

## PRÓLOGO

### SOBRE EL “SER” Y EL “DEBER SER”

La oportunidad del prólogo me permite reflexionar sobre una cantidad de profundas cuestiones que van más allá de la distinción atribuida a Hans Kelsen entre “ser” y el “deber ser” como categorías opuestas y que, con demasiada y excesiva frecuencia han dado lugar a distintas interpretaciones extremas, como si el derecho, como ordenamiento social, pudiera volcarse hacia un lado y desatender al otro. Como ocurre con la balanza de la justicia, demasiado énfasis en un platillo, a expensas del otro, no puede producir sino desequilibrios. Por eso creo necesario realizar una advertencia previa, citando al doctor Jorge Reinaldo Vanossi y previniendo acerca de los “tres demonios” que suelen distorsionar la unidad del derecho, a partir de tres segmentaciones arbitrarias a saber:

- a) El hiperfactualismo: Es decir, la pretensión de que toda la realidad jurídica pueda ser explicada desde lo que es y desde lo que pasa, con prescindencia de lo formal; como lo pretendiera Ferdinand Lasalle en su famoso discurso cuando identificara a la Constitución escrita con una mera “hoja de papel” y resaltando, en cambio, la importancia de los denominados “factores reales de poder”.
- b) El hipernormativismo: Que, a la inversa cree en la legitimidad absoluta de lo formal, de manera que legalidad es igual a legitimidad y Estado es igual a derecho. Hay una suerte de mágica pretensión de que todo lo que se escribe en una proposición jurídica es derecho y, por lo tanto debe ser cumplida en la medida que cumpla con la lógica formal y el principio de subsunción. La realidad nos ha enseñado, sin embargo, que no bastan los meros textos escritos para implementarlos.
- c) El hipervalorismo: Cae finalmente en lo que podríamos denominar el “romanticismo jurídico”, es decir la idea de que todo el universo jurídico puede reducirse a un orden valorativo superior que, justifi-

caría, inclusive, y según los casos, apartarse de las normas escritas, cuando fines superiores, como el bien común o —a veces— la “razón de Estado” así lo justifiquen.

Estos tres demonios nos aquejan constantemente, de manera que muchas veces aparecen tentaciones que dan preeminencia a una valoración unilateral de un aspecto por sobre el otro, llevando al sistema social a situaciones de anomia, es decir de mal funcionamiento del sistema jurídico como factor de control social. Otro gran maestro del derecho argentino, con quien también tuve el honor y el privilegio de trabajar, el doctor Carlos Santiago Nino, tempranamente fallecido, escribió poco antes de su muerte uno de sus mejores aportes, un pequeño libro póstumo llamado *Un país al margen de la ley*, donde explica una de las causas de nuestro relativo subdesarrollo como nación en el desapego al cumplimiento a las reglas. Sean las mismas de carácter jurídico o se trate de usos y costumbres sociales.<sup>1</sup>

Tales características se manifiestan en actitudes más o menos generalizadas como la falta de respeto a las normas de tránsito, el tratar de eludir las colas en el cine o el teatro, la evasión impositiva o aun la impuntualidad en las relaciones sociales. Nino denomina tales situaciones como de “anomia boba” porque resultan disvaliosas desde el punto de vista de la racionalidad colectiva.

Tales comportamientos responden a características propias de nuestra cultura y de nuestra propia historia como nación, tal es el caso de los virreyes españoles durante la época colonial que al recibir las cédulas reales para su aplicación, las recibían con la fórmula: “Se acata pero no se cumple”, o los mismos versos de la obra más representativa de nuestra literatura, el *Martín Fierro* de José Hernández donde se encuentran afirmaciones desde las referidas a que la ley es como el cuchillo (no ofende al que la maneja) hasta aquellas que recomiendan “hacerse amigo del juez”.

Similares evocaciones a nuestra cultura se encuentran en la obra de Juan Agustín García *La ciudad india*, escrita en la época del centenario de la Revolución de Mayo y donde el autor al describir las costumbres de la pequeña aldea que era entonces Buenos Aires, mencionaba “el despre-

<sup>1</sup> Nino, Carlos Santiago, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Sudamericana.

cio a la ley y el culto al coraje” como singulares precedentes de lo que más tarde se bautizaría como la “viveza criolla”.

Las consideraciones precedentes no sólo demuestran la sagaz observación de los autores nombrados y explican las características de la tendencia a la anomia desde el punto de vista sociológico, sino que también sirven para demostrar, en la línea en que venimos exponiendo, que tales manifestaciones se producen en el campo de lo normativo, dejando librado el orden social a merced de lo fáctico y de lo valorativo, circunstancia esta última que permitiría esbozar una tesis sobre los comportamientos de tipo autoritario, basado en las actitudes conservadoras que prefieren aceptar la realidad como está, para que nada cambie, o bien ligar la suerte y el destino, no a reglas prefijadas y debatidas racionalmente de antemano sino a distintas inspiraciones de caracteres axiológicos, entre las que encuentran cabida las formas que Max Weber denominara “dominación carismática” o irracional, por oposición al ordenamiento racional y formal de la sociedad democrática.<sup>2</sup>

En mi opinión, una demostración muy clara de esa actitud se ha producido en varios aspectos de la reforma constitucional realizada en 1994, donde se ha caído en una suerte de “sociologismo constitucional” con la práctica de llevar al texto constitucional y darle consagración jurídica a algunas prácticas deformantes que, en realidad, conformaban verdaderos desvíos como consecuencia del forzamiento de la letra de los textos.<sup>3</sup>

Tal comportamiento se observó, de ese modo, con los denominados decretos de necesidad y urgencia, que la mayoría de los constitucionalistas interpretaba vedados por el anterior artículo 86 inciso 2o. de la Constitución Nacional y sólo algunos pocos admitían en circunstancias excepcionales, pero que se convirtieron en una práctica frecuente durante el proceso de Reforma del Estado y, aun, fuera de ese contexto, cuando en muchos casos no había ni necesidad ni urgencia alguna en aplicarlos. En una primera etapa fue un fallo muy cuestionado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recaído en la causa “Peralta” de 1990 el que les dio precaria cabida, pero después la reforma los blanqueó incluyéndolo como facultad excepcional —y limitada— del presidente en el nuevo inciso 3o. del artículo 99, pero como todos sabemos, entre nosotros lo excepcional y limitado frecuentemente se torna regla habitual.

<sup>2</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica.

<sup>3</sup> Dalla Via, Alberto Ricardo, *Constitución de la nación argentina. Texto según la Reforma de 1994* (comentada), 2a. ed., Librería Editora Platense.

Otro ejemplo es el de la Coparticipación Federal de Impuestos, incluida en el inciso 2o. del artículo 75 que de ese modo también blanqueó o dio cabida a otra deformación, toda vez que los sistemas de coparticipación se originan a partir de 1935 cuando la nación comienza a echar mano de recursos propios de las provincias como son los impuestos directos, conforme surge del texto constitucional originario, de manera que sobre un sistema de separación de fuentes tributarias hemos agregado un sistema distribuidor de recaudación única agravando los factores centralistas que atentan contra nuestro federalismo.

En ninguna de estas cuestiones, como sobre tantas otras, hubo un debate previo sobre el objetivo, el telos hacia donde se quería llegar, y por ende el “ser” prevaleció sobre el “deber ser”. Tampoco se trata de que la mera hipótesis u objetivo teórico o ideal se destaque imponiéndose de manera desligada de la realidad, pero debe existir una adecuada y razonable adecuación entre uno y otro extremo, para no llegar al exabrupto cometido en el artículo 20 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, donde se consagró la original figura del amparo en favor del Estado, hasta ahora desconocida en el derecho constitucional comparado, toda vez que el amparo nació como una acción tutelar sumaria para proteger a los individuos del Estado, que es en general de donde proviene la opresión a las libertades, y no al revés.

Las situaciones de anomia se reflejan en problemas de inseguridad jurídica y en desventajas del funcionamiento colectivo y la realización de los planes individuales de vida, y si bien algún autor se refirió alguna vez al derecho como un elemento de carácter conservador que constituiría un obstáculo para el cambio social, sobran ejemplos en cambio, de que es necesario cierto marco de orden y de seguridad para que las sociedades se desarrolleen y que ese papel sólo lo puede cumplir la norma jurídica como canalizadora de las conductas sociales.

De ahí que el carácter formal del derecho no pueda negarse porque es parte de su propia esencia. Nunca creí en la clasificación divisoria entre Constitución material y formal, tan difundida en nuestro país y que interpreto como una mala traducción e interpretación de la obra de Costantino Mortati, un gran jurista italiano. Si la Constitución no es formal, no es nada porque pierde su esencia. El constitucionalismo nació del racionalismo humanista, al igual que el Estado, y solo se lo justifica si existe un compromiso colectivo de acatar voluntariamente las normas, basado en

el interés general. Sin ese presupuesto racional carece absolutamente de sentido.

Y en orden a las discusiones entre “ser” y “deber ser”, que no deben atribuirse con exclusividad a la teoría pura del derecho kelseniana sino a muchas otras construcciones filosóficas como la expresada en la obra de Alf Ross sobre el derecho y la justicia, en realidad no se plantean términos excluyentes sino distintos énfasis en favor de uno u otro término, que es también lo que ha ocurrido en debates más recientes como los protagonizados por Herbert L. A. Hart y Ronald Dworkin acerca de una interpretación “neokelseniana” del derecho basada en una regla de referencia o en una interpretación según valores o principios.

En algún momento, a principios de este siglo, los norteamericanos pusieron el énfasis en el realismo jurídico, con Roscoe Pound a la cabeza y, entre nosotros, allá por los años cuarenta, Carlos Cossío enseñaba que la interpretación judicial debía atender antes a las conductas que a las normas.

Hubo tiempos para todos los gustos. Mucho antes de esto, el nacimiento del mundo moderno y del Estado nación descansó el respeto a la ley y a la razón en la creencia ius naturalista de la existencia de derechos anteriores al Estado. Sobre tales bases el positivismo jurídico gozó de muchos años de indiscutido prestigio, donde la ley era la expresión de la voluntad general y los jueces, a decir de Montesquieu sólo eran la boca de aquella: era el racionalismo en su máxima expresión.

Aproximadamente dos siglos después, ya casi en nuestros días algunos juristas siempre adelantados como Manuel García Pelayo comenzaron a hablar de la crisis de la ley como norma de alcance general y esa crisis de la creencia generalizada en la ley como fuente de legitimidad, ese descreimiento ciudadano, fue acompañándose, de a poco con un renacimiento ius naturalista al que asistimos en nuestro tiempo: los derechos humanos como nuevo valor o como nueva ética, que han llevado a un destacado jurista alemán, el profesor Kruger, a decir que hoy no es la ley la fuente de legitimidad de los derechos fundamentales sino que son los derechos humanos los que legitiman la ley, de modo que no habría Congreso o Parlamento que pudiera ignorarlos o conculcarlos.

Sigue siendo entonces, la búsqueda del equilibrio el desafío permanente del jurista, del equilibrio entre los valores que rara vez son absolutos sino que responden en general a una dialéctica como la que se presenta, por ejemplo entre libertad e igualdad, que requieren de una ponderación permanente, pero también de un equilibrio entre valores y normas porque la

pretensión de que los valores puedan realizarse por sí mismos es mera utopía.

Son las normas las que resguardan los valores de una sociedad y las que protegen a las minorías de los eventuales atropellos de grupos o mayorías ocasionales. Como lo dijera la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una de sus sentencias más tempranas, el fallo Sojo, definiendo a la Constitución como “el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades”. Y porque finalmente no hay derecho posible ni realizable si falta la conexión con la realidad social, con los hechos, y con los individuos que integran el cuerpo social. Los valores no pueden ser meras abstracciones sino un conjunto de creencias compartidas y las normas deben responder a esa finalidad; solo así renace y tiene fuerza y sentido aquello que el maestro Pablo Lucas Verdú llama el “sentimiento constitucional”, la inspiración mística a la que nos convocaba Rudolf von Ihering, a la lucha por el derecho y la justificación última que nos legara Max Weber sobre la soberanía popular y la autoridad: la creencia en una determinada legitimidad. Allí radica, a mi criterio, la confluencia ideal entre “ser” y “deber ser”.