

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 14 | 2017 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 14 | 2017 | Buenos Aires



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

- a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.
- b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.
- c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.
- d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 14, diciembre 2017

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, of. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4011-1312 - info@aafder.org - URL: <http://www.aafder.org/ideasderecho/>

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en su taller, Berón de Astrada 2433, Ciudad de Buenos Aires, en la segunda quincena de diciembre de 2017.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Juan Pablo Alonso

VICEPRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

SECRETARIA

María Gabriela Scataglini

TESORERA

María Claudia Torrens

VOCALES TITULARES

Eduardo Barbarosch

Martín F. Böhmer

Hernán G. Bouvier

Jorge Eduardo Douglas Price

Diego Duquelsky Gómez

Juan B. Etcheverry

Daniel Alejandro Herrera

Eduardo Méndez

Claudina Orunesu

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTES

Eugenio Bulygin

Carlos Cárcova

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORES DE CUENTAS

Eloy Emiliano Suárez (titular)

Luciano Laise (suplente)



REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Juan Pablo Alonso (UBA) - Jorge Douglas Price (UNComa)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Natalia V. Gutierrez (UBA)

Diego Luna (UBA)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Claudina Orunesu (UNMdP)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Eduardo Soderó (UNL)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

José Calvo González (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIOS

María Isolina Dabove

La construcción jurídica de la igualdad	3
---	---

Franco Gatti

Fundamentos de las ficciones jurídicas. El carácter instrumental de la igualdad ante la ley	31
---	----

Marina Gorali

Notas sobre Anne Wagner y el movimiento de semiótica jurídica	49
---	----

María Natalia Zavadvivker

El sesgo ideológico en la interpretación del determinismo y el libre albedrío por parte de conservadores y progresistas	63
---	----

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Julio Germán von Kirchmann

El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho	83
--	----

RESEÑAS

Mariana Isern

Libro: HERRERA, ENRIQUE M., <i>Práctica metodológica de la investigación jurídica</i> , Buenos Aires, Astrea 2017	113
---	-----

Normas de publicación para los autores	119
--	-----

Declaración de originalidad	127
-----------------------------------	-----

ESTUDIOS

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA IGUALDAD

MARÍA ISOLINA DABOVE*

Resumen. La igualdad es, sin duda, uno de los términos más polisémicos con el que podemos encontrarnos en el vasto mundo del derecho y es el resultado de una compleja construcción cultural. Este trabajo se escribe con el propósito de identificar estas definiciones y sistematizarlas en alguna teoría que las comprenda de manera integral. Desde la *iurfilosofía*, se observan los sentidos diversos de igualdad que aparecen en la vida jurídica y los integra desde el marco teórico de la teoría trialista. Como presupuesto de partida, se reconoce la complejidad de la igualdad y se indaga, a posteriori, sobre tres aspectos del proceso de construcción de sus sentidos: en la valorativa (regla de justicia), en la dimensión lógica (universalidad), y en la sociológica (diversidad y no discriminación).

Palabras clave: igualdad, universalidad, diversidad y no discriminación, regla de justicia, trialismo jurídico.

LEGAL CONSTRUCTION OF EQUALITY

Abstract. Equality is one of the most polysemic terms with which we can find in the vast world of law. This paper is written with the purpose of identifying these definitions and systematize in a theory that understands them holistically. From a philosophical point of view, it recognizes the different meanings of equality contained in the legal life and integrates them, from the theoretical framework of the juridical trialism. The complexity of equality is recognized as a first element but after that, it investigates in three aspects of the process of construction of equality: the axiological sense (rules

* Investigadora del CONICET-UBA. Abogada (Universidad Nacional de Rosario, UNR). Doctora en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid). Profesora titular de Filosofía del Derecho de la UNR y de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: isolinadabove@gmail.com A.

of justice); the logical dimension (universality), the sociological level (diversity and no discrimination).

Keywords: equality, universality, diversity and no discrimination, rule of justice, juridical trialism

A CONSTRUÇÃO LEGAL DA IGUALDADE

Resumo. Igualdade é sem dúvida um dos termos mais polisêmicos com o qual podemos encontrar no vasto mundo da lei e é o resultado de uma construção cultural complexa. Este trabalho é escrito com o propósito de identificar essas definições e sistematizá-las em alguma teoria que as compreenda de forma abrangente. Da iusfilosofia observam-se os diversos sentidos de igualdade que surgem na vida jurídica e integra-os a partir do referencial teórico da teoria do julgamento. Como ponto de partida, a complexidade da igualdade é reconhecida e a posteriori é investigada em três aspectos do processo de construção de seus sentidos: no valor (a regra da justiça), na dimensão lógica (universalidade) e na sociológica (diversidade e não-discriminação).

Palavras-chave: igualdade, universalidade, diversidade e não-discriminação, Estado de direito, trialism juridico.

§ 1. *POLISEMIA Y COMPLEJIDAD*

La igualdad es, sin duda, uno de los términos más multívocos con el que nos podemos encontrar en el vasto mundo del derecho¹ y quizás en ello estribe su mayor dificultad de comprensión². De la igualdad se ha dicho que es un valor, como lo hace PETER SINGER³, tanto como un principio normativo, en términos de FRANCISCO LAPORTA⁴,

¹ Acerca del problema de la multivocidad en el lenguaje y en el derecho puede verse, entre otros: GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 12; CARRÍO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*; BACQUÉ, “Métodos y usos de la definición”; KLUG, “Consideraciones sobre las definiciones semánticas en derecho”, ambos en *Derecho, filosofía y lenguaje*; OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*.

² DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, p. 41 a 78; *Derecho de la vejez*, p. 40 y 79.

³ “La igualdad es un principio ético básico, no una aserción de hecho” (SINGER, *Ética práctica*, p. 33).

⁴ Acerca de la igualdad como principio normativo puede verse: LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 3 a 31.

ALBERT CALSAMIGLIA⁵ o JOSEPH RAZ⁶. Se la consideró un hecho, a criterio de NORBERTO BOBBIO⁷ pero también un ideal, ya sea absoluto, como sostuvieron las corrientes socialistas del siglo XIX; o bien relativo, como propuso el liberalismo político de la modernidad⁸.

A la igualdad se la definió incluso como sinónimo de “uniformidad, regularidad, similitud o simetría” en el reconocimiento de derechos. No obstante, en nombre de la igualdad se proclama hoy la protección jurídica de la diversidad y de las “diferencias”⁹.

Escribe el profesor RAPHAEL que “los debates muy antiguos en filosofía rara vez se resuelven, pero sí se aclaran”¹⁰. La comprensión de la igualdad es, sin duda, uno de ellos. De manera que, la finalidad de este trabajo no es otra que intentar aclarar y ordenar básicamente algunos conceptos. Observar, desde la “iusfilosofía”, los sentidos diversos de igualdad que aparecen en la vida jurídica, a fin de integrarlos en alguna teoría que los sintetice dialógicamente¹¹.

Desde los tiempos de ARISTÓTELES, la igualdad fue comprendida como un problema a resolver propio del ámbito de la justicia. Fue pensada en términos de “igualdad justa” o regla de justicia¹². Es de-

⁵ CALSAMIGLIA, “Sobre el principio de igualdad”, en MUGUERZA CARPENTIER - PECES BARBA MARTÍNEZ (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, p. 98.

⁶ RAZ, *Principles of equality*, “Mind. New Series”, vol. 87, nº 347, jul. 1978, p. 321 a 342.

⁷ “Mientras que la justicia es un valor, la igualdad es un hecho”, señala el profesor BOBBIO, en *Igualdad y libertad*, p. 59.

⁸ Al respecto, puede verse el interesante análisis que realiza ISAAH BERLIN en *Conceptos y categorías*, p. 147. También ver DWORKIN, *Ética privada e igualitarismo político*, p. 39; PAZ, *La democracia: lo absoluto y lo relativo*, “Revista de Occidente”, nº 130, mar. 1992, p. 5 a 25.

⁹ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 151; HARE, *The language of Morals*; RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 82; PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 148; *Curso de derechos fundamentales*, p. 242, cuando distingue entre igualdad formal “-cuyo fin es lograr homogeneidad entre las distintas situaciones jurídicas y sus sujetos- y la igualdad material -cuya meta es alcanzar efectivamente que todos por igual puedan desarrollar sus diferencias valiosas con la satisfacción de sus necesidades-”.

¹⁰ RAPHAEL, *Filosofía moral*, p. 21.

¹¹ Al respecto ver: HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*; CORTINA, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*; *Ética sin moral*, p. 232, y *Ética aplicada y democracia radical*, p. 210.

¹² “Por ‘regla de justicia’ se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”. BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 268; SAVATER, *La tradición filosófica de la igualdad*, “Claves”, nº 36, oct. 1993, p. 2.

cir, como exigencia legítima de trato semejante entre los que son semejantes, pero desigual para quienes son desiguales, en esa medida y proporción. Por ello, fue conceptualizada asimismo como una norma de derecho común, para los iguales (e incluso, para los desiguales que, en su conjunto, son iguales entre sí)¹³. Sin embargo, detrás de esta afirmación más que respuestas, encontramos preguntas.

Como advierte LUIS PRIETO SANCHÍS, desde este punto de partida, el problema de la igualdad consiste ahora en saber “cuándo dos cosas, dos personas o dos situaciones son iguales entre sí y cuáles, por ser distintas, merecen un tratamiento diferenciado”¹⁴. La dificultad teórica principal radica, pues, en precisar esta indeterminación, sin llegar a conclusiones extremas como la que plantea PETER WESTEN. Sin llegar a pensar, en suma, que la igualdad es tan solo un concepto vacío de contenido que, a la postre, solo contribuye a causar confusión y error¹⁵.

§ 2. **PERSPECTIVA TRIALISTA**

Desde el integrativismo del mundo jurídico, la igualdad puede ser pensada y construida desde las tres perspectivas o dimensiones que lo componen¹⁶. Uno de sus planos es su costado valorativo, su calidad de regla de justicia que se expresa como razón guía de las normatividades, la toma de decisiones y de la acción¹⁷. Por ello, en este marco

¹³ ARISTÓTELES, *La política*, p. 89, quien ha señalado: “así, la igualdad parece de derecho común, y sin duda lo es, no para todos, sin embargo, sino solo entre iguales; y lo mismo sucede con la desigualdad; es ciertamente un derecho, pero no respecto de todos, sino de individuos que son desiguales entre sí”.

¹⁴ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año II, jul.-dic. 1995, p. 112; *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, “Doxa”, nº 15-16, 1994, p. 367. En el mismo sentido señala: BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 53: “decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosas son iguales. Es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) “¿Igualdad entre quiénes?”, y b) “¿Igualdad en qué?”.

¹⁵ WESTEN, *The empty idea of equality*, “Harvard Law Review”, vol. 95, nº 3, jan. 1982, p. 537.

¹⁶ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede verse básicamente: GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*; CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 12; *Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho, Estrategia jurídica*; p. 7.

¹⁷ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64.

se destaca su vinculación con las clases de justicia, el concepto de relevancia y equiparación y la igualdad en la aplicación de la ley.

Otro de sus planos se configura en el campo normativo. Desde allí se construye la idea de la “igualdad formal ante la ley” de cada cual. Junto al que se desarrolla el principio de universalidad que consolida el ordenamiento jurídico en su conjunto.

El tercero de sus despliegues da lugar al proceso sociológico de construcción jurídica de la igualdad. En este marco cobra importancia la idea rectora de no discriminación. Así como también aparece el concepto de igualdad material y acciones positivas del mundo jurídico.

A) EL PROCESO VALORATIVO DE CONSTRUCCIÓN: UNA RAZÓN GUÍA

§ 3. *IGUALDAD Y REGLA DE JUSTICIA*

El análisis de la igualdad en relación con el mundo del valor nos lleva a pensar particularmente en dos cuestiones. Por un lado, sobre su significado en tanto regla de justicia¹⁸. Por otro, sobre los criterios de igualdad que justifican la calificación de relevante de algunos de los elementos del caso a resolver¹⁹.

Como regla de justicia, la igualdad adquiere sentido de valor²⁰, aunque de carácter instrumental²¹. Razón por la cual en el mundo jurídico aparece como exigencia de equiparación y herramienta de realización de alguna medida de justicia²².

¹⁸ Problema que se debate en el campo de la axiología *stricto sensu*, es decir, en el campo del estudio de la estructura formal del valor. Al respecto ver, GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 29 y 369.

¹⁹ Cuestión esta que nos lleva al ámbito de la *axiosofía*. Es decir, al estudio del contenido material del valor (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica*, p. 30 y 417).

²⁰ La consideración de la igualdad como elemento constitutivo de la justicia ha sido sostenida por DWORKIN, *Justicia para erizos*, p. 15.

²¹ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 111 y 112.

²² STAMMLER, *Tratado de filosofía del derecho*, p. 5; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 59. Respecto de los valores fundantes y fundados y las relaciones entre la justicia y el resto del plexo valorativo puede consultarse: COSSIO, *La teoría ego-lógica del derecho y el concepto jurídico y libertad*, p. 594; SOTO, *Planteo com-*

§ 4. *SU DESPLIEGUE EN LAS CLASES DE JUSTICIA*

En la justicia correctiva (conmutativa y judicial), la igualdad funciona en calidad de valor “absoluto” porque se constituye en la necesaria igualdad total de los que la reciben. Un caso ilustrativo lo configura el “derecho a ser tratado como igual” que desarrolla DWORKIN²³. En la justicia distributiva, por el contrario, la igualdad es siempre relativa ya que expresa la idea de proporcionalidad o equivalencia de trato, respecto de personas que son reconocidas como diferentes. Así, es importante reconocer en este caso, los criterios de merecimientos y desmerecimientos que se utilicen en cada caso, tanto como las dificultades que se presentan para su realización²⁴.

Desde otro ángulo, la igualdad justa reclama asimismo un trato igual para los iguales; pero, desigual para los desiguales, en esa medida y proporción²⁵. De modo tal que su concreción impone el desarrollo de otros juicios valorativos como condición *sine qua non*, entre los cuales se destaca la distinción entre lo igual y lo diverso.

Así, en tanto regla de justicia, la igualdad presupone la posibilidad de identificar con claridad los hechos y las normas objeto de valoración. Requiere del conocimiento previo del quién, el qué, el cómo, el cuándo y el porqué de la problemática en cuestión. Pero, además, exige la elección previa y general de criterios axiológicos que permiten establecer “cuándo dos cosas deben considerarse equivalentes y cuándo dos personas deben considerarse equiparables por ser en gran medida diferentes”²⁶.

parativo de la axiología jurídica en la egología y el trialismo, “Investigación y Docencia”, nº 10, 1989, p. 49.

²³ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 332; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 113.

²⁴ Como vemos, en este caso la igualdad adquiere sentido relativo. Al respecto puede verse: ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, p. 58; RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, p. 31.; LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 20; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 112.

²⁵ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 268; SAVATER, *La tradición filosófica de la igualdad*, “Claves”, nº 36, oct. 1993, p. 2 a 8; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 112 a 115.

²⁶ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 65 a 68.

En este marco, BOBBIO señala que dos son las situaciones en las cuales es relevante la igualdad. La primera es aquella “en la que uno se encuentra frente a una acción de dar (o hacer), de la que haya que establecer la correspondencia antecedente con un tener, o subsecuentemente con un recibir. Se refiere al supuesto de la justicia correctiva. Se desarrolla a partir de una “relación jurídica bilateral y recíproca y genera el problema de la igualdad como equivalencia de cosas”²⁷.

En segundo término, la igualdad está presente cuando “hay que asignar ventajas o desventajas, beneficios o deberes, a una pluralidad de individuos pertenecientes a una determinada categoría”²⁸. Este desafío no es otro que el propio de toda justicia distributiva. Funciona en “relaciones multilaterales y unidireccionales y plantea, en consecuencia, el problema de equiparación de las personas” comprendidas en el caso²⁹.

Esta distinción, en suma, se corresponde con dos tipos fundamentales de relaciones que pueden ser observadas en cualquier sistema social: con las relaciones de intercambio –o de coexistencia– y con las relaciones de convivencia. Relaciones que, en lo que aquí nos concierne, dan lugar a otros dos tipos de justicia: a la retributiva –en el primer caso– y a la atributiva –en el segundo–³⁰. Solo cuando ambas clases de valor hayan sido resueltas, la igualdad podrá funcionar como regla de justicia en sentido estricto³¹.

§ 5. **IGUALDAD Y RELEVANCIA**

El problema de los criterios que se utilizan para justificar la calificación de relevante de algunos elementos del caso a resolver nos sitúa frente a la cuestión del contenido de la propia igualdad como

²⁷ “Lo que se da ha de ser equivalente a lo que se tiene, lo que se recibe a lo que se tiene” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 60).

²⁸ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 59.

²⁹ “Se trata, por ejemplo, de equiparar en la relación entre cónyuges la mujer al marido, o en la relación laboral los obreros a los empleados” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 60).

³⁰ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 60.

³¹ “Solo después de que estos criterios hayan sido elegidos, interviene la regla de justicia para establecer que se traten del mismo modo a aquellos que se encuentran en la misma situación. La igualdad como regla de justicia funciona aquí como justicia en la aplicación o justicia formal” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 64).

valor. En este contexto lo que habrá que precisar, pues, es el concepto de “relevante” a fin de no caer en la masificación jurídica del igualitarismo.

Afirmar que dos sujetos, verbigracia el adulto y la persona mayor, merecen el mismo trato implica realizar una elección que siempre es valorativa. Supone, como observa el profesor PRIETO SANCHÍS, calificar una característica común como relevante sobre la base de una razón a efectos de ciertas consecuencias normativas, “haciendo abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación”³². Esta razón es, por ello, criterio de clasificación normativa y fundamento de la consecuencia jurídica a un tiempo³³.

Junto a esta afirmación podemos recordar las dos reglas propuestas por ALEXY que, de alguna manera, funcionan como síntesis de este problema. La primera nos dice: “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un trato igual”. Mientras que la segunda nos recuerda: “si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”³⁴.

Así, desde esta perspectiva cabe preguntarse si la edad/género/estado de salud/raza/ideología/u otro, son conceptos relevantes y constituyen una razón suficiente que legitime un tratamiento diferencial. Una manera de resolver la multivocidad del término “relevante” podría consistir en buscar algún criterio de igualdad que nos oriente de manera general con el encuadre del problema. Este criterio, debería sensibilizarse con nuestras diferencias existenciales. Debería escuchar nuestras especificidades, porque estas diferencias constituyen el dato antropológico real sobre el cual se apoya el despliegue de toda solución jurídica.

Para el trialismo la igualdad consiste en “asegurar a todos y cada uno de los individuos las mismas oportunidades en el desarrollo de su especificidad y diversidad valiosa: de su unicidad”. Razón por la

³² PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 114.

³³ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 18.

³⁴ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 395; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 116; LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 20.

cual, también se deben incluir las garantías jurídicas que ese respeto por las diferencias reclama³⁵.

Por otra parte, en este marco, el reconocimiento de la igualdad es uno de los medios de que se vale el neoconstitucionalismo. En otras palabras, su consagración constituye un instrumento imprescindible para todo Estado de derecho, en tanto que esta adquiere estatuto de derecho fundamental, pues contribuye a fortalecer la posición del individuo frente al gobernante e incluso frente a los demás individuos³⁶. Mediante este lugar de derecho fundamental, en suma, el sistema opta por una “fórmula filosófica” del concepto de relevancia, que se deriva del respeto a la diversidad que tenemos todos por igual³⁷.

B) EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN NORMATIVA: LA UNIVERSALIDAD FORMAL

§ 6. LA IGUALDAD EN LA ESTRUCTURA JURÍDICA

Desde la perspectiva jurídica normativa, la igualdad constituye un elemento central, propio de la estructura del derecho positivo. Por ello, siguiendo la clásica tradición aristotélica, con gran acierto ISAIAH BERLIN nos recuerda que “todas las reglas, por definición, abarcan determinada medida de igualdad”³⁸. Pero, entre las distintas fuentes formales que integran el fenómeno jurídico, la norma general es quien expresa más claramente esta medida por su finalidad, si se quiere, “universalista”.

§ 7. IGUALDAD FORMAL, FUNDAMENTO LÓGICO DEL SISTEMA JURÍDICO

Desde la teoría del derecho, las normas constituyen la unidad de análisis y funcionamiento del mundo jurídico cuya estructura y

³⁵ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 115.

³⁶ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 113.

³⁷ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 113; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, n° 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 116; RAILTON, *Alienation, consequentialism, and the demands of morality*, “Philosophy and public affairs”, vol. 13, n° 2, spring 1984, p. 134.

³⁸ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 152.

dinámica son el resultado de algún criterio de igualdad. Así, en la norma general, la igualdad se construye sobre la base de un sentido estructurante o radical, que otorga fundamento lógico al mundo jurídico. Pero, la norma individual también contiene una medida de igualdad, en particular, respecto de las normas referidas a casos semejantes. Todo lo cual –en articulación con la perspectiva sociológica y valorativa– habilitó la formulación de la doctrina del autoprecedente en el campo jurisdiccional³⁹.

Por otra parte, en las normas generales la igualdad se expresa como el principio de igualdad ante la ley –o igualdad formal–⁴⁰, ya que por ella se constituyen situaciones jurídicas en las cuales “cada hombre cuenta por uno, y ninguno cuenta por más de uno”⁴¹. Las situaciones así establecidas aparecen reflejadas, en primer lugar, en el antecedente de la norma general. El tipo legal es, precisamente, el que se configura teniendo en cuenta la igualdad en las condiciones del sector social al que hace referencia⁴². De manera que, a partir de su elaboración, cada miembro de la parte de realidad considerada –por ejemplo, cada niño, mujer, enfermo, persona con discapacidad, anciano, integrante de la comunidad indígena, etc.– solo podrá tener un derecho igual al que ha sido concedido para el sector en su conjunto –verbigracia, para la cohorte de niños, personas mayores, etc.–; ni uno más, pero tampoco ni uno menos que ellos⁴³. Asimismo, la consecuencia jurídica (o reglamentación) prevista en la norma general funcionará como garante del respeto por esta igualdad formal ante la ley. ¿Cómo? Estableciendo mecanismos jurídicos –exactos⁴⁴–,

³⁹ GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, p. 50; RODRIGUEZ PIÑERO - FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 22.

⁴⁰ PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 148; *Curso de derechos fundamentales*, p. 242; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 71.

⁴¹ Esta máxima que expresa una vieja fórmula de justicia muy utilizada por BENTHAM y sus seguidores utilitaristas. BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 147.

⁴² BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 144; MARTÍNEZ, *El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*, “Anuario de derechos humanos”, nº 6, p. 193; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 111.

⁴³ “Las reglas son instrucciones generales para actuar o abstenerse de actuar de determinada manera, en circunstancias especificadas, impuestas a personas de una clase especificada, imponen conducta uniforme en casos idénticos” (BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 152).

⁴⁴ La norma es exacta cuando asegura el cumplimiento de la voluntad de su autor contenida en ella (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 187).

que aseguren que “la norma sea obedecida por todos los que quedan comprendidos bajo su jurisdicción”⁴⁵.

Como podemos observar, tanto en el antecedente como en la consecuencia jurídica, la igualdad funciona como elemento de racionalidad y de abstracción, por partida doble. Permite, por un lado, que en el antecedente se describan situaciones uniformes, simétricas y generales, sobre la base de la equivalencia y semejanza de los casos dados. Pero también de otro, su consecuencia jurídica asegura esta igualdad impidiendo hacer lugar a cualquier tipo de excepción, con el fin claro de poder salvar su condición de regla⁴⁶.

Ahora bien, este sentido de igualdad formal, fundante de la estructura jurídica, tiene un alcance acotado ya que funciona condicionado por dos cuestiones básicas. De un lado, por el universo más o menos definido –pero recortado al fin– de personas, cosas y situaciones, al que hace referencia el antecedente o tipo legal. De otro, por el alcance de la consecuencia normativa; ya que por su intermedio solo se garantiza que se respete la igualdad entre los casos descritos por el antecedente, a la hora de establecer su aplicación⁴⁷.

Dicho de otro modo, en las fuentes formales aisladamente consideradas, la igualdad siempre será de extensión limitada, pues solo se aplicarán consecuencias jurídicas iguales a los casos iguales comprendidos por el antecedente o tipo legal⁴⁸. Pero, además, se manifestará como un concepto específico, configurador de un juicio hipotético –o de fundamentación– particular⁴⁹. Así, por ejemplo, si hablamos de normas generales del derecho nacional, la igualdad re-

⁴⁵ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 153.

⁴⁶ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 154: “Ofrecer razones para obedecer reglas, se considera innecesario: las reglas son su propia justificación. Mas, no ofrecer razones para su quebrantamiento se describe como algo irracional”.

⁴⁷ RODRÍGUEZ PIÑERO Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 20, quienes han afirmado que “la igualdad ante la ley progresivamente será entendida como igualdad en la aplicación de la ley: ya no se trata de que la ley sea general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga “sin excepciones, sin consideraciones personales”. La igualdad ante la ley se interpreta, así como “aplicación de la ley conforme a la ley” como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal”.

⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, n° 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 112; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 270.

⁴⁹ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 210.

querida en principio solo podrá referirse a los residentes del país que las hayan promulgado –salvo, claro está, aquellas de cumplimiento en el extranjero–. Lo mismo sucede si estamos frente a fuentes que regulan la situación de sectores específicos –tales como: trabajadores, mujeres, enfermos, personas con discapacidad, personas mayores, consumidores, personas pertenecientes a comunidades indígenas o con diversas orientaciones sexuales–. De modo tal que, la igualdad funcionará intranormativamente, visto desde el campo legislativo y dará lugar al respeto del autoprecedente, en el marco jurisdiccional⁵⁰.

Incluso más, quizá no sea tan osado afirmar que con esta igualdad intranormativa, también se instaura un modelo de igualdad jurídica de mínimos, cuya existencia provoca a su vez, una ruptura con las igualdades estipuladas por las otras fuentes normativas. Casos ilustrativos de estas afirmaciones los encontramos, por ejemplo, en el derecho laboral, en el derecho societario, o en el derecho de familia. En estos, como en otros similares, la igualdad buscada es establecida sin ninguna conexión con el tratamiento dado a los demás por el ordenamiento normativo⁵¹. Razón por la cual, fácil será observar la presencia de conflictos entre las distintas igualdades de mínimos, estipuladas por cada norma general.

§ 8. *SU CALIDAD DE PRODUCTO NORMATIVO*

Por otra parte, la igualdad también puede ser considerada un producto de las fuentes formales respectivas. La igualdad es, en este sentido, una construcción artificial. Es un concepto elaborado por el legislador o el operador de que se trate, con el fin de integrar las distintas dimensiones del fenómeno jurídico⁵².

⁵⁰ En estos casos, cabe aplicar en sentido contrario el principio latino *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. (si la ley no hace distinciones, es de suponer que su autor no quiso establecerlos). Es decir, si la ley distingue, no debemos contradecir la voluntad de su autor (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 259).

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵² PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, íd. “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 112. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 303.

Como producto normativo, la igualdad “describe, instauro o prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos que poseen al menos una característica relevante común”⁵³. De esta definición hay que destacar, pues, la presencia de dos elementos constitutivos. Por un lado, el uso de la comparación como camino para llegar a la descripción normativa de supuestos que son desiguales en la realidad social. Y, de otro, la necesidad de encontrar denominadores comunes que se juzguen relevantes, para establecer relaciones lógicas de equivalencia. De allí que el juicio de igualdad excluya tanto la identidad como la mera semejanza, como sostiene el profesor PRIETO SANCHÍS⁵⁴.

No parte de la identidad, porque el concepto de igualdad se construye sobre la base de una realidad que es, en sí misma, diferente y diversa⁵⁵. Tampoco parte de la semejanza, porque “esta no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores”⁵⁶.

En este marco, pues, lo único que puede procurar la igualdad es un juicio de identidad fáctica parcial⁵⁷. O quizá mejor, un juicio por intersección; en el cual dos o más objetos coinciden en algunos elementos o características, desde un determinado punto de vista y haciendo abstracción de los demás⁵⁸. Una vez que los casos han sido calificados por sus elementos comunes, el legislador puede homogeneizar el tratamiento normativo consecuente.

⁵³ COMANDUCCI, *Assagi di metaetica*, p. 108; *Diritti umani e minoranza: un approccio analitico e neo-illuminista*, “Ragion pratica”, nº 2, 1994, p. 7.

⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵⁵ Máxime si estamos hablando de la realidad humana. EYSENCK, *La desigualdad del hombre*, p. 198.

⁵⁶ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

⁵⁸ PEREZ LUÑO, *Sobre la igualdad en la Constitución española*, en “Anuario de filosofía del derecho”, t. IV, 1987, p. 134; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 113.

§ 9. **IGUALDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL SISTEMA JURÍDICO**

Un poco diferente es, quizás, el sentido de igualdad cuando esta actúa en calidad de principio general del derecho positivo. En esta circunstancia, su función aparece más estrechamente vinculada con la tarea de armonización del ordenamiento normativo en su conjunto, y con la exigencia de respeto al precedente⁵⁹. “La igualdad, aquí, adquiere valor para el ser humano en cuanto ente genérico, en cuanto ente perteneciente a una determinada clase: la humanidad”. Condición que lo hace acreedor de la exigencia de igualdad no solo ante la ley sino también, como señala BOBBIO, en los derechos⁶⁰. Es la aplicación de este principio, verbigracia, quien nos hace concluir que los ancianos/niños/personas con discapacidad/etc/ en tanto parte de la humanidad, merecen el mismo tratamiento –ahora sí– que el resto de los sujetos del derecho.

El principio de igualdad hace referencia a la concreción de una igualdad más universal en su extensión que la determinada por las normas generales aisladas. Hace referencia, ahora, a un mandato que –en palabras de ISAIAH BERLIN–, estipula que “a todos los miembros de esta clase, a saber, los hombres, se les debería tratar, desde cualquier punto de vista, de manera idéntica y uniforme, a menos que exista una razón suficiente para no hacerlo”⁶¹. Así, por ejemplo, puede afirmarse que, dado que él anciano/niño/indígena/transexual/mujer/enfermo/discapacitado/etc./ es un ser humano, el tratamiento jurídico que reciba tendrá que ser similar al que se le conceda al resto de la población.

§ 10. **SU FUNCIÓN PERSUASIVA Y COMPENSATORIA**

Desde el enfoque normativo puede decirse además que la igualdad cumple funciones diversas, dando lugar a otras distintas conceptualizaciones concomitantes. Así, por ejemplo, “una vez que a cada parte le ha sido asignado el lugar propio en paridad de condiciones,

⁵⁹ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 3; CALSAMIGLIA, “Sobre el principio de igualdad”, en MUGUERZA CARPENTIER - PECES BARBA MARTÍNEZ (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, p. 98; GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente*, p. 94.

⁶⁰ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 55; WILLIAMS, *La idea de igualdad*, p. 270.

⁶¹ BERLIN, *Conceptos y categorías*, p. 148; RAZ, *Principles of equality*, p. 326.

esta igualdad debe procurar al mismo tiempo que el equilibrio alcanzado sea mantenido por normas universalmente respetadas”⁶². He aquí, pues, la función persuasiva del principio de igualdad, sumamente relevante para el sistema, pues permite establecer un compromiso “formal” entre realidad social y valor al prescribir conductas valiosas de repartos⁶³.

La fuente formal más apta para cumplir con esta función de persuasión –además de las normas generales– es, sin duda, la propia Constitución, tal como sucede con el art. 15 de nuestra carta magna. Pero, cualquiera sea, las fuentes actúan como “instrumentos de propaganda”, destinados a lograr en última instancia, la obediencia al derecho en igualdad de condiciones más amplias⁶⁴.

El funcionamiento del principio de igualdad así interpretado resulta esencial para sostener la vigencia del sistema. Su presencia contribuye de manera directa a resolver los conflictos existentes entre normas generales, y entre estas y el ordenamiento normativo. Mas lo hace, cumpliendo una función compensatoria, cuyo resultado final será el fruto de un delicado juicio de ponderación de cada exigencia de igualdad en conflicto⁶⁵. Nuestra Corte Suprema de Justicia, verbigracia, ha avanzado bastante en esta línea de fundamentación. Sobre todo, en la resolución de conflictos entre bienes y derechos humanos básicos, igualmente protegidos por el legislador⁶⁶.

Así, pues, en este contexto, la igualdad adquiere valor intra-sistemático y en cuanto tal, funciona como un criterio de máxima optimización. Su aplicación está asociada con la necesidad de instituir o restituir un orden, o una relación equilibrada entre las partes y el todo. Se vincula, en suma, con la tarea de integración de las distin-

⁶² BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 56.

⁶³ Acerca del sentido persuasivo de las leyes y de los principios generales puede verse la teoría de los modelos jurídicos elaborada por REALE, *O Direito como experiência*, p. 177; SOTO, *Los modelos jurídicos en la complejidad pura*, “Investigación y Docencia”, n° 5, 1988, p. 39.

⁶⁴ DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 112.

⁶⁵ PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, p. 139, 153 y 167.

⁶⁶ A modo de ejemplo, puede verse un famoso fallo del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, especialmente en su fundamento jurídico 12, que hace referencia al conflicto entre el derecho a la vida y a la salud de la madre y el derecho a la vida y a la salud del nasciturus.

tas igualdades parciales o de mínimos –de cada persona y/o de cada cohorte– en el todo.

Junto a estas funciones, cabe señalar también que la igualdad favorece el desarrollo de la cohesión como valor existencial del ordenamiento normativo. Al tiempo que su despliegue, sumado al de la coherencia, permitirá alcanzar una armonía dinámica, sustentadora de la vigencia del sistema jurídico en su conjunto⁶⁷.

C) SU CONSTRUCCIÓN SOCIOLOGICA:

LA DIVERSIDAD EN ESCENA

§ 11. *IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN*

Desde la perspectiva sociológica del mundo jurídico, la igualdad se construye a partir del reconocimiento de la diversidad de la realidad social y de la práctica no discriminatoria concomitante. Por su intermedio, se pretende asegurar que todos los individuos puedan contar con las mismas oportunidades de partida para el desarrollo de sus potencialidades, distintas y plurales⁶⁸. Sin embargo, para su constitución, la igualdad adquiere ahora una connotación negativa, toda vez que este sentido ius sociológico de la igualdad (la no discriminación) requiere de la omisión –o no actuación– de ciertos hechos para concretar su desarrollo.

⁶⁷ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 56; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 112. Respecto de la exigencia de armonía dinámica de la igualdad puede verse: MARTÍNEZ, *El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*, “Anuario de derechos humanos”, nº 6, p. 201 y 202; PAREJO ALONSO, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, p. 71.

⁶⁸ PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 161; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 53; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, 1992, p. 111; NICKEL, *Equal opportunity in a pluralistic society*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 104; FISHKIN, *Liberty versus equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 32; STEINER, *Capitalism, justice and equal starts*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 49; GOLDMAN, *The justification of equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 88; BOXIL, *Global equality of opportunity and national integrity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 143; KAMM, *Equal treatment and equal chances*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 14, nº 2, spring 1985, p. 140.

Al mismo tiempo, para que esta comprensión fáctica se complete, junto al principio de no discriminación cabe identificar un concepto positivo que sustenta la idea de igualdad material, o de oportunidades. En este caso, la idea de igualdad está asociada al desarrollo de acciones destinadas a remediar alguna desigualdad fáctica –por ejemplo, la desigualdad en la satisfacción de las necesidades básicas de los sujetos– “a través de una distribución de los bienes respecto al mayor número posible de personas”⁶⁹.

No obstante, para que esta afirmación pueda ser predicada de la realidad jurídica, es necesario despejar algunos interrogantes más todavía. Al respecto, BOBBIO escribe que dos serán las cuestiones principales por resolver con este fin: “¿igualdad entre quiénes?, e ¿igualdad en qué?”⁷⁰. ¿De todos, en todas las cosas? ¿De algunos, en todas las cosas? ¿De todos, en algunas cosas? ¿De algunos, en algunas cosas?⁷¹. En consecuencia, habrá que determinar “¿igualdad de qué?”, como señala AMARTYA SEN⁷².

Como veremos seguidamente, estos planteos no solo exigen respuestas cuantitativas. Reclaman también soluciones cualitativas, profundamente vinculadas a la problemática de la diversidad, las libertades y las necesidades humanas, en el contexto histórico y cultural en el que tienen lugar. Requieren saber, en suma, ¿qué se entiende por todos en este espacio iusfilosófico? ¿Quiénes son todos? ¿Qué significa, en concreto, el término algunos, a quiénes alude? O bien, ¿qué tendremos que entender por “cosas”? ¿Significa recursos o, quizás, oportunidades o bienestar?

§ 12. **DIVERSIDAD Y NECESIDADES: LA IGUALDAD EN CADA CASO**

Desde la perspectiva de la jurística sociológica, la comprensión de la igualdad está relacionada con dos cuestiones estructurales. De un lado, tiene que ver con los elementos que componen cada conduc-

⁶⁹ “Se trata de una igualdad para poder llegar a la meta. Es decir, que facilita el esfuerzo de cada uno haciéndolo posible, pero no lo sustituye. Pretende dar igual peso a todos para poder alcanzar el objetivo”. PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, p. 247; *Los valores superiores*, p. 158. GROSS, *Real Equality of opportunity*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 4, issue 2, p. 120.

⁷⁰ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 53.

⁷¹ PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, p. 247.

⁷² SEN, “¿Igualdad de qué?”, en RAWLS - FRIED - SEN - SCHELLING, *Libertad, igualdad y derecho*, p. 135.

ta intersubjetiva o reparto aislado (sujetos, objeto de reparto, caminos, razones, clases y límites). Pero de otro se vincula con las distintas modalidades de organización del conjunto de aquellas conductas –orden de repartos planificado o consuetudinario–⁷³.

Para determinar los sentidos de igualdad en juego en esta instancia, se debe analizar cómo se concretan respecto de los sujetos y del objeto de reparto. También habrá que considerar su realización en relación con los caminos elegidos para llevar a cabo la conducta intersubjetiva. Habrá que observar su funcionamiento respecto de las razones escogidas de hecho para fundamentar el reparto, tanto como respecto de las circunstancias en las que se desarrolla el reparto. Será necesario saber, además, si la igualdad se realiza desde la planificación o bien desde la ejemplaridad, a través del derecho consuetudinario o espontáneo⁷⁴. Con cada una de ellas, en definitiva, se establece un sentido de igualdad material específico, distinto, que puede o no contribuir a la realización de una igualdad material de llegada (macro-sociológica).

a) *IGUALDAD DE TRATO Y CATEGORÍAS SOSPECHOSAS: BENEFICIARIOS Y OBLIGADOS*. Con relación a los sujetos que intervienen en una relación jurídica, la igualdad adquiere dos sentidos complementarios entre sí: la igualdad de trato y el concepto de “categoría sospechosa” (de discriminación negativa). La igualdad de trato hace referencia a la posición de los sujetos como partes de la comunidad. Describe la condición de los sujetos como clase –seres específicos con características comunes–, como sucede con el colectivo de personas mayores, niños, enfermos, personas con discapacidad, etc.⁷⁵. Pero de otro, nos remite también a la relación que se establece entre ambos y al lugar o posición en la cual cada uno de ellos es situado a partir de esta misma relación. En este sentido señala BOBBIO que, “la igualdad se considera un bien o un fin para los componentes singulares de una totalidad en tanto que tales entes se encuentran en un determinado tipo de relación entre sí”⁷⁶.

⁷³ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 49; CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 16.

⁷⁴ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 49; CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 16.

⁷⁵ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 13; DABOVE - SOTO, *Algunas ideas en torno a la igualdad*, “Investigación y Docencia”, nº 20, p. 111.

⁷⁶ “La igualdad es un valor para el hombre en cuanto ente genérico, es decir, en cuanto es un ente perteneciente a una determinada clase, justamente la huma-

Junto a ello, la igualdad de trato se constituye y funciona “cancelando ciertos rasgos distintivos de los sujetos implicados como razones relevantes” para la diferenciación en el trato normativo⁷⁷. Así, se descarta la consideración de circunstancias o rasgos específicos de las personas para la atribución de determinados derechos y obligaciones intersubjetivos. Se nivela fácticamente la posición de los individuos entre sí, frente a las normas. Se homogeneizan sus condiciones de vida y se las sitúa “como si” fueran iguales, naturalizando de esta forma los estándares que se pretenden imponer⁷⁸. Un caso ilustrativo es el art. 16 de la Const. nacional⁷⁹, ya que habilita la posibilidad de anular la consideración del nacimiento, la raza, el sexo, el estrato social, las convicciones religiosas o las ideologías, como razones relevantes que justifiquen un trato desigual en el mundo jurídico.

Sin embargo, respecto de personas situadas en contextos vulnerables, como sucede con los niños, adultos mayores, inmigrantes, mujeres, LGBTIQ, comunidades indígenas; este “como sí” suele ser perjudicial. En particular, cuando la cancelación de estas diferencias subjetivas está basada en algún canon monocultural, prejuicioso, o ideológicamente interesado⁸⁰. Allí, la igualdad nos devela sin más su carácter de categoría sospechosa y nos obliga a poner en crisis los estándares consagrados.

c) *IGUALDAD Y NECESIDADES BÁSICAS*. En relación con el objeto de los repartos jurídicos, el sentido de igualdad se relaciona con el pro-

nidad, de ahí que las teorías políticas que propugnan la igualdad, o igualitaristas, tiendan a ver en la sociedad una totalidad de la cual es necesario considerar qué tipo de relaciones existe o debe instituirse entre las distintas partes que constituyen el todo” (BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 55).

⁷⁷ LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, n° 67, p. 13.

⁷⁸ Conviene aclarar también que este sentido de igualdad se constituye como concepto abierto, determinado por el contexto histórico y cultural. Nada tiene que ver, en suma, con el peligro de “uniformización” que conlleva si se lo radicaliza. En este caso, dejaríamos ya de hablar de igualdad para entrar en el problema de la masificación (LAPORTA, *La igualdad expresa*, p. 14).

⁷⁹ Dicho art. 16 expresa: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

⁸⁰ RICARDO OCHOA - PINO SERA, *Análisis transdisciplinar de la igualdad de género desde lo socioeconómico, educativo, jurídico y axiológico*, “Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso”, n° 68, 2016, p. 63 a 104.

blema de la satisfacción de las necesidades básicas⁸¹ y pone en juego la decisión respecto del qué de la igualdad. Por satisfacción de las necesidades básicas de los ancianos/niños/mujeres/personas con discapacidad/etc., ¿habremos de entender reparto de recursos⁸², o distribución de bienestar⁸³? ¿Aseguramiento de oportunidades y libertad⁸⁴ o incentivos de participación⁸⁵? ¿Qué son, pues, las necesidades básicas⁸⁶? En este sentido, recordemos que, para satisfacer necesidades fundamentales de modo igualitario, se requiere efectuar una distribución desigual de los recursos en atención a la condición de sus beneficiarios. De modo tal que su cumplimiento exige el despliegue de las acciones positivas mencionadas⁸⁷.

Una vez más, la igualdad vuelve a mostrar su función promocional. Pero ahora se dirige al logro de algún grado de equivalencia entre lo que se recibe y lo que se reparte, sabiendo, además que quien recibe y quien reparte están situados de manera diferente, porque sus necesidades son diversas.

d) *IGUALDAD DE PARTIDA, DE TRÁMITE Y DE LLEGADA*. Cuatro caminos pueden ser utilizados para llevar a cabo los repartos en Derecho: la ne-

⁸¹ BOBBIO, *Eguaglianza ed Equalitarismo*, “Revista Internazionale di Filosofia del Diritto”, nº 3, p. 424. Allí expresa que “la necesidad es un criterio que satisface mejor que la capacidad y que el trabajo los ideales de un igualitario, porque los hombres pueden ser de hecho más iguales respecto a la cantidad o a la calidad de la capacidad demostrada en esta o aquella actividad o del trabajo prestado en esta o en aquella obra”, Una detallada e inteligente exposición de las relaciones entre Derechos Humanos y necesidades básicas puede verse en la obra de ANÓN ROIG, *Necesidades y derechos*, p. 8.

⁸² DWORKIN, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, “Philosophy and public affairs”, vol. 10, nº 4, fall 1981, p. 285; ALEXANDER - SCHWARZSCHILD, *Liberalism, neutrality and equality of welfare vs. equality of resources*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 16, nº 1, winter 1987, p. 85.

⁸³ DWORKIN, *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, “Philosophy and public affairs”, vol. 10, nº 3, summer 1981, p. 185; ALEXANDER - SCHWARZSCHILD, *Liberalism, neutrality and equality of welfare vs. equality of resources*, “Philosophy and Public Affairs”, p. 85.

⁸⁴ DWORKIN, *What is Equality? Part 3: The place of Liberty*, “Iowa Law Review”, vol. 73, nº 1, 1987, p. 1.

⁸⁵ DWORKIN, *What is Equality? Part 4: Political Equality*, “San Francisco Law Review”, vol. 22, nº 1, fall 1987, p. 1.

⁸⁶ ANÓN ROIG, *Necesidades y derechos*, p. 25.

⁸⁷ PECES BARBA, *Los valores superiores*, p. 161; BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 77.

gociación, la adhesión, el proceso, o la imposición⁸⁸. Por ello, la igualdad aquí es condición de desarrollo de todo reparto y tiene un sentido dinámico, pudiendo ser “de partida, de trámite o de llegada”⁸⁹.

Así, la negociación es posible cuando la posición de partida de cada sujeto es simétrica. La imposición, los procesos o la adhesión, en cambio, funcionan por efecto de la desigualdad inicial que existe entre las partes. Sea ello como fuere, la igualdad de partida es quien mejor garantiza la igualdad de trámite, o procedimiento y, con ello, el logro de resultados consensuados y equilibrados, propios de toda igualdad de llegada.

e) *IGUALDAD Y RAZONABILIDAD: EL PESO DE LOS PREJUICIOS*. Desde el punto de vista de las razones que fundamentan los repartos jurídicos, habrá que considerar varias cuestiones. Por un lado, el peso de los prejuicios y las costumbres respecto de los criterios empleados para determinar lo relevante. Por otro, el alcance de los móviles y las razones que cada uno alega como justificativo. Habrá que establecer si esconden o no la realidad. Habrá que determinar si son, en suma, prejuicios o etiquetas que ideologizan la idea misma de igualdad⁹⁰.

f) *IGUALDAD EN LAS CIRCUNSTANCIAS*. La realidad social nos muestra también que el derecho se construye en contextos diversos, determinados por circunstancias específicas que funcionan como calidades o requisitos de su existencia. Así, la igualdad se desarrolla en un tiempo-espacio particular y lo hace de acuerdo con modalidades específicas. Por ello, en este marco aparece la necesidad de distinguir la diversidad de cada caso, sus rasgos permanentes y efímeros, para poder detectar qué es lo relevante para la igualdad⁹¹.

⁸⁸ Es decir, los diferentes caminos que pueden transitarse para llegar a establecer un reparto o relación intersubjetiva (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 55).

⁸⁹ Respecto de las clases de igualdad citadas puede verse CIURO CALDANI, *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*, ED, 123-715.

⁹⁰ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 57; DABOVE, *Carencias, ideologías e integración del ordenamiento normativo*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 15, 1992, p. 69; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, n° 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 111.

⁹¹ CIURO CALDANI, *Comprensión jusfilosófica de la circunstancia, la situación y el puesto en el universo*, “Investigación y Docencia”, n° 25, 1995, p. 13.

Ser mujer o varón, persona mayor o niño, abuelo o consumidor, investigador o empresario, jubilado, docente, profesional, ser una persona con discapacidad o ser indígena, son rasgos expresivos de la diversidad personal. Pero, algunos son accidentales y otros permanentes. La condición de padre viejo, abuelo o jubilado, constituyen características que ilustran circunstancias permanentes de la persona. Suelen ser indicadores relevantes para el sistema jurídico y dan lugar a presunciones *iure et de iure* en el sistema jurídico. Lo efímero, por su parte, no siempre es calificado como elemento jurídicamente relevante, por ello suelen generar presunciones *iuris tantum* de lo relevante.

La igualdad, en este contexto, se asocia al reconocimiento de la diversidad y da lugar a la igualdad de oportunidades⁹². Por ello, requiere también que todos los miembros de una determinada sociedad estén en “iguales condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo”⁹³.

§ 13. **ACCIONES POSITIVAS E IGUALDAD PROMOCIONAL: PLANIFICACIÓN Y EJEMPLARIDAD**

Desde el punto de vista del conjunto de conductas intersubjetivas –orden de repartos–, la igualdad explica tanto el desarrollo de las planificaciones, como el de las costumbres, puesto que ambos son mecanismos masivos de ordenación de la vida jurídica.

La planificación suele ser la vía utilizada con más frecuencia para concretar el principio de igualdad basada en el respeto a las diferencias relevantes. Ejemplos de esta afirmación se encuentran en las prácticas jurídicas que reconocen derechos en función de sus sujetos titulares (por el género, la edad, la discapacidad, la salud o enfermedad, la diversidad cultural)⁹⁴. Pero también se observan en el desarrollo de las acciones positivas, o de discriminación inversa, que

⁹² PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, p. 248; PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, p. 149.

⁹³ BOBBIO, *Igualdad y libertad*, p. 79.

⁹⁴ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 144; LAPORTA, *La igualdad*, “Sistema”, nº 67, p. 114; MCKERLIE, *Equality between age-groups*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 21, nº 3, summer 1992, p. 273; FISS, *Groups and the equal protection clause*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 5, nº 2, winter 1976, p. 107; LOURY, *Why should we care about group inequality?*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 5, issue I, p. 249.

llevan a cabo los tres poderes del Estado⁹⁵, ya que no escapan a la exigibilidad jurisdiccional⁹⁶.

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha abordado la problemática de la polisemia de la igualdad y su carácter complejo. Para ello se consideró la perspectiva trialista en calidad de marco teórico y se abordaron las distintas dimensiones que componen su proceso de construcción jurídica.

En primer lugar, se analizó el proceso de construcción valorativa de la igualdad, su relación con la regla de justicia, con las clases de justicia y el problema de la determinación de la relevancia axiológica.

Desde el plano normativo, se consideró a la igualdad formal en relación con la idea de universalidad e igualdad ante la ley. Se analizó su carácter de fundamento lógico del sistema y su calidad de producto normativo. Mas en último lugar se trató su función persuasiva y compensatoria.

Por último, se estudió su proceso de construcción ius sociológico. Así, la igualdad fue asociada a la problemática de la diversidad y al principio de no discriminación. También se consideró la igualdad de trato y las categorías sospechosas, su función promocional y su vinculación con las acciones positivas. Junto a ello, se hizo referencia a la igualdad de partida, de trámite y de llegada, a la razonabilidad y a la problemática de la planificación y las costumbres que determinan este campo.

Así, pues, la igualdad es fruto de una compleja trama jurídica tridimensional. La igualdad de hecho constituye una dimensión de la igualdad a secas –de la igualdad normativa– y por ello mismo se alimenta de los valores de dignidad y autonomía que constituyen el fundamento de los derechos básicos⁹⁷.

⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, íd. “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 146.

⁹⁶ Acciones que, sin embargo, no tienen por qué ser expulsadas a “las tinieblas de unos evanescentes buenos propósitos de acción estatal”, (PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, íd. nota 14, p. 148; DABOVE, *Derecho de la vejez*, p. 79).

⁹⁷ PRIETO SANCHÍS, *Igualdad y minorías*, “Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas”, nº 5, año III, jul.-dic. 1995, p. 148; RODRIGUEZ PINERO Y FERNÁNDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 64.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, LARRY - SCHWARZSCHILD, MAIMON, *Liberalism, neutrality and equality of welfare vs. equality of resources*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 16, nº 1, winter 1987, p. 85.
- ARISTÓTELES, *La política*, 18ª ed., trad. P. DE AZCÁRATE, Madrid, Espasa Calpe -Austral-, 1989.
- *Ética Nicomaquea*, trad. A. GÓMEZ ROBLEDO, México, Porrúa, 1996.
- AÑON ROIG, MARÍA J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- BACQUÉ, JORGE A., "Métodos y usos de la definición", en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- BERLIN, ISAIAH, *Conceptos y categorías. Un ensayo filosófico*, trad. F. GONZÁLEZ ARAMBURO, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- BOBBIO, NORBERTO, *Eguaglianza ed Egalitarismo*, "Revista Internazionale di Filosofia del Diritto", nº 3, p. 424.
- *Igualdad y libertad*, trad. P. ARAGÓN RINCÓN, Barcelona, Paidós, 1993.
- BOXIL, BERNARD, *Global equality of opportunity and national integrity*, "Philosophy and Policy", vol. 5, issue 1, p.143.
- CALSAMIGLIA, ALBERT, "Sobre el principio de igualdad", en MUGUERZA CARPENTIER, JAVIER -PECES BARBA MARTÍNEZ, JAVIER, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- CARRÍO, GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Comprensión jusfilosófica de la circunstancia, la situación y el puesto en el universo*, "Investigación y Docencia", nº 25, Rosario, FIJ, 1995, p. 13.
- *Estrategia jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011.
- *Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)*, ED, 123-715.
- *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas: metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- *Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, Zeus, 2007.
- COMANDUCCI, PAOLO, *Assagi di metaetica*, Torino, Giappichelli, 1992.
- *Diritti umani e minoranza: un approccio analitico e neo-illuminista*, "Ragion Pratica", nº 2, 1994, p. 7.
- CORTINA, ADELA, *Ética aplicada y democracia radical*, Madrid, Tecnos, 1993.
- *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1989.
- *Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1990.
- COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico y libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- DABOVE, M. ISOLINA, *Carencias, ideologías e integración del ordenamiento normativo*, "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", nº 15, Rosario, FIJ, 1992, p. 69.

- *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.
- DABOVE, M. ISOLINA - SOTO, ALFREDO M., *Algunas ideas en torno a la igualdad en relación con la discriminación y a la especificidad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, 1992, p. 111.
- DWORKIN, RONALD, *Ética privada e igualitarismo político*, trad. A. DOMÈNECH, Barcelona, Paidós, 1993.
- *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.
- *Justicia para erizos*, trad. H. PONS, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 10, n° 3, summer 1981.
- *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 10, n° 4, fall 1981, p. 285.
- *What is Equality? Part 3: The place of Liberty*, “Iowa Law Review”, vol. 73, n° 1, 1987, p. 1.
- *What is Equality? Part 4: Political Equality*, “San Francisco Law Review”, vol. 22, n° 1, fall 1987, p. 1.
- EYSENCK, HANS J., *La desigualdad del hombre*, trad. N. SÁNCHEZ SÁINZ-TRAPAGA, Madrid, Alianza, 1987.
- FISHKIN, JAMES S., *Liberty versus equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 32.
- FISS, OWEN M., *Groups and the equal protection clause*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 5, n° 2, winter 1976, p. 107.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.
- GOLDMAN, ALAN H., *The justification of equal opportunity*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p.88.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- GROSS, BARRY R., *Real equality of opportunity*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 4, issue 2, p. 120.
- HARE, RICHARD M., *The language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952.
- KAMM, FRANCES M., *Equal treatment and equal chances*, “Philosophy and Public Affairs”, vol. 14, n° 2, spring 1985, p. 140.
- KLUG, ULRICH, “Consideraciones sobre las definiciones semánticas en derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- LAPORTA, FRANCISCO, *La igualdad: introducción a su análisis*, “Sistema”, n° 67, p. 3 a 31.
- LOURY, GLENN C., *Why should we care about group inequality?*, “Social Philosophy and Policy”, vol. 5, issue I, p. 249.
- MARTÍNEZ, JESÚS I., *El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho*, “Anuario de derechos humanos”, n° 6, Madrid, Universidad Complutense, 1990.

- McKerlie, Dennis, *Equality between age-groups*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 21, nº 3, summer 1992, p. 273.
- Muguerza Carpentier, Javier - Peces Barba Martínez, Javier, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989.
- Nickel, James W., *Equal opportunity in a pluralistic society*, "Social Philosophy and Policy", vol. 5, issue 1, p. 104.
- Olivecrona, Karl, *Lenguaje jurídico y realidad*, 2ª ed., trad. E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1992.
- Parejo Alonso, Luciano, *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.
- Paz, Octavio, *La democracia: lo absoluto y lo relativo*, "Revista de Occidente", nº 130, Madrid, mar. 1992, p. 5 a 25.
- Peces Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.
- *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Perez Luño, Antonio E., *Sobre la igualdad en la Constitución española*, "Anuario de filosofía del derecho", tomo IV, 1987.
- Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.
- *Igualdad y minorías*, "Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas", nº 5, año II, jul.-dic. 1995, p. 112.
- *Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial*, "Doxa", nº 15-16, 1994, p. 367.
- Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Railton, Peter, *Alienation, consequentialism, and the demands of morality*, "Philosophy and Public Affairs", vol. 13, nº 2, spring 1984, p. 134.
- Raphael, D. David, *Filosofía moral*, trad. J. J. Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Raz, Joseph, *Principles of equality*, "Mind. New Series", vol. 87, nº 347, jul. 1978, p. 321 a 342.
- Reale, Miguel, *O Direito como experiência*, São Paulo, Saravia, 1968.
- Ricardo Ochoa, Elena - Pino Sera, Yamilka, *Análisis transdisciplinar de la igualdad de género desde lo socioeconómico, educativo, jurídico y axiológico*, "Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso", nº 68, 2016, Universidad de Valparaíso, p. 63 a 104.
- Savater, Fernando, *La tradición filosófica de la igualdad*, "Claves", nº 36, oct. 1993, p. 2.
- Sen, Amartya, "¿Igualdad de qué?", en Rawls, J. - Fried, Ch - Sen, A. - Schelling, *Libertad, igualdad y derecho*, S.M. Mc Murrin ed., trad. Guillermo Valverde Geffell, Barcelona, Ariel, 1988, p. 135.
- Singer, Peter, *Ética práctica*, trad. M. I. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1991.
- Soto, Alfredo M., *Los modelos jurídicos en la complejidad pura*, "Investigación y Docencia", nº 5, Rosario, FIJ, 1988, p. 39.

— *Planteo comparativo de la axiología jurídica en la egología y el trialismo*, “Investigación y Docencia”, n° 10, 1989, p. 49.

STAMMLER, RUDOLF, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. W. ROCES, México, Editora Nacional, 1980,

STEINER, HILLEL, *Capitalism, justice and equal starts*, “Philosophy and Policy”, vol. 5, issue 1, p. 49.

WESTEN, PETER, *The empty idea of equality*, “Harvard Law Review”, vol. 95, n° 3, jan. 1982, p. 537.

FUNDAMENTOS DE LAS FICCIONES JURÍDICAS. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

FRANCO GATTI*

Resumen. El derecho es un discurso de poder y, como tal, contiene construcciones que interpelan a sus intérpretes en forma incesante. Las ficciones jurídicas se elevan como un tópico que reclama análisis crítico, procurando determinar las tensiones en las que anclan sus orígenes, las funciones que desempeñan y, eventualmente, la importancia de su vigencia.

Entre las referidas ficciones, la igualdad ante la ley concentra el presente abordaje, destacándose como un mito jurídico de recurrencia permanente y pilar naturalizado del ordenamiento jurídico. La deconstrucción constituye el punto de partida para encausar el debate y oponer a la utilidad otorgada desde prácticas arraigadas, una instrumentalidad humanista con norte en los derechos humanos.

Palabras claves: ficción, ideología, igualdad, presunción, utilidad.

REASONS OF LEGAL FICTIONS. INSTRUMENTAL CHARACTER OF EQUALITY UNDER THE LAW

Summary. Law is a discourse of power and contains constructions that interpellate its interpreters incessantly. Legal fictions are raised as a topic that demands critical analysis, trying to determine the tensions in which they anchor their origins, the functions they perform and, eventually, the importance of their

* Abogado, Diploma de honor, por la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Especialista en Derecho Público Global por la Universidad de Castilla-La Mancha. Docente de la Facultad de Derecho de la UNR. Abogado, visitante profesional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante 2017. Doctorando en Derecho y Maestrando en Derecho Público en la UNR.

validity. Among the afore mentioned fictions, equality before the law concentrate the present approach, standing out as legal myths of permanent recurrence and naturalized pillars of the legal system. The deconstruction is the starting point to prosecute the debate and oppose the utility granted from entrenched practices, a humanistic instrumentality with the human rights.

Keywords: fiction, ideology, equality, presumption, utility.

RAZÕES DE FICÇÕES LEGAIS. A NATUREZA INSTRUMENTAL DA IGUALDADE PERANTE A LEI

Resumo: O direito é um discurso de poder e, como tal, contém construções que interpelam a seus intérpretes de forma incessante. As ficções jurídicas se elevam como um tópico que reclama uma análise crítica, procurando determinar as tensões que ancoram suas origens, as funções que desempenham e, eventualmente, a importância de sua vigência. Entre as referidas ficções, a igualdade perante a lei concentram a presente abordagem, destacando como mito jurídico de permanência recorrente e pilar naturais do ordenamento jurídico. A desconstrução constitui o ponto de partida para judicializar o debate e se opor a utilidade outorgada desde as práticas enraizadas, uma instrumentalidade humanista com norte nos direitos humanos.

Palavras-chave: ficção; ideologia; igualdade; presunção; utilidade.

A) FICCIONES JURÍDICAS: UN ABORDAJE CRÍTICO

§ 1. *APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO DE FICCIÓN JURÍDICA*

La distinción entre realidad sustancial y jurídica se eleva como el puntapié inicial para alcanzar una aproximación al concepto de ficción. La primera, es aquella que se presenta de inmediato frente a los sentidos, mientras que la segunda está construida artificialmente por las normas, las sentencias, los laudos y la doctrina. Es explicable entonces, que en los ámbitos contrapuestos antes apuntados, “la idea primigenia de la *fictio iuris* se forjase con más facilidad e inmediatez en aquel de dichos planos que se refiere a la realidad material, por lo que es también perfectamente comprensible dada la inercia que tanto condiciona la evolución científica del derecho, que persista con fuerza hasta nuestros días la consideración de que la ficción no es, en esencia,

sino un “expediente técnico” consistente en suponer un hecho o una situación diferente de la realidad con vistas a producir un efecto jurídico”¹.

De esta forma, podemos entender por ficción: “a aquellas alteraciones de la realidad material o de los conceptos del derecho que se formalizan en proposiciones doctrinales, jurisprudenciales, negociales o legales que tienen como propio un contenido asertivo que, por razones más o menos justificables de equidad, de utilidad o de conveniencia, se agota en sí mismo y vuelve deliberadamente la espalda a la realidad material o conceptual sobre la que opera”².

Lo anterior, implica catalogar a las construcciones ficcionales como figuraciones de un hecho contradictorio con la realidad, representándolo como existente si no lo es o como inexistente si efectivamente se halla configurado.

RAYDA GUZMÁN sostiene que un requisito esencial para la presencia de una auténtica ficción es que ella sea autocontradictoria, ello implica que a la vez que afirma algo del mundo se sabe falsa, es decir tiene conciencia de falsedad. Esto permite, que, al asumirse como tal, la ficción pueda eventualmente alcanzar la verdad de lo real o mantenerla detrás de su velo³. En el mismo sentido, puede decirse que las ficciones son enunciados falsos cuya condición de tales conocemos. Han sido muy importantes en el desarrollo del derecho. Mucho más importantes que las nociones de verdad. En efecto, es la conveniencia de las ficciones lo que las hace permanecer entre nosotros.

§ 2. **CLASIFICACIÓN DE LAS FICCIONES JURÍDICAS**

Dentro de las múltiples clasificaciones que los diversos autores han propuesto, vale hacer hincapié en la distinción de las ficciones según su origen. Así, el abanico clasificatorio queda compuesto de la siguiente forma:

a) **DOCTRINALES.** De ellas se han auxiliado los juristas para explicar ciertas categorías jurídicas, ya sea con fines didácticos o puramente científicos. Si bien, como afirma PÉREZ SERRANO, hay una tendencia a que los teóricos se aprovechen cada vez menos de este

¹ LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 26.

² LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 15.

³ GUZMÁN, *Unidades de ficción*, p. 4.

tipo de ficciones, se conserva su utilización principalmente en el ámbito del derecho público, y en particular en el derecho constitucional⁴. He de ahí, que los autores recurran habitualmente a construcciones ficcionales como la personificación del Estado o la consideración de las decisiones de los diputados como si fuera la voluntad del pueblo. Otro ejemplo es, sin lugar a duda, en la historia del pensamiento jurídico, la creación kelseniana de la norma fundamental que ha marcado un hito en la aplicación de elaboraciones teóricas funcionales para la ciencia.

b) *JUDICIALES*. Entendiendo a la función jurisdiccional como receptora de la dinámica del mundo jurídico, se han utilizado históricamente recursos ficcionales por parte de los tribunales. A pesar de que en los países del *common law* adquieren un protagonismo particular, no ha sido infrecuente su utilización en los países continentales del civil law, hasta el punto de constituir la génesis de posteriores ficciones legales. Ejemplo de ello es el llamado concurso real, en derecho penal, mediante el cual varios delitos concurrentes cometidos por una misma persona, vienen a considerarse como uno solo con la finalidad de atenuar el rigor que supondría la acumulación material de las penas que por cada uno de ellos correspondería.

En otros casos, las ficciones son utilizadas por los magistrados para justificar su modo de interpretar las normas. “Así ha ocurrido alguna vez respecto de reglas que tienen en cuenta en la conformación de su supuesto de hecho la figura de la adopción, que desde su inicial consideración como *naturam imitans*, ha sido con frecuencia considerada como un caso de ficción jurídica, bien sobre la base de la falsa suposición de que el arrogado romano había nacido del arrogante y de su esposa –*tam iure lege filius quam si natus esse*–, bien por fingir el adoptante medieval que el adoptado había sido engendrado por él, o ya si simplemente por la mera consideración de que solo a través del recurso a la ficción se podía equiparar a la filiación biológica la filiación por adopción”⁵.

c) *NEGOCIALES*. Las partes corrientemente, en el marco de la autorregulación de sus intereses, recurren al uso de apariencias jurídicas notoriamente distantes de la realidad sustancial, en general

⁴ LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 33.

⁵ LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 50.

con una finalidad de engaño. Ello puede visualizarse en la figura de la simulación, herramienta habitual para revestir a cierto negocio de un ropaje jurídico, el cual conforma una fantasía detrás de la cual se esconde el verdadero sentido del acto.

d) **LEGALES.** La tendencia predominante a nivel histórico ha sido concurrir a la creación de la norma en referencia a una categoría preexistente, tal como lo entiende JEAN CARBONNIER “es la esencia del derecho enlazar el porvenir con el pasado”⁶, conduciendo ello al empleo de ficciones legales.

Este tipo de ficciones son las que mayor despliegue tienen dentro del universo jurídico, lo cual encuentra asidero en la autoridad que reviste el legislador, permitiéndole valerse de la irrealidad misma y cristalizarla en normas positivas.

Las ficciones legales pueden operar de modo diferente según la modalidad elegida por el creador de la norma. Algunas que comportan simplemente una equiparación formal, de carácter más bien terminológico, entre una situación nueva y una ya regulada. Otras conducen, en cuanto al tratamiento jurídico, a una equiparación que podríamos llamar sustancial entre lo viejo y lo nuevo, a través de configurar normativamente a este con aquella finalidad, de manera diversa a como es en la realidad. Es decir, en el primer supuesto el hecho de la equiparación es lo que constituye la ficción misma, mientras que en el segundo, se crea una ficción a los fines de lograr el carácter justificable de dicha equiparación.

Así, estos artificios legales no buscan describir la realidad, sino inventar modelos de legitimación y justificación de ella. Las ficciones pertenecen a la categoría del “*como si*” o de “*lo conscientemente falso*” (llamada así por HANS VAIHINGER), ya que no están sujetas epistemológicamente a pruebas verificacionistas de confirmación, ni a test de corroboración falsacionista, sino más bien a ser conservadas prácticamente si son eficaces, o abandonadas en caso contrario⁷.

§ 3. **FICCION, ANALOGÍA Y PRESUNCIÓN**

El procedimiento equiparatorio que caracteriza a la ficción legal, sumado a su estructura interna, la vincula estrechamente con la figu-

⁶ CARBONNIER, *Droit civil, Introduction. Les personnes*, p. 56.

⁷ MARÍ, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, p. 20.

ra de la analogía. Esta última implica la existencia de las similitudes en el plano de la realidad sustancial y, es a través de la extensión normativa que se logra la asimilación.

En cambio, en la ficción acontece una inexistencia pragmática que es superada por la norma mediante el otorgamiento de iguales efectos a supuestos materialmente desiguales. Es por ello, que en la analogía la función del intérprete consiste en detectar las coincidencias para someterlas a la misma prescripción, mientras que en la ficción, dichas coincidencias son edificadas por el legislador, que las describe *como si* efectivamente fueran verídicas.

Puede decirse que la *fictio legis* es una invención del legislador, mientras que la analogía es un recurso metodológico del intérprete para integrar las lagunas de la ley. La presunción es otra de las figuras que tiene conexión con la ficción, ya que por medio de ambas se tiende a aseverar una verdad que no encuentra asidero en la realidad. En el primer caso, lo afirmado se expone simplemente como probable, mientras que en el segundo se elabora de un modo completamente artificial. Ello es, que la ficción, subvierte la realidad siendo útil a la realización propia del derecho y la presunción delinea una hipótesis que puede ser o no valedera, desenvolviéndose especialmente en vinculación con la prueba de los hechos jurídicos.

Esta diferenciación requiere efectuar un reparo, frente a la particularidad de las presunciones *iure et de iure*, pues, al no admitir prueba en contrario, la situación eventualmente falsa a la que la misma se refiere, podría siempre prevalecer, aunque fuera distante de la realidad. He de ahí, que la mayoría de los autores sostengan que la distinción entre este tipo de presunciones y las ficciones se torna difícil de precisar. JEAN WROSBLESKI va más allá negando cualquier posibilidad de diferenciación, y entendiendo que la fuente de las ficciones se encuentra en dichas presunciones irrefragables⁸.

En consecuencia, estas preposiciones legislativas consisten en expresiones del derecho no susceptibles de refutación, anulando toda chance de prevalencia del plano fáctico por sobre la idealización normativa. Por ello, es congruente entender su inclusión dentro de las ficciones jurídicas, puesto que terminan encaminándose en un mismo fin: la instrumentalidad de lo irreal como sustento de posicionamientos ideológicos.

⁸ WRÓSBLESKI, "Les présomptions et les fictions en droit", en LUNA SERRANO, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, p. 83.

B) UN PILAR FUNDANTE: LA FICCIÓN DE LA IGUALDAD

§ 4. LAS RAÍCES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En 1789, el suelo francés fue testigo de un verdadero cambio de paradigma, atrás quedó el absolutismo monárquico y se dio paso al denominado “Estado liberal de derecho”. Consecuencia inmediata de dicha revolución burguesa fue la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, cristalizándose en diecisiete artículos el sustrato político que motivó el cambio.

La primera de las disposiciones de dicho instrumento sostuvo: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos”, consagrándose así la denominada igualdad formal. Este es el inicio de un artificioso camino, pues claramente la única igualdad conquistada fue la que empardó a la burguesía triunfante con nobleza detentadora de los máximos privilegios. Fueron soslayados absolutamente los esclavos, las mujeres, e incluso quienes no era propietarios, pues la posterior Constitución de 1791 distinguió entre ciudadanos activos y pasivos, debido a la titularidad dominial. A posteriori, fueron replicándose las normativas receptoras de la igualdad, que mantuvieron el perfil liberal, limitándose a la mera declaración formal y poniendo acento en el resguardo de otro tipo de derechos, encabezados por la propiedad privada.

La Constitución de la Nación Argentina, como fiel producto de su época, abrazó al liberalismo, cuya vigencia se mantiene en el núcleo duro de su parte dogmática.

Especialmente, el art. 16 afirma la igualdad ante la ley de todos los habitantes y aspira a la eliminación de privilegios, no admitiendo prerrogativas de sangre ni de nacimiento, como tampoco fueros personales ni títulos de nobleza. Allí se detuvo la ambición del constituyente de 1853, en un simple compromiso del Estado, puramente formal.

En el plano internacional, la conclusión de la Segunda Guerra Mundial fecundó el comienzo de una lucha histórica por la consagración de los derechos humanos. Luego de haberse constituido la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, se sancionaron la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En ambas se presenta al principio de igualdad en los tér-

minos antes descriptos, pues se trata de una mera formulación expresada a título de aspiración⁹.

A partir de entonces, la evolución en la materia implicó un incremento de regulaciones que ampliaron los hitos jurídicos de 1948. En el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 1º insta a los Estados firmantes a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En igual sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 2º.

Hasta entonces, el alcance de dichas declaraciones fue puramente formal, y acarreó que fueran observados “tan solo como un discurso legitimante y tranquilizador, que únicamente en aspectos muy parciales, alcanzaba operatividad. Un discurso que prometía lo que precisamente no otorgaba”¹⁰.

§ 5. **EL CARÁCTER FICCIONAL DE LA IGUALDAD FORMAL**

La igualdad formal, construye un plano que no es el de los hechos, sino más bien el de los ideales, valores y principios. Se trata pues de un eufemismo, que contrastado con la crudeza de la realidad se convierte en una ironía, una paradoja, produce escepticismo y descrédito.

El liberalismo cristalizó a la igualdad formal para hacer de ella su pilar de conquista, pues la burguesía en ascenso requería de un derecho que le fuera funcional, que la colocara en condiciones igualitarias con la nobleza y se eleve como la llave de acceso al poder. Junto con ello se introdujo la renombrada escuela de la exégesis, pretendiendo hacer de los jueces simples autómatas, bajo el pretexto de la autosu-

⁹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. II expresa: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*”. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 1 dice: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse frateralmente los unos con los otros*”.

¹⁰ CÁRCOVA, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, p. 152.

ficiencia del ordenamiento jurídico. El telón de fondo de estos cambios en las estructuras jurídicas era claro: preservar los intereses de un grupo ambicioso, que con génesis en los movimientos europeos logró expandirse y hallar sitio incluso en nuestro país.

De esta forma, el principio de igualdad hizo su aparición acompañado de un Estado ausente, cuyo rol se estrechaba a ser el gendarme de los derechos y libertades individuales, despreocupándose por tornarlos empíricos.

Considerando la permanencia de las normas liberales en los tiempos que corren, sin perjuicio de los avances experimentados en materia de derechos humanos, cabe detenerse en cuán distante es la expresión legislativa de la realidad que la circunda.

El análisis exige posicionarse ideológicamente, a los fines de revelar el tinte ficcional de la igualdad formal, en este sentido, “BENTHAM fue consciente de la naturaleza de una ficción válida, como un objeto del que, por conveniencia, se habla como existente, aunque con completo conocimiento de que no tiene existencia real”¹¹.

Abona la idea de la disfunción y la distancia con la materialidad, el hecho de comprender las diferencias intrínsecas de cada individuo, y por otro lado las disparidades en el acceso al goce efectivo de los derechos. Ellos son dos aspectos de la igualdad que desnudan el por qué de su costado ficticio. CARLOS NINO entendía que el eslogan “todas las personas son iguales” no era vacío ni trivial: como afirmación fáctica era obviamente falsa, y como afirmación normativa, discutible¹².

En efecto, se torna evidente la presencia de un obstáculo insuperable para el derecho: la imposible equiparación física, psicológica, sentimental, de los individuos, allí lo jurídico tiene poco que hacer. Pero, sí debe ser objeto de su preocupación “la discriminación que engendra una sociedad que niega a muchos el goce de los derechos, ello indica que no alcanza a garantizar un tratamiento similar para todos, sin considerar sus diferencias”¹³. Esto implica igualar en la diferencia, es irrazonable pretender disipar las divergencias, ellas reclaman un marco que las regule, las limite, las ponga bajo la óptica de los derechos humanos.

¹¹ MARI, *Derecho y psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, p. 45.

¹² ALEGRE, *Homenaje a Carlos Nino*, p. 52.

¹³ RUIZ, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, p. 104.

Históricamente, han sido expresión de la patente miopía jurídico-estatal ciertos grupos excluidos, para quienes la igualdad formaba parte de un anecdotario, edificándose la acérrima percepción de no pertenencia, colocándolos al margen de un ideario que se elevaba como modelo. Las mujeres, los esclavos, los pobres, los colectivos étnicos, las ideologías minoritarias fueron desconocidos a pesar de las decorosas manifestaciones jurídicas que fingían una equidad de oportunidades y de trato. Solo la pronunciada militancia permitió abrirles camino, condensándose dicha protesta en legislaciones e instrumentos internacionales, tales como: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos originarios, y el ya indiscutible criterio universal de la eliminación de la esclavitud.

Sin embargo, la deuda no está saldada, pues los avances del derecho en particularizar la atención a las mal llamadas “minorías”, no alcanzó una total salida del anonimato de aquellos que se enfrentan a lo hegemónico. JUDITH BUTLER refiere a la precariedad de la vida, afirmando que ella “se sostiene fundamentalmente en condiciones sociales y políticas, y que el desafío es suministrar los apoyos básicos que intenten minimizar la precariedad de manera igualitaria”¹⁴. Allí se halla el *quid* de la cuestión, en superar “el papel” y avanzar sobre el campo pragmático, haciendo que la vulnerabilidad propia del ser humano pueda ser acompañada por el Estado, sin privilegios ni desigualdades, removiendo obstáculos, proporcionando oportunidades y asegurando los estándares mínimos en materia de derechos fundamentales.

En la actualidad, el contraste más notorio entre la pretensión de la igualdad formal y la realidad sustancial está marcado por la fragmentación social, la cual “imposibilita la formación del consenso y destruye las identidades que se constituyeran en el interior de las instituciones políticas y sociales, siendo la exclusión un problema para la democratización y la justicia”¹⁵.

En suma, resulta de lo apuntado la confluencia de factores que contribuyen para sentenciar el sentido ficcional de la igualdad for-

¹⁴ BUTLER, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, p. 57.

¹⁵ RUIZ, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, p. 100.

mal. La ley –en el sentido más amplio– opera como un retrato de su época, denuncia los intereses que la rodearon y sostuvieron, y solo por medio de una revisión crítica puede aprehenderse su sustrato político. Tan claro es ello, que los legisladores nos han declarado iguales, y han estructurado un sistema jurídico y político que se jacta de dicho postulado, pero reproduce su contracara: la desigualdad, el trato disímil, la marginación.

§ 6. **EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LA FICCIÓN: LA IGUALDAD SUSTANCIAL**

Tomando como norte el ya afirmado carácter ficcional de la igualdad formal, es prudente considerar la necesidad del compromiso estatal para atemperar las consecuencias de una declaración jurídica que carece de todo asidero en el plano material. Aquí entra en juego la denominada igualdad sustancial, entendida “como el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la implementación de acción positiva o de discriminación inversa”¹⁶.

La concepción liberal de la igualdad se basa en un criterio estrictamente procedimental, he de ahí su denominación –“igualdad formal”–, pero no garantiza efectos, es decir, queda cumplimentada la aspiración con un tratamiento equitativo sin atender a las particularidades. Por tal motivo ha resultado insuficiente a los fines eminentemente prácticos, ya que desde ARISTÓTELES a este tiempo fue imprescindible considerar la situación peculiar en que se encuentran aquellos que pretenden ser igualados.

“Así pues la igualdad de *iure* y la igualdad de hecho, o igualdad formal y real, son modalidades tendencialmente contradictorias, pues quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de derecho, dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica”¹⁷.

“Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la igualdad formal. Ella dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la

¹⁶ PÉREZ PORTILLA, *Principio de igualdad. Alcances y perspectivas*, p. 136.

¹⁷ PÉREZ PORTILLA, *Principio de Igualdad. Alcances y perspectivas*, p. 139.

clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplique las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice: si la categoría alcanza a todas las X, entonces solo se viola si una X no es tratada como una de las de su categoría. Es decir, no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna (...).

Por contraposición, una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección, es la fórmula de la igualdad jurídica material –o sustancial–. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si: a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes, se los trata de igual forma. Es decir, si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual¹⁸.

La igualdad formal, por atender solo al tratamiento jurídico y despreocuparse por sus efectos prácticos, es notoriamente más simple de aplicar que la igualdad real. Esta última, demanda de acciones positivas por parte del poder público, supone un compromiso que no solo es legislativo, sino político en toda su amplitud. Por otro lado, el mandato de la igualdad jurídica implica siempre tomar un parámetro de comparación, a partir del cual se pueda afirmar el trato igualitario, es decir se adopta un “patrón” y en razón de este se realizan las equiparaciones. Ello denota su carácter ideológico, ya que lo que se configura como modelo no es más que una construcción hegemónica, he de ahí que “el hombre occidental, blanco, propietario, heterosexual” haya sido considerado históricamente como el ideario a seguir. Desde el aporte concretado por la igualdad sustancial, se busca desterrar la necesidad de la comparación, pues la aspiración no es conseguir un “trato igualitario respecto de...” sino, una amplitud de oportunidades que suponga dotar a todos los sujetos de las mismas posibilidades en el acceso y goce de los derechos fundamentales.

En el análisis de la igualdad real debe hacerse hincapié en dos aspectos: la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados. La primera pone el acento en igualar desde el punto de partida, removiendo los obstáculos o barreras, y no deteniéndose allí, sino dictando medidas especiales para compensar las desigualdades de

¹⁸ CLÉRICO - ALDAO, *Nuevas miradas de la Igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, “Lecciones y Ensayos”, nº 89, 2011, p. 144.

hecho. El liberalismo clásico sostenía que la igualdad de oportunidades podía llevarse a cabo a través de una asignación igualitaria de derechos. Sin embargo, desde la perspectiva sustancial, “la misión es efectivizar distribuciones y tratamientos desiguales para llevar a todos a un nivel común de partida”¹⁹.

Por otro lado, la igualdad en los resultados pretende demostrar que el tratamiento equitativo es absolutamente insuficiente si las consecuencias son desiguales. En este sentido, la igualdad jurídica no resuelve el problema, puesto que existen casos en los que la desigualdad no puede probarse en el plano formal, ya sea porque no hay parámetros de comparación o porque no configuran prácticas excluyentes. Ejemplo de lo afirmado, son los derechos de las mujeres durante el embarazo, que se vinculan con la ambición de una igualdad sustancial y no con la comparación con un modelo o patrón.

En el derecho transnacional, la igualdad sustancial es recogida de diversos modos:

a) *ALEMANIA*. El art. 3 de su Constitución establece la igualdad formal (“igualdad ante la ley”), y luego refiere en particular a la igualdad entre varones y mujeres, instando a la remoción de las desventajas.

b) *ESPAÑA*. En el art. 9 de su norma suprema se dispone que corresponde promover las condiciones para que las libertades y la igualdad del individuo y los grupos que integra sean reales y efectivas. En paralelo, se insta a remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. El art. 14 reconoce la igualdad formal, mientras que en el 40, se asevera el compromiso de los poderes públicos para generar condiciones favorables de progreso y efectivo acceso a los derechos.

c) *ITALIA*. En la Constitución, el art. 3º dispone la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, sin distinciones, y se asevera que corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que impidan el pleno desarrollo de la persona.

d) *LATINOAMÉRICA*. Las Constituciones de Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Panamá, Perú, Venezuela, no reconocen más que la igualdad formal.

¹⁹ BOBBIO, *Diccionario de política*, p. 777.

En el caso de Argentina, los constituyentes de 1853 recogieron, como la lógica de la época indicaba, la igualdad jurídica en el referido art. 16. La Constitución de 1949, si bien recogió el constitucionalismo social, no receptó aun el paradigma de la igualdad sustancial. Fue recién la reforma constitucional de 1994 la que abrió camino en una nueva concepción sobre la igualdad, no solo por el conjunto de instrumentos internacionales elevados a la máxima jerarquía jurídica –art. 75, inc. 22–, sino también por la trascendental cláusula del art. 75, inc. 23. En esta última se reconoce que corresponde al Congreso de la Nación “*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 la 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*”.

En los tratados internacionales ha prevalecido la opción de abordar la igualdad desde el criterio de “similitud y diferencia”²⁰, afirmando la discriminación cuando un sujeto es tratado distinto respecto del patrón. Por ejemplo, bajo este modelo “la mujer se ve obligada a sostener que, o bien es igual al hombre y debe ser tratada igual, o que es distinta, pero debe ser tratada como si fuera igual”²¹. A partir del avance y las conquistas en materia de derechos humanos, se consolidó actualmente el criterio de la “desventaja”²², exigiéndose un examen del contexto y las circunstancias en que se hallan los sujetos, para determinar las relaciones de poder que influyen en creación de desigualdades.

Tal como se expuso, mayoritariamente los Estados han receptado herramientas jurídicas que pretenden superar el estadio de las consagraciones liberales, y concomitantemente se ha desarrollado un proceso de nacionalización del derecho internacional, internalizándose los avan-

²⁰ Esta posición se ve reflejada en la Declaración Universal de los derechos humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre derechos humanos, en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos.

²¹ Cook, *Los Derechos Humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir*, p. 10

²² El modelo de la desventaja se advierte presente en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

ces edificados como consecuencias de trascendentes hitos universales. A pesar de ello, cabe detenerse en cuán útil resultan las evoluciones legislativas frente a las desigualdades arraigadas en el seno social.

El hecho de que la norma jurídica se esfuerce por ampliar sus horizontes, con ánimo de compensar las manifiestas deficiencias de la igualdad formal, no es garantía de una transformación fáctica, ya que los vínculos de poder continúan interponiéndose para que la equiparación de oportunidades no los penetre y ponga en jaque los privilegios ostentados. En consecuencia, es oportuno entender que resulta imprescindible el acompañamiento de lo típicamente legislativo y jurídico, por un compromiso público, estatal y ciudadano. Se trata de superar las barreras reales, los estereotipos, los ardides de los “poderes salvajes”²³, para que aquello plasmado en un texto se instale en la vida cotidiana de sus destinatarios. En igual sentido, la obra de la magistratura resulta trascendental, serán los jueces quienes, en su sentencia, deberán hacerse cargo del carácter ficcional, para no profundizar desigualdades.

El primer paso es consolidar el desafío en la agenda gubernamental, como obligación asumida frente la comunidad internacional, pero principalmente como responsabilidad ante la ciudadanía que merece, por mandato constitucional, un sistema de políticas públicas en pos de la justicia, cuyo único y definitivo contenido es la protección de los derechos humanos. Es decir, “un sistema lo suficientemente potente para conmovir un status quo fuerte desigualitario. Un estatus quo que no es solo puntual o individual, sino que responde a una práctica sistemática de discriminación, cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas [...]”. Algunas de las constituciones identifican a los grupos desventajados como mujeres, niños, niñas, ancianos, discapacitados, pueblos originarios, entre otros (p.ej., art. 75, incs. 17 y 23, Const. nacional). Esta desigualdad no es natural, sino que surge como producto de una estructuración social dada. Para que estos grupos vulnerables puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad se deben dictar medidas estatales de acción positiva”²⁴.

²³ FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, p. 71

²⁴ CLÉRICO - ALDAO, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, 2011, p. 149.

En efecto, el punto de partida es la asunción por parte del Estado de la irrealidad que supone la igualdad formal, de la indiscutible relevancia que cobran los posicionamientos sociales en el acceso a los derechos fundamentales. Solo así, con conciencia de desigualdad, podrá el aparato estatal emprender el rol que demanda la ciudadanía: un activismo consistente en abrazar las diferencias, como actitud de integración, para diagramar entonces un desarrollo de políticas que calen hondo en las estructuras.

CONCLUSIÓN

El estudio efectuado da cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico, su estrecha relación con el poder y el innegable carácter histórico que lo distingue, reclamando un abordaje crítico, activo y conocedor de los vínculos que lo atraviesan. En este marco, las ficciones jurídicas afirman el perfil ideológico de toda expresión normativa, mostrándose en apariencia como ingenuas, inofensivas, pero escondiendo el contexto, los personajes y las tensiones que acabaron por condensarlas en un discurso. La principal dificultad del tópico radica en la posición epistemológica desde la que se lo aborda, puesto que es la propia mirada del observador la que constituye el objeto, y aquí poco podría cuestionarse desde un ángulo que conciba al derecho como pura objetividad y confunda sus postulados con principios morales.

Tal como fue dicho, la ficción se distingue por saberse falsa, por su autocontradicción, y precisamente desde tal precepto es reconocible su función ideológica. El desafío es poner de manifiesto el fundamento de las ficciones y ambicionar así una socialización de su utilidad. Hemos descripto cómo las construcciones ficcionales son útiles, pero también necesarias, ya que sostienen, conceden coherencia, e incluso hacen a la validez de un sistema normativo.

Las ficciones del derecho merecen un renovado ámbito de discusión, que las reconozca como tales, que evidencie sus entretelones y que finalmente las retire de una función servicialmente sesgada, para ponerlas en el patrimonio de lo social, para comprometerlas con una lucha humanista que torne al fenómeno jurídico un arma de transformación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, MARCELO, y otros, *Homenaje a Carlos Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BOBBIO, NORBERTO, y otros, *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI Editores, 1994.
- BUTLER, JUDITH, *Marcos de guerra. Las vidas lloradas*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2010.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *La opacidad del derecho*, Madrid, Trotta, 1998.
- *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012
- *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2006.
- CLÉRICO, LAURA - ALDAO, MARTÍN, *Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos: La igualdad como redistribución y como reconocimiento*, “Lecciones y Ensayos”, n° 89, Revista Jurídica del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2011.
- COOK, REBECCA J., “Los Derechos Humanos internacionales de la mujer: el camino a seguir” en *Derechos humanos de la Mujer: perspectivas nacionales e internacionales*, Profamilia, Bogotá, 1997.
- COSTA, JOAQUÍN, *La ignorancia del derecho*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2001.
- GUZMÁN, RAYDA, *Unidades de ficción*, “Encrucijadas”, Centro de Investigaciones Posdoctorales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela, edición digital: www.academia.edu.
- KELSEN, HANS, *¿Qué es la justicia?*, trad. CALSAMIGLIA, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- *Teoría pura del derecho*, trad. M. NILVE, Eudeba, 1983.
- LUNA SERRANO, AGUSTÍN, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya, 2004.
- MARÍ, ENRIQUE E., *Derecho y psicoanálisis. Teoría de la ficción y función dogmática*, Buenos Aires, Hachette, 1987.
- *Teoría de las ficciones*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.
- RUIZ, ALICIA, *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- VON IHERING, RUDOLPH, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004.

NOTAS SOBRE ANNE WAGNER Y EL MOVIMIENTO DE SEMIÓTICA JURÍDICA

MARINA GORALI*

Resumen: Este trabajo muestra los trazos iniciales del movimiento “Semiotics of Law”, sitúa sus principales líneas de interés e investigación y da cuenta de algunos de sus referentes y producciones teóricas. En este recorrido un lugar destacado lo ocupan los interesantes desarrollos de la profesora ANNE WAGNER. Esta investigación reinscribe dichas reflexiones en el marco de las discusiones en torno al concepto de signo y su pertenencia a una filosofía precrítica de la comunicación.

Palabras clave: semiótica, derecho, signo, comunicación.

NOTES ON ANNE WAGNER AND THE LAW'S SEMIOTICS MOVEMENT

Abstract: This work shows the initial strokes of the movement “Semiotics of Law”, places its main lines of interest and research and accounts for some of its references and theoretical productions. In this tour a prominent place is occupied by the interesting developments of professor ANNE WAGNER. This research reinscribes these reflections in the framework of the discussions around the concept of sign and its belonging to a pre-critical philosophy of communication.

Keywords: semiotics, law, sign, communication.

NOTAS SOBRE ANNE WAGNER E O MOVIMENTO SEMIÓTICA DO DIREITO

Resumo: Este trabalho mostra os traços iniciais do movimento “Semiótica do Direito”, localiza suas principais linhas de

* Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Nacional de Avellaneda.

interesse e pesquisa e explica algumas de suas referências e produções teóricas. Nestaturnê, um lugar de destaque é ocupado pelos interessantes desenvolvimentos do professor ANNE WAGNER. Esta pesquisa reinscreve estas reflexões no contexto das discussões sobre o conceito de sinal e sua adesão a uma filosofia pré-crítica da comunicação.

Palavras-chave: semiótica, direito, sinal, comunicação.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo recorre los trazos iniciales del movimiento “Semiotics of Law”, sitúa sus principales líneas de interés e investigación, así como dar cuenta de algunos de sus referentes y producciones teóricas. Entre ellas, cabe destacar los interesantes desarrollos de la profesora ANNE WAGNER, actual presidente de la “International Roundtable for the Semiotics of Law” y editora del “International Journal for the Semiotics of Law”. También intenta reinscribir dichas reflexiones en el marco de las discusiones en torno al concepto de signo y su pertenencia a una filosofía precrítica de la comunicación.

§ 1. *LOS INICIOS DEL MOVIMIENTO*

En abril de 1987 se llevó a cabo, en la Universidad de Pensylvania, la primera Convención de Derecho y Semiótica, organizada y patrocinada por el Centro de Investigaciones Semióticas en Derecho, Gobierno y Economía, dirigido por la profesora R. KEVELSON (profesora de Filosofía de dicha Universidad). Los propósitos de aquel primer encuentro giraron en torno a dos cuestiones principales: presentar el estado del arte en los desarrollos recientes de la semiótica e intentar establecer articulaciones –de ser posibles– entre las diversas aproximaciones a los análisis de la semiótica jurídica. Fundamentalmente tenían especial interés en intentar un intercambio entre los abordajes de la teoría crítica del derecho (anclados mayormente en la filosofía continental, así como en los desarrollos de la lingüística estructural y la hermenéutica filosófica) y los abordajes más ligados a la tradición pragmática de mayor influencia entre las corrientes del realismo americano y escandinavo.

Asimismo, este primer encuentro se orientó a explorar líneas de aplicación de la semiótica a problemas prácticos del derecho; entre las que se destacaban principalmente: a) ética filosófica y semiótica

jurídica; b) historia del derecho desde una perspectiva semiótica, y c) la semiótica de la retórica jurídica en los discursos y procesos legales. En mayo de 1988 el siguiente encuentro fortalecía el trabajo iniciado.

Participaron de la “Round Table”¹ inicial THOMAS SEBEOK (presidente del Centro de Investigaciones para Estudios Semióticos y del Lenguaje de la Universidad de Indiana), DAVID HOY (profesor de Filosofía de la Universidad de California) conocido por sus contribuciones a un abordaje crítico de la semiótica jurídica, OTTMAR BALLWEG de la Universidad de Berkeley, DENIS JOLY BRION (profesora de Derecho en la Washington and Lee University School of Law), entre muchos otros.

Actualmente, ANNE WAGNER² preside la “International Roundtable for the Semiotics of Law”. Asimismo, es la editora de una de las principales publicaciones sobre semiótica jurídica: el “International Journal for the Semiotics of Law”. Entre sus principales trabajos se encuentran: *Legal language and the Search for Clarity* (Lang, Peter, 2006), *Interpretation, law and the Construction of Meaning* (Springer, 2006), *Obscurity and clarity in the Law* (Ashgate, 2008), *Diversity and tolerance in socio-legal context* (Ashgate, 2009), *Prospects of legal semiotics* (Springer, 2010), *Exploring Court room Discourse* (Ashgate, 2011). Es también autora de *La langue de la common law* (L'Harmattan, 2002).

En el año 2009, WAGNER comienza a orientar sus investigaciones hacia el campo de la semiótica visual ligada fundamentalmente a temas como el poder, el manejo del espacio urbano y el multiculturalismo. Entre sus títulos pueden hallarse: *French urban space management: A visual semiotic approach behind power and control* (A. WAGNER, International Journal for the Semiotics of Law, vol. 24/2, 2011), *The muslim veil in France: between power and silence, between visibility and invisibility* (Hermes 46, 2011) y *Nation, Identity and Multiculturalism* (Guest Editor – International Journal for the Semiotics of Law, vol. 25/2: 2012).

Para WAGNER el derecho es una construcción simbólica que se manifiesta, ante todo, como una estructura material que porta símbolos de la vida cotidiana. En este sentido, entiende que los análisis llevados adelante por el movimiento de derecho y semiótica muestran

¹ Mesa redonda.

² Profesora en la Université du Littoral Côte d'Opale (Francia), es también investigadora de la Universidad de Lille (“Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit”) y de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (Beijing).

que, lo que el derecho significa, no puede ser entendido solo por referencia a sí mismo. El derecho es, por el contrario, una construcción simbólica que transmite vida, un símbolo que está en sí mismo permeado de vida, política, moral, etcétera. El derecho y la semiótica se ofrecen así, como un punto de encuentro entre tradiciones; tradiciones que con improntas y voces distintas han, sin embargo, advertido un horizonte común: la importancia del lenguaje y de la dimensión simbólica en la conformación de la juridicidad.

WAGNER entiende que los problemas mundiales de las migraciones humanas, los derechos humanos, la colonización y el poder transnacional se juegan en los espacios locales, en los discursos públicos a través de los cuales se les da una representación particular. En ese marco, el derecho resulta un recurso retórico que constituye estas “verdades” globales y locales, a la vez que se encuentra simultáneamente constituido por estas.

§ 2. **DIVERSIDAD E INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

ANNE WAGNER y VIJAY BHATIA³ ofrecen un marco para evaluar cómo la diversidad se ha convertido en una parte imprescindible a la hora de pensar la interpretación, en particular la interpretación jurídica. Allí señalan, que el análisis semiótico ayuda a entender cómo el sentido muta en la dinámica misma de la comunicación a través de la compleja interrelación de distintos sistemas de signos o niveles de sentido. En esta perspectiva, la diversidad resulta una estructura dual basada tanto en la unidad como en la fragmentación; estructura que combina asimismo fluidez y rigidez bajo la perspectiva de las diversas narrativas jurídicas.

Como señala Griffiths: “La realidad jurídica del Estado moderno no es para nada aquella del prolijo y consistente ideal tan bellamente retratado en las usuales identificaciones del derecho y del sistema jurídico; por el contrario, tal realidad jurídica es más bien un asistemático collage de partes inconsistentes y superpuestas”⁴.

³ WAGNER - BHATIA, *Diversity and tolerance in socio legal contexts: explorations in the semiotics of law*, p.2.

⁴ “The legal reality of the modern state is not at all that of the tidy, consistent, organized ideal so nicely captured in the common identification of law and ‘legal system’, but that legal reality is rather an an systematic collage of inconsistent and overlapping parts” (cfr. WAGNER - BHATIA, *Diversity and tolerance in socio legal contexts: explorations in the semiotics of law*, p. 1).

Esta estructura dual de unidad y fragmentación (fluidez y rigidez) conlleva en sí misma diferencias y convergencias, universalismos y particularismos. Ciertamente, en el contexto de un libre movimiento de personas, conceptos como diversidad y tolerancia han tenido una consideración significativa en la justicia internacional (fundamentalmente dentro del ámbito del principio de no-discriminación). Pero como dicho proceso de intercambio opera a niveles diferentes, estos conceptos clave de diversidad, unidad y fragmentación, contribuyen a encontrar y (repensar) nuevos espacios de transición: cómo pensar conceptos tradicionales a la luz de los cambios en los vínculos intergrupales y en nuevos contextos de intercambio cultural.

El trabajo se articula tanto sobre la base de la discusión doctrinaria como del análisis de casos. Destaca allí el artículo de HANNEKE VAN SCHOOTEN⁵, quien analiza el sentido de la nueva terminología jurídica sostenida sobre la base de eufemismos. Términos como “guerra”, o “declaración de guerra” han sido reemplazados por “acciones de paz”, “misiones de paz”, “operaciones”. En este marco, analiza el caso de Eric O, quien habiendo participado de la “misión de paz” en Irak, es llevado a juicio por la muerte causada a un ciudadano iraquí. El juicio pone de manifiesto la inconsistencia jurídica que conlleva el uso de dichos eufemismos: ¿cómo aplicar el derecho de guerra habiéndose tratado de una “misión de paz”?

El eufemismo como recurso fundamental señala algo en el mismo acto de su ocultamiento; como señala p. SNEH, lo define sin resto. Interrogar el eufemismo y su papel en el discurso jurídico pone en evidencia que, donde la lengua da todo por dicho, queda aun mucho por decir⁶.

§ 3. **DERECHO Y SEMIÓTICA VISUAL**

ANNE WAGNER y WILLIAM PENCAK⁷ editan un proyecto de investigación interdisciplinario dirigido por la “International Roundtable for the Semiotics of law”, que tiene por objeto mostrar la profunda e íntima relación entre derecho, semiótica y percepción visual. Se trata de una interesante colección de artículos que reflexionan sobre las imá-

⁵ VAN SCHOOTEN, “Shifts in the concept of War: New War Terminology and its legal consequences” in WAGNER - BHATIA, *Diversity and tolerance in socio legal contexts: explorations in the semiotics of law*, p. 103.

⁶ SNEH, *Palabras para decirlo. Lenguaje y exterminio*, p. 5.

⁷ WAGNER - PENCAK, *Images in law*, p. 1 a 10.

genes en el derecho, que muestran y discuten la percepción del universo jurídico desde la semiótica visual (vestido, ceremonia, tecnología, etcétera). Como señala CAIVANO “el reconocer una organización visual implica una operación semiótica mediante la cual adscribimos a algo, a algún tipo de sentido, orden o relación entre sus partes”⁸.

El trabajo explora, entre otros aspectos, cómo la apariencia de las figuras en los sistemas jurídicos moldea el comportamiento de dichos sistemas. También cómo las imágenes de lo que la gente cree que el derecho es o debe ser imprime sentidos por debajo y más allá de los textos. Percepción social que se liga, ante todo, con las imágenes que la televisión transmite acerca de los tribunales. Es que, en definitiva, vivimos en la época de la imagen del mundo (“Die Zeit des Weltbildes”), que, como bien enseñaba un conocido pensador alemán, no significa tanto una imagen del mundo sino el mundo entendido en imagen.

El muy interesante artículo de DEBORAH CAO, “Key words in Chinese law”⁹ (Palabras clave en el derecho chino) acompaña la compilación, mostrando allí cómo el lenguaje jurídico chino, íntimamente condicionado por la lengua y sus posibilidades, se ha adaptado a los diversos cambios y transiciones políticas. El capítulo examina fundamentalmente los caracteres “fa”, “xing” y “lu”, usados en el lenguaje jurídico desde hace dos mil años atrás. Utilizando como marco la semiótica de PEIRCE, el estudio analiza el uso de estos caracteres en los textos clásicos de la China antigua e intenta dar cuenta de las nuevas interpretaciones atribuidas a dichos signos. Signos que traen consigo creencias culturales ancestrales. Examinar estas imágenes y rastrear su evolución interpretativa puede resultar una llave para comprender el desarrollo y concepción del derecho en la China de hoy.

Hay que recordar que dentro de la semiótica peirciana la imagen constituye una subdivisión del icono. PEIRCE concibe al signo triádicamente: “Un signo o Representamen, es un Primero que mantiene con un Segundo, llamado su Objeto, tan verdadera relación triádica que es capaz de determinar un Tercero, llamado su Interpretante”¹⁰. Para comprender esta definición debe tenerse en cuenta que, para PEIRCE, toda la experiencia humana se organiza en tres niveles que él llama primeridad, secundaridad y terceridad. El signo constituye

⁸ CAIVANO, *Semiótica, cognición y comunicación visual: los signos básicos que construyen lo visible*, “Tópicos del Seminario”, vol. 1, n° 13, 2005, p. 113 a 135.

⁹ CAO, “Key words in Chinese law”, en WAGNER - PENCAK, *Images in law*, p. 35.

¹⁰ PEIRCE, *Collected Papers*, p. 300 a 353.

una relación que articula estos tres términos, circunstancia que provoca el proceso de eslabonamiento, su objeto y el efecto que el signo produce, es decir, el interpretante. En una acepción amplia el interpretante sería el sentido del signo; en una acepción estrecha: la relación paradigmática entre un signo y otro¹¹. Así el interpretante es siempre un signo que tendrá su interpretante, que a su vez tendrá su interpretante en un proceso de semiosis infinita. PEIRCE clasifica los signos en sesenta y seis variedades. Algunas de estas variedades las constituyen el icono (signo que exhibe la misma cualidad que el objeto denotado; p.ej., dibujos, mapas), el índice (signo que se encuentra en contigüidad con el objeto denotado; p.ej., el descenso del barómetro, la veleta que indica la dirección del viento) y el símbolo (relación convencional con el objeto denotado; p.ej., palabras, señales de tránsito).

Para PEIRCE la semiótica es un marco de referencia que incluye todo otro estudio. Así decía: “Nunca me ha sido posible emprender un estudio –sea cual fuere su ámbito: las matemáticas, la moral, la metafísica, la gravitación, la termodinámica, la óptica, la química, la anatomía comparada, la astronomía, los hombres y las mujeres, el whist, la psicología, la fonética, la economía, la historia de las ciencias, el vino, la metrología– sin concebirlo como un estudio semiótico”¹².

§ 4. *UN POCO DE HISTORIA*

KRISTEVA explica que las primeras reflexiones sistemáticas sobre el signo fueron las de los estoicos y coincidieron con el origen de la epistemología antigua. A su criterio, el intento semiótico se une de alguna manera al intento axiomático fundado por BOOLE, PEIRCE, PEAÑO, ZERMELO, FREGE, RUSSEL, etcétera. Para KRISTEVA, si bien “la vía axiomática exportada fuera del terreno matemático termina en el callejón sin salida del subjetivismo positivista (consagrado por la construcción lógica del mundo de CARNAP), no por ello el proyecto semiótico es menos abierto y lleno de promesas”¹³.

En efecto, es a CHARLES SANDERS PEIRCE, a quien se debe el empleo del término semiótica. Con PEIRCE la semiótica llega a ser una

¹¹ DUCROT - TODOROV, *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, p. 105.

¹² PEIRCE, *Collected Papers*, p. 300 a 353.

¹³ KRISTEVA, *Semiótica 1*, p. 22.

disciplina independiente (anteriormente no se distinguía de la teoría general del lenguaje). Para PEIRCE la semiótica es el marco de referencia que incluye todo otro estudio: la matemática, la moral, la metafísica, la óptica, la historia de las ciencias, etcétera. La originalidad de su sistema descansa en su concepción del signo. El signo es para él, como se señalaba en el apartado anterior, una relación de tres términos: *representamen*, objeto e interpretante. La cifra tres cumple un papel fundante también para su clasificación de los signos, sesenta y seis en total.

A diferencia de PEIRCE, que parte desde los signos no lingüísticos para encontrar entre ellos el lugar del lenguaje, SAUSSURE parte desde el lenguaje para estudiar los demás sistemas de signos.

“La lengua es un sistema de signos que expresan ideas y, por lo tanto, comparable a la escritura, el alfabeto de sordomudos, los ritos simbólicos, las formas de cortesía, las señales militares, etcétera. Es posible concebir así una ciencia que estudie la vida de los signos en el seno de la vida social, tal ciencia formaría parte de la psicología social y, por consiguiente, de la psicología general. La llamaremos semiología (del griego, *semion*, ‘signo’)”¹⁴.

Desde esta perspectiva, lo que el signo lingüístico une no es una cosa (referente real) y un nombre, sino un concepto (significado) y una imagen acústica (significante). La imagen acústica no es el sonido físico, sino una huella psíquica. Para SAUSSURE el signo lingüístico es una entidad psíquica de dos caras: significante y significado.

La polémica en torno a la teoría del signo se agudizó en lo que se conoce como la segunda etapa de la lingüística contemporánea (lingüística que es, al mismo tiempo, resultado de las ideas saussureanas y de su oposición a ellas). LLORENTE MALDONADO¹⁵ explica que en dicha disputa tomaron parte, por un lado, los discípulos directos de SAUSSURE, y por el otro, lingüistas de diversas procedencias y concepciones: franceses como BENVENISTE, DAMOURETTE, PICHON; alemanes como BRÖCKER, LOHMANN, WEISGERBER; belgas como BUYSENS, NAERT, entre otros. Respecto al carácter arbitrario del signo, la polémica –señala el autor– se desdobló en dos: por una parte, se sostuvo la existencia de signos de carácter necesario por ser onomatopéyicos o imitativos..., y por otra, “se afirmó la existencia de signos lingüísticos motivados que no pueden significar otra cosa que lo que se despren-

¹⁴ SAUSSURE, *Cours de linguistique général*, p. 33.

¹⁵ LLORENTE MALDONADO, *Teoría de la lengua e historia de la lingüística*, p. 217.

de de su análisis (con esto se relacionan los fenómenos de la etimología y semántica popular)”. Dicha etapa llegó así a la conclusión de que no puede negarse radicalmente la posibilidad de signos no arbitrarios, de signos motivados.

§ 5. **KRISTEVA Y LA CRÍTICA DE LA MATRIZ DEL SIGNO**

Como señala DUCROT, la discusión en torno al concepto de signo y su pertenencia a una filosofía precrítica de la comunicación, no podía sino ejercer una profunda influencia sobre la semiótica. Y fue precisamente JULIA KRISTEVA quién abordó tamaño desafío. Fue precisamente esta pensadora, lingüista y psicoanalista búlgara, quien inició la reorganización de la disciplina a partir de la crítica de la matriz del signo, utilizando el concepto de texto como productividad.

El principal aporte de KRISTEVA en este sentido ha sido abrir la semiótica, ciencia de la significación, a la significancia (*significance*). A partir del texto (como “juntura”) y más allá de la lengua comunicativa que permanece en la superficie, la propuesta de KRISTEVA se propondrá explorar la lengua como producción y transformación de significación. A este trabajo, lo denominará “semanálisis”, una reflexión sobre el significante que se produce en el texto. El programa apuntará así a mostrar cómo se manifiesta el proceso de generación del sistema significante (geno-texto) en el texto dado (feno-texto). Ante la falta -a su criterio- de un conjunto conceptual que acceda a la particularidad del texto, que extraiga sus líneas de fuerza, su transformación histórica y su impacto sobre el conjunto de las prácticas significantes, KRISTEVA apuesta por un trabajo que estudia en el texto dicha significancia. Poniendo en cuestión las leyes de los discursos establecidos señala: “En la materia de la lengua y en su historia social, el texto se plantea en lo real que lo engendra”.

Llegar a los tabúes de la lengua redistribuyendo sus categorías gramaticales y retocando sus leyes semánticas, es pues –afirma la autora- alcanzar también a los tabúes sociales e históricos. Asumiendo también un imperativo: el sentido dicho y comunicado del texto habla esa acción “revolucionaria” que lleva a cabo la significancia, a condición de hallar su equivalente en el escenario de la realidad social. Transformando la materia de la lengua (su organización lógica y gramatical) y llevando allí la relación de las fuerzas sociales, el texto se liga doblemente con relación a lo real (lo inaprensible, lo no simbolizable): se liga a la lengua (desfasada y obviamente transfor-

mada) y a la sociedad (a cuya transformación se pliega). Para KRISTEVA, puesto que toda práctica social es práctica semiótica y dado que todo acceso a los tabúes de tal práctica opera en el vasto proceso del movimiento material e histórico, el texto está doblemente orientado: hacia el sistema significativo en que se produce (la lengua, el lenguaje de una época y una sociedad precisas) y hacia el proceso social en que participa en tanto que discurso. En un prólogo a un conocido diálogo entre J. BUTLER y G. SPIVAK, EDUARDO GRUNER decía “La historia no es todo, no. Tampoco el ‘texto’. Es en la tensión, indecible a priori, entre esas dos lógicas, que emergen las bifurcaciones del sentido”¹⁶.

Hacer de la lengua un trabajo, laborar en la materialidad de lo que, para la sociedad, es un medio de contacto y de comprensión, ¿no es hacerse, de golpe, extraño a la lengua?, se pregunta la autora en la apertura de “Semiótica 1”. Y escribe: “El acto denominado literario, a fuerza de no admitir distancia ideal con relación a lo que significa, introduce el extrañamiento radical con relación a lo que se considera que es la lengua: algo portador de sentido. Extrañamente próxima, íntimamente extraña a la materia de nuestros discursos y de nuestros sueños, la ‘literatura’ nos parece hoy que es el acto mismo que sorprende cómo trabaja la lengua e indica lo que puede, mañana, transformarla”¹⁷.

El texto hace pues de la lengua un trabajo. Abre una distancia entre la lengua de uso destinada a la representación y comprensión, y el volumen subyacente de las prácticas significantes, donde germinan las significaciones en un juego de combinaciones radicalmente extraños a la lengua de la comunicación¹⁸. Trabajar la lengua es precisar la diferencia entre lo que, en la superficie, habla el sentido y lo que, en el espesor, lo opera.

Ahora bien, el proceso de generación del sistema significante es, ante todo, plural e infinitamente diferenciado, es trabajo móvil. Es el juego de infinitas posibilidades generadoras de sentido. La significancia es, en definitiva, un sinfín de operaciones posibles en el campo dado de la lengua. El texto se convierte en el terreno en que “se

¹⁶ GRUNER, “Sobre el estado-bifurcación y otras perplejidades dialogantes” en BUTLER, J. - SPIVAK, G., *¿Quién le canta al Estado-Nación? Lenguaje, política, pertenencia*, p. 4.

¹⁷ KRISTEVA, *Semiótica 2*, p. 7.

¹⁸ DUCROT - TODOROV, *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, p. 404.

juega, se practica y presenta la refundición epistemológica, social y política”. Pero es preciso tomar algunas precauciones: fundamentalmente no reducir el concepto de texto a un objeto plano, a un conjunto de enunciados gramaticales. El texto es, por el contrario, “lo que se deja leer a través de la particularidad de esa reunión de diferentes estratos de la significancia presente en la lengua cuyo recuerdo evoca la historia”; es decir que es por sobre todo una práctica compleja, un tejido, un objeto dinamizado.

Un texto, escribe KRISTEVA, “no es la significación estructurada que se presenta en un corpus lingüístico visto como una estructura plana. Es su engendramiento: un engendramiento inscripto en ese fenómeno lingüístico, ese fenómeno que es texto impreso, pero que no es legible más que cuando se remonta verticalmente a través de su génesis: 1) de sus categorías lingüísticas y 2) de la topología del acto significativo. La zona generativa así abierta ofrece un objeto de conocimiento que ‘deroga los principios de la localización euclidiana’ y no tiene ‘especificidad sustancial’”¹⁹.

El texto será pues un objeto dinamizado: el discurso que tratará de él – el semanálisis- tendrá por finalidad detectar los tipos de objetos dinamizados que se presentan como significantes.

§ 6. **DE LA PRODUCTIVIDAD DEL TEXTO JURÍDICO AL TEXTO COMO PRODUCTIVIDAD**

ROLAND BARTHES solía preguntar qué pueden tener en común un vestido, un automóvil, un plato cocinado, una imagen publicitaria, un mobiliario, un titular de un diario, objetos en apariencia totalmente distintos. A lo que respondía: “son todos signos”. Algo similar puede señalarse respecto del derecho. El derecho como práctica social discursiva se organiza en una compleja red de relaciones diferenciales según las cuales los elementos simbólicos se determinan recíprocamente. El derecho es, ante todo, signo. Por ello, reflexionar acerca del derecho supone reflexionar acerca del lenguaje ya que es precisamente el lenguaje la materia prima de la que está compuesta la juridicidad. En este sentido, la semiótica o la semiología cumplen un papel central para el estudio del fenómeno jurídico. Y si las tareas de la semiología crecen incesantemente, como advierte BARTHES, “es porque de hecho nosotros descubrimos cada vez más la importan-

¹⁹ KRISTEVA, *Semiótica 2*, p. 97.

cia y la extensión de la significación en el mundo. La significación se convierte en la manera de pensar del mundo moderno”²⁰.

Por otro lado, la semiótica, impulsada por desarrollos como los de KRISTEVA, habilita la pregunta por el texto jurídico mismo. ¿Hay una especificidad en la textualidad jurídica? ¿Qué es lo que se deja leer en el texto jurídico? ¿Cómo pensar los diferentes estratos de sentido que lo desarman y articulan? ¿Hay algo allí del orden de lo inaprensible que, sin embargo, lo condiciona y constituye?

Pensar el texto jurídico requiere pensarlo como productividad, práctica infinita que entreteje la posibilidad misma del sentido. Sentido que es siempre resultado, efecto de lenguaje, efecto de posición. Y como tal se liga inexorablemente a lo real (lo no simbolizable). Hay algo del texto jurídico que no se dejar escribir, inscribir, hacer cuerpo.

Pensar el texto requiere asimismo aprehenderlo en el diálogo mismo con otros textos, en su intertextualidad. Será este el momento de descomposición y recomposición del texto. Como escribe BAJTÍN: “Un texto vive únicamente si está en contacto con otro texto, únicamente en el punto de este contacto es donde aparece una luz que alumbra hacia atrás y hacia delante, que inicia el texto dado en el diálogo”²¹.

Ahora bien, ¿cómo pensar la materialidad de las prácticas en el marco de estos planteos? Principalmente, entendiendo que las materialidades, como los hechos, portan asimismo sentidos; sentidos que requieren ser leídos, interpretados en una compleja fusión de horizontes, intertextualidades y significaciones. La lectura entendida no como recepción impuesta de un contenido objetivable, ni como pasividad, sino como acción productora, como una singular manera de habitar lo escrito, lo actuado. El movimiento Semiotics of Law se orienta ciertamente en ese camino.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJTÍN, MIJAIL, *Estética de la creación verbal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
BARTHES, ROLAND, “La cocina del sentido” en *La aventura semiológica*, Buenos Aires, Paidós, 1993.

²⁰ BARTHES, “La cocina del sentido” en *La aventura semiológica*, p. 223 a 225

²¹ BAJTÍN, *Estética de la creación verbal*, p. 382.

- CAIVANO, JOSÉ L., *Semiótica, cognición y comunicación visual: los signos básicos que construyen lo visible*, “Tópicos del Seminario”, vol. 1, n° 13, 2005, p. 113 a 135.
- DUCROT, OSWALD - TODOROV, TZVETNA, *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1974.
- GRUNER, EDUARDO, “Sobre el estado-bifurcación y otras perplejidades dialogantes” en BUTLER, J. - SPIVAK, G., *¿Quién le canta al Estado-Nación? Lenguaje, política, pertenencia*, Buenos Aires, Paidós, 2009.
- KRISTEVA, JULIA, “Preliminares al concepto de texto. El semanálisis”, en *Semiótica 2*, Madrid, Editorial Fundamentos, 1981.
- LLORENTE MALDONADO, ANTONIO, *Teoría de la lengua e historia de la lingüística*, Madrid, Ediciones Alcalá, 1967.
- PEIRCE, CHARLES, *Collected Papers*, Cambridge, Arthur Burks 1966.
- SAUSSURE, FERDINAND, *Cours de linguistique général*, Paris, Payot, 1995.
- SNEH, PERLA, *Palabras para decirlo. Lenguaje y exterminio*, Buenos Aires, Paradiso, 2012.
- STEINER, GEORGE, *Lenguaje y silencio: ensayos sobre la literatura, el lenguaje y lo inhumano*, Madrid, Gedisa, 2003.
- WAGNER, ANNE - BHATIA, VIJAY, *Diversity and tolerance in socio legal contexts: explorations in the semiotics of law*, Farnham, Ashgate Publishing, 2009.
- WAGNER, ANNE - PENCACK, WILLIAM (eds.), *Images in law*, London, Routledge, 2006.

EL SESGO IDEOLÓGICO EN LA INTERPRETACIÓN DEL DETERMINISMO Y EL LIBRE ALBEDRÍO POR PARTE DE CONSERVADORES Y PROGRESISTAS

MARÍA NATALIA ZAVADIVKER*

Resumen. Nos proponemos explorar, desde la óptica de la psicología moral experimental, las concepciones ligadas al determinismo y el libre albedrío implícitas en ideologías conservadoras y progresistas. Nuestra hipótesis es que ambas sostienen posiciones tanto deterministas como basadas en el libre albedrío, y recurren a unas u otras dependiendo del argumento a defender: mientras los conservadores apelan al libre albedrío para adjudicar responsabilidad moral, y, por ende, imputabilidad al delincuente, pero adoptan posiciones deterministas al asumir la imposibilidad de su reinserción social; los progresistas son deterministas cuando atribuyen el comportamiento delictivo a causas externas (pobreza, exclusión, etc.), pero apelan al libre albedrío al asumir que el infractor puede reinsertarse socialmente si cambian las condiciones de su entorno. Se argumenta que ambas posiciones sustentan una condición devaluada del ser humano como sujeto moral. Se sostiene, además, recurriendo al experimento de UHLMAN *et al.*, que tanto conservadores como progresistas tienden a aplicar selectivamente principios morales ligados a derechos y garantías dependiendo de su percepción de quién es la víctima y quién el victimario.

Palabras-clave: determinismo, libre albedrío, conservadores, progresistas, garantismo.

* Investigadora asistente de Conicet. Profesora adjunta en las cátedras de Epistemología de la Facultad de Bioquímica, Química y Farmacia, y en la Facultad de Educación Física de la UNT. Contacto: Zavadivker@gmail.com.

IDEOLOGICAL BIAS IN THE INTERPRETATION OF DETERMINISM AND FREE WILL OF CONSERVATIVES AND PROGRESSIVES PERSPECTIVES

Abstract. We propose to explore, from the perspective of experimental moral psychology, the concepts linked to determinism and free will implicit in conservative and libertarian ideologies. Our hypothesis is that both hold both deterministic and free-will positions, resorting to one or the other depending on the argument to be defended: while the conservatives appeal to free will to adjudicate moral responsibility, and, therefore, imputability to the offender, but adopt deterministic positions to assume the impossibility of their social reintegration; the libertarians are deterministic when they attribute the criminal behavior to external causes (poverty, exclusion, etc.), but appeal to free will by assuming that the offender can be socially reinserted if the conditions of their environment change. It is argued that both positions sustain a devalued condition of the human being as a moral subject. It is further sustained, using the experiment of UHLMAN *et al.*, that both conservatives and libertarians tend to selectively apply moral principles linked to rights and guarantees depending on their perception of who is the victim and who is the victimizer.

Keywords: determinism, free will, conservatives, libertarians, garantism.

O PRECONCEITO IDEOLÓGICO NA INTERPRETAÇÃO DO DETERMINISMO E LIVRE ARBÍTRIO POR PARTE DE CONSERVADORES E PROGRESSISTAS

Resumo. Propomos explorar, a partir da perspectiva da psicologia moral experimental, os conceitos ligados ao determinismo e ao livre arbítrio implícitos em ideologias conservadoras e progressistas. Nossa hipótese é a de que ambas sustentam posições deterministas e de livre arbítrio, recorrendo a uma ou outra, dependendo do argumento a ser defendido: enquanto os conservadores apelam ao livre arbítrio para julgar a responsabilidade moral e, portanto, a imputabilidade ao ofensor, mas adotam posições deterministas para assumir a impossibilidade de sua reintegração social; os progressistas são deterministas quando atribuem o comportamento criminoso a causas externas (pobreza, exclusão, etc.), mas apelam para o livre arbítrio assumindo

que o infrator pode ser reinserido socialmente se as condições de seu ambiente mudarem. Argumenta-se que ambas as posições sustentam uma condição desvalorizada do ser humano como sujeito moral. Sustenta-se ainda, usando o experimento de UHLMAN *et al.*, que conservadores e progressistas tendem a aplicar seletivamente princípios morais ligados a direitos e garantias, dependendo de sua percepção de quem é a vítima e quem é o vitimizador.

Palavras-chave: determinismo, livre arbítrio, conservadores, progressistas, garantia.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se enmarca en una línea de investigación conocida como psicología moral, o filosofía moral experimental, cuyo objetivo principal es abordar desde una concepción naturalista (con pretensiones en principio meramente descriptivas) distintos aspectos asociados a la cognición moral, en particular las intuiciones morales, sus procesos psicológicos subyacentes y sus disparadores emocionales. Cabe señalar que nuestra cognición moral abarca tanto las intuiciones *folk* o de sentido común, viabilizadas fundamentalmente por *emociones primarias*¹, como intuiciones más elaboradas y dependientes de procesos de socialización posteriores, generalmente propios de contextos socioeducativos vinculados al entrenamiento del razonamiento crítico, los cuales promueven además la superación del egocentrismo y la ampliación de la empatía, tanto emocional como cognitiva –emociones que DAMASIO calificaría como *secundarias*²–. El supuesto subyacente a este trabajo es que muchas conceptualizaciones y discursos sociales circulantes asociados a nuestro modo de juzgar moralmente a ciertos agentes y sus acciones, y que solemos asociar a determinadas ideologías políticas (e incluso jurídicas) hunden sus raíces en intuiciones morales más básicas, asociadas a su vez a ciertos recursos emocionales; en la medida en que nuestras emociones operan como “sistemas de alarma” que nos alertan acerca de las situaciones de la vida real a las que debemos prestar una atención selectiva en función de nuestros intereses adaptativos, contribuyendo de múltiples maneras (dependiendo de la emoción de que se trate) a incrementar nuestra eficacia biológica y social.

¹ DAMASIO, *El error de Descartes*, p. 157 y 158.

² DAMASIO, *El error de Descartes*, p. 158 y 159.

El objetivo de esta línea de investigación aplicada al derecho es explorar en qué medida las formulaciones teóricas subyacentes a las legislaciones, la jurisprudencia y las decisiones políticas y jurídicas, aun cuando dependan de conceptualizaciones abstractas como fruto de procesos de reflexión racional, se cimentan en última instancia en intuiciones morales básicas, que operarían como respuestas adaptativas a los múltiples desafíos asociados a la necesidad de regular las interacciones humanas y dirimir conflictos de intereses a los fines de adaptarnos lo mejor posible al entorno social, que es nuestro “nicho ecológico” por excelencia.

En consonancia con este enfoque, el objetivo de este artículo es explorar las concepciones ligadas al determinismo y el libre albedrío, relevantes para el derecho penal (nociones de imputabilidad, castigo, reparación, etc., así como la percepción subjetiva de la figura del delincuente), implícitas en las ideologías conservadoras (generalmente asociadas al pensamiento de “derecha”) y progresistas (asociadas en términos políticos al pensamiento de “izquierda”, y en términos jurídicos, a las corrientes garantistas). La hipótesis central que defenderemos es que ambas posiciones sostienen concepciones basadas en representaciones del ser humano, compatibles tanto con el determinismo como con el libre albedrío, y que recurren diferencialmente a una u otra opción en función del argumento que procuran defender. En tal sentido, la ideología conservadora –por lo general asimilable al pensamiento mayoritario o de “sentido común”– suele apelar a la noción de libre albedrío a la hora de adjudicar responsabilidad moral, y, por ende, culpa e imputabilidad al delincuente o infractor, asumiendo que este fue libre de elegir entre otros cursos de acción posibles (vale decir, obró en ausencia de compulsión externa, pues se asume que los factores externos –pobreza, marginalidad, exclusión social, historia familiar, etc.– no son determinantes, ya que otras personas bajo las mismas condiciones no incurrir en delitos). Sin embargo, a la hora de pensar en una posible reparación o reinserción social del delincuente, la derecha suele adoptar una posición determinista, por lo general en relación con los factores internos (se asume que el delincuente posee una personalidad irreversible, generalmente ligada a su condición de clase, de modo tal de negarle toda posibilidad de reinserción y abogar a favor de su exclusión definitiva de la esfera humana). De este modo, se incurre en la contradicción de asumir que el delincuente fue libre de elegir la vía equivocada, pero está condenado por su propia naturaleza a “no poder salirse del mal camino”.

La ideología progresista, por su parte, incurre en una contradicción similar pero en el sentido opuesto: asume que la conducta del delincuente está determinada por factores externos (pobreza, marginalidad, exclusión, socialización en entornos delictivos y en el seno de familias disfuncionales, etc.), de modo tal que no puede ser responsabilizado por sus actos, o al menos debe ser tratado con mayor indulgencia (pues, en última instancia, él también es una víctima). Sin embargo, esta posición recurre al libre albedrío a la hora de asumir que el infractor no está condenado a una condición irreversible, sino que tiene la posibilidad de cambiar de actitud bajo ciertos estímulos y refuerzos positivos, lo que lo vuelve susceptible de reparar su culpa y reinsertarse nuevamente en la sociedad. En otras palabras, quien delinque no actúa libremente cuando infringe la ley, porque su accionar está condicionado por un conjunto de factores que lo conminaron a actuar de ese modo, pero dicho determinismo sería reversible en la medida en que es posible restituir su libre albedrío apelando a su sentido moral (cuya posesión se asume) y modificando las condiciones de su entorno. En tal sentido, la posición progresista no parece incurrir en una incompatibilidad absoluta entre la instancia determinista y la de libre albedrío, ya que asume que los presuntos condicionamientos que coartan la libertad de elección del delincuente son de orden externo (variables ambientales) y no de orden interno (condición innata o genética, generalmente atribuida a la raza o clase social). Sin embargo, la asunción implícita de que, dadas sus circunstancias, “no podrían haber obrado de otro modo”, no es muy compatible con la idea de la posibilidad relativamente accesible de reinserción social.

A) DISCURSO SOCIAL, INTUICIONES MORALES Y EMOCIONES SUBYACENTES

Si procuramos correlacionar tales posiciones con intuiciones morales básicas, dependientes a su vez de ciertos disparadores emocionales, podríamos conjeturar que las prédicas conservadoras (mucho más compatibles con el “sano sentido común”), además de estar inspiradas en la indignación moral (emoción aplicable a cualquier transgresión de normas y no privativo del sector conservador), tienen como otro de sus sustratos básicos el miedo, asociado al mandato adaptativo de autopreservación y resguardo de la propia vida, integridad y bienes personales frente a la amenaza real o potencial de quienes podrían atentar contra ellos, poniéndonos en peligro a nosotros, o a “los

nuestros" (familia, vecindario, comunidad, etcétera). En otras palabras, se asume como meta principal (mucho más relevante que cualquier consideración altruista tendiente a dar segundas oportunidades) la maximización del propio bienestar y seguridad personal o colectiva. Lo más seguro y beneficioso para todos es eliminar al delincuente o apartarlo de la comunidad humana, para lo cual se vuelve necesario legitimar dicha eliminación mediante argumentos deterministas que apelen a la condición intrínsecamente inmutable de los rasgos delictivos del infractor (deshumanización), pero sin considerar dichos rasgos como limitantes de su libre albedrío a la hora de adjudicar responsabilidad moral, y por ende culpabilidad, por los actos cometidos.

Podríamos conjeturar que la asunción determinista con relación a las posibilidades de reinserción social estaría inspirada en el temor a que el sujeto vuelva a delinquir; mientras que la atribución de libre albedrío a los fines de responsabilizar y culpabilizar plenamente al infractor estaría inspirada en el rencor y el deseo de venganza (cuando se sufrió una afrenta personal) o en la indignación moral en general cuando la víctima fue un tercero (en virtud de la empatía experimentada hacia la víctima, y la consecuente ira dirigida al victimario). La indignación experimentada ante la transgresión suele instar automáticamente a la plena responsabilización del infractor, inhibiendo posibles consideraciones en relación con la posibilidad de que su libre albedrío se encuentre disminuido (p.ej., por una patología de base), porque, por otra parte, el libre albedrío es condición para juzgar al delincuente como imputable y asignarle un castigo (compatible con la emoción de venganza). Dado que el castigo es precisamente el encierro, esto garantizaría a su vez la protección del resto de los ciudadanos (compatible con el deseo de seguridad asociado a la emoción de miedo). MARTA NUSSBAUM³ también incluye al asco moralizado (vale decir, una sensación repulsiva asociada a ciertas transgresiones morales) como un tipo de emoción compatible con el pensamiento de derecha, argumentando que se trata de una emoción jerarquizante, asociada a la creencia de que algo o alguien es inferior o contaminante.

Para NUSSBAUM, quien siente asco ante ciertas violaciones morales no es capaz de disociar el acto mismo de la persona que lo comete, con lo cual su sentimiento impacta directamente sobre el valor moral asignado a las personas, quienes pasan a ser percibidas como "monstruos", vale decir, relegadas a una categoría que las excluye de

³ NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, p. 73 y 74.

nuestro universo moral⁴. Por ende, esta emoción atenta contra la atribución de dignidad y consideración moral equitativa a cualquier miembro de la especie humana.

Por otra parte, al trazar una distinción “ontológica” tajante entre el sujeto que juzga un acto y el que lo comete, el asco devela actitudes de autoindulgencia y autocomplacencia, dificultando el examen crítico de las propias acciones y disposiciones, y descartando a priori la idea de que los mismos “bajos instintos” que condenamos en otros, puedan residir en nosotros mismos. Por ende, el asco, además de ser una emoción innecesaria –pues para NUSSBAUM bastaría con la indignación como señal emocional de que ciertas acciones son crueles o injustas–⁵, sería incluso contraproducente y nociva para el desarrollo de una conciencia moral sana y, por tanto, de una sociedad liberal, capaz del ejercicio de la autocrítica y del reconocimiento de que todos, en tanto miembros de la especie humana, poseemos la misma vulnerabilidad e inclinación potencial hacia el mal⁶.

Las posiciones progresistas, por el contrario, anteponen, por un lado, el principio racional de imparcialidad que nos insta a atribuir idéntica dignidad moral a todo sujeto con independencia de su condición, e incluso de su comportamiento; y, por el otro, la motivación altruista de no condenar ni estigmatizar a un sujeto de manera definitiva por un limitado número de actos, ofreciéndole la oportunidad de reinsertarse en la comunidad humana (rehumanización). Ambas motivaciones estarían a su vez asociadas a emociones secundarias, socialmente aprendidas, que instan al rechazo visceral de la discriminación y el prejuicio, priorizando la aplicación de principios morales fundados tanto en emociones empáticas como en la razón crítica, a los que incluso se les adjudica un peso normativo mayor que al propio principio adaptativo de autopreservación.

Por otra parte, además de las emociones ligadas a principios abstractos y universalmente aplicables como el de imparcialidad y el de no discriminación, las posiciones de izquierda presentan un sesgo a favor de los sectores menos favorecidos de la sociedad (pobres, marginales, minorías étnicas y de género, etc.), a quienes perciben como víctimas del sistema capitalista, heteropatriarcal, occidental y cristia-

⁴ NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, p. 166.

⁵ NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame, and the Law*, p. 84.

⁶ ZAVADIVKER, *Acerca del valor adaptativo del asco moralizado desde una perspectiva evolucionista*, “Ideas y Valores”, LXIII (154), p. 255.

no, etcétera. En tal sentido, a la inversa de lo que sucede con los conservadores, su empatía (e incluso cierto grado de culpa asociada a cierta cuota de responsabilidad –aunque sea por omisión– como parte de una sociedad incapaz de resolver el flagelo de la pobreza, desigualdad y marginalidad) suele estar claramente direccionada hacia los sectores “vulnerables”, con la consiguiente indignación moral hacia los grupos dominantes y hegemónicos a quienes adjudican la responsabilidad directa por el sufrimiento de amplios sectores de la sociedad, justificando en gran medida las transgresiones de estos últimos como una consecuencia de la opresión, exclusión y marginación de la que son objeto.

Esta doble adhesión a principios presuntamente universales y omni-aplicables ligados a la tolerancia, la no discriminación, la imparcialidad y la justicia, por un lado; y la tendencia a aplicarlos diferencialmente en los hechos según las circunstancias (en particular según quién sea el destinatario de ellos), por otro, es la paradoja que examinaremos en el siguiente apartado.

B) FORMULACIÓN ABSTRACTA DE PRINCIPIOS GARANTISTAS VS. SU APLICACIÓN SELECTIVA POR PARTE DE SECTORES PROGRESISTAS

En este apartado procuraremos correlacionar las emociones (y sus razones subyacentes) que guían las intuiciones morales de los sectores progresistas, con los fundamentos ideológicos sustentados por las posiciones garantistas ligadas a la consideración moral del delincuente en tanto sujeto de derechos. Si a quienes defienden posiciones garantistas se les interrogara en abstracto, probablemente afirmarían que toda asignación de derechos debe ser universalmente aplicable. Sin embargo, está claro que en los hechos los garantistas de cuño progresista no suelen tener la misma indulgencia ante distintos tipos de delitos y victimarios.

Diversas investigaciones del ámbito de la psicología moral experimental demuestran que muchos principios morales, que formulados “en abstracto” aprobaríamos o desaprobaríamos de manera generalizada, son utilizados selectivamente cuando los escenarios morales hacen referencia a sujetos y grupos sociales concretos y no a “seres humanos en general”. Por ejemplo, en un experimento de UHLMAN y colaboradores⁷, los participantes con afiliaciones liberales y progre-

⁷ UHLMAN - PIZARRO - TANNENBAUM - DITTO, *The motivated use of moral principles*, “Judgment and Decision Making”, vol. 4, n° 6, p. 476 a 491.

sistas consideraron más lícito arrojar al hombre obeso en el “dilema del puente”⁸ si este era estereotípicamente blanco y las potenciales víctimas eran negras; mientras que los participantes con afiliaciones conservadoras tendían a aprobar más el asesinato involuntario de civiles inocentes si estos eran iraquíes que si eran estadounidenses.

En el caso que nos compete, la evaluación diferencial de la responsabilidad e imputabilidad asignada a diferentes tipos de delitos y delincuentes que probablemente haría un progresista podría deberse a que, para experimentar cierto grado de empatía o compasión hacia el infractor, este debe ser concebido de algún modo como una víctima, vale decir, como alguien con algún grado de vulnerabilidad e indefensión vinculado a ciertas condiciones de vida que percibimos como más desfavorables que las propias (p.ej., falta de acceso a ciertos bienes de los que sí gozamos los ciudadanos “normales” –contención familiar, educación, recursos económicos, posibilidades laborales, etcétera–). En tales casos, la comisión del delito puede ser percibida como una suerte de reparación justa, en la que el infractor, al provocar un daño, le “paga” con la misma moneda a la sociedad que le causó un perjuicio previo al no contenerlo, excluirlo y relegarlo a la marginalidad.

El mecanismo psicológico subyacente a la percepción de la vulnerabilidad y condición desfavorable del infractor es la empatía, vale decir, la capacidad de experimentar los estados afectivos y cognitivos del prójimo, reconociendo sus sentimientos en nosotros mismos, lo que en última instancia estaría asociado a la inclinación a percibir al otro como un igual. Esto implicaría, por un lado, la posibilidad de “comprender” el sufrimiento o malestar personal que pudo haber motivado la comisión del delito, y, por el otro, la posibilidad de adjudicar al delincuente, al menos en potencia, los mismos sentimientos, tanto

⁸ El “dilema del puente” (*footbridge dilemma*) es un experimento mental muy utilizado en psicología moral experimental, en el que se le da al sujeto participante la posibilidad de decidir si sacrificar o no a un hombre obeso, arrojándolo a las vías de un tren desde un puente, para que frene con su cuerpo el avance de dicho tren con el fin de evitar que atropelle a cinco personas que están paradas sobre la vía. Desde un punto de vista consecuencialista o utilitarista, dicha acción redundaría en un mejor resultado que su omisión (ya que moriría una sola persona y se salvarían cinco). Sin embargo, la posibilidad de provocar daño de manera directa y deliberada a un ser humano suele provocar en la mayoría de los sujetos una aversión emocional, que se impone de manera inmediata sobre el cálculo instrumental coste-beneficio, instando al rechazo visceral e inmediato de semejante opción.

positivos como negativos, que percibimos en nosotros, lo que implica reconocer tanto las inclinaciones potenciales para el bien en el infractor, como las inclinaciones potenciales para el mal en nosotros mismos. En otras palabras, la empatía nos permite identificarnos hasta cierto punto con el transgresor, reconociéndolo como un miembro de nuestra propia especie, en tanto poseedor de los mismos defectos y virtudes que nos hacen humanos; y no como un monstruo radicalmente diferente a los “hombres de bien” o a la “gente como uno”, que por ende debe ser excluido de la comunidad humana.

Por otro lado, la percepción del delito como una suerte de “reparación justa” implica la apelación a un sentido de justicia entendido como la subversión de un orden desigual e injusto, lo que llevaría a justificar hasta cierto punto el resentimiento social que llevó al infractor a “cobrarle” a ciudadanos más afortunados su presunta cuota de responsabilidad por los daños y privaciones de los que fue objeto. En tal sentido, pareciera que los requisitos implícitamente tenidos en cuenta para adjudicar cierto estatus o consideración moral hacia el delincuente son la percepción de su debilidad, vulnerabilidad, e inferioridad de condiciones con respecto a quienes detentan el poder, lo que explicaría que la indulgencia y consideración moral de los sectores progresistas no sea extensible a aquellos casos en los que el infractor está del lado de los “poderosos” (p.ej., un político corrupto o un dictador), o bien detenta algún grado de poder mayor al de sus víctimas, situación que aprovecha para explotar o subordinar a otros (p.ej., un violador o femicida, un cura pedófilo, un tratante de personas, el capo de una mafia, un empresario cuya fábrica produce grandes daños ecológicos y en la salud de la población, o que promueve el trabajo esclavo, etcétera). En tales situaciones, los victimarios suelen ser plenamente responsabilizados y condenados por sus actos sin ningún tipo de contemplación, del mismo modo que los conservadores tienden a deshumanizar a quienes delinquen por su condición marginal y socioeconómica desfavorable.

En otras palabras, la derecha, generalmente defensora del *status quo* y del orden social vigente que tiende a naturalizar y reproducir las desigualdades sociales, suele ser más propensa a la condena y deshumanización del delincuente común (casi siempre perteneciente al sector socioeconómico más postergado), mientras que la izquierda, al pretender la subversión de cierto orden social injusto, tiende más a deshumanizar a quienes delinquen por ocupar una posición hegemónica y dominante en la esfera social, desde la cual aprovechan

su poder para explotar, subordinar o perjudicar a otros en beneficio propio (p.ej., los llamados ladrones “de cuello blanco”).

Además de quienes detentan el poder político, religioso, económico o militar, podemos incluir en esta categoría a violadores y feminicidas, en la medida en que para los discursos feministas que circulan actualmente serían los exponentes de un régimen machista y patriarcal que históricamente justificó la subordinación de la mujer a los deseos del hombre; o a pedófilos, ya que pueden consumir su delito gracias a una relación desigual de fuerzas, aprovechando la indefensión y vulnerabilidad de sus víctimas.

En términos del sustrato emocional subyacente a dichos juicios morales, podríamos conjeturar que en tales casos la empatía se dirige exclusivamente hacia la víctima (con la consecuente indignación moral hacia el acto del victimario), ya que esta es percibida como claramente más débil y vulnerable, y por ende con más requerimientos de protección legal, jurídica y social que el victimario, quien cuenta con condiciones ventajosas debidas a una desigualdad inicial de poder (ya sea por el cargo, rango o posición social que ocupa, sus privilegios de género, raciales, culturales, etcétera). De allí que los delitos asociados a la explotación, manipulación o atropello de los más débiles por parte de los más fuertes, violación de derechos, trato injusto, entre otros, no sean percibidos por la izquierda progresista como equivalentes a aquellos en los que un particular transgrede la ley para subsanar una situación inicial desventajosa, especialmente cuando se trata de delitos que atentan contra la propiedad privada (robos, saqueos, usurpaciones ilegales de terrenos o propiedades, comercio ilegal, etc., o bien trabajos ilegales como la prostitución), por considerar que en muchos casos es la realidad social y la falta de respuestas por parte del Estado la que empuja a la comisión de tales ilícitos.

Más allá de intentar encontrar una explicación moral subyacente a la tolerancia diferencial hacia uno u otro tipo de delitos e infractores, lo cierto es que el principio de imparcialidad, que insta a adjudicar idéntica dignidad moral y los mismos derechos y garantías a cualquier ser humano por igual, no es percibido como universalmente aplicable ni siquiera para las posiciones liberales y progresistas que lo sustentan. Está claro que no lo es para la derecha por las razones inversas, ya que se trata de una ideología que legitima los privilegios del *statu quo*, pero evidentemente las posiciones autodenominadas progresistas (p.ej., los movimientos por los derechos de las minorías –mujeres, LGBTIQ, pueblos originarios, afrodescendientes, inmi-

grantes, etc.–) son, de manera consciente o inconsciente, claramente selectivos a la hora de reconocer la dignidad moral de diferentes individuos y grupos, y por ende, de convalidar principios garantistas omni-aplicables en el terreno legal y jurídico.

El problema es que la doctrina garantista, así como cualquier otra doctrina del derecho, parte de un esquema de razonamiento puramente abstracto, en virtud del cual las leyes penales (y por ende los sistemas de premios y castigos) son universalmente aplicables, en la medida en que deben ofrecer las mismas garantías a cualquier sujeto, sin considerar ninguna particularidad que pueda operar como factor limitante de los derechos individuales frente a cualquier posible abuso de poder.

Cabe señalar que la inspiración original del garantismo, como toda motivación que da origen a cualquier código normativo, sí tenía un contenido más específico, ya que dicha doctrina surgió ante la necesidad de poner un freno a la posible arbitrariedad y abuso de poder por parte del Estado, garantizando la protección de los más débiles (los ciudadanos comunes) frente al posible comportamiento antojadizo de los más fuertes (el poder estatal, en la figura de quienes lo detentaban). Así lo sostiene el jurista italiano LUIGI FERRAJOLI⁹, dado que el poder tiende a acumularse en forma absoluta, despojándose de las restricciones impuestas por el derecho, este último debe ser la garantía de los más débiles frente a los más poderosos.

En otras palabras, la teoría garantista original es compatible con la aplicación de principios morales (en este caso el derecho a la defensa), dirigidos selectivamente a cierto sector de la sociedad (los “ciudadanos de a pie”, y en particular los de extracción más vulnerable, ya que los delincuentes comunes pertenecen en su mayoría a dicho sector), con el propósito de hacer efectivo el cumplimiento de los derechos y garantías previstos por las normas constitucionales, pero cuya aplicación en los hechos depende en gran medida de la voluntad del poder de turno. De allí la necesidad de que dicho poder permanezca lo más sujeto posible a vínculos jurídicos¹⁰, que pongan límites a la posibilidad de un comportamiento antojadizo, a fin de garantizar en los hechos el cumplimiento de los derechos y garantías del individuo.

⁹ FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, p. 121.

¹⁰ FERRAJOLI, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, p. 31.

El garantismo asume como valor subyacente la defensa y protección del más débil frente a los potenciales abusos del más fuerte, bajo el supuesto de que resulta sensato partir de una desconfianza original hacia todo tipo de poder (público o privado, nacional o internacional), en lugar de presuponer la buena voluntad de su detentores para dar cumplimiento espontáneo a las normas penales en particular, y constitucionales en general.

Sin embargo, una vez independizadas de su raíz original, las doctrinas jurídicas deben formularse en términos abstractos y ser aplicables por igual a cualquier individuo o situación, bajo el supuesto tácito de que todo sujeto, por su mera calidad de miembro de la especie humana, es poseedor de los mismos derechos. Esto implica que, en los hechos, las leyes garantistas son extensibles por igual a la protección de los presuntamente más débiles (p.ej., un ladrón de gallinas) frente al abuso de los presuntamente más fuertes (p.ej., un terrateniente que sufrió dicho robo), como a la protección de los más fuertes (p.ej., un feminicida, o un político corrupto que se apropió del dinero destinado a obras públicas) frente a los más débiles (la mujer víctima del feminicidio; o las poblaciones afectadas por la corrupción política –víctimas de accidentes de tránsito por rutas en mal estado o fallas técnicas en transportes públicos, de inundaciones por falta de infraestructura, etcétera–). Si las leyes garantistas protegen a ambos tipos de delinquentes por igual, pueden terminar en los hechos otorgando ventajas a sectores que los propios progresistas considerarían que deben ser objeto de las condenas más duras.

D) ¿SUSTENTAN AMBAS POSICIONES UNA VISIÓN DEVALUADA DE LA CONDICIÓN HUMANA DEL DELINCUENTE?

Retomemos el problema de la alternancia en el recurso a las nociones de determinismo y libre albedrío por parte de concepciones conservadoras y progresistas. Tenemos, de un lado, la posición de la derecha, que adjudica plena responsabilidad al delincuente por sus actos a fin de justificar que este es plenamente merecedor de un castigo proporcional (e incluso desproporcionado con relación al ilícito cometido); pero al mismo tiempo asume que, por poseer ciertos rasgos intrínsecos irreversibles determinantes de su comportamiento (causas internas, por lo general asociadas a su condición de clase u origen étnico), dicho infractor no es rehabilitable, y por ende debe ser definitivamente excluido de la esfera social.

Del otro lado tenemos la posición progresista, que victimiza al delincuente al justificar su comportamiento como una consecuencia inevitable de su situación social desventajosa, asumiendo que, dada su condición, no es libre de decidir entre cursos de acción alternativos (o al menos su libre albedrío se halla limitado y disminuido). Mi hipótesis es que ambas posiciones, por razones opuestas, deshumanizan en algún sentido al delincuente, vale decir, lo despojan de los rasgos que implícitamente reconocemos como propiamente humanos. Veamos la explicación.

La posición conservadora, como bien lo sostiene MARTA NUSSBAUM¹¹ hace una distinción tajante entre dos clases de individuos: el “nosotros”, en el que se sitúan los ciudadanos decentes, trabajadores, de buenas costumbres y respetuosos de la ley, y los “otros”, la lacra social que de algún modo es animalizada o cosificada en lugar de ser reconocida como parte de la misma especie humana. Tanto las virtudes de los “nosotros” como las falencias de los “otros” son atribuidas a causas internas (cierta constitución innata o dotación natural) y nunca a circunstancias externas (desigualdad inicial de oportunidades, acompañada de un ideal de realización personal ligado a la prosperidad económica y la adquisición de bienes de consumo que las sociedades capitalistas promueven por igual para todos los sectores sociales, pero que resulta inalcanzable para las clases bajas). Por ende, los conservadores exigen a las personas en situación social desventajosa el cumplimiento de las mismas obligaciones correspondientes a cualquier ciudadano (e incluso obligaciones mayores, como la realización de trabajos forzados y alienantes, con retribuciones miserables, que ellos mismos no harían nunca), pero sin concederles los mismos derechos, o bien sin considerar en absoluto que tales personas parten de condiciones iniciales radicalmente diferentes a las de los ciudadanos de clases medias y altas. En otras palabras, eluden el dato de que en los hechos tales personas no gozan de los mismos beneficios, recursos y oportunidades a los que acceden los supuestos “hombres de bien”, o la gente “como uno”.

La posición progresista, por el contrario, hasta cierto punto excluye al delincuente de toda responsabilidad u obligación, al no concebirlo como un sujeto libre y autónomo, sino como una mera víctima pasiva de circunstancias externas ineludibles, capaces de forzarlo a adoptar un comportamiento delictivo de manera fatalista e inevita-

¹¹ NUSSBAUM, *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and the Law*, p. 106.

ble. En tal sentido, solo lo reconoce como sujeto de derechos pero no como sujeto de obligaciones, cuando el reconocimiento intuitivo del otro como un ser humano implica adjudicarle tanto la posesión de derechos inalienables, como de obligaciones igualmente ineludibles; en la medida en que el pacto social implícito supone que, para que todos podamos gozar de ciertos derechos, resulta imprescindible que nadie atente contra los derechos ajenos. Algo similar sucede con la asignación de planes sociales, medida que podría considerarse adecuada en tanto resulte un paliativo en circunstancias de emergencia (cuando el Estado no puede garantizar momentáneamente otras vías de asegurar el sustento de los ciudadanos mediante trabajo genuino). Sin embargo, los planes sociales de algún modo conllevan un mensaje implícito de subestimación hacia sus destinatarios, dando a entender que estos no son plenamente aptos ni están capacitados para subsistir o desenvolverse eficazmente por sus propios medios, y por ende deben gozar de la protección del Estado, como si estuvieran física o mentalmente impedidos de bastarse por sí mismos.

En síntesis, las posiciones deterministas, pretendidamente progresistas, reducen a los sectores vulnerables a la categoría de seres incapaces de forjar su propio destino más allá de las circunstancias, al percibirlos solo como objetos de protección por parte del Estado (figura que suele corresponder a sectores incapaces de ejercer plenamente su autonomía, como niños o discapacitados), en lugar de concebirllos como agentes con la responsabilidad ineludible de hacer algo por sí mismos para contrarrestar su situación.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo hemos intentado, en primer lugar, argumentar a favor de la correlación entre ideologías políticas conservadoras y progresistas, y ciertos juicios de valor asociados a la activación de emociones morales (empatía, indignación moral, miedo, asco, culpa, etcétera). Por su parte, estas emociones constituirían también el basamento de principios morales de cuño más racional, tales como el de justicia e imparcialidad. La aplicabilidad “en abstracto” de tales principios suele ser percibida como universal para los sectores progresistas e incluso para los conservadores¹². Sin embargo,

¹² UHLMAN - PIZARRO - TANNENBAUM - DITTO, *The motivated use of moral principles*, “Judgment and Decision Making”, vol. 4, nº 6, p. 481.

cuando los destinatarios de tales principios o consideraciones morales son seres humanos con características específicas de clase, género, raza, posición en el entramado social, etc., los conservadores y progresistas poseen criterios selectivos claramente diferenciados a la hora de adjudicar a otros la condición de “víctimas” o “victimarios”, lo que redundaría en consideraciones morales también diferenciales hacia distintos sectores de la sociedad, tal como lo demuestran los experimentos de UHLMAN y sus colaboradores.

En este trabajo nos hemos enfocado en la consideración moral hacia la figura del delincuente, concebido en sentido amplio como aquel sujeto que viola la ley al cometer una transgresión moral que redundaría en algún tipo de daño dirigido a un tercero. Dado que la principal razón que nos lleva a considerar a un individuo como objeto de condena moral es nuestra evaluación intuitiva de su capacidad de libre albedrío, la hipótesis central de este trabajo es que las categorías “determinismo” vs. “libre albedrío” resultan claves a la hora de emitir juicios morales, tanto sobre las motivaciones que llevaron al transgresor a delinquir, como sobre sus posibilidades reales de reinsertión social. Por ende, y en consonancia con la hipótesis del uso selectivo de principios morales en sujetos conservadores y progresistas contrastada experimentalmente por UHLMAN y sus colaboradores, mi hipótesis es que los sectores conservadores y progresistas difieren en sus juicios morales en dos aspectos esenciales.

Por un lado, sustentan un criterio diferencial a la hora de determinar quiénes son las víctimas y quiénes los victimarios, dado que los sectores progresistas tienden a revertir el esquema “natural”, argumentando que los propios delincuentes (siempre y cuando hablemos de delitos contra la vida, la propiedad o la integridad cometidos por particulares en ocasión de robos, hurtos, arrebatos, etc., y no, por ejemplo, de delitos de “cuello blanco”) son en realidad las víctimas de un orden social injusto y desigual, que los conmina a apropiarse por vías ilegales de los bienes a los que no tienen ningún otro acceso posible, e incluso de ese modo reparar un orden de cosas inicialmente injusto.

Por el otro, una adjudicación si se quiere “oportunista” de la condición libre o determinista del delincuente por parte de ambas posiciones, dependiendo de si lo que se juzga son las *causas* que llevaron al delincuente a cometer el delito, o sus *posibilidades de ser rehabilitado* y reinsertado socialmente. En el primer caso, la derecha concibe la actuación del delincuente como libre de condicionantes ex-

ternos, mientras que para la izquierda dicha actuación está sujeta a una serie de factores que la condicionan de un modo prácticamente determinista. En el segundo caso, en cambio, las posibilidades de reinserción social del delincuente son concebidas como inviables para los conservadores, quienes aquí sí apelan a presuntas causas (en este caso internas y, por ende, no permeables a las influencias del entorno social) determinantes del comportamiento delictivo. Los progresistas, en cambio, al atribuir el comportamiento del delincuente a causas externas –básicamente asociadas a formas de exclusión socioeconómicas, educativas, etc.–, asumen que su reinserción social es viable si se promueven los cambios necesarios en el entorno.

BIBLIOGRAFÍA

- DAMASIO, ANTONIO, *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*, Santiago de Chile, Andres Bello, 1994.
- FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- *Garantismo penal*, México D.F, Univ. Nacional Autónoma de México, 2006.
- *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. M. CARBONELL, A. DE CABO y G. PISARELLO, México, CNDH, 2006.
- KNOBE, JOSHUA - NICHOLS, SHAUN, *Experimental Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- LIU, BRITTANY - DITTO, PETER, *What Dilemma? Moral Evaluation Shapes Factual Belief*, “Social Psychological and Personality Science”, 4(3), 2012, p. 316 a 323.
- NUSSBAUM, MARTA, *Hiding from Humanity. Disgust, shame and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- UHLMAN, ERIC - PIZARRO, DAVID - TANNENBAUM, DAVID - DITTO, PETER, *The motivated use of moral principles*, “Judgment and Decision Making”, 4(6), 2009, p. 476 a 491.
- ZAVADIVKER, MARÍA N., *Acerca del valor adaptativo del asco moralizado desde una perspectiva evolucionista*, “Ideas y Valores”, LXIII (154), 2014, p. 241 a 267.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

EL CARÁCTER A-CIENTÍFICO DE LA LLAMADA CIENCIA DEL DERECHO

*JULIO GERMÁN VON KIRCHMANN**

El tema de mi actual conferencia provoca fácilmente la sospecha de que solo lo paradójico de la tesis me haya interesado sin que me hubiese preocupado la verdad profunda de la realidad.

Tengo que refutar tal suposición. Tamaña empresa puede tener su recompensa y puede incluso divertir, si el orador posee la necesaria habilidad. Yo, desde luego, tenía que renunciar a tal tratamiento de mi tema por el debido respeto que me merece el carácter de la sociedad y la seriedad de sus miembros.

Afirmo, por ello, de antemano, que todo lo que me permito exponerles es mi firme convicción; y que la verdad fue al menos mi meta, aunque no la hubiese alcanzado.

El tema, establecido por mí, padece de una ambigüedad. El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia puede significar, por un lado, “que la jurisprudencia, si bien constituye una ciencia, carece de aquella influencia en la realidad y la vida de los pueblos que cualquier ciencia posee y debe tener”; por el otro lado, mi tema puede mentar “que la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, que no constituye una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma”.

No rechazo esta ambigüedad, aunque se introdujo en mi tema de contrabando. Ambos sentidos del tema contienen lo que yo deseo exponerles.

Es cierto que semejantes afirmaciones son inusitadas.

Todavía siguen en pie la santidad y la grandeza de la jurisprudencia o incóluces y generalmente reconocidas. No obstante, incluso la experiencia diaria abarca algunas observaciones suscepti-

* Conferencia del autor ante la Juristischen Gesellschaft zu Berlin (Sociedad Jurídica de Berlín), en 1848, extraído del libro de SAVIGNY - KIRCHMANN - ZITELMANN - KANTOROWICZ, *La ciencia del derecho*, trad. W. GOLDSCHMIDT, Buenos Aires, Losada, 1949.

bles de originar dudas y objeciones contra aquel axioma. ¿A quién de los juristas prácticos no sobreviene algunas veces el sentimiento evidente del vacío y de la insuficiencia de su ocupación? ¿Qué otra clase de literatura posee, al lado de obras buenas, un semejante cúmulo de libros carentes de espíritu y de gusto, como lo posee la literatura jurídica? La santa justicia es aún hoy en el pueblo objeto de burla. Incluso el hombre culto, aunque defendiese la justa causa, teme a entregarse en sus manos.

En vano intenta orientarse entre sus formas y procedimientos. ¡Qué cantidad de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, qué lentitud de la justicia! ¡Qué cuantioso empleo de estudios y erudición y, no obstante, qué incertidumbre en teoría y práctica! ¡Un Estado que proclama como su suprema misión la realización del derecho y que, no obstante, se hace pagar cada aplicación del mismo en dinero contante y sonante!

La fuerza embrutecedora de la costumbre consigue que incluso la mejor parte de los juristas pase con indiferencia por semejantes fenómenos; y si el hombre profano se atreve a abrir la boca, los juristas le acallan advirtiéndole con condescendencia que no entiende nada del asunto. Pero los mencionados fenómenos son demasiado constantes para no poder ser considerados como síntoma seguro de que hay mar de fondo; a la par son tan significativos que un ensayo de investigar las razones más profundas de dichos fenómenos puede contar con cierto interés de parte de los estimados asistentes.

La jurisprudencia, como cualquier otra ciencia, se ocupa de un objeto que existe libre e independientemente, sin preocuparse de si la ciencia existe, si le entiende o si no le comprende. Este objeto es el derecho; conforme vive en el pueblo y se realiza en el círculo de cada cual: se podría hablar de derecho natural. La misma relación existe en todas las demás ciencias. La naturaleza es el objeto de las ciencias naturales: la flor florece, el animal vive sin tener en consideración si la fisiología conoce o desconoce su esencia y sus fuerzas. El alma es de este modo objeto de la psicología; el espíritu en su actividad sencilla del pensar es así objeto de la lógica. Los hombres sentían y pensaban de idéntica manera antes como después de la elaboración de estas ciencias. Tampoco la matemática se ocupa de objetos creados por ella misma. Si bien es cierto que las relaciones del espacio y de los números son abstractas, siempre han sido abstraídas de la realidad: el teorema pitagórico existía ya en su verdad antes de que Pitágoras lo descubriera. Incluso la filosofía tiene por objeto algo real, absoluto y eterno, que la ciencia debe comprender.

La filosofía moderna ha intentado suprimir esta diferencia entre objeto y ciencia. No obstante, podemos en este lugar prescindir de tal ensayo. En efecto, la presunta identidad del ser y saber fue colocada, incluso por aquellos grandes pensadores, solo a la cabeza de sus sistemas. En sus ulteriores desenvolvimientos vuelve a aparecer aquella oposición. Es cierto que no se habla de ellos, de la naturaleza como tal “naturaleza”, sino como “idea en la forma de la enajenación y exteriorización”; pero no lo es menos que con ello no se suprime dicha oposición sino que se la traslada sencillamente del sustantivo al adjetivo.

El objeto de la jurisprudencia es, por tanto, el derecho, y, más concretamente, las instituciones abundantes del matrimonio, de la familia, de la propiedad, de los contratos, de la herencia, las diferencias entre los estamentos, la relación del Gobierno con el pueblo y de las naciones entre sí. La sustantividad del derecho respecto a la ciencia jurídica implica una idea de suma importancia. Varias veces se ha intentado ponerla en duda o limitarla. Pero consideraciones sencillas son suficientes para demostrar su indudable acierto. Un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin derecho. Es más: el derecho debe haber alcanzado ya un desenvolvimiento bastante alto, para que sea posible pensar en una ciencia jurídica e iniciarla. La historia nos evidencia lo dicho. En Grecia había progresado ya la vida pública y familiar de modo importante, y no obstante, la ciencia jurídica había apenas comenzado a actuar. Encontramos análoga situación en Roma hasta la caída de la República, y entre los pueblos germánicos y románicos en la Edad Media hasta la época de los glosadores.

Tal vez surjan dudas respecto a una diferencia que reviste el derecho en comparación con los objetos de otras ciencias: nos referimos al saber que es inherente al derecho, incluso como objeto de la ciencia.

Esta diferencia existe realmente. Un pueblo tiene un saber de su derecho, incluso sin ciencia jurídica. Pero tal saber no es ciencia, sino que descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural. Dicho saber constituye solo un saber del derecho en el caso concreto. Es cierto que también posee principios abstractos en los adagios jurídicos; pero no lo es menos que tales brocados, lejos de revestir sentido científico, algunas veces se aplican y otras no se aplican. Lo decisivo es la particularidad del caso dado y no aquel refrán. La filología nos brinda otro ejemplo de lo expuesto. También el objeto filológico implica un saber: el particular conoce, al hablar,

los casos y tiempos y los aplica acertadamente; y, no obstante, conoce muchas veces la gramática, la ciencia del lenguaje, apenas de nombre.

La misión de la jurisprudencia es, por ende, la misma que la de todas las demás ciencias. Debe comprender su objeto, hallar sus leyes, desarrollar a este fin los conceptos, darse cuenta del parentesco y de la conexión de las diversas instituciones y, por fin, exponer sus conocimientos en un sistema sencillo. Mi tema se reduce, por consiguiente, al siguiente interrogante: ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación con las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás?

Se podría creer que el mencionado saber, inherente a su objeto mismo, constituiría para la jurisprudencia una gran ventaja respecto a las demás ciencias. La historia, no obstante, nos enseña lo contrario. Cuando en Grecia todas las ciencias habían hecho ya grandes progresos, la jurisprudencia sola, excepto el derecho público, no había ni siquiera empezado su actividad. Los juristas romanos del Imperio recuperaron el tiempo perdido en lo que atañe al derecho criminal y derecho privado, y por sus esfuerzos la ciencia jurídica logró en aquella época ventaja respecto a las demás. En la Edad Media, en que los autores podían apoyarse sobre aquellos estudios, se mantenía largo tiempo esta relación, pero a partir del período de BACON se lleva a cabo un cambio completo. Ahora se aceptaba por todas las ciencias el principio de la observación, del sometimiento de la especulación a la experiencia, al que en el fondo también la jurisprudencia de los clásicos romanos debe su excelencia. Los resultados de este nuevo método rayaban pronto en lo milagroso. Descubrimientos seguían a descubrimientos. Si antes cada siglo derribaba lo que el anterior estimaba comprobado por especulaciones fantásticas por otras de no mejor clase, ahora se había conquistado terreno firme: los trabajos y descubrimientos de un siglo en los siguientes quedaba también la base firme, sobre la que se construía el edificio, que ya ahora ha alcanzado alturas tan asombrosas. La jurisprudencia, en cambio, no ha hecho progresos, al menos desde los tiempos de BACON. Sus reglas y sus conceptos no han mejorado desde entonces, adquiriendo más nítidos contornos. Las controversias no han disminuido sino que han aumentado; incluso donde la investigación más laboriosa creía haber logrado un resultado seguro e inquebrantable vuelve la lucha a empezar, apenas que haya transcurrido una década. Los trabajos de un CUJATIUS, DONELLUS, HOTTOMANN y DUAREN se consideran

aún hoy como obras modelo y no podemos ofrecer mejores estudios, conforme lo reconocen incluso las lumbreras de nuestra ciencia.

Con estas consideraciones extrínsecas, no obstante, no quiero dar el problema por terminado y la tarea por resuelta. Una prueba directa de mi tema exigiría que estatuyera una definición de la ciencia en general y que la pusiera en parangón con los trabajos de la jurisprudencia. Pero tal método tendría ya de por sí sus grandes dificultades y sería, además, dado el tiempo limitado de mi conferencia, completamente irrealizable. Además, el resultado sería solo superficial, dejando ignoradas las causas intrínsecas de la diferencia. Intentaré por tanto otro camino. En efecto, si mi afirmación acerca del carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia es verdadera, se deduce de ella que la culpa no puede recaer sobre las personas, o sea los cultivadores de la ciencia. Si bien es cierto que durante ciertas épocas el retroceso de una ciencia ha sido la culpa de sus cultivadores y estudiosos, también lo es que tal situación no puede darse respecto a los millares de años que existe una ciencia entera: ello estaría en contradicción con la naturaleza del espíritu humano, siempre igualmente vigoroso cualquiera que sea su objeto. Supuesto, por tanto, que la jurisprudencia fuese realmente a la zaga de las demás ciencias, la causa debe radicar en su mismo objeto, en fuerzas impeditivas secretas inherentes al objeto, que obstaculicen en esta región los esfuerzos del espíritu humano. El mejor camino para la indagación de mi tema será por tanto el de empezar con una comparación del objeto de la jurisprudencia con los objetos de otras materias. Esta manera de tratar el tema ofrece, caso que se logre, la doble ventaja de crear la demostración del tema y de hacer comprensibles sus causas.

Si ahora aplicamos este método comparativo, se nos ofrecen varias determinaciones distintivas que, peculiares del derecho, no se hallan en los objetos de otras ciencias.

La primera particularidad que destaca, es la mutabilidad del derecho natural como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millares de años. La rosa florece aún hoy día igual que en el paraíso. Pero el derecho ha cambiado. El matrimonio, la familia, el Estado y la propiedad han atravesado las formas más múltiples. El nombre más conocido para esta mutabilidad de la materia es el desenvolvimiento progresivo de las diferentes instituciones del derecho. Se suele aducir este progreso como ventaja, elevándose incluso este movimiento, con prescindencia

de su contenido y dirección, a su verdadera esencia. Tales afirmaciones son, al menos extrañas. No cabe duda que la humanidad tenía ventajas indecibles por verse dotada desde el principio del mejor organismo posible. ¿Por qué no habría sido también mucho más feliz, si se la hubiesen adjudicado en el acto las instituciones jurídicas que hubiesen sido las más excelentes para cada estado de su desarrollo? ¿Cómo puede ser una ventaja y dicha que los pueblos tuvieran que luchar durante siglos con fatiga y dolores para obtener los bienes ansiados? Pero no nos ocupemos de estas objeciones. Bástenos que existe progreso, sea el mismo ventaja o defecto. El problema consiste en conocer los efectos de esta mutabilidad del objeto sobre la ciencia. La contestación a esta pregunta no puede ser dudosa. El efecto ha de ser muy perjudicial. Pertenece a la misma naturaleza de toda ciencia que su verdad puede madurar solo lentamente. La ciencia tiene que atravesar errores de toda clase. Sus leyes no son sino el resultado de esfuerzos seculares comunes de sus cultivadores. Para las demás ciencias este ir con pies de plomo no es nocivo. La tierra gira todavía hoy día en torno del sol como hace mil años. Los árboles crecen y los animales viven como en tiempos de Plinio. Aunque por tanto se han descubierto las leyes de su naturaleza y de sus fuerzas después de largos y fatigosos trabajos, estas son hoy tan verdaderas como en tiempos antiguos y seguirán verdaderas para todo lo porvenir. La situación en la ciencia jurídica es diferente. Si esta encuentra, por último, después de esfuerzos de muchos largos años el auténtico concepto, la verdadera ley de una de sus instituciones, el objeto entretanto ya ha cambiado: la ciencia llega siempre tarde dado el progresivo desenvolvimiento. Nunca pueda ella captar lo presente. La ciencia jurídica se asemeja al caminante en el desierto. Delante de sí tiene cármenes florecientes, lagos con movido oleaje; pero a pesar de que camina todo el día, todos ellos se hallan por la noche aun tan distantes de él como por la mañana. Desde los tiempos de GOETHE muchas tentativas de mejora se han llevado a cabo. Sin embargo, la burla del Mefistófeles en su “Fausto” es todavía acertada, sobre todo para el derecho público. No se comprendió al Estado griego sino después de su decadencia. La ciencia de los severos *Instituta* del derecho romano solo se encontraba acabada, cuando el *ius gentium* ya los había sustituido. No se dieron cuenta del espíritu y de las excelencias de la Constitución Imperial alemana sino después de que Napoleón había aniquilado sus últimas huellas. He aquí el primer mal fundamental del que nuestra ciencia padece y del cual emanan múltiples consecuencias que la obstaculizan.

La primera de ellas consiste en que la ciencia jurídica en general tiende a oponerse a todo progreso en el derecho. Es demasiado cómodo quedarse en el antiguo edificio, bien instalado y bien conocido, en lugar de tener que abandonarlo año por año y haber de establecerse y de orientarse de nuevo. Y si la ciencia cede al progreso, mantiene, sin embargo, su inclinación predilecta de forzar las instituciones de la actualidad en las bien conocidas categorías de instituciones fenecidas. Ya los juristas romanos dan ejemplos de dicha tendencia.

Ejemplos en este sentido con sus “acciones útiles”, sus *quasi delicta*, *quasi-contractus*, *quasi possessio*: en general, su adaptación de las instituciones libres de la época moderna al modelo del período antiguo severo.

Los juristas alemanes se comportaban aun peor. Forzaban el matrimonio alemán, la patria potestad, las servidumbres germánicas y las concepciones alemanas de los estamentos para enmarcarlos dentro de los conceptos del derecho romano, con los cuales apenas tienen solo en común el nombre. Y si el objeto ofrecía demasiada resistencia a este procedimiento, los juristas carecían en tal grado de una libre y científica concepción de él, que la añadían a los *Instituta* como *usus modernus*. Es cierto que ahora todo el mundo tilda el procedimiento de los juristas alemanes de defectuoso; pero una falta cometida durante siglos por todos debe tener su causa en una particularidad del objeto mismo.

Entre los juristas romanos se estatuye aún hoy día este mismo procedimiento como modelo. Este hecho causa asombro, puesto que en todas partes el mejor método consiste en enfocar cada nueva formación sin prejuicios de ningún género, haciendo dimanar de ella misma nuevos conceptos y leyes. No toda institución jurídica que haya sido producto después de otra, procede forzosamente de ella. El derecho privado en los primeros tiempos del Estado romano era evidentemente el producto de la peor despotía, que la nobleza y los sacerdotes ejercían sobre el pueblo: formas y fórmulas rígidas obstaculizaban el tráfico y la persecución del derecho; el pueblo ignoraba incluso los días en que se le concedía esta última. Todo el desenvolvimiento del derecho privado durante la época republicana e imperial no es sino la progresiva liberación del derecho de estas cadenas. En contra de esta dirección conservaban los juristas romanos, con testaruda pedantería, las antiguas instituciones tiránicas, estableciéndolas como la forma principal de las instituciones del período

posterior. He aquí la escisión que se encuentra en todo el sistema del derecho romano: aquella brusca oposición de formas rígidas y de libre movilidad, de rigor literal y de equidad independiente.

Este peligro, inherente al objeto mismo y amenazador para la ciencia la ha seducido con frecuencia hasta olvidar por completo la actualidad dedicándose al pasado y a abandonar el derecho vigente al despreciado “artesano” de los prácticos. Es demasiado seductor cultivar un campo al que la gran masa no tiene acceso, donde el brillo de la erudición adquiere su máxima luminosidad y donde hay seguridad de que incluso los resultados más absurdos no pueden ser puestos en evidencia por el sentido común. La Escuela Histórica nos brinda bastantes ejemplos. Las lumbreras de ella apenas han sabido escoger un camino intermedio.

De todas maneras arrastra la ciencia jurídica un enorme lastre consigo: el estudio del pasado, producido por la movilidad de su objeto. Pero solo la actualidad posee valor. El pasado ha muerto y sirve únicamente en cuanto constituye un medio de comprender y dominar lo actual. Si la naturaleza del objeto requiriera el rodeo histórico, comparable a unas gafas empañadas, la ciencia debe resignarse; pero no se trata de una dicha. Cuánto mejor se encontraría la ciencia jurídica, si pudiese, cual las ciencias naturales, ponerse en contacto directo con su objeto. Este lastre de instituciones pasadas absorbe una gran cantidad de las mejores fuerzas. El mal es tanto mayor, cuanto las fuentes del derecho pasado son tan escasas y defectuosas. Lo que la diligencia y los dotes adivinatorios de siglos han construido, puede derrumbarse hasta los mismos cimientos cualquier día por un antiguo pergamino recién encontrado. La filología únicamente nos ofrece un panorama semejante, puesto que también su objeto se desenvuelve progresivamente. Pero por el otro lado la filología lleva ventajas respecto a la jurisprudencia, ya que posee el pasado de su objeto en toda su riqueza y fácilmente asequible en antiguos documentos y libros.

Si se continúa la comparación, se descubre una nueva particularidad del objeto de la jurisprudencia en el hecho de que el derecho no solo consiste en el saber sino también en el sentir: la sede de su objeto no se halla solo en la cabeza sino también en el pecho de los hombres. Los objetos de otras ciencias son libres de semejante aditamento. Si la luz constituye un movimiento ondulatorio del éter o el movimiento rectilíneo de corpúsculos finos; si la razón y el intelecto son una sola cosa o diferentes entes; si las ecuaciones del cuarto

grado pueden o no ser resueltas directamente todos estos problemas son muy interesantes, pero respecto a ninguno de ellos existe un prejuicio sentimental. Una u otra contestación son igualmente bien recibidas: lo único que se exige es la verdad. Pensemos, en cambio, en el derecho: ¡qué apasionamiento, cuántas pasiones, cuántos partidos se introducen de contrabando en la búsqueda de la verdad! Todas las cuestiones del derecho público están empapadas de ello. Constitución o ausencia de la misma, libertad o censura de prensa, sistema bicameral o un diverso régimen, emancipación de los judíos, conservación de la pena corporal o su abolición; el mero enunciado de estos problemas es suficiente para que el corazón de cada uno lata más de prisa. Lo mismo ocurre en el derecho privado. Piénsese en si el matrimonio entre judíos y cristianos debe ser admisible; qué causas de divorcio deben estatuirse; si se admite o no los mayorazgos, la rendición del derecho de caza. En estos, como en casi todos los problemas jurídicos, ha contestado ya el sentimiento, antes de que principie la investigación científica.

No juzgamos acerca de esta particularidad del derecho con carácter peyorativo; al contrario: tal vez consista en ella su supremo valor. Pero el problema de mi investigación es solo si dicha particularidad facilita o dificulta la ciencia del derecho. Y en este aspecto es evidente que lo que ocurre es lo último. El sentimiento nunca y en ninguna parte es un criterio de la verdad: es el producto de la educación, de la costumbre, de la actividad, del temperamento, en una palabra, del azar. Lo que en un pueblo indigna, se aplaude en otro. Para que por tanto la investigación de la verdad no se desviara, nos encontramos con su primer supuesto: que se libere de semejante precipitado compañero. Y no obstante, casi nadie es capaz de ello al llevar a cabo investigaciones jurídicas. Incluso la voluntad más fuerte no puede sustraerse por completo de las poderosísimas influencias de la educación y de la costumbre. Hallamos en todas partes los resultados de esta situación. Todos los magnos problemas del día se han convertido en luchas partidistas. En vano espera la verdad a un investigador limpio de prejuicios. Los maestros de la ciencia o no se ocupan de dichas cuestiones o lo hacen formando ya parte de un partido. Incluso si se hubiese encontrado la verdad, la pasión no le permitiría levantar la voz. Por ello es menester en el derecho que el tiempo con su poder tranquilizador pase por los problemas antes de que la ciencia pueda actuar y encontrar libremente la verdad. Y entonces es casi siempre tarde.

¡Qué diferencia existe en este particular entre la jurisprudencia y las ciencias de la naturaleza! ¡Qué concordia, qué pacífica penetración reina en las últimas! Lo que el uno encuentra, agradecido lo recoge otro. Todos colaboran en la edificación de la obra. Si hallamos una pasión, solo se trata de la vanidad; y esta, por no arraigar en el objeto mismo, pronto desaparece.

Hemos de referirnos en este contexto a una institución extraña: la censura, que tiene su base natural en la unión del derecho con el sentimiento. Solo por ello sobrevive la censura todas las convincentes demostraciones de la ciencia. El ataque contra una costumbre arraigada y bien querida, contra lo que se estima derecho sagrado, subleva a los sentimientos. La ciencia jurídica se encuentra así con nuevas cadenas; y solo a ella le ocurre, puesto que las ciencias naturales y todas las demás ciencias poseen el hermoso privilegio de protegerse a sí mismas. Bien es verdad que se afirma la libertad de la investigación científica incluso para el derecho, queriéndose obstaculizar solo su llegada al pueblo; pero no lo es menos que este distingo es como si se dijera a un arquitecto: “Ud. puede dibujar y pintar sus casas, pero no le es permitido edificarlas”.

La comparación de los objetos de las ciencias entre sí nos conduce a otra particularidad del derecho, cuyas consecuencias son mucho más importantes que las de las particularidades hasta ahora mencionadas. Nos referimos a la figura de ley positiva, forma híbrida de ser y saber que se introduce de contrabando entre el derecho y la ciencia y que produce consecuencias nocivas para ambos.

Todas las ciencias poseen leyes y estas leyes constituyen su suprema meta. Todas las ciencias tienen en todos los tiempos al lado de las leyes verdaderas también leyes falsas. Pero la inexactitud de las últimas no tiene repercusiones sobre el objeto científico. La Tierra gira sin cesar en torno del sol, aunque PTOLOMEO estableció una ley que afirmaba lo contrario. El alma permanece simple, si bien WOLF y KANT la descompusieron en innumerables fuerzas. El trigo toma su alimento principal del aire y no del suelo, aunque hasta LIEBIG establecía lo contrario como ley en la economía.

Las leyes positivas del derecho nos enseñan una situación diferente. Provistas de poder y de sanciones se imponen a su objeto, no importa si fuese verdadero o falso. El derecho natural debe entregar su verdad y capitular ante ellas. Mientras que en todas las demás regiones el saber deja incólume al ser y lleno de respeto cede ante este, se consigue por la fuerza en la esfera del derecho lo contrario

por medio de la ley positiva. El saber, incluso el saber equivocado y defectuoso, vence al ser.

No queremos negar el progreso necesario que conduce del derecho natural a la ley positiva. La cultura desarrollada, la división del trabajo, la complejidad de la vida, la necesidad de situaciones fijas y definidas, produjeron en todos los pueblos leyes positivas. Pero no todo lo que crece con naturalidad y rigor lógico, por ello constituye ya una dicha. La humanidad puede en su camino extraviarse y entonces sea tal vez aconsejable que dé marcha atrás, con tal que ello resulte realizable.

Las desventajas de la ley positiva para el derecho natural son archiconocidas.

Cualquier ley positiva es condicionada por el grado del conocimiento del derecho natural. Una gran parte de ellas procede de épocas en las cuales la ciencia apenas había iniciado su camino. Otra gran parte despreciaba el auxilio de la ciencia. Por consiguiente, nos encontramos con la inevitable consecuencia de que el contenido de la ley positiva abarca, al lado de ideas verdaderas, bastantes desaciertos. Otra consecuencia consiste en la lucha del derecho natural contra la ley positiva.

Pero incluso respecto a una ley con contenido verdadero, hay que tener en cuenta que su forma, su expresión es muchas veces defectuosa. He aquí el origen de las lagunas, de las contradicciones, de las oscuridades y de las dudas.

La ley positiva es rígida, el derecho es progresivo. Por tanto, se convierte incluso la verdad de aquélla con el tiempo en falsedad. La derogación de una ley por otra nueva no es nunca realizable sin violencia, puesto que la sucesión carece del paulatino y suave desenvolvimiento del derecho natural.

La ley positiva es abstracta y su necesaria simplicidad destruye la riqueza de las formaciones individuales. Tal es la causa de los conceptos híbridos de la equidad y del arbitrio judicial.

Las determinaciones definitivas de la ley positiva arraigan en el puro arbitrio. ¿Quién puede deducir de la esencia misma del objeto si la mayoría de edad comenzará con veinticuatro o con veinticinco años, si el plazo de la prescripción comportará treinta años o treinta y un años, seis semanas y tres días, si la forma escrita de los contratos será establecida a partir de un interés de 50 taieros y cuál será la exacta duración de las penas?

La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del tirano.

Consideraciones semejantes movieron a SAVIGNY a negar la vocación de nuestra época para la legislación. Se ha reprochado a su afirmación su excesiva amplitud. Opino que el error de SAVIGNY no consistía en que fue demasiado lejos, sino en que se quedó corto. No solo nuestra época carece de vocación legislativa en el sentido indicado: ninguna la posee. La creencia de que la ciencia alcanzaría y comprendería la actualidad, con tal que se la dejase tiempo suficiente, constituía una equivocación ingenua. La ciencia va eternamente a la zaga del derecho. Ninguna legislación positiva, aunque dedicara a su preparación mil años, evitará los defectos mencionados. La máxima alabanza que tributamos por ello a este magno representante de la ciencia que es SAVIGNY, consiste en su abstención de legislar incluso cuando el Estado delegó en él el Poder Legislativo.

Si bien el derecho natural sufre gravemente por la ley positiva, más aun padece la ciencia. De una sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error, de la pasión y de la impremeditación. Su objeto ya no es lo eterno y lo absoluto, sino lo fortuito, lo defectuoso... el éter celeste desciende al fango de la tierra.

Lejos de mí la afirmación de que la ley positiva solo contenga el desacierto: gran parte de ella es verdadera y tal vez sea solo la parte menos falsa. Pero en cuanto la ley positiva contiene, respecto a contenido y forma, la verdadera expresión del derecho natural, acaba de hacer y conseguir lo que constituye actividad y aspiración de la ciencia, cuya meta es igualmente solo el hallazgo de las leyes verdaderas del derecho. En este aspecto queda, por tanto, a la ciencia solo una labor explicativa y aclaratoria, en una palabra: el oficio del maestro de escuela. Y no nos causa asombro que la ciencia no se sienta atraída por tamaña tarea. Muchas veces expresan los autores su sorpresa de que las codificaciones suprimen en todas partes a la ciencia por determinado tiempo, buscando las causas de este fenómeno allí y allá, enrostrándolo sobre todo gravamen a la misma codificación. Pero la verdad consiste en todo lo contrario. Cuanto más excelente resulte el Código, cuanto más se acerque a la verdad, tanto más contiene ciencia pura redactada con máxima precisión, o sea exactamente lo que la ciencia podría ofrecer. Lo natural es, por consiguiente, que en cuanto a la buena parte del Código la ciencia no entra en acción sino cuando en el decurso del desarrollo del derecho ella ha quedado anticuada.

Careciendo la ciencia de una misión respecto a la parte verdadera de la ley positiva, sí que la tiene en lo que atañe a lo falso de la ley, y en todos los tiempos se abalanzó sobre ello celosa y ávidamente.

¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? Solo una pequeña parte de esta literatura se ocupa del derecho natural: más que nueve diezavos tratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador. El genio incluso no se niega de servir a la impremeditación y de desarrollar para justificarla, todo su ingenio y toda su erudición. Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que solo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles.

Una crítica tan dura requiere una prueba detallada. Unos ejemplos tal vez ofrezcan óptima utilidad.

¿En qué estriba el interés jurídico en el proceso llamado “causa polaca”? Meramente en la defectuosa definición de la alta traición dada en el derecho prusiano. No cabe la menor duda de que la separación de provincias enteras del Estado equivale en el derecho natural al derrumbamiento de la Constitución. Pero como la ley positiva no ha previsto este caso, las autoridades se ven obligadas a erigir un edificio artificioso con el auxilio de diccionarios, la historia y las constituciones de otros países, edificio destruido todos los días por la defensa justamente con las mismas armas. Tres palabras complementarias del legislador, conforme las promete el nuevo proyecto, y nadie se ocupará ya de todos aquellos trabajos pese a su alto valor científico.

¿En qué descansan las concienzudas e interesantes consideraciones en los procesos de prensa de los últimos años acerca del problema de si el permiso de impresión del censor de otro de los Estados federales también protege al autor en Prusia? Pues, arraigan en la redacción ambigua del art. 7 de la Ley de la Dieta del 20 de septiembre de 1819. Todos aquellos trabajos solo poseen valor duradero en cuanto se ocupan de la esencia del objeto, del derecho natural. Todo lo demás no deja de ser ciencia; pero nadie lo estudia desde que se ha publicado una Declaración en este mismo año.

Durante siglos era manzana de discordia entre los juristas el problema de si la culpa tiene dos o tres grados. En el ámbito del derecho natural reinaba desde hace tiempo completo acuerdo. En efecto, el derecho natural no conoce tales números y compartimentos estancos en una materia continua según su misma esencia. HÖPFNER confiesa que la práctica no cuestiona por el grado sino que solo investiga si existe “culpa” en general. Pero en la esfera del derecho romano bastaban algunos pasajes redactados con insuficiente claridad y devenidos ambiguos por haber sido desglosados de su contexto, para ocupar a los sabios por completo.

Bibliotecas enteras han sido producidas sobre la preferencia de la hija como heredera; y, no obstante, un pequeño apartado más en el *liber feudorum* habría evitado toda aquella erudición.

Para evitar la apariencia, como si mis ejemplos hubiesen sido elegidos desde determinado punto de vista, me he hecho con el último tomo de las sentencias del “Tribunal Supremo Secreto”. No haré ninguna selección y empezaré con la primera resolución plenaria, examinándolas una tras otra. Los considerandos descuellan por su erudición y su agudeza y son, al menos, equivalentes a los de anteriores volúmenes. ¿Pero cuál es el objeto de tales consideraciones científicas verdaderamente excelente? ¿Ocupanse de lo absoluto, de lo verdadero, de lo necesario? ¿Poseen aquellos trabajos científicos una duración imperecedera y una ilimitada utilidad conforme la ciencia lo exige?

La primera resolución plenaria trata de la cuestión de si las formas para atestiguar las firmas de partes analfabetas son para el juez las mismas en contratos que en controversias procesales. Este problema da lugar a un enjuiciamiento de las leyes positivas que abarca nueve páginas. Y no obstante, la duda ha sido provocada meramente por una redacción defectuosa del Apéndice del “Ordenamiento General de los Tribunales”. Si se hubiese dado al Decreto Circular del 30 de diciembre de 1798 un lugar más adecuado, con arreglo al cual este se habría referido por sí mismo a ambos casos, nunca habría sido necesario dictar la mencionada resolución plenaria y sus considerandos. El objeto de la resolución es un defecto, y una pequeña rectificación de la colocación del Apéndice hace desaparecer su importancia científica.

La próxima resolución plenaria trata del problema de si el usufructuario está obligado, no solo frente al propietario sino también al acreedor hipotecario, a pagar los intereses de las deudas que gravitan

sobre la cosa. Tal problema es objeto de una investigación, muy concienzuda y aguda, de veinticuatro páginas.

Ya antes trataron el problema seis autores, entre ellos BORNEMANN y KOCH. Para el derecho natural la pregunta no suscita dudas. La naturaleza del derecho real desconoce a deudores personales, conforme el mismo BORNEMANN reconoce. Todas las dudas dimanar meramente de la redacción del art. 70, título 21, parte primera del “Derecho Territorial General Prusiano”, en el cual se estatuye: “El usufructuario pagará los intereses de las deudas que gravan la cosa”.

Si se hubiese redactado esta disposición conforme la formula el “Tribunal Supremo Secreto Real”, habrían sobrado todas aquellas investigaciones agudas, que desde luego pierden todo su valor así que el legislador se resuelva a corregir su falta.

La resolución plenaria siguiente determina que el consentimiento del marido para un prestamo de la mujer no tendrá que emitirse necesariamente por escrito, aunque se tratara de una cantidad superior a 50 taleros. La interpretación recta de la ley conduce evidentemente a la solución opuesta, puesto que, por un lado, establece el art. 133, título 5º, parte 1ª del “Derecho Territorial General Prusiano” que incluso declaraciones unilaterales referentes a objetos de más valor que 50 taleros deberán redactarse por escrito, si sus consecuencias se extienden al futuro, y ya que, por el otro lado, no se decreta ninguna excepción en el derecho que reglamenta el régimen de bienes en el matrimonio. Pero la equidad, y el derecho natural, exigen con evidencia la disposición opuesta, conforme se indica al final en los considerandos de la resolución. Para destruir el error, no formal, sino material, se busca un rincón en la ley positiva a fin de introducir de contrabando y de hacer eficaz el derecho natural. Este rincón se encuentra, de modo por cierto audaz, al no enmarcarse en las declaraciones de voluntad los consentimientos.

La resolución plenaria siguiente constituye una extraña oposición a la anterior. Casi se podría creer en una ironía del azar. En dicha resolución se estatuye que el consentimiento de la mujer a la enajenación de inmuebles de la comunidad de bienes, hecha por el marido, habrá de emitirse por escrito. Parece a primera vista que se trata en esta resolución del mismo problema que en la anterior y que se resuelve una vez en sentido afirmativo y otra en sentido negativo. En efecto, el Tribunal necesita 16 páginas basadas sobre la historia de la ley y del derecho común para encontrar una diferencia. La verdadera causa por la cual no se había desprendido la re-

solución sencillamente de las palabras del art. 133, título 5º, parte 1ª del “Derecho Territorial General Prusiano”, radica sencillamente en el deseo de salvar la consecuencia de la interpretación de dicho precepto dada en la anterior resolución.

La resolución plenaria siguiente se ocupa de nuevo exclusivamente de la mala redacción de la ley. Se trata del problema frecuentemente comentado por los tribunales, el Ministerio y los intérpretes de qué se ha de comprender por los capitales asignados a los hijos para su especial seguridad y de los cuales el padre, con arreglo al art. 169 del título 2º, parte 2ª del “Derecho Territorial General Prusiano” no puede disponer con plena libertad. El motivo de todas estas disquisiciones consiste solo en que la ley establece una categoría mediante las palabras: “capitales asignados para su especial seguridad”, la cual no vuelve a aparecer en el Código y que tampoco ha sido desenvuelta en el indicado lugar, siendo incluso incompatible con los principios del régimen hipotecario prusiano. Por este motivo nos encontramos con tantas dudas y eruditas elucubraciones para disiparlas.

La resolución plenaria siguiente intenta de nuevo una transacción y mediación entre la ley positiva y el derecho natural. Como es sabido existe en la mayor parte de las provincias del Estado la costumbre entre los campesinos de que el campesino anciano transmita la finca a uno de sus hijos, imponiéndole la obligación de que pague determinadas cantidades del precio a sus hermanos cuando se casan o comienzan a establecerse por su propia cuenta. Entre el pueblo no se alberga duda alguna de que los hermanos puedan ejercer su derecho ante los tribunales, aunque no hubiesen formado parte del contrato, con tal que el padre no se opusiese.

El “Derecho Territorial General Prusiano” desgraciadamente pasó en silencio esta institución; y así hay que acudir a las disposiciones generales del art. 75, título 5º parte 1ª del mismo cuerpo legal, con arreglo a las cuales un tercero puede solo ejercer judicialmente los derechos que un contrato hecho entre otras personas le atribuye, si los aceptó con su consentimiento, en otras palabras, si se adhirió al contrato. Sin embargo, la aplicación de esta disposición conduce en nuestro caso a un resultado de insoportable dureza y, por consiguiente, se busca desde ya hace mucho tiempo un remedio para sustraer la institución al efecto destructivo del mencionado art. 75. Se empleaban ficciones, conversiones, sucesiones anticipadas y otros artificios por el estilo para dar flexibilidad a la ley positiva. El “Tribunal Su-

premo Secreto” demuestra concienzudamente que todos estos remedios no son aplicables al “Derecho Territorial General Prusiano”. En cambio, ensaya el Supremo Tribunal un nuevo método para salvar la institución de indudable raigambre histórica. No sé si se trata de un método muy feliz. Se concibe al padre como apoderado que acepta en nombre de sus hijos. Dejando aparte que los mencionados contratos normalmente no aluden con ninguna palabra a esta construcción, milita en contra de la teoría que, contrariamente a la naturaleza de las cosas, la misma persona hace la oferta y la acepta, y que según ella se robustecen los derechos de los hermanos más allá del derecho natural, ya que el mismo padre perdería con arreglo a dicha concepción, todo derecho sobre el precio, consecuencia incompatible con la institución. La causa de todos estos múltiples ensayos de la ciencia es meramente un defecto de la ley; y resulta deplorable que tanta agudeza y erudición se esfuercen en vano en remediar este defecto.

Permítanme vds. que aquí interrumpa. Creo que he aportado bastantes demostraciones de la tesis de que solo los errores y los defectos de todas clases constituyen el objeto del que la jurisprudencia casi exclusivamente se ocupa y desgraciadamente ha de ocuparse. He aquí un asunto tan repugnante que causa asombro saber cuantas personas están aun dispuestas a dedicarse a él. Puede ser que dicha tarea sea necesaria, pero no es por ello un objeto digno de la ciencia.

¡Qué altura de miras encontramos, en cambio, en las ciencias de la naturaleza! Su objeto es solo natural, lo eterno, lo necesario. La más pequeña matita de césped lleva este sello. Toda criatura es verdadera, concorde consigo misma; y la arbitrariedad con sus falsificaciones no alcanza a la ciencia.

También aquellas ciencias contienen errores y leyes falsas. Pero una sola mirada luminosa del genio es suficiente para que el error desaparezca como la noche ante el sol. Únicamente la ciencia jurídica sufre la deshonra de servir al error durante siglos enteros y de haber de rendir homenaje y pleitesía a la impremeditación.

No hemos agotado todavía los sufrimientos de nuestra ciencia. El esquematismo, la rigidez de forma de la ley positiva penetran en la ciencia del derecho, la cual repudiará la riqueza individual incluso si la sabe apreciar. La ley positiva se asemeja a un sastre testarudo que dispone únicamente de tres figurines para toda su parroquia. La ciencia se parece al ama de casa, buena como un pedazo de pan, que se da cuenta dónde el traje molesta y no sienta; pero

el respeto que tiene a su marido, no le permite, sino solapadamente abrir aquí y allí un poco las costureras o añadir un trocito de tela.

La arbitrariedad en las últimas determinaciones de la ley positiva penetra también en la ciencia. Lo arbitrario en estas determinaciones limitativas de formas, plazos, etc., quedará según su propia naturaleza y pese a la más cuidadosa redacción en una fuente inagotable de dudas. La ciencia se encuentra con la ingrata misión de resolver estas dudas, de sistematizar lo arbitrario. Todos los comentarios donde se trata de semejantes formalidades son extensísimos. ¡Qué pozos de erudición han llegado a ser las discusiones sobre las solemnidades de los testamentos en el derecho romano o la admonición de las mujeres con ocasión de las fianzas en el derecho prusiano! Otro botón de muestra espléndido es la novísima ley de 1845 sobre la forma de los instrumentos notariales. No cabe duda alguna de que se ha aplicado el máximo cuidado en la redacción de esta ley; y, no obstante, qué cantidad de dudas han surgido durante estos dos años. Si se examina detalladamente la manera de ser de estas dudas, la ciencia baja los ojos avergonzadamente.

¿Es necesario escribir todo el instrumento desde el principio hasta el final o pueden emplearse y rellenarse impresos?

¿Es inadmisibles como testigo solo el amanuense del notario actuante o también el de cualquier otro notario de la monarquía?

¿Tiene que atestiguar la firma de las partes analfabetas el notario actuante u otro notario?

¿Firmará el notario solo con su nombre, apellido y domicilio o también con su título oficial? Y así siguen las controversias, todo ello so pena de la nulidad de todo el instrumento. Me remito al Boletín Ministerial de este año.

Tales temas han llegado a ser los objetos más importantes de la ciencia. Su misión consiste en resolverlos. ¡Cuán altas se hallan, también en este aspecto, todas las demás ciencias! Pese a la suprema legalidad de su objeto encontramos un riquísimo desenvolvimiento y multiplicidad de lo individual. Pese a la máxima determinación de su objeto, no hallamos en ninguna parte arbitrariedad, sino absoluta necesidad.

Hasta aquí partió nuestra investigación de un parangón del objeto de la jurisprudencia con el de otras ciencias. Al perseguir mi empresa, llego a otro obstáculo. Hasta aquí había procedido la fuerza impositiva del objeto. Pero ahora ejerce la misma ciencia un efecto destructivo al enmarcar el objeto en su forma, como si quisiera casti-

gar la resistencia pertinaz del objeto con el aniquilamiento de su propia esencia.

El derecho no puede existir sin las características del saber y del sentir. Un pueblo debe saber lo que el derecho requiere en el caso dado; y debe consagrarse con amor a este su derecho. Si se despoja al derecho de estas características, continúa siendo una gran obra de arte, pero una obra muerta y, desde luego, ningún derecho. Al acercarse la ciencia al derecho como su objeto, la destrucción de estos elementos es inevitable. El pueblo pierde el conocimiento de su derecho y su devoción por él: se convierte en el patrimonio exclusivo de una clase especial. Así lo enseñan la lógica de los sucesos y la historia. La ciencia se contradice a sí misma: desea captar el objeto y lo aplasta. Las consecuencias de este hecho son extraordinarias.

La ciencia carece por ello de su terreno natural y se desvía con suma facilidad hacia la sofisticación y las elucubraciones estériles.

Otra consecuencia consiste en los titubeos de la legislación. El legislador condesciende incluso a hacer experimentos. La legislación procesal prusiana desde 1833 ofrece un buen ejemplo en este aspecto, sobre todo su reglamentación de los recursos.

No obstante, los mayores inconvenientes se producen en la aplicación del derecho al caso dado. Incluso los actos de la jurisdicción voluntaria son desfigurados por impresos y artificios de todas clases. Pero más aun lo son los procesos. No me refiero a aquellos procesos en los que solo se trata de la ejecución y en los que solo se ha de vencer la indolencia y la mala voluntad del deudor: no constituyen controversias auténticas y no necesitan ni jurisprudencia, ni jueces. Pero los verdaderos procesos en los que el derecho se halla controvertido se rebajan por el efecto destructivo de la ciencia a una mera operación como otra cualquiera. No se encuentra ya ni huella de una auténtica realización del derecho.

Ninguna de las partes sabe quién lleva la razón. La voz de la conciencia queda muda. Se consulta a los abogados. Y la resolución depende exclusivamente de consideraciones externas como la probabilidad de la victoria, el costo del ensayo y la duración del proceso. Si se gana, la especulación era exitosa. Si se pierde, se consuela al hombre razonable exactamente igual que al mercader que acaba de perder un rico cargamento por la tempestad o igual que al bolsista cuyos cálculos resultaron frustrados por acontecimientos políticos. En ninguno de estos casos aparece aun solo la sombra del

derecho: ni indignación sobre un entuerto sufrido ni orgullosa satisfacción sobre la victoria del derecho.

La apariencia del proceso apoya este parecer. Incluso el juez y el hombre de ciencia ignoran lo que procede en un caso dado. Se ven obligados a consultar voluminosos códigos, comentarios polvorientos: inician un cálculo artificial para hallar lo que en el pecho de cada cual debiera encontrarse escrito en letras bien claras. En primera instancia se prueba con agudeza y erudición y de manera artificial la verdad de una tesis, cuya falsedad se demuestra en la segunda con igual agudeza e idéntica erudición. ¡Y qué dicha si en la tercera instancia no se cambia de nuevo la verdad!

¡Cómo puede la Nación conocer el derecho a través de estos cálculos artificiales, deducciones y tesis titubeantes, el derecho, nacido y crecido con ella, cuyos decretos paladinos debieran hallarse en cada corazón como algo sagrado e inquebrantable! Pero ello es imposible: por la ciencia la justicia se ha convertido en un juego de azar. Además se desencadenan bajas pasiones, una pequeña guerra en vista del hecho de que la paz le hace imposible llevar otra mayor.

El lenguaje del hombre de la calle posee términos significativos para este estado de cosas. Si se pregunta a un campesino cómo avanza un proceso, nos contesta que el mismo “pende todavía”. ¡Qué palabra más excelente para el lentísimo progreso del juicio y su completa incomprendibilidad para la parte! Si el campesino pierde el proceso, no dice que le faltaba la razón, sino que afirma: he perdido el juego. La pérdida del proceso y la devastación de su agro por granizadas constituyen para él acontecimientos de análoga naturaleza: mala suerte, pero no injusticia.

He aquí el resultado triunfal de la ciencia jurídica: un derecho ignorado por el pueblo, que no reside ya en su corazón y que él equipara a las fuerzas salvajes de la naturaleza.

Tales males son demasiado grandes para que no produjesen reacciones a medida que las naciones llegan a ser más independientes. A través de todos los tiempos encontramos huellas en este sentido.

Mencionamos la prohibición de JUSTINIANO de que se comentara su Código. Por mucho que los sabios han sonreído, esta prohibición se basa en el deseo muy estimable de conservar el derecho para el pueblo y de protegerlo ante la desintegración llevada a cabo por la ciencia. Después de casi trece siglos volvemos a encontrar la misma prohibición en la Patente de publicación del “Derecho Territorial General Prusiano”, art. 18 y en la Introducción, art. 47.

El intento de Federico el Grande de abolir la abogacía estriba en las mismas ideas. La empresa estaba condenada al fracaso, puesto que se paraba en mitad del camino. No bastaba descartar a los abogados; también se tenía que apartar a los jueces de carrera.

Su obra, el “Ordenamiento General de los Tribunales”, está imbuida del mismo espíritu reacio a la jurisprudencia. Su principio consiste en el libre arbitrio de un juez honrado que se atiene a la equidad, y no a la regla científica basada en las más finas abstracciones y cálculos.

La mencionada contradicción intrínseca entre el fin y el resultado de la jurisprudencia explica también la extraña recomendación y el fomento de las transacciones. El pueblo y el gobierno están de acuerdo, y asimismo lo están, por cierto ingenuamente, los juristas. Y no obstante, desde el punto de vista científico constituye la sugerencia de una transacción, una deshonra: el más evidente *testimonium paupertatis*. ¿Qué se diría de un matemático que aconsejara a dos personas que le ruegan que resuelva sus problemas matemáticos que hiciesen una transacción por ser el cálculo demasiado lento e inseguro? Otro símil: un hombre rico alquila a un cochero, le da dinero y le manda comprar un coche cómodo, bridas sólidas y caballos resistentes; así se hace y el hombre pudiente ordena al cochero que prepare el coche para salir; pero en lugar de obedecer se presenta el cochero y aconseja al señor que vaya a pie, ya que el viaje en coche es demasiado complicado e inseguro. ¿No despedirá el señor al cochero en el acto mismo? ¿Qué debe hacer la Nación con sus juristas que la proponen acudir a transacciones?

¿Qué significa aquella pasión en favor de amigables componedores, la tendencia de todas las provincias de robustecer y de extender su campo de acción, sino el impreciso barrunto del mal estado de cosas y el afán de sustraer la jurisprudencia de las manos de los jueces de carrera y devolvérsela a la Nación: en una palabra, de restablecer el derecho del Decreto? Solo así se explica la contradicción de que se castiga a los curanderos en la medicina, mientras que se privilegia a los curanderos en la jurisprudencia.

Por los mismos motivos se aboga a favor de tribunales comerciales sin asesores eruditos, a favor de tribunales fabriles, de jueces de paz, etcétera. Incluso los tribunales patrimoniales son defendibles únicamente desde este punto de vista contra los ataques de la ciencia, por lo demás irresistibles: un juez patrimonial que ejerce su cargo durante algún tiempo residiendo en un pueblo o en una peque-

ña ciudad, llega muy pronto al feliz estado, tan deseado por sus ciudadanos, en que olvida todo el lastre de erudiciones y desprende sus decisiones principalmente de su sentimiento jurídico igual al de aquéllos. El campesino y el ciudadano no temen a nadie como juez, a no ser al joven licenciado que emplea todo el fárrago de su erudición y conocimiento legal para resolver agudamente los diversos casos.

El deseo de establecer jurados estriba en el mismo fundamento. Bien es verdad que la ciencia no quiere concederlo por nada del mundo y que despliega toda su agudeza para encontrar la ventaja del jurado en otro terreno; pero no lo es menos que el sentir sencillo e inconsciente del pueblo, del que el deseo procede, ignorante de sutilezas, quiere librarse de la ciencia erudita por medio de los jurados.

Todos los fenómenos poseen, por ende, el mismo fundamento. La Nación repudia a los juristas científicos. La sospecha, el sentimiento oscuro de la contradicción entre Derecho y ciencia existen. Lo único que todavía falta es la clara comprensión del pueblo. Todavía la gente no se atreve a pensar este hecho con claridad. Por ello se justifican aquellos fenómenos superficial y equivocadamente. Pero tan pronto que se haya conseguido un conocimiento preciso, difícilmente la gente se contentará con medios aislados e incompletos para remediar la situación; y el gobierno, al que los juristas también molestan, prestará gustosamente su ayuda. Se devolverá la jurisdicción al pueblo no solo respecto a la cuestión de hecho sino también en cuanto a la cuestión de derecho, no solo en asuntos criminales sino también en procesos civiles. Otra consecuencia bienhechora consistirá en una merma de las leyes positivas. El Estado se contentará con estatuir los principios fundamentales, abandonando al sano sentir del pueblo su aplicación en todas sus ramificaciones sin necesidad de una ponderación exacta.

Realmente no creo que redunde en ello una gran desgracia. Los procesos desde luego no durarían entonces tantos días como hoy meses y años. Los gastos no serían para nadie un obstáculo para perseguir su buen derecho. Puede ser que las decisiones coincidiesen en aquel supuesto poco con la ley positiva, artificialmente establecida, y con los resultados eruditos de la ciencia; pero tanto más estarán de acuerdo con el derecho viviente en el pueblo. En la esfera en la cual este último derecho reina, se realizará el mismo pura y verdaderamente. Y fuera de esta órbita, cuando la complejidad del caso

es demasiado grande, el objeto principal consiste en encontrar cualquier resolución rápida y barata. No se puede hablar de derecho natural en todas estas ramificaciones finas. De ninguna manera puede quejarse la jurisprudencia si no le preguntan por su verdad, que, construida artificialmente después de larga espera de cien libros, ni siquiera sobrevive la segunda instancia del mismo proceso.

Una semejante jurisdicción no es un mero juego de la fantasía. Naciones enteras han vivido y se han engrandecido sin juristas eruditos, sin aquel edificio artificial de leyes positivas, sobre todo en el derecho privado. Los griegos desconocían tales instituciones incluso en sus tiempos más brillantes. Jueces del pueblo resolvían con arreglo al derecho que la costumbre había consagrado y que en su corazón levantaba su voz. Sus grandes pensadores como PLATÓN y ARISTÓTELES no sospechaban ni siquiera que la interpretación de la ley positiva, aquella lucha quisquillosa sobre dudas y oscuridades en la misma, pudiese reclamar la dignidad de una ciencia. Consideran tales asuntos de tan poco monta que no se paran en ellos, en sus escritos, por lo demás tan prácticos. También entre los romanos, incluso durante una larga época del Imperio, la jurisdicción se hallaba solo en las manos de jueces profanos. El pretor era normalmente un funcionario sin erudición como lo demuestra su obra, el edicto, cuyas disposiciones proceden todas del derecho natural.

También los “judices” eran hombres del pueblo que resolvían la cuestión de hecho según su simple concepción; e incluso en la cuestión jurídica no habrán observado tan escrupulosamente las “fórmula praescripta” del pretor, como lo afirman nuestros libros de texto.

En mis puestos oficiales he inspeccionado poco a poco más de doscientos tribunales. He presenciado varios casos en los cuales la pereza y la ligereza del juez habían alcanzado tal grado que la jurisdicción se había parado por completo. Ninguna demanda era despachada, no se legalizaban los contratos, el Registro de Hipotecas no existía: en lugar de legajos nada, sino hojas sueltas dispersas por todas partes. A pesar de que dicha situación se había prolongado durante años, la gente no era en tales partidos más pobre ni la comarca más devastada que en otro lugar. La gente había acudido a transacciones: habían hecho uso del maestro de escuela y del alcalde, en lugar de acudir al juez.

Una situación semejante sucede en Inglaterra, gracias a su abundancia de Actas del Parlamento, la regla y no solo la excepción. La jurisdicción constituye en aquel país un artículo de lujo para gente

rica. El juez de paz que es de suma importancia, no es un jurista de carrera. Y no obstante, ha llegado a ser esta Nación la mayor y más poderosa de la Tierra.

Hemos puesto de relieve las fuerzas impositivas contenidas en la jurisprudencia. Acabamos de destacar la contradicción entre el principio y el resultado de la misma. Pero aun nos queda la siguiente pregunta: ¿Qué instrumentos, qué instituciones ha creado la jurisprudencia para hacer más asequible su objeto a la humanidad, para mitigar la pesadez y el dolor de su desarrollo?

Todas las demás ciencias prestaron en este aspecto a la humanidad los más brillantes servicios: sus creaciones rayan en lo milagroso. Las ciencias de la naturaleza y la matemática se hallan en primera plana. Conducen a los hombres por encima de las olas del océano y a las profundidades de la tierra. Canales, ferrocarriles y telégrafos han hecho desaparecer casi por completo las distancias. Los microscopios nos han llevado a los milagros de la naturaleza minúscula, mientras que los telescopios abrieron los espacios celestes. La fotografía dibújanos rostros amados. Tampoco las demás ciencias se han quedado atrás. La psicología respalda básicamente el arte de la enseñanza y corrige el método de la enseñanza. La mnemotécnica y la frenología ofrecen sus servicios.

¿Qué significan, en cambio, los servicios de la jurisprudencia? Busco ávidamente en todas direcciones y lo que encuentro son impresos para contratos y juicios: un cúmulo de admoniciones, enseñanzas, formas y cláusulas, que pretenden frenar la precipitación y proteger contra la chicana. Por último, me encuentro con todo el sistema del proceso común, repleto de detalles y erudición. En una palabra: todo, menos el camino de conseguir durante la vida su buen derecho. Tal es, en grandes rasgos, lo que en este aspecto se debe a los eruditos. Al contrario, vanamente se busca un auxilio, una dirección científica donde realmente lo necesitamos, o sea en el desenvolvimiento general del derecho.

Cada época posee sus problemas jurídicos que conmueven a la Nación en sus mismas entrañas, sea que se refieran a la familia, sea que conciernan a la relación entre Iglesia y Estado, sea que atañan a la Constitución del último, sea que afecten los privilegios de alguna clase, sea que se relacionen con los diferentes pueblos entre sí. En torno de estos problemas gira la lucha y se agrupan los partidos. He aquí los puntos neurálgicos donde fenece la cultura antigua y el derecho se precipita hacia una nueva forma. La gran masa de la Na-

ción es siempre prudente al principio del desarrollo. Carente de una comprensión clara del problema se dirige con su interrogante a la ciencia, para que le disipe la duda y la dirija por el oscuro camino de la evolución. Pero la ciencia se mostró desde siempre impotente para esta tarea. Nunca comprende el presente. Los pueblos tenían que ayudarse a sí mismos. No es de extrañar que cayeran en las manos de los partidos y que tuvieran que recorrer en lugar del camino recto del desenvolvimiento continuo, las desviaciones de la pasión y del error antes de llegar a la meta.

La historia nos enseña este hecho entre todos los pueblos. Los juristas romanos, ocupados del derecho privado, eran los servidores obedientes de la tiranía. Con la misma tranquilidad e idéntico espíritu concienzudo comentaban la Constitución despótica del Imperio que la ley de la República empapada en la doctrina de la libertad. La seguridad del tráfico en aquel gran Imperio exigía urgentemente la protección de la buena fe y un derecho pignoraticio flexible y fácilmente visible. En lugar de ello mantuvieron los juristas romanos la rigurosa *rei vindicatio*; y construyeron un derecho pignoraticio, con tales privilegios que ellos mismos aconsejaban a los tutores que más valía que enterrasen el dinero de sus pupilos a que lo diesen en prestatmo con garantía hipotecaria. Los juristas romanos no captaron la enorme transformación que el Cristianismo había llevado a cabo en el derecho privado. JUSTINIANO, el legislador acientífico, se encuentra a más altura que todos ellos. Solo él y más tarde los Papas abrieron camino en el derecho privado a este espíritu nuevo. Les recuerdo la *bona fides* en la prescripción y el *possessorium summarissimum*.

La historia alemana no puede relatar cosas mejores de sus juristas. Los príncipes y los pueblos tenían que auxiliarse a sí mismos con su propio sentido común en todas las crisis y respecto a todas las instituciones nuevas. No fueron los juristas quienes aconsejaron la lucha de los emperadores de Franconia contra los grandes Ducados para vigorizar el poder imperial. Cuando la Reforma había destruido la antigua Constitución eclesiástica y se trataba de encontrar y moldear la nueva y auténtica relación del Príncipe con la Iglesia Protestante, del poder eclesiástico con la parroquia, no aparece en ningún sitio la ciencia jurídica para destacar la verdadera situación, la institución más conveniente. Dejó que los príncipes y reformadores fuesen a ciegas y buscasen el buen camino; y aún hoy sufrimos por aquel abandono de la ciencia.

El tráfico más vivo de nuestro siglo, la creciente parcelación del suelo requiere urgentemente una forma más sencilla del Registro Hipotecario. La nueva legislación prusiana es en este aspecto insatisfactoria. El conocido impreso para agros transmisible es defectuoso, puesto que es solo utilizable en las antiguas provincias que poseen un gran número de funcionarios; además obliga al juez a realizar transcripciones mecánicas larguísimas, y la menor equivocación es peligrosa para el público y el juez. Todavía hasta hoy día no ha establecido la ciencia nada mejor de lo que el sentido sencillo de funcionarios profanos ideó después de la abolición de los tribunales populares: los libros de comercio y consentimiento. Tal es la forma francesa del Registro Hipotecario, la cual, prescindiendo de los defectos materiales del derecho hipotecario francés, ha podido realizarse hasta la actualidad con pocas fuerzas y ha dado buen resultado, si bien la desintegración del suelo en Francia alcanza ya el número de ciento veinticinco millones de fincas.

No se objete contra estos ataques que tamaños asuntos no pertenecen a la jurisprudencia, sino a la política y arte de la legislación. He aquí precisamente lo deplorable de la jurisprudencia que se desgaja de la política, que se declara ella misma impotente de dominar la materia y el camino de las nuevas instituciones o incluso de dirigirlas, mientras que todas las demás ciencias lo consideran como su parte más esencial, su suprema misión.

La tan decantada evolución del derecho por medio de los juristas, de la cual nos hablan ahora todos los libros de texto, se refiere meramente al juego de los ínfimos detalles. Los juristas son, en cambio, impotentes para poner los cimientos y para erigir la estructura misma de un edificio sólido. Solo después de terminada la construcción, si la sostienen pivotes, aparecen los juristas a millares como los cuervos y anidan en todos los rincones, miden los límites y dimensiones hasta el último centímetro y desdibujan y desfiguran el edificio noble de tal suerte que príncipe y pueblo apenas vuelvan a conocer su propia obra.

He llegado aquí al final de mi misión. El resultado que les ofrezco, es deprimente y desconsolador. Por ello me parece natural terminar con algunas palabras de consuelo.

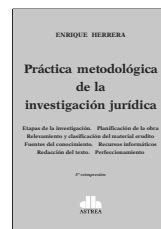
Quien comparta mi convicción ahora, o más tarde después de ulterior examen, tendrá su consuelo como hombre en la comprensión de que lo sustancial no está contenido en una sola clase sino en la Nación entera.

Quien, al contrario, por mis explicaciones no se siente convencido, a quien solo han sacudido sus convicciones y prejuicios sin derribarlos, el consuelo sobra. El buen humor inquebrantable de semejantes personas basta para imponer la alegría de la persona a la seriedad del tema.

RESEÑAS

LIBRO:

**HERRERA, ENRIQUE M.,
*Práctica metodológica
de la investigación jurídica*
(Buenos Aires, Astrea, 2017)**



MARIANA ISERN*

Cuán necesario es investigar al derecho en un mundo que va mutando y nos presenta nuevos desafíos, especialmente desde las tecnologías biológicas e informáticas. Y cuán importante es tener presente que ello se hace a través de un proceso de investigación, y no es solo fruto de una inspiración inventiva. Eso ENRIQUE HERRERA lo entiende muy bien, y así lo deja plasmado en su obra¹.

Al investigar, lo primero que se debe definir es el producto que se quiere elaborar. Es que, a partir de allí, podrá construir la estrategia adecuada para su abordaje.

HERRERA, en el capítulo II señala entre las decisiones primarias, una serie de preguntas que es preciso hacerse, sobre todo si uno es un novel disertante: ¿qué es una disertación jurídica?, ¿para qué se hace?, ¿es una tarea

* Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Rosario (2010), Profesora adjunta de Filosofía del Derecho, con extensión de funciones a Taller de Acceso a la Información Jurídica (reformulación de Análisis del Discurso Jurídico) y Derecho de la Vejez (optativa) en la Facultad de Derecho de la UNR. Docente en los cursos estables de la Facultad de Derecho de la UNR: Doctorado en Derecho (Taller de tesis), Maestría en Derecho Privado (Metodología de la Investigación y Taller de tesis) y de la Facultad de Ciencias Agrarias de la UNR: Doctorado en Ciencias Agrarias - Maestría en Recursos Naturales - Maestría en Genética (Epistemología), JTP - Profesora Adjunta (2004-2012) Epistemología de las Ciencias Sociales. Su proyección en el Derecho en la Facultad de Derecho de la Unicen. Correo electrónico: marianaisern@yahoo.com.ar.

¹ Sugiero ir al esquema que presenta; donde ello queda evidenciado a simple vista (HERRERA, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, p. 46).

aburrida²?, ¿es rentable?; a las que yo le podría agregar, entre otras: ¿para quién se escribe?, ¿quién será nuestro destinatario?, ¿cómo pretendo darlo a conocer? Nuestras respuestas nos conducirán a diversos medios y ámbitos de la publicación jurídica. Es así como dentro de estos cuestionamientos preliminares, el autor nos presenta la diferencia entre el abordaje de un trabajo escrito en el ámbito académico o en los otros ámbitos del ejercicio profesional del derecho³. Es crucial tener en vista esto antes de iniciar el proceso de elaboración, ya que no tienen la misma finalidad, ni auditorio, ni exigencias metodológicas las ponencias, los manuales, los comentarios de fallo, ensayos, artículos con referato o tesis⁴. Confundir los ámbitos y sus productos nos puede hacer desperdiciar el valioso y escaso tiempo con el que generalmente contamos. Por lo que, demorarse un momento a decidir qué es lo que se va a escribir, para quién y con qué finalidad, a la larga, será toda una ganancia.

Luego de determinar la meta, el tipo de disertación jurídica, es oportuno efectuar una primera revisión bibliográfica del material disponible sobre la temática a abordar. En el capítulo VII se presentan las ventajas y los ineludibles desafíos que hoy nos ofrece la informática. Es destacable que, entre varias herramientas, haga hincapié en la búsqueda exploratoria valiéndose de las palabras clave a fin de no perder el rumbo, desorientarse y aprovechar el tiempo, conociendo con la mayor exactitud posible qué

² Me sumo a su elocuente respuesta: investigar es una de las aventuras más apasionantes que pueda encarar el hombre, porque gozamos comprendiendo (HERRERA, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, p. 29).

³ En este mismo sentido, también puede verse DABOVE, M. ISOLINA, *Arqueología de la ciencia jurídica*, “Revista del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho” - UNR FIJ, n° 29, 2006, p. 63 a 76.

⁴ Por ejemplo, para efectuar una investigación que tenga como producto final una tesina de maestría o una tesis doctoral, se necesitará seleccionar también un marco teórico, el cual orientará la selección de las fuentes, los métodos de su interpretación y la elaboración de la hipótesis y los objetivos; todo lo cual se verá reflejado en el índice. Solo a fin de brindar una idea de la importancia de esta decisión metodológica y de las opciones que tiene a su alcance, a partir de allí se elegirá la bibliografía que conducirá al investigador a distintos abordajes jurídicos; ergo, metodológicos. Dado que existen muchas y variadas formas de concebir al derecho, cabe destacar algunas obras que pueden resultar de ayuda a fin de identificarlas y escoger el marco teórico más apropiado para el tema o abordaje que le quiera imprimir a su trabajo. En primer lugar, los artículos publicados en esta revista “Ideas & Derecho” de la AAFD (Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, institución en la que conviven diversas orientaciones) también se puede ver: HARZER, REGINA - NAUCKE, WOLFGANG, *Filosofía del derecho. Conceptos básicos*, trad. L. G. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2008; LACLAU, MARTÍN, *Horizontes de la filosofía*, Buenos Aires, Astrea, 2017, y las revistas de “Investigación y Docencia” (UNR) y “Cartapacio. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho” (Unicen).

se encontró, que es lo que aún no se halló, y si ya se agotó el material valioso de la base de datos seleccionada. También es gráfica y accesible la presentación que efectúa de las operaciones booleanas de la teoría de los conjuntos⁵, herramientas simplificadoras y sistematizadoras de las pesquisas. Estas recomendaciones nos ayudan a efectuar búsquedas sistemáticas, exhaustivas y controladas, insumo imprescindible para comenzar nuestras indagaciones.

En el capítulo V nos introduce en la importancia de hacer una organizada y profunda revisión bibliográfica, como señalábamos más arriba, puntapié inicial de cualquier investigación. Coincidimos en lo desaconsejable que es comenzar, sea un trabajo de gran, pequeña o mediana envergadura, como si se estuviese descubriendo el mundo por primera vez. Seguramente, ello nos acarreará más perjuicios que beneficios. Además de la pérdida de tiempo y esfuerzo, lamentablemente nos será más fácil caer en lugares comunes o repetir errores de otros por no estar actualizados en los temas y recorridos ya efectuados en la materia. A ello debe sumarse la pérdida de la chance de que lean el trabajo aquellos que puedan llegar a efectuar mejores críticas, o quedar excluido de las publicaciones con *referato*⁶.

En ese capítulo V también nos pone sobre aviso con respecto a la selección, manejo y registro de las fuentes clásicas de la dogmática jurídica, plejos normativos, textos de doctrina y repertorios jurisprudenciales; lo cual se completa en el capítulo VI con las tareas de relevamiento, clasificación y evaluación de la documentación. La sistematización, reclasificación y accesibilidad del material son parámetros clave a tener en cuenta, sobre todo cuando uno se enfrenta a un trabajo que involucra diversidad y cantidad de tipos de fuentes.

Una vez seleccionada la fuente (directa e indirecta), y habiendo conjeturado respuestas provisorias a las preguntas que guían nuestra búsqueda⁷, HERRERA nos conduce a las importantes tareas que comprende el análisis de las fuentes recopiladas. Con aquellas inquietudes en mente,

⁵ HERRERA, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, p. 191.

⁶ El sistema de *referato* es el proceso por el cual se evalúan los trabajos enviados a una publicación científica. También se lo conoce con el nombre de “arbitraje” o “juicio de pares”, ya que en el proceso intervienen, en la mayoría de los casos, dos especialistas que son designados árbitros (*referees*) o revisores. La revisión de trabajos por expertos fue adquiriendo importancia hasta convertirse en una herramienta clave del progreso de la ciencia, reconocida por los propios profesionales como un buen método para imponer un estándar científico uniforme, y garantizar la calidad de las investigaciones publicadas.

⁷ Más allá de la extensión o el tipo de producto escrito, es importante tener en claro las preguntas que uno se formula y las respuestas posibles, para no perderse en la búsqueda, ser ordenado con el material de prueba y en la redacción final.

en el capítulo VIII, nos brinda una serie de herramientas para auxiliarnos en la reflexión, la interpretación y las conjeturas; nos provee de métodos y técnicas que nos permitirán desentrañar la explicación del material probatorio.

Por último, una vez efectuado el trabajo, con los resultados de la investigación (sea esta de pequeña, mediana o gran envergadura, insistimos) se procederá a la redacción del informe, que tomará el formato del tipo de disertación que hemos escogido al inicio de este proceso. A través de los capítulos IX y X, nos va conduciendo por las tareas finales de exposición-redacción de lo hallado, en la cual la síntesis a la cual hemos arribado se va a ir transformando en explicación comunicable. La obra nos pone sobre aviso de nuestra posible ansiedad, y nos llama la atención sobre la paciencia que se requiere en el proceso de perfeccionamiento que se va a ir operando: desde el primer borrador hasta los últimos detalles formales del definitivo. El texto se va a ir hilvanando, encadenando ideas principales con secundarias, para adquirir una presentación satisfactoria. Haremos las enmiendas necesarias, e incluso, en ocasiones, tendremos que apartar algunos retazos valiosos para futuras investigaciones. Nos va a ir brindando consejos para la redacción final, pero es importante tener presente, como lo afirma el autor, la función esencial de una planificación previa a la redacción, ya que no se puede exponer con precisión lo que no se concibe con claridad⁸.

Con referencia al pulido final, es destacable la centralidad que le imprime a las conclusiones, el espacio narrativo en donde se resaltan los aportes, la razón de ser de ese trabajo. Y por otro lado, señala cómo en la introducción uno debe guiar al lector por la estructura que le quisimos imprimir a nuestra obra que, lejos de ser una disposición misteriosa que atrapa al lector cual novela de suspenso, pretende transmitirle en la forma más clara y sistemática posible los hallazgos en un área recortada de una ciencia o técnica; en nuestro caso, la jurídica. Esa sistematicidad, esa primera visión general de la estructura y concatenación de las ideas del autor (investigador), ya se debe vislumbrar en el índice. Es el “plan de exposición”⁹ que permite comprender al lector la manera en que han sido desarrolladas las ideas que conforman el aporte de la investigación¹⁰.

Además de los recaudos en relación con la bibliografía final y las citas, el autor hace referencia al empleo de las notas y los anexos. Ambos son espacios que pueden ser aprovechados, y no siempre lo son en el ámbito jurídico, para potenciar el efecto de expresividad y comunicabilidad; esto es, no solo transmitir el resultado de una investigación, sino lograr que se com-

⁸ HERRERA, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, p. 26

⁹ HERRERA, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, p. 86.

¹⁰ HERRERA, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, p. 272.

prenda de la forma más clara, amigable, ordenada, sin sobrecargar el texto principal.

El espacio de las notas no se agota en el prolijo señalamiento de las fuentes del conocimiento de que se ha servido; ningún trabajo jurídico debería prescindir de ellas, sino que puede incluir esos textos complementarios que pueden tener un contenido muy variado: reenviar al lector de una a otra parte, completar el desarrollo de fondo con explicaciones o comentarios al margen del discurso, poner de manifiesto una expresión en idioma extranjero o, dentro de un largo etcétera, señalar la genealogía de una idea a partir de otras¹¹.

Sugiere el uso de anexos, a fin de no obstaculizar el desarrollo del texto principal con pesadas enumeraciones, que si bien son necesarias para ejemplificar o probar lo que uno está sosteniendo, entorpecen el desarrollo lógico (y visual) de la argumentación principal. Por lo tanto, es muy recomendable agregar al final, en los anexos, todo ese material probatorio que, como señala el autor, pueden estar constituidos por documentos autogenerados públicos, legislación, léxico, fallos, entre otros.

Este libro colabora decididamente con la sistematicidad y sustentabilidad de las investigaciones jurídicas. Se necesita bibliografía que ayude a nuestra “doctrina” para que vaya creciendo en madurez metodológica y pueda ir actualizando las formas en que abordan los problemas y presentan sus aportes. Este libro es valioso para el logro de todo ello, sobre todo en las tareas de selección y análisis de las fuentes, y la redacción sistemática y documentada de lo hallado.

¹¹ HERRERA, *Práctica metodológica de la investigación jurídica*, p. 246.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista Ideas & Derecho publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, filosofía del derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: Las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista Ideas & Derecho tiene como base la norma internacional ISO 690:12ª ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³, ...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría

francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) *Libros*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; nº de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función², seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) *Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, "Res ad ethicam venit", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una frase que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); nº de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o nº o si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEXY, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, año V, nº 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, nº 9, p. 944 a 947.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o nº, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEXY, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, “Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid”, año V, nº 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, nº 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) *Libros y documentos publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); Título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): Si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

³ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

⁴ Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año en: <http://www.aafder.org/>.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función⁵, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla; URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del desarrollo", vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4

f) *Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o "paper" (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase "pre-

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

sentado en” (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc. antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) Jurisprudencia

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial, ver Anexos 5 y 6 respectivamente.

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaría (si corresponde); fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).

CSJN; fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) Legislación

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor

jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. *INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS*

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS*

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

§ 5. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS*

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

§ 6. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS*

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. *MODO DE REMISIÓN*

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. *CORREO ELECTRÓNICO*

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: <http://www.aafder.org/>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista Ideas & Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista Ideas & Derecho, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la Ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.

