. (2007). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. LexisNexis, Buenos Aires.
- CARDOZO, Benjamin (1925), "Law and Literature", *The Yale Review*, 14, pp. 699-706.
- CARTABIA, Sabrina A. (2012), "Toda sentencia es política", *Los derechos de las mujeres en la mira*, Buenos Aires: ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.
- CELS (2011), *Informe de Derechos Humanos*. Clastres, P. (2008), *La sociedad contra el Estado*, Buenos Aires, Terramar, pp. 12/21.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General n° 14*.

- COSENTINO, Fabrizio (1996), "Law and Literature: bagliori italiani", *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1, pp. 179-195.
- COVER, Robert (1995), "Nomos and narrative" en *Narrative, violence and the law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press.
- CRAGNOLINI, Mónica B. (1998), "la razón imaginativa: una posibilidad de 'ampliación' de la racionalidad". En CRAGNOLINI, M. B. y MALIANDI, R. (comps.) (1998), *La razón y el minotauro*, Buenos Aires, Editorial Alma-gesto, pp. 39-64.
- DA SILVEIRA, P. (2000), "Política & Tiempo. Hombres e ideas que marcaron el pensamiento político", Taurus-Alfaguara, Buenos Aires.
- DELEUZE, Gilles (1996), *Crítica y Clínica*, Barcelona, Anagrama.
- DELEUZE, Gilles (2008), *Foucault*, Buenos Aires, Paidós, pp. 50.
- DELEUZE, Gilles (2006), "En medio de Espinoza", Buenos Aires: Cactus.
- DERRIDA, Jacques (2006), *La hospitalidad*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor.
- DERRIDA, Jacques (1989), "This strange institution called literature. An interview with Jacques Derrida" en DERRIDA, J. (1992), *Acts of literature*, Derek Attridge ed., London, Routledge, pp. 33-75.
- DERRIDA, Jacques (1993), *Passions*, Paris, Galilée.
- DERRIDA, J. (1995), *Dar el tiempo: la falsa moneda*, Barcelona, Paidós.
- DERRIDA, J. (1996), "Demeure: fiction et témoignage". En LISSE, M. (dir.) (1996), *Pas-sions de la littérature avec Jacques Derrida*, Paris, Galilée, pp. 13-73.
- DERRIDA, Jacques "Fuerza de ley: el "fundamento místico de la autoridad"", disponible en URL:
- DINIZ Débora y GOMEZ COSTA Rosely, (2006) "Infertilidad e infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías de reproducción asis-tida" Publicado en "Perspectivas Bioéticas", Año 11, Número 21. Ed. Gedisa. FLACSO
- DOUFORMANTELE, A. (2006), *La hospita-lidad*, Buenos Aires, Ediciones de la Flor, pp. 30.
- DWORKIN, Ronald (1982), "Law as interpre-tation", *Texas Law Review*, 60, pp. 527-550.
- DWORKIN, Ronald (1982), "Working on the chain gang: interpretation in the law and in literary criticism", *Critical Inquiry*, 9, 1, pp. 201-216.
- DWORKIN, Ronald (1983), "My reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please don't talk about objectivity any more". En MITCHELL, W. J. T. (1983), *The poli-tics of interpretation*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 287-313.
- DWORKIN, Ronald (1983-84), "Wrong again", *Texas Law Review*, 62, pp. 299-316.
- DWORKIN, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel.
- DWORKIN, Ronald (1988), *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa.
- ENGELHARDT, H. Tristram (1995), "Los fundamentos de la bioética", Barcelona, Paidós.
- FISH, Stanley (1980), *Is there a Text in this Class? The Authority of Interpretative*

- Communities, Cambridge, Harvard University Press.
- FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- FOUCAULT, Michel (1990), “Omnes et singulatum: hacia una crítica de la razón política”, Barcelona: Paidós.
- FOUCAULT, Michel (2002), “Vigilar y castigar, el nacimiento de la prisión”, Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- FOUCAULT, Michel (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, Barcelona.
- FOUCAULT, Michel, (1996). *Genealogía del racismo*. Caronte Ensayos, Editorial Acme, Buenos Aires.
- FRASER, Nancy (1997), *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición “post-socialista”*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar (1995). *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. J. .M. Bosch Editor, Barcelona.
- GONZÁLEZ DE REQUENA FARRÉ, Juan A. (2009), “Comunidades interpretativas. Perspectivas de la hermenéutica literaria de Stanley Fish”, *Alpha*, 29, pp. 233-249.
- GOODMAN, Nelson, (1990). *Maneras de hacer mundos*, Visor, Madrid.
- GROSMAN, Lucas (2008), “Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución”, *Librería*, Buenos Aires.
- GUARIGLIA, Osvaldo –VIDIELLA, Graciela(2011); “Breviario de Ética”, Buenos Aires, Edhasa.
- GUERRA PALMERO, María J. (2005), “Naturaleza, biotecnología y globalización. Una controversia ecofeminista” en: *Medio Ambiente y Comportamiento Humano*, vol. 6(2) 205/ 226.
- HÄBERLE, Peter (1990), „Begegnungen von Staatsrechtslehre und Literatur“, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 115, 1, pp. 83-92.
- HARAWAY, Donna (1999), “Las promesas de los monstruos: Una política regeneradora para otros inapropiados/bles” en: *Política y Sociedad*, 30, Madrid.
- HARCOURT Wendy (2011) en “Desarrollo y Políticas Corporales”. Barcelona, Ed. Balleterra,
- HEIDEGGER, Martin (1951), *El ser y el tiempo*, trad. José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica.
- HEIDEGGER, Martin (1985), *Gesamtausgabe. II. Abteilung: Vorlesungen 1919-1944. Band 61. Phänomenologische Interpretationen zu Aristoteles. Einführung in die phänomenologische Forschung*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann.
- HELLER, Agnes, (1997). *Teoría de la modernidad*. Curso de Posgrado, Facultad de Filosofía y letras, UBA.
- HOLMES, S. –SUSTEIN, C. (2011), “El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos”, *Siglo XXI Editores*, Buenos Aires.
- HOPP, Cecilia Marcela “Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate”. Ponencia presentada en las II Jornadas para Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales, 28 de octubre 2010, UBA, Derecho.

- HORKHEIMER, M. u. ADORNO, T. W. (1969), *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Frankfurt am Main, S. Fischer.
- http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01475285622392795209079/cuaderno11/doxa11_07.pdf
- INI, María Gabriela (2000), “Infanticidios. Construcción de la verdad y el control de género en el discurso judicial”, *Historia de las mujeres en Argentina*, s. XIX, Taurus, Buenos Aires.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina (2006). Ed Instituto Interamericano de Derechos Humanos. – San José, C.R. : IIDH
- JESTAZ, Phillippe y JAMIN, Christophe (2004), *La doctrine*, París, Dalloz.
- KARAM TRINDADE, A. / MAGALHAES GUBERT, R. (2009), “Derecho y literatura. Acercamientos y perspectivas para repensar el derecho”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”*, III, 4, pp. 164-213.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke.
- KENNEDY, D. (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, trad. D. E. López Medina y J. M. Pombo, Bogotá, Siglo del Hombre.
- KINGREN, K. A. (1993), *The Dworkin-Fish debate: Dworkin revised as a non-foundational thinker*, Durham, Duke University.
- KRYNEN, Jacques (2009), *L’ideologie de la magistratura ancienne*, París, Gallimard.
- LACLAU, M. (2008), “Aproximaciones a la teoría de la Justicia de John Rawls”, en “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, Buenos Aires, AbeledoPerrot.
- LEDWON, L. (ed.) (1995), *Law and Literature: Text and Theory*, New York, Garland Publishing.
- LEVÍN Silvia (2010) “Derechos al revés ¿Salud sexual y salud reproductiva sin libertad?”. Buenos Aires, Ed. Espacio, 2010.
- LÉVINAS, E. (2006), *Algunas reflexiones sobre la filosofía del hitlerismo*, Buenos Aires, FCE.
- LÉVINAS, E. (2008), *Difícil Libertad*, Buenos Aires, Editorial Lilmod.
- LONZI, C. (1972), *Sputiamo su Hegel e altri scritti*, Milán, Rivolta Femminile.
- LUHMANN, Niklas, (1995). “La autopoiesis de los sistemas sociales”: *Zona Abierta 70/71*, Madrid.
- LUHMANN, Niklas, (1997). *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Paidós, Barcelona.
- LUHMANN, Niklas, (2002). *El derecho de la sociedad*. Universidad Iberoamericana, México.
- LUHMANN, Niklas, (2010). *Los derechos fundamentales como institución*, Universidad Iberoamericana, México.
- LUHMANN, Niklas. (1994). “El derecho como sistema social”: *No hay derecho*, No. 11.
- LUNA, F. - SALLES, A. (2008), “Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos”,

- Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- MACHADO, P. S. (2009), "Confesiones corporales: algunas narrativas sociomédicas sobre los cuerpos intersex" en: Cabral, M., Interdicciones, Córdoba, Anarrés Editorial.
- MALAURIE, P. (1997), *Droit et Littérature. Une anthologie*, Paris, Cujas.
- MARÍ, E. (2002), "Venturas y desventuras de la interdisciplinariedad hoy; Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja" en MARÍ, E. (2002) *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, pp. 217-252.
- MARÍ, E. (2002), *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Editorial Eudeba.
- MARION, J.-L. (1977), *L'idole et la distance. Cinq études*, Paris, Grasset et Fasquelle.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (1992). *La imaginación jurídica*, Debate, Madrid.
- MAUPASSANT, Guy (1994), "El Horla". México: CNCA.
- MAYORAL, J. A. (ed.) (1987), *Estética de la recepción*, Madrid, Arco/Libros.
- MEIER, H. (2008), Carl Shmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político, sobre un diálogo entre ausentes, Buenos Aires, Katz Editores.
- MILLER A. (2004), *Derechos Sexuales. Derechos Reproductivos. Derechos Humanos*, Lima, III Seminario Regional, CLADEM.
- MITTICA, M. P. (ed.) (2011), *Diritto e narrazioni. Temi di diritto, letteratura e altre arti*, Milano, Ledizioni.
- MONEREOATIENZA, Cristina (2010). "Desigualdades de género y capacidades humanas". España, Ed. Comares, Granada.
- MOUFFE, Chantal, (2007). *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- NANCY, J.-L. (2006), *El intruso*, trad. M. Martínez, Buenos Aires, Amorrortu.
- NAVARRETE POBLETE, J. (2004) "Michael Walzer y 'Igualdad Compleja'", en "Derechos y Libertades", n° 13, Madrid disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3755/1/DyL-2004-IX-13-Navarrete.pdf>
- NAVARRO, Pablo Y REDONDO, Cristina (compiladores) (2002), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- NIETZSCHE, F. (1990), *La ciencia jovial*. "La gaya ciencia", trad. José Lara, Caracas, Monte Ávila.
- NUSSBAUM Martha (2002) "Las mujeres y el desarrollo humano". Barcelona, Ed. Herder.
- NUSSBAUM, Martha (1997), *Justicia poética. La imaginación literaria y la vida pública*, trad. Carlos Gardini, Santiago de Chile, Andrés Bello.
- NUSSBAUM, Martha (2006), *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, trad. R. Orsi y J. M. Inarejos, Madrid, Visor.
- NUSSBAUM, Martha (2006), *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, trad. Gabriel Zadunaisky, Buenos Aires, Katz.
- OLSEN, F. (1990), "El sexo del derecho". En COURTIS, C. (comp.) (2009), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Eudeba, pp. 481-500.

- OST, François, (2004), *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob.
- OST, François, (2006), "El reflejo del derecho en la literatura", trad. René González de la Vega, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 334-348.
- OST, François, (1993). "Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez", en *Doxa*, nro. 14, Alicante.
- OST, François, (1993), "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez", *Doxa* nro. 14, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales.
- PEÑALVER, M. (2005), *Las perplejidades de la comprensión*, Madrid, Síntesis.
- PÉREZ, C. (2006), "Derecho y literatura", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 24, pp. 135-153.
- PISCITELLI, Alejandro (1993). *Ciencia en movimiento. La construcción social de los hechos científicos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- PITCH, Tamar (2003), "Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad", Madrid: Trotta
- PLATÓN (1986), *Diálogos IV: República*, trad. C. Eggers Lan, Madrid, Gredos.
- POSNER, R. (2000), *Law and Literature*, Cambridge, Harvard University Press.
- PRECIADO, B. (2009), *Biopolítica del género*, Buenos Aires, ediciones Ají de Pollo.
- PRESAS, M. (2003), "La recepción estética". En XIRAU, R. y SOBREVILLA, D. (eds.) (2003), *Estética*, Madrid, Trotta, pp. 123-144.
- RANCIÈRE, J. (2009), "Les démocraties contre la démocratie". En AGAMBEN, G. et al. *Démocratie, dans quel état?* Montréal, Les Éditions Écosociété, pp. 66-70.
- RINESSI, Eduardo (2003), *Política y tragedia. Hamlet entre Hobbes y Maquiavelo*, Buenos Aires, Colihue.
- RODRÍGUEZ, C. (1999), "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial". En KENNEDY, D. (1999), *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate en la teoría crítica del derecho (CLS)*, trad. D. E. López Medina y J. M. Pombo, Bogotá, Siglo del Hombre, pp. 17-88.
- ROGGERO, J. (2011), "Entre la justicia y el derecho. Una lectura crítico-deconstructiva de '¿Qué es la justicia?' de Hans Kelsen", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones 'Ambrosio L. Gioja'*, V, número especial, pp. 453/461.
- ROSENZWEIG, F. (2005), *El nuevo pensamiento*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editores.
- ROSENZWEIG, F. (2006), *La estrella de la reedición*. Salamanca, Ed Sígueme.
- RUIZ, Alicia, (2006), "Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría crítica del derecho)" en: Cárcova C. M. (2006), *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis.
- RUIZ, Alicia, (2009), *¿Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice qué es el bien común?*, Buenos Aires, Ediciones Ají de Pollo, Tomo II.
- RUIZ, Alicia (1991), "La ilusión de lo jurídico", *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires: AbeledoPerrot.

- RUIZ, Alicia (2000), "De las mujeres y el derecho", *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires: Biblos.
- RUIZ, Alicia (2001 b), "La construcción social y jurídica de la verdad", *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RUIZ, Alicia (2001), "Derecho, democracia y teoríasíticas al fin de siglo", *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RUIZ, Alicia (2011) "Violencia y vulnerabilidad", *Revista Institucional de la Defensa Pública*, Año 1, N° 1, Buenos Aires.
- RUIZ, Alicia (2001). *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- SAMPAIO DE MORALES GODOY, A. (2008), *Direito e Literatura. Ensaio de síntese teórica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SANSONE, A. (2001), *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè.
- SCHELLY, J. M. (1985), "Interpretation in law: The Dworkin-Fish debate (or, soccer amongst the Gahuku-Gama)", *California Law Review*, 73, 1, pp. 158-180.
- SCHMITT, Carl (1963), *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Academic Verlag
- SCHNEIDER, P. (1987), *...ein einzig Volk von Brüdern: Recht und Staat in der Literatur*, Frankfurt, Athenäum.
- SPERLING, D. (2008), "Abraham con Hamlet", texto inédito.
- SPERLING, D. (2008), "Allegoreo" en Spinoza: cuarto coloquio, Córdoba, Editorial Brujas.
- TALAVERA, P. (2006), *Derecho y literatura*, Granada, Comares.
- TATIÁN, Diego (2008), "Ontología de la generosidad" en Spinoza: cuarto coloquio, Córdoba, Editorial Brujas.
- TEUBNER, Gunther, (1995). "Y Dios se echó a reír...Indeterminación, autorreferencia y paradoja en el derecho": *Zona Abierta 70/71*, Madrid.
- VAGGIONE, J.M. (2005), "Los roles políticos de la religión. Género y sexualidad más allá del secularismo" en: Vassallo, M. et. al. (2005), *En Nombre de la Vida. Católicas por el Derecho a Decidir*, Córdoba. Argentina.
- VITURRO, P. (2010), "Reflexiones acerca del litigio en materia de géneros y sexualidades" en: *Derechos de las mujeres y discurso jurídico: Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*, 1ª ed., Buenos Aires, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, ELA.
- WALDRON, J. (2000), "El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'Derechos' contra 'necesidades'", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 2, n° 1 (noviembre de 2000), Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, Argentina.
- WARAT, L. A. (1998), *Manifesto do surrealismo jurídico*, São Paulo, Acadêmica.
- WARAT, L. A. (2000), *A ciência jurídica e seus dois maridos*, Santa Cruz do Sul, Edunise.
- WARNING, R. (ed.) (1989), *Estética de la recepción*, trad. R. Sánchez Ortiz de Urbina, Madrid, Visor.
- WHITE, J. B. (1973), *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston, Little, Brown & Co.
- WIGMORE, John (1908), "A List of Legal Novels", *Illinois Law Review*, 3, pp. 574-596.

A los colaboradores

La Revista de Filosofía del Derecho publica artículos originales, notas críticas, discusiones y reseñas bibliográficas.

Los siguientes son algunos de los temas de interés: bioética, derecho y argumentación, derecho y economía, derecho y lenguaje, derecho y lógica, derecho y moral, derecho e informática, derecho y poder, concepciones del derecho, enseñanza del derecho y de la filosofía, funciones del derecho, género e identidad sexual, igualdad, justicia, metodología jurídica, filosofía política. La lista es meramente enunciativa.

Las colaboraciones deben ser remitidas a:

Prof. Cecilia Sgrazutti, csgrazutti@live.com.ar;

Prof. Diego Duquelsky, Dduquelsky@jusbaire.gov.ar.

Las características que deben tener los artículos son: extensión máxima de 10.000 palabras, notas al pie de página, no al final del trabajo, numeradas en forma consecutiva. Las referencias se citarán en el texto, entre paréntesis, por el apellido del autor y el año de publicación; por ejemplo, (Hart, 1961). Al final se pondrá, bajo el encabezamiento "Bibliografía", un listado completo de las referencias bibliográficas, por orden alfabético de los apellidos de los autores citados. Los títulos de libros y de revistas se escribirán en cursiva y los de artículos entre comillas dobles, según el siguiente orden:

Alchourrón, C.E. (1996), "*On Law and Logic*", *Ratio Juris* 9, vol. N°4, pp. 331-348.

Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.

Por cualquier consulta o información sobre el particular, no dude en comunicarse con la Prof. Cecilia Sgrazutti (T.Cel.: (011) 6710-8796) o con el Prof. Diego Duquelsky (tel (011) 4011-1312), Secretarios de Redacción de la revista.

